REVISTA ELETRÔNICA DE JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

REVISTA OFICIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOLUME 63 – ANO 11

MAIO E JUNHO 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) Agravos Internos 59
c) Apelações 62

Seção de Direito Público

a) Agravos de Instrumento 320
b) Apelações 332
c) Apelações/Remessas Necessárias 473
d) Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas 485

2- Jurisprudência Criminal:

a) Agravos em Execução Penal 493
b) Apelações 499
c) *Habeas Corpus* 632
d) Recursos em Sentido Estrito 641
e) Revisões Criminais 648

3- Jurisprudência do Órgão Especial:

a) Ações Diretas de Inconstitucionalidade (Adin's) 656
b) Agravos Internos 727
c) Agravos Regimentais 733
d) Arguições de Inconstitucionalidade 737
e) Conflitos de Competência 744
f) Exceções da Verdade 769
g) *Habeas Corpus* 773
h) Mandados de Segurança 776
i) Representações Criminais 795

4- Jurisprudência da Câmara Especial:

a) Apelações 798
b) Conflitos de Competência 820
c) Conflitos de Jurisdição 845
d) *Habeas Corpus* 856

5- Câmara Especial de Presidentes 860

6- Conselho Superior da Magistratura 891

7- Noticiário 910

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. 63, mai./jun. 2024 - São Paulo: Tribunal de Justiça do Estado, 2024.

Bimestral.

Repositório Oficial da Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo

1. Direito - jurisprudência 2. Tribunal de Justiça - periódico. I. São Paulo (Estado). Tribunal de Justiça.

CDU 34(05)

TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CARGOS DE DIREÇÃO E DE CÚPULA

Presidente
Desembargador FERNANDO Antonio TORRES GARCIA

Vice-Presidente
Desembargador Artur César BERETTA DA SILVEIRA

Corregedor Geral da Justiça
Desembargador FRANCISCO Eduardo LOUREIRO

Presidente da Seção de Direito Privado
Desembargador HERALDO DE OLIVEIRA Silva

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

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

Decano
Desembargador José Carlos Gonçalves XAVIER DE AQUINO

ÓRGÃO ESPECIAL

FERNANDO Antonio TORRES GARCIA
José Carlos Gonçalves XAVIER DE AQUINO
José DAMIÃO Pinheiro Machado COGAN
Getúlio EVARISTO DOS SANTOS Neto
Carlos VICO MAÑAS
ADEMIR de Carvalho BENEDITO
Gastão Toledo de CAMPOS MELLO Filho
Tarcísio Ferreira VIANNA COTRIM
FÁBIO Monteiro GOUVÊA
Manuel MATHEUS FONTES
AROLDO Mendes VIOTTI
RICARDO Henry Marques DIP
Luiz Antonio FIGUEIREDO GONÇALVES

ROBERTO Caruso Costábile SOLIMENE
LUCIANA Almeida Prado BRESCIANI
Luís FERNANDO NISHI
José JARBAS de Aguiar GOMES
MÁRCIA Regina DALLA DÉA BARONE
TASSO DUARTE DE MELO
SILVIA ROCHA
Waldir Sebastião de NUEVO CAMPOS Júnior
CARLOS Fonseca MONNERAT
Artur César BERETTA DA SILVEIRA
FRANCISCO Eduardo LOUREIRO
RENATO RANGEL DESINANO

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

Presidente
Desembargador FERNANDO Antonio TORRES GARCIA

Vice-Presidente
Desembargador Artur César BERETTA DA SILVEIRA

Corregedor Geral da Justiça
Desembargador FRANCISCO Eduardo LOUREIRO

Presidente da Seção de Direito Privado
Desembargador HERALDO DE OLIVEIRA Silva

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

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

Decano
Desembargador José Carlos Gonçalves XAVIER DE AQUINO

CÂMARA ESPECIAL

(sala 511 — 2ª feira — 13:30 horas — PJ)
Desembargador Artur César BERETTA DA SILVEIRA
Desembargador José Carlos Gonçalves XAVIER DE AQUINO
Desembargador HERALDO DE OLIVEIRA Silva
Desembargador Ricardo Cintra TORRES DE CARVALHO
Desembargador Adalberto José Queiroz Telles de CAMARGO ARANHA FILHO
Desembargador SULAIMAN MIGUEL NETO**
Desembargadora ANA LUIZA VILLA NOVA**
Desembargadora MARIA SILVIA GOMES STERMAN**
Desembargador CLAUDIO TEIXEIRA VILLAR**
Desembargador JORGE ALBERTO QUADROS DE CARVALHO SILVA**

CÂMARA ESPECIAL DE PRESIDENTES
Desembargador FERNANDO Antonio TORRES GARCIA (Presidente)
Desembargador Artur César BERETTA DA SILVEIRA (Vice-Presidente)
Desembargador HERALDO DE OLIVEIRA Silva (Presidente da Seção de Direito Privado)
Desembargador Ricardo Cintra TORRES DE CARVALHO (Presidente da Seção de Direito Público)
Desembargador Adalberto José Queiroz Telles de CAMARGO ARANHA FILHO (Presidente da Seção de Direito Criminal)

COMPOSIÇÃO DE GRUPOS E CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO

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

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

Desembargador RUI CASCALDI
Desembargador FRANCISCO Eduardo LOUREIRO
Desembargador ALBERTO GOSSON Jorge Júnior
Desembargador CLAUDIO Luiz Bueno de GODOY***
Desembargador ALEXANDRE Augusto Pinto Moreira MARCONDES
Desembargador 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 NATAN ZELINSCHI DE ARRUDA
Desembargador ALCIDES LEOPOLDO e Silva Júnior***
Desembargadora MÁRCIA Regina DALLA DÉA BARONE
Desembargador CARLOS CASTILHO AGUIAR FRANÇA
Desembargador MAURÍCIO CAMPOS DA SILVA VELHO**
Desembargador MARCIO ANTONIO BOSCARO**
Desembargador VITOR FREDERICO KÜMPEL**

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 RODOLFO PELLIZARI***
Desembargadora DÉBORA VANESSA CAÚS BRANDÃO
Desembargador MARCUS VINICIUS RIOS GONÇALVES**
Desembargadora MARIA DO CARMO HONORIO**
Desembargador ADEMIR MODESTO DE SOUZA**

4º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — QUARTA-FEIRA — PJ — (SALA 509)

7ª Câmara de Direito Privado (sala 509 — 4ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador LUIZ ANTONIO Silva COSTA
Desembargador MIGUEL Ângelo BRANDI Júnior
Desembargador Fernando PASTORELO KFOURI
Desembargador FERNANDO REVERENDO VIDAL AKAOUI***
Desembargadora Maria LIA Pinto PORTO Corona
Desembargador JOSÉ RUBENS QUEIROZ GOMES**
Desembargador ADEMIR MODESTO DE SOUZA**

8ª Câmara de Direito Privado (sala 510 — 4ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador Luiz Fernando SALLES ROSSI***
Desembargador PEDRO DE ALCÂNTARA DA SILVA LEME FILHO
Desembargador João Batista SILVÉRIO DA SILVA
Desembargador THEODURETO de Almeida CAMARGO Neto
Desembargadora CLARA MARIA ARAÚJO XAVIER
Desembargador ALEXANDRE COELHO**
Desembargador BENEDITO ANTONIO OKUNO**

5º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — TERÇA-FEIRA — PJ — (SALA 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 GILBERTO Pinto DOS SANTOS
Desembargador WALTER Pinto da FONSECA Filho
Desembargador RENATO RANGEL DESINANO
Desembargador Alberto MARINO NETO***
Desembargador MARCO FÁBIO MORSELLO
Desembargadora LIDIA REGINA RODRIGUES MONTEIRO CABRINI**
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**

14ª Câmara de Direito Privado (salas 612/616 — 4ª feira — 8:30 horas — telepresencial)

Desembargador Sebastião THIAGO DE SIQUEIRA
Desembargador CARLOS Henrique ABRÃO***
Desembargador LUIS FERNANDO CAMARGO DE BARROS VIDAL
Desembargadora MÔNICA SALLES PENNA MACHADO
Desembargador CÉSAR Eduardo Temer ZALAF

8º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — TERÇA-FEIRA — PJ — (SALA 509)

15ª Câmara de Direito Privado (sala 509 — 3ª feira — 10:00 horas — PJ)

Desembargador Edison VICENTINI BARROSO
Desembargador ACHILE Mario ALESINA Junior
Desembargador Carlos Alberto de Campos MENDES PEREIRA
Desembargador RAMON MATEO JÚNIOR***
Desembargador ELÓI ESTEVÃO TROLY
Desembargador VALENTINO APARECIDO DE ANDRADE**

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

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

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

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

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

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

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

Desembargador Gastão Toledo de CAMPOS MELLO Filho
Desembargador Manuel MATHEUS FONTES
Desembargador ROBERTO Nussinkis MAC CRACKEN
Desembargador NUNCIO THEOPHILO NETO
Desembargador HÉLIO NOGUEIRA***
Desembargador JÚLIO CÉSAR SILVA DE MENDONÇA FRANÇA**

12º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — QUARTA-FEIRA — PJ — (SALA 510)

23ª Câmara de Direito Privado (sala 510 — 4ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador José Carlos Gonçalves XAVIER DE AQUINO
Desembargador JOSÉ MARCOS MARRONE***
Desembargadora LÍGIA Cristina de ARAÚJO BISOGNI
Desembargador EURÍPEDES Gomes FAIM Filho
Desembargadora MARIA DE FÁTIMA DOS SANTOS GOMES
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 Antonio de ALMEIDA SAMPAIO
Desembargador Vicente Antonio MARCONDES D'ANGELO
Desembargador HUGO CREPALDI NETO***
Desembargador JOÃO ANTUNES DOS SANTOS NETO
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)

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

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

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

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

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

Desembargador Alberto de Oliveira ANDRADE NETO***
Desembargadora MARY GRÜN
Desembargador CAIO MARCELO MENDES DE OLIVEIRA
Desembargador MAURÍCIO PESSOA
Desembargadora CLAUDIA DE LIMA MENGE**
Desembargador JOSÉ AUGUSTO GENOFRE MARTINS**

17º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — SEGUNDA-FEIRA — PJ — (SALAS 601/602)

33ª Câmara de Direito Privado (sala 504 — 2ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador Carlos Alberto de SÁ DUARTE
Desembargador LUIZ EURICO Costa Ferrari***
Desembargador João Carlos SÁ MOREIRA DE OLIVEIRA
Desembargadora ANA LÚCIA ROMANHOLE MARTUCCI
Desembargadora CARMEN LÚCIA DA SILVA
Desembargador MARIO DACCACHE**

34ª Câmara de Direito Privado (salas 601/602 — 2ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador Luiz Augusto GOMES VARJÃO
Desembargadora Maria CRISTINA ZUCCHI***
Desembargador RÔMOLO RUSSO Júnior
Desembargador LUIZ GUILHERME DA COSTA WAGNER JÚNIOR
Desembargador IASIN ISSA AHMED
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***

19º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — TERÇA-FEIRA OU QUARTA-FEIRA — PJ — (SALAS 504/511)

37ª Câmara de Direito Privado (sala 504 — 3ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador Paulo Roberto GRAVA BRAZIL
Desembargador PEDRO Yukio KODAMA
Desembargadora ANA CATARINA STRAUCH
Desembargador JOSÉ WAGNER DE OLIVEIRA MELATTO PEIXOTO
Desembargador AFONSO CELSO DA SILVA***
Desembargadora MARIA SALETE CORRÊA DIAS**

38ª Câmara de Direito Privado (sala 511 — 4ª feira — 14:00 horas — PJ)

Desembargador SPENCER ALMEIDA FERREIRA***
Desembargador FERNANDO Luiz SASTRE REDONDO
Desembargador FLÁVIO CUNHA DA SILVA
Desembargador CESAR CIAMPOLINI Neto
Desembargador LAVÍNIO DONIZETTI PASCHOALÃO
Desembargadora ANNA PAULA DIAS DA COSTA**

GRUPO DE CÂMARAS RESERVADAS DE DIREITO EMPRESARIAL

1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial (sala 509 — 4ª feira — quinzenal — 10:00 horas — PJ)

Desembargador RUI CASCALDI
Desembargador CESAR CIAMPOLINI Neto***
Desembargador ALEXANDRE Alves LAZZARINI
Desembargador Eduardo AZUMA NISHI
Desembargador Marcelo FORTES BARBOSA Filho
Desembargador JOÃO BATISTA DE MELLO PAULA LIMA**

2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial (sala 621/623 — 3ª feira — quinzenal — 10:00 horas — PJ)

Desembargador Paulo Roberto GRAVA BRAZIL
Desembargador RICARDO José NEGRÃO Nogueira***
Desembargador NATAN ZELINSCHI DE ARRUDA
Desembargador SÉRGIO Seiji SHIMURA
Desembargador MAURÍCIO PESSOA

COMPOSIÇÃO DE GRUPOS E CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO

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

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

Desembargador Paulo MAGALHÃES da Costa COELHO
Desembargador LUÍS FRANCISCO AGUILAR CORTEZ
Desembargador RUBENS RIHL Pires Corrêa
Desembargador Luís Paulo ALIENDE RIBEIRO
Desembargador VICENTE DE ABREU AMADEI***
Desembargador MARCOS PIMENTEL TAMASSIA**

2ª Câmara de Direito Público (sala 604 — 3ª feira — 14:00 horas — PJ)

Desembargador RENATO DELBIANCO
Desembargador MARCELO MARTINS BERTHE
Desembargadora LUCIANA Almeida Prado BRESCIANI
Desembargador CLÁUDIO AUGUSTO PEDRASSI***
Desembargador CARLOS Vieira VON ADAMEK
Desembargadora MARIA FERNANDA DE TOLEDO RODOVALHO**

3ª Câmara de Direito Público (sala 213 — 3ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA
Desembargador Luiz Edmundo MARREY UINT
Desembargador Armando CAMARGO PEREIRA
Desembargador José Antonio ENCINAS MANFRÉ
Desembargador KLEBER LEYSER DE AQUINO***
Desembargadora PAOLA CHRISTINA CALABRÓ LORENA DE OLIVEIRA**
Desembargador PAULO CÍCERO AUGUSTO PEREIRA**

2º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO — SEGUNDA-FEIRA — PJ — (SALA 612)

4ª Câmara de Direito Público (sala 612 — 2ª feira — 10:00 horas — PJ)

Desembargador RICARDO Santos FEITOSA
Desembargador OSVALDO MAGALHÃES Júnior***
Desembargador PAULO BARCELLOS GATTI
Desembargadora ANA Luiza LIARTE
Desembargador MAURICIO FIORITO
Desembargador JAYME MARTINS DE OLIVEIRA NETO**

5ª Câmara de Direito Público (salas 621/623 — 2ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador FERMINO MAGNANI FILHO
Desembargador FRANCISCO Antonio BIANCO Neto
Desembargador José Helton NOGUEIRA DIEFENTHÄLER Júnior
Desembargadora MARIA LAURA de Assis Moura TAVARES***
Desembargadora HELOÍSA MARTINS MIMESSI
Desembargador CARLOS EDUARDO PRATAVIERA**

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

6ª Câmara de Direito Público (sala 211 — 2ª feira — 14:00 horas — PJ)

Desembargador Getúlio EVARISTO DOS SANTOS Neto
Desembargador SIDNEY ROMANO DOS REIS
Desembargadora MARIA OLÍVIA Pinto Esteves ALVES
Desembargador Antonio Carlos ALVES BRAGA JÚNIOR
Desembargadora SILVIA MARIA MEIRELLES NOVAES DE ANDRADE***
Desembargador JOEL BIRELLO MANDELLI**

7ª Câmara de Direito Público (sala 609 — 2ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador Sérgio COIMBRA SCHMIDT
Desembargador EDUARDO Cortez de Freitas GOUVÊA
Desembargador LUIZ SÉRGIO FERNANDES DE SOUZA
Desembargadora MÔNICA de Almeida Magalhães SERRANO***
Desembargador FRANCISCO Carlos Inouye SHINTATE
Desembargador FERNÃO BORBA FRANCO**

4º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO — QUARTA-FEIRA — PJ — (SALA 609)

8ª Câmara de Direito Público (sala 609 — 4ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador José Percival ALBANO NOGUEIRA Júnior
Desembargador LEONEL Carlos da COSTA
Desembargador Carlos Otávio BANDEIRA LINS
Desembargador ANTONIO CELSO Campos de Oliveira FARIA***
Desembargador JOSÉ MARIA CÂMARA JÚNIOR

9ª Câmara de Direito Público (sala 604 — 4ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador DÉCIO de Moura NOTARANGELI
Desembargador OSWALDO LUIZ PALU
Desembargador CARLOS EDUARDO PACHI***
Desembargador João Batista Morato REBOUÇAS DE CARVALHO
Desembargador JOSÉ DA PONTE NETO

5º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO — SEGUNDA-FEIRA — PJ — (SALA 601)

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

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

11ª Câmara de Direito Público (sala 511 — 3ª feira — 10:30 horas — PJ)

Desembargador AROLDO Mendes VIOTTI
Desembargador RICARDO Henry Marques DIP***
Desembargador José JARBAS de Aguiar GOMES
Desembargador OSCILD DE LIMA JÚNIOR
Desembargador AFONSO de Barros FARO JÚNIOR
Desembargador MÁRCIO KAMMER DE LIMA**

6º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO — QUARTA-FEIRA — PJ — (SALA 601)

12ª Câmara de Direito Público (sala 601 — 4ª feira — 13:00 horas — PJ)

Desembargador José Orestes de SOUZA NERY
Desembargador OSVALDO José DE OLIVEIRA
Desembargador José Manoel RIBEIRO DE PAULA
Desembargador EDSON FERREIRA da Silva***
Desembargador José Roberto de SOUZA MEIRELLES

13ª Câmara de Direito Público (sala 601 — 4ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador RICARDO Mair ANAFE
Desembargador Dimas BORELLI THOMAZ Júnior
Desembargadora FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA***
Desembargadora MARIA ISABEL CAPONERO COGAN
Desembargador DJALMA Rubens LOFRANO FILHO
Desembargador JULIO CESAR SPOLADORE DOMINGUEZ**

7º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO — QUINTA-FEIRA — PJ — (SALA 622)

14ª Câmara de Direito Público (sala 623 — 5ª feira — 14:00 horas — PJ)

Desembargador GERALDO Euclides Araújo XAVIER
Desembargador JOÃO ALBERTO PEZARINI
Desembargador OCTAVIO Augusto MACHADO DE BARROS Filho
Desembargador WALTER Rocha BARONE
Desembargador ALOÍSIO SÉRGIO REZENDE SILVEIRA***
Desembargadora SILVANA MALANDRINO MOLLO**
Desembargadora ADRIANA BORGES DE CARVALHO**

15ª Câmara de Direito Público (sala 622 — 5ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador Oswaldo ERBETTA FILHO
Desembargador Antonio Teixeira da SILVA RUSSO
Desembargador EUTÁLIO José PORTO Oliveira
Desembargador AMARO José THOMÉ Filho
Desembargador RAUL José DE FELICE***
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 609 — 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 GILBERTO Ferreira da CRUZ
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 407/425 — 5ª feira — 10:00 horas — PJ)

Desembargador José DAMIÃO Pinheiro Machado COGAN***
Desembargador Geraldo Francisco PINHEIRO FRANCO
Desembargador GERALDO Luís WOHLERS Silveira
Desembargadora CLAUDIA LÚCIA FONSECA FANUCCHI
Desembargador MAURÍCIO HENRIQUE GUIMARÃES PEREIRA FILHO
Desembargador JOÃO AUGUSTO GARCIA**

6ª Câmara de Direito Criminal (salas 601/602 — 5ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador Antonio Carlos MACHADO DE ANDRADE
Desembargador Cassiano Ricardo ZORZI ROCHA
Desembargador Júlio Caio FARTO SALLES***
Desembargador EDUARDO Crescenti ABDALLA
Desembargador AIRTON VIEIRA
Desembargador MARCOS ANTONIO CORRÊA DA SILVA**

4º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CRIMINAL — TERÇA-FEIRA — PJ — (SALAS 202/204)

7ª Câmara de Direito Criminal (sala 217/219 — 4ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador FERNANDO Geraldo SIMÃO
Desembargador Aguinaldo de FREITAS FILHO
Desembargador REINALDO CINTRA Torres de Carvalho
Desembargador LAURO MENS DE MELLO
Desembargadora IVANA DAVID***
Desembargador KLAUS MAROUELLI ARROYO**

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**

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 WALTER DA SILVA***
Desembargador MARCO Antonio DE LORENZI
Desembargador MIGUEL MARQUES E SILVA
Desembargador LUÍS AUGUSTO FREIRE TEOTÔNIO**

8º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CRIMINAL — TERÇA-FEIRA OU QUARTA-FEIRA — PJ — (SALAS 201 OU 609)

15ª Câmara de Direito Criminal (sala 609 — 4ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador 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**
Desembargador ULYSSES DE OLIVEIRA GONÇALVES JUNIOR**

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
Antonio Luiz Tavares de Almeida
Daniela Ida Menegatti Milano
Fernão Borba Franco
Hertha Helena Rollemberg Padilha de Oliveira
Maurício Campos da Silva Velho
Sulaiman Miguel Neto
Paola Christina Calabró Lorena de Oliveira
Silvana Malandrino Mollo
José Eduardo Marcondes Machado
Jayme Martins de Oliveira Neto
Marcus Vinícius Rios Gonçalves
Maria do Carmo Honorio
Benedito Antonio Okuno
Heitor Donizete de Oliveira
Rogério Marrone de Castro Sampaio
Edison Tetsuzo Namba
José Vitor Teixeira de Freitas
Régis Rodrigues Bonvicino
Marcos Alexandre Coelho Zilli
Klaus Marouelli Arroyo
Adilson Paukoski Simoni
Alexandre David Malfatti
Enéas Costa Garcia
Jayme Walmer de Freitas
Maria Salete Corrêa Dias
Freddy Lourenço Ruiz Costa
Marco Antonio Botto Muscari
Maria Fernanda de Toledo Rodovalho
André Carvalho e Silva de Almeida
Márcio Antonio Boscaro
Rodolfo César Milano
Anna Paula Dias da Costa
Ademir Modesto de Souza
Fernando Florido Marcondes
Ana Luiza Villa Nova
Mário Daccache
Ulysses de Oliveira Gonçalves Júnior

Jorge Tosta
Jane Franco Martins
Jucimara Esther de Lima Bueno
Claudia de Lima Menge
José Augusto Genofre Martins
Wilson Lisboa Ribeiro
Luís Augusto Freire Theotônio
Carlos Bortoletto Schmitt Corrêa
Adriana Borges de Carvalho
Valentino Aparecido de Andrade
Fernando Figueiredo Bartoletti
Fátima Vilas Boas Cruz
João Baptista Galhardo Júnior
Guilherme Ferreira da Cruz
Maria Silvia Gomes Sterman
Luis Geraldo Sant'Ana Lanfredi
Emilio Migliano Neto
Celina Dietrich e Trigueiros Teixeira Pinto
José Ernesto de Souza Bittencourt Rodrigues
Vitor Frederico Kümpel
Márcio Kammer de Lima
Hugo Leandro Maranzano
Paulo Cícero Augusto Pereira
Érika Soares de Azevedo Mascarenhas
Emerson Sumariva Júnior
Claudio Teixeira Villar
Carlos Eduardo Prataviera
Marco Antonio Martin Vargas
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

SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO

Agravos de Instrumento

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2154975-43.2023.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes DEMETER EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS SPE LTDA. e BKO PARTICIPAÇÕES S/A, são agravados SÉRGIO MORSA, NELSON MORSA JUNIOR e MÁRCIO MORSA.

ACORDAM, em 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U. INDICADO PARA JURISPRUDÊNCIA.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29819)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CESAR CIAMPOLINI (Presidente sem voto), AZUMA NISHI E FORTES BARBOSA.

São Paulo, 24 de abril de 2024.

ALEXANDRE LAZZARINI, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO PROVISÓRIO DE SENTENÇA. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZATÓRIA COM PEDIDO DE TUTELA DE EVIDÊNCIA. PEDIDO PARA QUE A CONTAGEM DO PRAZO DA OBRIGAÇÃO DE FAZER DETERMINADA NA SENTENÇA CONDENATÓRIA SEJA REALIZADA EM DIAS ÚTEIS. NÃO ACOLHIMENTO. SENTENÇA CONDENATÓRIA TRANSITADA EM JULGADO QUE IMPÔS OBRIGAÇÃO DE FAZER AOS AGRAVANTES PARA CUMPRIMENTO EM 90 DIAS. CONTAGEM QUE DEVE SER FEITA EM DIAS CORRIDOS. PRAZO DE DIREITO MATERIAL, RECONHECIDO JUDICIALMENTE. INAPLICABILIDADE DO ART. 219 DO CPC AO CASO EM COMENTO. PEDIDO PARA ESTABELECIMENTO DE CONTRACAUTELA. NÃO ACOLHIMENTO. REDAÇÃO DO ART. 521, III DO CPC QUE DETERMINA A DISPENSA DA CAU-

Acesso ao Sumário

ÇÃO NOS CASOS EM QUE PENDER O AGRAVO DO ART. 1.042 DO CPC, COMO NO CASO DOS AUTOS. EVENTUAIS PREJUÍZOS NÃO FORAM DEMONSTRADOS PELA PARTE AGRAVANTE. PEDIDO PARA CANCELAMENTO DAS HIPOTECAS JUDICIÁRIAS. NÃO ACOLHIMENTO. TÍTULO EXECUTIVO PROFERIDO NO PROCESSO DE CONHECIMENTO COM EXPRESSA POSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DA OBRIGAÇÃO DE FAZER EM PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA. R. DECISÃO QUE DEVE SER MANTIDA EM SUA INTEGRALIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO.

VOTO

Agravo de instrumento interposto contra parte da r. decisão de fls. 521/524 dos originais, que, nos autos do cumprimento de sentença da "ação de obrigação de fazer com indenizatória", determinou a contagem dos prazos em dias corridos, afastou a necessidade de caução e manteve o arresto sobre os bens das devedoras, nos seguintes termos:

- Decisão de fl. 521/524 dos autos de origem:

"Vistos.

1) Sobre os embargos de declaração.

Fls. 295/300: São embargos de declaração em que os devedores alegam suposta "omissão" do Juízo quanto ao cômputo do prazo para cumprimento da obrigação de fazer e para as astreintes. Afirmam que o prazo deve ser contabilizado em dias úteis.

Fls. 471/475: Os exequentes refutam os embargos apontando inexistir omissão no decisum. Sustentam que o cômputo dos prazos deve ser em dias corridos.

Primeiramente, conheço dos embargos porque tempestivos.

No mérito, comportam parcial acolhimento para sanar, não omissão, como apontam os embargantes, mas sim obscuridade quanto aos prazos em comento.

O primeiro prazo, quanto a obrigação de fazer, deve ser contabilizado em dias corridos por ter origem na obrigação contratual pactuada entre as partes (vide fls. 116 item 2.1.2.9), tendo, portanto, caráter material (CPC: art. 219, parágrafo único).

O prazo para cômputo da multa, por não ter previsão em contrato e por ter sido fixada por este Juízo em sentença possui natureza processual e deve ser contabilizado em dias úteis (CPC: art. 218, § 1º, art. 219, caput).

ACOLHO PARCIALMENTE os embargos nos termos acima indicados.

Acesso ao Sumário

2) Fls. 476/477: Cumpra o Cartório, com a máxima urgência, a determinação de fls. 275/276 quanto a expedição dos ARs.

3) Fls. 486/497: Os executados apontam a necessidade de oferecimento de contracautela por parte dos exequentes. Sustenta que os exequentes devem arcar com eventuais prejuízos decorrentes dos arrestos realizados neste feito. Postulam pela necessidade de depósito por parte dos credores de quantia suficiente a ressarcir eventual prejuízo. Impugnam ainda a hipoteca judiciária noticiada nos autos, afirmando que o gravame se operou sem que os exequentes dispusessem de título executivo hábil.

Sobre os pedidos, os exequentes se manifestaram àsfls.510/520. Refutam o pedido de contracautela afirmando que os devedores já dispõem de "natural garantia" dos exequentes correspondente à obrigação de fazer determinada em sentença quanto a individualização das matrículas das vagas de garagem e posterior transferência de propriedade em favor dos exequentes. Sobre a hipoteca, os exequentes também refutam a argumentação, apontando a legalidade da averbação do gravame.

Decido.

O pedido de contracautela, tal como formulado pelos executados, não merece acolhimento por falta de previsão legal.

O artigo 520 do Código de Processo Civil impõe restrições quanto ao cumprimento provisório de sentença apenas quanto ao levantamento de valores por parte do credor (CPC: art. 520, inciso IV), ainda que exista previsão quanto a reparação de eventuais danos que os devedores tenham sofrido caso o decisum seja reformado (CPC: art. 520, inciso I), não havendo notícia nesse sentido.

Importante ressaltar que os devedores sequer demonstraram os alegados prejuízos que vem sofrendo quanto ao arresto postulado a justificar o pedido contracautela.

Sobre a hipoteca, não assiste razão aos executados. O título executivo judicial previu expressamente a conversão da obrigação de fazer em obrigação pecuniária, como se observa do seguinte excerto:

Ante o exposto, e de tudo o mais que dos autos consta, JULGO PROCEDENTE a presente ação condenando as rés, solidariamente, à obrigação de fazer consistente na individualização das matrículas das trinta e seis vagas de garagem em benefício dos autores e transferência da propriedade de doze delas para cada um deles no prazo de 90 (noventa) dias, sob a pena de pagamento de multa diária a partir de então fixada no valor de R$ 3.600,00, até o limite máximo de R$ 324.000,00, correspondente a 90 (noventa)dias multa, e, ainda, caso superado o prazo máximo para o cumprimento da obrigação de fazer, desde logo reconhecido o inadimplemento absoluto, condenando as rés solidariamente ao pagamento de indenização por perdas e danos, para cada um dos autores, no valor correspondente a 5,4083% do valor atualizado da multa estipulada em cláusula penal (R$ 11.558.699,00), base de cálculo

Acesso ao Sumário

atualizada pelo IGP-M/FGV a partir de 21 de março de2014, até a data do efetivo pagamento, acrescido, ainda, de juros moratórios de 1,0% ao mês, contados a partir da citação." [grifei].

Desse modo, havendo previsão legal (CPC: art. 495), não se observa irregularidade quanto ao gravame, ainda que a presente execução seja provisória (CPC: art. 495, § 1º, inciso II)."

Insurgem-se as devedoras, ora agravantes, alegando, em síntese, que: a) o magistrado não só violou a lei, doutrina e jurisprudência, como também validou os prejuízos que as agravantes vêm sofrendo; b) o MM. Magistrado entendeu que o prazo inicial para cumprimento da Obrigação de Fazer deve ser contabilizado em dias corridos por terem origem em obrigação pactuada contratualmente, possuindo cunho material (Cláusula 2.12.9, fl. 116 dos originais); c) em que pese ter sido o dever de individualização e transferência das vagas fixado no Aditamento ao Contrato de SCP, as partes não avençaram no instrumento prazo para providência; d) o prazo de 90 dias fixado pelo MM. Magistrado na origem possui cunho processual, eis que decorre de decisão judicial; e) a natureza é processual, uma vez que, descumprida a obrigação, as partes sofreriam consequências processuais, notadamente a incidência de astreintes; f) é o entendimento da doutrina e jurisprudência que o prazo fixado em cumprimento de sentença para cumprimento da obrigação deve ser computado em dias úteis, nos termos do art. 219 do CPC; g) o exequente possui o direito de instaurar o cumprimento provisório de sentença com base em título precário, mas possui responsabilidade objetiva de arcar com prejuízos causados por este, independentemente de dolo ou culpa; h) uma vez que os agravados tiram proveito dos imóveis da Demeter, devem arcar com todos os prejuízos que as agravantes vierem a sofrer, no caso de a sentença ser reformada ou a Demeter e a BKO cumprirem a Obrigação de Fazer, havendo não só base legal para tanto, como jurisprudencial e doutrinária; i) os agravados devem apresentar contracautela, na forma de caução, nos autos do cumprimento provisório de sentença; j) em razão do arresto dos bens a agravante está sendo privada de gozar dos imóveis de sua propriedade, o que impede o exercício de sua atividade empresarial; k) o art. 495 do CPC é categórico ao dizer que a hipoteca judiciária é cabível somente quando há decisão que condene o réu ao pagamento de prestação pecuniária ou determine a conversão de prestação de fazer, não fazer ou de dar em prestação pecuniária, não sendo possível hipotecar um bem para garantir uma obrigação de fazer.

Requer, por fim, a reforma da r. decisão agravada para que: a) o prazo inicial para cumprimento da Obrigação de fazer seja contabilizado em dias úteis; b) sejam os agravados determinados a prestar contracautela; e c) seja determinada a baixa no cartório da hipoteca judiciária.

Recurso processado indeferindo o pedido liminar (fls. 73/76).

Contraminuta apresentada pelos agravados às fls. 84/101.

Houve oposição ao julgamento virtual (fl. 81).

Acesso ao Sumário

É o relatório.

I) Em que pese o inconformismo ora aduzido, é caso de integral manutenção da r. decisão ora recorrida.

II) No que diz respeito à contagem do prazo para cumprimento da obrigação de fazer, não é caso para acolhimento do argumento de que ele deveria ser contabilizado em dias úteis.

Isso porque, apesar do argumento de que não há previsão expressa de prazo para cumprimento da obrigação na cláusula 2.1.2.9 do "Instrumento Particular de Aditamento ao Contrato de Constituição da Sociedade em Conta de Participação" (fl. 116 dos autos principais), fato é que a cláusula 3 do referido instrumento prevê:

- Fl. 116 dos autos principais:

"3. A SÓCIA OSTENSIVA se compromete e se obriga a outorgar a correspondente escritura de dação em pagamento das aludidas unidades no prazo de até 90 (noventa) dias contados da instituição condominial do EMPREENDIMENTO, correndo por conta da SÓCIA OSTENSIVA todas as despesas para a outorga da escritura, tais como emolumentos de Notas e de Registro Imobiliário, assim como o imposto de transmissão ITBI."

Diante disso, em se tratando de prazo de direito material, tão somente reconhecido pela r. sentença do processo de conhecimento, adequado o estabelecimento da contagem em dias corridos, sem a suspensão ou interrupção do fluxo temporal.

Confira julgado já proferido por este E. TJSP nesse sentido:

"Agravo de Instrumento. Direito de Vizinhança. Ação de obrigação de fazer c./c. danos materiais. Danos verificados no apartamento dos Agravados decorrentes de infiltrações e vazamentos provenientes da unidade condominial localizada no piso superior, de propriedade dos Agravantes. Cumprimento de sentença. Decisão interlocutória agravada que acolheu parcialmente a impugnação apresentada pelos Agravantes para reconhecer a existência de erro nos cálculos apresentados por ambas as partes, afastando, no entanto, os argumentos de que o prazo para cumprimento da obrigação de fazer imposta pela sentença deve ser contado em dias úteis e que não incidem juros sobre honorários periciais, custas e despesas processuais após o trânsito em julgado da sentença condenatória. Pleito recursal dos Agravantes alegando que a contagem do prazo da obrigação de fazer determinada na sentença condenatória transitada em julgado deve ser realizada em dias úteis, pugnando, também, pelo afastamento dos juros sobre os honorários periciais, custas e despesas processuais. Argumentos que não convencem. Sentença condenatória transitada em julgado que impôs obrigação de fazer aos Agravantes para cumprimento em 60 dias. Contagem do prazo em dias corridos. Prazo próprio de direito material reconhecido judicialmente.

Acesso ao Sumário

> Apenas os prazos processuais são contados em dias úteis, a teor do disposto no artigo 219 do Código de Processo Civil. Honorários periciais, custas e despesas processuais que são exigíveis a partir do trânsito em julgado da sentença condenatória. Juros moratórios devidos pelo devedor inadimplente. Decisão mantida. RECURSO DESPROVIDO." (TJSP; Agravo de Instrumento 2073897-61.2022.8.26.0000; Relator (a): L. G. Costa Wagner; Órgão Julgador: 34ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 8ª Vara Cível; Data do Julgamento: 31/08/2022; Data de Registro: 31/08/2022)

De qualquer forma, cumpre aqui ressaltar que a ação na qual sucumbiram integralmente os agravantes foi ajuizada em 2020 e a decisão que determinou o cumprimento da obrigação de fazer no prazo de 90 dias foi proferida em 2022, havendo mais do que prazo razoável para o cumprimento do quanto decidido, seja pela contagem em dias úteis ou em dias corridos.

Anote-se que a ação de conhecimento foi ajuizada em 2020 e, quando da decisão que deferiu o processamento ao Agravo de Instrumento nº 2125540-29.2020.8.26.0000, em junho do referido ano, as devedoras já afirmavam que deram inícios às tratativas necessárias para atender as exigências para o cumprimento integral da referida obrigação, mas até agora não há notícia de seu cumprimento.

Ora, decorridos três anos, não há informação concreta sobre a individualização das vagas, mostra-se descabido o efeito pleiteado para contagem do prazo em dias úteis, que nada influenciará no reconhecimento do inadimplemento da obrigação.

III) No mesmo sentido, no que diz respeito ao pedido de contracautela, é caso de integral manutenção da r. decisão recorrida.

Consultando os autos principais, tem-se que contra a r. sentença condenatória (fls. 983/996) proferida no processo de conhecimento, as agravantes interpuseram recurso de apelação (fls. 1.050/.1084 dos originais) e esta C. Câmara Reservada Empresarial negou provimento ao apelo, majorando os honorários advocatícios sucumbenciais arbitrados em favor dos agravados, nos termos do art. 85, §11 do CPC/2015 para R$ 52.000,00.

Foi interposto Recurso Especial (fls. 1.228/1.262 dos autos principais) que teve seu segmento negado (fls. 1.317/1.319 dos originais). Não obstante, foi interposto Agravo em Recurso Especial (fls. 1322/1.336 dos autos principais), que se encontra pendente de julgamento.

Em que pese o art. 520, inciso IV, do CPC prever a necessidade de caução em caso de levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem a transferência de posse ou alienação de propriedade ou outro direito real, ou dos quais possa resultar grave dano ao executado, fato é que o art. 521, inciso III do CPC prevê que a caução poderá ser dispensada nos casos em que pender o agravo do art. 1.042, ou seja, Agravo em Recurso Especial, como é o

Acesso ao Sumário

caso dos autos.

Vale ressaltar que, conforme bem ressaltado pelo MM. Magistrado na origem, as devedoras sequer demonstraram os prejuízos que vêm sofrendo quanto ao arresto postulado a justificar o deferimento do pedido contracautelar nesse momento processual.

Confira, nesse sentido, os seguintes julgados deste E. TJSP:

> "Agravo de Instrumento. Cumprimento provisório de sentença. Interposição de recurso especial que não impede o prosseguimento da execução. Ausência de notícia da admissibilidade do recurso especial e muito menos de concessão de efeito suspensivo. Desnecessidade de prestação de caução pelo exequente. Hipóteses do inc. IV do art. 520 do CPC não caracterizadas. Recurso desprovido." (TJSP; Agravo de Instrumento 2270146-82.2022.8.26.0000; Relator (a): Alexandre Marcondes; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Privado; Foro de Santos - 12ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 07/02/2023; Data de Registro: 08/02/2023)
>
> "Agravo de instrumento. Cumprimento provisório de sentença relativo à multa cominatória. Decisão que determinou a prestação de caução para o processamento do pedido. Desnecessidade da caução. Art. 537, § 3º, CPC não exige a caução porque dispõe que o levantamento só será feito após o trânsito em julgado da condenação. Recurso parcialmente provido, com observação." (TJSP; Agravo de Instrumento 2171447-56.2022.8.26.0000; Relator (a): Elói Estevão Troly; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Privado; Foro de Piraju - 2ª Vara; Data do Julgamento: 06/12/2022; Data de Registro: 06/12/2022)

Diante do exposto, correto o entendimento proferido na r. decisão agravada pelo indeferimento do pedido formulado.

IV) Em relação ao pedido formulado pela parte agravante de cancelamento das hipotecas judiciárias sobre três imóveis: a) apartamento 503; b) apartamento 2.011 e c) "unidade de estacionamento", não é caso para seu acolhimento.

Conforme bem salientado pelo MM. Magistrado na origem, o título executivo judicial proferido no processo de conhecimento às fls. 983/996 expressamente previu a conversão da obrigação de fazer em prestação pecuniária, nos seguintes termos:

> "Ante o exposto, e de tudo o mais que dos autos consta, JULGO PROCEDENTE a presente ação condenando as rés, solidariamente, à obrigação de fazer consistente na individualização das matrículas das trinta e seis vagas de garagem em benefício dos autores e transferência da propriedade de doze delas para cada um deles no prazo de 90 (noventa) dias, sob a pena de pagamento de multa diária a partir de então fixada no valor de R$ 3.600,00, até o limite máximo de R$ 324.000,00, correspondente a 90 (noventa) dias multa, e, ainda, **caso superado o prazo máximo para o cumprimento da obrigação de fazer, desde logo reconhecido o inadimplemento absoluto, condenando as rés solidariamente ao pagamento de indenização por perdas e danos, para**

Acesso ao Sumário

cada um dos autores, no valor correspondente a 5,4083% do valor atualizado da multa estipulada em cláusula penal ($ 11.558.699,00), base de cálculo atualizada pelo IGP-M/FGV a partir de 21 de março de 2014, até a data do efetivo pagamento, acrescido, ainda, de juros moratórios de 1,0% ao mês, contados a partir da citação." (g.n.)

Não se observa irregularidade quanto ao gravame, uma vez que a possibilidade de conversão em perdas e danos integra a própria decisão, atendendo aos requisitos do art. 495 do CPC.

Ressalte-se que o próprio artigo 495 do CPC determina que a sentença produz a hipoteca judiciária ainda que a condenação seja genérica ou que o credor possa promover o cumprimento provisório da sentença ou mesmo quando estiver pendente arresto sobre algum bem do devedor.

Dessa forma, não há que se afastar a possibilidade de constituição de hipoteca judiciária tão somente pelo estabelecimento de prazo no título judicial para cumprimento da obrigação.

Não havendo qualquer fundamento prático ou jurídico que implique no cancelamento das hipotecas judiciárias registradas, deve a r. decisão ser mantida em sua integralidade também neste ponto.

V) Dessa forma, deve a r. decisão recorrida ser mantida em sua integralidade.

Ante o exposto, **nega-se provimento ao agravo de instrumento.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2063815-34.2023.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante URBANIZADORA CONTINENTAL S/A EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES, é agravado CALÇADOS DI POLLINI LTDA.

ACORDAM, em 27ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 14568)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ROGÉRIO MURILLO PEREIRA CIMINO (Presidente sem voto), DARIO GAYOSO e DAISE FAJARDO NOGUEIRA JACOT.

São Paulo, 14 de maio de 2024.

SERGIO ALFIERI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - Ação de Exigir Contas - Contrato atípico de locação de espaço em Shopping Center - Insurgência da ré contra a

decisão que julgou procedente a primeira fase para condená-la à prestação das contas requeridas - Alegação de cerceamento de defesa - Inocorrência - Controvérsia que se resolve, na primeira fase, com prova documental - Julgador que somente analisa se há ou não o dever de prestar contas - Impertinência das provas testemunhal e pericial - Ré que não demonstrou ter prestado as contas no decorrer da relação locatícia - Prestação de contas que foi limitada temporalmente pela decisão agravada, observando-se o prazo decenal de prescrição - Insubsistente a alegação da ré nesse sentido - Precedentes desta C. Câmara - Decisão mantida - RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto por **Urbanizadora Continental S/A - Empreendimentos e Participações** contra a r. decisão proferida às fls.211/215 que julgou procedente a primeira fase da ação de exigir contas movida por **Calçados Di Pollini Ltda.**

Alega a agravante/ré: cerceamento de defesa - porque não foi oportunizada a manifestação sobre produção de provas adicionais -, ausência do dever de prestar contas, salientando que os dados solicitados pela autora sempre foram de seu conhecimento e, em caso de manutenção da decisão, pede para que a prestação de contas seja limitada material e temporalmente (período de vigência do contrato de locação).

Recurso tempestivo, preparado e processado sem a concessão do efeito suspensivo.

Dispensadas as informações, a contraminuta foi apresentada às fls.272/279.

É o relatório.

A agravada/autora entabulou com a agravante/ré Contrato de Locação de Espaço Comercial integrante do Continental Shopping (loja nº T23 C/D) e, com fundamento na generalidade das cobranças empreendidas, bem como falta de clareza e detalhamento dos valores exigidos, ingressou com a ação de exigir de contas na origem, em que pugnou pela procedência da ação, no tocante à primeira fase, para condenar a agravada/ré "*à prestação de contas dos últimos 10 anos, referente ao fundo de promoções e condomínio (comum e privativo) do contrato locatício, desde o seu início, bem como os respectivos documentos acima elencados, informando ainda os Coeficientes de Rateio de Despesas (CRD) da loja alugada pela parte autora e pelos demais locatários, ou, se assim desejar, apresente contestação*".

A r. decisão agravada julgou procedente a primeira fase da ação de exigir

Acesso ao Sumário

contas para determinar que a agravante/ré preste as contas solicitadas pela agravada/autora, na forma mercantil.

A agravante/ré sustenta que houve cerceamento de defesa, porque o juízo a quo concluiu pela ausência de prova da regularidade da prestação de contas empreendida durante a relação locatícia, sem que tenha oportunizado a dilação probatória.

Sem razão, contudo.

A prova necessária para o deslinde da controvérsia é documental, diz respeito à forma em que calculados os valores devidos mensalmente pelo locatário de espaço em Shopping Center, valores que devem ser devidamente categorizados e pormenorizados de acordo com o espaço locado, para elucidar a exata participação da agravada/autora no rateio.

Desse modo, cabia à ré instruir sua defesa com os referidos documentos, porém, somente apresentou cópias de mensagens que trocou com a autora, insuficientes para desconstituir o direito por esta alegado, notadamente porque dizem respeito apenas às tratativas de composição após o encerramento da relação locatícia.

Haveria cerceamento de defesa se para a análise da pretensão fossem necessários outros tipos de prova - testemunhal e pericial -, o que, reprise-se, não é o caso.

Em primeira fase de ação de exigir contas, o "*julgador limita-se meramente a decidir se há a obrigação do réu em prestar determinadas contas*" (STJ, REsp 1.820.603/MT, Min. Nancy Andrighi, j. 10.12.19), pelo que aquelas provas não teriam qualquer utilidade.

No mérito, também sem razão a ré, justamente porque embora tenha refutado as alegações da autora no sentido de ter prestado as informações necessárias no decorrer da relação locatícia, não trouxe aos autos elementos que embasam essa afirmação.

O fato de ter constado no aditivo contratual que para a apuração do Coeficiente de Rateio de Despesas seria considerada área de 71 m² e que o Fundo de Promoção e Propaganda equivaleria a 20% do valor do aluguel mínimo vigente, não altera o desfecho da controvérsia, porque para se aferir a regularidade de ambos é necessária a apresentação do já mencionado cálculo pormenorizado para elucidar qual a efetiva participação da autora no rateio.

Ademais, mesmo que a agravada/autora tivesse reconhecido a existência de dívida relacionada ao contrato de locação, seu direito de exigir a prestação das contas remanesceria - decorrente da natureza do contrato entre as partes entabulado -, sendo certo que eventual abusividade dos valores cobrados será objeto de discussão no momento oportuno.

Também insubsistente o pedido da ré de limitação temporal das contas a serem prestadas, porque a r. decisão agravada expressamente consignou que

Acesso ao Sumário

a "*autora tem o direito de exigir as contas relativas ao período de vigência do contrato de locação*", observando que embora a ré "*alegue que o valor apurado estaria atingido pela prescrição, ressalto que eventual valor cobrado a maior poderá ser objeto de repetição de indébito pela autora, sendo o prazo aplicável o decenal, diverso do enriquecimento sem causa, a teor do disposto no art.205, do Código Civil*'.

Não é outro o entendimento desta C. Câmara:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. Ação de Exigir Contas. Primeira Fase. "Contrato Atípico de (Sub) Locação e Outras Avenças". DECISÃO que julgou parcialmente procedente o pedido inicial para autorizar a prestação de contas referente ao período do contrato, ressalvando contudo a prescrição trienal. INCONFORMISMO deduzido no Recurso. EXAME: pretensão de exigir contas que se submete a prazo prescricional de dez (10) anos, previsto no artigo 205 do Código Civil, conforme entendimento adotado pelo C. Superior Tribunal de Justiça. Demanda ajuizada no dia 23 de março de 2021, antes portanto da consumação do prazo prescricional. Decisão reformada. RECURSO PROVIDO.* (Agravo de Instrumento nº 2024353-70.2023.8.26.0000, Rel. Desª Daise Fajardo Nogueira Jacot, j. 28/04/2023).

APELAÇÃO. AÇÃO DE EXIGIR CONTAS. ADMINISTRAÇÃO CONDOMINIAL. RESPEITÁVEL SENTENÇA DE EXTINÇÃO RECONHECENDO A PRESCRIÇÃO. INCONFORMISMO DO AUTOR ACOLHIDO. OBRIGAÇÃO PESSOAL. PRAZO PRESCRICIONAL DECENAL. ARTIGO 205, DO CÓDIGO CIVIL. PRECEDENTES DO COLENDO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PRETENSÃO DE EXIGIR CONTAS DE PERÍODO CERTO QUE FOI PROPOSTA DENTRO DO PRAZO PRESCRICIONAL. ANÁLISE DA PERDA DO DIREITO DE AGIR DEVE CONSIDERAR A DATA DA PROPOSITURA DA AÇÃO. PARTE QUE NÃO PODE SER PREJUDICADA PELA DEMORA NA PRÁTICA DE ATOS JUDICIAIS A QUE NÃO DEU CAUSA. CUMPRIMENTO DA DETERMINAÇÃO DE EMENDA TEMPESTIVA. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE NÃO APLICÁVEL À FASE DE CONHECIMENTO. RECURSO PROVIDO. (Apelação Cível nº 1010758-14.2016.8.26.0405, Rel. Des. Dario Gayoso, j. 22/11/2023).

Destarte, fica mantida a r. decisão agravada.

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

ACÓRDÃO

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

2183376-52.2023.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante JORGE CHAMMAS NETO, é agravado BANCO COMERCIAL DE SÃO PAULO S/A.

ACORDAM, em 23ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 42716)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ MARCOS MARRONE (Presidente), LÍGIA ARAÚJO BISOGNI e EURÍPEDES FAIM.

São Paulo, 8 de maio de 2024.

JOSÉ MARCOS MARRONE, Relator

EMENTA: Execução - Penhora - Determinada a penhora de bens de valor considerável que guarneçam a residência do agravante - Possibilidade - Execução que se arrasta desde 26.9.1994, sem que o banco agravado consiga obter a satisfação total de seu crédito - Agravante que reside em imóvel de alto padrão, com quadra de tênis e heliponto, não se podendo afastar a possibilidade de possuir bens suntuosos - Inexistência de óbice à penhora de eventual bem que guarneça o imóvel em que o agravante reside, que esteja excluído da proteção do bem de família e que seja de valor expressivo - Inocorrência de ofensa ao princípio da menor onerosidade - Agravo desprovido.

VOTO

1. Trata-se de agravo de instrumento (fl. 1), interposto, tempestivamente, da decisão proferida em ação de execução por quantia certa (fls. 2/6 dos autos principais), fundada em "Contrato de Capital de Giro" (fl. 12 dos autos principais), garantido por nota promissória (fl. 18 dos autos principais), que deferiu o pedido formulado pelo banco agravado (fl. 5441 dos autos principais), para que fosse expedido mandado de penhora de bens a ser cumprido porta adentro no endereço de residência do agravante (fl. 5439 dos autos principais), bem como que rejeitou os embargos declaratórios por este opostos (fls. 5545/5548, 5562 dos autos principais).

Sustenta o agravante, coexecutado na aludida ação, em síntese, que: a execução encontra-se garantida por diversas penhoras; houve a arrematação de inúmeros imóveis; antes do deferimento de qualquer outra penhora, são necessários o refazimento dos cálculos e o abatimento dos valores dos imóveis arre-

Acesso ao Sumário

matados e do numerário levantado pelo banco agravado; os bens que guarnecem a sua residência não atingem a cifra executada; a execução deve transcorrer do modo menos gravoso ao devedor; o banco agravado não demonstrou a existência de bens de elevado valor em sua residência; em diligências realizadas por oficial de justiça em outros processos, não foram encontrados bens passíveis de penhora no imóvel em que reside; deve ser afastada a determinação de penhora de bens que guarnecem a sua residência (fls. 4/32).

Houve preparo do agravo (fls. 33/34).

O eminente desembargador Emílio Migliano Neto, no impedimento ocasional deste relator (fl. 98), concedeu o efeito suspensivo ao agravo oposto (fl. 99).

O banco agravado apresentou resposta ao recurso (fls. 110/118).

É o relatório.

2. O reclamo manifestado pelo agravante não merece prosperar.

Explicando:

2.1. A execução em análise arrasta-se há quase trinta anos, tendo sido ajuizada em 26.9.1994 (fl. 1 dos autos principais), sem que o banco agravado consiga obter a satisfação total de seu crédito, o qual, em maio de 2023, perfazia R$ 45.590.591,39 (fl. 5440 dos autos principais).

O fato de existirem diversas penhoras nos autos da execução (fls. 10/14), por si só, não impede a constrição de eventuais bens de valor considerável que guarneçam a residência do agravante, visto que os bens até então constritos, ao que tudo indica, não são suficientes para garantir a execução, de elevada monta.

Diversamente do alegado pelo agravante (fl. 11), basta observar o cálculo apresentado pelo banco agravado nos autos principais para perceber que o valor dos imóveis arrematados e o dinheiro levantado têm sido considerados para se apurar o valor remanescente devido (fls. 5245/5288 dos autos principais).

De outra banda, não se pode exigir do banco agravado que demonstre a existência, na residência do agravante, "de bens de elevado valor ou que ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida" (fl. 18).

Conforme afirmado pelo banco agravado, o agravante reside "em mansão que toma um quarteirão inteiro na Av. Engº Oscar Americano, com quadra de tênis e heliponto" (fl. 5426 dos autos principais), não se podendo afastar a possibilidade de possuir bens suntuosos.

Consoante disposto no art. 789 do atual CPC:

> "O devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações, salvo as restrições estabelecidas em lei".

Cogita-se do princípio da patrimonialidade, cujas exceções, isto é, limitações ao acesso ao patrimônio do devedor para execução da dívida, decorrem

Acesso ao Sumário

também de lei, estando previstas no art. 833 do atual CPC.

A circunstância de já ter havido constatação de bens na residência do agravante por oficial de justiça, em outros processos, para fins de penhora (fls. 26/27), não impede a diligência em questão, uma vez que a última foi realizada em 27.4.2023 (fls. 26/27), ou seja, há um ano.

Em suma, não há óbice à penhora de eventual bem que guarneça o imóvel em que o agravante reside, que esteja excluído da proteção do bem de família e que seja de valor expressivo.

2.2. Ademais, não se pode admitir ofensa ao princípio de menor onerosidade, consagrado no art. 805, "caput", do atual CPC (fls. 15/17).

Consoante já decidido:

"(...) A execução há que se fazer de forma menos gravosa ao devedor, mas sem prejuízo das normas legais que a balizam (...)" (ROMS nº 792/86, TST, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, in JTACSP-LEX: 169/40).

Conduzem a idêntico desfecho essas manifestações do Colendo Superior Tribunal de Justiça, na vigência do CPC de 1973, aplicáveis ao atual CPC:

"Tributário. Processual civil. Agravo regimental no agravo de instrumento. Execução fiscal. Penhora. Interesse do credor. Agravo não provido.

1. 'A execução se opera em prol do exequente e visa a recolocar o credor no estágio de satisfatividade que se encontrava antes do inadimplemento. Em consequência, realiza-se a execução em prol dos interesses do credor (arts. 612 e 646, do CPC). Por conseguinte, o princípio da economicidade não pode superar o da maior utilidade da execução para o credor, propiciando que a execução se realize por meios ineficientes à solução do crédito exequendo' (REsp 1.000.261-RS, Rel. Min. LUIZ FUX, 1ª Turma, DJe 3.4.08).

2. Agravo regimental não provido" (AgRg no Ag nº 1.364.949- SP, registro nº 2010/0201486-4, 1ª Turma, v.u., Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, j. em 1.12.2011, DJe de 12.12.2011).

"A execução visa recolocar o credor no estágio de satisfatividade que se encontrava antes do inadimplemento. Em consequência, realiza-se a execução em prol dos interesses do credor (arts. 612 e 646 do CPC). Por conseguinte, o princípio da economicidade não pode superar o da maior utilidade da execução para o credor, propiciando que a execução se realize por meios ineficientes à solução do crédito exequendo" (REsp nº 446.028-RS, registro nº 2002/00846313, 1ª Turma, v.u., Rel. Min. LUIZ FUX, j. em 10.12.2002, DJU de 3.2.2003, p. 287).

3. Nessas condições, nego provimento ao agravo contraposto, mantendo a decisão impugnada (fl. 5441 dos autos principais).

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 1001936-48.2022.8.26.0236/50000, da Comarca de Ibitinga, em que é agravante DOMINGUES VERA COMÉRCIO E CONSTRUÇÕES LTDA., são agravados SEBASTIÃO DA SILVA e MARIA HELENA REZENTE DA SILVA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª 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 47231)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOÃO BATISTA VILHENA (Presidente sem voto), JAMES SIANO e MOREIRA VIEGAS.

São Paulo, 10 de maio de 2024.

J.L. MÔNACO DA SILVA, Relator

Ementa: AGRAVO INTERNO - Interposição contra decisão do relator que negou conhecimento ao recurso - Inconformismo - Desacolhimento - Decisão que foi muito clara ao determinar a complementação do preparo recursal "apurado a fls. 198", sob pena de não conhecimento do recurso, mas a parte recorrente preferiu formular pedido, com nítido caráter de reconsideração, sem cumprir a determinação judicial - Preclusão configurada, nos termos do art. 1.007 do Código de Processo Civil - Decisão mantida - Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de agravo interno interposto por Domingues Vera Comércio e Construções Ltda. contra a decisão de fls. 207/208, que negou conhecimento ao recurso.

Sustenta a parte agravante, em síntese, que a decisão merece reforma porque o despacho de fls. 201 determinou a complementação do preparo recursal com base na certidão de fls. 198, ou seja, de acordo com o valor da causa. Alega que a manifestação de fls. 204/206 não foi baseada em pedido de reconsideração, mas para que fosse realizado novo cálculo, a fim de evitar confronto com o cálculo de fls. 198, pois haveria desembolso a maior. Requer o provimento do recurso.

É o relatório.

O recurso não merece provimento.

A decisão hostilizada foi proferida nestes termos:

Acesso ao Sumário

"Nego conhecimento ao recurso.

Registro, inicialmente, que a presente decisão monocrática tem respaldo no art. 932, inc. III, do Código de Processo Civil (recurso inadmissível).

Com efeito, está configurada a deserção, nos termos do art. 1.007 do Código de Processo Civil, uma vez que a parte recorrente deixou de recolher o preparo recursal, mesmo após a abertura de prazo para fazê-lo (v. fls. 201).

Pois bem, a decisão de fls. 201 foi muito clara ao determinar a complementação do preparo recursal "apurado a fls. 198", sob pena de não conhecimento do recurso, mas a parte recorrente preferiu formular pedido, com nítido caráter de reconsideração, sem cumprir a determinação judicial (v. fls. 204/206).

Ora, se o apelante defende que o valor da condenação é a base de cálculo correta do preparo recursal, imputando incorreções aos cálculos da Serventia de fls. 198, deveria ter juntado o valor que entendia correto no prazo concedido (já não o fez no ato de interposição do recurso) e não apenas impugnar os cálculos sem pagar nenhum valor.

Sendo assim, de rigor a aplicação da pena de deserção, o que acarreta o não conhecimento do recurso, nos termos do já citado art. 1.007 do Código de Processo Civil.

Cabe a majoração dos honorários advocatícios de 10% para 15% sobre o valor da condenação, considerando o trabalho adicional realizado em grau recursal, nos termos do art. 85, § 11, do Código de Processo Civil.

Por fim, uma advertência: o recurso interposto contra esta decisão poderá ficar sujeito a multa.

Posto isso, nego conhecimento ao recurso".

E mais, considerando que a parte agravante pleiteou, no recurso de apelação, a anulação da sentença (v. fls. 179, item 2), é evidente que a base de cálculo do preparo é o valor da causa atualizado.

Sendo assim, a fragilidade dos argumentos apresentados pela parte agravante impede a reforma da decisão.

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

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2140679-79.2024.8.26.0000, da Comarca de Jaú, em que é agravante ROGERIO GARCIA CORTEGOSO, é agravado ROSEMEIRE JORGE.

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 38.701)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LIDIA CONCEIÇÃO (Presidente) e MILTON CARVALHO.

São Paulo, 29 de maio de 2024.

WALTER EXNER, Relator

Ementa: Agravo de instrumento. Despejo. Indeferimento da liminar. Locador que alega exoneração da garantia pelo fiador. Notificação, colacionada à inicial, para constituir nova garantia no prazo de 30 dias, enviada por e-mail para endereço não constante nos documentos assinados pela locatária. Insuficiência. Nova notificação via A.R. que foi recebida após o ajuizamento da demanda. Ausência de decurso do prazo legal no momento da interposição do presente recurso. Decisão mantida. Recurso improvido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a r. decisão de fls. 90/91 dos autos da ação de despejo, que indeferiu a liminar.

Inconformado, recorre o autor alegando, em síntese, que o pedido de despejo liminar está fundado no art. 59, § 1º, incisos VII e IX da Lei nº 8.245/91, ou seja, em razão da falta de apresentação de nova garantia após a exoneração da fiança e inadimplemento de aluguel e acessórios. Aduz que a garantidora se exonerou da fiança por meio de notificação enviada via *e-mail* e A.R. e, mesmo notificada a devedora, esta não constituiu nova garantia apta a manter a segurança inaugural do contrato. Requer, assim, a concessão da tutela recursal para deferir o despejo liminar e a confirmação da medida ao final.

O recurso foi recebido no efeito meramente devolutivo e encaminhado para julgamento.

É o relatório.

Sendo o recurso manifestamente improcedente, procede-se ao seu imediato julgamento, com a dispensa do contraditório.

Com efeito, os incisos do art. 59, § 1º, da Lei nº 8.245/91 estabelecem as hipóteses nas quais se torna possível a concessão de liminar de despejo, condicionada à prestação de caução no valor equivalente a três meses de aluguel, dispondo o inciso VII ser possível a medida nas ações que tiverem por fundamento "*o término do prazo notificatório previsto no parágrafo único do art. 40, sem apresentação de nova garantia apta a manter a segurança inaugural do contrato*".

Acesso ao Sumário

E, no presente caso, o contrato entabulado entre as partes (fls. 27/32 dos originais) contava com garantia locatícia prestada pela empresa GRPQA Ltda.

Ocorre que, não obstante o locador alegue a exoneração da empresa garantidora, verifica-se que foram colacionadas à inicial unicamente "Notificação Extrajudicial - Rescisão de contrato de Garantia em Contrato de Locação" (fls. 65 dos originais), acompanhada de documento denominado "Relatório Por E-mail", os quais revelam-se frágeis e unilaterais, vez que há indicação de endereço eletrônico que não consta nos instrumentos assinados pela locatária e a comunicação sequer está datada, sendo insuficientes para comprovar o efetivo recebimento e ciência do teor pelo destinatário.

Além disso, observa-se que, aos 10.05.2024, após o indeferimento da liminar, o autor juntou aos autos A.R. positivo (fls. 100/101 dos originais), entregue em 19.04.2024. No entanto, referida notificação não pode ser considerada válida, pois não havia decorrido o prazo de trinta dias previsto no art. 40, parágrafo único, da Lei nº 8.245/91, para que a locatária se manifestasse. Conforme se depreende, a decisão recorrida foi proferida em 26.04.2024 e o presente recurso interposto em 17.05.2024, ou seja, antes de esgotado o prazo para a locatária apresentar nova garantia.

Assim, não cabe a concessão da liminar de despejo.

Em casos semelhantes, envolvendo a mesma empresa garantidora, já se manifestou este E. Tribunal:

"*AGRAVO DE INSTRUMENTO - Locação - Ação de despejo por falta de pagamento - Pedido de liminar - Alegação da locadora de que o contrato está desprovido de garantia, porque a fiadora se exonerou desse encargo - Envio de notificação para esse fim sem prova do recebimento pela locatária - Mensagem de whatsapp para a destinatária, falando da exoneração, com resposta dela de que não estava conseguindo abrir o anexo - Falta de comprovação de seu recebimento e conhecimento de seu teor por parte da destinatária - Decisão mantida - Recurso improvido.*" (Agravo de Instrumento nº 2103302-74.2024.8.26.0000; Rel. Des. Caio Marcelo Mendes de Oliveira; 32ª Câmara de Direito Privado; j. em 07.05.2024)

"*LOCAÇÃO RESIDENCIAL. AÇÃO DE DESPEJO POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO CONTRATUAL E FALTA DE PAGAMENTO. PEDIDO DE LIMINAR PARA DESOCUPAÇÃO DO IMÓVEL. INDEFERIMENTO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DOS REQUISITOS LEGAIS. DÚVIDA QUANTO À EFETIVA NOTIFICAÇÃO DO LOCATÁRIO PARA CONSTITUIR NOVA GARANTIA LOCATÍCIA, TORNANDO NECESSÁRIA APURAÇÃO MAIS APROFUNDADA. PEDIDO SUCESSIVO DE DESPEJO POR FALTA DE PAGAMENTO QUE AUTORIZA EVENTUAL EMENDA DA MORA POR PARTE DO LOCATÁRIO. DECISÃO MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO. 1. Nos termos do artigo 59, § 1º, incisos VII e IX, da Lei 8.245/91, é facultado ao*

Acesso ao Sumário

locador obter a concessão de liminar de despejo na hipótese de ausência de apresentação de nova garantia locatícia ao fim do prazo notificatório previsto no parágrafo único do artigo 40 da Lei de Locação, bem como pela falta de pagamento de aluguel e acessórios da locação, estando o contrato desprovido de quaisquer das garantias previstas no artigo 37 da mesma lei. No caso, entretanto, as notificações referentes à exoneração da fiança e à exigência de novo fiador foram encaminhadas, por meio de aplicativo de mensagem, para telefone diverso daquele que constou do contrato de locação. E, havendo dúvida sobre a existência da garantia locatícia, mostra-se prematura a concessão da liminar nessa oportunidade. Assim, é imprescindível a vinda de mais elementos de convicção para que a matéria seja adequadamente esclarecida no curso do processo. 2. Embora o pedido de despejo esteja fundado no descumprimento contratual por parte do locatário, sem a cumulação com pedido de cobrança de aluguel e acessórios, é certo que o locador também formulou pedido sucessivo de despejo com base na falta de pagamento de tais verbas, o que autoriza seja dada oportunidade ao locatário para purgar a mora, nos termos do artigo 62, inciso II, da Lei n° 8.245/91." (Agravo de Instrumento nº 2056461-21.2024.8.26.0000; Rel. Des. Antonio Rigolin; 31ª Câmara de Direito Privado; j. em 26.03.2024)

"*AGRAVO DE INSTRUMENTO. DESPEJO POR AUSÊNCIA DE GARANTIA. LOCAÇÃO NÃO RESIDENCIAL. MEDIDA LIMINAR. Descabimento. Requisitos do art. 59, §1º, incisos VII e IX, da Lei nº 8.245/1991, não preenchidos. Locador não notificou adequadamente a locatária para apresentar nova garantia locatícia no prazo de trinta dias, na forma do art. 40, parágrafo único, da Lei nº 8.245/1991. Comunicação por e-mail, sem qualquer evidência concreta de leitura pela locatária, e com a indicação incorreta da espécie de contrato celebrado pelas partes. Decisão mantida. RECURSO NÃO PROVIDO.*" (Agravo de Instrumento nº 2033286- 95.2024.8.26.0000; Rel. Des. Rosangela Telles; 31ª Câmara de Direito Privado; j. em 22.03.2024)

"*AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE DESPEJO. LIMINAR DE DESPEJO. INDEFERIMENTO. IRRESIGNAÇÃO. ART. 59, § 1º, INCISOS VII E IX, DA LEI Nº 8.245/91. NOTIFICAÇÃO DO LOCATÁRIO PARA CONSTITUIÇÃO DE NOVA GARANTIA. NÃO COMPROVAÇÃO. DECISÃO MANTIDA. RECURSO NÃO PROVIDO. 1.- Para a concessão de liminar de despejo, com fundamento no art. 59, § 1º, VII, da Lei nº 8.245/91, necessária a notificação de que trata o art. 40, parágrafo único, da lei, bem como o escoamento do prazo de 30 dias ali previsto sem constituição de nova garantia. 2.- No caso do inciso IX do mesmo dispositivo, o inadimplemento por si só não basta, sendo necessário que o contrato esteja desprovido de garantia; uma vez que a relação locatícia se iniciou com a contratação de garantia, a extinção desta, da mesma forma, deve ser notificada ao locatário, para que este possa em prazo hábil*

Acesso ao Sumário

constituir nova garantia. 3.- No caso presente, não constou do contrato de locação a possibilidade de notificação via aplicativo de mensagens. Em todo caso, não há no instrumento contratual número de telefone associado ao locatário, de modo que não está comprovada a notificação referida" (Agravo de Instrumento nº 2023842-38.2024.8.26.0000; Rel. Des. Adilson de Araújo; 31ª Câmara de Direito Privado; j. em 04.03.2024)

No mesmo sentido, esta C. Câmara:

"*AGRAVO DE INSTRUMENTO. Ação de despejo. Pedido liminar de desocupação. Indeferimento. Contrato de locação garantido por fiança. Hipótese em que não restou devidamente clara a validade da notificação de exoneração da fiadora, tampouco se foi apresentada nova garantia pelo locador, ora agravado. Não atendimento do disposto no artigo 59, § 1º, inciso IX, da Lei nº 8.245/91. Tutela de urgência. Antecipação da tutela sem audiência da parte contrária é providência excepcional. Requisitos autorizadores da medida pleiteada não vislumbrados em sede de cognição sumária. Hipótese que recomenda a prévia instauração do contraditório, em primeiro grau de jurisdição. Recurso desprovido.*" (Agravo de Instrumento nº 2045096-67.2024.8.26.0000; Rel. Des. Milton Carvalho; j. em 18.03.2024)

Assim, como bem mencionado pela d. magistrada *a quo*, ausentes os requisitos legais autorizadores, era mesmo de rigor o indeferimento da liminar de despejo.

Isto posto, pelo meu voto, **nego provimento ao recurso**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2012649-31.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes MARCELLA PIVA DE ALBUQUERQUE TRANCHESI e MARCELLA P. DE ALBUQUERQUE TRANCHESI - SERVIÇOS DE INTERNET, é agravado COLUMBIA TRADING S.A.

ACORDAM, em 16ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Manutenção da decisão que deu provimento ao recurso dos agravantes. Não acolheram o reexame. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 45063)**

O julgamento teve a participação dos Excelentíssimos Desembargadores COUTINHO DE ARRUDA (Presidente) e MAURO CONTI MACHADO.

São Paulo, 21 de maio de 2024.

MIGUEL PETRONI NETO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Agravo de instrumento. Execução de título

extrajudicial. Penhora da participação da executada nos lucros e dividendos de empresa. Impossibilidade. A execução deve recair preferencialmente sobre o imóvel herdado, o qual veio integrar o quinhão de cada herdeiro e não sobre bens particulares. Responsabilidade de cada um limitada às "forças da herança". Questão levada ao E. Superior Tribunal de Justiça pela via da Lei de Recursos Repetitivos (Lei nº 11.672/2008). Acórdão desta Corte que não confronta a orientação da Corte Superior. Devolução da matéria, por força do art. 1.030, II, do CPC. Manutenção da decisão que deu provimento ao recurso dos agravantes. Não acolhimento do reexame.

VOTO

1. Cuida-se de recurso de agravo de instrumento interposto em razão da r. decisão copiada a fls. 1.081/1.082, que deferiu o pedido de arresto de bens e determinou a expedição de ofício à empresa Albuquerque Tranchesi Serviços de Internet para o fim de arrestar e depositar judicialmente os lucros e dividendos cabíveis à herdeira até o limite de R$ 731.514,42.

Sustentam as agravantes ser indevida qualquer ordem de bloqueio do patrimônio própria da agravante, pessoa física, pois não é possível que seja responsabilizada a pagar obrigação deixada por sua genitora com seu patrimônio próprio. Argumentam que não houve transmissão, por herança, de pecúnia, mas apenas do percentual de 33,33% da parte ideal de um imóvel e um automóvel que não foram alienados. Ressaltam que a responsabilidade por eventuais dívidas do falecido não pode ultrapassar as forças da herança, tampouco o quinhão hereditário, conforme determinam os artigos 836, 1792 e 1997, todos do Código Civil. Dizem, ainda, que a decisão ganha contorno ainda mais graves quando se verifica que, sem a instauração de incidente próprio de desconsideração inversa da personalidade jurídica, a constrição não está recaindo diretamente sobre o patrimônio da herdeira, mas sobre o patrimônio de pessoa jurídica que ela integra, violando diretamente o princípio da autonomia patrimonial. Referido princípio consagrado pelos artigos 49-A e 1.024, ambos do Código Civil, bem como o artigo 795 do CPC, determina que a personalização da sociedade proporciona uma verdadeira separação patrimonial entre os bens da pessoa jurídica e os bens pessoais de seus integrantes.

Recurso recebido e processado com atribuição de efeito suspensivo (fls. 34/36) e respondido (fls. 45/69), manifestando-se a agravada pela manutenção da decisão recorrida.

O v. acórdão de fls. 158/162, desta Colenda 16ª. Câmara de Direito Priva-

Acesso ao Sumário

do, deu provimento ao recurso dos agravantes para indeferir o pedido de expedição de ofício à empresa Albuquerque Tranchesi Serviços de Internet para o fim de arrestar e depositar judicialmente os lucros e dividendos cabíveis à herdeira Marcella até o limite de R$ 731.514,42.

A agravada opôs embargos de declaração (fls. 164/173), os quais foram rejeitados (fls. 214/217). Em seguida, interpôs recurso especial (fls. 219/231), devidamente respondido (fls. 236/249).

Com o julgamento do recurso especial, o Colendo Superior Tribunal de Justiça deu parcial provimento ao recurso para determinar o retorno dos autos ao TJSP e adequar o julgado com o entendimento daquela Corte, no sentido de que, operada a sucessão, o herdeiro responde pessoalmente pelas obrigações do falecido, de modo que todos os seus bens penhoráveis podem ser constritos para a satisfação do credor, desde que não ultrapassem as forças da herança.

É o relatório.

2. O acórdão de fls. 158/162, impugnado pelo recurso especial de fls. 219/231, deu provimento ao recurso dos agravantes para indeferir o pedido de expedição de ofício à empresa Albuquerque Tranchesi Serviços de Internet para o fim de arrestar e depositar judicialmente os lucros e dividendos cabíveis à herdeira Marcella até o limite de R$ 731.514,42.

O Colendo Superior Tribunal de Justiça analisou a controvérsia e determinou o retorno dos autos a este Eg. Tribunal de Justiça para adequar o julgado no sentido de que o herdeiro responde pessoalmente pelas obrigações do falecido, de modo que todos os seus bens penhoráveis podem ser constritos para a satisfação do credor, desde que não ultrapassem as forças da herança.

Todavia, e com todo respeito à C. Corte, no caso específico destes autos foi partilhado apenas um bem, qual seja, um imóvel, e a execução deverá recair sobre este imóvel herdado, o qual veio a integrar o quinhão de cada herdeiro.

No caso de alienação do referido bem, a penhora deverá recair sobre o produto de sua alienação. Esse bem não foi alienado e está disponível para ser levado a leilão. Se o bem está na esfera de disponibilidade dos herdeiros, não há razão para se penhorar outros bens que os herdeiros adquiriram com esforço do trabalho ou qualquer outro mérito e economias.

Não se vê razão para blindar o imóvel.

Segundo o art. 1.997, do Código Civil: "*A herança responde pelo pagamento das dívidas do falecido; mas, feita a partilha, só respondem os herdeiros, cada qual em proporção da parte que na herança lhe coube.*"

Isto significa que os bens dos herdeiros respondem pelas dívidas do *de cujus*, observada a proporção de cada um na partilha. E se o bem está disponível, que seja ele o bem que responde pelas dívidas.

Ante o exposto, **mantém-se a decisão que deu provimento** ao recurso, deixando de acolher o reexame.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2340155-35.2023.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante MAIS SHOPPING FUNDO DE INVESTIMENTO IMOBILIÁRIO, é agravado GUIQIN LI.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 30ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 4.982)**

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

São Paulo, 4 de junho de 2024.

MONTE SERRAT, Relator

Ementa: Agravo de instrumento - Execução de título extrajudicial - Insurgência contra a decisão que não conheceu do pedido de sucessão processual da empresa para a pessoa de seu sócio - Pessoa jurídica extinta formalmente - Sucessão processual por parte dos sócios - Aplicação analógica do art. 110 do Código de Processo Civil - Desnecessidade de instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica - Recurso provido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto em face das r. decisões de fls. 521 e 529, que, nos autos de execução de título extrajudicial, não conheceram do pedido de sucessão processual da empresa para a pessoa de seu sócio.

Alega a exequente, ora agravante, a desnecessidade de instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica para reconhecimento da sucessão processual, tendo em vista que a empresa executada, ora agravada, se encontra baixada, por liquidação voluntária, perante a Receita Federal, o que permite o redirecionamento da ação para o seu sócio.

Recurso processado sem a concessão de efeito suspensivo, ante a ausência de pedido nesse sentido (fls. 15).

Recurso tempestivo e preparado (fls. 09/10).

É o relatório.

Conforme se verifica pelo Comprovante de Inscrição e de Situação Cadastral de fls. 377 dos autos principais, a executada encontra-se com a situação cadastral "Baixada" desde 16/10/2018, pelo motivo "Extinção Por Encerramen-

Acesso ao Sumário

to Liquidação Voluntária".

Com a extinção formal da empresa, deve o sócio integrar a execução por força da sucessão processual. Aplica-se, analogicamente, o disposto no art. 110 do Código de Processo Civil, uma vez que a extinção da pessoa jurídica se equipara à morte da pessoa natural. Ressalte-se, ademais, que com o encerramento formal da empresa inexiste personalidade jurídica a ser desconsiderada, razão pela qual é desnecessária a instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica. Nesse sentido:

> *AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO - EMPRESA EXTINTA REGULARMENTE - SUCESSÃO PROCESSUAL - CABIMENTO. Dissolução da empresa executada após a constituição do débito - Decisão que indeferiu pedido de inclusão dos sócios da empresa no polo passivo - Condicionou o pedido à instauração do incidente análogo ao de desconsideração da personalidade jurídica - Inviabilidade - Empresa dissolvida e extinta regularmente - Ausência de personalidade jurídica a ser desconsiderada - Sucessão processual configurada, sendo desnecessária a instauração de incidente: - Na hipótese de a empresa executada encerrar suas atividades, mediante baixa de seu registro na Junta Comercial, a inclusão dos sócios no polo passivo da execução ocorrerá por sucessão processual, independente da instauração de incidente, visto não mais existir personalidade jurídica para ser desconsiderada. RECURSO PROVIDO.* (TJSP; Agravo de Instrumento nº 2264863-78.2022.8.26.0000; Rel. Des. Nelson Jorge Júnior; 13ª Câmara de Direito Privado; J. em 09.03.2023).

Posto isso, **dou provimento** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2094225-12.2022.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante JOAO BOYADJIAN, é agravado COMPANHIA NACIONAL DE TECIDOS.

ACORDAM, em sessão da 2ª 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 967)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOSÉ JOAQUIM DOS SANTOS (Presidente sem voto), HERTHA HELENA DE OLIVEIRA e JOSÉ CARLOS FERREIRA ALVES.

São Paulo, 6 de junho de 2024.

ANA PAULA CORRÊA PATIÑO, Relatora

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - Falência - Substituição fundamentada em destituição ocorrida em outro processo - Decisão do C. STJ que tornou sem efeito a certidão de trânsito em julgado do feito - Decisão do processo de origem baseada exclusivamente na certidão revogada - Perda da razão objetiva de decidir - Juízo a quo deve aguardar a decisão do C. STJ - Em caso de substituição do profissional, deverão ser fixados os honorários em benefício do síndico, tendo por base o trabalho realizado até então - Decisão reformada. RECURSO PROVIDO.
AGRAVO INTERNO CÍVEL - Reconsideração da decisão que não concedeu o efeito suspensivo pleiteado pela Agravante - RECURSO PREJUDICADO.

VOTO

Vistos.

Trata-se de recurso de Agravo de Instrumento interposto por João Boyadjian em face da decisão de e-fls. 20.439/20.441 que, nos autos da Falência nº 0055328-83.1975.8.23.0100 da COMPANHIA NACIONAL DE TECIDOS, determinou a substituição do síndico dativo, ora Agravante, em decorrência da sua destituição no processo nº 0810253-84.1995.8.26.0100, conforme certidão de e-fls. 20.437 do feito original.

Irresignado, sustenta o Agravante (e-fls. 1/14), em síntese, que a substituição se baseou exclusivamente na decisão de destituição proferida no processo nº 0810253-84.1995.8.26.0100, que determinou sua destituição enquanto síndico. Alega que, não havendo qualquer fundamento subjetivo para sua substituição, a razão objetiva para a decisão deixou de existir, já que o C. Superior Tribunal de Justiça tornou sem efeito a certidão de trânsito em julgado até o julgamento final do AREsp nº 1.786.710/29 (e-fls. 33).

Requer sua imediata reintegração ao cargo de síndico, mas, subsidiariamente, defende, caso a decisão de substituição seja mantida, a fixação de honorários para remunerar o trabalho realizado no feito, que já está perto de sua conclusão.

Requer, dessa forma, a concessão do efeito suspensivo e o provimento do recurso para reestabelecer o Agravante ao cargo e, subsidiariamente, a fixação de honorários decorrentes de sua exitosa atuação no processo.

A parte agravante manifestou oposição ao julgamento virtual às e-fls. 78. O recurso foi recebido às e-fls. 79/80.

A AJ Ruiz Consultoria Empresarial S.A., administradora judicial nomeada na substituição pela decisão recorrida, manifestou-se às e-fls. 83/85.

Acesso ao Sumário

Parecer da Procuradoria Geral de Justiça manifestando a ausência de interesse público na demanda que legitime a intervenção do Ministério Público (e-fls. 90/96).

Termos de transferências de relatoria às e-fls. 97/110.

É o relatório.

Fundamento e decido.

Inicialmente, considerando a natureza da demanda originária, infere-se, por oportuno, inexistir parte adversa a ser intimada a apresentar Contraminuta.

Tecidas tais ponderações, o recurso merece provimento.

Cuida-se de irresignação contra a r. decisão dos autos de processo de falência, na qual o Juízo determinou a substituição do síndico dativo em virtude do trânsito em julgado de decisão que o destituiu no processo de falência nº 0810253-84.1995.8.26.0100.

Sabe-se que a confiança é um elemento essencial na relação entre o Juízo e o Síndico da massa falida, de modo que a ausência desse fator subjetivo é suficiente para a remoção do agente do cargo.

Da análise atenta dos autos, verifica-se que o síndico, ora Agravante, foi nomeado para o cargo em 15/07/2009, tendo exercido com zelo e comprometimento sua função até a substituição em 05/04/2022. Inexiste, portanto, nos autos e mesmo na r. decisão agravada, qualquer elemento subjetivo que indique desídia do síndico no exercício de suas funções que pudesse sustentar a perda da confiança e, consequentemente, a sua substituição.

A leitura da decisão que substituiu o síndico permite concluir que seu fundamento se ampara exclusivamente em elemento objetivo, qual seja a destituição do Sr. João Boyadjian como síndico de outro processo de falência. A decisão, portanto, se baseia no trânsito em julgado de decisão proferida em outro processo, tal como permite a legislação.

Com efeito, verifica-se no teor da decisão agravada que o Juízo *a quo*, no item 7 da referida decisão, decidiu: "*Tendo em vista o certificado a fl. 20.437, no tocante à destituição do síndico, nomeio, em substituição, a* ***Dra. Joice Ruiz.***" (grifo no original).

Compulsando os autos, verifico que a certidão de e-fls. 20.437 é justamente a decisão do trânsito em julgado da destituição do Agravante em outro feito.

Acontece que o elemento objetivo no qual se fundamentou a decisão deixou de existir, como se verifica na certidão de e-fls. 33 proferida pelo STJ. Isso porque ainda não foi julgado o agravo em recurso especial, tirado do processo de destituição do síndico nos autos do processo nº 0810253-84.1995.8.26.0100.

Com isso, a r. decisão recorrida perdeu eficácia, em razão de perda do fundamento jurídico no qual se assentou, diante da ausência de coisa julgada no processo mencionado anteriormente. É de rigor, portanto, sua anulação para

Acesso ao Sumário

reestabelecer o Agravante ao cargo de síndico, já que nenhuma decisão judicial pode subsistir sem um fundamento.

Contudo, é relevante acrescentar que, ainda que o Juízo entenda que outros elementos dos autos sejam suficientes para promover a destituição do Agravante, a decisão deverá levar em consideração todo o trabalho realizado pelo síndico até então, fixando os honorários devidos em razão da sua atuação no processo. Conforme demonstrado, não se verifica ato de desídia, incúria, desleixo, administração ruinosa, uso dos bens da massa em seu interesse particular ou, ainda, prestação de contas imprecisas que justificassem sua destituição da função sem direito à remuneração (art. 67, § 4º, do Decreto-lei nº 7.661/45).

Finalmente, no que diz respeito ao Agravo Interno de nº 2094225-12.2022.8.26.0000/50000 oposto pela Agravante contra a decisão de e-fls. 79/80 destes autos, este resta PREJUDICADO em virtude do julgamento do mérito do Agravo de Instrumento principal aqui realizado.

Ficam as partes cientificadas de que o julgamento dos embargos de declaração eventualmente opostos em face do presente acórdão será realizado nos termos da Resolução nº 549/2011, do Órgão Especial desta Corte, publicada no DJe. de 25 de agosto de 2011, facultada a manifestação contrária, em 10 dias.

Para viabilizar eventual acesso às vias extraordinária e especial, considero prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional, observando o entendimento pacificado pelo C. Superior Tribunal de Justiça de que, tratando-se de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida (STJ).

Isto posto, **DOU PROVIMENTO** ao recurso de Agravo de Instrumento, nos termos da fundamentação, determinando o restabelecimento do Agravante no cargo de síndico da massa falida, com observação para que, na hipótese de destituição futura, por outro fundamento, sejam fixados honorários em seu favor, tendo por base sua atuação no feito, até então. Julgo **PREJUDICADO** o Agravo Interno, tendo em vista o julgamento do Agravo de Instrumento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2111919-23.2024.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante HERCULANO GONÇALVES DE OLIVEIRA FILHO, é agravado BANCO SOFISA S/A.

ACORDAM, em 14ª 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 25847)**

Acesso ao Sumário

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

São Paulo, 17 de junho de 2024.
PENNA MACHADO, Relatora

AGRAVO DE INSTRUMENTO. Execução de Título Extrajudicial. Cédula de Crédito Bancário. Decisão que rejeitou a impugnação à penhora. Inconformismo. Acolhimento. Impenhorabilidade do Imóvel por se tratar de Bem de família. Comprovação de que o Agravante e sua família residem no Bem penhorado. Decisão reformada. RECURSO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto contra a r. decisão de fl. 1.901, que nos Autos da "Execução de Título Extrajudicial", rejeitou a impugnação à penhora.

Insurge-se o Agravante (fls. 1/11), sustentando, em síntese, que mantém residência com sua unidade familiar no Imóvel penhorado.

Afirma ser o único Imóvel utilizado como residência sua e de seus filhos, sendo, portanto, seu Bem de família.

Pede a suspensão da ordem de penhora que incide sobre o Bem de família do Agravante.

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

Agravo processado regularmente, com a concessão de efeito suspensivo (fl. 17), e com apresentação de Contraminuta (fls. 24/39).

É o breve Relatório.

Respeitado entendimento em contrário, o Recurso merece ser provido.

Trata-se de "Execução de Título Extrajudicial" ajuizada pelo Banco Autor, ora Agravado, visando a execução do seu crédito ou a penhora de Bens quantos bastem.

Com efeito, cumpre ressaltar que alegação de que o Imóvel objeto da Lide é Bem de família restou devidamente comprovada.

Nota-se que expressamente dispõe o artigo 1º da Lei 8.009/1990:

"*O Imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta Le*i".

Ainda, nesta mesma Legislação, em seu artigo 5º, é claramente informado

Acesso ao Sumário

sobre qual tipo de Imóvel que incide a regra da impenhorabilidade:

"*Para os efeitos de impenhorabilidade, de que trata esta Lei, considera-se residência um único Imóvel utilizado pelo casal ou pela entidade familiar para moradia permanente*".

Portanto, para que seja configurada a impenhorabilidade de algum Bem, de rigor a demonstração, quando se efetua a constrição, de que o Bem penhorado é o único de propriedade do devedor, e ainda de que sua ocupação é utilizada como moradia sua ou de sua família.

Do conjunto probatório dos Autos, verifica-se que o Executado vive com sua família no Imóvel penhorado, e não possui outros Imóveis em seu nome.

Os endereços das contas, bem como da Inicial de Execução, demonstram ser o endereço do Imóvel o da residência do Agravante.

O Banco Agravado, por sua vez, não comprovou a não qualidade do Bem de família do Imóvel penhorado.

Faz meras alegações de propenso elevado valor do Imóvel, nem comprova que o Agravante tem outros Bens Imóveis.

Em contraposição, o Agravante demonstra residir com sua família no Imóvel penhorado, não possuindo outro Imóvel em seu nome e não restou devidamente comprovada qualquer tentativa de fraude.

É inequívoco que o bem objeto dos Autos serve como abrigo da família do Agravante, sendo, portanto, bem impenhorável.

Assim, o Agravante logrou êxito em demonstrar que sua entidade familiar reside no Imóvel objeto da Lide.

Logo, de rigor o reconhecimento da impenhorabilidade do bem constrito pela utilização do Imóvel pela família, sendo cabível a aplicação da Lei nº 8.009/90.

Neste sentido:

"*AGRAVO DE INSTRUMENTO - DESCONSTITUIÇÃO DE HIPOTECA - Imóvel rural dado em garantia hipotecária - Penhora - Alegação de impenhorabilidade, por se tratar de pequena propriedade rural e bem de família - Requerimento de tutela antecipada - Pedido de improcedência liminar não conhecido - Agravo provido para afastar a penhora*" (TJSP; Agravo de Instrumento 2075479-04.2019.8.26.0000; Relator (a): Achile Alesina; Órgão Julgador: 14ª Câmara de Direito Privado; Foro de São José do Rio Preto - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 12/07/2019; Data de Registro: 12/07/2019).

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

Pelo exposto, **DÁ-SE PROVIMENTO** ao Recurso para declarar sem efeito a penhora efetivada no Imóvel dos Autos, em se tratando de bem de família e entidade familiar expressamente amparadas pela Lei 8.009/90.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2133892-34.2024.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes ALEXANDRE MELE GOMES (ESPÓLIO) e SIMONE JOSÉ MARIA (INVENTARIANTE), são agravados SIRLEY ALVES DUARTE, SIDNEY ALVES DUARTE e CID ALVES DUARTE.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 31ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso, com observação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 56.719)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ANTONIO RIGOLIN (Presidente), ADILSON DE ARAUJO e ROSANGELA TELLES.

São Paulo, 19 de junho de 2024.

ANTONIO RIGOLIN, Relator

Ementa: GRATUIDADE JUDICIAL. PLEITO FORMULADO POR ESPÓLIO. TRATAMENTO EQUIVALENTE À PESSOA JURÍDICA. POSSIBILIDADE DE DESFRUTAR DO BENEFÍCIO, DESDE QUE PRODUZA PROVA DA IMPOSSIBILIDADE. COMPROVAÇÃO SUFICIENTE NA HIPÓTESE, A JUSTIFICAR O DEFERIMENTO, RESSALVADA A POSSIBILIDADE DE IMPUGNAÇÃO PELA PARTE CONTRÁRIA. AGRAVO PROVIDO, COM OBSERVAÇÃO. O benefício da gratuidade, estabelecido para assegurar a todos o efetivo acesso à atuação jurisdicional, não é restrito às pessoas físicas; o espólio, que se equipara à pessoa jurídica, tem a possibilidade de desfrutá-lo mediante a comprovação de sua situação de impossibilidade de atender às despesas do processo. No caso, a documentação apresentada é suficiente para permitir a conclusão de que, a princípio, essa impossibilidade está caracterizada, o que justifica o deferimento.

VOTO

Visto.

1. Trata-se de agravo, sob a forma de instrumento, interposto por ESPÓLIO DE ALEXANDRE MELE GOMES com o objetivo de alcançar a reforma de decisão proferida em cumprimento de sentença de iniciativa de SIRLEY AL-

Acesso ao Sumário

VES DUARTE, CID ALVES DUARTE e SIDNEI ALVES DUARTE.

Aduz o agravante que não tem condições financeiras para arcar com as despesas do processo, considerando que o patrimônio do espólio agravante não possui liquidez em razão das inúmeras dívidas deixadas.

Recurso tempestivo e bem processado, oportunamente respondido.

É o relatório.

2. Em primeiro lugar, cumpre observar que a lei processual confere personalidade formal ao Espólio, o que possibilita a sua atuação em Juízo. Portanto, para esse efeito se equipara à pessoa jurídica.

O benefício da gratuidade não é restrito às pessoas físicas, de modo que também as jurídicas podem desfrutá-lo, desde que atendidos os requisitos legais. Essa matéria já se encontra pacificada na jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça, consolidado o entendimento de que não existe óbice a que o benefício seja deferido, desde que efetivamente evidenciada a situação de impossibilidade de atender às despesas do processo.

Nesse sentido é o teor da Súmula 481:

> "*Faz jus ao benefício da justiça gratuita a pessoa jurídica com ou sem fins lucrativos que demonstrar sua impossibilidade de arcar com os encargos processuais.*"

Aliás, é o que estabelece o *caput* do artigo 98 do Código de Processo Civil de 2015:

> "*Art. 98. A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei.*"

A condição para o deferimento, portanto, é a efetiva comprovação da situação de impossibilidade de atender às despesas do processo sem prejuízo da própria manutenção, não sendo suficiente a simples declaração.

E fixada essa premissa, impõe-se agora analisar o tema atinente à configuração dos requisitos legais.

No caso em exame, nota-se que o Juízo de primeiro grau indeferiu o benefício, sob o fundamento de que o espólio está representado por advogado particular, e que este indicou bens a serem inventariados no importe total de R$ 513.766,00 (fls. 192/193 dos autos principais).

Desde logo, vale lembrar que a contratação de advogado particular não é suficiente para determinar qualquer conclusão, até porque o patrocínio pode ocorrer sem o dispêndio de qualquer valor pela parte, orientação que há tempos é acolhida pela jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça. No entanto, o assunto já se encontra superado pela disposição contida no artigo 99, § 2º, do Código de Processo Civil de 2015:

> "*A assistência do requerente por advogado particular não impede*

Acesso ao Sumário

a concessão de gratuidade da justiça."

Prosseguindo, as evidências são no sentido de que a parte agravante, ao menos neste momento, efetivamente não tem condições financeiras para atender ao pagamento das despesas do processo, diante da constatação que o espólio tem dívidas que atualmente ultrapassam o valor de R$ 1.000.000,00, além do que o patrimônio declarado não é dotado de liquidez, encontrando-se penhorado.

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

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

3. Ante o exposto, dou provimento ao recurso, com observação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2050156-21.2024.8.26.0000, da Comarca de Pedreira, em que é agravante FABIO HENRIQUE RABETTI, são agravados BANCO SANTANDER (BRASIL) S/A e TORTORO, MADUREIRA e RAGAZZI ADVOGADOS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 34ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.461)**

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

São Paulo, 24 de junho de 2024.

L. G. COSTA WAGNER, Relator

Ementa: Agravo de instrumento. Cumprimento de sentença. Penhora de recursos em conta corrente do executado, que os reputa impenhoráveis, a teor do art. 833, IV do CPC. Na decisão agravada, consignou-se que não se demonstrou a origem salarial do valor penhorado. Insurgência ao fundamento da tese de impenhorabilidade de salários de que trata o art. 833, IV do CPC. Agravo insubsistente. Em que pese o enten-

Acesso ao Sumário

dimento do MM. Juízo recorrido, ainda que se tivesse demonstrado a origem salarial do valor constrito, seria possível, a penhora. Rigor hermenêutico que deve ser mitigado, mormente ante a indisposição do devedor para cumprir as decisões judiciais, embora esteja empregado como servidor público e aufira renda acima da média. Inteligência do artigo 5º do Código de Processo Civil. Recalcitrância e falta de cooperação do devedor que não pode se escudar atrás do biombo legal dos incisos IV do art. 833 do CPC, sem violar o princípio da efetividade da execução. Hermenêutica que harmoniza aplicação da regra processual e observância de princípios constitucionais atinentes a direitos fundamentais. Precedentes do Colendo Superior Tribunal de Justiça consolidados no EREsp 1.874.222DF, de relatoria do Min. João Otávio de Noronha, julgado em 19/4/23 que, flexibilizando o rigor na interpretação do art. 833, IV do CPC, autoriza a penhora de salários e proventos previdenciários, uma vez preservada a dignidade do devedor. RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

I. Relatório

Cuida-se de agravo de instrumento interposto contra a decisão de fls. 283, prolatada pelo MM. Juízo da 2ª Vara Cível do Foro da Comarca de Pedreira, em sede de cumprimento de sentença, em que se determinou a penhora de ativos em conta bancária, vindo a ser constritos R$ 1.929,42 (mil, novecentos e vinte e nove reais e quarenta e dois centavos), cujo desbloqueio foi indeferido ao fundamento de que não demonstrada a origem salarial dos recursos.

Nas razões recursais, a Agravante invoca a impenhorabilidade de seu salário, com lastro no art. 833, IV do CPC.

Pleiteia, a recorrente, em apertada síntese, a concessão de antecipação da tutela recursal, pugnando, ao final, pelo provimento do recurso para a reforma da decisão agravada para desconstituição da penhora.

A tutela recursal foi indeferida às fls. 308/309.

Recurso tempestivo e preparado às fls. 313/314.

Contraminuta às fls. 316/328.

É a síntese do necessário.

II. Fundamentos

O recurso não comporta provimento.

Acesso ao Sumário

A decisão recorrida foi exarada nos seguintes termos:

Vistos. **Os proventos de aposentadoria, as pensões e os salários são impenhoráveis, nos termos do art. 833, inciso IV, do CPC/2015 (art. 649 do CPC/1973). Na hipótese dos autos, alega o executado que os valores bloqueados nos autos provêm de seu salário e benefício previdenciário, sendo, portanto, impenhoráveis, o que justifica sua imediata liberação** (fls. 205/213). Contudo**, em que pese os argumentos expendidos, não logrou o devedor comprovar que o numerário bloqueado adveio efetivamente do pagamento de seu salário, pois os extratos juntados evidenciam que em 30.11.2023, data posterior ao recebimento de salário, houve o depósito da quantia de R$5.000,00 na conta do executado, proveniente da liberação de empréstimo (fls. 229). Com as transferências realizadas pelo devedor, restou um saldo de R$1.579,00 em conta, valor esse alvo do bloqueio nos autos (fls. 231)**. Não há, portanto, comprovação de que o bloqueio recaiu sobre o salário. De igual forma, não restou comprovado que o saldo bloqueado na Caixa Econômica Federal seja fruto do pagamento de benefício previdenciário, pois pela simples leitura do extrato de fls. 217, vê-se que o valor de R$19,42 depositado na conta do devedor foi decorrente do "CX PROGRAM" e não de pagamento de benefício pelo INSS. Desta forma, ausente qualquer comprovação da impenhorabilidade, mostra-se imperiosa a manutenção do bloqueio para satisfação, ainda que parcial, do débito. Converto o bloqueio em penhora e determino a transferência dos valores para conta judicial. Após o decurso do prazo, expeça-se mandado de levantamento em favor do exequente, que deverá se manifestar em termos de prosseguimento do feito

Inicialmente, consigne-se que a última atualização da dívida, em outubro de 2023, às fls. 204, perfazia R$ 125.127,74.

A interlocutória agravada parte da premissa de que o valor constrito não deve ser desbloqueado por não se ter demonstrado a origem salarial dos recursos e, analisando-se sob esse estrito aspecto, de fato os recursos oriundos de empréstimo, e não de salário, adentraram a conta do devedor e, sobre parte desse valor, incidiu a penhora.

No entanto, mesmo que se tivesse demonstrado a origem salarial do valor penhorado, ainda assim, em determinadas circunstâncias, como ocorre *in casu*, é possível a mitigação da regra invocada pelo Agravante.

A aplicação literal e inflexível do art. 833, IV, do CPC, tem gerado tal sorte de distorções que em nome da "dignidade da pessoa humana do devedor" tem-se anulado por completo os direitos do credor, como se este devesse sempre ceder ao direito do inadimplente se postar atrás do biombo legal para se furtar às obrigações impostas pelo contrato e pelas decisões judiciais.

A título de exemplo, veja-se que penhorabilidade parcial do salário é encarada com tamanha naturalidade no direito português, que José Alberto dos

Acesso ao Sumário

Reis assim se manifestou sobre o nosso sistema de isenção total:

> O sistema brasileiro parece-nos inaceitável. Não se compreende que fiquem inteiramente isentos os vencimentos e soldos, por mais elevados que sejam. Há aqui um desequilíbrio manifesto entre o interesse do credor e do devedor; permite-se a este que continue a manter o seu teor de vida, que não sofra restrições algumas no seu conforto e nas suas comodidades, apenas de não pagar aos credores as dívidas que contraiu.

No mesmo sentido sustenta o Prof. José Miguel Garcia Medina, afirmando que, na discussão quanto à impenhorabilidade absoluta dos salários, "*não tendo sido localizados outros bens penhoráveis, pensamos que deve ser admitida a penhora de parte da remuneração recebida pelo executado, em percentual razoável, que não prejudique seu acesso aos bens necessários à sua subsistência e à de sua família*".

E foi nesse sentido que a jurisprudência evoluiu, para flexibilizar o rigor na interpretação desse dispositivo. A questão, há algum tempo, já vinha ganhando novos contornos com a expressa aceitação da tese da flexibilização da impenhorabilidade dos salários.

Tal entendimento foi ratificado em recente julgado da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça:

> PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. PENHORA. PERCENTUAL DE VERBA SALARIAL. IMPENHORABILIDADE (ART. 833, IV e § 2º, CPC/2015). RELATIVIZAÇÃO. POSSIBILIDADE. CARÁTER EXCEPCIONAL. 1. O CPC de 2015 trata a impenhorabilidade como relativa, podendo ser mitigada à luz de um julgamento princípio lógico, mediante a ponderação dos princípios da menor onerosidade para o devedor e da efetividade da execução para o credor, ambos informados pela dignidade da pessoa humana. 2. **Admite-se a relativização da regra da impenhorabilidade das verbas de natureza salarial, independentemente da natureza da dívida a ser paga e do valor recebido pelo devedor, condicionada, apenas, a que a medida constritiva não comprometa a subsistência digna do devedor e de sua família.** 3. Essa relativização reveste-se de caráter excepcional e só deve ser feita quando restarem inviabilizados outros meios executórios que possam garantir a efetividade da execução e desde que avaliado concretamente o impacto da constrição na subsistência digna do devedor e de seus familiares. 4. Ao permitir, como regra geral, a mitigação da impenhorabilidade quando o devedor receber valores que excedam a 50 salários mínimos, o § 2º do art. 833 do CPC não proíbe que haja ponderação da regra nas hipóteses de não excederem (EDcl nos EREsp n. 1.518.169/DF, relatora Ministra Nancy Andrighi, Corte Especial, DJe de 24.5.2019). 5. Embargos de divergência conhecidos e providos. (Superior Tribunal de Justiça, Corte Especial, EDiv em REsp n.º 1.874.222-DF, r. Min. João Otávio de Noronha, j. 14/4/2023)

Acesso ao Sumário

Os julgados carreados pelo Agravante, portanto, além de ser antigos, não representam o entendimento majoritário e atual do Superior Tribunal de Justiça.

O acervo probatório dos autos evidencia que o executado embora seja servidor público, com emprego estável e auferindo renda acima da média, conforme demonstrativo de pagamento às fls. 6 do agravo, omite-se reiteradamente em colaborar com o Poder Judiciário para pôr fim ao processo, deixando de envidar esforços para satisfazer o crédito legitimamente perseguido pelo exequente Agravado.

Nesse sentido, portanto, a Agravante contraria o comando inserto no artigo 5º do Código de Processo Civil:

> "Art. 5º: Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé".

A ação de conhecimento foi ajuizada em 30/08/2018, e o cumprimento de sentença foi instaurado em 10/12/2019, não tendo o credor, desde então, logrado obter a satisfação de seu crédito.

Intensa atividade se desenvolveu nos autos em busca de bens penhoráveis, sempre resultando frustrada, até que se deu a penhora ora impugnada pelo Agravante.

A decisão agravada, no que tange ao indeferimento do desbloqueio requerido, milita no sentido de uma solução consentânea, que atende os interesses de ambas as partes, sem comprometimento da dignidade do devedor, pois a penhora não excedeu a 20% da renda mensal.

III - Conclusão

Isto posto, conheço do recurso para lhe **NEGAR PROVIMENTO**, nos termos do voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2121591-55.2024.8.26.0000, da Comarca de Barueri, em que é agravante ANA DE FÁTIMA FERREIRA DE MACEDO, é agravado AZUL LINHAS AÉREAS BRASILEIRAS S/A.

ACORDAM, em 19ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao agravo, por votação unânime.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 47.123)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO PESSOA DE MELLO BELLI (Presidente), CLÁUDIA GRIECO TABOSA PESSOA e JAIRO BRAZIL.

São Paulo, 24 de junho de 2024.

Acesso ao Sumário

RICARDO PESSOA DE MELLO BELLI, Relator

Ementa: Agravo de instrumento. Transporte aéreo. Ação cominatória. Tutela de urgência destinada a assegurar que a autora embarque em voo com destino a Portugal acompanhada de seu cão de apoio emocional na cabine da aeronave, ainda que o peso total (cão + caixa de transporte) ultrapasse o limite de 10 kg estabelecido pela companhia ré. Indeferimento. Irresignação improcedente. À luz do princípio da legalidade (CF, art. 5º, II), um dos pilares fundamentais do Estado de Direito, ao Judiciário não é dado se imiscuir na relação entre o transportador e o contratante do transporte, sem base legal expressa. Hipótese em que o regulamento da companhia aérea ré, valendo-se da liberdade que lhe confere o art. 15 e §§ da Resolução ANAC nº 400/16, é expresso ao proibir o transporte, na cabine da aeronave, de animais domésticos com peso superior a 10kg, nisso incluído o peso da caixa de transporte, que é introduzida sob o assento do passageiro, exceção feita aos chamados cães de assistência, que viajam no piso da cabine, junto do passageiro. Animal da autora que ultrapassa o peso regulamentar e não se enquadra entre os cães de assistência, à falta de treinamento específico e certificação. Analogia não podendo ser empregada para justificar o descumprimento do claro regulamento da empresa ré. De todo modo, não há condições de comparação entre a situação tratada nestes autos e a relacionada a um cão de assistência, que conta com treinamento específico e consequente certificação. E é justamente tal treinamento que faz a diferença, eliminando ou minimizando a possibilidade de descontrole do animal viajando na cabine do avião, fora da caixa, inclusive em termos de segurança do voo e de sossego para os passageiros. Negaram provimento ao agravo.

VOTO

1. Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão proferida em processo de ação cominatória proposta por ANA DE FÁTIMA FERREIRA DE MACEDO, agravante, em face de AZUL LINHAS AÉREAS BRASILEI-

Acesso ao Sumário

RAS S/A, agravada.

Insurge-se a autora contra decisão que indeferiu a tutela de urgência destinada a assegurar que a autora embarque em voo com destino a Lisboa, Portugal (trajeto: Rio de Janeiro - São Paulo - Lisboa), em 29.7.24, acompanhada na cabine da aeronave de sua *"cachorra 'Vick', sem raça definida, pesando 16kg"*, ou seja, acima do limite de peso total (10 kg) divulgado no "site" e alegado pela companhia aérea ré (fls. 273/275 dos autos do processo).

Como fundamentos do pedido de reforma, sustenta a autora/agravante, em síntese, que, por ser ela portadora de *"transtorno de ansiedade generalizada"* e a "cachorra Vichy", de apoio emocional, fazer uso de medicamento, por ter sido *"diagnosticada com Epilepsia"*, conforme atestados médicos e de saúde que acompanharam a petição inicial, não há como a autora viajar sem a companhia de "Vichy". No caso - prossegue -, deve ser garantido o transporte seguro da atualmente denominada "família multiespécie", cuja constituição foi reconhecida pelo STJ. Alega, mais, que viajará com o respectivo filho, em poltronas reservadas "*na mesma fileira*" e, portanto, o animal estará *"somente em contato com a família, não tendo acesso a outros viajantes"*. Diz que, apesar de haver regulamentação específica apenas no que tange aos chamados cães de assistência (cão-guia etc.), "*na ausência de legislação própria*", é permitido o transporte de animais de estimação e de suporte emocional na cabine da aeronave, como na espécie, pelo que se depreende da recente "Portaria nº 12.307 de 25 de agosto de 2023". Em face desse cenário e visando ao bem-estar da autora/agravante e à segurança de sua cachorra - até diante dos graves acontecimentos verificados com animais durante o transporte no "porão" da aeronave -, insiste no deferimento da tutela de urgência.

2. Indeferi o requerimento de excepcional atribuição de efeito ativo ao agravo (fls. 308/310).

3. Recurso tempestivo (fl. 279 dos autos do processo) e preparado (fls. 303/304).

É o relatório do essencial.

4. Peço licença para reproduzir a fundamentação da decisão mediante a qual indeferi o pedido liminar ao agravo, como segue:

"(...) 3. À luz do princípio da legalidade (CF, art. 5º, II), um dos pilares fundamentais do Estado de Direito, considero que ao Judiciário não é dado se imiscuir na relação entre o transportador e o contratante do transporte, sem base legal expressa.

Na situação em exame, não há lei que obrigue a transportadora a admitir, na cabine da aeronave, um animal do porte do cachorro de apoio emocional pertencente à ora agravante, com 16 quilos, uma vez que o limite de peso total para transporte de cães e gatos, no compartimento de passageiros, é de 10 quilos (já considerado o peso da caixa), consoante assinalado, com destaque e

Acesso ao Sumário

clareza, no "site" da agravada (fl. 31 dos autos do processo).

Obviamente, a explicação para a exigência é a de que tais animais, acondicionados em caixas próprias, devem ser transportados sob o assento da frente.

Quanto aos chamados cães de assistência (cães-guia, cães de serviço etc.), eles, sim, podem viajar na cabine, quaisquer que sejam as respectivas dimensões e pesos, segundo matéria veiculada pela companhia aérea ré na "Azul Revista Digital", de 9 de setembro de 2022, conforme pesquisa por mim realizada.

Ocorre que, no plano técnico, o animal da agravante, embora rotulado como cão de apoio emocional, não pode ser encarado como pertencente ao grupo dos chamados cães de assistência, que viajam no piso da cabine, junto do passageiro, à falta de treinamento específico e consequente certificação.

Não se presta como prova a mera declaração de fl. 36, por meio da qual o médico veterinário se limita a afirmar tratar-se de animal "dócil, obediente e de fácil manipulação".

Sobre a necessidade desse adestramento específico, veja-se, a título de ilustração, a disciplina jurídica para os cães-guia (Lei 11.126/05 e Decreto 5.904/06).

Por outro lado, além de, como visto, não existir lei amparando a pretensão da agravante, a Resolução ANAC nº 400/16 confere às companhias aéreas plena liberdade para disciplinar as condições de transporte de cargas e animais nas respectivas aeronaves, contanto que se dê conhecimento prévio dessas condições ao contratante do transporte (v. art. 15 e §§).

A Portaria nº 12.307/23 da Superintendência de Acompanhamento de Serviços Aéreos, mencionada nas razões recursais, se limita a dispor "sobre as condições gerais para o transporte de animais aplicáveis ao transporte aéreo de passageiros, doméstico e internacional", nos termos do disposto no citado art. 15 da Resolução ANAC 400/16 (v. fls. 266/267).

Em face desse cenário, embora respeitando e sensível às dificuldades da agravante, mas voltando a lembrar que não cabe ao juiz usurpar a atividade legislativa, indefiro o pedido de antecipação de tutela recursal aqui deduzido (...)" (fls. 308/310).

Neste ato, reafirmando o raciocínio exposto na decisão acima reproduzida, meu voto **nega provimento** ao agravo.

Agravos Internos

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº

Acesso ao Sumário

2328738-85.2023.8.26.0000/50000, da Comarca de Pereira Barreto, em que é agravante ANTONIO FERLETE, é agravado BANCO DO BRASIL S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 21ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 47371)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PAULO ALCIDES (Presidente) e DÉCIO RODRIGUES.

São Paulo, 17 de maio de 2024.

MAIA DA ROCHA, Relator

Ementa: RECURSO - Agravo interno - Justiça gratuita - Pedido - Pessoa jurídica - Indeferimento - Ausência de demonstração da incapacidade financeira de arcar com os custos do processo, apesar da oportunidade para complementação documental (CPC, art. 99, §2º) - Decisão mantida - Recurso não provido

VOTO

Trata-se de agravo interno interposto contra a r. decisão de fls. 33/36, que indeferiu pedido de gratuidade judiciária formulado pelo agravante, determinando o recolhimento do preparo de seu recurso (agravo de instrumento), no prazo de cinco dias, pena do decreto de deserção.

Insiste o agravante, em apertada síntese, na suficiência da documentação apresentada para a comprovação do estado de incapacidade financeira aventado.

Recurso tempestivo.

É o relatório.

Pugna o agravante pela reforma da decisão refutada, a fim de que lhe seja concedido o benefício da assistência judiciária gratuita. O que não prospera.

No caso, conquanto declare-se "aposentado", ele é demandado em ação de execução com fulcro em Cédula Rural Pignoratícia nº 40/00626-3, por meio da qual lhe foi disponibilizado o crédito no valor de R$ 190.174,51; o que não condiz com a alegada insuficiência financeira.

E instado a apresentar nos autos: a) declaração de imposto de renda dos três últimos exercícios (ou a comprovação de isenção, acompanhada de cópias da carteira de trabalho e holerites); b) extratos bancários de todas as suas contas bancárias, suas e de eventual cônjuge, dos últimos três meses; e c) cópias de faturas de cartão de crédito do casal do mesmo período (fls. 10/12), limitou-se a trazer documentação pertinente à sua aposentadoria (fls. 23/25) e extrato da conta poupança do cônjuge (fl. 32). O que deu azo ao indeferimento da benesse e a concessão do prazo de cinco dias para preparo de seu instrumento, pena do

Acesso ao Sumário

decreto de deserção.

O presente recurso se volta contra tal deliberação. Sem razão, contudo.

Afinal, como expressamente consignado na decisão reptada:

*"... a Constituição Brasileira prevê, em seu artigo 5º, inciso LXXIV, que "o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que **comprovarem** insuficiência de recursos". (grifamos)*

Na mesma esteira, o Código de Processo Civil dispõe, em seu artigo 98, que: "A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios têm direito à gratuidade da justiça, na forma da lei."

Nesse passo, vale esclarecer que a simples declaração de pobreza não satisfaz os requisitos legais para a concessão de tal benesse, sendo necessária a comprovação do estado alegado. A doutrina também é uníssona nesse sentido:

(...)

Registre-se que a concessão irrefletida da mercê em análise ocasionaria extrema oneração do erário com o deferimento da gratuidade a todos os que alegassem dificuldades econômicas, sem a devida comprovação.

Consoante já se decidiu:

"Nessas condições, deferir benefício que, em última análise, é custeado pelo Estado, equivaleria a carrear à população paulista injustificada renúncia fiscal, o que não pode ser admitido à míngua de relevante e comprovado fundamento. Projetada a situação ao expressivo número de demandas de perfil similar, a renúncia alcançaria patamar de centenas de milhões de reais (v. CNJ, Justiça em Números, A1 Assistência Judiciária em relação à Despesa Total). Lado outro, não é ocioso salientar que as custas judiciárias deste Estado estão entre as mais baixas do país. São, inclusive, bem inferiores às cobradas nos demais tribunais estaduais da região Sudeste, conforme explicitado pelo Diagnóstico das Custas Processuais elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça." (TJSP, Produção Antecipada de Provas n. 1068760-72.2023.8.26.0100, 5ª Vara Cível do Foro Central da Comarca de São Paulo, Juiz Guilherme Silveira Teixeira, Dje 03/07/2023)"

Registre-se, por oportuno, que o agravo de instrumento se volta contra penhora de uma colheitadeira, avaliada em R$130.000,00 e que as custas de preparo do recurso são módicas, considerados os valores envolvidos na demanda.

Sob os aspectos acima delineados, de rigor a manutenção da decisão guerreada.

Ficam as partes advertidas de que a oposição de embargos de declaração

Acesso ao Sumário

protelatórios ensejará a aplicação da penalidade prevista no art. 1.026, §2º do CPC. Consideram-se prequestionadas todas as normas legais e teses deduzidas neste agravo.

Isto posto, nega-se provimento ao recurso.

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1052103-58.2023.8.26.0002, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MABEL FURLAN DE NOBREGA, é apelado BANCO ORIGINAL S.A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 20ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 55676)**

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

São Paulo, 24 de abril de 2024.

LUIS CARLOS DE BARROS, Relator

Ementa: Dano material e moral. Roubo de aparelho de telefonia celular que continha o aplicativo para movimentação da conta corrente. Posterior constatação de existência de operações financeiras que não foram reconhecidas pela parte autora (transferências por meio de PIX). Falha na prestação de serviços. O risco da atividade deve ser suportado pelo fornecedor, nos termos do disposto no artigo 14 do CDC. Contexto probatório que autoriza o reconhecimento da responsabilidade civil do banco. Dano moral e material configurado. Recurso provido.

VOTO

A r. sentença, cujo relatório se adota, julgou improcedente o pedido formulado na presente ação, condenando a autora ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios de sucumbência, fixados em dez por cento sobre o valor da causa corrigido (fls. 180/189).

Apela a autora alegando que o serviço bancário digital oferecido pelo réu

Acesso ao Sumário

não teve a segurança adequada, pois teve seu celular roubado em 20/06/2023 e seu aplicativo foi invadido por terceiro (criminoso), sem que lhe fosse passada senha, token, cartão e até mesmo *face ID*, conseguindo realizar diversas transações em poucos minutos.

Salienta que no momento do roubo o app do banco estava fechado e seu acesso se dá exclusivamente pelo *face ID*. Após a tentativa de desvio de R$ 5.900,00, bloqueada pelo réu, foram efetivadas transações por meio de pix. Os diversos pix realizados da conta do autor, que destoam de seu perfil de movimentação, ocorreram por falha na segurança do aplicativo do banco. Salienta que o banco é 100% digital, não possuindo agências, assim, seu aplicativo é o próprio banco. Foram realizados dois pix no valor de R$ 2.000,00, um pix de R$ 1.000,00 e um pix de R$ 930,00.

Requer a condenação do réu ao pagamento de indenização por danos morais e materiais, com a restituição dos valores indevidamente transferidos da conta do autor (fls. 202/216).

O recurso foi processado com as formalidades legais.

Contrarrazões às fls. 222/248.

É o relatório.

Inicial às fls. 01/30.

Extrato da conta da autora e comprovantes dos pix às fls. 44/47.

Contestação às fls. 78/112.

Réplica às fls. 169/179.

Pois bem.

A autora teve seu celular roubado em 20/06/2023, tendo sido realizados pelos criminosos via aplicativo do banco dois pix no valor de R$ 2.000,00, um pix de R$ 1.000,00 e um pix de R$ 930,00, totalizando um prejuízo de R$ 5.930,00.

Não há dúvida de que a relação jurídica existente entre cliente e banco é de consumo, inclusive a Súmula 297 do Superior Tribunal de Justiça veio pacificar esse entendimento.

De acordo com o artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, 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. Assim, o risco da atividade deve ser suportado pelo fornecedor, não podendo ser repassado ao consumidor.

A responsabilidade do fornecedor nas relações de consumo é objetiva; dessa forma, é irrelevante se esse agiu ou não com culpa.

Porém, o inciso II, parágrafo 3°, do artigo 14 do Código do Consumidor dispõe que o fornecedor só não será responsabilizado quando provar a culpa exclusiva do consumidor, o que não é o caso dos autos.

Acesso ao Sumário

E mesmo que os fatos tenham sido praticados por estelionatários, ainda que o banco, ora apelante, tenha sido vítima de terceiro que se utilizou de dados da autora, o fato não os exonera de reparar os danos, pois, argumentando-se que ambos estavam de boa-fé, a opção deve ser pelo direito do requerente, na medida em que o banco responde objetivamente pelos riscos de suas atividades, não podendo repassá-lo ao consumidor. Assim, compete à instituição financeira demonstrar a inexistência de falha de segurança nos serviços por ela prestados, ônus do qual não se desincumbiu.

Importante consignar que, do contexto probatório colacionado aos autos, a autora comprovou de forma robusta a ocorrência do roubo de seu celular e das transferências por meio de pix realizadas pelos assaltantes. Com efeito, a autora prontamente tomou as providências cabíveis que a ela competia, isto é, lavrou boletim de ocorrência (fls. 33/43), sua filha contatou o banco para solicitar o bloqueio da conta (sem sucesso, já que o banco afirmou que só poderia ser feito o contato pelo titular da conta - fls. 48/52) e contestou os valores transferidos.

O magistrado afirma que o roubo aconteceu fora do estabelecimento bancário (fl. 187). Ora, o Banco Original é 100% digital, não possui agências, dessa forma, não possui um estabelecimento bancário tradicional, um local físico.

Ademais, cumpre anotar que a responsabilidade da instituição financeira pelos danos causados a clientes decorrentes de fraudes e delitos praticados por terceiros é tema pacificado no enunciado da Súmula nº 479 do STJ, in verbis: "*As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias*".

Constata-se da leitura do enunciado que fraudes e delitos, praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias, consistem em eventos considerados inerentes aos riscos da atividade econômica das instituições financeiras, denominados pioneiramente por Agostinho Alvim como fortuitos internos (cf. ALVIM, Agostinho. Da Inexecução das Obrigações e suas Consequências. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1972, p. 330-337), inaptos à ruptura do nexo de causalidade.

A propósito, por oportuno, transcreve-se a explicação de Sérgio Cavalieri Filho:

"o fortuito interno não exclui a responsabilidade do fornecedor, porque faz parte da sua atividade, liga-se aos riscos do empreendimento, submetendo-se à noção geral de defeito de concepção do produto ou de formulação do serviço."

(CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 11ª edição. São Paulo: Atlas, 2014, p. 231).

Com essas considerações, reputa-se configurada a responsabilidade civil do réu. Em assim sendo, de rigor a declaração de inexigibilidade das transferências via PIX.

Com relação aos danos morais, tem-se que houve retirada indevida de

Acesso ao Sumário

valores da conta corrente, sendo evidente o abalo moral sofrido. Inexiste critério objetivo e uniforme para a quantificação do dano moral, dada a ausência de regulamentação específica.

Daí a fixação da indenização segundo os critérios da razoabilidade e proporcionalidade, como fito de alcançar valor nem muito elevado, nem ínfimo a ponto de tornar-se inexpressivo devendo a sua quantificação ser arbitrada caso a caso.

Assim, condena-se o réu ao pagamento de indenização no importe de R$ 10.000,00, com juros de mora desde a data das transações indevidas e correção monetária da sentença.

Além disso, o réu deverá restituir a autora pelas quantias indevidamente transferidas de sua conta, sem sua autorização, de forma simples, não se verificando prática contrária à boa-fé objetiva, com juros de mora e correção monetária a contar das transações questionadas.

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso, nos termos da fundamentação. O réu arcará com o pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, fixados em 15% sobre o valor da condenação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0001274-58.2022.8.26.0606, da Comarca de Suzano, em que é apelante FLAVIA ANDRESA GONÇALVES GALVÃO, é apelado TAIPAN VIAGENS E TURISMO LTDA. ME.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.535)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CESAR CIAMPOLINI (Presidente), ALEXANDRE LAZZARINI e AZUMA NISHI.

São Paulo, 29 de abril de 2024.

CESAR CIAMPOLINI, Presidente e Relator

Ementa: Cumprimento de sentença. Adimplemento da obrigação antes de sua instauração. Processo extinto, sem condenação em honorários advocatícios sucumbenciais. Apelação da executada.
Honorários advocatícios devidos na hipótese de instauração indevida do cumprimento de sentença (§ 1º do art. 85 do CPC). Princípio da causalidade.

Acesso ao Sumário

Reforma da sentença recorrida. Apelação a que se dá provimento.

VOTO

RELATÓRIO.

Trata-se de cumprimento de sentença instaurado por Taipan Viagens e Turismo Ltda. ME para efetivar tutela jurisdicional (abstenção de uso de marca).

Às fls. 13/20, foi oposta impugnação pela executada Flávia Andresa Gonçalves Galvão, na qual sustentou que cumpriu a sentença antes da instauração do cumprimento de sentença, deixando de usar ia marca da exequente.

O MM. Juízo ***a quo***, então, deu vista à exequente a respeito, ***verbis***:

"Vistos.

1. Nos termos da sentença de folhas 143-149 dos autos principais, a ora executada foi condenada a se abster de '*de fazer uso da marca de titularidade da parte autora 'Mandala' a qualquer título ou qualquer outra expressão que a reproduza, imite ou a ela se assemelhe*'.

Conforme se extrai do relatório da própria sentença, a exequente é titular da marca registrada 'Mandala', mas a executada passou a utilizar essa expressão em suas atividades empresariais ('Mandala Turismo Agência de Viagens').

Em sede de cumprimento de sentença, a exequente afirma que a executada passou a se utilizar da expressão 'Mandalí Turismo', o que representaria descumprimento da sentença transitada em julgado.

A executada apresentou impugnação (folhas 13-20), reconhecendo o uso da expressão 'Mandalí Turismo', mas afirmando que tal fato não representa desrespeito à determinação judicial, uma vez que inexiste possibilidade de confusão entre a expressão utilizada e a marca da exequente.

Brevemente relatado, decido.

2. Não há dúvidas de que a executada efetivamente alterou as expressões que utilizava em sua atividade empresarial e que fundamentaram a propositura da demanda pela exequente.

Cumpre verificar, no entanto, se a expressão atualmente utilizada 'reproduz', 'imita' ou 'se assemelha' com a marca de titularidade da exequente.

Não obstante a semelhança fonética (houve apenas a troca de uma letra na expressão), anoto que a expressão 'mandala' detém significado próprio e comum, não havendo, em princípio, possibilidade de confusão com a expressão 'mandalí' (assim como 'cigarro' e 'cigarra' não se confundem). Aliás, a expressão 'mandalí' parece advir da corruptela de expressões populares ('manda ali'), o que reforça a ausência de confusão.

Anoto, ainda, que a executada trouxe aos autos imagens que denotam a ausência de identidade visual entre as comunicações feitas em rede social.

De qualquer forma, a fim de amealhar elementos para uma decisão mais embasada, concedo o prazo de 15 (quinze) dias para que a exequente

Acesso ao Sumário

traga aos autos documentos que demonstrem a possibilidade de confusão entre a marca protegida e as expressões e comunicações visuais utilizadas pela executada.

3. Com a vinda dos documentos, manifeste-se a executada no prazo de 15 (quinze) dias.

4. Intimem-se." **(fls. 26/27 - destaques do original).**

Decorrido ***in albis*** o prazo, sobreveio a sentença extintiva apelada (fl. 38), à qual a executada (fls. 41/45), opôs embargos de declaração, pela condenação da exequente a arcar com honorários advocatícios sucumbenciais.

O recurso foi rejeitado às fls. 47/48.

Apelação da executada às fls. 51/60. Argumenta, em síntese, que ***(a)*** não descumpriu a sentença exequenda, tendo alterado a identidade visual de sua página na rede social Instagram após ser intimada de sua condenação; ***(b)*** o Tema 410 do colendo STJ determina que o acolhimento da impugnação enseja a fixação de honorários de advogado; e ***(c)*** tal conclusão também emana da interpretação do parágrafo 1º do art. 85 do CPC.

Requer a reforma da r. sentença recorrida para que sejam fixados honorários advocatícios em favor de seus patronos.

Contrarrazões às fls. 64/66.

Expõe a apelada, em síntese, que instaurou dois cumprimentos de sentença para dar eficácia à tutela concedida em seu favor, e que isto se deu pelo fato de a apelante não ter cumprido a sentença voluntariamente. Assim, não seriam devidos os honorários.

É o relatório.

FUNDAMENTAÇÃO.

Reformo a sentença.

De fato, a apelada instaurou dois cumprimentos de sentença: proc. 0005339-33.2021.8.26.0606 e o de origem.

O primeiro tramita unicamente para cobrança das verbas sucumbenciais, estando suspenso pelo fato de a apelante ser beneficiária de justiça gratuita.

O segundo, de que ora se cuida, diz com a ordem cominatória, sendo incontroverso que, como está na sentença, a apelante a cumpriu voluntariamente.

Logo, correta a conclusão de que o cumprimento foi instaurado indevidamente pela apelada.

Assim, pelo princípio da causalidade e diante do disposto no parágrafo 1º do art. 85 do CPC, invocado pela apelante, segundo o qual cabe a condenação em honorários sucumbenciais no cumprimento de sentença, são eles devidos no caso.

Isto posto, reformo r. sentença, ficando a apelada condenada a arcar com honorários advocatícios dos patronos da apelante, cujo valor fixo em 10% do valor da causa (R$ 21.000,00 - fl. 10).

Acesso ao Sumário

DISPOSITIVO.

Dou provimento à apelação.

Consideram-se prequestionados todos os dispositivos constitucionais e legais tratados, implícita ou expressamente, no julgamento.

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

É como voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1029428-98.2022.8.26.0564, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é apelante SP BENEFÍCIOS MÚLTIPLOS, é apelada IRIS MERANDOLINA DA SILVA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 26ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.536)**

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

São Paulo, 30 de abril de 2024.

MARIA DE LOURDES LOPEZ GIL, Relatora

Ementa: PROTEÇÃO VEICULAR. Ação de ressarcimento de danos. Sentença de parcial procedência. Insurgência da ré. Proteção veicular por meio de Associação. Contrato atípico de seguro. Incidência das normas do Código de Defesa do Consumidor. Veículo segurado que foi furtado. Negativa de pagamento da indenização sob alegação de que a CNH do condutor estava vencida além da existência de débito de IPVA. Ausência de nexo causal. Situação do condutor que não contribuiu para o agravamento do risco. Indenização mantida. Pleito de decote dos valores de cota de participação e outros. Questão que não foi arguida na contestação. Inovação recursal. Vedação prevista nos art. 329, 1.013, §1º e 1.014 do CPC. Sentença mantida. Recurso desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de apelação interposta contra a r. sentença de fls.95/98, proferida pelo MM Juiz Rodrigo Gorga Campos, que julgou parcialmente procedente a ação para condenar a ré a pagar a autora a importância deR$48.095,00 (quarenta e oito mil e noventa e cinco reais), incidentes correção monetária (Tabela TJ/SP) a partir da data do furto (03/05/2022 pg.30) e juros de mora de 1% ao mês a partir da citação. Condenou a ré ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% do valor atualizado da condenação.

Apela a ré (fls.101/119), alegando, em síntese, que é uma associação civil sem finalidade lucrativa, legalmente constituída e chancelada pelo poder público, formada por proprietários de veículos, que desenvolve ações conjuntas de modo a amparar os associados com este perfil, destinada a operar entre o grupo o rateio dos prejuízos individualmente suportados em eventos automotivos como roubo, furto, colisão, dentre outros.

Aduz que apelada aderiu ao programa de auxílio mútuo, por meio de rateio dos danos materiais entre os associados que não deve ser confundido com plano de seguro, como reconhecido pela Susep e pelo E. TRF.

Entende que a relação em nada se assemelha a uma relação de consumo, sendo que o vínculo é associativo, sendo que seu limite de atuação é imposta por seu regulamento, não se aplicando as normas do CDC, mencionando os termos da Súmula 608 do C. STJ.

Argumenta que o Regimento Interno é chancelado pela Assembléia Geral e serve como parâmetro para todos os associados.

Aponta que no momento da adesão a apelada foi informada que o pagamento da indenização estava condicionada à regularidade da documentação, não sendo abusiva a cláusula que exclui a cobertura em caso de habilitação cassada, suspensa ou vencida.

Caso mantida a condenação, pleiteia seja decotado os valores de cota de participação, período de fidelidade e eventuais multas e débitos pendentes.

Defende a necessidade de pagamento do valor financiado sob pena de enriquecimento ilícito.

Diz que a existência de gravame no registro do veículo impossibilita a transferência do veículo para o nome da Associação.

Contrarrazões às fls.187/191.

É o relatório

Trata-se de ação de ressarcimento de danos relativa a seguro de veículo.

Alega a autora que aderiu junto à ré um "programa de benefício", para cobertura de seu veículo marca Sandero Step, Easy RH Power, ano 2014/2015. Relata que em 03.05.2022, o veículo foi furtado, enquanto estava estacionado na Av. Armando Italo Seti, em frente ao nº 401, Baeta Neves, São Bernardo do Campo-SP. Em razão do sinistro, entrou em contato com a ré que negou o paga-

Acesso ao Sumário

mento da indenização. Assim, pleiteia o pagamento da quantia de R$48.095,00, bem como indenização por danos morais.

Por primeiro, ao contrário do alegado pela ré/apelante, constituindo contrato atípico de seguro aplicam-se as normas do Código de Defesa do Consumidor, pois a associação constitui verdadeira prestadora de serviços.

Como já decidido por este E. Tribunal:

"*AÇÃO DE COBRANÇA CUMULADA COM REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS - Adesão a "programa de benefícios" mediante associação a entidade privada que atua no mercado oferecendo serviços que se assemelham a verdadeiro contrato de seguro, repartindo o prejuízo entre os associados, que contribuem mensalmente - Associação privada que atua como verdadeira prestadora de serviço - Relação de consumo caracterizada - Cláusula contratual que exclui a cobertura em razão de inadimplência deste perante instituição financeira por mais de 60 dias - Restrição abusiva - Contrato que prevê obrigações que deixam o consumidor em desvantagem exagerada - Nulidade - Obrigação de prestar a garantia - Resistência injustificada ao pagamento da indenização - Dano moral não caracterizado - Mero descumprimento contratual - Sentença parcialmente reformada. Apelação parcialmente provida.*" (Apel. nº 1009921-70.2020.8.26.0161 - 33ª Câm. Dir. Priv. - Rel. Sá Moreira de Oliveira - j. 13.12.2021)

Vale destacar que o teor da Súmula nº 608 do C. Superior de Tribunal de Justiça se aplica a contratos de plano de saúde administrados por entidade de autogestão, e não para a hipótese de contratos de proteção veicular.

No que tange à negativa de pagamento da indenização sob a alegação de que a CNH (carteira nacional de habilitação) do condutor do veículo estava vencida na data do sinistro ou que havia débitos de IPVA, não guarda qualquer nexo causal com o evento furto.

Ou seja, a infração administrativa do condutor ao conduzir o veículo com a CNH vencida em nada agravou o risco pois o veículo foi furtado, a ensejar a perda da cobertura.

Logo, a referida limitação contratual é abusiva, como reconhecido pelo Magistrado na origem.

Como também já decidido por este E. Tribunal:

"*APELAÇÃO. Seguro atípico de veículo. Ação de cobrança. Sentença de parcial procedência, com apelo somente da ré. Reclamo que não prospera. Plano de proteção veicular. Contrato atípico que apresenta o objeto em termos similares ao contrato de seguro, o que atrai a incidência do Código de Defesa do Consumidor. Roubo do veículo. Negativa de pagamento da indenização ante a ausência de habilitação do condutor. Conjunto probatório favorável aos demandantes. Cláusula de exclusão de cobertura (item 5.1 do regulamento) que é abusivo em relação a cobertura por roubo, visto que não há nexo causal entre a*

situação da CNH do condutor e o sinistro, bem como inexistiu agravamento de risco suficiente a ensejar a perda da cobertura. Ausência de fato excludente de responsabilidade da requerida. Indenização devida. Sentença mantida. Recurso não provido." (TJSP; Apelação Cível 1009224-36.2023.8.26.0002; Relator (a): Issa Ahmed; Órgão Julgador: 34ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional II - Santo Amaro - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 16/02/2024; Data de Registro: 16/02/2024)

No que tange ao pedido de decote dos valores de cota de participação, período de fidelidade e eventuais multas e débitos pendentes do veículo, e, responsabilidade pelo financiamento como se pode aferir a ré/apelante foi citada e não apresentou contestação (fls. 94).

Logo, não cabe a análise por este Tribunal de sobreposição em razão da vedação legal prevista nos arts. 329 e 1.013, §1º e 1.014 do CPC.

Assim, a r. sentença recorrida deve ser mantida por seus próprios e mais estes fundamentos.

Ante o exposto, pelo meu voto, NEGO PROVIMENTO ao recurso.

Majoro, em sede recursal, os honorários advocatícios fixados em favor do advogado da ré para 10,5% (dez e meio por cento) do valor atualizado da causa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1004858-48.2023.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado INTERFINA AGROQUÍMICA LTDA., é apelado/apelante SYNGENTA PROTEÇÃO DE CULTIVOS LTDA.

ACORDAM, em 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos. V.U. INDICADO PARA JURISPRUDÊNCIA. SUSTENTARAM: ADVª. Liliane do Espírito Santo Roriz de Almeida (OAB/RJ 26.469); ADVª. Sabrina Rodrigues Pereira (OAB/SP 399.419)", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 55.009)**

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

São Paulo, 30 de abril de 2024.

NATAN ZELINSCHI DE ARRUDA, Relator

Ementa: Abstenção de comercialização de produtos com princípio ativo 'tiametoxam' por parte da ré. Inadmissibilidade. Abstenção que se limita exclusi-

Acesso ao Sumário

vamente à comercialização do produto em referência para fins de defensivo agrícola, e nada além. Ré que tem autorização da Anvisa para produzir domissanitário com princípio ativo do 'tiametoxam'. Requerida que deixara de observar aspectos comparativos em relação aos produtos das autoras. Concorrência desleal configurada. Danos materiais caracterizados. Liquidação com base no artigo 210, inciso I, da Lei n.º 9.279/96 deve sobressair. Danos morais presentes. Exposição inadequada dos produtos das autoras, haja vista a distorção de finalidade. Sucumbência levou em consideração o desfecho da demanda, ressaltando, inclusive, o princípio da proporcionalidade, uma vez que o polo passivo fora vencido quase que na totalidade. Apelos desprovidos.

VOTO

1. Trata-se de apelações interpostas tempestivamente, com base na r. sentença de págs. 745/753, aclarada pelos embargos de pág. 780, que julgou procedente em parte ação de abstenção de uso de marca, cumulada com indenizações.

Alega a ré apelante que a sentença merece reforma, pois não houve violação da marca, patente ou depreciação de produtos das autoras, haja vista que não divulgou ou comercializou produto para utilização diversa daquela que possui registro, não havendo, assim, que se falar em concorrência desleal, restando descabida a aplicação da Lei de Proteção Industrial. Menciona que atua no ramo domissanitário, possuindo autorização da Anvisa para comercialização de produtos saneantes, especialmente, à base de *tiametoxam* - substância de domínio público, não podendo sobressair a pretensão das autoras para impor à ré a abstenção de venda de produtos à base de *tiametoxam* como domissanitário. Destaca que não pode configurar concorrência desleal com base em venda isolada de produto com destinação contrária para a qual foi produzida e induzida por pessoas contratadas pelas próprias autoras, tanto que a sentença reconhece que não houve violação de marca e qualquer depreciação de produto alheio, não havendo, assim, abuso ou violação de segredos das empresas autoras, bem como não há nos autos nenhuma conclusão de que a apelante desviasse o uso e finalidade de seu produto, o que demonstra ausência de concorrência desleal, transcrevendo ementa de acórdão. Ressalta a inexistência de comprovação de danos materiais, uma vez que não houve nenhuma prática de ato ilícito, sendo incabível a indenização e liquidação com base no artigo 210, inciso I, da Lei n.º 9.279/96, reportando-se à jurisprudência. Aduz que não cabe indenização por dano moral, já que dissabores abrangendo risco da atividade empresarial não

Acesso ao Sumário

justifica a indenização, pois a apelante tem a autorização para a fabricação de seus produtos e muitas outras empresas que atuam no segmento de defensivos agrícolas têm autorização junto ao MAPA, não configurando exclusividade de prática mercantil no setor agrícola pelas autoras, reportando-se à doutrina, além de transcrever inúmeras ementas de acórdãos. Por último, requer o provimento do apelo para que a ação seja julgada improcedente; subsidiariamente, a redução do valor indenizatório de R$50.000,00 para quantia mais razoável; além de observância de proporcionalidade na verba sucumbencial.

As autoras também recorreram alegando que a sentença merece reforma, pois o fato de a ré possuir autorização para que seus produtos sejam utilizados como saneantes domissanitários, tem divulgado e comercializado para atividade fim diversa, em violação à legislação sanitária, haja vista que divulga e comercializa via *WhatsApp* seus produtos como defensivos agrícolas como forma de burlar a regulação sanitária, não tendo, inclusive, as apelantes pretensão de anular os registros obtidos pela ré. Destacam a fraude sanitária e a incontroversa prática de concorrência desleal, cabendo, assim, a obrigação de abstenção em definitivo de qualquer ato de concorrência desleal contra as autoras, não podendo comercializar seus produtos como defensivos agrícolas, uma vez que a prática difundida pela ré já é de amplo conhecimento do mercado agro, que continuará a exercê-la se os produtos da apelada estiverem disponíveis para compra, haja vista a extensa divulgação de material comparativo e explicativo, sendo que boa parte do mercado agrícola já está ciente da forma de burlar a regulação sanitária, que gera economia no processo produtivo e ainda assim publicidade comparativa ilícita dos produtos das marcas das autoras, ora apelantes, reportando-se a inúmeras ementas de acórdãos. Pleiteiam a majoração dos danos morais, pois a apelada é empresa de grande porte, com atuação em âmbito nacional, requerendo, afinal, o provimento do recurso.

Os recursos foram contra-arrazoados pela ré, págs. 836/848, bem como pelas autoras, págs. 849/874, rebatendo integralmente as recíprocas apelações.

Houve oposição ao julgamento virtual às págs. 882 e 884.

É o relatório.

2. A r. sentença apelada merece ser mantida.

O pedido certo e determinado, como consta da inicial, item 11, pág. 40, é a abstenção de concorrência desleal consubstanciado na produção, divulgação e comercialização de produtos que possuam o ingrediente ativo *tiametoxam* em sua composição, abrangendo também os produtos *Interpleno, Triafol 250 WG* e *Tiamoxan 750 WG*, além de abstenção de registros marcários da Syngenta, envolvendo as marcas nominativas e mistas Actara, Engeo Pleno e Engeo, pág. 41, alínea "c".

No caso em exame, a ré comprovou que o princípio ativo *tiametoxam* é de domínio público e que nos seus produtos fabricados consta expressamente da

Acesso ao Sumário

embalagem a utilização, não incluindo o uso como defensivo agrícola, sendo que inclusive a ré tem registro perante a Anvisa para a produção e comercialização do composto *tiametoxam* como produto domissanitário.

A pretensão das autoras para que a ré se abstenha totalmente de fabricar e comercializar seu produto à base de *tiametoxam* para o setor domissanitário, como constou das razões do recurso, ante a publicidade comparativa, não pode sobressair, mas exclusivamente a abstenção de praticar ato que possa caracterizar concorrência desleal, abrangendo divulgação e comercialização de produtos domissanitários que, numa interpretação extensiva, poderiam ser utilizados como defensivo agrícola e somente isto, e não encerramento da produção e comercialização de produtos que contenham o ingrediente ativo *tiametoxam* em sua composição, haja vista que a ré tem autorização expressa da Anvisa para tanto, não podendo as autoras, como forma de abuso econômico, pleitear o término da produção e comercialização dos produtos em referência por parte do polo passivo.

Assim, efetivamente a procedência em parte da ação se limita exclusivamente à proibição expressa de divulgação do produto da ré com princípio ativo *tiametoxam* para finalidade de pesticida - defensivo agrícola - e nada além disso, não se admitindo também nenhuma publicidade comparativa.

Ademais, a ré efetivamente procedeu de forma inadequada ao disponibilizar anúncio de seu produto em comparação com outros produtos das autoras, distorcendo a finalidade correspondente, consequentemente, configurou concorrência desleal no referido tópico, e nada mais.

Deste modo, os danos materiais estão caracterizados, os quais deverão se submeter à liquidação de sentença, conforme disposto no artigo 210, inciso I, da Lei n.º 9.279/96.

Nesse sentido:

"*Propriedade industrial. Ação cominatória, cumulada com pedido indenizatório. (...). Uso de marca alheia para fins de concorrência desleal. (...). Dano material presumido e cuja indenização se deve apurar em liquidação. Dano moral devido. Sentença revista. Recurso provido.*" (Apelação Cível nº 1029510-76.2016.8.26.0100; Relator: Claudio Godoy; 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; J.: 27/11/2017; Data de Registro: 28/11/2017)

Os danos morais também se fazem presentes, haja vista a inobservância em relação aos aspectos publicitários, inclusive destacando-se os itens comparativos, o que, por si só, desprestigia os produtos das autoras, expondo, inclusive, o nome empresarial respectivo, portanto, a verba reparatória deve prevalecer, e o valor correspondente de R$50.000,00 se apresenta compatível com as peculiaridades da demanda, uma vez que sequer existe nos autos, ao menos em termos aproximados, a quantificação de comercialização dos produtos em referência.

Acesso ao Sumário

A sucumbência imposta à ré está em condições de prevalecer, mesmo porque, as autoras foram vencidas em parte mínima, uma vez que a pretensão demonstrou a concorrência desleal, inclusive vinculada a aspectos publicitários comparativos, o que, por si só, dá suporte à manutenção da verba honorária conforme disposta na sentença.

Ante o não provimento do recurso da ré-apelante, majora-se a verba honoraria, em favor das autoras-apelantes, para 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação, em consonância ao tema 1.059, do STJ, que dispõe: "*A majoração dos honorários de sucumbência prevista no artigo 85, parágrafo 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 artigo 85, parágrafo 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*".

Em relação à ré-apelante, contudo, ainda que desprovido o recurso das autoras-apelantes, resta prejudicada a majoração, pela ausência de fixação de honorários sucumbenciais em seu favor na origem, nos termos do art. 85, § 11, do CPC.

3. Com base em tais fundamentos, **nega-se provimento aos apelos.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000903-28.2023.8.26.0417, da Comarca de Paraguaçu Paulista, em que é apelante NU PAGAMENTOS S.A. - INSTITUIÇÃO DE PAGAMENTO, é apelada SIMONE QUICHABEIRA DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 20ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 46376)**

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

São Paulo, 2 de maio de 2024.

REBELLO PINHO, Relator

Ementa: ATO ILÍCITO - Reconhecimento da existência de defeito de serviço e ato ilícito da parte ré, consistentes na insistência na continuidade da cobrança abusiva de débito já pago, em condições que permitiam à instituição financeira ter ciência de que a dívi-

Acesso ao Sumário

da objeto de cobrança já havia sido paga pela parte autora, e no descaso com que tratou a parte autora, que buscou solucionar a questão administrativamente, mediante contato telefônico, antes do ajuizamento da presente ação para cessar essa cobrança indevida.
RESPONSABILIDADE CIVIL - Caracterizado o defeito de serviço e ato ilícito da parte ré, consistentes na insistência na continuidade da cobrança abusiva de débito já pago, em condições que permitiam à instituição financeira ter ciência de que a dívida objeto de cobrança já havia sido paga pela parte autora, e no descaso com que tratou a parte autora, que buscou solucionar a questão administrativamente, mediante contato telefônico, antes do ajuizamento da presente ação para cessar essa cobrança indevida, e não caracterizada nenhuma excludente de responsabilidade, de rigor, a condenação da ré na obrigação de indenizar a parte autora pelos danos decorrentes do ilícito em questão.
DANO MORAL - Manutenção da r. sentença, na parte em que condenou a ré ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$5.000,00, com incidência de correção monetária a partir da data do arbitramento - A insistência na continuidade da cobrança abusiva de débito já pago, em condições que permitiam à instituição financeira ter ciência de que a dívida objeto de cobrança já havia sido paga pela parte autora, e o no descaso com que tratou a parte autora, que buscou solucionar a questão administrativamente, mediante contato telefônico, antes do ajuizamento da presente ação para cessar essa cobrança indevida, constitui fato suficiente para causar desequilíbrio do bem-estar e sofrimento psicológico relevante, e não mero aborrecimento, porque expõe a parte consumidora a situação de sentimentos de humilhação, desvalia e impotência.
Recurso desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Ao relatório da r. sentença de fls. 215/219, acrescenta-se que a presente

ação foi julgada nos seguintes termos: "com fundamento no artigo 487, inciso I, do Novo Código de Processo Civil, JULGO PROCEDENTES os pedidos formulados, entre as partes acima mencionadas, e o faço para: a) declarar a inexigibilidade do débito apontado na exordial, no importe de R$15.635,64 (quinze mil, seiscentos e trinta e cinco reais e sessenta e quatro centavos), e vencido em 05/09/2022, na medida em que já realizada a sua quitação, impedindo-se novas cobranças a seu respeito; b) condenar a ré a pagar à parte autora a indenização por danos morais no valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais), devendo o valor ser corrigido monetariamente pela tabela prática do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, desde a data publicação desta sentença, nos termos da Súmula 362 do Superior Tribunal de Justiça, e acrescido de juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês desde a citação. Arcará a parte requerida com o pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios do patrono da parte autora que fixo, por equidade, em R$ 1500,00 (mil e quinhentos reais)".

Apelação da parte autora (fls. 222/235), sustentando que: (a) "considerando que a abertura de conta e os débitos em aberto são fatos incontroversos e confessados na petição inicial, cumpre a Apelante demonstrar que não houve defeito na prestação de serviços da Nubank, tendo em vista que a Parte Apelada confessa e reconhece que esteve inadimplente perante a instituição e as ligações de cobrança não excederam os limites estabelecidos pela FEBRABAN"; (b) "além de legais, vinculadas à dívida líquida e exigível, todas as ligações foram realizadas em horários e dias regulamentados, sem qualquer excesso ou vexação, sendo que não há qualquer demonstração ou prova de qualquer comportamento inadequado da Nubank"; (c) "as declarações iniciais e capturas de tela de números desconhecidos não se prestam para comprovar a abusividade das cobranças, de modo que as capturas acostadas na inicial apontam ligações de números desconhecidos, inexistindo qualquer comprovação da relação destas com a inadimplência contratual da Parte Apelada junto à Nubank"; e (d) "merece reforma a r. sentença em relação à condenação aos danos morais, sendo estes arbitrados em R$ 5.000,00 (cinco mil reais), inexistindo qualquer comprovação nos autos de qualquer forma de abalo moral suportado".

O recurso foi processado, com apresentação de resposta pela parte apelada a fls. 242/248, insistindo na manutenção da r. sentença.

É o relatório.

1. A pretensão recursal da parte apelante é o provimento do recurso, com reforma da r. sentença, para julgar a ação improcedente.

2. A apelação devolve ao conhecimento deste Eg. Tribunal de Justiça, apenas e tão-somente, as deliberações da r. sentença, efetivamente impugnadas, por força dos arts. 1.008, 1.010 e 1.013, do CPC/2015.

Outras questões não atacadas por recursos oferecidos contra a r. sentença recorrida, não foram devolvidas ao conhecimento deste Eg. Tribunal, visto que

Acesso ao Sumário

com elas as partes se conformaram.

Nesse sentido, quanto à limitação do conhecimento e julgamento à matéria efetivamente impugnada no apelo, as notas de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery: (a) "**Extensão da substituição.** A substituição pode ser total ou parcial, conforme a impugnação for total ou parcial. O efeito substitutivo do recurso só atinge a parte do recurso que for conhecida pelo tribunal. No mais, remanesce íntegra a decisão (ou parte dela) que não sofreu impugnação ou cuja parte do recurso não foi conhecida pelo tribunal." ("Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante", 10ª edição, RT, 2007, p. 848, nota 3 ao art. 512); (b) "**Fundamentação**. O apelante deve dar as razões, de fato e de direito, pelas quais entende deva ser anulada ou reformada a sentença recorrida. Sem as razões do inconformismo, o recurso não pode ser conhecido" ("Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante", 10ª edição, RT, 2007, p. 853, nota 5 ao art. 512, II); e (c) "**Devolução**. O efeito devolutivo da apelação faz com que seja devolvido ao tribunal *ad quem* o conhecimento de toda a matéria efetivamente impugnada pelo apelante em suas razões de recurso. Recurso ordinário por excelência, a apelação tem o maior âmbito de devolutividade dentre os recursos processuais civis. A apelação presta-se tanto á correção dos *errores in iudicando* quanto aos *errores in procedendo*, com a finalidade de reformar (função rescisória) ou anular (função rescindente) a sentença, respectivamente. O apelo pode ser utilizado tanto para a correção de injustiças como para a revisão e reexame de provas. **A limitação do mérito do recurso, fixada pelo efeito devolutivo, tem como consequências: a) limitação do conhecimento do tribunal, que fica restrito à matéria efetivamente impugnada (*tantum devolutum quantum appellatum*); b) proibição de reformar para pior; c) proibição de inovar em sede de apelação (proibição de modificar a causa de pedir ou o pedido.**" ("Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante", 10ª edição, RT, 2007, p. 856, nota 1 ao art. 515, o destaque não consta do original).

3. Mantém-se a r. sentença.

3.1. Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor nas ações de reparação de danos por vítimas de acidente de consumo, como acontece no caso dos autos, por envolver responsabilidade civil de fornecedor de serviços, sendo, a propósito, desnecessário perquirir sobre a presença dos elementos objetivos e subjetivos da relação de consumo, conforme orientação que esse Relator passa a adotar.

Nesse sentido, a orientação: **(a)** do julgado, para caso análogo, mas com inteira aplicação à espécie, extraído do site do Eg. STJ: "RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE CONSUMO. EXPLOSÃO DE GARRAFA PERFURANDO O OLHO ESQUERDO DO CONSUMIDOR. NEXO CAUSAL. DEFEITO DO

Acesso ao Sumário

PRODUTO. ÔNUS DA PROVA. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. RESTABELECIMENTO DA SENTENÇA. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. **1 - Comerciante atingido em seu olho esquerdo pelos estilhaços de uma garrafa de cerveja, que estourou em suas mãos quando a colocava em um freezer, causando graves lesões. 2 - Enquadramento do comerciante, que é vítima de um acidente de consumo, no conceito ampliado de consumidor estabelecido pela regra do art. 17 do CDC ("bystander")**. 3 - Reconhecimento do nexo causal entre as lesões sofridas pelo consumidor e o estouro da garrafa de cerveja. 4 - Ônus da prova da inexistência de defeito do produto atribuído pelo legislador ao fabricante. 5 - Caracterização da violação à regra do inciso II do § 3º do art. 12 do CDC. 6 - Recurso especial provido, julgando-se procedente a demanda nos termos da sentença de primeiro grau." (STJ-3ª Turma, REsp 1288008/MG, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, v.u.,. j. 04/04/2013, DJe 11/04/2013, RSTJ vol. 230 p. 591, o destaque não consta do original); e **(b)** de Bruno Miragem: "**Note-se que, no caso da responsabilidade civil dos bancos, tem prevalência a aplicação do CDC, não sendo necessário investigar a presença dos elementos da relação de consumo, como se reclama na disciplina dos contratos bancários**. Explica-se: enquanto nos contratos bancários, reclama-se a existência da relação de consumo, invocando o disposto no art. 3º, § 2º, do CDC, quanto à quantificação da atividade bancária como espécie do serviço objeto da relação de consumo, bem como no entendimento jurisprudencial afirmado pela Súmula 297 do STJ, há de se fazer uma distinção É preciso definir se, além de se tratar de relação contratual entre cliente e banco, o cliente ostenta qualidade que lhe permita ser identificado como consumidor, seja pela exegese do conceito de destinatário final (art. 2º), ou pela interpretação do art. 29, que autoriza a equiparação para fins de proteção contratual, atualmente interpretado segundo exigência de demonstração de vulnerabilidade *in concreto*, de subordinação entre o cliente e o banco. **Outra coisa é a relação jurídica que resulta da imputação de responsabilidade pelo dever de indenizar. Isso porque, aqui, a hipótese de equiparação a consumidor, seja de quem não é cliente do banco, ou sendo cliente, não se considera destinatário final ou vulnerável (uma grande sociedade empresária, por exemplo), decorre de mera constatação fática de que se trata de vítima de um dano cuja responsabilidade é do fornecedor. Em outros termos: enquanto em matéria contratual permite-se investigar a qualidade subjetiva do cliente bancário para efeito de promover sua equiparação a consumidor por força do art. 17 do CDC, sob o fundamento de que se trata de pessoa exposta aos riscos de mercado de consumo, e, em especial da atividade desenvolvida pelo banco. Assim, por exemplo, não se cogita de questionar a aplicação odo CDC nos danos causados, seja a clientes pessoas físicas ou grandes sociedades empresárias, pela informações levadas indevidamente a registro pela instituição finan-**

Acesso ao Sumário

ceira em bancos de dados restritivos de crédito, ou pelo protesto indevido de título. (...) Naquilo que diga respeito diretamente à prestação de serviços bancários, contudo, no âmbito da atividade título da instituição financeira (art. 17 da Lei 4.595/1694), a aplicação do CDC é impositiva, inclusive, pela equiparação das vítimas." ("Direito Bancário", RT, 2013, SP, p.488/469, o destaque não consta do original).

3.2. A prestadora de serviços responde objetivamente pelos danos causados, em razão de defeitos no serviço prestado e de fatos com relação com os próprios riscos da atividade bancária, em razão do disposto no art. 14, do CDC.

"Como é sabido, para que se configure a obrigação de indenizar, indispensável que estejam presentes os três requisitos ensejadores da mesma, quais sejam: (i) o *ato ilícito*, (ii) o *dano* experimentado pela vítima e (iii) o *nexo de causalidade* entre o dano sofrido e a conduta ilícita. Nesse sentido, de se notar que o CDC aplica-se às instituições financeiras conforme a Súmula n.º 297 do STJ. Portanto, a responsabilidade dos bancos, pelos danos causados aos seus clientes, é objetiva, isto é, independentemente da existência de ato culposo, conforme dispõe o art. 14, *caput*, do CDC. Assim, a responsabilidade do recorrido prescinde de culpa sua, satisfazendo-se apenas com o dano e o nexo de causalidade. Em relação ao nexo de causalidade, o próprio CDC estabelece no inciso II, do § 3º, do art. 14, do CDC, determinadas situações aptas a excluir o nexo causal entre a conduta do fornecedor e o dano causado ao consumidor, quais sejam: a culpa exclusiva do consumidor ou a culpa de terceiro." (STJ-3ª Turma, REsp 685662/RJ, rel. Min. Nancy Andrighi, v.u., j. 10/11/2005, DJ 05.12.2005 p. 323).

"O ônus da prova das excludentes da responsabilidade do fornecedor de serviços, previstas no art. 14, § 3º, do CDC, é do fornecedor, por força do art. 12, § 3º, também do CDC." (STJ-3ª Turma, REsp 685662/RJ, rel. Min. Nancy Andrighi, v.u., j. 10/11/2005, DJ 05.12.2005 p. 323).

"A inversão do ônus da prova pode decorrer diretamente da própria lei (*ope legis*), quando a comprovação de um fato, que normalmente seria encargo de uma parte, é atribuída, pela própria lei, à outra parte. No caso da responsabilidade civil por acidentes de consumo, o legislador atribuiu expressamente ao fornecedor o ônus de comprovar todas as causas de exclusão da responsabilidade civil, que foram elencadas pelos arts. 12 e 14, em seus respectivos §§3º, do CDC. Nas hipóteses de culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro ou de não-colocação do produto no mercado, essa distribuição do encargo probatório acompanhou o sistema tradicional estabelecido pelo art. 333, II, do Código de Processo Civil. O legislador, todavia, atribuiu também ao fornecedor o ônus de comprovar a inexistência de defeito do produto ou do serviço. Normalmente, o defeito, como fato constitutivo do direito do demandado, deveria ser demonstrado pelo consumidor lesado, como autor da ação indenizatória. O CDC, em seu art. 12, §3º,

Acesso ao Sumário

II, e em seu art. 14, §3º, I, deixa expresso que compete ao fornecedor o ônus de comprovar a inexistência de defeito no produto ou no serviço. Essa modificação na distribuição dos encargos probatórios pela própria lei é o que se denomina de inversão ope legis do ônus da prova". (Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, "Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor", 3ª ed., Saraiva, 2010, SP, p. 355/356).

Especificamente, no que concerne à responsabilidade do credor pela inscrição do devedor em cadastro de inadimplentes, por dívida já paga, e por inércia em promover a atualização de dados cadastrais, adota-se a orientação dos julgados do Eg. STJ extraído do respectivo site: **(a)** "Indenização. **Dano moral. Inscrição indevida no SPC. Prova. Valor. 1. Provada a inscrição indevida do nome do autor no SPC, após ter sido efetivado o pagamento da parcela, não há falar em prova do dano moral.** 2. Pertinente é o controle desta Corte quanto ao valor do dano moral quando o valor é abusivo, exorbitante, ou mesmo irrisório, o que não ocorre neste feito. 3. Recurso especial não conhecido." (STJ-3ª Turma, REsp 435708/RN, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, v.u., j. 05/12/2002, DJ 24/02/2003 p. 229, o destaque não consta do original); e **(b)** "AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. INSCRIÇÃO NO SERASA. CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO. MANUTENÇÃO DO NOME NO CADASTRO DE INADIMPLENTES. ÔNUS DO BANCO (CREDOR) EM CANCELAR O REGISTRO. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. **A inércia do credor em promover a atualização dos dados cadastrais, apontando o pagamento, e consequentemente, o cancelamento do registro indevido, gera o dever de indenizar, independentemente da prova do abalo sofrido pelo autor, sob forma de dano presumido.** Agravo Regimental improvido" (STJ-3ª Turma, AgRg no Ag 1094459/SP, rel. Sidnei Beneti, v.u., j. 19/05/2009, DJe 01/06/2009, o destaque não consta do original).

3.3. Reconhece-se, na espécie, a existência de defeito de serviço e ato ilícito da parte ré, consistentes na insistência na continuidade da cobrança abusiva de débito já pago, em condições que permitiam à instituição financeira ter ciência de que a dívida objeto de cobrança já havia sido paga pela parte autora, e no descaso com que tratou a parte autora, que buscou solucionar a questão administrativamente, mediante contato telefônico, antes do ajuizamento da presente ação para cessar essa cobrança indevida.

No caso dos autos, diante das alegações das partes e da prova constante dos autos, reconhece-se que: **(a)** a parte autora comprovou que na data do ajuizamento da ação, não se encontrava inadimplente em relação ao contrato de cartão de crédito que mantinha junto à ré, por meio dos demonstrativos de pagamentos de fls. 19/20 e 41, os quais não foram infirmados pelas alegações e provas produzidas pela instituição financeira; **(b)** a parte autora demonstrou ter

Acesso ao Sumário

recebido insistentes ligações de números desconhecidos após a quitação da dívida (fls. 25/37), bem como que buscou solucionar a questão administrativamente, mediante contato telefônico, antes do ajuizamento da presente ação para cessar essa cobrança indevida (fls. 21/24); e **(c)** a parte ré insistiu na alegação de que a autora estava em mora (fls. 51/53) e não juntou aos autos as gravações referentes aos protocolos de atendimento listados pela autora (fls. 21/24).

Nenhuma prova produzida permite o reconhecimento da culpa exclusiva de terceiro ou culpa exclusiva ou parcial da parte autora, nem mesmo a ocorrência de caso fortuito ou força maior, para excluir a responsabilidade da parte ré por danos causados à autora.

3.4. Caracterizado o defeito de serviço e ato ilícito da parte ré, consistentes na insistência na continuidade da cobrança abusiva de débito já pago, em condições que permitiam à instituição financeira ter ciência de que a dívida objeto de cobrança já havia sido paga pela parte autora, e no descaso com que tratou a parte autora, que buscou solucionar a questão administrativamente, mediante contato telefônico, antes do ajuizamento da presente ação para cessar essa cobrança indevida, e não caracterizada nenhuma excludente de responsabilidade, de rigor, a condenação da ré na obrigação de indenizar a parte autora pelos danos decorrentes do ilícito em questão.

3.5. Mantém-se a r. sentença, na parte em que condenou a ré ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$5.000,00, com incidência de correção monetária a partir da data do arbitramento.

3.5.1. A insistência na continuidade da cobrança abusiva de débito já pago, em condições que permitiam à instituição financeira ter ciência de que a dívida objeto de cobrança já havia sido paga pela parte autora, e o no descaso com que tratou a parte autora, que buscou solucionar a questão administrativamente, mediante contato telefônico, antes do ajuizamento da presente ação para cessar essa cobrança indevida, constitui fato suficiente para causar desequilíbrio do bem-estar e sofrimento psicológico relevante, e não mero aborrecimento, porque expõe a parte consumidora a situação de sentimentos de humilhação, desvalia e impotência.

Acesso ao Sumário

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).

"Está assentado na jurisprudência da Corte que "não há que se falar em prova do dano moral, mas, sim, na prova do fato que gerou a dor, o sofrimento, sentimentos íntimos que o ensejam. Provado assim o fato, impõe-se a condenação, sob pena de violação ao art. 334 do Código de Processo Civil" (STJ-3ª Turma, REsp 204786/SP, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, v.u., j.

07.12.1999, DJ 12.01.1999, JBCC vol. 188 p. 249, , conforme site do Eg. STJ).

Nesse sentido, para caso análogo, mas com inteira aplicação à espécie, a orientação do julgado extraído do site do Eg. STJ: "**RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. COBRANÇA INDEVIDA. DIVIDA ORIUNDA DE CARTÃO DE CRÉDITO NÃO CONTRATO. DIVERSAS COBRANÇAS INDEVIDAS. PAGAMENTO EFETIVADO. DANO MORAL CARACTERIZADO. 1. "Não configura dano moral in re ipsa a simples remessa de fatura de cartão de crédito para a residência do consumidor com cobrança indevida. Para configurar a existência do dano extrapatrimonial, há de se demonstrar fatos que o caracterizem, como a reiteração da cobrança indevida, a despeito da reclamação do consumidor, inscrição em cadastro de inadimplentes, protesto, publicidade negativa do nome do suposto devedor ou cobrança que o exponha a ameaça, coação, constrangimento" (REsp 1550509/RJ, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 03/03/2016, DJe 14/03/2016). 2. Na hipótese, apesar de não ter havido a negativação do consumidor nos cadastros de inadimplentes, verifica-se a reiteração da cobrança indevida, a despeito da reclamação do consumidor. 3. Recurso especial parcialmente provido.** DECISÃO 1. Cuida-se de recurso especial interposto por JOSÉ LUIS DA SILVA CASTRO, com fundamento no art. 105, III, a e c, da Constituição da República, contra acórdão proferido pelo TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, assim ementado: AGRAVO LEGAL. APELAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL. CONSUMIDOR. DIVIDA ORIUNDA DE CARTÃO DE CREDITO NÃO CONTRATADO. COBRANÇA INDEVIDA. DANO MORAL INEXISTENTE. MANUTENÇÃO DA DECISÃO MONOCRÁTICA. As teses defendidas neste recurso de agravo, nada mais são do que uma renovação do recurso de apelação. Inexistindo fato novo a ensejar a retratação da decisão, esta há de ser mantida, por seus próprios fundamentos. Tentativa de reexame da matéria. Caráter, procrastinatório. Entendimento consolidado na jurisprudência desta Egrégia Corte. Recurso não provido. (fls. 172-176) Opostos embargos de declaração, foram rejeitados. Em suas razões recursais, aponta a parte recorrente, além de dissídio jurisprudencial, ofensa ao disposto nos arts. 535 do CPC, 6°, VI, do CDC. Aduz que o acórdão foi omisso. Sustenta, em síntese, que é devida a reparação civil pelos "extensos e comprovados danos suportados pelo recorrente, ao sofrer injustificadas cobranças, decorrentes da utilização fraudulenta de um instrumento de crédito jamais solicitado, recebido, utilizado ou desbloqueado, passando a ser vítima de ligações e missivas, de conteúdo intimidatório, informando-o que seus dados já se encontravam inscritos em órgão de restrição cadastral, e somente com o pagamento do débito seria reabilitado, o que veio a ser fonte de grave sofrimento íntimo". Contrarrazões ao recurso especial às fls. 248-253. Crivo negativo de admissibilidade na origem

Acesso ao Sumário

(fls. 255-259), ascendendo a esta Corte pelo provimento do agravo (fl. 283). **É o relatório. DECIDO**. 2. O Tribunal de origem assentou (...) 3. Dessarte, **verifica-se que o acórdão recorrido está dissonante da jurisprudência da Casa que vem reconhecendo, em situações similares a dos autos, a responsabilidade civil pelos danos causados. Nesse sentido: RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. CARTÃO DE CRÉDITO. COBRANÇA INDEVIDA. PAGAMENTO NÃO EFETUADO. DANO MORAL. NÃO OCORRÊNCIA. MERO TRANSTORNO. 1. Não configura dano moral in re ipsa a simples remessa de fatura de cartão de crédito para a residência do consumidor com cobrança indevida. Para configurar a existência do dano extrapatrimonial, há de se demonstrar fatos que o caracterizem, como a reiteração da cobrança indevida, a despeito da reclamação do consumidor, inscrição em cadastro de inadimplentes, protesto, publicidade negativa do nome do suposto devedor ou cobrança que o exponha a ameaça, coação, constrangimento.** 2. Recurso conhecido e provido. (REsp 1550509/RJ, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 03/03/2016, DJe 14/03/2016) AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CIVIL. DIREITO DO CONSUMIDOR. **CONTRATO DE CARTÃO DE CRÉDITO. INEXISTÊNCIA DE CONTRATAÇÃO. REITERAÇÃO POR 47 VEZES DE COBRANÇA INDEVIDA. RESPONSABILIZAÇÃO DA EMPRESA COMERCIAL. POSSIBILIDADE. CONFIGURADO O DANO MORAL** É POSSÍVEL A EXCEPCIONAL REVISÃO DO VALOR DA CONDENAÇÃO POR MEIO DO ESPECIAL PARA ADEQUAÇÃO DO "QUANTUM" EXCESSIVO. REDUÇÃO DO VALOR ARBITRADO PARA OS PARÂMETROS PRATICADOS NESTA CORTE. PRECEDENTES. **1. As instâncias ordinárias reconheceram a responsabilidade da prestadora do serviço porque ficou configurado o abuso no exercício do direito de cobrança pois emitiu cartão de crédito sem anuência da consumidora e apesar dos diversos contatos por ela feitos para resolver as cobranças indevidas (47 vezes), não sobrevieram medidas saneadoras capazes de elidir o equívoco.** 2. Se distancia dos parâmetros adotados neste Sodalício Superior a fixação em R$ 27.500,00 (vinte e sete mil e quinhentos reais) para reparação do dano moral pelo ato ilícito de emitir cartão de crédito e permanecer cobrando suas taxas de manutenção apesar dos repetidos contatos da consumidora negando a contratação. 3. Consideradas as circunstâncias do caso, a ausência de negativação e as condições econômicas das partes razoável a excepcional intervenção desta Corte Superior para reformar o acórdão estadual e adequar o parâmetro indenizatório em R$ 8.000,00 (oito mil reais), o que está conforme os seus julgados. 4. Agravo regimental provido. (AgRg no AREsp 509.257/SP, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/09/2014, DJe 26/09/2014) RECURSO ESPECIAL. DANO MORAL. CARTÃO DE

Acesso ao Sumário

CRÉDITO. LANÇAMENTO INDEVIDO. ADULTERAÇÃO. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E, NO PONTO, PROVIDO. 1. **Reconhecido o dano moral na espécie, pois não obstante a comunicação à instituição-recorrente de que o débito lançado na fatura, mediante uso de cartão de crédito adulterado, seguiram-se novas cobranças, lançadas na conta corrente, ocasionando o resgate de poupança, para cobertura de saldo negativo de cheque especial.** 2. O entendimento deste Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que evidente exagero ou manifesta irrisão na fixação, pelas instâncias ordinárias, viola aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, sendo possível, assim, a revisão da aludida quantificação. 3. Recurso conhecido em parte e, no ponto provido para determinar a redução da indenização para R$ 5.000,00 (cinco mil reais). (REsp 326.163/RJ, Rel. Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, QUARTA TURMA, julgado em 19/10/2006, DJ 13/11/2006, p. 263) 4. **Deveras, na hipótese, o acórdão recorrido reconheceu estar a reiteração da cobrança indevida, a despeito da reclamação do consumidor, ainda que não tenha havido a negativação do consumidor nos cadastros de inadimplente**. À guisa de exemplo: "incontroverso que realmente o Réu encaminhou faturas para pagamento de cartão de crédito não contratado, que deram ensejo a dissabores, perda de tempo, aborrecimentos variados"; "o Banco- apelado tenha agido sem as cautelas devidas em conceder crédito a terceira pessoa que se utilizou indevidamente os dados do Autor-apelante, emitindo cartão de crédito e gerando a dívida objeto das cobranças". 5. Assim, com relação à valoração dos danos morais, como sabido, as Turmas da Seção de Direito Privado do STJ, em razão da dificuldade de se sistematizar parâmetros objetivos, vem se uniformizando na adoção do critério bifásico (REsp 1.152.541/RS, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino e Recurso Especial 1.473.393/SP - de minha relatoria), para garantir o arbitramento equitativo da quantia indenizatória, valorados o interesse jurídico lesado e as circunstâncias do caso, minimizando eventual arbitrariedade ao se adotar critérios unicamente subjetivos do julgador, além de afastar eventual tarifação do dano. Nesse passo, tomando-se essa linha de entendimento, o STJ tem arbitrado os seguintes valores em situações semelhantes, a saber: - AgRg no AREsp 509.257/SP, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/09/2014, DJe 26/09/2014 - reconheceu-se a responsabilidade da prestadora do serviço porque ficou configurado o abuso no exercício do direito de cobrança pois emitiu cartão de crédito sem anuência da consumidora e apesar dos diversos contatos por ela feitos para resolver as cobranças indevidas (47 vezes), não sobrevieram medidas saneadoras capazes de elidir o equívoco. Danos morais foram arbitrados em R$ 8.000,00 (oito mil reais). - REsp 326.163/RJ, Rel. Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, QUARTA TURMA, julgado em 19/10/2006, DJ 13/11/2006, - Reconhecido o dano moral na espécie, pois não obstante a comunicação à instituição- recor-

Acesso ao Sumário

rente de que o débito lançado na fatura, mediante uso de cartão de crédito adulterado, seguiram-se novas cobranças, lançadas na conta corrente, ocasionando o resgate de poupança, para cobertura de saldo negativo de cheque especial. A indenização por dano moral foi arbitrada em R$ 5.000,00 (cinco mil reais). Assim, tendo em mira os parâmetros assinalados, observadas as circunstâncias do caso e das partes envolvidas, tenho por razoável a condenação em R$ 3 mil, não destoando da proporcionalidade e da razoabilidade, tampouco dos critérios adotados pela jurisprudência desta Corte. Na segunda fase, para a fixação definitiva da indenização, ajustando-se às circunstâncias particulares do caso, deve-se considerar, a gravidade do fato em si; a responsabilidade dos agentes; condição econômica dos ofensores, para situações como a da espécie; daí porque a indenização deve ser majorada em R$ 5 mil. Assim, a indenização por dano moral deve ser arbitrada em R$ 5 mil, em valores atuais, já realizada a correção e adequação. 4. **Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso especial para condenar a recorrida na indenização por danos morais** no importe de R$ 5 mil reais (...)" (REsp 1345504/RJ, rel. Min. Luis Felipe Salomão, data da publicação:20/11/2018, o destaque não consta do original).

3.5.2. Quanto à quantificação da indenização por danos morais, adota-se a seguinte orientação: **(a)** O arbitramento de indenização por dano moral reconhecido deve considerar a condição pessoal e econômica do autor, a potencialidade do patrimônio do réu, bem como as finalidades sancionadora e reparadora da indenização, mostrando-se justa e equilibrada a compensação pelo dano experimentado, sem implicar em enriquecimento sem causa do lesado; e **(b)** "A fixação do valor da indenização, devida a título de danos morais, não fica adstrita aos critérios do Código Brasileiro de Telecomunicações" (STJ-4ª Turma, AgRg no Ag 627816/MG, rel. Min. Fernando Gonçalves, v.u., j. 03/02/2005, DJ 07.03.2005 p. 276, , conforme site do Eg. STJ).

3.5.3. "Quanto ao emprego do salário mínimo como critério de indexação do valor da indenização, o recurso merece parcial acolhida. Reproduzo, por esclarecedora, a ementa do RE 409.427-AgR, Relator Ministro Carlos Velloso: "CONSTITUCIONAL. INDENIZAÇÃO: SALÁRIO-MÍNIMO. C.F., art. 7º, IV. I. - Indenização vinculada ao salário-mínimo: impossibilidade. C.F., art. 7º, IV. O que a Constituição veda -- art. 7º, IV -- é a fixação do quantum da indenização em múltiplo de salários-mínimos. STF, RE 225.488/PR, Moreira Alves; ADI 1.425. A indenização pode ser fixada, entretanto, em salários-mínimos, observado o valor deste na data do julgamento. A partir daí, esse quantum será corrigido por índice oficial. II. - Provimento parcial do agravo: RE conhecido e provido, em parte." Cito, no mesmo sentido, os REs 270.161, Relatora Ministra Ellen Gracie; 225.488, Relator Ministro Moreira Alves; e 338.760 Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Assim, frente ao art. 557, § 1º-A, do CPC, dou parcial provimento ao recurso apenas para desvincular o quantum indenizató-

Acesso ao Sumário

rio do valor do salário mínimo, devendo ser considerado o vigente na data da condenação, a ser atualizado monetariamente pelos índices legais. Publique-se. Brasília, 26 de outubro de 2004. Ministro CARLOS AYRES BRITTO Relator" (RE 430411 / RJ, rel. Min. Carlos Ayres Britto, DJ 30/11/2004 PP-00110, conforme site do Eg. STF).

Nos termos da Súmula 362 do STJ, "a correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento".

3.5.4. Considerando os parâmetros supra indicados, e buscando assegurar à parte lesada a justa reparação, sem incorrer em enriquecimento ilícito, mostra-se, na espécie, razoável a fixação da indenização de danos morais na quantia de R$5.000,00, com incidência de correção monetária a partir da data do arbitramento.

Observa-se que, na data da prolação da r. sentença, 06.10.2023, o valor do salário-mínimo era de R$1.320,00, daí por que a indenização arbitrada correspondia a aproximadamente 04 salários-mínimos.

4. Desprovido o recurso, em razão da sucumbência recursal da parte apelante, nos termos do art. 85, §11, do CPC/2015, majora-se em 20% o valor da verba honorária sucumbencial fixada contra ela, em quantia certa, percentual este que se mostra adequado ao caso dos autos.

5. Em resumo, o recurso deve ser desprovido, com majoração da verba honorária, em razão da sucumbência recursal da parte apelante, nos termos *supra* especificados.

O presente julgamento não afronta as normas constitucionais e infraconstitucionais invocadas pelas partes, visto que está em conformidade com a orientação dos julgados *supra* especificados.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1003301-56.2020.8.26.0415, da Comarca de Palmital, em que é apelante E.A.Z. (JUSTIÇA GRATUITA), são apelados I.F.S. e C.A.T.D.S.

ACORDAM, em 10ª 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. Paulo Celso Gonçales Galhardo, OAB/SP 36.707.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35.705)**

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

Acesso ao Sumário

São Paulo, 30 de abril de 2024.
COELHO MENDES, Relator

Ementa: Ação de guarda. Padrinhos detém a guarda do menor e pleiteiam a regularização. Genitores citados. Genitora contestou requerendo a improcedência da ação. Genitor contestou não se opondo à inicial. Sentença de procedência, mantida sob o melhor interesse do menor. Recurso desprovido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de recurso de apelação contra a r. sentença de fls. 182/185 que, nos autos da ação de guarda e regulamentação de visitas requerida por C.A.T.D.S. e I.F.S. em face de L.C.B. e E.A.Z., julgou procedente a ação concedendo a guarda definitiva de L.G.Z.B, aos autores e fixar as visitas de forma livre.

A parte ré foi condenada ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, fixados 10% do valor atualizado da causa, com observação da gratuidade de justiça.

Apela a requerente/genitora pleiteando a guarda de forma compartilhada.

Recurso tempestivo, devidamente processado e contrarrazoado.

Isento de preparo pelo benefício da gratuidade de justiça.

A Procuradoria Geral da Justiça opinou pelo desprovimento do recurso.

Não houve oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

Insurge-se a apelante, com recurso de apelação, em ação de ação de guarda, para ver modificado o regime de estipulado para a guarda do menor, requerendo a concessão da guarda compartilhada, sob a alegação de que é o melhor interesse do menor.

Em sede de contestação, o genitor não se opõe aos pedidos feitos na petição inicial.

Restou claro que o menor reside com os autores, seus padrinhos de batismo, desde cerca de 12 meses de idade, sendo-lhe prestado todo o auxílio e educação.

Sobrevieram os estudos técnicos (psicológico e social), com a sugestão da guarda compartilhada.

Nas entrevistas, o menor manifestou o desejo em continuar residindo com os padrinhos, da forma como está.

Levando-se em conta a falta de diálogo, o conflito entre as partes e o melhor interesse do menor, o Juízo "a quo", fixou a guarda do adolescente em favor dos requerentes, com as visitas livres.

Acesso ao Sumário

Com isso, a ação foi julgada procedente.

A irresignação da requerida não comporta acolhimento.

O conflito em questão deve ser analisado sob a ótica do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), sobretudo quanto à proteção integral, condição peculiar da criança e adolescente como pessoas em desenvolvimento e à absoluta prioridade à criança e ao adolescente (artigos 4º e 6º da referida lei).

Importante registrar que, em casos deste jaez, devem ser buscadas condições que proporcionem às crianças uma estrutura familiar segura e todos os elementos necessários a um crescimento sadio e equilibrado, com vistas a atender suas necessidades materiais e afetivas.

De acordo com o disposto no art. 227, da Constituição Federal:

> "É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, 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".

O artigo 1.584 do Código Civil, para efeito de guarda de filhos, determina que a guarda incumbirá ao genitor que revele "melhores condições" de exercê-la.

De acordo com o enunciado 102 do CEJ:

> "a expressão melhores condições no exercício da guarda, na hipótese do art. 1.594, significa atender ao melhor interesse da criança" e não dos pais. Por melhor interesse, devem ser levados em conta, na lição da melhor doutrina, além do aspecto econômico, circunstâncias de natureza afetiva, pessoais, sociais e outras passíveis de consideração, como ambiente social, disponibilidade de tempo, convivência com outros parentes, cuidados quanto à alimentação, vestuário, recreação, etc (Arnaldo Rizzardo, Direito de Família, 2ª. Edição, Forense, p. 334).

Melhor seria se não fosse preciso estipular a guarda, pois, sendo as partes maiores, poderiam chegar a um bom termo quanto ao assunto, sempre visando o bem-estar do menor, evitando sofrimento com as mudanças.

Porém, como na maioria das vezes tal objetivo não é atingido, acaba o Judiciário por ver-se compelido a intervir, estabelecendo a guarda e o regime de visitas mais próximo do ideal.

Deste modo, o acervo probatório demonstrou que os apelantes possuem condições melhores para se manter na guarda e que ele se encontra adaptado nas condições fixadas.

É o princípio do melhor interesse da criança que deve nortear a guarda, no tocante ao afeto, saúde, segurança e educação, mostrando-se que, na hipótese vertente, a guarda como fixada em sentença é a melhor solução.

Nunca é demais lembrar que nos litígios envolvendo a guarda de menor, é

Acesso ao Sumário

sempre o interesse deste último (e não dos litigantes) que deve prevalecer.

Ensina NEY DE MELLO ALMADA em sua obra "Direito de Família", vol II, pág. 268, que "A adjudicação da guarda à genitora repousa numa presunção exatamente a de que, segundo a natureza, dedicar-se-á aquela, com melhor aptidão, ao cuidado da criança. Se, todavia, isto não ocorrer, terá lugar alteração judicialmente ditada".

Portanto, em que pese o inconformismo presente nas razões de apelo, é caso de se manter a sentença.

Finalmente, apenas para evitar futuros questionamentos desnecessários, observo que tenho por expressamente ventilados, neste grau de jurisdição, todos dispositivos legais e constitucionais citados em sede recursal.

Saliento ainda que a função do julgador é decidir a lide de modo fundamentado e objetivo, portanto, desnecessário o enfrentamento exaustivo de todos os argumentos elaborados pelas partes.

E, em razão da interposição do recurso, com apresentação de contrarrazões por parte dos apelados, nos termos do artigo 85, § 11 do Código de Processo Civil, fixo os honorários advocatícios, levando em conta o trabalho adicional realizado, em 15% do valor da causa, ressalvada a gratuidade processual concedida.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1012378-06.2022.8.26.0032, da Comarca de Araçatuba, em que são apelantes ANA BEATRIZ FRANCESCHI ALVES DO VALE e JULIANA JUNQUEIRA FURLANI, são apelados DAIANE DOS SANTOS ESQUEVANI, GUSTAVO FERNANDES DINAMARCO – ME e SONHO DOURADO FRANQUIAS LTDA. ME.

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 44244)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOÃO PAZINE NETO (Presidente) e CARLOS ALBERTO DE SALLES.

São Paulo, 30 de abril de 2024.

VIVIANI NICOLAU, Relator

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. DIREITOS AUTORAIS. REPRODUÇÃO DE PROJETO ARQUITETÔNICO. Sentença que julgou os pedidos iniciais e

Acesso ao Sumário

reconvencionais improcedentes. Recurso das autoras. Insurgência que comporta parcial acolhimento. DIREITO AUTORAL PATRIMONIAL. Confecção de projetos arquitetônicos e manual de padronização em favor de franquia de sucos. Implementação, nas lojas posteriormente abertas, das diretrizes gerais previstas no manual que não viola o direito autoral. Documento elaborado com o intuito de uniformizar os estabelecimentos comerciais e que foi utilizado para sua finalidade intrínseca. Desnecessidade de submissão dos projetos das novas franquias à aprovação prévia das autoras ante a inexistência de pactuação expressa nesse sentido. Indenização material indevida. DIREITO AUTORAL EXTRAPATRIMONIAL. Necessidade de indicação da autoria do projeto arquitetônico originário não observada. Violação ao art. 108 da Lei n. 9.610/98 e art. 30 da Resolução nº 67/2013 do Conselho de Arquitetura e Urbanismo. Indenização por danos morais fixada em R$ 10.000,00. Determinação de indicação dos créditos autorais. Precedente deste Tribunal de Justiça. Sentença parcialmente reformada. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO".

VOTO

Trata-se de ***ação de indenização por violações a direitos autorais patrimoniais e morais pertinentes às reproduções desautorizadas e usos indevidos e violadores de projeto arquitetônico de design de interiores*** intentada por **ANA BEATRIZ FRANCESCHI ALVES DO VALE e JULIANA JUNQUEIRA FURLANI** em face de **GUSTAVO FERNANDES DINAMARCO - ME, GUSTAVO FERNANDES DINAMARCO, SONHO DOURADO FRANQUIAS LTDA. ME e DAIANE DOS SANTOS ESQUEVANI**. O relatório da sentença, que se adota, bem resume os principais aspectos da causa:

> "ANA BEATRIZ FRANCESCHI ALVES DO VALE e JULIANA JUNQUEIRA FURLANI ingressaram com ação contra GUSTAVO FERNANDES DINAMARCO-ME, SONHO DOURADO FRANQUIAS LTDA-ME e DAIANE DOS SANTOS ESQUEVANI aduzindo, em suma, que são arquitetas e foram contratadas pelo responsável legal da primeira-ré, Gustavo, para confeccionar um projeto arquitetônico de design de interiores e fachada para a loja Sucos S/A, de propriedade dos dois primeiros requeridos. Diz que o contrato se limitou a realização de tais projetos em estabelecimentos empresariais de Araçatuba e Birigui/SP, todavia, de forma indevida, os réus teriam utilizado o projeto das autores

Acesso ao Sumário

em outras franquias. Afirma que a requerida DAIANE, como arquiteta, plagiou o projeto das autoras. Assim, afirmam que experimentaram prejuízos materiais e morais e com isso buscam indenização no valor de R$ 270.109,90 (fls. 1/79).

Citados, os requeridos ofertaram contestação. GUSTAVO FERNANDES DINAMARCO-ME e SONHO DOURADO FRANQUIAS LTDA-ME afirmam que na realidade as autoras foram contratadas para atualizarem o projeto de layout da marca Sucos S/A em razão da decisão em transformar o negócio em franquia. Assim, o objeto da contratação foi a criação de um projeto de re-layout conceito para a unidade modelo da marca (Shopping Praça Nova Araçatuba) mais um Manual de padronização para as unidades franqueadas. Logo, não há falar-se em direitos autorais nesse caso, já que seria da própria estrutura da contratação a possibilidade de utilização do projeto em outras unidades da franquia. Na realidade, a partir do projeto padrão, cada franqueado seria encarregado de providenciar o projeto executivo, adaptando-se o projeto padrão às peculiaridades do local de instalação da franquia, sendo que esse projeto executivo poderia ser realizado com qualquer arquiteto. Assim, diz que a segunda contratação das autoras para as demais lojas do contestante foi para a realização do projeto executivo e mesmo assim efetuou o pagamento de R$ 2.000,00 e as autoras não realizaram o serviço de acompanhamento. Com isso pediu a improcedência da ação e em reconvenção a condenação das autoras a restituir o valor de R$ 2.000,00 (fls. 677/705).

Por sua vez a ré DAIANE DOS SANTOS ESQUEVANI ofertou contestação a fls. 722/741. Em suma, diz que não prestou serviços como arquiteta aos requeridos e sim como construtora especializada no acompanhamento de obras para o setor empresarial. Afirma que por ser arquiteta e uma vez que as autoras não deram continuidade ao projeto executivo, auxiliou os requeridos na solução do problema, inclusive conversando diretamente com a autora Juliana, a qual tinha plena ciência. Afirma que o manual padrão entregue pelas autoras tinha várias omissões. Assim por conta da urgência a contestante desenvolveu os projetos executivos de adequação e um novo manual de padronização da marca. Diz que as autoras sabiam que o projeto de re-layout padrão seria utilizado nas demais lojas da franquia e com isso concordaram. Assim, por não existir violação ética postulou a improcedência (fls. 722/741).

Houve réplica e contestação à reconvenção (fls. 855/906 e 908/941).

As partes especificaram as provas (fls. 945/946 e 947/953).

O MM. Juiz a quem a ação foi distribuída originalmente reconheceu a sua suspeição por foro íntimo (fls. 954), sendo designado este juízo para apreciação do feito (fls. 957).

É o relatório.".

Ao fim, a r. sentença julgou os pedidos iniciais e reconvencionais **impro-**

Acesso ao Sumário

cedentes.

Ônus de sucumbência atribuídos a ambas as partes. Honorários advocatícios arbitrados em favor do patrono dos réus em 15% sobre o valor da causa. Honorários advocatícios arbitrados em favor dos patronos das autoras em R$ 500,00, por apreciação equitativa (fls. 959/965).

Os **Embargos de Declaração** opostos pelas **AUTORAS** (fls. 968/994) foram **rejeitados** (fl. 995).

Nas razões do apelo, as **AUTORAS** sustentam, em síntese, que: **(i)** a r. sentença não analisou a questão central da controvérsia, que é a violação aos direitos autorais; **(ii)** são arquitetas e foram contratadas pelo réu para confeccionar o projeto arquitetônico que seria utilizado nos estabelecimentos da marca Sucos S/A, e não para confeccionar "re-layout" da marca; **(iii)** o "projeto piloto da franquia" fez sucesso; **(iv)** tinham a intenção de participar de todas as lojas futuras, com recebimento dos respectivos valores referentes a cada nova unidade; **(v)** o "manual de padronização" criado garante a reprodução correta do projeto arquitetônico em distintos locais; **(vi)** atuaram nas primeiras implementações do projeto, porém, posteriormente deixaram de ser consultadas; **(vii)** a 3ª ré, que também é arquiteta, passou a supervisionar as obras das novas lojas; **(viii)** atualmente são 12 franquias com uso indevido do projeto arquitetônico, sem autorização e sem indicação de crédito autoral; **(ix)** a conduta viola os direitos autorais patrimoniais e morais, bem como o Código de Ética do Conselho de Arquitetura e Urbanismo; **(x)** o sucesso comercial das lojas decorre do projeto arquitetônico; **(xi)** todas as alterações do projeto deveriam ter sido submetidas à aprovação das arquitetas; **(xii)** todas as implementações do projeto deveriam mencionar os créditos autorais; **(xiii)** não houve cessão da obra arquitetônica; **(xiv)** os contratos celebrados se referiam às criações nelas mencionadas e não às franquias futuras; **(xv)** a boa-fé contratual garantia a participação continuada das arquitetas na franquia; **(xvi)** não autorizaram o aproveitamento do projeto arquitetônico para além dos seis locais especificados na proposta inicial; **(xvii)** a obra foi cadastrada no CAU/BR, sendo as arquitetas as titulares do projeto; **(xviii)** o caso atrai, entre outras normas, a aplicação da Lei nº 9.610/98 e das Regulamentações do Conselho de Arquitetura e Urbanismo; **(xix)** a legislação especial deve prevalecer sobre a geral; **(xx)** a r. sentença deve ser reformada a fim de reconhecer a configuração de danos materiais e morais indenizáveis (fls. 998/1.040).

O recurso é tempestivo e preparado.

Contrarrazões ofertadas (fls. 1.055/1.074).

Houve expressa **oposição ao julgamento virtual** por ambas as partes (fls. 1.081 e 1.084).

É O RELATÓRIO.

Restou incontroverso que as autoras e o réu Gustavo firmaram negócios

jurídicos referentes aos estabelecimentos comerciais da empresa Sucos/SA, quais sejam:

(a) em 18/02/2019 o "Projeto de Design de Interiores" que tinha por objeto um "espaço comercial, com área aproximada de 45 m²" localizado em Araçatuba/SP (fls. 116/119) - loja modelo.

(b) um "manual de padronização" para o fim de garantir a reprodução correta da obra arquitetônica em outras lojas da franquia (fls. 629/652).

(c) em 25/07/2019 o "Projeto de Padronização de Interiores - Comercial" que tinha por objeto a uniformização do espaço comercial de outras quatro lojas já existentes em Araçatuba/SP e Birigui/SP (fls. 130/133).

A partir dos negócios jurídicos 'a', 'b', e 'c' o réu implementou o projeto arquitetônico nas supracitadas cinco lojas pré-existentes, com a participação das autoras na execução, a fim de readequar estrutural e visualmente os pontos comerciais da empresa Sucos S/A.

A partir do manual 'b' o réu replicou o projeto arquitetônico em seis outras lojas que foram abertas no decorrer do tempo, sem a participação das autoras. Para tanto, a arquiteta corré foi contratada para acompanhar a execução das obras.

Segundo a narrativa autoral, a conduta viola os direitos autorais das arquitetas. De acordo com a tese de defesa, por sua vez, a situação é regular por ter sido contratado um "re-layout conceito" que sabidamente seria replicado nas futuras lojas da empresa Sucos S/A.

Cinge-se a controvérsia recursal sobre a configuração de violação aos direitos autorais, por não terem as apelantes participado ou recebido contraprestações pelas replicações dos projetos arquitetônicos nas lojas posteriormente inauguradas e eventual configuração de danos materiais e morais indenizáveis.

Tratando-se de obras artísticas, a proteção de seus direitos é prevista tanto pela Constituição Federal (CF, art. 5º, XXVII) quanto por legislação própria (Lei n. 9.610/98).

Na específica hipótese do ramo da arquitetura, o C. **Superior Tribunal de Justiça** já se pronunciou no sentido de que as construções e edificações são formas de expressão da obra arquitetônica, nela compreendidos o projeto e o esboço (vide REsp n. 1.562.617/SP, **relator Ministro Marco Aurélio Bellizze**, Terceira Turma, julgado em 22/11/2016, DJe de 30/11/2016).

Dessa forma, por atraírem a proteção autoral, a utilização ou replicação de projetos arquitetônicos de forma desautorizada ou sem menção aos créditos enseja o dever material e/ou moral de indenizar, nos termos do art. 7º, 28 e 29 da Lei n. 9.610/98.

Na hipótese, a r. sentença, que julgou o pedido inicial improcedente, comporta **parcial reforma.**

1. Direito autoral patrimonial

Acesso ao Sumário

A tese autoral de ofensa ao direito autoral patrimonial é **rejeitada**.

No que se refere às **cinco lojas então existentes**, as autoras foram expressamente contratadas para implementar o "manual de padronização". Assim, confeccionaram os respectivos projetos personalizados e ficaram responsáveis pelo acompanhamento da readequação dos pontos comerciais. Receberam, em contrapartida, as respectivas remunerações (vide fls. 375/394).

No que diz respeito às **lojas futuras**, por sua vez, não se verifica dos autos pactuação expressa no sentido de que as apelantes teriam exclusividade na execução do projeto e aufeririam o respectivo pagamento. Cumpre ressaltar que os negócios jurídicos celebrados entre as partes e os documentos elaborados pelas arquitetas são distintos e autônomos entre si. Assim, a participação nas lojas antigas não lhes garante imediata ingerência nas lojas futuras.

Ademais, em razão da natureza das transações, conclui-se pela verossimilhança da tese de defesa no sentido de que a avença teve como objeto principal a elaboração de um "projeto arquitetônico conceito" que sabidamente seria replicado pela empresa Sucos S/A, com ou sem a participação das autoras.

O "manual de padronização" contém diretrizes gerais do projeto (incluindo informações sobre o logotipo, frases, materiais, texturas, mobiliários, iluminação, etc.). Logo, não abrangeu uma loja da Sucos S/A isoladamente considerada, mas sim a franquia como um todo, e tinha como objetivo primordial assegurar a correta replicação da arquitetura da "loja modelo".

O manual, inclusive, prevê que:

> "*O projeto visa a padronização da franquia baseado no padrão da franquia, de acordo com as medidas enviadas pelo franqueado. Para a execução do projeto, é necessário que o franqueado contrate um profissional qualificado no local. O franqueado ou o profissional contratado deve estar ciente das normas de vigilância sanitária do município e suas limitações.*" (fl. 630).

Neste cenário, não prospera a alegação autoral no sentido de que não houve cessão do direito de reuso do projeto arquitetônico. Nos termos já consignados pelo Juízo de origem, "*não há necessidade de concordância expressa das autoras a cada franquia que for utilizar o projeto. Do contrário não há utilidade social em se contratar a confecção de um Manual de Padronização.*" (fl. 962).

Com efeito, tratando-se de utilização intrínseca ao documento adquirido, a possibilidade de replicação nas outras lojas é presumida.

Em sentido semelhante, confira-se o posicionamento adotado pelo C. **Superior Tribunal de Justiça:**

> "(...) 1. **Especificamente em relação às obras arquitetônicas, o projeto e o esboço, elaborados por profissionais legalmente habilitados para tanto, e a edificação são formas de expressão daquelas. A construção consiste no meio físico em que a obra arquitetônica,**

Acesso ao Sumário

concebida previamente no respectivo projeto, veio a se plasmar. A utilização (no caso, com finalidade lucrativa) da imagem da obra arquitetônica, representada, por fotografias, em propagandas e latas de tintas fabricadas pela demandada encontra-se, inarredavelmente, dentro do espectro de proteção da Lei de Proteção dos Direitos Autorais.

2. **A aquisição, em si, de uma obra intelectual não transfere automaticamente os direitos autorais, salvo disposição expressa em contrário e ressalvado, naturalmente, o modo de utilização intrínseco à finalidade da aquisição.** Na hipótese dos autos, ante o silêncio do contrato, o proprietário da casa, adquirente da obra arquitetônica, não incorporou em seu patrimônio jurídico o direito autoral de representá-la por meio de fotografias, com fins comerciais, tampouco o de cedê-lo a outrem, já que, em regra, a forma não lhe pertence e o aludido modo de utilização refoge da finalidade de aquisição. Assim, a autorização por ele dada não infirma os direitos do arquiteto, titular do direito sob comento. (...)" (REsp n. 1.562.617/SP, **relator Ministro Marco Aurélio Bellizze**, Terceira Turma, julgado em 22/11/2016, DJe de 30/11/2016, **destaque não original**)

À vista do exposto, sendo esperada a reaplicação do "projeto conceito" e inexistindo previsão de pagamento de forma individual e adicional para cada nova franquia da marca, não se verifica ofensa ao direito autoral patrimonial.

Nesse âmbito, mostra-se infundada a pretensão das autoras de manter a ingerência sobre a Sucos S/A, a exemplo do "*prévio conhecimento de cada novo espaço a ser franqueado, ao qual poderiam ou não autorizar e, se houvesse interesse e lhes fosse solicitado, poderiam realizar o que fosse necessário em termos de ajustes arquitetônicos e aprovação de modificações*" (vide fl. 1.026 do apelo).

Tal intenção evidentemente ensejaria a restrição dos direitos dos réus, assim, sua exigibilidade exige redução a termo, seja porque os vínculos negociais são norteados pelo princípio da força obrigatória do contrato e autonomia privada, seja porque a relação estabelecida - na qual as autoras se qualificam como fornecedoras de atividade profissional de forma habitual e com fim econômico (CDC, art. 3º) (fls. 110/112) - atrai a aplicação da legislação específica, segundo a qual "*As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão*" (CDC, art. 54, § 4°).

Por fim, também não prospera a alegação autoral no sentido de que houve modificação desautorizada do projeto arquitetônico. Trata-se de trabalho intelectual cuja implementação física logicamente pressupõe adequação aos distintos locais com características e medidas singulares. Inclusive, a fim de permitir tais adaptações é que foi realizado o "**manual de padronização**". Assim, o que se vislumbra dos autos é que o projeto conceito em si foi mantido, restringindo-se as adaptações às peculiaridades das novas franquias abertas.

Acesso ao Sumário

À vista do exposto, sendo o conjunto probatório favorável aos réus, não há que se falar em ofensa aos direitos autorais patrimoniais.

2. Direito autoral moral

A tese autoral de ofensa ao direito autoral moral é **acolhida**.

A narrativa se encontra lastreada na paternidade das obras, sendo essa compreendida como a "*prerrogativa de ter reconhecida e conhecida por todos a sua qualidade de autor. Nesse sentido, o seu titular pode, a qualquer momento e em qualquer lugar, anunciar-se como autor, reivindicando a paternidade sobre sua criação. Não obstante, pode ainda exigir que seu nome seja indicado e expressamente mencionado na obra*" [MENEZES, Elisângela Dias. Curso de Direito Autoral. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 69 (E-book)].

Na hipótese em comento, verifica-se que o projeto arquitetônico que é objeto da controvérsia reconhecidamente é fruto do trabalho intelectual das autoras e, em 14/05/2019, foi devidamente registrado junto ao Conselho de Arquitetura e Urbanismo (fls. 121/129). Ainda, as narrativas das partes são convergentes no sentido de que todas as lojas futuras utilizaram as referências contidas na "loja modelo" e no "manual de padronização".

Cumpre ressaltar que as complementações e os aprimoramentos dos documentos pela arquiteta corré, conforme indicado na contestação (fls. 722/741), não são capazes de, por si só, afastar a origem da concepção artística e, por conseguinte, a paternidade da obra.

Dessa forma e, ainda, considerando que em diversas oportunidades os projetos das novas lojas da Sucos/SA foram divulgados sem a oportuna menção às autoras ou ao seu escritório de arquitetura (vide fl. 224), é manifesto o dever solidário de indenizar, nos termos previstos no art. 108 da Lei n. 9.610/98 e art. 30 da Resolução nº 67/2013 do Conselho de Arquitetura e Urbanismo. Confira-se:

> Lei n. 9.610/98, "Art. 108. Quem, na utilização, por qualquer modalidade, de obra intelectual, **deixar de indicar ou de anunciar, como tal, o nome, pseudônimo ou sinal convencional do autor e do intérprete, além de responder por danos morais**, está obrigado a divulgar-lhes a identidade da seguinte forma: (...)"
>
> Resolução nº 67/2013 do CAU, "Art. 30. **A omissão do nome, pseudônimo ou sinal convencional na utilização de obra ou em anúncios publicitários constitui violação de direito autoral moral**, conforme estabelecido no inciso II do art. 24 da Lei 9.610, de 1998, e deverá causar, ao responsável pelo ilícito, a condenação ao pagamento, em favor do autor da obra intelectual, de indenização de no mínimo 20% (vinte por cento) do valor dos honorários profissionais referentes à elaboração da obra intelectual. Parágrafo único. O infrator deverá, ainda, ser obrigado a divulgar a identidade do autor nas formas determinadas pelo art. 108 da Lei 9.610, de 1998, conforme o caso." (disponível em: https://transparencia.caubr.gov.br/wp- content/uploads/resolucao67-1.pdf)

Acesso ao Sumário

No que diz respeito ao valor da indenização, este deve ser arbitrado considerando-se a congruência entre a função ressarcitória e punitiva da indenização. Assim, o caráter compensatório não pode abrir margem ao enriquecimento sem causa da parte autora, ao mesmo tempo em que o caráter sancionatório não pode estimular a reincidência da parte ré.

Nesse cenário, revela-se razoável a fixação da indenização no patamar de **R$ 10.000,00 (dez mil reais)**, com correção monetária pelo índice da Tabela Prática do TJ/SP, a partir da decisão condenatória, e com juros moratórios de 1% ao mês, desde a citação (CC, art. 405).

Em sentido semelhante, confira-se o entendimento adotado por este **Tribunal de Justiça:**

> "APELAÇÃO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. DIREITOS AUTORAIS. Improcedência, em primeiro grau. Insurgência do autor. RELAÇÃO JURÍDICA. Proposta técnica apresentada pelo autor à ré, que previa a elaboração de estudo preliminar, projeto arquitetônico do empreendimento e aprovação junto à Prefeitura Municipal de Ubatuba. Prazo para a execução dos serviços estipulado em 15 dias. Atraso significativo do autor, e não justificado, no acompanhamento da aprovação do projeto junto à municipalidade. Serviço prestado não atendeu às urgentes necessidades da ré, que só conseguiria comercializar o empreendimento após a obtenção do layout do projeto e a aprovação junto aos órgãos competentes. Substituição da responsabilidade técnica por outro profissional. Inadimplemento contratual configurado. Descabida a complementação dos honorários porque os serviços não foram realizados integralmente pelo autor. UTILIZAÇÃO DO PROJETO. O fato de a ré ter contratado a elaboração do projeto arquitetônico é relevante para fins de autorizar a respectiva utilização para fins comerciais. **DIREITOS AUTORAIS EXTRAPATRIMONIAIS. Ausência de indicação de autoria no projeto arquitetônico, amplamente divulgado. Omissão que não se justifica. Dano moral configurado. Caráter inalienável e irrenunciável. Inteligência do art. 24, inciso II, bem como em seu art. 27, da Lei nº 9.610/98. Dano moral in re ipsa. Precedentes. Adequada fixação da indenização em R$ 10.000,00, considerando a magnitude da expressão econômica das partes envolvidas, os valores envolvidos na prestação de serviços e a dimensão da obra.** SENTENÇA REFORMADA, EM PARTE. SUCUMBÊNCIA. Reciprocidade. Divisão das despesas processuais e pagamento de honorários ao patrono do ex adverso, segundo sucumbência experimentada. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO." (TJSP; Apelação Cível 1003926-54.2021.8.26.0642; Relator (a): **ROSANGELA TELLES**; Órgão Julgador: 31ª Câmara de Direito Privado; Foro de Ubatuba - 3ª Vara; Data do Julgamento: 14/11/2023; Data de Registro: 14/11/2023)

Como consectário lógico, acolhe-se também o pedido exordial de "*menção dos nomes das AUTORAS na identificação da Autoria do Projeto Arquitetô-*

Acesso ao Sumário

nico e respectivo "Manual de Padronização" por elas criado e de sua Autoria" (fl. 78). Para tanto, deve constar a paternidade da obra em favor das autoras nos materiais relacionados ao projeto arquitetônico. A título exemplificativo: manual de padronização encaminhado aos franqueados; referência expressa ao redesenho/re-layout como fator de sucesso da marca Sucos S/A; e eventuais divulgações nas redes sociais de projeto, esboços, obras e inauguração de novas lojas da franquia.

3. Conclusão e sucumbência

Em conclusão, a r. sentença é parcialmente reformada para o fim de fixar indenização por violação ao direito autoral moral e determinar a indicação dos créditos, nos termos da fundamentação.

Diante do provimento parcial do recurso, os pedidos iniciais são julgados parcialmente procedentes. Mantém-se, no mais, a improcedência do pedido reconvencional, que não foi objeto do apelo.

Houve sucumbência recíproca, com a divisão das custas e despesas processuais.

As autoras arcarão com honorários advocatícios fixados em 15% do valor dos pedidos que decaíram.

Os réus arcarão com os honorários advocatícios fixados em 15% do valor da condenação supracitada e da reconvenção.

Ante o exposto, **DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1003791-14.2023.8.26.0564, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que são apelantes LUIZ ALBERTO ANGELO GABRILLI FILHO (ESPÓLIO) e CLAUDIA MYRNA MATURANO GABRILLI (INVENTARIANTE), é apelado DUILIO PISANESCHI.

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. Sustentou oralmente Dr. Aharon Cuba Ribeiro Soares", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 72124)**

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

São Paulo, 29 de abril de 2024.

CARLOS ABRÃO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO - EMBARGOS À EXECUÇÃO - SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA - RECURSO - EMBARGANTE RÉU EM AÇÃO MONITÓRIA PROPOSTA PELO BNDES BASEADO EM CONTRATOS EM QUE O EMBARGADO FIGUROU COMO ANUENTE DE HIPOTECA DE BENS DE SUA COPROPRIEDADE - QUITAÇÃO DE PARTE DA DÍVIDA PELO ORA APELADO, COM REMIÇÃO DAS GARANTIAS - PRETENSÃO DO EXEQUENTE EM REAVER O VALOR PAGO - PROPOSITURA DE EXECUÇÃO - CABIMENTO - SUB-ROGAÇÃO DO RECORRIDO NOS DIREITOS DO BNDES, ATÉ O LIMITE PAGO - ARTIGOS 346, III, DO CC E 778, § 1º, IV, DO CPC - DISCUSSÃO ACERCA DA TRANSAÇÃO QUE É DESCABIDA NESTA SEDE, NOTADAMENTE PORQUE HOMOLOGADA JUDICIALMENTE NAQUELA AÇÃO MONITÓRIA, APÓS INTIMAÇÃO DO EXECUTADO PARA MANIFESTAÇÃO - EXCESSO DE EXECUÇÃO - CARACTERIZAÇÃO - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRATUAIS - COBRANÇA DESCABIDA, PRINCIPALMENTE EM SEDE EXECUTÓRIA, AUSENTE TÍTULO OU SUB-ROGAÇÃO - EMBARGOS ACOLHIDOS EM PARTE - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

VOTO

Cuida-se de apelo tirado contra a r. sentença prolatada de fls. 2.157/2.159, integrada pelos aclaratórios rejeitados de fls. 2.177/2.179, julgando improcedentes os embargos à execução, condenando o executado ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios de 10% sobre o valor da execução atualizado, de relatório adotado.

Nas razões recursais, o embargante afirma nulidade da r. sentença por ser contraditória e obscura e cerceamento de defesa pelo indeferimento da prova pericial, no mérito, alega inocorrência de sub-rogação, uma vez que o valor pago pelo exequente ao BNDES serviu apenas para liberar a hipoteca sobre imóvel de sua copropriedade, e não para quitar a dívida dos devedores originais junto ao Banco, que o acordo entabulado entre o exequente e o BNDES implicou na liberação da garantia real por preço vil, destaca não ter participado de referida transação, diz inexistir título executivo a lastrear a demanda, descabimento de cobrança de honorários advocatícios contratuais e emolumentos de cartório,

Acesso ao Sumário

afirma nulidade daquele acordo, o qual, destaca ainda, acarretou o esvaziamento de vultosa garantia contratual, busca a anulação da sentença ou o acolhimento dos embargos, com a extinção da ação principal, aguarda provimento (fls. 2.184/.2.214).

Recurso tempestivo e preparado (fls. 2.215/2.216).

Regularmente processado.

Contrarrazões (fls. 2.220/2.250).

Houve remessa.

É O RELATÓRIO.

O recurso prospera em parte.

Consta dos autos que Expresso Guarará Ltda. Celebrou contratos bancários com o Banco Santos com recursos do BNDES, o qual passou a figurar como credor após a liquidação da casa bancária.

Eram avalistas Luiz Alberto Angelo Gabrilli e Sebastião Passarelli, tendo sido dada garantia hipotecária cujo objeto eram dois imóveis de propriedade do devedor Luiz Alberto e dos anuentes Duílio Pisaneschi e Aladino Pisaneschi Junior e suas respectivas esposas.

Ocorre que Guarará, Luiz Alberto e Sebastião restaram deixaram de cumprir suas obrigações negociais, tendo o BNDES, então, ajuizado contra eles ação monitória que foi julgada procedente, dando-se início, então, à fase de cumprimento de sentença.

Na etapa executória, vislumbrando risco de alienação forçada dos imóveis, Duílio celebrou acordo com o BNDES, realizando o pagamento parcial da dívida, R$ 10.407.000,00, valor este que representou "a remição da totalidade dos imóveis" de sua propriedade.

Tal acordo foi homologado judicialmente em setembro de 2022, após intimação dos ali executados para se manifestarem a seu respeito, os quais se mantiveram silentes.

Então, em novembro de 2022, Duílio ajuizou execução em face do espólio de Luiz Alberto para reaver o montante pago ao BNDES para quitar parcialmente a dívida, tendo o requerido oposto os presentes embargos à execução.

Pois bem. Feito esse breve resumo, é evidente que a hipótese se enquadra no artigo 346, III, do CC, na medida em que o exequente, ainda que intentando principalmente remir as garantias, quitou parte da dívida diante da iminência de se ver obrigado por ela.

Havendo, assim, sub-rogação, Duílio possui legitimidade para "*promover a execução forçada*", conforme previsto no artigo 778, § 1º, IV, do CPC.

Nessa linha:

DESPESAS CONDOMINIAIS - EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL - EXTINÇÃO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO - ILEGITIMIDADE PASSIVA - APELO DA EXEQUENTE - Empresa exequente que celebrou ajuste com o condomínio, sub-rogando-se contratualmente no direito à

Acesso ao Sumário

cobrança de débitos condominiais por ela adiantados - Existência de acordo entre as partes no qual o condomínio reconhece expressamente que a exequente cumpriu a avença no período de abril de 2020 a maio de 2021 - Aplicação dos artigos 347 e 349 do Código Civil, bem como do artigo 778, § 1º, do Código de Processo Civil - Decreto de ilegitimidade afastado, ressalvando-se o período de sub-rogação para prosseguimento da execução - Recurso provido, com observação.
(TJSP; Apelação Cível 1008045-75.2021.8.26.0604; Relator (a): José Augusto Genofre Martins; Órgão Julgador: 29ª Câmara de Direito Privado; Foro de Sumaré - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 15/02/2024; Data de Registro: 15/02/2024)
APELAÇÃO. Despesas condominiais. Ação de execução de título extrajudicial. Sentença de extinção, que reconheceu a ilegitimidade ativa da exequente. Apelação da exequente. Legitimidade que se verifica. Exequente que se sub-rogou nos direitos executados. Prova nos autos que aponta para o adiantamento pela exequente dos valores dos condomínios inadimplidos. Contrato que prevê expressamente a sub-rogação em caso de rescisão. Aplicação dos artigos 347 e 349 do CC, bem como 778, §1°, do CPC. Sentença reformada. Recurso provido
(TJSP; Apelação Cível 1008031-91.2021.8.26.0604; Relator (a): Lidia Conceição; Órgão Julgador: 36ª Câmara de Direito Privado; Foro de Sumaré - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 31/01/2024; Data de Registro: 31/01/2024)

Dito tudo isso, não há qualquer espaço, nesta sede, para discussão acerca das circunstâncias, motivos ou consequências do acordo celebrado entre o embargado e o BNDES, **notadamente quando foi homologado judicialmente após oportunização aos executados para se manifestarem.**

Daí porque não haveria se falar em realização de perícia para avaliação dos imóveis.

E o comportamento do apelante é reprovável, na medida em que Duílio não figurou como devedor, de modo que não se poderia exigir dele uma conduta passível de, mesmo diante da inadimplência dos contratantes, aguardar até que os bens hipotecados fossem levados à hasta pública, onde muito provavelmente seriam arrematados por valor inferior ao de mercado, amargando prejuízo.

Caberá ao interessado, assim o querendo, discutir o tema em ação própria.

Assiste razão ao embargante, porém, no que diz respeito ao excesso, na medida em que o valor pago por Duílio naquela ação monitória foi de R$ 10.407.000,00, aos quais se podem acrescer apenas os emolumentos cartorários, gasto necessário para o cancelamento da hipoteca, devendo, porém, ser afastados os honorários advocatícios contratuais.

Veja-se que Duílio se sub-rogou nos direitos do BNDES até os limites do crédito satisfeito, de modo que, tratando-se de ação de execução, não há nenhum título que obrigue o requerido a lhe pagar aquela verba remuneratória.

Acesso ao Sumário

Logo, entendendo fazer jus ao ressarcimento, também caberá ao embargado buscá-lo em demanda própria.

Dessarte, dá-se parcial provimento ao recurso apenas para reconhecer o excesso de execução, afastando os honorários advocatícios contratuais cobrados por Duílio.

Arcará o apelante com a totalidade das custas, despesas processuais e honorários advocatícios de 10% sobre o valor aqui reconhecido como devido, e o apelado, com verba honorária de 10% sobre o excesso, tudo devidamente corrigido.

Anote-se não caber ao julgador rebater todos os argumentos e raciocínios expendidos pela parte, bastando a fundamentação de sua decisão, em atenção ao princípio do devido processo legal.

Nessa linha, 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.

Isto posto, pelo meu voto, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso, acolho em parte os embargos à execução para reconhecer o excesso de execução, afastando o valor relativo aos honorários advocatícios contratuais.

Arcará o executado com a totalidade das custas, despesas processuais e honorários advocatícios de 10% sobre o valor aqui reconhecido como devido, e o exequente, com verba honorária de 10% sobre o excesso, tudo devidamente

Acesso ao Sumário

corrigido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1027851-56.2021.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante SKY SERVIÇOS DE BANDA LARGA LTDA., é apelado ETRONSAT EQUIPAMENTOS PARABÓLICAS LTDA. (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em 18ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U. Sustentou oralmente a advogada Jaqueline Cherubin de Almeida.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 47343)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ISRAEL GÓES DOS ANJOS (Presidente sem voto), ERNANI DESCO FILHO e SERGIO GOMES.

São Paulo, 6 de maio de 2024.

HENRIQUE RODRIGUERO CLAVISIO, Relator

Ementa: Prestação de serviço - Credenciamento/Representação Comercial - AJG - Revogação - Impossibilidade - Ausência de fundamentos a autorizar a reversão da medida - Questão já apreciada e decidida em 1º Grau - Prescrição da pretensão - Não reconhecimento - Possível a exigência dos valores não recebidos durante a vigência da relação jurídica - Limitação da pretensão ao quinquênio anterior à rescisão contratual - Impossibilidade - Demanda proposta dentro do lapso temporal apto de se exigir o reclamo - STJ (REsp 1.469.119/MG) e Lei 4.886/65 - Remuneração - Prova do vínculo e limites de obrigação - Regra de preponderância da atividade - Presença no vínculo de elementos típicos de representação comercial - Irrelevância de registro no respectivo órgão profissional por limitados os efeitos daí decorrentes - Incidência do regramento civil (artigo 721) e também da lei 4.886/65 (coibir a transferência do risco do negócio ao agente ou representante - artigo 43) - Ilegalidade de se impor condição ao recebimento de qualquer valor a título de remuneração - Liberdade contratual que

Acesso ao Sumário

deve se sujeitar à função social do contrato - Código Civil, artigos 421 e 421-A - Estorno de valores de remuneração (vendas e prestação de assistência técnica) - Impossibilidade - Limite de responsabilidade inerente ao risco próprio da atividade - Artigo 927 do Código Civil - Vício ou defeito na prestação do serviço que impõe se observar procedimento próprio e limite da prova dos autos - Ônus cabente a ambas as partes (CPC artigo 373, I e II) - Artigo 43 da Lei nº 4.886/65 e artigos 423 e 424 do Código Civil - Devolução integral dos valores durante toda a contratação - Reconhecimento - Multa - art. 27, alínea "j" da Lei nº 4.886/65 - Autora que não é empresa registrada no respectivo Conselho Regional - Ausência inscrição no órgão da categoria - Verba indevida - Regramento que prevê a remuneração pelos serviços prestados, mas não contempla a indenização - STJ, REsp 1.678.551/DF - Pressuposto de incidência previsto no regime jurídico da Lei 4.886/65 não atendido - Reconvenção - Indenização - Devolução de valores e reembolso justificados - Obrigação reconhecida - Artigos 186 a 188 do Código Civil - Danos à imagem Artigos 186 a 188 do Código Civil - Impossibilidade - Prova de ofensa à honra subjetiva - Ausência de prova de dano efetivo - Regra de limitação da extensão dos direitos da personalidade - Artigo 52 do Código Civil e Súmula 227 do STJ - Risco potencial que não autoriza o reclamo - STJ, REsp nº 1637629/PE - Ônus de sucumbência - Ajustamento - Regra de adequação - Ação e Reconvenção procedentes em parte - Responsabilidade da ré pelas custas e despesas referente a ação e honorários de advogado fixados em 10% sobre o valor atualizado de sua condenação na ação - Responsabilidade da autora pelas custas e despesas da reconvenção e honorários de advogado fixados em 10% sobre o valor atualizado de sua condenação na reconvenção. Recurso provido em parte.

VOTO

Vistos,

A r. sentença de fls. 5515/9, julgou procedente a ação e improcedente a

Acesso ao Sumário

reconvenção e condenou a ré a pagar a autora R$ 468.508,53 a título de ressarcimento a parte autora e R$ 152.115,43 a título indenização por rescisão unilateral imotivada do contrato entabulado entre as partes, mais acréscimos, além de, pela sucumbência, também o valor das custas e despesas processuais além de honorários de advogado arbitrados em 20% do valor atualizado da causa, nos termos do art. 523, caput, do CPC.

Apela a ré e reconvinte buscando ver revertida a r. sentença para o fim de, '*(1) afastando-se a aplicação da lei de representação comercial ao caso, em razão da atipicidade do Contrato de Credenciamento (fls. 4526/4543), avocando-se, assim, as normas gerais do Código Civil para dirimir a controvérsia travada nestes autos; (2) igualmente afastando-se a condenação na devolução de comissão estornada pela SKY; (3) por esta razão, afastando a condenação da SKY na indenização prevista no art. 27, alínea "j" da LRC'*; e isso se superadas as preliminares recursais suscitadas; ou, subsidiariamente, caso mantida a condenação, sejam corrigidos os erros materiais contidas na r. sentença, possibilitando, assim a correta atualização dos valores fixados, eis que: *'a. necessária redução da porcentagem da verba honorária sucumbencial fixada em r. sentença; b. necessária a redistribuição da verba honorária sucumbencial, em razão da perda parcial dos pedidos da ação principal por parte da Apelada ETRONSAT, e c. necessária a correção da forma de atualização consignada em r. sentença, para viabilizar o cálculo, não sendo dado retroagir a correção monetária'*, bem assim revogada a AJG, vez que a Apelada não teria comprovado a efetiva prestação dos serviços os quais pleiteia o pagamento, senão prescrita a pretensão observada a natureza 'atípica' da contratação, e sem exclusividade e captação de cliente, além de ausência de autonomia típica, por vinculadas as partes à pacto de credenciamento (Código Civil artigo 425), especificamente de parceria para vendas de pacotes de televisão por assinatura, prestação de serviços de instalações, habilitações, retiradas de equipamentos, além de assistência técnica e por prazo indeterminado (cláusula 1ª), sem exclusividade, mas com limitação de atividade por razões de concorrência predatória (a contratada não poderia atender a outras empresas de televisão por assinatura e/ou internet por banda larga, estando livre para desenvolver quaisquer outras atividades - clausula 1.6) e sem transferência dos risco do negócio relacionado à adoção de condutas imprudentes, bem como porque ausente registro da apelada no órgão de classe, fato que também constitui óbice para o reconhecimento da representação comercial, acrescido a isso o fato de que legal e regular os estornos realizados, diante da inexistência de transferência de risco do negócio, bem como derivada a rescisão motivada em razão do cometimento de ilícito contratual, sem ônus ou indenizações, a impor a procedência dos pedidos reconvencionais, já que devidos os valores pela apelada sequer por ela impugnados, acrescido a isso o dever da apelada de compor os danos à imagem da apelante (fls. 5528/93).

Acesso ao Sumário

Processado e não respondido o recurso, vieram os autos a esta Instância e, após, a esta Câmara; anotada a manifestação de oposição ao julgamento virtual (fls. 5.612).

É o relatório.

De rigor se acolher em parte o apelo.

Quanto à pretensão de revogação da AJG, se entende por ausentes fundamentos a autorizar a reversão da medida, já apreciados pelo r. Juízo de Primeiro Grau os argumentos referidos pela Apelante, bem como os documentos por ela referidos. Confira-se, *'Outrossim, é de ser mantida a gratuidade de justiça concedida, pois não apresentou a requerida/reconvinte fato impeditivo algum que infirmasse a alegação de hipossuficiência, sendo, certo, ademais, que os autores tinham contrato de exclusividade com a requerida, de modo que a cessação da relação comercial trouxe inegável dificuldade para a empresa arcar com as custas do processo'*.

Também de rigor se observar por superadas as questões que determinaram a anulação das r. sentenças de fls. 4978/81 e 5163/71, nos termos dos v. acórdãos de fls. 5102/8 e 5284/90, bem assim a r. decisão de Primeiro Grau de fls. 5121, em face do decidido nos v. acórdãos de fls. 5296/5309, bem assim a questão relativa à prescrição, até porque, quanto a isso e como consta da r. sentença, *'De igual modo não deve prosperar a alegação de prescrição, pois não se trata aqui de pretensão de enriquecimento sem causa, como alega a requerida/reconvinte, mas, sim, de pretensão relativa a contrato de representação comercial, cujo prazo prescricional é quinquenal'*.

Aliás, quanto a isso, na hipótese, entende o STJ (REsp 1.469.119/MG) ser possível a exigência dos valores não recebidos durante a vigência da relação jurídica, não devendo ser limitada a pretensão ao quinquênio anterior à rescisão contratual, exceção apenas à hipótese de que se deixasse transcorrer mais de cinco anos para se exigir referido reclamo, de modo que não sedo essa a hipótese dos autos, não incidente a regra do artigo 44 da Lei 4.886/65.

Quanto à questão de fundo, instruído o feito, a prova dos autos e laudo pericial de fls. 5357/5434, impõe se manter a r. sentença de Primeiro Grau quanto ao direito da apelada a percepção dos valores devidos por serviços prestados, até porque, no caso, o registro ao Conselho Regional de Representantes Comerciais não se entende por critério compulsório vinculativo ao exercício da atividade a que se presta o representante, bem como por ser inconstitucional se impor condição ao recebimento de qualquer valor pela prestação de serviço, observado que independente da natureza jurídica do vínculo ajustado entre as partes, é fato que nos termos do disposto no artigo 421 do Código Civil, a liberdade contratual deve se sujeitar à função social do contrato, sendo que, conforme o artigo 421-A do Código Civil, *'os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento*

Acesso ao Sumário

dessa presunção'. Ou seja, observada a regra de preponderância da atividade de prestação de serviço, como consta da r. sentença, presente no vínculo elementos típicos de representação comercial e mesmo que ausente registro no respectivo órgão profissional, até por limitados os efeitos daí decorrentes, especificamente o afastamento da indenização prevista no artigo 27 da Lei 4.886/65, legal e possível a incidência também da Lei 4.886/65, para o fim de coibir a completa transferência do risco do negócio ao agente ou representante (artigo 43) como também o regramento civil, observado o disposto no artigo 721, do Código Civil, pela regra do diálogo de fontes.

Nesse sentido, como consta da r. sentença, *'Sob malhete do juízo, observa-se o contrato firmado entre as partes que embora nominado 'credenciamento', prevê a habilitação da parte autora para promover e intermediar a venda de assinaturas da requerida, realizar instalações, habilitar equipamentos, reciclar antenas e prestar assistência técnica a assinantes (perícia fls. 5363). Nessa toada se extrai do constante na cláusula 1.6 do instrumento regente da relação jurídica, a previsão de exclusividade de venda dos produtos da recorrida dentre outras empresas de televisão por assinatura (fls. 48) bem como a padronização compulsória dos uniformes utilizados por suas equipes de vendas e serviços, ressaltando-se que tal fardamento dever-se-ia ser solicitados à requerida conforme a cláusula 7.1 do contrato entabulado (fls. 51). Destarte, vale-se do entendimento já consolidado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, que o registro ao Conselho Regional de Representantes Comerciais não é critério compulsório vinculativo ao exercício da atividade a que se presta o representante, assim não constitui óbice ao reconhecimento da representação comercial e nem ao recebimento de indenizações. Dessa forma, patente está, que a parte autora captava clientes e mediava a realização de negócios entre assinantes e a ré, adequando sua conduta à regulada pela Lei 4886/65. Conclui-se, assim, que a parte autora era, de fato, representante comercial da apelada desde 20 de agosto de 2010, data constante da celebração do instrumento entabulado entre as partes (fls. 55), sendo, portanto, procedente o pedido de reconhecimento de que a relação entre as partes, a despeito da denominação adotada no termo contratual, era a de representação comercial'*.

Acesso ao Sumário

Então, mesmo considerado o vínculo entre as partes referido a fls. 4527/4543, no período referido e remuneração convencionada, como decidido pelo r. Juízo e informa o expert, *'Analisando os demais documentos acostados aos autos, verificou-se que às fls. 181/4525 a Requerida juntou os extratos de intermediação de negócios realizados pela Requerente ao longo do período de Jan/2013 a Dez/2020, através do quais foi possível verificar que neste período a remuneração dos negócios havidos entre as partes foi a seguinte, a qual foi dividida em "Prestação de Serviços de AT", "Prestação de Serviços de Instalação", "Prestação de Serviços de Intermediação de Negócios" e "Prestação de*

Serviços de Retiradas"...', de rigor se reconhecer o direito ao recebimento do valor correspondente aos serviços prestados que, como decidido em Primeiro Grau, implica no caso na devolução pelo apelante à apelada, dos valores reconhecidos e explicitado pela prova pericial, seja interpretado o negócio pela regra da Representação Comercial ou pelo Código Civil, vez que de se impor ao vinculo a observância e sujeição do disposto no artigo 421 e 421-A do Código Civil.

E isso até porque, como consta da r. sentença, *'Doutra sorte, o contrato assinado entre as partes não tem "prima facie" previsão para os descontos suportados pela parte autora. Mesmo que assim entabulasse, é defesa a transmissão do ônus da manutenção do cliente, tratando-se de parte integrante ao risco do negócio. Na ocorrência de tal cláusula, dever-se-ia declarar a nulidade da cláusula, já que seria essa leonina e o ordenamento pátrio considera assim nulidade de cláusulas "del credere". Debruçando-nos ao cerne do mérito vislumbra-se incontroversa a relação jurídica firmada entre as partes e o pagamento dos serviços prestados pela parte autora constaram de extratos descritivos emitidos pela requerida com supedâneo nas ordens de serviços emitidas. Dessa forma, já com o extrato descritivo, a parte autora emitia nota fiscal de prestação de serviços, com o devido destaque dos tributos aplicáveis, bem como toda a documentação solicitada para a comprovação da realização dos serviços realizando a requerida conferência dos documentos recebidos, pagando assim os valores devidos, cabendo a requerida informar eventuais discrepâncias. Cuida-se então, que cabia à requerida esclarecer eventuais divergências quanto ao indicado pelo credenciado/autor, como serviço prestado e oportunizar a comprovação da efetiva prestação do serviço, nos termos da cláusula retro colacionada. Nada, porém, foi comprovado pela requerida nesse sentido. Ante a constatação resta comprovado que o contrato foi elaborado pela requerida e por si não foi cumprido, indicando a inobservância ao princípio da "bona fides in pacta sunt servanda" trazido pelo artigo 422 do Código Civil Brasileiro, pautando este as relações obrigacionais. Contudo, do que dispõe a cláusula contratual, de fato, não há qualquer permissivo na relação obrigacional travada para a realização dos estornos impugnados pela parte autora na exordial, tampouco existem fundamentos nos autos que autorizassem a requerida desse modo proceder. Prosseguindo, os estornos realizados são irregulares e devem ser devolvidos, visto que neste aspecto a parte autora logrou êxito em comprovando efetiva ocorrência dos débitos nas relações de serviços prestados conforme vasta documentação acostada pela própria requerida (fls. 181/4852). Assim, a soma de todos os lançamentos indica a existência de valor robusto a ser pago pela requerida, sendo o bojo probatório contundente, já que os descontos constam de documentos emitidos pela própria requerida ora acostado por si, ora apresentado pela parte autora, quando instada à esclarecer o seu fundamento*

Acesso ao Sumário

para os referidos estornos sequer negou os ter realizado... Extrai-se de o dispositivo aplicado ao caso em tela não poder a parte autora/representante ser punido por fato independente e alheio à sua vontade. Portanto, de rigor a devolução dos valores estornados indevidamente durante o tempo de contratação ao autor, quais seja, os valores descontados. Resta assim, comprovado o fato constitutivo do direito da parte autora em relação ao período depurador trazido aos autos pela perícia contábil judicial iniciando-se em 20 de agosto de 2010, merecendo assim prosperar o pedido de restituição da quantia estornada na qual o "quantum" foi trazido a termo perfazendo o montante de R$ 468.508,53 com correção monetária da data em que o pagamento deveria ter sido realizado e juros legais do ajuizamento do feito'.

Ou seja, sendo fato, no caso, derivar a remuneração da autora de comissões pela atividade desenvolvida, que como acima referido não se limitada a vendas, mas também a prestação de assistência técnica (instalações, manutenções e retiradas), pois conforme laudo pericial (fls. 5368), a remuneração dos negócios havidos entre as partes foi a seguinte, a qual foi dividida em, *"Prestação de Serviços de AT, Prestação de Serviços de Instalação, Prestação de Serviços de Intermediação de Negócios e Prestação de Serviços de Retiradas",* ínsito e ela o risco da atividade (vide artigo 927 do Código Civil), descabido dever suportar a autora o ônus do resultado, que no caso importa nos referidos estornos/descontos por qualquer natureza - *'Downgrade, Bônus Meta, Upgrade, Valor Base e Outros'* (laudo pericial - fls. 5370), se determinar a devolução de valores estornados/descontados, vez que não se pode impor a autora o também risco pelo resultado, pelo que indevido o compartilhamento de parte do risco do negócio da ré.

Ademais, os efeitos do vínculo celebrado entre a ré e seus clientes não pode alcançar o negócio celebrado entre a autora e a ré, de modo que, além dos estornos/descontos, acima referidos, o cancelamento (por vínculo licito/ilícito) após a contratação não justifica o estorno de remuneração da autora, lembrado quanto a isso que não pode e não poderia o vínculo contratual celebrado pelas partes, impor a autora a condição de corresponsável ou devedor solidário do cliente da ré, assumindo ou partilhando do risco da atividade da ré, até porque a autora não participa da celebração desse negócio e que independe da autora.

E, observado o argumentado pela ré quanto à eventual ocorrência de fraude na formalização do contrato entre a ré e clientes (ou não) dela, a partir de conduta da autora, a imputação de responsabilidade da autora deve observar procedimento próprio, até pela natureza indenizatória que daí advém, que não se confunde com estorno de remuneração, ainda mais, no caso, se considerado que quanto a isso a prova dos autos ônus cabente a ambas as partes (CPC artigo 373, I e II) - não comprova e demonstra - como consta do laudo pericial - a referida violação pela autora do dever legal a partir da atividade de prestador

Acesso ao Sumário

de serviço, tanto assim que como consta da r. sentença, *'Cuida-se então, que cabia à requerida esclarecer eventuais divergências quanto ao indicado pelo credenciado/autor, como serviço prestado e oportunizar a comprovação da efetiva prestação do serviço, nos termos da cláusula retro colacionada. Nada, porém, foi comprovado pela requerida nesse sentido...'*, pelo que, repita-se, os estornos de valores de remuneração, em especial pelo fundamento de cancelamento, fraude etc, por ter natureza de indenização (condutas imprudentes, imperitas e desidiosas - como refere a ré) que explicitam vicio ou defeito no serviço prestado, viola direito da autora, inobservado o regramento legal acima referido e pertinente à hipótese (artigo 43 da Lei nº 4.886/65 e artigos 423 e 424 do Código Civil), sendo irrelevante, por conta disso, a forma de remuneração (antecipada ou não) até por se dar a partir de exclusivo critério da ré, tanto que, também como consta da r. sentença, *'os estornos realizados são irregulares e devem ser devolvidos, visto que neste aspecto a parte autora logrou êxito em comprovando efetiva ocorrência dos débitos nas relações de serviços prestados conforme vasta documentação acostada pela própria requerida (fls. 181/4852). Assim, a soma de todos os lançamentos indica a existência de valor robusto a ser pago pela requerida, sendo o bojo probatório contundente, já que os descontos constam de documentos emitidos pela própria requerida ora acostado por si, ora apresentado pela parte autora, quando instada à esclarecer o seu fundamento para os referidos estornos sequer negou os ter realizado...comprovado o fato constitutivo do direito da parte autora em relação ao período depurador trazido aos autos pela perícia contábil judicial iniciando-se em 20 de agosto de 2010, merecendo assim prosperar o pedido de restituição da quantia estornada na qual o "quantum" foi trazido a termo perfazendo o montante de R$ 468.508,53'* (vide fls. 5371).

Quanto à pretensão à indenização pela rescisão sem justa causa (1/12) do total da retribuição auferida durante o tempo em que exerceu a representação, nos termos do artigo 27, alínea "j", da Lei 4.886/1965', como reclamado pelo réu, deve ser acolhido nessa parte o apelo, afastado esse reclamo vez que nos termos do julgado pelo STJ (AgInt no Recurso Especial Nº 1874728 - MG (2020/0114747-2), ainda que aplicada aos prestadores de serviços de representação, não registrados no respectivo Conselho Regional, das disposições do Código Civil, é fato que esse regramento, apesar de prever a remuneração pelos serviços prestados, não contempla a indenização prevista no artigo 27 da Lei 4.886/65" (vide REsp 1.678.551/DF), vez que o regime jurídico previsto na Lei 4.886/65, para tanto traz como pressuposto de incidência referido registro no respectivo conselho regional, de modo que se afasta o pagamento da indenização prevista na Lei n. 4.886/1965.

No caso, é fato que a autora não é empresa registrada no respectivo Conselho Regional, conforme resposta do perito judicial (fls. 5405), pois como aí

Acesso ao Sumário

consta, *'Pela análise dos autos, não foi identificado documento comprovando que a empresa Requerente possuía, ou não, registro de representante comercial junto ao Conselho Regional dos Representantes Comerciais no Estado do Rio de Janeiro (CORE- RJ)'*, de modo que, ainda que atue ela como representante comercial e não lhe impeça de exigir a contraprestação pelo serviço prestado, o que lhe é resguardado pelo Código Civil como referido, no entanto, para os fins de multa, não faz jus ela a essa verba correspondente ao regime resguardado pela Lei Federal 4.886/65.

Confira-se, *"RECURSO ESPECIAL. DIREITO EMPRESARIAL. REPRESENTAÇÃO COMERCIAL. INAPLICABILIDADE DO REGIME JURÍDICO PREVISTO NA LEI 4.886/65 A NÃO INSCRITOS NO RESPECTIVO CONSELHO REGIONAL. ATIVIDADE QUE NÃO EXIGE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA ESPECÍFICA. A AUSÊNCIA DE REGISTRO NÃO AUTORIZA A RECUSA AO PAGAMENTO POR SERVIÇOS EFETIVAMENTE PRESTADOS. RELAÇÃO REGIDA PELO CÓDIGO CIVIL. 1. Controvérsia em torno da exigibilidade da indenização prevista no artigo 27 da Lei 4.886/65, destinada aos representantes comerciais, a quem não tenha registro no respectivo Conselho Regional de Representantes Comerciais. 2. Pacífico o entendimento do STJ de que o artigo 5º da Lei 4.886/65 não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, pois, por se tratar de profissão que não exige qualificação técnica específica, o condicionamento ao recebimento de qualquer valor por serviços efetivamente prestados violaria à garantia de "livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer". 3. Reconhecimento do direito ao recebimento do valor correspondente aos serviços efetivamente prestados. 4. Inaplicabilidade, porém, do regime jurídico previsto na Lei 4.886/65, cujo pressuposto de incidência é o registro no respectivo conselho regional, requisito estabelecido pelo microssistema normativo para que se possa atribuir a qualidade de representante comercial a determinada pessoa, passando a estar submetida a regime jurídico específico. 5. A exigência de registro destina-se a assegurar a boa prestação dos serviços, com o controle do Conselho Regional, de modo que a aceitação irrestrita da aplicação do regime jurídico previsto na Lei 4.886/65 estimularia a atuação sem registro. 6. Aplicação aos prestadores de serviços de representação, não registrados no respectivo Conselho Regional, das disposições do Código Civil, que, apesar de prever a remuneração pelos serviços prestados, não contempla a indenização prevista no artigo 27 da Lei 4.886/65. 7. Recurso especial provido'*. (REsp 1.678.551/DF, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/11/2018, DJe de 27/11/2018).

Por fim, também com razão em parte o réu e apelante quanto ao acolhimento de seus pleitos reconvencionais, de natureza indenizatória, a teor dos artigos 186 a 188 do Código Civil, devida a devolução pela autora e apelada,

Acesso ao Sumário

do valor que refere o *expert* (fls. 5374), vez que adequado o laudo e criterioso o montante alcançado, considerada a prova dos autos, a partir da documentação juntada pelas partes, como consta do r. laudo, *'Tendo em vista que a rescisão do contrato existente entre as partes ocorreu na data de 04/08/2020, tem-se que, pelas informações dos extratos juntados às fls. 184/4525, alguns dos contratos intermediados pela Requerente até a data da rescisão foram cancelados. Desta forma, pelas informações dos extratos, verificou-se que o valor de comissão a ser restituído pela Requerente à Requerida, seria de R$5.394,22'*, bem como em reembolso os valores dispendidos pela apelante (reconvinte) relativos a demandas judiciais conforme confirmado pela prova pericial (fls. 5374/5375) no valor de R$ 30.164,48, observado para tanto a planilha aí explicitada, não justificados, contudo, os danos à imagem, até porque, quanto a esses, sendo fato ser a ré e apelante, sociedade empresarial, a prova dos autos não convence quanto ter advindo a ré e apelante por conta dos fatos, negativa repercussão sobre sua imagem, sua reputação, seu bom nome, em síntese, sobre sua honra subjetiva, observada a limitação da extensão dos direitos da personalidade como refere o artigo 52 do Código Civil e Súmula 227 do STJ, não bastando o risco potencial a permitir referido reclamo, de modo que descabida essa indenização reclamada, ausente prova de dano efetivo causado pela autora e apelada, observado para tanto o conceito jurídico de dano por violação de direito ou excesso no seu exercício (artigos 186 a 188 do Código Civil) e a regra de que, *"no plano do dano moral não basta o fato em si do acontecimento, mas, sim, a prova de sua repercursão prejudicialmente moral"* (Yussef Said Cahali, Dano moral, Ed RT, 2ª ed., p. 703), e isso até porque é limitada a responsabilização das partes aos limites do ajuste, inclusive quando às perdas e danos igual ao efetivo prejuízo (artigo 402 do Código Civil), sendo nesse sentido o entendimento do STJ (vide: REsp nº 1637629/PE).

E não diverge este E. Tribunal: "*Apelação - Ação de Indenização - Dano moral - Pessoa jurídica - Quando a vítima do suposto dano moral é pessoa jurídica, a questão ganha contornos próprios, uma vez que, diferentemente da pessoa natural, não possui honra subjetiva, o que afasta a possibilidade de experimentar ofensa à dignidade relacionada a atributos da personalidade como autoestima, decoro, respeito próprio, dentre outros - A pessoa jurídica só pode ser vítima de dano moral se atingida em sua honra objetiva, o que exige a demonstração de abalo à sua credibilidade ou prejuízo às suas relações comerciais - Inexistência - Precedentes do E. STJ e deste Egrégio Tribunal de Justiça - Sentença de improcedência mantida - Recurso improvido.*" (TJSP; Ap. Cível 1000717-26.2019.8.26.0229).

"APELAÇÃO. DANOS MORAIS. PESSOA JURÍDICA. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE OFENSA À HONRA OBJETIVA. SENTENÇA MANTIDA. 1. Diferentemente do que ocorre com as pessoas físi-

Acesso ao Sumário

cas, as pessoas jurídicas não possuem honra subjetiva, apenas honra objetiva, que é o juízo de terceiros sobre os atributos de outrem. 2. Para a configuração de dano moral indenizável à pessoa jurídica é imprescindível que se verifique a ocorrência de fatos que maculem a sua imagem perante os consumidores ou mesmo fornecedores, o que não ocorreu no caso dos autos. 3. Recurso improvido." (TJSP; Ap. Cível 1001699-24.2020.8.26.0126).

Provido em parte o apelo, procedente em parte a ação e reconvenção, nos termos acima definidos, ajusta-se por decorrência a sucumbência, respondendo a ré pelas custas e despesas referente a ação e honorários de advogado fixados em 10% sobre o valor de sua condenação na ação e, bem como a autora, pelas custas e despesas da reconvenção e honorários de advogado fixados em 10% sobre o valor atualizado de sua condenação na reconvenção.

Recurso provido em parte.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1015081-94.2022.8.26.0003, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ITAÚ UNIBANCO S/A, é apelada MAIRA LOURDES DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em 21ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.611)**

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

São Paulo, 6 de maio de 2024.

DÉCIO RODRIGUES, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO. Ação declaratória de inexistência de débito cumulada com indenização por danos morais. Abertura de conta corrente e solicitação de cartão de crédito sem ciência da autora. Repactuação de dívida. Alegação de fraude. Ausência de prova da vontade da consumidora de realizar o contrato. Demandante que é curatelada, o que exige do fornecedor maior cautela na contratação. Declarada a inexigibilidade de débito. Responsabilidade objetiva. Dano moral "in re ipsa". Indenização cabível. Quantum fixado

dentro do princípio da razoabilidade (R$ 10.000,00). Honorários sucumbenciais fixados no limite máximo permitido. Inaplicável o § 11, do art. 85, do CPC. Sentença mantida. Recurso não provido.

VOTO

Cuida-se de apelação por meio da qual quer ver, o réu, reformada a r. sentença de fls. 147/149, que julgou procedente a ação, para declarar a inexistência da relação jurídica, e para condenar o réu ao pagamento à autora da quantia de R$ 2.473,76, bem como ao pagamento de R$ 10.000,00, a título de indenização por danos morais. Pela sucumbência, condenou o réu ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em 15% do valor atualizado da condenação.

Recorre o banco. Sustenta, em apertada síntese, que a autora é titular da conta corrente nº. 03086-7, da agência 8580, e que solicitou cartão de crédito em 31/03/2022, pelo Bankline, mediante utilização de senha. Aduz que o apontamento foi gerado pelo inadimplemento do referido cartão de crédito, após renegociação de dívida (renegociação nº. 42055 - 000000319346870), no valor de R$ 6.817,42, gerando 8 parcelas de R$ 1.183,16 cada uma. Alega que não houve dano material, sendo descabida a repetição em dobro. Nega a existência de dano moral. Subsidiariamente, pugna pela redução do montante indenizatório e pela redução dos honorários sucumbenciais.

Recurso respondido (fls. 177/187) e devidamente preparado (fls. 172/173).

Parecer ministerial às fls. 194/197 pelo improvimento do recurso.

O apelo foi admitido em seus regulares efeitos (fl. 199), e o apelante apresentou sua expressa oposição ao julgamento virtual (fl. 205).

É o relatório.

A autora ajuizou a presente demanda alegando, em síntese, que recebia seu benefício previdenciário em conta bancária na instituição ré. Contudo, sua irmã e curadora verificou haver desconto desconhecido, no valor de R$ 1.236,88, sob a rubrica "sob medida". Após checar junto ao banco, verificou que se referia a uma renegociação de empréstimo, mas como nem a autora, nem sua curadora e cotitular da referida conta não tinham feito nenhum empréstimo, pediu mais explicações.

Desta feita, soube que foi aberta uma conta pelo aplicativo do banco, que depois foi transferida para a agência física nº. 2921, no Shopping Market Place. Também foi requerido um cartão de crédito, em que foi feito gasto de R$ 189,23 e, posteriormente a renegociação.

Por desconhecer a mencionada conta, o cartão de crédito e a renegociação, a autora abriu reclamação perante o banco, mas não teve solução. Fez reclamação perante a inspetoria. Sem solução por parte do réu, transferiu o recebimento de seu benefício previdenciário para outro banco, lavrou boletim de

Acesso ao Sumário

ocorrência e propôs a presente demanda, visando à declaração de nulidade do referido contrato, à restituição, em dobro, do que foi descontado indevidamente, bem como à indenização por danos morais no valor de R$ 10.000,00.

O requerido ofertou defesa, sustentando a regularidade da contratação e da cobrança do débito. Contudo, não apresentou o instrumento contratual em questão para dar respaldo às suas alegações (fls. 31/76).

Neste contexto, a r. sentença julgou a ação procedente nos termos já relatados. Conforme bem decidido em r. sentença:

"*(...) No caso, o réu não instruiu a defesa com nenhum documento comprobatório da efetiva observância das regras ditadas pelo Bacen nas Resoluções 2025/93, 4480/16 e 4753/19 nem se interessou por atividade probatória (fl. 134).*

A abertura de contas falsas ou em nome de 'laranjas' é um óbvio instrumento para a consecução de vantagem ilícita, muita vez com a complacência ou displicência na aferição de documentos e identificação pessoal, mas a regularidade não foi minimamente demonstrada (fl. 91).

Nesses termos, evidenciado vício de segurança." (fl. 148)

E a acurada análise dos autos revela que, de fato, as provas trazidas pelo banco réu não possuem a assinatura ou qualquer elemento que possa revelar a efetiva vontade da autora na realização do contrato. E diante da impugnação da autora no sentido de que não solicitou os produtos em questão, correta a r. sentença que concluiu que seria necessária a apresentação de prova, pelo réu, que pudesse infirmar a alegação inicial.

Foi-se o tempo em que se podia acreditar apenas no cartão e na senha. Hoje há que se investigar o todo. E o todo não isenta o Banco de responsabilidade.

No caso em concreto, vale ainda observar que a autora é curatelada, razão pela qual a contratação deveria ter sido verificada com mais cuidado pelo fornecedor, exigindo-se a assistência da curadora para a contratação, tal qual consta dos artigos 1.747 c.c. 1.781, ambos do Código Civil.

Não tendo o banco se desonerado do ônus probatório, responde pela falha na prestação de serviços no que se refere aos fatos ensejadores de danos, seja de natureza moral, seja de natureza material.

Humberto Theodoro Júnior leciona que: "*No processo civil, onde quase sempre predomina o princípio dispositivo, que entrega a sorte da causa à diligência ou interesse da parte, assume especial relevância a questão pertinente ao ônus da prova. Esse ônus consiste na conduta processual exigida da parte para que a verdade dos fatos por ela arrolados seja admitida pelo juiz. Não há um dever de provar, nem à parte contrária assiste o direito de exigir a prova do adversário. Há um simples ônus, de modo que o litigante assume o risco de perder a causa se não provar os fatos alegados e do qual depende a existência*

Acesso ao Sumário

do direito subjetivo que pretende resguardar através da tutela jurisdicional. Isto porque, segundo a máxima antiga, fato alegado e não provado é o mesmo que fato inexistente". (Humberto Theodoro Júnior, Curso de Direito Processual Civil, p. 421, 18ª edição).

O Código de Processo Civil, atento ao princípio dispositivo, dividiu o ônus da prova entre os litigantes, estabelecendo que ao autor incumbe o ônus de provar o fato constitutivo do seu direito e, ao réu, o de provar o fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

O artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor dispõe expressamente que "*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*".

Mas há outra forma de ver as coisas. O art. 927, "*caput*", do CC dispõe: "*Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem fica obrigado a repará-lo*". O art. 186 do mesmo diploma, ao qual remete o dispositivo acima citado, diz: "*Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito*". Decorre daí que aquele que tinha obrigação de adotar as cautelas necessárias na celebração de contrato - e não o faz - é negligente e, assim, comete ato ilícito. Não se pode olvidar que o art. 186 referido não se refere apenas ao dano extracontratual, mas também ao contratual (cf. NESTOR DUARTE, *Código Civil Comentado*, Manole, 2007, coordenação de CEZAR PELUSO, pág. 123). Nestas circunstâncias, também se aplica ao caso presente as disposições dos artigos 927 e 186 do CC.

E não é só. Esta Corte vem reconhecendo, reiteradamente, haver defeito na prestação de serviços quando há abertura de conta corrente ou concessão de crédito sem a devida checagem dos documentos e dados pessoais do contratante. A hipótese é de fortuito interno, relacionada à própria atividade do banco, incidindo a **Súmula 479 do Superior Tribunal de Justiça**, *in verbis*:

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

Sobre o tema adota-se a orientação do julgado da Egrégia 2ª Seção do STJ, no julgamento do REsp 1.199.782 PR, relatado pelo Min. Luis Felipe Salomão, efetivado nos termos do art. 543-C, do CPC/1973, visando unificar o entendimento e orientar a solução de recursos repetitivos **(Tema 466)**, que se reproduz:

> "*RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. JULGAMENTO PELA SISTEMÁTICA DO ART. 543-C DO CPC. RESPONSABILIDADE CIVIL. INSTITUIÇÕES BANCÁRIAS. DANOS CAU-*

Acesso ao Sumário

SADOS 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. Recurso especial provido".

Caracterizada, pois, falha na prestação dos serviços, tem-se que o MM. Juiz "*a quo*" agiu acertadamente ao declarar inexistente o vínculo contratual entre as partes e inexigível o débito, bem como ao condenar o réu à restituição do que foi retido indevidamente e ao pagamento de indenização por danos morais, sem a necessidade de específica comprovação destes últimos, porquanto considerados *'in re ipsa'*.

Desse modo, a parte autora faz jus à indenização pelos danos morais suportados.

Como se sabe, cabe ao juiz o arbitramento do valor da indenização, e os parâmetros a serem observados, na lição de MARIA CELINA BODIN DE MORAES, são: o grau de culpa do ofensor; a extensão do prejuízo ou a intensidade do sofrimento da vítima; a situação econômico-financeira das partes ("Danos à Pessoa Humana", Ed. Renovar, 2003, pp. 275-310). Acrescente-se ainda, como balizamento geral, a observância dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

A propósito, ensina SERGIO CAVALIERI FILHO que "*após a Constituição de 1988 não há mais nenhum valor legal prefixado, nenhuma tabela ou tarifa a ser observada pelo juiz na tarefa de fixar o valor da indenização pelo dano moral, embora deva seguir, em face do caso concreto, a trilha do bom senso, da moderação e da prudência, tendo sempre em mente que se, por um lado, a indenização deve ser a mais completa possível, por outro, não pode tornar-se fonte de lucro indevido (...) o juiz não pode se afastar dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, hoje tidos como princípios constitucionais*" ("Programa de Responsabilidade Civil", Ed. Malheiros, 5ª ed., 2003, p. 109).

Porém, como bem observa ANTONIO JEOVÁ SANTOS, no arbitramento da indenização "*O limite a ser observado é que o montante jamais seja excessivo a tal ponto de parecer que houve indevido enriquecimento em detrimento do patrimônio do ofensor*" ("Dano Moral Indenizável", Ed. Forense, 4ª ed., 2003, pp. 161-162), lembrando MARIA CELINA BODIN DE MORAIS que "*a satisfação pecuniária não pode produzir enriquecimento à custa do empobrecimento alheio*" (ob. cit., pp. 276-277).

Acesso ao Sumário

Consideradas as circunstâncias do caso concreto e os parâmetros acima referidos, entende-se, pretorianamente, que o **valor arbitrado de dez mil reais não pode ser reduzido**, pois se mostra adequado ao caso concreto e está em conformidade com precedentes desta Corte, pois "*a reparação pecuniária do dano moral tem duplo caráter: compensatório para a vítima e punitivo para o ofensor. Ao mesmo tempo que serve de lenitivo, de consolo, de uma espécie de compensação para atenuação do sofrimento havido, atua como sanção ao lesante, como fator de desestímulo, a fim de que não volte a praticar atos lesivos à personalidade de outrem*" (CARLOS ROBERTO GONÇALVES. RESPONSABILIDADE CIVIL. 7ª edição. Ed. Saraiva, 2002. p. 566).

O caso é, pois, de manutenção da r. sentença.

Por fim, aplica-se o artigo 85, §11, do CPC, majorando-se a verba honorária sucumbencial para 20% (vinte por cento) do valor atualizado da condenação.

Pelo exposto, pelo meu voto, é negado provimento ao recurso, nos termos supra referidos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1005100-75.2022.8.26.0218, da Comarca de Guararapes, em que é apelante ADRIANA REGODANSO ZANERATTO (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado BANCO BRADESCO S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 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 3676)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PEDRO PAULO MAILLET PREUSS (Presidente), CLAUDIA CARNEIRO CALBUCCI RENAUX e SALLES VIEIRA.

São Paulo, 8 de maio de 2024.

PEDRO PAULO MAILLET PREUSS, Relator

Ementa: APELAÇÃO. Ação autônoma de exibição de documento. Sentença que extinguiu o processo, sem julgamento do mérito, por falta de interesse de agir. Resp 1.349.453/MS que estabeleceu os requisitos para configuração do interesse de agir. Ausência de prévia solicitação administrativa não atendida em prazo razoável. Reclamação junto ao PROCON que não supre a necessidade de envio de prévio pedido diretamente

Acesso ao Sumário

à instituição financeira. Precedentes da Corte nesse sentido. Interesse de agir não configurado. Sentença mantida. Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls. 198/201 que, nos autos de ação de exibição de documentos, extinguiu o processo, sem resolução de mérito, por falta de interesse de agir, nos termos do art. 485, VI, do CPC.

Argumenta a Apelante, em síntese, que: (i) possui interesse de agir, pois apresentou prévio requerimento administrativo por meio do Procon, não atendido em prazo razoável; (ii) a ação é necessária para a obtenção dos documentos; (iii) "a Apelante não podia indicar quais eram os negócios firmados sem os extratos bancários"; (iv) há violação ao direito de informação; e (v) a instituição financeira deve arcar com os ônus de sucumbência.

Recurso tempestivo e regularmente processado, desacompanhado dos comprovantes de preparo, em razão da gratuidade da justiça. Contrarrazões às fls. 214/221.

As partes não se opuseram ao julgamento virtual, nos termos da Res. 772/2017 - TJSP, no prazo de 5 (cinco) dias úteis, contados da publicação da distribuição dos presentes autos.

É o relatório.

Trata-se de ação de exibição de documentos meio da qual pretende a Apelante obter os contratos firmados durante os 10 anos em que manteve conta corrente junto à instituição financeira, tais como abertura de conta, contratos de cheque especial e empréstimos. A sentença extinguiu o processo, sem resolução do mérito, por falta de interesse de agir.

No tocante à configuração do interesse de agir, deve-se observar os requisitos estabelecidos pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Resp 1.349.453/MS, que seguiu o rito dos recursos repetitivos e firmou a seguinte tese:

> A propositura de ação cautelar de exibição de documentos bancários (cópias e segunda via de documentos) é cabível como medida preparatória a fim de instruir a ação principal, **bastando a demonstração da existência de relação jurídica entre as partes, a comprovação de prévio pedido à instituição financeira não atendido em prazo razoável, e o pagamento do custo do serviço conforme previsão contratual e normatização da autoridade monetária**. (REsp. 1349453 /MS, Relator Ministro Luís Felipe Salomão, Segunda Seção, j. em 10 /12 /2014, DJe 02/02/2015)

Verifica-se, portanto, que são três os requisitos para o ajuizamento da ação visando à exibição de documentos: (i) a demonstração da existência de re-

Acesso ao Sumário

lação jurídica entre as partes; (ii) a comprovação de prévio requerimento administrativo; e (iii) o pagamento do custo do serviço, conforme previsão contratual e normatização da autoridade monetária.

Na espécie, a Apelante não demonstrou o prévio requerimento administrativo de solicitação dos documentos pretendidos. A parte não comprovou ter encaminhado notificação extrajudicial subscrita e enviada pelo advogado da Apelante acompanhada da procuração que lhe outorga poderes para tanto, o que retira a obrigatoriedade de atendimento da solicitação, em atenção ao sigilo bancário da consumidora.

Cumpre anotar que a reclamação junto ao PROCON não supre a necessidade de prévio envio de pedido administrativo diretamente à instituição financeira, nos termos do Resp destacado alhures, conforme entendimento desta C. Corte:

> Apelação - Ação de exibição de documentos - Contrato bancário - Apresentação dos documentos pelo réu, após a citação - Procedência - Insurgência do réu - Preliminar de falta de interesse de agir em razão da ausência de pretensão resistida - Cabimento - **Reclamação junto ao Procon e protocolo ao Bacen que não configuram meios adequados para pretensão da autora - Condições da ação de exibição de documento, nos termos do REsp 1.349. 453 -MS, não demonstradas** - Acolhida a preliminar de ausência de interesse de agir - Sentença anulada para ser decretada a extinção do processo sem resolução do mérito. (TJSP: Apelação nº 1035623-60.2022 .8. 26. 0577, 14ª Câmara de Direito Privado, rel. Thiago de Siqueira, j. 10.08.2023). (grifo nosso).

Em resumo, não logrou êxito a Apelante em demonstrar a existência de prévia e válida solicitação administrativa, razão pela qual, à luz do entendimento jurisprudencial que rege a matéria, não possui interesse de agir para a propositura da presente demanda, devendo a r. sentença ser confirmada, *in totum*.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO AO RECURSO**. Majoro os honorários advocatícios devidos pela Apelante para 12 % do valor da causa atualizado, nos termos do art. 85, §11, do CPC, observada a gratuidade da justiça.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1041009-13.2023.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante CAIXA DE PREVIDÊNCIA DOS FUNCIONÁRIOS DO BANCO DO BRASIL - PREVI, são apelados EUTIMIA JACÓ RODRIGUES, ANA MARIA MARTINS ROBIAL, MARIVANI CONCOLATTO CHIOSSI, BERENICE SOUZA, MARIA

Acesso ao Sumário

IVANI PALLAMIN GALIZIA, TANIA MARA BARBOSA TORRICELLI, LUIZA NAKAMO MARQUES, JESUINA FATIMA DE JESUS FREITAS BARBOSA DE ARAUJO, MARIA BENJAMIM DE LIMA e MARIA LUCIA DELBOUX ANTUNES.

ACORDAM, em 30ª 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 1920)**

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

São Paulo, 8 de maio de 2024.

PAULO ALONSO, Relator

Ementa: APELAÇÃO. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. PREVIDÊNCIA PRIVADA COMPLEMENTAR (PREVI). AÇÃO REVISIONAL DE BENEFÍCIO. ALEGADA OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA *IGUALDADE* E DA *ISONOMIA* NA CONCESSÃO DE APOSENTADORIA COMPLEMENTAR A HOMENS E MULHERES. NÃO OCORRÊNCIA.

1. Ação julgada *procedente* em primeira instância.

2. Recurso da ré *(PREVI)* acolhido.

3. Distinção entre a hipótese dos autos e o caso tratado no Tema 452, do STF. Regulamento da ré *PREVI* não estabelece tratamento diferenciado para a concessão de benefício de aposentadoria complementar a seus filiados em razão de gênero, como ocorre com a *FUNCEF*.

4. Entendimento do STF que estabeleceu a impossibilidade de utilização de critério que implique em prejuízo na concessão de benefício com consideração do gênero, *mas* não determinou que os fundos de previdência privada estabeleçam *discriminações positivas em favor das mulheres, à luz das normas constitucionais pertinentes à previdência pública*. Ausente ofensa aos princípios da *igualdade* e *isonomia*. Precedentes.

5. *Recurso da ré provido. Sentença reformada, para julgar improcedente o pedido*.

Acesso ao Sumário

VOTO

Apelação interposta contra a r. sentença de fls. 377/382, cujo relatório adoto, que *julgou procedente* a *ação revisional de benefício previdenciário (previdência privada- PREVI)*, estando a *parte dispositiva* de referida decisão redigida nos seguintes termos:

> "*Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE OS PEDIDOS, extinguindo o feito com resolução de mérito, nos termos do art. 487, I do CPC: (1) para declarar o direito ao recebimento da complementação de aposentadoria de forma integral com 25 anos de contribuição, devendo a parte ré proceder ao recálculo para implantação em folha de pagamento com o divisor 25 anos / 300 avos, no prazo de 60 dias, a contar do trânsito em julgado; (2) para condenar a ré ao pagamento das parcelas vencidas, considerada a prescrição quinquenal, contado da propositura da ação para trás (04/04/2023), bem como as que se venceram no curso da ação, que serão apuradas em liquidação, acrescidas de correção monetária pela Tabela Prática para Cálculo de Atualização Monetária dos Débitos Judiciais do Tribunal de Justiça de São Paulo desde o vencimento de cada parcela e de juros moratórios de 1% a.m. a partir da citação.*
> *Diante da sucumbência, arcará a ré com as custas e despesas processuais, bem como com honorários advocatícios que fixo em 10% do valor da condenação, observando os termos da Súmula 111 do STJ e Tema 1105 do STJ.*"

Recurso da ré sustentando:

Preliminarmente, que o Tema 452 não se aplica à *PREVI*, como recentemente decidiu o *Supremo Tribunal Federal*, pela *distinção* existente entre os regulamentos da *PREVI* e da *FUNCEF*; *aponta* que a sentença é nula por *cerceamento de defesa*, dada a necessidade de realização de *perícia atuarial*; *insiste* na *incompetência relativa* para julgamento da causa em relação às recorridas que não residem na comarca da Capital; *reitera* que se aplica ao caso as questões prejudiciais da *decadência* e da *prescrição*.

Quanto ao mérito, *alega* que o regulamento do plano previdenciário ao qual voluntariamente aderiram as autoras *não prevê tratamento distinto para homens e mulheres*, *mas* ao contrário, assegura às mulheres o direito de complemento de aposentadoria no mesmo patamar dos homens, aplicando as mesmas regras utilizadas para aposentadoria dos participantes homens, como o *STF* decidiu que deveria ser; que a autarquia fiscalizadora - *PREVIC* - atestou que o regulamento da *PREVI* não estabelece critério prejudicial às mulheres; *argumenta* que a procedência da ação viola a isonomia prevista no art. 5º, da *Constituição Federal*, na medida em que as recorridas passarão a receber benefício maior que de um homem que se aposentar nas mesmas condições; que não se pode vincular aposentadoria complementar privada a tempo de serviço no *RGPS*, como fez a sentença; que seu plano de custeio foi estabelecido considerando que a aposentadoria integral se daria aos 30 anos, sendo que aos 25 anos é possível a

Acesso ao Sumário

aposentadoria proporcional, para homens e mulheres indistintamente; *pretende*, pois, seja reconhecida a total improcedência da demanda. *Subsidiariamente*, caso mantida a decisão originária, *requer* seja determinada a *recomposição da reserva matemática* a ser apurada por estudo técnico atuarial em sede de liquidação. (fls. 399/437).

Contrarrazões às fls. 453/464.

Recurso tempestivo e ***preparado*** (fls. 448/449).

Objeção ao julgamento virtual (fl. 468).

É o relatório.

1. ***Respeitado o entendimento do n. magistrado, voto pela reforma da r. sentença de fls. 377/382***, porque *o caso tratado nestes autos é diferente daquele julgado como Tema 452, pelo STF*, de forma que há *distinção* que permite afastar a aplicação do resultado daquele tema.

2. ***Síntese da demanda***:

As autoras interpuseram a apresente *ação revisional de benefício previdenciário* (*previdência privada complementar*) afirmando que o regulamento da ré *PREVI* contempla *tratamento desigual entre seus aposentados*, estabelecendo *critérios diversos para a aposentadoria complementar de homens e mulheres*, em afronta aos *princípios da igualdade* e da *isonomia.*

A *sentença é de procedência*, por aplicação do que foi decidido no Tema 452 do STF, com o que não se conforma a ré, ***no que tem razão***.

3. ***Preliminares***:

3.1. ***Da arguição de incompetência. Rejeição***:

A suscitada *incompetência relativa* não procede, uma vez que, como bem, observou o i. juiz, ao menos parte das autoras reside na Comarca da Capital, enquanto as demais optaram por interpor a ação fora de seu domicílio, direito que lhes assiste.

Não ficou demonstrado qualquer prejuízo no trâmite do processo perante o juízo originário, onde foi garantida às partes *oportunidade de ampla defesa, preservado o contraditório.*

Não se decreta nulidade de ato processual sem demonstração de prejuízo, tanto que nos termos do *parágrafo único* do art. 283 do CPC *dar-se-á o aproveitamento dos atos praticados desde que não resulte prejuízo à defesa de qualquer parte*.

3.2. ***Prescrição e decadência. Inocorrência:***

A relação mantida entre as partes é de *natureza continuada*, razão pela qual o direito de postular a complementação das aposentadorias, em relação às parcelas objeto da demanda, não foi alcançado pela prescrição.

A esse respeito o *Superior Tribunal de Justiça* já decidiu que "*(...) o pagamento de complementação de aposentadoria é obrigação de trato sucessivo, cuja prescrição quinquenal alcança somente as parcelas vencidas antes do*

Acesso ao Sumário

ajuizamento da ação e não o próprio fundo de direito, nos termos das Súmula 291 e 427/STJ" (AgRg nos EDcl nos EDcl no AREsp 365412 / DF, Rel. Min. Sidnei Benetti, Terceira Turma, j. 19.11.2013).

Aplicável ao caso os entendimentos firmados nas Súmulas 291 e 427, do STJ, que assim dispõem:

Súmula 291: "A ação de cobrança de parcelas de complementação de aposentadoria pela previdência privada prescreve em cinco anos".

Súmula 427: "A ação de cobrança de diferenças de valores de complementação de aposentadoria prescreve em cinco anos contados da data do pagamento".

Assim, a prescrição atingiria tão somente as *parcelas vencidas há mais de cinco anos da propositura da ação*, o que foi considerado pelas autoras, que restringiram seus pedidos ao período decorrido a partir de março de 2018, como se verifica dos cálculos apresentados às fls. 150/179.

Por outro lado, não há regra *legal* ou *convencional* de *prazo decadencial* para fins de *revisão do benefício* pago por *entidade de previdência privada*.

Como é de conhecimento geral, *a decadência implica na perda de um direito pelo seu não exercício no prazo estipulado*, e sem que haja no ordenamento jurídico prazo fixado para postulação da revisão de benefício previdenciário privado, *não há que se cogitar da ocorrência de decadência*.

3.3. ***Cerceamento de defesa. Inocorrência:***

Não ocorreu cerceamento de defesa porque as questões postas nos autos, confrontadas com os documentos que deles constam, indicam a *dispensabilidade de outras provas*, inclusive a pretendida *perícia atuarial*, uma vez que eventuais cálculos somente seriam necessários em sede de cumprimento de sentença, na fase de liquidação, caso fosse mantido o acolhimento do pedido de revisão do benefício previdenciário, e consequente condenação ao pagamento das parcelas vencidas, o que será afastado, como já anunciado na condução do voto.

Cumpre destacar que o nobre magistrado, destinatário da prova, deu-se por suficientemente esclarecido para formação de sua convicção.

Não se olvide que "*o juízo de relevância implica um juízo preliminar de utilidade da prova, isto é, somente as provas que possam contribuir à demonstração do fato jurídico é que podem ser consideradas relevantes*" (EDUARDO CAMBI. A prova civil. Admissibilidade e relevância. São Paulo: RT, 2006. p. 262).

4. ***Da distinção com o Tema 452, do STF:***

4.1. Como já adiantado, *o caso tratado nestes autos é diferente daquele julgado como Tema 452, pelo STF*.

4.2. É certo que no julgamento do Tema 452 (RE nº 639.138-RS) em que é parte a *Fundação dos Economiários Federais - FUNCEF*, o E. *Supremo Tri-*

Acesso ao Sumário

bunal Federal fixou a seguinte tese:

> "*É inconstitucional, por violação ao princípio da isonomia (art. 5º, I, da Constituição da República), cláusula de contrato de previdência complementar que, ao prever regras distintas entre homens e mulheres para cálculo e concessão de complementação de aposentadoria, estabelece valor inferior do benefício para as mulheres, tendo em conta o seu menor tempo de contribuição.*".

Ocorre que a mesma *Corte Superior*, na apreciação dos *embargos de declaração em agravo interno* no Recurso Extraordinário de nº 1.415.115-PB[1], por *voto divergente* do Exmo. *Min. Luís Roberto Barroso*, acompanhado pelos *Min. Luiz Fux* e *Dias Toffoli*, decidiu dar *parcial provimento ao recurso* para *submissão à repercussão geral*, a fim de estabelecer a *distinção* dos casos que envolvam a *Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil - PREVI* com aqueles abrangidos pelo Tema 452, consoante decisão publicada em 06/02/2024, nos seguintes termos:

> *Ementa: DIREITO PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TEMA 452 DA REPERCUSSÃO GERAL. ELEMENTOS DE DISTINÇÃO DO CASO CONCRETO.*
>
> *1. Embargos de declaração contra acórdão que manteve o provimento monocrático do recurso extraordinário, nos termos do qual foi acolhido o pleito de complementação previdenciária, em desfavor da Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil - PREVI, aplicando-se à hipótese o decidido no Tema 452 da repercussão geral.*
>
> *2. Na origem, a pretensão das autoras era de reconhecimento da necessidade de a previdência privada observar critérios mais favoráveis para a complementação de aposentadoria das mulheres - com menor tempo de contribuição -, tal como ocorre nos regimes próprio e geral de previdência social. Isso porque* ***o regulamento da PREVI estabelece regras formalmente isonômicas para todos os beneficiários, homens e mulheres, possibilitando o recebimento (i) do valor integral da complementação apenas por aqueles que tenham contribuído ao longo de 30 anos, e (ii) do valor proporcional para os que tenham entre 20 e 30 anos de contribuição.***
>
> *3. No julgamento do Tema 452 da repercussão geral (RE 639.138, Rel. para acórdão Min. Edson Fachin, j. 18.08.2020), esta Corte analisou o regulamento da Fundação dos Economiários Federais (FUNCEF), que previa que o direito à complementação da aposentadoria seria adquirido, pelas mulheres, com 25 anos de contribuição e, pelos homens, com 30 anos de contribuição. Entretanto, para as mulheres, o valor da complementação alcançaria apenas 70% da diferença entre os proventos iniciais e o salário real, enquanto para os homens essa complementação seria de 80%.*

1 http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código A250-C82C-928B-04EC e senha 0672-2893-FF80-9F03

Acesso ao Sumário

4. Naquela ocasião, o STF decidiu que "[é] inconstitucional, por violação ao princípio da isonomia (art. 5º, I, da Constituição da República), cláusula de contrato de previdência complementar que, ao prever regras distintas entre homens e mulheres para cálculo e concessão de complementação de aposentadoria, estabelece valor inferior do benefício para as mulheres, tendo em conta o seu menor tempo de contribuição". Concluiu-se que, ao definir período inferior de contribuição para as mulheres, os regulamentos de planos de previdência complementar não poderiam promover redução no benefício correspondente. Haveria discriminação de gênero na hipótese então analisada, porque as mulheres não poderiam adquirir o direito a 80% do valor da complementação, benefício disponível apenas para os homens. Contudo, nada se decidiu sobre a hipótese em que o regulamento estabeleça o mesmo período de contribuição e o mesmo valor de benefício para homens e mulheres.

5. Há, portanto, elementos de distinção entre o caso concreto ora submetido a julgamento e o paradigma mencionado, uma vez que o regulamento aqui avaliado não estabelece benefício inferior para as mulheres com base em menor tempo de contribuição. Em verdade, são definidos critérios idênticos para pessoas de ambos os sexos. Sendo assim, há necessidade de nova discussão especificamente a respeito da obrigatoriedade, ou não, de os regulamentos de previdência complementar estabelecerem discriminações positivas em favor das mulheres, à luz das normas constitucionais pertinentes. *A matéria guarda relevante repercussão jurídica, econômica e social, a justificar o reconhecimento da repercussão geral e a apreciação pelo Plenário.*

6. Embargos de declaração conhecidos e parcialmente providos, para anular o julgamento do recurso extraordinário e afetá-lo ao Plenário, com proposta de reconhecimento de repercussão geral. ***(destaque da citação)***

4.3. Seguindo tal orientação, o i. *Des. Heraldo de Oliveira*, Presidente da *Seção de Direito Privado* deste *Tribunal de Justiça* (SP), no julgamento de embargos de declaração no agravo em recurso extraordinário nº 1000909-22.2022.8.26.0562/50002, proferiu recente decisão, datada de 01/04/2024, ementada nos seguintes termos:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PREVIDÊNCIA PRIVADA. FATOR DE DISCRÍMEN CONSTITUCIONAL POR GÊNERO. Complementação de aposentadoria. Valor do benefício. Inconstitucionalidade por violação ao princípio da isonomia. Alegação de omissão acerca de decisão do Supremo Tribunal Federal que reconheceu a inaplicabilidade do entendimento firmado no Recurso Extraordinário nº 639.138/RS em caso análogo. Tema 452 do C. STF inaplicável ao caso concreto. Recurso Extraordinário que deve ser admitido. EMBARGOS ACOLHIDOS, com efeito modificativo.

Da fundamentação do julgado se extrai:

Acesso ao Sumário

Com efeito, o C. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 639.138/RS, decidiu ser inconstitucional a cláusula de contrato de previdência complementar que, ao prever regras distintas entre homens e mulheres, estabelece valor inferior do benefício para as mulheres, tendo em conta o seu menor tempo de contribuição.

No entanto, a E. Suprema Corte acolheu Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 1.415.115/PB, por acórdão publicado em 6/2/2024, afastando a aplicação do tema 452. Trata-se de feito com discussão semelhante à presente, relativa à isonomia material entre os gêneros na hipótese em que o regulamento do plano de previdência privada estabeleça o mesmo período de contribuição e o mesmo valor de benefício para homens e mulheres. Por este motivo, considero salutar rever entendimento anterior e afastar a aplicação do referido tema no caso concreto.

Abordada a questão sob enfoque distinto do tema repetitivo, de rigor a atribuição do excepcional efeito infringente aos presentes aclaratórios, para que a decisão de inadmissibilidade seja revista, com a remessa dos autos ao E. STF.

A matéria controvertida foi satisfatoriamente exposta na petição de interposição e devidamente examinada pelo V. Acórdão, o que atende, pois, ao requisito de prequestionamento.

Assim, uma vez que compete ao C. Supremo Tribunal Federal aferir a eventual ocorrência de violação a dispositivo constitucional e constatada a presença dos demais pressupostos recursais, é recomendável a abertura da instância especial, para que sobrevenha o julgamento da questão de direito sub judice.

5. ***Quanto ao mérito:***

5.1. Ao tempo da aposentadoria das autoras, que ocorreu entre os anos de 1994 e 1998 (fls. 88, 93, 97, 101, 109, 113, 117, 125 e 129) vigia o *Estatuto da PREVI* de 1980 (fls. 8/42), que estabelecia:

Art. 47 - O associado fundador terá direito:

a) a aposentadoria ordinária ao completar 30 (trinta) anos de serviço efetivo no Banco do Brasil S.A.

(...)

Parágrafo. 1º - O cálculo da mensalidade de aposentadoria obedecerá ao disposto no artigo 49 e seu parágrafo.

Art. 49 - A mensalidade de aposentadoria do associado fundador será equivalente à soma das seguintes parcelas:

a) média aritmética das remunerações sobre as quais tenham incidido as contribuições mensais nos 12 (doze) meses imediatamente anteriores à data de concessão do benefício, valorizadas as remunerações pelas tabelas de vencimentos e adicionais do empregador vigentes na data da aposentadoria;

b) 1/4 (um quarto) do valor da média da alínea anterior, relativo às gratificações semestrais sobre que haja realizado as contribuições semestrais.

Acesso ao Sumário

(AR)

Parágrafo único - A mensalidade de aposentadoria do associado fundador, calculada na forma deste artigo, não será inferior aos proventos mensais de seu cargo efetivo (vencimento-padrão mais anuênios) ao se aposentar, acrescido de 1/4 (um quarto) de seu valor, relativo às gratificações semestrais. (AR)"

5.2. Como se vê, a *aposentadoria complementar integral* se dava com 30 anos de contribuição, *critério que se aplicava para homens e mulheres indistintamente. Ou seja*, o regramento não estabelecia norma distinta entre associados *em razão de gênero*.

Ocorre que as autoras pleiteiam a *revisão do benefício previdenciário privado*, pretendendo que seja considerado para o cálculo o critério de *25 anos* de serviço, então adotado pelo *INSS (sistema público de previdência)* para concessão das aposentadorias às *mulheres*.

Porém, ao firmar o Tema 452, o STF não estabeleceu a obrigatoriedade de os fundos de *previdência privada* observarem *discriminações positivas em favor das mulheres, à luz das normas constitucionais pertinentes à previdência pública*, o que implica em reconhecer que *o tratamento deve ser igualitário* e não *mais benéfico a um ou outro gênero*.

5.3. Com a critério adotado pelo plano ao qual as autoras anuíram, por livre disposição de vontade, alcançado o mesmo tempo de contribuição, o benefício concedido é o mesmo, *seja o contribuinte de que gênero for*.

Assim, o cálculo se utiliza dos valores de salário na ativa pagos pelo patrocinador, independentemente do tempo de contribuição ao INSS, e leva em consideração o tempo de filiação à *PREVI*, de forma que *a complementação de aposentadoria para mulheres não é inferior à dos contribuintes homens*, em razão de seu menor tempo de contribuição, como se vê da simulação indicada pela apelante no item 49, de fl. 420.

Diversamente, ao aplicar o critério pretendido pelas autoras, a remuneração por elas percebida seria superior à dos homens em mesmas condições, de acordo com o cálculo do item 50, de fls. 420/421.

5.4. ***Em suma:*** O Estatuto da *PREVI* vigente à época da concessão dos benefícios às autoras não contemplava tratamento diferenciado às mulheres, em relação aos aposentados homens, de forma que *não ocorreu ofensa aos suscitados princípios da igualdade e da isonomia*.

Neste contexto, impõe-se a reforma da *r. sentença*, porque improcedente o pedido.

Pelo exposto, dou provimento ao recurso da ré (PREVI) para, reconhecendo a *distinção* do caso dos autos com o tratado no Tema 452, do STF, ***julgar improcedente a ação***, impondo às autoras arcarem com os ônus sucumbências, incluídos honorários advocatícios arbitrados em 10% *(dez por cento)* do valor atribuído à causa (fl. 144), *corrigido monetariamente*, observada a *suspensão da*

Acesso ao Sumário

exigibilidade em caso de gratuidade judiciária (§ 3º do art. 98 do CPC).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1003144-92.2023.8.26.0281, da Comarca de Itatiba, em que é apelante/apelada NEUSA RODRIGUES DA SILVA DOS SANTOS (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado/apelante BANCO BMG S/A.

ACORDAM, em 22ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso da autora e negaram provimento ao recurso do réu. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 55.180)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores HÉLIO NOGUEIRA (Presidente sem voto), ROBERTO MAC CRACKEN e NUNCIO THEOPHILO NETO.

São Paulo, 9 de maio de 2024.

MATHEUS FONTES, Relator

Ementa: AÇÃO DECLARATÓRIA - SEGURO PRESTAMISTA - NEGATIVA DE CONTRATAÇÃO - ÔNUS DA PROVA A CARGO DE QUEM SE CONSIDERA CREDOR - DESCONTOS INDEVIDOS EM BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO - REPETIÇÃO EM DOBRO DO INDÉBITO - ORIENTAÇÃO FIRMADA EM TRIBUNAL SUPERIOR - JUROS DE MORA - CÔMPUTO DO EVENTO DANOSO - RESPONSABILIDADE EXTRACONTRATUAL - SÚMULA Nº 54 DO STJ - DANO MORAL CONFIGURADO - SUCUMBÊNCIA PELO RÉU - RECURSO DA AUTORA PROVIDO - RECURSO DO RÉU IMPROVIDO.

VOTO

Julgando parcialmente procedente o pedido, a sentença condenou o réu a ressarcir à autora o valor do seguro prestamista, corrigido e com juros, bem como a cessar os descontos a ele referentes, ante inexistência de contratação, permitida compensação, mas negou indenização pelo dano moral, dispondo sobre a sucumbência recíproca, observada justiça gratuita da autora.

Embargos de declaração do réu foram rejeitados.

Apelaram as partes.

Acesso ao Sumário

A autora pela repetição em dobro do indébito e indenização por dano moral de R$ 10.000,00, fluindo os juros de mora do evento danoso, nos termos da Súmula 54 do STJ e, por fim, majoração dos honorários de sucumbência.

O réu defende a regularidade da contratação do seguro prestamista. Nega a existência de venda casada, não havendo dano material a ressarcir.

Recursos tempestivos, respondidos, com anotação de justiça gratuita e preparo.

É o Relatório.

Se a autora nega haver contratado seguro prestamista descontado de seu benefício previdenciário, o ônus de provar o contrário é daquele que se considera credor, por não se poder exigir do suposto devedor a prova de fato negativo (CPC, art. 373, inciso II).

Como o réu o descumpriu, permite aplicação da regra (Lei 8.078/90, art. 6º, inciso VIII) que, na relação de consumo (Súmula n° 297, STJ), autoriza inversão do ônus da prova pela verossimilhança e hipossuficiência do consumidor, requisitos aferidos com base nos aspectos fático-probatórios do caso concreto (Theotônio Negrão, CPC e legislação processual em vigor, art. 333:2, pág. 446, Saraiva, 42ª ed.).

Nesse sentido extraio e reproduzo trecho da sentença em consonância com o conjunto probatório, a que se incorporam as razões que levaram à rejeição dos embargos de declaração (fls. 848/850):

"...Da análise dos autos, verifico que, de fato, não há previsão contratual que lastreie as cobranças referentes a seguro prestamista. No caso, à parte requerida incumbia o ônus de provar a regularidade das cobranças, em virtude da já supramencionada inversão do ônus de prova ope legis. Todavia, limitou-se a colacionar aos autos faturas mensais e comprovantes de pagamento que, outrossim, nada demonstram (fls. 192/302)".

Vale lembrar ainda que "as instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias" (Súmula nº 479, STJ).

Ao réu, portanto, cabe devolver os valores descontados da autora a título de seguro prestamista, atualizados e com juros, com a sanção do art. 42, parágrafo único, do Código do Consumidor, isto é, devolução em dobro de valores, pois prevalece o critério da boa-fé objetiva, irrelevante o critério subjetivo, por orientação consolidada em tribunal superior (Embargos de Divergência no REsp nº 1.413.542/RS, Rel. designado p/acórdão Min. Herman Benjamin, DJe de 30.03.2021), ausente hipótese de engano justificável.

Correção monetária incide de cada desconto, consoante Súmula nº 43 do STJ, e os juros de mora fluem do evento danoso (Súmula 54, STJ).

Cabe-lhe também indenizar o dano moral inequivocamente causado à autora, que suportou descontos indevidos em seu benefício previdenciário, o

Acesso ao Sumário

quais trazem abalo à sua tranquilidade, o que se afirma, inclusive, em juízo de experiência a que alude o art. 375 do CPC, além dos transtornos na busca de recomposição de seu patrimônio.

Quanto ao valor da indenização por dano moral, examinadas as circunstâncias, repercussão da ofensa, consequências para o lesado, e tendo ainda em conta os critérios de proporcionalidade e razoabilidade, arbitro-a em R$ 10.000,00 (dez mil reais), atualizados pela tabela prática do Tribunal de Justiça desde a intimação do acórdão (Súmula nº 362, STJ), a que se agregam juros legais de mora de 1% ao mês do evento danoso (primeiro desconto indevido), nos termos da Súmula nº 54 do STJ.

O réu pagará custas, despesas e verba honorária de 15% do total da condenação, já considerado o acréscimo a que alude o § 11 do art. 85 do CPC.

Pelo exposto, dou provimento ao recurso da autora e nego provimento ao recurso do réu.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1008354-75.2021.8.26.0223, da Comarca de Guarujá, em que é apelante MICHEL RAPOSO DE ALENCAR ALVES, é apelado ISAIAS DE JESUS CAMPOS ALMEIDA JUNIOR.

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 50.617)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIZ EURICO (Presidente) e SÁ MOREIRA DE OLIVEIRA.

São Paulo, 9 de maio de 2024.

SÁ DUARTE, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: INDENIZAÇÃO - Pretensão do corretor deduzida em face do comprador do imóvel, a pretexto de que foi ele quem deu causa aos danos que experimentou, pelo fato de ter desistido do negócio, julgada improcedente - Nulidade da sentença reconhecida - Possibilidade de seguir com o julgamento, ante o permissivo do inciso II, do parágrafo 3º, do artigo 1013, do CPC - Desistência do comprador que, na espécie, não pode ser considerada ato ilícito capaz de ensejar a percepção das indenizações pretendidas pelo corretor

- Apelação não provida por outros fundamentos.

VOTO

Cuida-se de apelação interposta contra r. sentença de improcedência da pretensão indenizatória derivada de contrato de compra e venda de imóvel e intermediação, condenado o autor ao pagamento das despesas do processo e honorários advocatícios arbitrados em 10% do valor atribuído à causa.

Inconformado, o autor alega, inicialmente, que na sentença não se observou o que ficou decidido no julgamento do agravo de instrumento nº 2176811-09.2022.8.26.00, no sentido de que a pretensão deduzida em face do apelado tem nítido caráter indenizatório, em razão dos danos experimentados pela frustração do recebimento da comissão de corretagem. Ressalta que o apelado assinou o compromisso de compra e venda, não compareceu na data combinada para a lavratura da escritura de compra e venda e desapareceu sem prestar nenhuma justificativa ou satisfação, não mais atendendo seus telefonemas. Anota que o resultado útil foi plenamente alcançado com a mediação, não se concretizando negócio pela desistência inesperada e imotivada do apelado. Sustenta que o apelado já indenizou o vendedor pela sua desistência, com a perda do valor do sinal, devendo ser igualmente responsabilizado pelos prejuízos causados com a perda da comissão, ajustada no compromisso de compra e venda em R$ 147.000,00, sem prejuízo da reparação pelo dano moral causado. Sustenta que a remuneração do corretor é devida quando este conseguir o resultado previsto no contrato de mediação, ainda que este não se efetive em virtude do arrependimento das partes, como mesmo preceitua o artigo 725, do Código Civil. Coleciona precedente do Superior Tribunal de Justiça em abono de sua posição. Pede o provimento da apelação para que seja anulada a sentença ou, alternativamente, julgados procedentes os pedidos formulados na inicial.

Recurso tempestivo, preparado e respondido.

É o relatório.

A sentença, de fato, deve ser anulada, dado que nela não foram observadas as premissas fixadas no julgamento do agravo de instrumento nº 2176811-09.2022.8.26.00.

Confira-se o que ficou decidido no julgamento do referido agravo:

O agravo não comporta provimento.

A leitura atenta da petição inicial revela que a pretensão deduzida pelo agravado naquela peça tem nítido caráter indenizatório, pretensão deduzida em face do agravante porque se lhe foi imputada a causação dos danos experimentados pelo agravado representados pela frustração do recebimento da comissão de corretagem e aqueles de natureza extrapatrimonial.

Vale dizer, o agravado não busca o recebimento da comissão pela intermediação da compra e venda do imóvel com base no estipula-

Acesso ao Sumário

do no contrato, por isso que não é relevante aqui que terceira, mais precisamente a vendedora do imóvel, tenha se obrigado ao pagamento da comissão ao agravado.

A petição inicial é bem clara ao imputar ao agravante, na qualidade de comprador do imóvel, a responsabilidade pelo não recebimento da comissão, de forma que é somente o agravante quem ostenta legitimidade para responder a tal pretensão.

Nesse diapasão, não tem lugar sequer a inclusão da ACCORT, vendedora do imóvel, no polo passivo da relação processual, certo que se o agravado entendesse que ela também tem responsabilidade pela reparação dos danos que alegou ter experimentado por certo teria demandado em face dela.

Saber se o agravante deve responder pela reparação dos danos que o agravado alega ter experimentado é questão que toca ao mérito da controvérsia a ser resolvido na sentença de procedência ou improcedência da ação.

Isto posto, voto pelo não provimento do agravo de instrumento.

Na sentença que aqui se reexamina, no entanto, a lide foi decidida como se se cuidasse de pretensão de cobrança da comissão de corretagem, concluindo-se que a prova produzida não atesta a intermediação e conclusão apontada e prevista no artigo 722, do Código Civil. Chegou-se a reconhecer, no julgamento combatido de primeiro grau, que a responsabilidade pelo pagamento da comissão era da parte vendedora, de acordo com cláusula contratual, de modo a ficar evidente o equívoco do réu no polo passivo.

Bem se vê, portanto, que, ao decidir como decidiu, a D. Magistrada sentenciante distanciou-se dos parâmetros traçados no acórdão do agravo de instrumento, resolvendo lide diversa da posta na petição inicial, o que acarreta, inexoravelmente, a nulidade da sentença.

Nada obstante, força concluir que o processo encontra-se maduro para o julgamento, em conta que a instrução foi concluída, possível novo julgamento com base no artigo 1013, parágrafo 3º, inciso II, do Código de Processo Civil.

É o que passa a ser feito.

O apelo não comporta provimento.

Isto porque para o acolhimento da pretensão indenizatória deduzida pelo apelante era mister que demonstrasse o dano, o nexo causal e o ato ilícito cometido pelo apelado.

O dano, obviamente, ficou caracterizado, segundo a pretensão posta na inicial, pelo não recebimento da comissão de corretagem prevista no contrato de fls. 23/29, em especial na cláusula 11 (fl. 28).

O ato ilícito que o apelante imputa ao apelado estaria demonstrado pela desistência da compra do imóvel objeto da intermediação, caracterizado pelo não comparecimento do apelado nada data ajustada para a lavratura da escritura pública de venda e compra do mesmo imóvel.

Acesso ao Sumário

O nexo causal, por último, estaria caracterizado, logicamente, pela consequência gerada pela desistência da compra pelo apelado que impediu que o apelante recebesse da vendedora a comissão prevista no contrato.

Desses três elementos, o ato ilícito não pode ser reconhecido.

Em que pesa alguma resistência do apelado em reconhecer que desistiu imotivadamente da compra e venda, cede ela ao se verificar que a perda do sinal em favor da vendedora torna incontroverso que a desistência foi imotivada, até porque o apelante logrou demonstrar que, ao contrário do que teria sido alegado pelo apelado na ocasião, a desistência não se deu por motivo financeiro, tanto que o apelado adquiriu logo depois outro imóvel tão valioso quanto aquele objeto do contrato em questão. Além disso, ainda que a desistência tivesse sido motivada por problema financeiro, por consistir tal fato em fortuito interno não teria o condão de isentar o apelado de qualquer responsabilidade pelo cumprimento do pactuado.

Ocorre que, de acordo com a já mencionada cláusula 11, do contrato (fl. 28), o apelante só faria jus à percepção da comissão quando o negócio fosse concretizado. E, ao contrário do que o apelante entende, não se pode ter por concretizado o negócio com a assinatura do contrato de fls. 23/29, o que só se daria com a lavratura da escritura definitiva de compra e venda, conforme previsto na mesma cláusula.

Não fosse assim, não teria o menor sentido a redação dada à cláusula 11, do contrato, pois, em princípio, com a assinatura do compromisso de compra e venda o trabalho do apelante, enquanto corretor, estava concluído. Veja-se, inclusive, que o apelante firmou o contrato como testemunha (fl. 29).

Disso resulta que a desistência do apelado manifestada antes da assinatura da escritura de venda e compra não pode ser tipificada como ato ilícito, por conta do que não se pode tê-lo por responsável pelo alvitrado dano experimentado pelo apelante com o não recebimento da comissão.

Era perfeitamente possível que os contratantes, assim como o corretor, ajustassem o termo a ser considerado como estando o "negócio concretizado". E por negócio concretizado na espécie não pode ser considerada a data da assinatura do compromisso de venda e compra, mas somente a data em que a escritura de venda e compra fosse firmada, o que não ocorreu, como é incontroverso nos autos.

Em suma, a desistência da compra e venda por parte do apelado não pode ser reconhecida como a prática de ato ilícito que prejudicou o apelante pelo não recebimento da comissão que era devida pela vendedora, do que decorre a improcedência da pretensão de reparação do dano material, como também e por conseguinte a do dano moral.

Isto posto, voto pela anulação da sentença e, prosseguindo no julgamento à luz do disposto no inciso II, do parágrafo 3º, do artigo 1013, do Código de

Acesso ao Sumário

Processo Civil, negar provimento à apelação julgando improcedente a pretensão deduzida na inicial, majorando os honorários dos advogados do apelado para 12% do valor da causa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0120163-94.2009.8.26.0001, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ANDRESSA ELAUZINO OLIVEIRA, é apelada SOCIEDADE BENEFICENTE SÃO CAMILO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 29ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 37052)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores NETO BARBOSA FERREIRA (Presidente sem voto), FABIO TABOSA e CARLOS HENRIQUE MIGUEL TREVISAN.

São Paulo, 6 de maio de 2024.

SILVIA ROCHA, Relatora

Ementa: Prestação de serviços médico-hospitalares - Não obstante sucessivos equívocos de ordem processual, os réus têm legitimidade. - Ausência de prova de estado de perigo ou coação - Ciência dos valores dos serviços médicos e diárias hospitalares, no momento da internação - Valores cobrados correspondem aos serviços prestados, conforme a perícia - Recurso não provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Insurge-se a corré, em ação de cobrança de despesas médico-hospitalares, contra r. sentença de fls. 584/587, que julgou procedente o pedido, para condená-la, solidariamente, ao pagamento de R$11.647,00, "atualizados desde a propositura da ação e acrescidos de juros legais desde citação, mais as custas processuais, honorários do perito judicial e os honorários advocatícios, arbitrados em 10% do valor da condenação, deixando claro, porém, que a responsabilidade de cada herdeiro ficará limitada a 1/3 do valor da dívida, de acordo com a proporção de seu quinhão" (fl. 587).

A apelante sustenta às fls. 590/614 que: a) há vício de consentimento - coação -, porque assinou o contrato de prestação de serviços médico-hospitalares na véspera da internação da sua mãe, em razão de estado de necessidade,

sob pena de negativa de atendimento a ela, que, pela gravidade do quadro, precisava de atendimento de urgência, tanto que veio a óbito depois de alguns dias da sua internação; b) o episódio determina a ilegalidade da cobrança e configura a infração penal prevista no art. 135-A do Código Penal; c) "em internações hospitalares de urgência, os funcionários dos hospitais impõem seus contratos aos próprios pacientes ou seus acompanhantes em flagrante violação ao sistema legal" (fl. 601), prática abusiva e excessivamente onerosa, nos termos dos artigos 39 e 51 do Código de Defesa do Consumidor; d) é absurda a cobrança pelo serviço de "verificação de pressão que deveria estar incluída no serviço de enfermagem já incluído no resumo da conta que se diga de passagem é ambulatorial" (fl. 610), "as despesas fazem parte do custo administrativo do Hospital" e os documentos exibidos pela autora não descrevem a causa da internação, de modo que deve ser indeferida a "cobrança ilegal que a apelada vem praticando" (fl. 612); e) a obrigação dos herdeiros fica limitada ao quinhão da herança, mas "não cabe falar em sucessão do de cujus por seus herdeiros na presente ação, pois estes são parte ilegítima" (fl. 613).Com base nisso, pede a reforma da sentença.

Recurso tempestivo. Sem preparo, porque a apelante está representada por curadora especial.

Houve resposta (fls. 618/630).

É o relatório.

Na inicial, o hospital autor cobra R$11.647,00 das rés Arlette Limberty Sturrari e Andressa Elauzino Oliveira, por serviços prestados à primeira, relativos ao "atendimento à paciente", que se deu "primeiramente em 25.03.08 no Pronto Atendimento do Hospital e Maternidade São Camilo - Santana, evoluindo para internação até sua alta em 29.03.08, sem que as rés tivessem providenciado o pagamento das despesas hospitalares". (fl. 3)

O serviço foi prestado na modalidade particular, pelo qual a ré Andressa Elauzino Oliveira se comprometeu a pagar, no dia da internação da outra ré, sua mãe, assinando o contrato de prestação de serviços hospitalares de fls. 29/31.

Veio aos autos a notícia do falecimento da corré Arlette Limberty Sturari em 29.03.2008 (fl. 152), antes da propositura da ação, e foi pedida a citação dos seus herdeiros, para regularização do polo passivo do processo, mas foi deferida a citação para habilitação, com o prazo de cindo dias para resposta (fls. 158).

Vera Lucia Limberty Stuari dos Santos, na contestação (fls. 175/183), afirmou que a sua mãe, Arlette Limberty Sturari, faleceu em 29.03.2008, no hospital autor e que não assinou o contrato de prestação de serviços e "jamais poderia ter sido colocada no polo passivo da presente demanda pois não assinou termo algum no qual legitimasse a requerente a intentar ação de perdas e danos em face da ora contestante" (sic - fl. 183), discorreu sobre estado de necessidade e pediu a improcedência da ação.

Na contestação, Eliane Limberty Stuari (fls. 203/209), preliminarmente

Acesso ao Sumário

alegou sua ilegitimidade passiva, "visto que nunca celebrou ou autorizou qualquer pessoa a representá-la para celebrar contrato de prestação de serviço em seu nome ou no nome de qualquer pessoa" (fl. 204), destacou que a ré originária não deixou bens a inventariar, discorreu sobre os limites da herança e pediu a improcedência da ação.

Eduardo Stuari, citado (fl. 306), não apresentou contestação (fl. 312).

Andressa Elauzino Oliveira foi citada por edital e a Defensoria Pública do Estado de São Paulo apresentou contestação por negativa geral (fls. 346/348).

Vieram réplicas (fls. 353/354 e 361/373), laudo pericial (fls. 537/542) e alegações finais (fls. 556/572 e 573/582).

Em seguida, sobreveio a sentença de procedência do pedido, que afastou a preliminar de ilegitimidade passiva "arguida por Eliane Limberty Stuari, porque ela é herdeira de Arlete Limberty Stuari, conforme o documento de fls. 211 e 212" e, quanto ao mérito, apurada pela perícia judicial a legitimidade da cobrança pelo hospital "devem os réus ser condenados, solidariamente, a pagar para a autora a dívida indicada na petição inicial, nos termos dos artigos 1.997 do Código Civil e 796 do Código de Processo Civil. Sobretudo porque não ficou caracterizado estado de perigo, tal como defendido pela ré Vera Lúcia Limberty Stuari dos Santos" (fl. 586).

Pois bem.

Registra-se que a ação foi ajuizada em 28.05.2009 (fl. 2) e distribuída em 8.06.2009 (fl. 1) e que a corré Arlette Limberty Sturari faleceu um ano antes, em 29.03.2008 (fl. 152), o que o autor sabia ou devia saber, uma vez que, conforme se vê da certidão de óbito, o local do falecimento foi o "Hospital e Maternidade São Camilo Santana".

Nesse cenário, em razão do falecimento da corré Arlette Limberty Sturari antes do ajuizamento da ação, certa era a sua ilegitimidade para figurar no polo passivo do processo, porque não se promove ação contra pessoa morta e não se admitia habilitação de espólio ou de herdeiros, que tem pertinência apenas para a hipótese de sucessão com a pendência da demanda, como dispõe o artigo 687 do CPC, quer dizer, depois da citação, o que não ocorreu neste caso.

Acesso ao Sumário

Conforme decisão do Superior Tribunal de Justiça, de 02.05.23, "Se o réu falecer antes do ajuizamento da ação, não havendo citação válida, deve ser facultada ao autor a emenda à petição inicial, para incluir no polo passivo o espólio ou os herdeiros, nos termos do art. 329, I, do CPC/2015."(REsp 2.025.757-SE, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, 4ª Turma, unanimidade, j. 02/05/23, DJe 05/05/23) (Info 775 - STJ).

Emenda à inicial, propriamente, não houve e é inquestionável que a autora tinha ou devia ter conhecimento da morte da corré um ano antes do ajuizamento da ação, já que ela se deu no seu hospital.

Ocorre que a autora pediu a regularização do polo passivo do processo, com a citação dos herdeiros, o que se pode considerar como emenda (fls.

149/150).

É fato que a ação deveria ter sido promovida contra o Espólio de Arlette, porque sua certidão de óbito informou que ela deixou bens (fl. 152) e não havia informação de que eles já tivessem sido partilhados.

Não obstante, os réus também não demonstraram que houve a partilha, de modo que eles tinham e têm legitimidade para ocupar o polo passivo do processo, apesar da equivocada decisão determinando que se habilitassem no processo, ao invés de ter sido recebida a emenda da inicial.

Os réus, de todo modo, passaram a integrar o processo e o equívoco não causou prejuízo, que eles nem sequer aventaram.

Por outro lado, no que diz respeito à apelante, a prestação do serviço médico-hospitalar é incontroversa e, conforme constou da conclusão do laudo pericial, "Os atendimentos médicos e procedimentos realizados na internação de 25 a 29 mar 2008 foram apropriados e tempestivos. O óbito decorreu da progressão natural de doença com alta letalidade. Não houve falhas técnicas no atendimento prestado. O diagnóstico havia sido estabelecido dois meses antes da internação. A periciada e seus familiares estavam cientes da doença e do mau prognóstico". (fl. 538).

Então, quando Arlette foi internada, seu estado já era grave e conhecido, tanto que, um ano antes, ela estivera internada no mesmo hospital, conforme os documentos juntados aos autos.

Se, no momento da internação, o hospital foi conveniente para prestar os serviços e o fez devidamente e se Andressa sabia que a internação era particular, ela, que se responsabilizou pelo pagamento dos serviços médico-hospitalares, por ele está obrigada, não havendo mínima demonstração de coação.

Nem de longe, também, há infração ao direito à informação, assim como não há o invocado estado de perigo, na assinatura do contrato de prestação de serviço, que se dá "quando alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa" (art. 156 do Código Civil).

Diante do exposto, nego provimento ao apelo, majorando os honorários advocatícios devidos aos patronos do autor para 11% do valor da condenação (CPC, art. 85, § 11).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1021594-37.2020.8.26.0007, da Comarca de São Paulo, em que é apelante JEREMIAS VIEIRA SAMPAIO (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado RED FOX MOTOS E VEÍCULOS LTDA.

ACORDAM, em 28ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça

Acesso ao Sumário

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 2.049)**

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

São Paulo, 30 de abril de 2024.

RODRIGUES TORRES, Relator

Ementa: Apelação. Ação indenizatória por danos morais e estéticos. Aquisição de motocicleta zero quilômetro. Colisão com veículo em razão de falha nos freios. Escoriações e fratura sofridas em razão do acidente. Sentença de parcial procedência. Condenação da ré ao pagamento de indenização por danos morais no montante de R$ 7.500,00.

Recurso do autor. Pretensão à majoração dos danos morais fixados, nos termos da petição inicial, para o montante de R$ 15.000,00. Admissibilidade. Valor apto a assegurar justa reparação, sem ocasionar enriquecimento ilícito. Correção monetária e juros de mora corretamente fixados. Manutenção. Danos estéticos não demonstrados. Provas documentais a evidenciar pequenas cicatrizes e escoriações. Sentença parcialmente reformada. Recurso parcialmente provido.

VOTO

VISTOS PARA JULGAMENTO

JEREMIAS VIEIRA SAMPAIO, nos autos da "ação de indenização por danos morais e estéticos" promovida em face de **SUZUKI RED FOX MOTOS E VEÍCULOS LTDA,** inconformado, apresentou recurso de **APELAÇÃO** contra a r. sentença de fls. 242/243, que julgou parcialmente procedentes os pedidos, nos seguintes termos do dispositivo: "*Ante o exposto, com fundamento no art. 487, I, do Código de Processo Civil, julgo parcialmente procedentes os pedidos para condenar a ré a pagar ao autor, a título de indenização por danos morais, a quantia de R$ 7.500,00, com correção monetária pela tabela prática do Tribunal de Justiça a partir desta data e juros moratórios de 1% ao mês a contar da citação. Em razão da sucumbência recíproca, cada parte arcará com metade das custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios que fixo em 20% sobre o valor atualizado da condenação, cabendo 10% ao patrono*

Acesso ao Sumário

de cada litigante. Em relação ao autor, a exigibilidade destas verbas fica suspensa na forma do art. 98, § 3º, do Código de Processo Civil".

Em suas razões recursais, o autor **alega o seguinte:** sofreu inúmeros problemas decorrentes do acidente, por erro comprovado e causado pela Apelada, que colocou no mercado um produto zero quilômetro sem freios, comprometendo totalmente a sua segurança; foi obrigado a arcar com os custos hospitalares, teve seu ombro deslocado, dedo mínimo da mão esquerda quebrado e inúmeras escoriações; o valor de R$ 7.500,00, arbitrado a título de danos morais, não alcança o caráter pedagógico, considerando-se o porte da empresa apelada e a dor moral que experimentou; requer a procedência da ação em relação ao pedido de condenação da apelada por danos estéticos, enfatizando que a demanda se processa à luz do Código de Defesa do Consumidor, com inversão do ônus da prova, na medida em que há verossimilhança nas alegações do apelante, que vieram lastreadas nas provas, imagens, vídeos, Boletim de Ocorrência, e laudos; deve ser considerado para início do cômputo de juros e correção monetária o dia do acidente que o vitimou, ou seja, o dia 13.01.2020 (fls. 246/259).

Não foram apresentaram **contrarrazões** (fls. 266).

A apelação é tempestiva, dispensado o recolhimento do preparo por ser o autor beneficiário da justiça gratuita (fls. 89).

Eis o relatório.

Passo a votar.

A pretensão recursal do autor procede em parte.

Consta dos autos que o autor foi presenteado, em 02/12/2019, com a motocicleta JTZ/Chopper, placas FYI-7639, zero quilômetro, adquirida da requerida, de SUZUKI RED FOX MOTOS E VEÍCULOS LTDA. Relata o autor que, no dia 13/01/2020, enquanto trafegava por uma via pública com a motocicleta, acabou colidindo contra um veículo, tendo este acidente ocorrido em razão de falha nos freios. Diz que, em razão do acidente, sofreu múltiplas escoriações no ombro e braço, tendo, ainda, fraturado um dedo da mão esquerda. Afirma que, após o acidente, constatou que a motocicleta não possuía o freio traseiro, o que foi providenciado pela requerida após o acidente. Requer, por isso, seja a ré condenada ao pagamento de indenização por danos morais e estéticos, nos valores de R$ 15.000,00 e R$ 20.000,00, respectivamente (fls. 01/40).

Ofertada contestação (fls. 97/104), o feito foi saneado e determinada a produção de prova pericial (fls. 136/137). O perito judicial apresentou seu laudo às fls. 170/219.

- Dos danos morais

Decidiu com exação o d. magistrado ao reconhecer a configuração de danos morais, conforme transcrição parcial da r. sentença:

"*Após minucioso exame da motocicleta, além de fotografias e vídeos existentes nos autos,* ***o perito judicial*** *concluiu que a ré vendeu ao autor*

Acesso ao Sumário

o veículo com o sistema de freio incompleto, consignando em seu laudo: "Com base na documentação acostada nos autos, avaliações técnicas e nas informações fornecidas durante a perícia, é possível a este auxiliar da justiça afirmar que o objeto da lide, na data da realização da perícia, se encontrou com o sistema de freio reparado, ***no entanto, foi comercializado e entregue inicialmente para o autor, sem a instalação do reservatório do fluido de freio traseiro****" (fl. 218).* ***Nesse passo, cabalmente provado que o acidente acima mencionado ocorreu em razão de defeito no sistema de freio da motocicleta, impondo-se, por conseguinte, a responsabilização da ré pelos danos causados ao autor, nos termos do art. 12, caput, do Código de Defesa do Consumidor****. Restaram caracterizados danos morais indenizáveis, uma vez que o defeito verificado no sistema do freio foi gravíssimo e colocou em risco a vida do autor. Não bastasse, em virtude deste defeito, o autor sofreu acidente grave, tendo que se submeter a procedimento cirúrgico*" (fls. 243). (***g.n.***)

O perito judicial foi claro ao concluir que a ré vendeu ao autor veículo com sistema de freio incompleto, sendo o motivo da ocorrência do evento danoso.

Inequívoca a frustração do autor e de sua filha que o presenteou, diante da expectativa de usufruir do produto recém adquirido, zero quilômetro, com a segurança esperada, bem como na frustração e angústia pela compra de produto defeituoso que o expôs a perigo e risco de vida.

Na doutrina de Humberto Theodoro Júnior: "*Na verdade, o que não se prova é a dor moral, porque se passa na esfera subjetiva do ofendido, onde a pesquisa probatória não tem como alcançar. O dano, porém, objetivamente, atinge um direito da personalidade, que exteriormente pode ser detectado e cuja ofensa pode ser evidenciada, indiferentemente da penetração do psiquismo da vítima. Pela gravidade da ofensa ao direito da personalidade (honra, intimidade, nome, etc.), o Juiz pode avaliar a repercussão da dor que, de fato, afetou o titular do direito violado. Assim, não é correto afirmar-se que a condenação, "in casu", independe de prova de dano. Este é avaliado exteriormente, de modo que a vítima não pode deixar de provar que um direito ligado à sua personalidade foi realmente ofendido, de maneira grave e ilícita*"[1].

No caso dos autos, o defeito do produto representou concreto risco à segurança e integridade física do apelante, e as consequências anímicas experimentadas em decorrência do acidente assumiram proporções suficientes para caracterizar dano moral.

Assim, evidente a violação aos direitos de personalidade do apelante, como bem reconhecido na r. sentença, mormente no que tange à sua segurança, integridade física e saúde emocional, suficiente para caracterizar danos morais

1 *In* "Dano Moral", 2007, p. 123

Acesso ao Sumário

indenizáveis.

À míngua de critério objetivo, a fixação do valor da indenização há de ser balizada pelos critérios de razoabilidade e da proporcionalidade, de forma a não dar causa a enriquecimento injustificado, de um lado, e a considerar o grau de reprovação do defeito de fabricação, comercialização e prestação de serviços, bem como o porte econômico da fornecedora, de outro.

Dessarte, diante da necessidade de desestimular a reiteração da conduta da apelada, considerado, em especial, o seu potencial econômico, **cabível a majoração** do montante fixado a título de danos morais devidos pela ré à autora para **R$ 15.000,00 (quinze mil reais)**, corrigido monetariamente desde a fixação (Súmula 362 do STJ) e acrescidos de juros de mora, conforme fixado pela r. sentença, ou seja, desde a citação, eis que configurada relação contratual.

E, ao contrário do alegado pelo apelante, mostra-se correta a incidência da correção monetária, eis que em consonância com a Súmula 362 do STJ, bem como dos juros de mora a partir da data da citação, posto que em consonância com o disposto no artigo 405, do Código Civil, e com o entendimento que prevalece no C. Superior Tribunal de Justiça (AgInt no AREsp 1684163/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 24/05/2021, DJe 28/05/2021; AgInt nos EDcl no AREsp 1734928/RJ, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 10/05/2021, DJe 17/05/2021).

- Dos danos estéticos

Por outro lado, não merece acolhida a insurgência do autor quanto ao tópico da sentença que afastou a incidência de danos estéticos.

O dano estético refere-se a danos causados à aparência física de uma pessoa como resultado de um evento, acidente, como no caso dos autos, ou ação negligente de outra parte, ocasionando-lhe cicatrizes, deformidades, perda de membros, dentre outras situações que afetam a aparência externa e podem causar sofrimento emocional, constrangimento ou impacto psicológico significativo. E, embora traga em seu bojo dano moral, o dano estético, por seu reflexo negativo na pessoa que se vê com sequelas, comporta indenização individualizada quando observada a possibilidade de dissociá-los.

Todavia, não é esse o caso dos autos.

Do exame das fotografias de fls. 67/79, o que se observa são pequenas cicatrizes, sem modificação duradoura na aparência externa do autor capaz de lhe causar incômodo ou o expor a situação vexatória, como consignou com acerto o d. juízo *a quo*. Tampouco há relatórios médicos apontando sequelas pelas fraturas que sofreu o autor no acidente, não merecendo a r. sentença, nesse tópico, qualquer reparação.

Por fim, em razão do parcial provimento do recurso, deixo de majorar os honorários advocatícios recursais, em razão do decidido nos REsps repetitivos

Acesso ao Sumário

nº 1865553/PR, 1865223/SC e 1864633/RS (tema 1059), com a seguinte 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*", bem como pela ausência de contrarrazões.

ISSO POSTO, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso de apelação para condenar a ré ao pagamento de danos morais ao autor no montante de R$ 15.000,00 (quinze mil reais), corrigido monetariamente desde a fixação (Súmula 362 do STJ) e acrescidos de juros de mora, desde a citação.

Eis o meu voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1137125-18.2022.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante F.G.S., são apelados R.A. (E OUTROS(AS)) e F.J.A.S.

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/SUSTENTARAM ORAMENTE O(A) ADVOGADO(A) JORGE ALBERTO PASSOS RODRIGUES E IURY AUGUSTO OLIVEIRA JARDIM", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39.766)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SALLES ROSSI (Presidente sem voto), CLARA MARIA ARAÚJO XAVIER e ALEXANDRE COELHO.

São Paulo, 8 de maio de 2024.

THEODURETO CAMARGO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE FILIAÇÃO - DEMANDA CUMULADA COM PEDIDO DE ANULAÇÃO DE REGISTRO DE NASCIMENTO - PRETENSÃO DO AUTOR DE DESCONSTITUIR A PATERNIDADE DO FILHO DA RÉ - RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO INICIAL - PRAZO DECENAL - INTELIGÊNCIA DO ART. 205 DO CC - PRECEDENTE DO STJ - SENTENÇA MANTIDA - APELO DESPROVIDO.

VOTO

Cuida-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls. 155/162, que declarou a incompetência absoluta do Juízo para apreciar e julgar os eventuais ilícitos penais supostamente perpetrados, bem como acolheu a prejudicial de prescrição suscitada em contestação. Em consequência, extinguiu o feito com resolução do mérito, nos termos do art. 205 do CC e do art. 487, II, do CPC.

Por força da sucumbência, o autor foi condenado nas custas e despesas processuais, bem como nos honorários dos advogados dos réus, arbitrados em 10% sobre o valor da causa, nos termos do artigo 85, § 2º, do CPC.

Rejeitados os embargos de declaração opostos às fls. 164/166 (fls. 167/168), recorre o autor pugnando pela reforma do r. pronunciamento sob a alegação, em síntese, de que a pretensão veiculada não está prescrita, posto que apenas tomou conhecimento da filiação de F.J. por ocasião da abertura do inventário extrajudicial de seu genitor (08.06.2020). Diante da falsidade do registro, insiste na procedência do pedido inicial (fls. 177/190).

Contrarrazões às fls. 230/256.

Houve oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

1.– DO RECEBIMENTO DO RECURSO - O recurso é recebido nos efeitos devolutivo e suspensivo.

2.- SÍNTESE DA DEMANDA - O autor ajuizou a presente ação visando à declaração de inexistência de filiação e à anulação do registro de nascimento de F.J.A.S.

De acordo com as alegações iniciais, o autor é filho advindo das primeiras núpcias de F.A.S.S. Após o divórcio, seu genitor, em 14.11.2008, casou com a requerida R.A., que perdurou até a data de seu óbito, em 1º.05.2020.

F.J.A.S. nasceu em 30.11.1999 e consta no seu assento de nascimento que seus pais seriam F.A.S.S. e a requerida R.A. No entanto, referido registro seria objeto de fraude porque R.A. não estava grávida no ano de 1999, sendo que o autor apenas teve conhecimento do teor da certidão de nascimento de F.J.A.S. quando da realização do inventário extrajudicial de seu pai, F.A.S.S., em 08.06.2020.

Considerando que F.J.A.S. não é filho biológico do falecido F.A.S.S. nem da requerida R.A., o autor ajuizou a presente ação para que seja declarada inexistente a filiação e seja anulado o registro de nascimento.

Citados, os requeridos apresentaram contestação às fls. 72/96.

O MM. Juiz singular houve por bem reconhecer a prescrição da pretensão inicial e extinguiu o feito com resolução do mérito, nos termos do art. 487, II, do CPC.

3. DIREITO – O apelo não merece acolhida.

Acesso ao Sumário

Da detida análise dos autos, infere-se que o autor ajuizou a presente ação visando à anulação do assento de nascimento de F.J. lavrado em 17.12.1999.

De acordo com a escritura pública de fls. 106/109, o falecido F.A. reconheceu a paternidade de F.J. em 25.05.2000.

O autor, como bem observado pelo MM. Juiz singular, "teve ciência inequívoca da maternidade e da paternidade de seu irmão unilateral por parte de pai, em 18 de junho de 2000, data da celebração de seu batizado, tendo, inclusive, aceitado o convite para ser o padrinho de seu irmão, consoante documento de fls. 104".

Ora, considerando que a presente ação foi ajuizada apenas em 10.12.2022, decorreu prazo superior a 10 anos, de modo que a pretensão inicial foi fulminada pela prescrição, nos termos do art. 205 do CC.

E nem se diga que a presente ação é imprescritível, uma vez que, como já assentado pelo C. STJ, não se confunde com a ação negatória/investigatória de paternidade e se submete à regra da prescrição decenal.

Nesse sentido: "CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO ANULATÓRIA DE REGISTRO CIVIL DE NASCIMENTO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA SOBRE DISPOSITIVO LEGAL APENAS MENCIONADO NO RECURSO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 284 / STF. DIREITO INTERTEMPORAL. ATO JURÍDICO PRATICADO NA VIGÊNCIA DO REVOGADO CC/1916. PRETENSÃO ANULATÓRIA ASSENTADA EM ERRO APENAS REVELADO NA VIGÊNCIA DO CC/2002. INAPLICABILIDADE DA LEGISLAÇÃO REVOGADA. IMPRESCRITIBILIDADE DA PRETENSÃO ANULATÓRIA DE REGISTRO. INOCORRÊNCIA NA HIPÓTESE. INEXISTÊNCIA DE CASAMENTO OU UNIÃO ESTÁVEL ENTRE OS GENITORES. APLICAÇÃO DA REGRA GERAL DE PRESCRIÇÃO. OBSERVÂNCIA DO PRAZO DECENAL PREVISTO NO ART. 205 DO CC/2002. 1. Ação distribuída em 30/01/2013. Recurso especial interposto em 07/06/2016 e atribuído à Relatora em 20/03/2017. 2- Os propósitos recursais consistem em definir qual é a legislação aplicável, no que tange à prescrição, na hipótese em que o ato jurídico que se pretende anular fora praticado na vigência da legislação revogada, mas a causa de pedir da ação anulatória somente se perfectibilizou na vigência da legislação em vigor e, ainda, se a pretensão anulatória de registro civil deduzida pelo genitor é imprescritível ou se, ao revés, submete-se aos prazos prescricionais estipulados na legislação civil. 3- É inadmissível o recurso especial quando não demonstrado, nas razões recursais, de que maneira o dispositivo legal teria sido violado. Incidência da Súmula 284/STF. 4- Se o erro substancial que sustenta a anulação do ato jurídico de registro civil de nascimento apenas foi revelado na vigência do CC/2002, a legislação aplicável, inclusive no que diz respeito aos prazos prescricionais, será aquela em vigor no momento em que o erro ficou configurado, ainda que o ato jurídico que se pretende anular tenha

Acesso ao Sumário

sido praticado na vigência do revogado CC/1916. 5- A regra de imprescritibilidade prevista no art. 1.601 do CC/2002 somente se aplica às contestações de paternidade derivadas de relação conjugal estável, submetendo-se as demais, especialmente as que não decorrem do casamento ou da união estável, aos prazos prescricionais previstos no CC/2002. 6- Ausente previsão de prazo prescricional específico para a situação de ação anulatória de registro civil de nascimento assentada em erro e ajuizada por quem não era marido e nem companheiro, aplica-se a regra geral contida no art. 205 do CC/2002, submetendo-se a prescrição ao prazo decenal, inocorrente na hipótese porque o erro substancial ocorreu em 2008 e a ação anulatória foi ajuizada em 2013. 7- Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, desprovido" (STJ–3ªT., REsp 1698684/RS, REsp 2017/0055515-0, rel. Nancy Andrighi, j. 17.04.2018).

Ainda que assim não fosse, o próprio autor reconhece que F.J. sempre foi tido como filho de F.A., ou seja, seu irmão unilateral.

O vínculo da paternidade, seja biológica, adotiva ou socioafetiva, gera, para fins jurídicos, os mesmos efeitos e, no caso dos autos, o falecido F.A. reconheceu livre e espontaneamente a paternidade de F.J. por meio de escritura pública (fls. 106/109), sendo inviável a pretensão do autor de desconstituir tal fato.

De mais a mais, se o autor alega que apenas teve conhecimento do registro de nascimento de F.J. apenas por ocasião da abertura do inventário extrajudicial e discordava de tal situação, não deveria ter levado adiante a partilha de bens, porquanto, nessa oportunidade, advogou em causa própria bem como em favor dos interesses dos requeridos.

Feitas essas considerações, não bastasse a prescrição da pretensão, não se verifica interesse nem tampouco sucesso no pleito autoral, devendo a r. sentença de fls. 155/162 ser mantida nos termos em que foi lançada.

4. DOS HONORÁRIOS RECURSAIS – Em razão do desprovimento do recurso, devem os honorários advocatícios ser majorados para 15% do valor da causa, nos termos do art. 85, § 11, do CPC.

5.- CONCLUSÃO – Daí por que se nega provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0001255-84.2012.8.26.0062, da Comarca de Bariri, em que é apelante PETROBRÁS DISTRIBUIDORA S.A., são apelados POSTO SAO CRISTOVÃO DE BARIRI, LUCINDA RODRIGUES TEIXEIRA e AURÉLIO JORGE TEIXEIRA.

ACORDAM, em 25ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Mantiveram a decisão anteriormente proferida. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acór-

Acesso ao Sumário

dão. **(Voto nº 59.322)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores HUGO CREPALDI (Presidente) e MARCONDES D'ANGELO.

São Paulo, 9 de maio de 2024.

ALMEIDA SAMPAIO, Relator

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL - REAPRECIAÇÃO DETERMINADA PELO EXMO. SR. PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO - JUROS - APLICAÇÃO DA TAXA SELIC - Inaplicabilidade da Taxa Selic - Entendimento admitido por diversas manifestações desta Corte - Manutenção.

VOTO

Por determinação do Exmo. Sr. Desembargador Presidente da Seção de Direito Privado, foi determinada a reavaliação da manutenção da aplicação da Tabela Prática do Tribunal de Justiça, tendo em conta julgamento ocorrido no Colendo Superior Tribunal de Justiça que estabelece a incidência da Taxa Selic.

Este é o relatório.

Com o devido respeito a entendimento diverso, creio que deve ser mantida a determinação da incidência da Tabela Prática desta Corte.

Apesar de doutas manifestações no sentido de aplicação da Taxa Selic, tenho observado a ausência de recurso que impõe este proceder. Também deve ser ressaltado que "*a Taxa Selic é taxa básica de juros da economia, não se tratando de índice de correção monetária ...*"[1].

Segue entendimento adotado nesta Corte:

"*Embargos de declaração. Vícios do art. 1.022 do CPC não configurados. Embargante condenada ao pagamento de indenização por danos morais. Termo inicial dos juros moratórios na data da citação, por se tratar de responsabilidade contratual. Inaplicabilidade da tese aprovada pelo STJ no julgamento do Tema 1002, aplicável apenas aos casos de resolução do contrato de compromisso de compra e venda por iniciativa do comprador. Não incidência da taxa SELIC, seja a título de atualização monetária ou como juros moratórios. Indenização que deve ser corrigida pela tabela prática deste Tribunal de Justiça e acrescida de juros moratórios de 1% ao mês, nos termos do art. 406 do CC c.c. o art. 161, § 1º do CTN. Precedentes do STJ. Embargos de declaração rejeitados.*"[2]

Portanto, tendo em consideração o acima exposto e com vênias a posicionamento diverso, ao meu juízo, correta a determinação.

Isto posto, pelo meu voto, mantenho o decidido.

1 Agravo de Instrumento: AI 20948270320228260000 SP 2094827-03.2022.8.26.0000.

2 Embargos de Declaração Cível 1004756-32.2023.8.26.0292.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1005088-80.2021.8.26.0223, da Comarca de Guarujá, em que é apelante LUCIMEIRE ALVES DE SOUZA (JUSTIÇA GRATUITA), são apelados MARGARETH E DE AMORIM, SEGURO SURA BRASIL S.A. e USS NEGÓCIOS E SERVIÇOS PORTUÁRIOS EIRELI.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 31ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram parcial provimento ao apelo, com observação, V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 53.458)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ANTONIO RIGOLIN (Presidente) e ADILSON DE ARAUJO.

São Paulo, 13 de maio de 2024.

PAULO AYROSA, Relator

Ementa: ACIDENTE DE VEÍCULO - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS, MORAIS E LUCROS CESSANTES - COLISÃO ENTRE CAMINHÃO DAS RÉS E VEÍCULO DA AUTORA, QUE ESTAVA ESTACIONADO - CULPA DO PREPOSTO DAS RÉS DEMONSTRADA - DANOS NO AUTOMÓVEL - VENDA DO BEM DURANTE A INSTRUÇÃO DO FEITO POR VALOR INFERIOR AO DE MERCADO (TABELA FIPE) - COMPROVAÇÃO DOS DANOS POR ORÇAMENTOS APRESENTADOS PELA AUTORA - ADOÇÃO DESTES PARÂMETROS PARA A FIXAÇÃO DO VALOR ATINENTE AOS DANOS MATERIAIS - RECONHECIMENTO - LUCROS CESSANTES - VALOR ARBITRADO CONSIDERANDO O QUE A AUTORA DEIXOU DE AUFERIR EM SEU LABOR - MAJORAÇÃO - IMPERTINÊNCIA - LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

I- Comprovado que a autora, em decorrência do acidente, teve seu automóvel danificado, tendo apresentado orçamentos para demonstrar tal fato, cujo conteúdo guarda nexo com a natureza da colisão ocorrida pelo caminhão das rés, deve a indenização por danos materiais ter como parâmetro tais documentos, ainda

Acesso ao Sumário

que tenha sido o bem vendido no estado durante a instrução do feito, eis que o valor da venda correspondeu à metade do valor contido na Tabela Fipe, razão pela qual impertinente a adoção do orçamento apresentado pela seguradora, eis que muito inferior ao valor do bem, o que levaria a locupletamento ilícito por parte das rés;

II- Conquanto incontroverso o direito da autora ao pagamento correspondente aos lucros cessantes, eis que, após o acidente, foi compelida a não mais atuar como representante de vendas ante a impossibilidade de utilizar o veículo danificado, o valor condenatório arbitrado deve ser mantido, eis que não demonstrado pela autora o exato valor que deixou de auferir durante o período de três meses pleiteados na inicial, não havendo que se falar, no mais, em aplicação do 80 do Código de Processo Civil.

VOTO

LUCIMEIRE ALVES DE SOUZA propôs ação de indenização por danos materiais, morais e lucros cessantes em face de **MAURÍCIO JOSÉ KANASHIRO, MARGARETH ESTEVÃO DE AMORIM HIDALGO** e **U. S. S. NEGÓCIOS E SERVIÇOS PORTUÁRIOS EIRELI**, que denunciou à lide **SEGUROS SURA BRASIL.**

Pela r. sentença de fls. 497/502, cujo relatório ora se adota - em nada modificada por força dos embargos declaratórios opostos, rejeitados à fl. 514, julgou-se parcialmente procedente a ação "*para condenar as requeridas ao pagamento, à autora, de a) indenização por danos materiais, no importe de R$ 3.475,00, atualizado e acrescido de juros de mora desde a data do ilícito; b) indenização por lucros cessantes no valor de R$ 2.800,00, atualizados desde 24.02.2021, com juros de mora de 1% ao mês desde a citação; c) indenização por danos morais no valor de R$ 5.000,00, com correção monetária incidente da presente data e juros de mora contados da citação. Por conta da sucumbência, arcarão as rés com as custas e das despesas processuais, bem como com honorários sucumbenciais fixados em 15% do valor total da condenação*", julgado, no mais, procedente "*o pedido formulado pela litisdenunciante para condenar a denunciada ao ressarcimento dos valores objeto da condenação. Outrossim, condeno a seguradora ao pagamento das custas e despesas processuais inerentes à denunciação, bem como de honorários advocatícios, os quais fixo em 15% do valor condenatório*".

Inconformada, apela a autora almejando a reforma da decisão (fls.

525/538). Insurge-se, em síntese, contra parte da r. sentença no que concerne à indenização por danos materiais, eis que deve ser majorada para R$ 14.832,58 considerando o orçamento apresentado com a inicial, mormente por que o veículo foi vendido no estado a terceiro pelo valor de R$ 18.000,00, muito abaixo ao que consta na Tabela Fipe (R$ 36.156,00), devendo ser desconsiderado o valor apresentado pela seguradora em sede administrativa e fixado pelo MM. juiz *a quo*, sendo aquele o custo orçado para reparar o automóvel, implicando em assunção da quantia atinente ao dano residual descoberto (R$ 3.323,42), sob pena de ofensa aos arts. 402 e 944 do CC. No mais, pugna pela majoração do valor arbitrado a título de lucros cessantes em razão da perda do trabalho após o acidente, eis que o valor contido no *decisum* (R$ 2.800,00) é correspondente a um mês, sendo maior o período em que ficou sem poder exercer seu labor, o que enseja o provimento recursal, com pedido de condenação das rés às penas por litigância de má-fé.

O recurso foi respondido (fls. 549/556).

É O RELATÓRIO.

Conheço do recurso e lhe dou parcial provimento.

Propôs a autora esta ação de indenização por danos materiais, morais e lucros cessantes alegando que em 24.02.2021, por volta das 11h30min, seu veículo (marca Citröen, modelo C3 Aircross, ano 2011), que estava estacionado na rua Presidente Kennedy, altura do número 37, município do Guarujá-SP, foi abalroado pelo caminhão pertencente às rés, causando danos na traseira e na lateral esquerda, razão pela qual pugna pela condenação das rés ao pagamento de R$ 14.832,58 pelos danos materiais, bem como indenização por danos morais em R$ 5.000,00 e lucros cessantes no valor de R$ 2.800,00.

As rés contestaram o feito e denunciaram à lide a seguradora Seguros Sura Brasil, tendo o MM. juiz *a quo* julgado a ação parcialmente procedente, condenando as rés a pagar à autora indenização por danos materiais (R$ 3.475,00), morais (R$ 5.000,00) e lucros cessantes (R$ 2.800,00), condenada a denunciada, ainda, ao ressarcimento dos valores objeto da condenação, ensejando a interposição de recurso por parte da autora.

Pois bem, resta incontroverso que Mauricio José Kanashiro, condutor do caminhão pertencente às rés, deu causa ao acidente ao abalroar o veículo da autora que estava regularmente estacionado na via, restando a controvérsia, exclusivamente, quanto à extensão dos danos materiais e lucros cessantes.

Em relação aos danos materiais, respeitado o entendimento exarado pelo MM. juiz *a quo*, não há como se adotar o orçamento apresentado pelas rés em contestação, atinente à proposta apresentada pela seguradora Sura de pagamento à autora do valor de R$ 3.475,00, vez que tal documento, juntado à fl. 170, sequer pode ser considerado como um orçamento, e sim como mera estimativa de conserto do bem para fins de acordo, razão pela qual imprestável ao desate

Acesso ao Sumário

da lide.

Por sua vez a autora apresentou três orçamentos, sendo um oriundo de concessionária do veículo, em que restaram demonstrados, de forma pormenorizada, as peças a serem utilizadas, todas condizentes com os danos verificados no veículo, que abarcam não só a traseira, mas também a lateral esquerda, que também foi danificada, como demonstra a fotografia de fl. 15.

Assim, deve ser adotado, para a condenação atinente aos danos materiais, o orçamento de menor valor, qual seja, o de fl. 28, correspondente à quantia de R$ 14.832,58, devendo ser ressaltado, neste aspecto, que o valor do veículo, de acordo com a Tabela Fipe, é de R$ 36.156,00, mas foi a autora compelida a vendê-lo a terceiro por R$ 18.000,00 (fl. 209), equivalente à metade do valor, ante os problemas financeiros pelo qual passou em razão de não mais poder exercer seu labor justamente pela impossibilidade de utilizar o bem.

Desta forma, sopesando tais especificidades, é condizente que as rés devem pagar à autora o valor de R$ 14.832,58 a título de danos materiais, atualizado e com juros de mora desde a data do sinistro (Súmula nº 54 do STJ).

Já quanto aos lucros cessantes, verifica-se que, na inicial, a autora faz referência a três meses em que deixou de auferir renda mensal em razão da perda de seu veículo, atribuindo o valor de seu salário em R$ 2.800,00, fato também mencionado por seu empregador quando de sua oitiva.

Verifica-se, entretanto, que no pedido apresentado na inicial constou apenas o valor de R$ 2.800,00 (fl. 8), devendo também ser considerado o fato de que não comprovou que realmente auferia mensalmente tal quantia e, ainda, qual foi o período em que deixou efetivamente de receber tal valor, tendo seu empregador, em audiência, relatado que o afastamento da autora se deu de forma paulatina, isto é, que o valor por ela recebido foi diminuindo, mas sem saber informar de forma detalhada qual tenha sido a perda efetiva, tampouco a autora o fez, seja na inicial, seja nas manifestações ao longo da instrução do feito.

Desta forma, pertinente a manutenção do valor de R$ 2.800,00 para indenizar a autora a título de lucros cessantes, atualizado desde 24.02.2021 e com juros de mora a partir da citação.

Acesso ao Sumário

Também não prospera o pleito da autora para condenação por litigância de má-fé das rés, vez que para que haja tal condenação deve restar plenamente demonstrada a conduta desleal ou procrastinatória, o que não se configurou no caso sob exame.

Portanto, não há que se falar em litigância de má-fé por parte das rés, por não se vislumbrar nenhuma das hipóteses previstas no art. 80 do Código de Processo Civil.

Por fim, não é aplicável o art. 85, 11 do CPC, dado o parcial provimento do recurso.

Posto isto, dou parcial provimento ao apelo, com observação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1009526-52.2021.8.26.0223, da Comarca de Guarujá, em que é apelante LUIZ GUSTAVO MARTINS ALVES (JUSTIÇA GRATUITA), são apelados GARENA AGENCIAMENTO DE NEGÓCIOS LTDA. e GOOGLE BRASIL INTERNET LTDA.

ACORDAM, em 27ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 12534)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ROGÉRIO MURILLO PEREIRA CIMINO (Presidente), DARIO GAYOSO e DAISE FAJARDO NOGUEIRA JACOT.

São Paulo, 14 de maio de 2024.

ROGÉRIO MURILLO PEREIRA CIMINO, Relator

Ementa: APELAÇÃO. Ação declaratória de obrigação de fazer cumulada com indenizatória por danos morais. Sentença de improcedência. Inconformismo da parte autora. Parcial acolhimento. Parte autora que teve sua conta de usuário banida do jogo eletrônico administrado pela parte ré. Telas sistêmicas com informações incompletas que não servem para comprovar o cometimento de conduta violadora aos termos de uso. Necessidade de prova técnica rejeitada pela parte ré. Ônus que lhe incumbe, considerada a natureza consumerista e a hipossuficiência técnica da parte autora. Restauração da conta ao seu "status quo ante" que é de rigor. Danos morais, contudo, não reconhecidos. Necessidade de prova de que os direitos da personalidade foram efetivamente violados. Não comprovação. Sentença reformada em parte. Recurso parcialmente provido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de folhas 3106/3111, cujo dispositivo segue: "*Por todo o exposto, julgo improcedente o pedido. Com isso, fica extinto o feito com base no art. 487, I, do Código de Processo Civil. Sucumbente, arcará o autor com o pagamento das custas, das despesas processuais e dos honorários advocatícios que, nos termos do art 85,*

Acesso ao Sumário

§8º, do Código de Processo Civil, em R$2.000,00(dois mil reais), que deverão ser atualizado até o efetivo pagamento, respeitada a gratuidade da justiça."

A parte autora, ora apelante, sustenta que o ônus de comprovar o cometimento de conduta que vai contra os termos de uso da plataforma da empresa ré compete a essa última, e não ao recorrente. Insurge-se contra as telas sistêmicas utilizadas como prova, aduzindo sobre sua unilateralidade e falta de análise técnica que permita tornar aceitável o conteúdo lá exposto. Pleiteia, portanto, a procedência da ação, visando o restabelecimento de seu perfil de usuário e o recebimento de indenização de cunho extrapatrimonial.

Recurso regularmente processado e respondido.

Houve oposição ao julgamento virtual, nos termos da Resolução nº 772/2017 do Órgão Especial deste Tribunal.

É o relatório, adotado no mais, o da r. sentença.

O recurso comporta parcial provimento.

Por proêmio, cumpre salientar que as questões como o tempo de vida despendido pelo jogador dentro do jogo ou os números da empresa que sustenta o produto, são alheias à efetiva análise de mérito do apelo.

O foco do ponto controvertido e devolvido a essa Corte está na análise da prova e seu respectivo ônus, bem como se há ou não dano moral indenizável.

Em relação ao primeiro tópico, parte-se da premissa que a relação entre as partes é nitidamente de consumo, incidindo, no caso concreto, a inteligência do artigo 6º, inciso VIII, do Código de Processo Civil.

Sendo incontroverso que o banimento do jogador se deu por conduta violadora dos termos de uso do jogo, cumpre à empresa que o acusa o ônus de tal prova.

Nessa esteira, a única prova que temos nos autos visando preencher esse ônus é a de folha 2271, que não nos mostra a informação necessária para saber os motivos do banimento.

O documento de folha 2274, por sua vez, traz informações incompletas e, igualmente, não nos permite aferir a exata causa do banimento.

O mesmo ocorre com folhas 2276 e seguintes.

De fato, considerando a natureza dos dados e a ausência de informações precisas sobre os motivos do banimento, a prova técnica seria o meio hábil para o cumprimento do ônus probatório - o que foi rejeitado pela parte ré.

Invertido o ônus da prova, com fulcro no Diploma Consumerista, bem como descumprida a obrigação pela parte demandada, nos termos do artigo 373, inciso II, do Código de Processo Civil, de rigor se entender pela obrigação de imediato restabelecimento da conta do usuário, no "*status quo ante*" ao combatido banimento.

Com relação aos danos morais, contudo, não se vislumbra conduta ilícita da parte ré que permita a pretendida indenização, pois não violados os direitos

Acesso ao Sumário

da personalidade da parte apelante.

Por mais que alegue que sua imagem perante o público do jogo foi maculada, não faz prova de que modo ocorreu, presumindo-se o dano, não comprovando-o - o que não se admite para hipóteses em que o dano extrapatrimonial não é "*in re ipsa*", como no caso dos autos.

Assim, reforma-se em parte a r. sentença.

Ante o resultado do julgamento do recurso, a sucumbência da parte apelada é parcial, e não mínima a ensejar que a parte apelante suporte integralmente seu pagamento.

Em razão de sucumbência recíproca e proporcional, custas e despesas processuais são divididas entre as partes na proporção de 50%.

Acerca dos honorários advocatícios, impõe-se também à parte ré a mesma honorária designada à parte autora, sendo vedada a compensação e observada eventual gratuidade da justiça concedida às partes.

Registre-se que eventual oposição de embargos de declaração com intuito manifestamente protelatório está sujeito à pena prevista no artigo 1.026, §2º, do Código de Processo Civil.

Considera-se prequestionada toda a matéria constitucional e infraconstitucional discutida, evitando-se, com isso, oposição de embargos de declaração para este fim (Súmulas nº 211 do Superior Tribunal de Justiça e nº 282 do Supremo Tribunal Federal).

Diante do exposto, **DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000510-52.2024.8.26.0358, da Comarca de Mirassol, em que é apelante VALDECI NERES SANTANA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado BANCO BRADESCO S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 22ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso para anular a r. sentença. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.345)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores HÉLIO NOGUEIRA (Presidente), JÚLIO CÉSAR FRANCO e CAMPOS MELLO.

São Paulo, 16 de maio de 2024.

HÉLIO NOGUEIRA, Relator

Ementa: Apelação Cível. Ação de conhecimento declaratória c.c. obrigação de fazer e reparação de da-

Acesso ao Sumário

nos materiais e morais. Sentença de extinção do processo sem resolução do mérito, com fulcro no artigo 485, I, c.c. 321, parágrafo único, c.c. 330, IV, do CPC. Inconformismo do autor. Informações solicitadas que não são esclarecimentos que o autor tenha que fornecê-los e, sobretudo, porque são dispensáveis à compreensão da causa, tampouco ao exercício da ampla defesa pela ré. A determinação para comparecimento do autor em cartório para ratificação dos termos do ajuizamento e da procuração outorgada, constitui exigência que estaria em linha de preocupação com a existência de advocacia predatória, o que levou a Corregedoria Geral de Justiça desta E. Corte a baixar Comunicado CG nº 02/2017, apontando algumas práticas para enfrentamento da questão. Todavia, desnecessário no caso. Está presente nos autos que o autor, expressamente, com a documentação pessoal juntada com a petição inicial, dirime qualquer dúvida de que não desconhece sua representação. Instrução trazida para os autos que é suficiente para a angularização da demanda. Sentença anulada. Recurso provido.

VOTO

Cuida-se de Apelação Cível que objetiva a reforma da respeitável sentença de fls. 279/286, complementada pela decisão de fls. 297/298 que, em "Ação de conhecimento declaratória c.c. obrigação de fazer e reparação de danos materiais e morais", julgou extinto o feito, nos termos dos arts. 485, inc. I, c.c. 321, § Único, c.c. 330, inc. IV, todos do Código de Processo Civil.

Em razão da sucumbência, condenou o autor ao pagamento das custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios, estes fixados em 10% sobre o valor da causa, observada a gratuidade concedida.

O autor, não conformado com a decisão, apela (fls. 301/331). Alega que acompanhou a petição inicial procuração válida, assinada pela parte autora (fl. 27)

Aduz que também acostou aos autos procuração específica e declaração da parte autora sobre a ciência da ação (fls.289/293). Além de vídeo da parte autora informando a autorização para ingressar com a ação e constituição dos causídicos *https://1drv.ms/v/s!Al3yD- t27vX0gXxvCPUKkAqMWAvC?e=-8GJ35Y".

Sustenta que a r. sentença é capaz de causar lesão à garantia de livre acesso ao judiciário e ofende os princípios processuais da inércia, do devido

Acesso ao Sumário

processo legal, do contraditório, da ampla defesa e da imparcialidade.

Requer, por fim, seja o recurso conhecido e provido, para ver anulada a r. sentença e para que o feito tenha seu regular processamento, bem como seja revogada a multa aplicada e a determinação de expedição de ofício à NUMOPEDE e à OAB.

O recurso é tempestivo.

Em contrarrazões (fls. 340/342), a apelada postula seja negado provimento ao recurso e mantida a r. sentença.

O autor é beneficiário da gratuidade da justiça.

O recurso foi recebido no seu regular efeito.

É o relatório.

Versam os autos sobre ação de conhecimento declaratória c.c. obrigação de fazer e reparação de danos materiais e morais, na qual o autor afirma ter sido surpreendido com descontos em benefício previdenciário em razão da entabulação de contrato fraudulento à sua revelia e sem a sua autorização.

Veio em juízo, em razão do ocorrido, pugnar pela declaração de inexistência do contrato nº 341220303-0, datado de 05/10/2021, no valor de R$ 1.365,00, para pagamento em 84 parcelas mensais de R$ 16,25, (fl. 34), pela restituição dobrada do que lhe foi cobrado ou, alternativamente, pela devolução simples, além da condenação da ré ao pagamento de indenização por danos morais no importe de R$20.000,00.

O magistrado "a quo", no despacho de fl. 171/174, determinou à parte autora que: a) providencie a juntada de comprovante atualizado de endereço, de declaração de próprio punho sobre os fatos que levaram ao ajuizamento da presente ação e de procuração específica ao feito; b) informe o seu e-mail e telefone; c) providencie a juntada de extrato bancário da conta de sua titularidade e do mês da operação do suposto crédito indicado na Contestação pela Instituição Financeira requerida, caso a defesa já tenha sido apresentada; d) compareça pessoalmente em Cartório judicial (1ª Vara de Mirassol/SP), munida de documento próprio e original com foto e o comprovante de endereço atualizado, para ratificação da procuração dos termos do ajuizamento, o que deverá ser prontamente certificado pela serventia. Tudo isso sob pena de indeferimento e extinção, sem nova intimação."

Pois bem, ante a inércia da parte autora, sobreveio, então, a extinção do processo sem resolução do mérito, motivo pelo qual o autor se insurge aqui.

E, anotado o respeito para divergir da compreensão do juízo "a quo", com razão no seu inconformismo.

Não se ignora a existência de um imenso volume de ações como a presente em trâmite por todas as Comarcas do Estado, tanto que a Corregedoria Geral de Justiça desta E. Corte baixou o Comunicado CG nº 02/2017, apontando algumas práticas para enfrentamento da questão.

Acesso ao Sumário

Em assim sendo, a determinação para comparecimento do autor em cartório para ratificação dos termos do ajuizamento e da procuração outorgada, constitui exigência que estaria em linha de preocupação com a existência de advocacia predatória, nos termos do referido comunicado.

E que o fosse, argumento que me permito, teria que estar a se sinalizar, minimamente, situação de divergência entre as assinaturas existentes em documentos oficiais e a procuração, nos termos do artigo 105 do CPC, correspondente ao artigo 38 do CPC/73, que não sendo, nova argumentação, há dispensa de reconhecimento de firma na procuração outorgada ao advogado, e no mesmo sentido, não há necessidade da ratificação de sua outorga.

Nesse aspecto, anota Theotonio Negrão:

"O art. 38 do CPC, com a redação dada pela Lei nº 8.952/94, dispensa o reconhecimento de firma nas procurações empregadas nos autos do processo, tanto em relação aos poderes gerais para o foro (cláusula ad judicia), quanto em relação aos poderes especiais (et extra) previstos nesse dispositivo. Em outras palavras, a dispensa do reconhecimento de firma está autorizada por lei quando a procuração ad judicia et extra é utilizada em autos do processo judicial". (RF 359/252 e Bol. AASP 2.219/1.881, acórdão unânime da Corte Especial do STJ"), ("in Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, Saraiva, 2010, 42ª. ed., nota 3a ao artigo 38, p.164).

Nesse sentido, já decidiu esta E. Corte:

"Contrato bancário. Ação declaratória de inexistência de débito. Processo extinto, sem julgamento do mérito, nos termos do art. 485, IV do CPC. Decisão fundamentada no Comunicado CG nº. 02/2017, emitido em razão de suspeita de fraude em ações de mesma natureza. Inicial indeferida em razão da ausência de autenticação das cópias dos documentos que instruíram a inicial bem como do reconhecimento da firma da autora lançada na procuração ad judicia. Não cabimento, visto tratar-se o comunicado de mera recomendação, sem natureza de lei. Condições da ação que devem ser previstas por lei em atenção ao princípio da legalidade. Sentença anulada. Recurso provido". (Apelação Cível nº 1013795-15.2017.8.26.0405, Des. Relator: Gilberto dos Santos, 11ª Câmara de Direito Privado, j. 26/10/2017).

"Apelação. Ação declaratória de inexistência de débito, sob alegação de desconhecimento da contratação. Petição inicial indeferida, extinto o processo, sem resolução de mérito, nos termos do artigo 295, inciso VI, cc artigo 267, incisos I e IV, do CPC. Comunicado CG nº 29/2016 da Corregedoria Geral de Justiça do Estado que alerta juízes sobre fraudes em ações declaratórias de inexistência de débito. Indeferimento afastado. Juntada de cópias dos documentos pessoais da autora. Desnecessário reconhecimento de firma na procuração outorgada e na declaração de hipossuficiência, bem como de autenticação das cópias dos documentos pessoais que instruem a inicial e demonstrativo de ne-

Acesso ao Sumário

gativação. Sentença de extinção anulada. Retorno dos autos ao primeiro grau de jurisdição para prosseguimento do feito. Recurso provido". (Apelação nº 1000223-45.2016.8.26.0625, E. 18ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Edson Luiz de Queiróz, j. em 19/07/2016).

Ademais, analisando-se as demais exigências do magistrado, ele determinou, entre outras, a juntada de comprovante de residência atual para o feito, quando aquele juntado à fl. 30 corresponde a outubro de 2023. Também atribuir ao autor a incumbência de juntar extratos bancários para comprovar o recebimento do valor do empréstimo, antecipando uma eventual alegação a ser apresentada pela ré, é beneficiá-la por ser essa incumbência dela.

Outrossim, está presente nos autos que ele, autor, expressamente, com a documentação pessoal juntada com a petição inicial, principalmente com a juntada de procuração assinada de próprio punho (fl. 27), já dirime qualquer dúvida de que não ignora a sua representação em mandato estabelecido ao advogado para o interesse de agir em seu nome em juízo, com concreta prova dos descontos em seu benefício, referente a contrato de empréstimo que nega a contratação.

Não se ignora o cumprimento extemporâneo do despacho proferido pelo magistrado (fls. 289/293), consistente em juntada de procuração específica para o feito, declaração de reconhecimento da contratação do patrono, vídeo da parte autora reconhecendo a contratação e comprovante de residência de fevereiro de 2024, mas, como dito, esse arcabouço foi produzido após publicação da sentença.

Mas para o caso, o raciocínio é de que tal produção não era necessária quando preenchidos os requisitos da ação previstos nos artigos 319 e 320, do CPC

Suficiente esta instrução trazida para lhe assegurar desafio e angularização da demanda, como dito anteriormente. Quanto ao mais de consequências, desnecessário avivar a parte quanto aos aspectos processuais que circundam condutas quais o dever de transparência e lealdade processual.

Portanto, à vista destas considerações, de rigor o afastamento do decreto de extinção

Ante o exposto, por meu voto, dá-se provimento ao recurso, para anular a r. sentença e determinar o regular prosseguimento do feito.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0003841-68.2020.8.26.0077, da Comarca de Birigüi, em que são apelantes MARIA ELIZABETH PASSARELLI SIQUEIRA, RENATA PASSARELLI SIQUEIRA MARQUEZ, MARIA CRISTINA PASSARELLI SIQUEIRA e LUIS FER-

Acesso ao Sumário

NANDO PASSARELLI SIQUEIRA, é apelado CVAL ALUGUEL DE VEÍCULOS EIREL.

ACORDAM, em 35ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso, com determinação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37777)**

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

São Paulo, 13 de maio de 2024.

FLAVIO ABRAMOVICI, Relator

Ementa: LOCAÇÃO DE BEM MÓVEL - COBRANÇA DANOS MATERIAIS - RECONVENÇÃO - RESTITUIÇÃO - Celebrado contrato de locação de veículo entre a Autora-Reconvinda e o de cujus Silvio Lopes Siqueira (falecido no curso do processo, com habilitação dos herdeiros Requeridos-Reconvintes) - Veículo danificado após acidente de trânsito - Contrato estabelece a perda de seguro e cobrança integral da reparação de dano em caso de não apresentação de boletim de ocorrência - Não comprovada a apresentação daquele documento - Ausente a nulidade das cláusulas contratuais - Cabível a cobrança do orçamento de menor valor para a reparação dos danos ao veículo - Excessivo o valor das diárias - Cabível a cobrança de seis diárias - Descabida a pretensão reconvencional de restituição parcial de valor descontado em fatura de cartão de crédito, porque o valor é inferior ao ressarcimento do dano material - SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA DA AÇÃO PRINCIPAL, para condenar os Requeridos-Reconvintes ao pagamento de indenização por dano material no valor de R$ 15.760,51 E DE IMPROCEDÊNCIA DA RECONVENÇÃO - RECURSO DOS REQUERIDOS-RECONVINTES IMPROVIDO

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de apelação interposta pelos Requeridos- Reconvintes contra a sentença de fls.252/256 e de fls.273/274, prolatada pela I. Magistrada Cassia de Abreu (em 03 de maio de 2023), que julgou parcialmente procedente a "ação de cobrança c/c indenização por danos materiais", para condenar os Requeridos

-Reconvintes ao pagamento de indenização por danos materiais no valor de R$ 15.760,51 (com correção monetária desde 21 de março de 2019 e juros moratórios de 1% ao mês desde a citação), além das custas e despesas processuais e dos honorários advocatícios (fixados em 10% do valor da condenação), e improcedente a reconvenção, condenando os Requeridos-Reconvintes ao pagamento das custas e despesas processuais e dos honorários advocatícios do patrono da Autora-Reconvinda (fixados em 10% do valor da causa reconvencional - a que foi atribuído o valor de R$ 5.669,71).

Os Requeridos-Reconvintes opuseram embargos de declaração (fls.263/265), que foram parcialmente acolhidos, para indeferir o pedido de inversão do ônus da prova (fls.273/274). Em seguida, apelaram.

Alegam que enviado o boletim de ocorrência para a Autora-Reconvinda (em 05 de julho de 2018), que confirmado o recebimento daquele documento, que cabível a inversão do ônus da prova, que nulas as cláusulas 6.4. e 6.6. do contrato, que ausente o dever de indenizar (em razão do pagamento de seguro), que indevida a cobrança no valor de R$ 2.478,00 na fatura do cartão de crédito do falecido Silvio e que cabível a restituição em dobro. Pede o provimento do recurso, para a improcedência da ação principal e procedência da reconvenção (fls.277/286). Preparo a fls.287/288.

Contrarrazões a fls.299/305.

A decisão de fls.309/310 determinou que os Requeridos-Reconvintes recolhessem as custas complementares, sob pena de não conhecimento do recurso, o que foi cumprido (fls.313/317).

É a síntese.

Incontroversos os fatos de que Silvio Lopes Siqueira (ora falecido) celebrou contrato de locação com a Autora-Reconvinda (em 17 de junho de 2018 - fls.25/26), referente ao veículo "Ford/Ka", placas PQK-8240, que danificado o veículo após acidente de trânsito sem terceiro envolvido (em 22 de junho de 2018), que cobrado na fatura do cartão de crédito de Silvio o valor de R$ 6.000,00 e que cabível a cobrança do seguro (R$ 3.000,00) e das diárias efetivamente utilizadas (R$ 587,21).

A controvérsia limita-se à exigibilidade do débito relativo ao dano material, a nulidade das cláusulas 6.4 e 6.6 do contrato e à restituição do valor de R$ 2.478,00.

A cláusula 6.4. do contrato estabelece que "No caso de ocorrência de qualquer dano ao veículo, inclusive extravio das placas traseira e/ou dianteira do veículo, o cliente se obriga a comunicar às Autoridades Policiais competentes e à locadora e deverá entregar a esta última o Boletim de Ocorrência Policial no prazo máximo de 24 horas da ocorrência do sinistro, quando também deverá preencher o "relatório de acidentes avis", sob pena de perder os direitos a proteção contratada".

Acesso ao Sumário

Por sua vez, a cláusula 6.6. dispõe que "O cliente perderá os direitos oriundos das proteções contratadas, não estando eximido do pagamento destas proteções por todas e quaisquer ocorrências decorrentes da utilização do veículo enquanto estiver sob seu uso e guarda nos seguintes casos: (…) se não fizer ou não entregar o Boletim de Ocorrência à locadora, ou não preencher o Relatório de Acidentes Avis; (…) - fls.26.

Os Requeridos-Reconvintes sustentam, na contestação (fls.93/107), que comprovado o recebimento pela Autora-Reconvinda do boletim de ocorrência em 05 de julho de 2018, conforme a cópia de *e-mails* a fls.115.

Em que pese a presença de indícios de abusividade da cláusula 6.4. quanto ao prazo de apenas vinte e quatro horas para a apresentação do boletim de ocorrência, não comprovado pelos Requeridos-Reconvintes o envio do boletim de ocorrência para a Autora-Reconvinda, porque a cópia de fls.115 não evidencia a presença de arquivo anexo ao *e-mail* enviado pelo falecido Silvio.

Ademais, a resposta de representante da Autora-Reconvinda de que "não foi apresentado o boletim de ocorrência dentro do prazo, e o seguro não foi aceito", não demonstra, por si, que o boletim de ocorrência foi apresentado, notando-se que sequer apresentado a cópia do boletim de ocorrência neste feito, o que leva a indicar que não foi elaborado.

A caracterização da relação de consumo não isenta os Requeridos-Reconvintes de apresentar prova (ainda que sumária) quanto aos fatos alegados, e não impõe à Autora-Reconvinda o dever de produzir prova negativa (prova impossível) para a comprovação de que não enviado o boletim de ocorrência.

Logo, porque não apresentado o boletim de ocorrência, o que prejudica a análise da conduta do contratante e a dinâmica dos fatos, razoável a perda da cobertura securitária, e, portanto, ausente a abusividade da cláusula 6.6. do contrato.

Assim, correta a sentença ao condenar os Requeridos-Reconvintes ao pagamento de indenização por danos materiais ao veículo locado (no valor de R$ 15.760,51).

Quanto ao mais, descabido o pedido reconvencional de restituição da cobrança em fatura de cartão de crédito do valor de R$ 2.478,00, pois o valor descontado é inferior às despesas para o reparo do veículo e há previsão expressa no contrato acerca da possibilidade de débito em cartão de crédito (cláusula 16 - O cliente aceita e tem pleno conhecimento de que, por ocasião da locação do veículo, a locadora solicitará à empresa administradora do cartão de crédito utilizada para pagamento da locação, uma pré-autorização para débito. As partes expressamente acordam, desde já, que o valor autorizado de débito concedido pela administradora de cartão de crédito será cobrado e/ou executado para o fim de pagamento da locação, eventuais proteções e quaisquer outros custos especiais e/ou adicionais definidos no contrato" - fls.26).

Acesso ao Sumário

Dessa forma, de rigor a manutenção da sentença, adotados também os seus fundamentos, nos termos do artigo 252 do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça.

Por fim, razoável a majoração dos honorários advocatícios do patrono da Autora-Reconvinda para 15% do valor da condenação na ação principal e para 15% do valor da causa na reconvenção, nos termos do artigo 85, parágrafo 11, do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso, e majoro os honorários advocatícios do patrono da Autora-Reconvinda para 15% (quinze por cento) do valor da condenação na ação principal e para 15% (quinze por cento) do valor da causa na reconvenção (com correção monetária desde a apresentação da reconvenção e juros moratórios de 1% - um por cento - ao mês desde o trânsito em julgado da decisão).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1013827-80.2022.8.26.0005, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes NADIR RODRIGUES PAPA e VINCENZO PAPA NETO, é apelado FERNANDO BORGES.

ACORDAM, em 34ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO VU", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 42.481)**

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

São Paulo, 22 de abril de 2024.

RÔMOLO RUSSO, Relator

Ementa: Apelação Cível. Locação de imóvel. Ação de despejo por falta de pagamento c/c cobrança. Improcedência do pedido. Insurgência dos autores. Parcial acolhimento. Questão referente à legitimidade ativa que já havia sido superada em decisão anterior, com a inclusão do locador no polo ativo da lide. Hipótese em que cabia ao réu comprovar a quitação dos aluguéis e encargos em aberto, o que não ocorreu. Inteligência do art. 373, II, do CPC. Impossibilidade de produção de prova negativa pelo locador. Inadimplemento configurado. Valor do locativo que deve corresponder

Acesso ao Sumário

àquele reconhecido pelo réu. Autores que não lograram comprovar que houve o reajuste alegado, nos termos do art. 373, do CPC. Recurso parcialmente provido.

VOTO

Da r. sentença (fls.127/128) que julgou improcedente o pedido, apelam os autores, pleiteando a reforma do julgado.

Por suas razões recursais (fls.131/139), alegam, em síntese, que foi deferida a inclusão no polo passivo da lide de Vicenzo Papa Neto, tendo sido regularizada sua representação processual (fls.123/124). Assim, estava superada qualquer irregularidade em relação a eventual ilegitimidade ativa na ação. Afirmam que consta dos autos cópia do contrato de locação, juntada pelo próprio réu, transcrição de conversas das partes e ausência de comprovação de pagamento dos locatícios. Alegam que sua via do contrato extraviou, e mesmo que não estivesse disponível a que foi trazida pelo ré, os elementos dos autos demonstram a relação locatícia. Sustentam que descabe discussão sobre a posse ou propriedade do imóvel sendo que é incontroversa a relação locatícia, com comprovantes de pagamento de aluguéis desde 06/2016.

Recurso tempestivo, preparado (fls.157/158) e respondido (fls.142/147).

Há oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

O recurso merece parcial provimento.

Da legitimidade ativa.

Trata-se de ação de despejo por falta de pagamento em que a autora Nadir alega, na inicial, que mantinha relação locatícia com o réu, que foi aditada por meio de instrumento que extraviou, porém estava comprovada por meio de conversas mantidas por aplicativo "Whatsapp", bem como por depósitos realizados pelo réu em seu favor.

Em contestação o réu impugnou os fatos alegados, afirmando que nunca teve relação contratual com a autora Nadir, mas sim com seu esposo Vicenzo, trazendo aos autos uma série de instrumentos assinados.

Em réplica, a autora, a fim de afastar a alegação de ilegitimidade ativa, requereu o aditamento para inclusão não polo ativo de seu esposo Vicenzo, o que foi acolhido pelo Juízo de origem, nos seguintes termos:

"Defiro a inclusão no polo ativo de Vicenzo Papa Neto, superada a alegação de ilegitimidade ativa. Anote-se. Providencie-se, a parte requerente, os documentos necessários para a regularização processual, bem como procuração em nome de Vicenzo" (fls.119).

Contra tal decisão não houve a interposição de qualquer recurso ou manifestação de qualquer insurgência por parte do réu.

Acesso ao Sumário

Assim, ressalvado o entendimento do magistrado sentenciante, mostra-se contraditória a improcedência do pedido fundada na falta de prova de relação contratual formada com a autora Nadir. Mostrou-se incontroversa a relação locatícia, porém entre o réu e o coautor Vicenzo, questão regularizada após o pedido de sua inclusão no polo ativo da lide, sem qualquer oposição do réu.

Ou seja, em que pese fosse caso de ilegitimidade ativa quando do ajuizamento da ação, a questão restou superada.

Do despejo por falta de pagamento

Superada a análise da existência da relação locatícia entre autor e réu, verifico ser caso de reconhecimento da inadimplência, e, em consequência, acolhimento do pedido de despejo.

De proêmio, marque-se que se aplica ao caso o disposto no artigo 373, inciso II, do Código de Processo Civil, segundo o qual o ônus da prova incumbe ao réu quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Até porque não se poderia exigir que o autor produzisse prova negativa, isto é, de que o locatário não efetuou os pagamentos dos aluguéis e acessórios vencidos.

Nessa senda, cabia ao réu, ora apelado, comprovar que quitou os valores apontados na inicial, ônus do qual não se desincumbiu.

Em que pese alegue que não há inadimplemento e que trouxe os respectivos comprovantes de pagamento, a análise dos documentos de fls.90/108, trazidos em total desordem e de maneira parcialmente ilegível, não afasta a mora. Com efeito, o último depósito localizado é aquele de fls.103, referente ao mês de julho de 2019, não havendo nenhum posterior.

E a narrativa da inicial dá conta de que a mora iniciou-se a partir de abril de 2020.

Não há, portanto, qualquer prova documental apta a afastar a mora do locatário.

Concluindo, não tendo o réu, ora apelado, se desincumbido de comprovar o pagamento dos valores cobrados pelos autores, ora apelantes, é de rigor a procedência do pedido de resolução contratual e despejo.

Da cobrança.

O pleito procede em parte.

Afirmam os autores que o réu passou a pagar os locativos der forma parcial a partir de abril de 2020, questão não ilidida na medida em que, como acima exposto, limitou-se o réu a trazer ao autos comprovantes de depósito até julho de 2019.

De rigor a cobrança do resíduo, portanto.

Ocorre que não pode ser acolhido o valor base dos locatícios de R$ 1.800,00, como pretendido na inicial.

Acesso ao Sumário

Com efeito, o alegado aditamento contratual para reajuste não restou demonstrado e foi expressamente impugnado pelo réu em contestação.

O valor dos locatícios, incontroverso, era de R$ 1.500,00, eis que reconhecido pelo réu (fls.73).

Assim, não tendo os autores comprovado que houve o reajuste afirmado na inicial, ônus que lhes cabia nos termos do art. 373, inciso I, do CPC, de rigor o reconhecimento do débito tendo em conta o locativo incontroverso, R$ 1.500,00 mensais.

Por esses fundamentos, pelo meu voto **dou provimento em parte ao recurso** interposto pelos autores para julgar parcialmente procedentes os pedidos, declarando resolvido o contrato de locação firmado e decretando o despejo do réu a ser cumprido na origem e condenando o réu ao pagamento dos locativos em aberto até a desocupação, para tanto considerado o valor mensal de R$ 1.500,00, descontados os pagamentos mencionados na planilha de fls.14/19, corrigidos monetariamente desde o vencimento e com juros de mora de 1% ao mês a contar da citação.

Em face da sucumbência mínima dos autores, condeno o réu a arcar com as custas e despesas processuais (artigo 82, § 2º, do Código de Processo Civil), bem como ao pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais aos patronos dos autores no importe de 10% do valor atualizado da condenação

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000536-23.2022.8.26.0228, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado QSAÚDE OPERADORA DE PLANOS DE SAÚDE LTDA., são apelados/apelantes SEBASTIÃO FRANCISCO VARGAS (ESPÓLIO) e ALISETE OLIVEIRA VARGAS (INVENTARIANTE) e Apelado HOSPITAL ALEMÃO OSWALDO CRUZ.

ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Sustentou oralmente a advogada Karina Rosa da Silva, OAB/SP 374.476. Deram provimento parcial ao recurso da autora e negaram provimento ao apelo da ré. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 57.376)**

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

São Paulo, 15 de maio de 2024.

SALLES ROSSI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: PLANO DE SAÚDE - OBRIGAÇÃO DE FAZER C.C. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - Demanda ajuizada em face do hospital que prestou atendimento ao paciente, bem como do plano de saúde - Parcial procedência decretada em face deste último e improcedência com relação ao hospital - Inconformismo dos autores e operadora - Parcial acolhimento dos reclamos dos demandantes - Emenda à inicial (inclusão do pleito reparatório a título de danos morais), muito embora juntada após a contestação, foi efetuada dentro do prazo determinado pelo Juízo que, ao depois, facultou à operadora o aditamento à contestação - Julgamento extra petita, portanto, inexistente - Prova pericial que também não padece de nulidade - Mérito: Prazo de carência que deve ser respeitado, mas não em hipótese de urgência - Abusividade da restrição de carência e internação, que contraria disposição legal estampado na Lei 9.656/98 para atendimento dos casos de urgência e emergência - Documentos trazidos aos autos, corroborados pela prova pericial, atestando a situação emergencial do autor, assim como a necessidade da realização de cirurgia em caráter de urgência (vindo a falecer no curso do feito) - Situação que torna descabida a limitação temporal, tampouco de cobertura às doze primeiras horas do atendimento - Recusa de cobertura contratual considerada abusiva, nos termos da legislação consumerista - Aplicação da Súmula 103 deste Egrégio Tribunal de Justiça - Dano moral, em face da operadora, ocorrente - Negativa de autorização que, segundo a perícia, agravou o risco do autor que acabou falecendo - *"Quantum"* indenizatório - Arbitramento em R$ 80.000,00 que comporta majoração a R$ 100.000,00 - Importância que melhor atende à finalidade da condenação, tendo em vista a gravidade do episódio - Descabida, de outra parte, a extensão da condenação ao hospital que, segundo a perícia, agiu de acordo com os protocolos técnicos, não incorrendo em falha quanto a atendimento prestado ao paciente - Conversão da obrigação de fazer em perdas e danos que também não se sustenta (diante do falecimento do

Acesso ao Sumário

autor e perda superveniente do objeto neste tópico) - Recurso dos autores parcialmente provido, desprovido o apelo da operadora ré.

VOTO

Cuida-se de Apelações interpostas contra a r. sentença proferida em autos de Ação de Obrigação de Fazer cumulada com Indenização por Danos Morais, julgada extinta sem exame do mérito (perda superveniente do objeto quanto à obrigação de fazer), parcialmente procedente em face da operadora para condenar esta última a pagar aos autores, a importância de R$ 80.000,00 a título de danos morais, corrigida da data do arbitramento e acrescida de juros moratórios de 1% ao mês, contados da citação, arcando com as custas, despesas processuais e verba honorária fixada em 20% sobre o montante da condenação. Julgou, outrossim, improcedente a demanda com relação ao hospital, carreando aos demandantes o custeio das despesas processuais por ele despendidas, bem como verba honorária à razão de 10% sobre o valor atualizado da causa, ressalvada a gratuidade.

Embargos de declaração às fls. 2.457/2.460, rejeitados pela r. decisão de fls. 2.461.

Da r. sentença apelam os autores e a operadora ré.

No pertinente ao recurso interposto pela operadora (fls. 2.464/2.474), aponta para a existência de julgamento *"extra petita"* com relação ao pleito reparatório a título de danos morais, apresentado em emenda anexada aos autos após a contestação, assim como a segunda emenda (esta última, majorando o valor postulado), com o qual discordou a demandante. Aponta, ainda, nulidade da perícia que extrapolou o mister e o ponto controvertido (analisando questões atinentes ao contrato), refutando a existência de dano moral indenizável, por ausência de conduta ilícita. Subsidiariamente, pela redução do montante a este título arbitrado.

Com relação ao apelo dos autores (fls. 2.480/2.497), pleiteiam a condenação solidária do hospital que integrou o polo passivo, conversão da obrigação em perdas e danos e majoração do *"quantum"* indenizatório ao valor de R$ 100.000,00.

Contrarrazões às fls. 2.532 e seguintes.

É o relatório.

Recebo os apelos interpostos, no duplo efeito, na forma do art. 1.012, "*caput*" do CPC, passando ao julgamento de ambos, conforme autoriza o inciso II do art. 1.011 do mesmo Estatuto.

O recurso interposto pela operadora ré não comporta provimento, ao passo que o apelo dos autores deve ser parcialmente provido.

Embora não arguido como matéria preliminar, reputo inexiste o apontado

julgamento *"extra petita"* com relação ao pleito reparatório a título de danos morais.

Com efeito, embora a inicial não tenha contemplado tal pedido e a emenda com sua inclusão tenha sido juntada aos autos às fls. 155/172 e, portanto, após a contestação da operadora, o certo é que foi efetuada dentro do prazo para emenda, fixado no r. despacho de fls. 84.

Sobreveio, então, o r. despacho de fls. 202, facultando que a operadora aditasse a contestação.

De outra parte, a segunda emenda (fls. 207/208), buscava apenas a majoração do "*quantum*" indenizatório, mas não impede seu exame, eis que a primeira já constava o pleito reparatório a título de danos morais. Ademais, cuida-se de mera estimativa que não vincula o Juízo, reiterando que à operadora foi facultado aditamento à defesa para se insurgir quanto à pretensão a este título deduzida.

Também em nulidade da perícia não se há falar. Aliás, o inconformismo quanto à conclusão do laudo (no caso, desfavorável ao polo passivo) não autoriza a anulação, tampouco o refazimento da prova.

No mais, com relação à indenização propriamente dita, a r. sentença guerreada avaliou corretamente o conjunto probatório. Fê-lo inicialmente observando que, segundo a narrativa dos fatos deduzidos na petição inicial, o então autor da ação, Sr. Sebastião Francisco, ingressou nas dependências do Hospital Alemão Oswaldo Cruz (que também integra a lide), aos 22 de abril de 2.022, apresentando grave quadro de saúde, com risco de morte (sepctemia), tendo a cobertura sido negada pela operadora, sob a justificativa de que ainda não expirado o prazo carencial.

Foi, então, proposta a presente ação, com o deferimento da tutela de urgência (cfr. r. decisão de fls. 82), seguida de determinação de emenda com a inclusão do pleito reparatório a título de danos morais (fls. 155 e seguintes).

Antes, já citada a ré (e, conforme observado, facultado aditamento à resposta), agravou da r. decisão concessiva da tutela de urgência, recurso improvido por esta Turma Julgadora, conforme aresto de fls. 2.274 e seguintes).

Também foi noticiado o óbito do autor, substituído pelo espólio/herdeiros.

O feito, regularmente processado, foi saneado, designada perícia, com indicação de assistentes técnicos, sobrevindo o decreto de parcial procedência da pretensão autoral face ao plano de saúde e improcedência com relação ao hospital.

Dito isso, cumpre analisar se a conduta da operadora, ao negar atendimento ao autor em período de carência, ensejou dano extrapatrimonial. E, pesem os reclamos desta última, positiva a indagação.

A restrição de cobertura pretendida pela operadora ré, com base na Resolução nº 13 do CONSU, limitando o atendimento de urgência/emergência durante as primeiras 12 horas, afronta o artigo 12, V, "c" da Lei 9.656/98 (alterado

Acesso ao Sumário

pela Medida Provisória n. 2.177-44, de 24.08.01), que estabelece prazo máximo de vinte e quatro horas para a cobertura dos casos de urgência e emergência, foi corretamente afastada pela r. sentença, por ocasião dos fatos.

A cobertura (que não poderia a evidência, se limitar nem às doze, nem vinte e quatro primeiras horas de atendimento, tampouco ao regime ambulatorial), revelou a injustificada conduta da ré, ora apelante.

Anote-se que sequer houve alegação de preexistência de doença. Ademais, a incontroversa hipótese de urgência não permitia a adoção de qualquer restrição por parte da demandada, o que afronta, em especial, o Código de Defesa do Consumidor, colocando o paciente em situação de extrema desvantagem, notadamente diante da gravidade de seu quadro clínico (vindo a falecer após a concessão da tutela de urgência).

A evidência, não se cuidou de procedimento eletivo, até mesmo diante do risco de vida a que estava submetido o paciente.

Como já dito, a incontroversa situação emergencial torna descabida a limitação temporal prevista no contrato. Se assim o é, abusiva a recusa perpetrada pela operadora recorrente.

É o que dispõe expressamente o art. 35-C, incs. I e II da Lei n. 9.656/98, que excepciona a regra da carência, ao impor a obrigatoriedade de cobertura de atendimento nos casos de emergência ou urgência, nos seguintes termos:

"... É obrigatória a cobertura do atendimento nos casos:

I - de emergência, como tal definidos os que implicarem risco imediato de vida ou de lesões irreparáveis para o paciente, caracterizado em declaração do médico assistente;

II - de urgência, assim entendidos os resultantes de acidentes pessoais ou de complicações no processo gestacional...".

De se observar, ainda, que a jurisprudência tem decidido reiteradamente que a cláusula que limita o atendimento nos casos de urgência/emergência deve ser considerada abusiva e, por consequência, nula, nos termos da legislação consumerista. Confira-se o teor da Súmula 103, editada por este Egrégio Tribunal de Justiça:

"*.... É abusiva a negativa de cobertura em atendimento de urgência e/ou emergência a pretexto de que está em curso período de carência que não seja o prazo de 24 horas estabelecido na Lei n. 9.656/98...*"

De outra parte, a ocorrência do dano moral mostrou-se incontroversa, seja diante da abusiva negativa da operadora, não obstante o gravíssimo quadro de saúde do paciente, seja ante a conclusão da perícia, clara acerca da situação de urgência do então autor, bem como que a demora na realização da cirurgia (diante da recusa da ré) agravou o quadro de saúde daquele, retardando seu tratamento, vindo a falecer (fls. 2.396/2.397).

Convenha-se, diante da conclusão pericial, não restam dúvidas de que a

Acesso ao Sumário

operadora, ao negar cobertura para internação imediata e realização da cirurgia ao autor, contribuiu com o agravamento do quadro deste que ao depois, veio a óbito.

Destarte, avaliando as conclusões da perícia médica, prova técnica conclusiva e fundamentada, a r. sentença recorrida acabou por adotá-la e, em razão disso, firmar o convencimento de que a negativa da ré agravou sobremaneira o quadro clínico do paciente, restando presente o nexo causal a amparar a indenização a título de dano moral que, na hipótese, é evidente e presumido, com relação aos autores que integraram a lide, diante do óbito do genitor.

Passa-se, agora, à análise do valor indenizatório.

Destarte, no que tange ao "*quantum*" indenizatório a título de danos morais, cumpre anotar que referida indenização é arbitrável, ainda que não exista critério objetivo para esse cálculo, já que não guarda repercussão econômica com o ato ilícito praticado.

Já falava o Código Civil de 1916, em seu art. 1.553, que o valor da indenização por danos morais deve ser fixado por arbitramento, não se mostrando razoável a adoção de um critério que o vincule ao prejuízo material experimentado pelo polo ativo. Seu ressarcimento, em verdade, é autônomo.

Nesse aspecto, tenho que o arbitramento judicial em R$ 80.000,00 deve ser majorado ao valor de 100.000,00 para melhor atender à finalidade da condenação, notadamente diante da gravidade do episódio, mostrando-se apto a ser suprido pela operadora recorrente.

De outra parte, reputo correta a r. sentença ao afastar a pretensa condenação do hospital que integrou a lide. Fê-lo também e justamente à luz da conclusão pericial, clara quanto à correção dos serviços e atendimento prestados ao autor, reiterando que a negativa da cirurgia partiu unicamente da operadora, o que agravou o quadro clínico daquele.

Por derradeiro, com o falecimento do autor logo após o primeiro aditamento e o deferimento da tutela de urgência, entendo descabida a conversão da obrigação de fazer em perdas e danos, já que, de fato, verificada perda superveniente do objeto neste tópico.

Em vista de todo o explanado, o recurso dos autores é provido em parte para majorar o "*quantum*" fixado a título de danos morais, ficando, no mais, mantida a r. sentença guerreada.

Isto posto, pelo meu voto, dou parcial provimento ao recurso dos autores, desprovendo o apelo da operadora ré.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1014064-

Acesso ao Sumário

92.2022.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é apelante F.J.R., são apelados G.N.R., D.N.R. e M.V.N.R. (ASSISTIDO(A) POR SUA MÃE).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 10ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.943)**

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

São Paulo, 20 de maio de 2024.

ANGELA MORENO PACHECO DE REZENDE LOPES, Relatora

Ementa: ALIMENTOS - AÇÃO DE EXONERAÇÃO - Autor que pretende a exoneração da obrigação de pagar alimentos, de 33% de seus rendimentos líquidos, aos seus dois filhos já maiores - Sentença de parcial procedência - Magistrado 'a quo' que exonerou o autor relativamente a um dos filhos maiores, que já trabalha - Percentual de 33% dos rendimentos líquidos, todavia, direcionados ao outro corréu, ainda é dependente - Demandado sob curatela provisória da genitora, em razão de deficiência intelectual de grau leve e problemas psiquiátricos - Recurso do autor - Acolhimento - Tese esposada na sentença, tocante à impossibilidade de revisão do valor global da pensão, face à ausência de pedido específico, afastada - Tutela parcial que se insere no escopo da ação de exoneração - Necessidade alimentar de um dos réus incontroversa, a desautorizar a exoneração - Alimentos, contudo, que foram originalmente fixados 'intuitu personae', não cabendo ao irmão dependente absorver, automaticamente, a parcela que outrora era devida àquele exonerado - Embora persista a necessidade alimentar, inexistem provas de que esta exceda à renda já dedicada ao corréu, que sempre se beneficiou de 16,5% dos rendimentos do pai - Uso de medicação controlada, sem prova de outras despesas urgentes e inafastáveis que não autoriza a aplicação excepcional do direito de acrescer - Genitor que recebe benefício previdenciário de um salário-mínimo mensal e tem outros dois filhos menores, um dos quais beneficiário de alimentos judi-

Acesso ao Sumário

cialmente fixados em 21,05% de um salário-mínimo - Sentença reformada para limitar o valor global dos alimentos ainda devidos ao réu dependente a 16,5% dos rendimentos líquidos do genitor - Sucumbência que permanece recíproca - RECURSO PROVIDO

VOTO

Trata-se de ação proposta por F.J.R. em face de G.N.R. e D.N.R., objetivando a exoneração da obrigação alimentar que perdura em face dos réus, vez que ambos, seus filhos, já atingiram maioridade e não mais estudam, estando um deles (G.N.R.), inclusive, já inserido no mercado de trabalho. Defende, por outro lado, ter dois outros filhos ainda menores a quem sustenta, pelo que ajuizou a presente ação.

Sobreveio sentença de parcial procedência, exonerado o autor da obrigação face a G.N.R., mantida esta, contudo, em favor de D.N.R. Em razão da sucumbência recíproca, ambas as partes foram condenadas ao pagamento de honorários advocatícios de 10% sobre o valor da causa, em favor do patrono da parte adversa (fls. 195/198).

Na ocasião o N. Magistrado, a respeito do valor da pensão vigente em favor de D.N.R., assim consignou: "(...) os alimentos outrora fixados permanecem inalterados, haja vista a ausência de pedido específico na petição inicial, para redução do valor da pensão, o qual deveria ter sido formulado em caráter alternativo, certo e determinado, não podendo o juiz acolher pedido implícito ou insinuado" (fl. 197, 'in verbis').

Apela o autor, sustentando, em síntese, que a exoneração relativamente à obrigação face a G.N.R. deveria conduzir à redução global da condenação, que passaria a representar 16,5% de seus ganhos líquidos. Não bastasse, paga alimentos em favor de outro filho ainda menor, I., de forma que as obrigações somadas geram descontos de mais de metade de seus rendimentos, sendo certo que está recebendo atualmente auxílio acidente e tem mais um filho menor para sustentar. Quanto ao filho D.N.R., defende que na medida em que este é deficiente, a ele cabe postular o recebimento do 'LOAS'. Subsidiariamente, pediu a revisão do valor devidos ao corréu para 21,5% do salário-mínimo, equiparando -o àquele devido ao filho menor I. (fls. 203/210).

Recurso processado e respondido a fls. 254/263.

O N. Procurador Geral de Justiça opinou pelo não provimento do recurso (fls. 270/274)

É o relatório.

Cuida-se de ação de exoneração de alimentos proposta por F.J.R. contra os filhos G.N.R., nascido em janeiro de 1999, com atuais 25 anos de idade, e D.N.R., de maio de 2004, com 20.

Acesso ao Sumário

Para tanto, descreveu ter sido obrigado, nos autos nº (...), ao pagamento de pensão em favor dos filhos, que atualmente já são maiores e não mais estudam, dotados de capacidade de inserirem-se no mercado de trabalho. Aliás, deduziu já trabalhar o filho G., de forma que não mais fazem jus à prestação alimentar.

Não bastasse, atualmente tem outros dois filhos, I.F.R., nascido em setembro de 2017, com 7 anos de idade, e T.F.R., de junho de 2020, com 3, os quais ainda dependem de sua contribuição.

Em contestação, os réus esclareceram que o D.N.R., embora maior, encontra-se atualmente sob curatela provisória da genitora, ainda em trâmite o processo de interdição de autos nº (...).

Embora nestes ainda não tenha sido proferida sentença, há laudo médico pericial do qual destaca-se:

"***O quadro de deficiência intelectual leve não é indicativo de curatela, porém associado a quadro psiquiátrico ainda não definido, sim. Sugestão de revisão em 2 anos.***" (fls. 112/128 dos autos nº (...)).

Quanto ao estudo psicossocial: "***Não possui bens, tampouco recebe benefício de prestação continuada, a renda familiar é provida pela requerente e pensão alimentícia. Somos de opinião que as limitações inerentes ao quadro descrito tornam o requerido vulnerável e dependente de terceiros***." (fls. 142/145).

Repete-se que nos autos em referência ainda não foi proferida sentença.

Pois bem.

Primeiramente, importa anotar que inexiste qualquer controvérsia a respeito da maioridade dos réus e da exoneração procedida em relação ao filho G., o que não foi objeto de recurso por parte dos demandados.

Também não se discute que o autor D.N.R. está atualmente sob curatela provisória, exercida pela genitora, em razão de quadro de deficiência intelectual leve, associada a problemas de cunho psiquiátrico, pelo que embora não mais estude, não há notícia seja, por ora, capaz de trabalhar e manter-se a partir dos frutos de seu labor, o que sequer afirma o pai em seu recurso.

Nota-se, ainda, que o demandado comprovou a contento que não apenas é pai de outros dois filhos, ambos menores, mas a um deles, I., paga alimentos em valor equivalente a 21,05% do salário-mínimo, conforme sentença homologada nos autos nº (...), que tramitou junto à Comarca de Tianguá, no Ceará.

Tudo considerado, o recurso comporta acolhimento.

Isso porque em que pese o N. Magistrado '*a quo*' tenha consignado não caber nos autos desta ação, na qual o autor postulou somente a exoneração dos alimentos, deferir em favor desde a revisão do valor global da condenação, pelo que precisaria o autor ter formulado pedido expresso para tal finalidade, assim não cabe compreender.

Acesso ao Sumário

É da natureza das ações de família, em especial, dos alimentos, a discricionariedade do Juízo para conceder tutela que, desde que inserida nos contornos do pedido principal, atenda à hipótese fática ‹sub judice›.

Equivale dizer que tendo o autor pedido exoneração da obrigação relativamente aos dois filhos, cabe ao Magistrado proferir decisão dentro dos limites máximos e mínimos da pretensão: pode desobrigar o alimentante do pagamento destinado a ambos ou a nenhum (procedência / improcedência), pode deferir a exoneração relativamente a um deles, apenas, bem como reajustar (para menor) a quantia destinada a qualquer dos dois, vez que são todas decisões que compreendidas na tutela pretendida e que demandam a análise de mesmo objeto, qual seja, a possibilidade do alimentante e a necessidade dos alimentados.

Não bastasse, trata-se de medida que visa à economia e efetividade da jurisdição, o que deve mesmo ser prestigiado.

Dito isso, o apelo comporta provimento.

Destaca-se que os alimentos, no caso dos autos, não foram fixados '*intuitu familiae*', mas, sim, seguiram a regra geral que prevê a natureza personalíssima da verba.

Ora, a condenação originária se deu em benefício de **dois filhos**, e que, diante do princípio da isonomia e não havendo qualquer prova em sentido contrário, foi durante todo o período em que prestada, igualitariamente destinada a ambos os irmãos, sendo 16,5% para cada.

Assim sendo, a exoneração da pensão paga em favor de um dos filhos tem por consequência lógica extinguir aquela parcela da obrigação alimentar, não cabendo automaticamente dedicar-se o valor que era pago ao irmão exonerado, ao irmão ainda dependente, do que depende criteriosa análise da possibilidade do genitor de assim fazê-lo, bem como da necessidade alimentar do filho que extrapole a proporção que outrora já lhe era empregada.

No caso 'sub judice', a exoneração dos alimentos devidos a G.N.R., em percentual equivalente na 16,5% dos rendimentos líquidos do pai, mantém em favor de D.N.R. a proporção da verba que sempre lhe foi paga, ausentes motivos para a majoração de tal percentil.

Isso porque embora o filho ainda seja economicamente dependente de seus genitores, é factual que a par de medicamentos psiquiátricos de uso controlado, **não foram comprovadas a existência de outras despesas urgentes e inafastáveis geradas por este**, aptas a justificar seja o alívio financeiro concedido ao autor - relativamente aos pagamentos até então destinados a G.N.R., para o irmão bilateral, vez que há ainda outros dois menores que igualmente dependem do genitor para sobreviverem.

E não se pode perder de vista que os rendimentos do pai equivalem a um salário-mínimo, pago pelo INSS (fls. 12/13) e que carrega segunda obrigação alimentar, em valor equivalente a 21,05% de um salário-mínimo, pagos ao me-

Acesso ao Sumário

nor I.

Em resumo, tem-se que enquanto o desconto de 33% dos rendimentos previdenciários do pai se destinavam à mantença de dois filhos, não cabia falar-se em desproporcionalidade, mesmo após o acréscimo de segunda pensão, de 21,05% do salário-mínimo, vez que embora 54% dos proventos fossem basicamente consumidos com o pagamento de pensões, havia atendimento às necessidades de 3 filhos.

Após a exoneração de G.N.R. e ausentes circunstâncias que revelem a real necessidade de que somente D.N.R. consuma 1/3 dos ganhos do pai, a ele nada cabe acrescer, bastando que permaneça beneficiário dos investimentos com os quais sempre contou, de 16,5% de um salário-mínimo, ausente prova não sirva a quantia ao atendimento de suas mais básicas necessidades.

A manutenção da sentença geraria iníqua situação, na qual um dos filhos, sozinho, é destinatário de 1/3 dos rendimentos do pai, ao passo em que I., de 7 anos, remanesceria titular de 20%, cumprindo ao réu fazer uso de menos da metade de seus proventos para a mantença própria e do atual núcleo familiar, que conta também com T., de 3 anos de idade.

Em assim sendo e na medida em que não há provas da superior necessidade do corréu ainda dependente, a ele não cabe deferir o direito de acrescer, cumprindo a manutenção do pensionamento, observada, contudo, a proporção que já era vigente.

Permanece recíproca a sucumbência.

Do exposto, **dou provimento** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1026044-36.2022.8.26.0562, da Comarca de Praia Grande, em que é apelante A.F.S.D. (JUSTIÇA GRATUITA), são apelados G.J.O.D.B. (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)) e B.O.B. (REPRESENTANDO MENOR(ES)).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 5171)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FERNANDO REVERENDO VIDAL AKAOUI (Presidente sem voto), JOSÉ RUBENS QUEIROZ GOMES e ADEMIR MODESTO DE SOUZA.

São Paulo, 23 de maio de 2024.

LIA PORTO, Relatora

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. INFIDELIDADE. 1) Sentença que indeferiu o pedido indenização por danos morais decorrentes de infidelidade e do engano sobre a parentalidade biológica. 2) Teoria tridimensional do direito. Evolução valorativa: desuso e posterior revogação do crime de adultério, desuso e posterior desconstitucionalização (EC 66/10) da culpa calcada na infidelidade para o divórcio, evolução da parentalidade biológica para a afetiva, incluindo a multiparentalidade, recente julgamento da ADPF 799 que julgou inconstitucional a "(i)legítima defesa da honra". Perda da eficácia social da norma que estabelece dever de fidelidade. Não havendo ato ilícito não há reparação civil. Prova não demonstrou ter a ré contribuído para a divulgação do fato, Prova não demonstrou que houve deliberada intenção de mentir sobre a paternidade biológica 3) RECURSO NÃO PROVIDO

VOTO

Trata-se de apelação contra sentença de fls. 598/600 que julgou improcedente o pedido de indenização por danos morais.

Apela a parte autora sustentando, em síntese, que em razão da traição conjugal e pelo fato de a ré ter mentido sobre sua paternidade em relação ao filho que ela teve.

Contrarrazões às fls. 616/648.

É o relatório.

A sentença deve ser mantida.

Para o deslinde do caso, importante o conceito de eficácia social da norma como a concepção tridimensional concreta do direito, consoante Miguel Reale[1]:

> A jurisprudência ou ciência do direito é dialética e concretamente normativa, assim como o jurista como tal, só pode pensar sub-specie regulativa, subordinando fatos e valorações à medida integrante que se contém nas regras de direito. Cada norma jurídica, considerada em si mesma, constitui uma integração racional de fatos e valores, tal como se aperfeiçoa graças à mediação do poder, o qual lhe assegura vigência nas conjunturas espácio-temporais. Quando o poder social ou o poder estatal, em virtude de seu ato decisório, aperfeiçoa o nascimento de uma norma costumeira ou legal, uma certa ordem de valores resulta consagrada, tornando-se obrigatória: a norma não é, assim, um 'objeto ideal', mas uma realidade cultural, inseparável das circunstâncias de fato e do complexo

1 REALE, Miguel. Estruturas fundamentais do conhecimento jurídico. O direito como experiência. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1992.

Acesso ao Sumário

> de estimativas que condicionam o seu surgir e o seu desenvolvimento, a sua vigência e, à luz desta, a sua eficácia

A norma jurídica se refere de modo permanente ao plano fático e valorativo, não pode ser interpretada e aplicada como mera proposição lógica. E, em assim sendo, a norma deve ser sempre interpretada, com base na intercorrência dialética fático-histórica.

Nesse sentido, a conjuntura histórico, social e política brasileira das últimas décadas vem desencadeando uma mudança significativa em relação aos valores pertinentes à vida individual, ao âmbito familiar, às relações afetivas, imbuídos de caráter liberal de não interferência estatal.

E essa mudança valorativa implicou no âmbito da eficácia de várias normas.

Ainda que no aspecto de positivação e vigência, as normas advindas do passado têm adentrado no novo século, a alteração dos valores que um dia lhes serviram de vetor impuseram-lhes sucessivamente perda de eficácia jurídica. A essa perda de eficácia, mais dia ou menos dia, segue a revogação expressa por nova norma tirada dos novos valores histórico-culturais.

Assim temos, por exemplo, o crime de adultério que "caiu de velho" sendo finalmente revogado em 2005, a culpa pelo divórcio que, cada vez mais em desuso jurídico e judicial, acabou sendo desconstitucionalizada pela EC 66/2010, a admissão da multiparentalidade e mais recentemente tivemos o julgamento da ADPF 799 que declarou inconstitucional a tese retrógrada da "(i) legítima defesa da honra"

Ficou decidido na ADPF 799:

> 1. "Legítima defesa da honra" não é, tecnicamente, legítima defesa. A traição se encontra inserida no contexto das relações amorosas. Seu desvalor reside no âmbito ético e moral, não havendo direito subjetivo de contra ela agir com violência. Quem pratica feminicídio ou usa de violência com a justificativa de reprimir um adultério não está a se defender, mas a atacar uma mulher de forma desproporcional, covarde e criminosa. O adultério não configura uma agressão injusta apta a excluir a antijuridicidade de um fato típico, pelo que qualquer ato violento perpetrado nesse contexto deve estar sujeito à repressão do direito penal.
> 2. A "legítima defesa da honra" é recurso argumentativo/retórico odioso, desumano e cruel utilizado pelas defesas de acusados de feminicídio ou agressões contra a mulher para imputar às vítimas a causa de suas próprias mortes ou lesões. Constitui-se em ranço, na retórica de alguns operadores do direito, de institucionalização da desigualdade entre homens e mulheres e de tolerância e naturalização da violência doméstica, as quais não têm guarida na Constituição de 1988.

Fica configurado, portanto, que a traição é questão de âmbito moral não havendo direito subjetivo quanto a ele.

Atualmente, os "deveres conjugais" são entendidos como algo inerente

Acesso ao Sumário

a aspectos morais e ao modo de viver de cada unidade familiar, não podendo o judiciário reproduzir juízos de valor em relação ao arquétipo da família perfeita. De se notar: não se confunde a reprovabilidade do ato perante postulados morais com a efetiva lesão passível de indenização.

Nesta mesma linha evolutiva dos valores, temos a ineficácia da norma ainda constante do Código Civil que estabelece o "dever de fidelidade" na sociedade conjugal. Este dever que, no contexto interpretativo sistemático do Código, não tem aplicação no âmbito da definição de ato ilícito.

Não havendo ato ilícito, não há que se falar em dever de reparação.

Apesar da compreensiva tristeza e frustração pelo fim do relacionamento experimentadas pelo autor, e da conduta moralmente reprovável praticada pela ré, o direito à indenização em razão de tal fato não restou bem delineado.

Ensina Paulo Lôbo que:

> "a violação de algum dever conjugal pode, eventualmente, converter-se em dano moral. Mas a responsabilidade civil por danos não é intrinsecamente de direito de família, e sim de direito civil em geral: a ofensa moral deve ser objeto de reparação civil segundo as regras comuns e não em razão do direito de família. Por exemplo, qualquer pessoa tem direito de se divorciar diretamente; se antes do divórcio houve danos morais de um cônjuge contra outro, nada há que diferencie da responsabilidade civil comum. A pretensão e a ação pela reparação do dano têm fonte na ofensa em si e não na dissolução do casamento ou da união estável ou de descumprimento de dever conjugal. Quanto ao divórcio, o pedido de dissolução resulta de exercício de direito, que em si não configura dano reparável" (Direito civil: famílias 4ª ed. Saraiva : São Paulo. 2011. p. 147).

No mesmo sentido, Maria Berenice Dias afirma que:

> "A jurisprudência de forma uniforme rejeita a possibilidade indenizatória por dano moral, quer seja a ação movida contra o adúltero, quer contra a amante do cônjuge infiel" (Manual de Direito das Famílias I. 10 ed. rev., atual. e ampl. RT : São Paulo. 2015. p. 93).

A infidelidade conjugal, apenas é suscetível de importar em violação da dignidade e honra da pessoa quando exposta a terceiros, agredindo a honra objetiva da pessoa traída.

No caso dos autos, a exposição do fato a terceiros se deu por escolha do réu, que divulgou para seus amigos e colegas, conforme constou das provas orais produzidas.

O autor também não demonstrou qual direito teria sido violado pelo engano de ser seu o filho. Primeiro que a parentalidade não é mais exclusivamente do detentor da carga genética. Não há distinção, desde o próprio Código Civil de 2002, entre filhos com ou sem material genético condizente, bem como a facilitação da adoção, novas técnicas de concepção (doação de óvulo, por exemplo) e a possibilidade de multiparentalidade. Além do que não ficou demonstrada a intencionalidade da mentira ou até mesmo que não se tratou de legítimo engano.

Acesso ao Sumário

Conclui-se, portanto, que nem toda frustração, desilusão ou dor emocional encontra amparo em direito positivo e eficaz, de forma que não cabe ao Judiciário imiscuir-se no amparo que somente outras áreas profissionais podem tentar oferecer.

Ante o exposto, **nego provimento** ao recurso.

Nos termos do artigo 85, §11º, do CPC, majoro os honorários recursais para 15% do valor atualizado da causa, ressalvadas as disposições sobre justiça gratuita eventualmente deferida nos autos.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1008569-26.2020.8.26.0566, da Comarca de São Carlos, em que é apelante SERGIO ROBERTO DE ALMEIDA, é apelado MARCIUS MILORI.

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 13.730)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MARINO NETO (Presidente sem voto), JOSÉ WILSON GONÇALVES e WALTER FONSECA.

São Paulo, 23 de maio de 2024.

MARCO FÁBIO MORSELLO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - Sentença de parcial procedência - Irresignação do réu Sérgio - Preliminar de cerceamento de defesa - Não ocorrência - Não conhecimento da prova documental anexada aos autos posteriormente à interposição do recurso apelação, uma vez que não houve demonstração dos requisitos do art. 435 do CPC - Mérito - Elaboração de escritura pública associando a imagem do autor a condutas fraudulentas relacio-

nadas à gestão do clube de futebol Grêmio Sãocarlense e à contratação indevida de atletas - Declarações no sentido de que o autor não teve qualquer função na diretoria do clube ou no conselho deliberativo que se mostraram infundadas - Falta de cautela do réu que, extrapolando o exercício regular de um direito, lesou os direitos de personalidade do autor - Danos morais configurados - Adequação do valor fixado pelo juízo *a quo* à gravidade da lesão em questão - Sentença mantida - Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de sentença (fls. 1.268/1.279), cujo relatório se adota, que, em sede de ação de indenização por morais[1], ajuizada por Marcius Milori em face de Edson Brito Bolito, Fabiano Henrique Pereira, Adriel Rodrigo do Amaral e Sergio Roberto de Almeida, foi proferida nos seguintes termos:

"*(1) Rejeito o pedido apresentado por MARCIUS MILORI contra EDSON BRITO BOLITO, FABIANO HENRIQUE PEREIRA e ADRIEL RODRIGO DO AMARAL. Condeno o autor ao pagamento das custas e despesas processuais, corrigidas aquelas em reembolso, desde que demonstradas, e dos honorários advocatícios dos patronos dos contestantes, fixados em 12% sobre o valor da causa proporcional, ou seja, R$ 90.000,00, corrigido. Explicito que a participação do autor, na taxa judiciária, será de 3/4, porque Sérgio Roberto de Almeida responderá, proporcionalmente, pela outra parcela.*

(2) Rejeito o pedido apresentado por FABIANO HENRIQUE PEREIRA, em reconvenção, e condeno-o ao pagamento das custas e despesas processuais dela decorrentes, bem como ao pagamento dos honorários advocatícios do reconvindo, fixados em 10% sobre o valor dado à causa, corrigido.

(3) Acolho o pedido inicial, no tocante a SÉRGIO ROBERTO DE ALMEIDA, e condeno-o ao pagamento de indenização em favor do autor, MARCIUS MILORI, fixada em R$ 15.000,00, com correção monetária a partir desta data e juros moratórios à taxa legal, contados da época da citação inicial. Acresço o valor das custas e despesas processuais, corrigidas aquelas em reembolso, e os honorários advocatícios do autor, fixados em 12% sobre o valor resultante da condenação, percentual que leva em consideração o tempo de duração do processo, os atos praticados e também a pequena base de cálculo. Explicito que as despesas realizadas em atos processuais que dizem respeito a Sérgio são de responsabilidade

1 Valor da causa: R$ 120.000,00 em outubro de 2020 (cf. decisão de fl. 797).

Acesso ao Sumário

deste e que sua participação na taxa judiciária será de ¼".

Irresignado, recorreu o réu Sérgio Roberto de Almeida (fls. 1.303/1.318), alegando, inicialmente, cerceamento de defesa. Aduz, para tanto, que o apelado não era presidente do Time Grêmio Sãocarlense e não tinha poderes para contratar jogador, sendo que os supostos contratos dos atletas não foram registrados nos órgãos competentes. Defende, nesse sentido, que era de suma importância, para a solidificação da defesa do apelante, que fosse expedido ofício às federações paulista e catarinense de futebol, para o devido esclarecimento a respeito dos poderes do apelado dentro do time, bem como do registro dos atletas, mas a providência foi negada pelo juízo *a quo*. Afirma que "*o Apelante só tomou conhecimento das supostas contratações dos dois atletas e da possível fraude em setembro de 2019, pois foi usada pelo Apelado para comprovação de renda em ação indenizatória promovida contra a Prefeitura de Rincão, em face da morte dos dois jogadores em acidente de veículo, sendo inclusive um deles 'PRIMO' do próprio Marcius, que além de registrar os jogadores, atuou como advogado na referida ação indenizatória*" (fl. 1.306). No mérito, argumenta que o próprio juiz reconheceu a irregularidade da formação comissão e a inexistência de prova documental para comprovar a legitimidade suscitada pelo apelado. Destaca que "*a expedição dos ofícios se justifica, não só pelas alegações do Apelante de que Marcius Milori não tinha poderes para contratar jogadores em nome do clube em 1998, como também pela confissão categórica do Apelado de que ‹na comissão que dirigiu o grêmio a função do requerente foi tão somente representá-lo em questões jurídicas, patrocinando suas causas. Em nenhum momento o requerente contratou jogadores ou mesmo contraiu dívidas para o clube›*" (fls. 1.308/1.309). Assevera que os membros da suposta comissão provisória não fizeram nenhuma contratação, notadamente diante do fato de que o clube passava por grande crise financeira, sem o pagamento de salários de alguns jogadores, o que tornaria absurda e temerária a contratação de novos atletas. Verbera que "*a comissão provisória foi criada com o único intuito de evitar que o Grêmio Sãocarlense caísse de divisão, tratando diretamente com os atletas sobre a grave crise financeira que o clube vivia, visando evitar uma 'debandada geral' de jogadores ante o atraso no pagamento dos salários*" (fl. 1.31). Salienta que nas atas do clube não há menção da contratação de qualquer jogador pela comissão, durante a sua duração. Alega que "*o último jogo do Grêmio Sãocalense naquele ano foi disputado no dia 31/05/1998, e que entre a data da suposta contratação dos dois atletas em 10/04/1998 e 17/04/1998, o Sãocarlense disputou 11 jogos*", sendo que nas "*matérias de jornal da época (fls. 1208/1227), com a escalação do clube nesses 11 jogos e no mínimo 'estranhamente' em nenhum desses jogos o nome dos dois atletas supostamente contratados aparece*" (fl. 1.311). Afirma que "*a partir do momento em que o Apelante tomou conhecimento de que havia um comentário na cidade de São*

Acesso ao Sumário

Carlos da possível fraude perpetrada na contração de dois jogadores no ano de 1998, ano em que o Apelante era o Presidente do Grêmio Sãocarlense, se viu na obrigação de lavrar a Escritura Pública de Declaração em cartório, visando preservar seus direitos e principalmente sua imagem" (fl. 1.312). Acusa o apelado dos seguintes fatos: "*A) USURPOU O CARGO DE DIRETOR DO TIME DE FUTEBOL SÃOCARLENSE; B) ASSINOU OS CONTRATOS DOS JOGADORES; C) ASSINOU AS CTPS DOS JOGADORES; D) PROMOVEU AÇÃO INDENIZATÓRIA EM NOME DOS PAIS DOS JOGADORES, SENDO 2 AUTORES SEUS TIOS; E) OBTEVE ÊXITO NA AÇÃO INDENIZATÓRIA JULGADA PROCEDENTE CONTRA O MUNICÍPIO DE RINCÃO, CONDENADA A PAGAR MAIS DE 3 MILHÕES DE REAIS EM 2017. F) RECEBEU HONORÁRIOS SUCUBENCIAIS E CONTRATUAIS E OS AUTORES AINDA RECEBEM INCLUSIVE PENSÃO DO MUNICÍPIO DE RINCÃO*" (fls. 1.312/1.313). Assegura que os fatos imputados ao apelado foram objeto de inquérito policial junto à Delegacia de Polícia de Américo Brasiliense, o qual somente não resultou em processo crime em razão do reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva (fl. 1.313). Salienta que o clube não pagou salário aos jogadores, não recolheu FGTS e INSS, bem como que os pais dos jogadores não entraram com pedido de pensão por morte junto ao INSS, o que reforça a tese da defesa. Destaca, ademais, que não há prova de que os réus tenham atuado em conjunto para prejudicar o autor, sendo que não foi comprovado que o apelante teria elaborado ou distribuído o dossiê na cidade de São Carlos (fl. 1.316). Forte nessas premissas, propugnou pelo reconhecimento do cerceamento de defesa, para que o feito seja remetido à comarca de origem para a expedição dos ofícios requeridos. Subsidiariamente, requereu a reforma da r. sentença, com a integral improcedência da demanda.

O recurso é tempestivo e preparado (fls. 1.319/1.320).

Intimado, o apelado apresentou contrarrazões (fls. 1.325/1.336).

O apelante se manifestou às fls. 1.342/1.348, juntando nova documentação às fls. 1.349/1.353.

O apelado respondeu às fls. 1.355/1.359, apresentando documento às fls. 1.360/1.361.

O apelante se manifestou novamente às fls. 1.363/1.368 e 1.410/1.411, juntando novos documentos às fls. 1.369/1.408 e 1.412/1.424.

Em seguida, manifestou-se o apelante às fls. 1.426/1.430 e 1.454/1.455, apresentando documentação às fls. 1.454/1.485.

Às fls. 1.503/1.504, o apelado noticiou que o apelante apresentou representação ao Ministério Público de São Carlos, objetivando a instauração de inquérito policial para a apuração dos fatos trazidos nestes autos, sendo que o i. promotor ao qual o caso foi atribuído promoveu o arquivamento do inquérito.

De seu turno, o apelado se manifestou à fl. 1.507, informando que a deci-

Acesso ao Sumário

são de arquivamento de inquérito não transitou em julgado, tendo em vista que o recorrente protocolou pedido de revisão junto ao órgão ministerial.

Por fim, se manifestou o apelado às fls. 1.523/1.526.

Houve oposição ao julgamento em sessão virtual (fl. 1.340).

É o relatório.

Por proêmio, verifico que o autor e os corréus Edson Brito Bolito, Fabiano Henrique Pereira, Adriel Rodrigo Do Amaral apresentaram pedido de homologação de acordo às fls. 1.291/1.296, o qual foi homologado pelo juízo *a quo* à fl. 1.300, que determinou a extinção do processo em relação a esses réus e o prosseguimento somente em relação ao réu Sérgio Roberto de Almeida. Nesse sentido, cinge-se a controvérsia recursal ao eventual cometimento de ato ilícito por parte do corréu Sérgio e do eventual dever de indenizar.

Cuida-se, na origem, de ação indenizatória por danos materiais, em que o autor afirma ter sido vítima dos crimes de calúnia, injúria e difamação por parte dos réus. Narra que "*em meados do mês de setembro de 1.998, o autor foi contratado por JOSÉ BERNARDES, WILE DA SILVA ONOFRE, MANOEL DE SOUZA e JOSÉ RODRIGUES, todos ao lado de suas esposas, para promover AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS, contra o MUNICÍPIO DE RINCÃO, em razão à acidente automobilístico que vitimou seus filhos, levando-os à óbito. A ação - processo nr. 0002557-74.1999.8.26.0040, tramitou pela Comarca de Américo Brasiliense, contra o Município de Rincão, tendo sido JULGADA PROCEDENTE, decisão já com o trânsito em Julgado. O MUNICÍPIO DE RINCÃO promoveu suas defesas e inúmeros recursos, todos afastados pela Justiça. Depois de mais de 20 anos, iniciou-se a execução e hoje, os pagamentos ocorrem mensalmente, através de Precatório Judicial. Não houve oposição ao pagamento após os afastamentos dos Embargos à Execução e os respectivos recursos. O Município não promoveu qualquer AÇÃO RESCISÓRIA e muito menos questionou alguma situação que pudesse, até mesmo, ensejar AÇÃO CIVIL PÚBLICA*" *(fl. 08)*.

Afirma que, em setembro de 2019, os Procuradores do Município e o Prefeito, ora réus, por concluírem que havia indícios de fraude em referido processo, procederam, de forma administrativa, a uma revisão do feito, bem como ofertaram denúncia para a abertura de inquérito policial. Alega que a denúncia se fulcrou na acusação de que o autor teria assinado documento anunciando ser presidente do clube de futebol e realizado a contratação de jogadores, quando não tinha poderes para tanto, com o intuito de forjar provas para ganhar a ação de indenização em face do Município de Rincão. Assevera que a denúncia se fulcrou em declaração pública prestada pelo réu Sérgio, que havia sido eleito presidente do Time Grêmio Esportivo Sãocarlense, no início do ano de 1997, para exercício no biênio 1997/1998. Nesse sentido, o autor teria sido acusado da prática dos crimes de falsificação de documento público e particular, falsidade

Acesso ao Sumário

ideológica, entre outros.

Assevera que "*a intenção dos RÉUS NÃO ERA investigar tal fato para fins de ações futuras de interesse público. Queriam criar um FATO desabonador que pudesse ensejar uma situação VEXATÓRIA para o AUTOR na sua cidade, São Carlos*" (fl. 10). Verbera que, para tanto, foram distribuídas cartas pela cidade, contendo dossiê contra o autor. Alega que "*o dossiê foi distribuído por toda a cidade de São Carlos/SP, especialmente entre os clientes, familiares e amigos do AUTOR; perante os condôminos do Edifício Vitória Régia, onde mora o AUTOR; órgãos de imprensa da cidade (Jornal Primeira Página, EPTV, Rádios locais); Câmara Municipal de São Carlos; Prefeitura Municipal de São Carlos; Advogados da cidade e outros locais frequentados pelo AUTOR, como SÃO CARLOS CLUBE, RESTAURANTES, EDIFÍCIO RACKS CENTER (onde o AUTOR mantém seu escritório) e, possivelmente, outros locais, não descobertos e identificados, ainda, pelo AUTOR*" (fl. 11). Afirma que tomou conhecimento do dossiê em 10/08/2020, quando recebeu telefonema do proprietário do Jornal Primeira Página, Marcos Santos, sendo que, no mesmo dia, familiares e amigos do autor receberam o mesmo documento. Alega que, no dia 13/08/2020, as cartas chegaram ao edifício onde reside o autor, uma para cada apartamento, menos para o de seu domicílio (fl. 12). Salienta que "*O que chamou a atenção, também, foi o gasto financeiro perpetrado pelos RÉUS, pois cada carta foi remetida pelo correio ao custo médio de R$ 6,55, fora as cópias - 42 laudas - frente e verso em algumas -, o que pode totalizar cada missiva um pouco mais ou menos de R$ 15,00, considerando cada xerox o valor de R$ 0,20. Estima-se que os RÉUS gastaram cerca de 30 à 50 mil reais somente na entrega dos dossiês*" (fl. 12).

No que tange às acusações feitas em seu desfavor, alega que tudo resumia-se no fato de que o autor supostamente não teria poderes para assinar documentos pelo Grêmio Sãocarlense, sendo que, nesta condição, teria cometido falsidade ideológica e fraude processual. Salienta que tal conclusão partiu do fato de que o réu Sérgio firmou escritura pública, em data de 27/9/2019, na qual declarou ser ele o único presidente do Clube no biênio de 1997/1998. Assevera que referida declaração é inverídica, porquanto é possível extrair de ata lavrada em 16/03/1998 pelo Conselho Deliberativo do Grêmio Esportivo Sãocarlense, então presidido por Elpídeo Delattorre, que o conselho se reuniu para apreciar contas dos meses de janeiro, fevereiro e março de 1998, além do pedido de demissão do então presidente Sérgio. Alega que consta na ata que o pedido de demissão fora aceito pelos conselheiros, de forma que Sérgio não foi mais presidente a partir de referida data, sendo que na mesma assembleia foi nomeada comissão para administração do clube até o final do campeonato, a qual recebeu todos os poderes previstos no estatuto para a diretoria executiva. Afirma que referida comissão foi composta de esportistas da cidade, pessoas que gozavam de credibilidade no Município, bem como pelo próprio autor. Conclui, nesse

Acesso ao Sumário

sentido, que "*o GRÊMIO, a partir de 16 de março de 1.998, foi gerido pela COMISSÃO DE ESPORTISTAS nomeada pelo Conselho Deliberativo e recebendo PODERES INSTITUÍDOS À DIRETORIA EXECUTIVA, por força estatutária. Todos os membros poderiam assinar pelo Grêmio*" (fl. 15). Acrescenta que "*o AUTOR era o principal integrante da Comissão, porquanto era o SECRETÁRIO MUNICIPAL DE ESPORTES E TURISMO DA CIDADE e, naquele momento, ao lado de CESAR MARAGNO, era uma espécie de representante da Prefeitura Municipal de São Carlos. Foi colocado naquela condição, não só porque era ADVOGADO conceituado na cidade, mas, também, esportista dos mais respeitados e pessoa de credibilidade indiscutível perante toda a comunidade*" (fl. 15). Salienta que os contratos dos jogadores referidos nas denúncias ofertadas pelos réus foram assinados no mês de abril de 1998, isto é, um mês após a posse da comissão, a qual seguiu em comando do clube até o final de 1998, quando então foi eleito novo presidente definitivo.

Nesse sentido, defende que foi vítima de denunciação caluniosa, difamação e injúria por parte dos réus, tendo sofrido prejuízos de ordem moral diante do ocorrido. Forte em tais premissas, requereu a condenação dos réus ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 30.000,00 para cada réu.

Citado, o réu Sérgio apresentou contestação (fls. 469/487), aduzindo, em síntese, que foi o presidente do clube Grêmio Esportivo Sãocarlense entre o biênio de 1997 e 1998, conforme constam das atas oficiais do Conselho Deliberativo do clube à época. Assevera que o réu foi eleito em 09/12/1996 para exercer o mandato até setembro de 1998, sendo que em todas as atas das reuniões oficiais de 1996 até 2000 não há qualquer menção ao nome do autor na composição da diretoria e conselho. Afirma que "*o autor fantasiosamente atribui conduta criminosa aos requeridos, mencionando por diversas vezes a prática de condutas que seriam tipificadas como calúnia, injúria, difamação, associação criminosa, constrangimento ilegal, entre outras acusações sem o menor sentido. Contudo, a representação criminal apresentada por ele ao Ministério Público Estadual foi de imediato arquivada pela 1ª Vara Criminal da Comarca de Américo Brasiliense a pedido da Douta Promotora de Justiça que, ao analisar o caso, constatou a insuficiência probatória de suas acusações, ante a inexistência de quaisquer indícios de autoria e materialidade*" (fl. 477). Defende, nesse sentido, que se não há indício de autoria, não há que se falar em nexo de causalidade na esfera cível. Alega que tanto na instrução criminal, quanto nestes autos, o autor não logrou comprovar que o requerido participou na elaboração e distribuição do suposto dossiê, não se desincumbindo do ônus que lhe cabia. Salienta que "*a escritura pública assinada pelo requerido nada mais é do que um breve relato de fatos dos quais se recorda à época em que esteve à frente da presidência do antigo 'Grêmio Sãocarlense', e outros dos quais veio a obter conhecimento apenas recentemente. Mais, as observações feitas naquele documento nada*

Acesso ao Sumário

mais são do que constatações feitas por alguém que presenciou os acontecimentos da época, e que por conta disso, detinha condições de indicar possíveis incongruências contidas naquela nebulosa relação jurídica engendrada pelo autor entre o clube e os dois ex-jogadores vitimados, de modo que há apenas constatações de indícios de irregularidade, como as assinaturas das CTPS's e dos contratos, os quais inclusive, não continham a firma de testemunhas, sequer data de lavratura; os salários exorbitantes para a época, os quais excediam em demasia as reais condições financeiras condizentes a um clube pequeno do interior de São Paulo; número de CPF incorreto, tempo de contrato muito superior ao praticado à época, entre outros apontamentos; contudo, não há uma acusação, de fato" (fl. 481). Defende a necessidade de expedição de ofício à Federação Paulista e à Confederação Brasileira de Futebol, para demonstrar que o autor não fez parte do clube, tratando-se de providência que serve para ratificar a prova produzida pelo réu. Subsidiariamente, argumenta que os danos morais devem ser arbitrados em montante reduzido. Nesse sentido, requereu a improcedência dos pedidos autorais.

Citados, os corréus Adriel, Edson e Fabiano também apresentaram contestação (fls. 349/380, 400/431 e 528/558, respectivamente).

Intimado, o autor se manifestou em réplica (fls. 600/655).

Pela decisão saneadora de fls. 796/798, foi designada audiência de instrução, na qual foram colhidos os depoimentos pessoais dos réus Edson Brito Bolito, Fabiano Henrique Pereira e Adriel Rodrigo do Amaral, bem como das testemunhas presentes (fls. 1.148/1.149).

As partes apresentaram alegações finais às fls. 1.161/1.171, 1.191/1.202 e 1.228/1.255).

Por fim, sobreveio a sentença *a quo*, nos termos já expostos.

Tecidas essas considerações, inicialmente, no que tange à alegação de cerceamento de defesa, formulada pela parte autora, esta não merece prosperar.

Deveras, nos termos do artigo 355, inciso I, do Código de Processo Civil, o julgamento antecipado é plenamente admissível 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 e a prova testemunhal, já davam subsídios suficientes para a formação do livre convencimento motivado do magistrado.

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*

Acesso ao Sumário

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).

Não obstante, verifico que a própria parte autora apresentou nos autos, de forma superveniente à interposição do recurso, a resposta de ofícios enviados à Confederação Brasileira e à Federação Paulista de Futebol (fls. 1.342/1.353), de modo que o pedido de produção de prova perdeu seu objeto.

Nesse sentido, é de rigor a rejeição da preliminar.

Ademais, ao analisar os autos, noto que o réu apelante anexou nova documentação aos autos, além daquela de fls. 1.342/1.353.

Ocorre que não se afigura adequada a atitude do apelante que, apenas em sede recursal, vem requerer a juntada dos documentos. Isso porque, além das respostas dos ofícios enviados às instituições de futebol, os demais documentos apresentados não se trata de prova nova, mas sim de prova documental que poderia ter sido obtida anteriormente pelo recorrente, não havendo qualquer razão para a não juntada em momento oportuno.

Nesse sentido, o Código de Processo Civil dispõe com hialina clareza acerca das hipóteses em que permitida a juntada de provas novas:

"*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".

Deveras, no presente caso, não se vislumbra a ocorrência de nenhuma das hipóteses permissivas da juntada posterior de provas, sobretudo porque não há que se cogitar em fatos ocorridos posteriormente àqueles articulados na contestação.

Como corolário da assertiva supra, conheço apenas da documentação apresentada às fls. 1.342/1.353, e não conheço das posteriormente apresentadas.

Por derradeiro, consigno que as alegações referentes à apresentação de representação junto ao Ministério Público para apuração dos fatos objeto destes autos, bem como a ocorrência ou não de arquivamento do inquérito, são irrelevantes para o deslinde destes autos. Com efeito, à luz do princípio da independência entre instâncias, inexiste prejudicialidade decorrente do eventual ajuizamento de ação penal. Isso porque, mesmo que o agente não venha a ser punido na esfera penal, é plenamente possível a sua responsabilização na esfera cível.

Acesso ao Sumário

Superadas tais questões, no mérito, o recurso não comporta provimento.

Compulsando os autos, verifico que restou incontroverso nos autos que o autor foi contratado por familiares dos ex-jogadores do clube de futebol Grêmio Sãocarlense, Edson Belarmino Bernardes e Evandro César da Silva Onofre, para o ajuizamento de ação de indenização por danos materiais e morais contra o Município de Rincão, em decorrência de acidente automobilístico que vitimou os atletas no ano de 1998. Verifico que a ação, que tramitou sob o nº 0002557-74.1999.8.26.0040, foi julgada procedente, com trânsito em julgado, tendo o Município sido condenado a indenizar as famílias das vítimas.

Restou incontroverso, outrossim, que em 2019, foi realizada investigação administrativa, bem como foi ofertada denúncia para a abertura de inquérito policial, por concluírem o Prefeito e os Procuradores do Município de Rincão que havia indícios de fraude em referido processo. Segundo consta, a denúncia se fulcrou na acusação de que o autor teria assinado documento anunciando ser presidente do clube de futebol Grêmio Sãocarlense realizado a contratação de jogadores, quando não tinha poderes para tanto, com o intuito de forjar provas para ganhar a ação de indenização em face do Município de Rincão.

Também é incontroverso que, à época da investigação, foi distribuído um "dossiê" na cidade de São Carlos, consistente em documento que acusava o autor da prática de crimes de falsificação de documento público e particular, falsidade ideológica, entre outros, relacionados à sua posição como diretor do time e à contratação dos jogadores.

É incontroverso, ainda, que o corréu Sérgio firmou declaração pública, contendo declarações a respeito da pessoa do requerente e seu suposto envolvimento com o clube Grêmio São-carlense.

Forte nessas premissas, a questão a ser enfrentada reside em analisar se houve ou não ilicitude no comportamento do corréu Sérgio, isto é, se diante do conteúdo das informações transmitidas, a veiculação daqueles relatos fora ou não perpetrada no bojo do exercício regular de um direito.

Por proêmio, verifico que o autor atribuiu ao corréu as seguintes condutas ilícitas: (i) a elaboração e a distribuição do "dossiê" pela cidade de São Carlos; e (ii) a elaboração de declaração pública em tabelionato.

No que tange ao primeiro ponto (i), reputo que não há, nos autos, evidências de que o corréu tenha elaborado, redigido ou contribuído de qualquer forma para a distribuição do documento de fls. 50/55.

Deveras, a análise documental, aliada à prova testemunhal produzida nos autos, não foi capaz de demonstrar quem foi o autor de referido texto, e tampouco quem teria sido o agente responsável por sua impressão e distribuição.

Sobre este ponto, cumpre colacionar o minudente relatório proferido na r. sentença, que sintetiza a oitiva das testemunhas colhida em juízo (fls. 1.271/1.272):

Acesso ao Sumário

"*Sebastião Marcos de Souza Santos, proprietário de um jornal local, disse ter recebido aquele texto de alguém, que se apresentou como sendo da Prefeitura Municipal de Rincão, mas obviamente não identificou qualquer dos réus como responsável pela confecção ou pela solicitação de publicação; nem mesmo conseguiu confirmar se o comparecente era servidor da Prefeitura Municipal.*

Carlos Antonio Dias Ramos, porteiro do prédio onde mora o autor, recebeu exemplares, em envelopes fechados, destinados aos moradores, entregues por pessoa que ele não soube identificar nem apontar a origem. Tudo indica que foram entregues por algum agente do correio, ainda que de franquia, pois o próprio depoente tinha consigo um que, tal qual outros reproduzidos nos autos, tinha adesivo semelhante (por exemplo, págs. 111 e 113). Não é possível afirmar ou inferir que os réus ou alguém a mando deles tenha efetuado a remessa, por correio.

Marcos Antonio Pereira também recebeu um exemplar, entregue por alguém que estava no interior de um veículo de uma Prefeitura, sem identificar de qual município. Ainda que se possa imaginar fosse de Rincão, não é possível depreender participação dos réus.

Wilie da Silva Onofre também recebeu de pessoa que estava em um veículo da Prefeitura Municipal, mas não identificou o motorista e as circunstâncias da entrega da correspondência não permitem concluir que houve participação dos réus".

Em relação ao segundo ponto (ii), verifico que o corréu Sérgio, na data de 27/09/2019, compareceu perante o 1º Tabelião de Notas e de Protesto de Letras e Títulos da Comarca de São Carlos, ocasião na qual lavrou escritura pública contendo a seguinte declaração (fls. 57/58):

"Declaro para todos os devidos fins e efeitos de direito, que: 1-) Eu Sérgio Roberto de Almeida, fui Presidente do Clube Grêmio Esportivo Sãocarlense de 02 de janeiro de 1997 a setembro de 1998, e que durante o meu mandato, o Senhor Marcius Milori, RG nº 12.356.677-0 e CPF nº 056.126.258-63, não exerceu nenhuma função na diretoria do referido clube e muito menos no conselho deliberativo; 2-) Que tomei conhecimento e visualizei os contratos de trabalho de atleta profissional de futebol de nº 266223, em nome de Edson Belarmino Bernardes, com data de início 17/04/98 e término em 17/04/2003, e o contrato de nº 266225, em nome de Evandro César da Silva Onofre, com data de início 10/04/98 e término em 10/04/2003, tendo como contratante o clube Grêmio Esportivo Sãocarlense; 3-) Que referidos contratos, pelas assinaturas apostas no campo "presidente da associação", foram firmados por Marcius Milori na condição de Presidente do Clube/Associação (Grêmio Esportivo Sãocarlense), cargo/função que 'JAMAIS' exerceu; 4-) Que o contrato nº 266223, em nome de Edson Belarmino Bernardes, foi firmado no valor de R$ 2.800,00 (dois mil e oitocentos reais), que correspondia, na época,

Acesso ao Sumário

a 21,53 salários mínimos, enquanto que o contrato nº 266225, em nome de Evandro César da Silva Onofre, foi firmado no valor de R$ 3.100,00 (três mil e cem reais), que correspondia a 23,84 salários mínimos da época, diga-se, valores exorbitantes para referido clube à época, tempo em que, salvo engano, os maiores pagamentos, e para atletas experientes, eram da ordem de 10 (dez) salários, excedendo aludida quantia em casos excepcionalíssimos; 5-) Que nos citados contratos não constam testemunhas, data da sua lavratura, firmas reconhecidas, contando inclusive, o contrato de n 266223 com número de CPF, salvo engano, do pai do atleta Edson, ou seja, o CPF ali estampado, nº 020.245.088-04, é de José Bernardes, e não de Edson Belarmino Bernardes; 6-) Que citados atletas, pelo que me lembro, informação que pode e deve ser confirmada junto a Federação Paulista de Futebol-FPF, bem como a Confederação Brasileira de Futebol -CBF, não jogaram no Grêmio Esportivo Sãocarlense de 10/04/1998 a 15/08/1998, data que faleceram em decorrência de acidente de trânsito que gerou inclusive uma ação indenizatória promovida pelos pais dos mesmos; 7-) Que na condição de ex-Presidente do clube, somente em 23/09/2019 tomei conhecimento da referida ação acima citada e da aparente fraude perpetrada nos contratos já referidos dos atletas Evandro César da Silva Onofre e Edson Belarmino Bernardes, e que assim parece não foram registrados na Federação Paulista de Futebol (FPF) e nem na Confederação Brasileira de Futebol (CBF), conforme poderá ser confirmado mediante expedição de ofício judicial, junto aos órgãos em questão. 8-) Declaro, ainda, que também foi verificado por mim que as assinaturas das carteiras de trabalho de Evandro César da Silva Onofre e Edson Belarmino Bernardes foram, indevidamente, em nome do Grêmio Esportivo Sãocarlense, firmadas por Marcius Milori, sem qualquer autorização/poderes, usando, dolosamente/indevidamente, o carimbo com nome do clube. 9-) Que tais documentos foram elaborados, assim parece, de forma fraudulenta, e segundo consta para instruir a propositura de Ação Indenizatória contra a Prefeitura de Rincão -SP, feito que tramitou sob o nº. 0002557-74.1999.8.26.0040, perante a 1ª Vara Cível do Fôro de Américo Brasiliense-SP, tudo de modo, assim parece, a induzir o Juízo a erro quanto a fixação da pensão mensal, uma vez que a Sentença de mérito foi embasada exatamente nos documentos, ao que parece, fraudulentos firmados e juntados pelo próprio Marcius Milori, que inclusive ainda é o advogado dos Autores naquela ação; 10-) Por derradeiro, considerando mais de 20 (vinte) anos dos fatos aqui tratados, daí a possibilidade de eventual lapso de memória, entendendo que os documentos em questão devam ser objeto de perícias, bem como de questionamentos junto aos órgãos competentes, caso da FPF e da CBF, reiterando, com veemência, que durante o meu mandato como Presidente do Grêmio Esportivo Sãocarlense, que foi de 02 de janeiro de 1997 a setembro de 1998, o advogado Marcius Milori não tinha poderes e nem legitimidade para firmar contratos de qualquer natureza em nome

Acesso ao Sumário

do clube Grêmio Esportivo Sãocarlense".

A análise dos elementos colacionados aos autos revela que são infundadas as declarações do réu no que tange ao período do exercício de seu mandato junto à presidência do Grêmio Sãocarlense, bem como em relação à propalada ausência de poderes do autor na qualidade de diretor do clube.

Deveras, malgrado as alegações do recorrente, verifica-se que este não exerceu o seu mandato na presidência do clube até o final. Na realidade, é possível constatar, a partir das notícias veiculadas em jornais locais da época (fls. 122, 125, 126/128) que este renunciou ao cargo em meados de março de 1998.

A aceitação da renúncia do presidente também consta das cópias das atas de reuniões do Conselho Deliberativo (fls. 115/122), o qual também deliberou pela formação de uma comissão executiva provisória, diante da saída do presidente (fl. 115).

Deveras, referida comissão foi constituída pelos seguintes membros: Elpidio Delatorre, Eduardo Antônio Teixeira Cotrim, Marcius Milori (autor recorrido), Roberto Cesar Maragno, Osmar Genovez Júnior e Wille da Silva Onofre (fl. 119). Segundo consta da ata, a comissão assumiu a responsabilidade pela gestão do clube durante o encerramento do Campeonato de Futebol Profissional de 1998 da Série A-2.

Ressalte-se que a formação de referida comissão provisória também foi veiculada pelos jornais locais (fl. 126), bem como foi confirmada por Eduardo Antonio Teixeira Cotrim, Osmar Genovez Júnior e Wille da Silva Onofre, ouvidos em juízo.

Malgrado a ausência de averbação de referida ata junto aos registros da pessoa jurídica, é cediço que ao longo de quase vinte anos não se constatou nenhuma insurgência por parte do clube em relação à comissão executiva provisória, e tampouco em relação aos atos por ela praticados, o que inclui a contratação dos atletas mencionados nos autos.

Nesse sentido, reputo que as declarações do réu no sentido de que o autor não teve qualquer função na diretoria do clube ou no conselho deliberativo são infundadas. Da mesma forma, é injustificável a alegação de que o requerente não tinha autoridade para assinar contratos em nome do clube, ou que o autor utilizou indevidamente o carimbo do clube para assinar carteiras de trabalho.

Impende destacar que, como bem consignado pelo douto juízo *a quo*, é irrelevante, para o deslinde desta lide, questões relativas à efetiva participação dos atletas nas partidas promovidas pelo clube, seu registro definitivo na CBF ou FBF, sua qualidade técnica e os salários descritos nos contratos. Com efeito, trata-se de questões que, se o caso, concernem ao processo indenizatório movido em desfavor do Município de Rincão, mas não a estes autos, que se cinge a apurar eventual conduta ilícita perpetrada pelo réu Sérgio.

E, conforme anteriormente exposto, reputo que as declarações lavradas

Acesso ao Sumário

em tabelião pelo requerido, cerca de duas décadas após a ocorrência dos fatos, mostram-se indevidas e inverídicas. Deveras, as provas apresentadas nos autos demonstram que afirmações foram elaboradas de forma leviana e maliciosa, com o objetivo de prejudicar o autor, acusando-o indevidamente de condutas fraudulentas relacionadas à gestão do clube e à contratação dos atletas.

Sobreleva destacar, nesse ponto, que muito embora não tenha se constatado quem foi o responsável pela elaboração do "dossiê" que circulou pela cidade de São Carlos, é cediço que a escritura pública lavrada pelo réu foi utilizada como base para a argumentação contida naquele texto (fl. 53). Com efeito, as declarações do ex-Presidente do clube de futebol foram empregadas como "argumento de autoridade", reforçando as acusações presentes naquele documento.

Forte em tais premissas, o réu não logrou êxito em comprovar a veracidade de referidas afirmações, que, inclusive, figuram-se como inverídicas a luz dos elementos trazidos aos autos. Nesse sentido, embora redigida a escritura com disfarçado *animus* difamatório, é certo que o réu, de qualquer modo, atribuiu indevidamente ao autor algum grau de participação ou conivência com suposta empreitada criminosa, atingindo e lesionando sua honra objetiva.

Portanto, de acordo com o art. 186 do Código Civil, conclui-se pela existência de ato ilícito na veiculação daquelas declarações pelo réu, que, expostas a um número significativo de pessoas, violou os direitos de personalidade do autor, ensejando necessária reparação por danos morais.

No tocante a indenização por danos morais, definido o *an debeatur*, resta agora aferir se o *quantum debeatur* arbitrado na r. sentença comporta alguma modificação.

Como é cediço, a fixação de verba reparatória a título de danos morais exige uma atividade parcimoniosa do magistrado, uma vez que inexiste tarifação prevista em lei para os abalos internos sofridos por determinada pessoa, no âmbito da lesão ao arquétipo de seu direito geral de personalidade. Devem ser analisadas, portanto, algumas balizas impostas pela melhor doutrina.

São elas, por exemplo, o sopesamento da conduta das partes, a intensidade e duração do dano, bem como o denominado "valor desestímulo", destinado a dissuadir o ofensor de igual prática no futuro, no âmbito do princípio da prevenção. (Nesse sentido, *Le Tourneau e Cadiet, Droit de la responsabilité*, Paris, Dalloz, 1998).

Nesse sentido, é valiosa a lição de Caio Mário da Silva Pereira:

"*A vítima de uma lesão a algum daqueles direitos sem cunho patrimonial efetivo (...) deve receber uma soma que lhe compense a dor ou o sofrimento, a ser arbitrada pelo Juiz, atendendo às circunstâncias de cada caso, e tendo em vista as posses do ofensor e a situação pessoal do ofendido. Nem tão grande que se converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequena que se torne inexpressiva*". (PEREIRA, Caio Mário da Silva.

Acesso ao Sumário

Responsabilidade Civil. 4. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 60 apud STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*: doutrina e jurisprudência. 7 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2007, p.1684.)

No caso em tela, em cotejo com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, tendo em vista que a imagem do autor foi indevidamente associada a condutas fraudulentas relacionadas à gestão do clube e à contratação dos atletas e que referidas alegações foram veiculadas em escritura pública, reputo adequado o valor de R$ 15.000,00 fixado pelo juízo *a quo*. Tal quantia revela-se suficiente para reparar o dano, sem, por outro lado, permitir o enriquecimento sem causa do beneficiado.

Ante o exposto, **nego provimento ao recurso**. Tendo em vista a sucumbência recursal por parte do apelante, majoro os honorários devidos para 15% do valor atualizado da condenação, em atenção ao disposto no art. 85, §§11º, do Código de Processo Civil.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0016472-33.2011.8.26.0506, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é apelante MARCOS REINALDO FERREIRA DA CRUZ (JUSTIÇA GRATUITA), são apelados ALEX VISSOTO e MAPRE SEGUROS GERAIS S/A (ANTIGA BRASIL VEÍCULOS CIA. DE SEGUROS).

ACORDAM, em 32ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 46531)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANDRADE NETO (Presidente), MARY GRÜN e CAIO MARCELO MENDES DE OLIVEIRA.

São Paulo, 23 de maio de 2024.

ANDRADE NETO, Relator

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL - ACIDENTE DE TRÂNSITO - ACIDENTE E RESPONSABILIDADE INCONTROVERSAS - PRETENSÃO DE MAJORAÇÃO DA INDENIZAÇÃO PELOS DANOS MORAIS, FIXAÇÃO DE PENSÃO MENSAL VITALÍCIA E INDENIZAÇÃO POR DANOS ESTÉTICOS DESPROVIDA - CONSEQUENCIAS DE NATUREZA LEVE SEM REPERCUSSÃO NA

Acesso ao Sumário

CAPACIDADE LABORATIVA DA VÍTIMA - DANOS MORAIS FIXADOS EM VALOR SUFICIENTE - SEGURADORA QUE NÃO DEVE SER CONDENADA POR AUSÊNCIA DE COBERTURA NA APÓLICE - PREVISÃO EXPRESSA - MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - DESCABIMENTO - SENTENÇA MANTIDA APELAÇÃO DESPROVIDA

VOTO

Cuida-se de apelação contra sentença que julgou parcialmente procedente ação de reparação de danos fundada em acidente de trânsito, condenando o réu José Vissoto ao pagamento de indenização de R$ 10.000,00 a título de danos morais, e improcedente a lide secundária (denunciação da seguradora).

Recorre apenas o autor pleiteando a majoração da indenização pelos danos morais, a condenação do réu ao pagamento de pensão mensal vitalícia e de indenização pelos danos estéticos sofridos. Pede, ainda, que a ação seja julgada procedente também com relação à seguradora denunciada pelo réu, nos termos da súmula 402 do STJ.

O recurso foi processado com contrarrazões.

É o relatório.

Restaram incontroversas a dinâmica do acidente e a responsabilidade do réu quanto à reparação dos danos sofridos pelo autor, remanescendo a controvérsia apenas quanto às verbas indenizatórias devidas.

A sentença se limitou a condenar o réu ao pagamento de indenização pelos danos morais no valor de R$ 10.000,00, afastando as demais pretensões, e julgando improcedente a lide secundária por ausência de cobertura na apólice.

O autor pretende fixação de pensão mensal vitalícia, indenização por danos estéticos, majoração da indenização pelos danos morais e condenação da seguradora denunciada a responder solidariamente ao réu.

Realizada produção de prova pericial o perito o perito classificou as consequências da lesão como *discreta limitação de flexo-extensão do punho direito*. E que *não há limitações relacionadas a nenhuma atividade*. (fls. 491).

Na hipótese, além da lesão parcial ter sido caracterizada como sendo de natureza leve, relevante observar que o acidente aconteceu em 2010, e quando a perícia aconteceu, em 2019, o autor narra perante o *expert* que esteve recuperado após dois meses do acidente, não refere tratamentos atuais e estar desempregado desde 2016, ou seja, que trabalhou desde a época do acidente ao longo de mais seis anos exercendo a função de padeiro, e que recebeu benefício previdenciário (auxílio-doença) por apenas pouco mais de um mês, de 09/12/2010 a 30/01/2011.

Acesso ao Sumário

Assim, entendo descabida a pretensão do autor quanto ao pedido de fixação de pensão mensal vitalícia.

Melhor sorte não merece o apelante quanto à pretensão de fixação de indenização pelos danos estéticos.

No laudo pericial o *expert* foi categórico ao afirmar que os danos corporais sofridos pelo autor não resultaram em mudança de sua aparência, pois as cicatrizes decorrentes da cirurgia em punho direito são pouco aparentes. (fls. 492/493).

No que concerne ao dano moral, indubitável tê-lo sofrido o autor, ante o atingimento de bem personalíssimo, consubstanciado em sua integridade física e psíquica, sendo prescindíveis maiores digressões a respeito.

Com relação ao montante indenizatório, entendo que o montante fixado em sentença, no valor de R$ 10.000,00 se situa em patamar justo e razoável frente ao abalo moral sofrido, uma vez sopesadas as circunstâncias fáticas dos autos.

Por fim, no tocante a lide secundária, a sentença também não merece reparo.

Consoante se verifica às fls. 251 e 342 dos autos, na data do acidente estava em vigor apólice na qual estipulada expressamente a exclusão de cobertura para condenações do segurado ao pagamento de danos morais e ou estéticos.

Nesse aspecto, a jurisprudência consolidada no Superior Tribunal de Justiça orienta-se no seguinte sentido:

"*RECURSO ESPECIAL. CIVIL. ACIDENTE DE VEÍCULO. SEGURO. DANOS MORAIS. CLÁUSULA AUTÔNOMA EXCLUINDO OBRIGAÇÃO. AUSÊNCIA DE CONTRATAÇÃO. COBERTURA. INEXISTÊNCIA. INDENIZAÇÃO. DESCABIMENTO. 1 - Consoante o entendimento jurisprudencial deste Superior Tribunal de Justiça, a previsão contratual de cobertura dos danos pessoais abrange os danos morais tão-somente se estes não forem objeto de exclusão expressa ou não figurarem como objeto de cláusula contratual independente, o que não ocorre na espécie. Hipótese da súmula 402 do Superior Tribunal de Justiça. 2 - Recurso especial conhecido e provido*" (REsp 862.928/PR, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 10/11/2009, DJe 23/11/2009).

Assim, tendo havido exclusão expressa da cobertura para danos morais, inviável a condenação da seguradora pretendida pelo autor.

Finalmente, quanto à pretensão de majoração dos honorários advocatícios, a fixação em sentença[1] se mostra suficiente para remunerar adequadamente o profissional pelo serviço realizado, considerando que o trabalho realizado

1 *O autor e o requerido José Vissoto arcarão com 70% (setenta por cento) e 30% (trinta por cento) das custas e despesas processuais, respectivamente, sendo que uma parte deverá arcar com os honorários sucumbenciais do patrono da outra parte, os quais fixo em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da condenação, nos termos do artigo 85, §2º, do Código de Processo Civil, observadas as mesma proporções (70% / 30%) e o tanto disposto no artigo 98, §§ 1º e 3º, do mesmo diploma processual.*

Acesso ao Sumário

não exigiu a superação de nenhuma dificuldade excepcional nem, tampouco, ostentou complexidade em grau mais significativo, mostrando-se adequada para remunerar com justiça e dignidade o trabalho realizado pelo patrono do autor.

Isto posto, pelo meu voto, **nego provimento ao recurso, e, nos termos do §11 do artigo 85 do CPC, majoro a verba honorária devida pelo recorrente ao patrono do réu José Vissoto em 2%, observada a condição do autor de beneficiário da justiça gratuita.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1130177-60.2022.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante JOSÉ FRANCISCO RODRIGUES, são apelados VISA DO BRASIL EMPREENDIMENTOS LIMITADA e ITAÚ UNIBANCO S/A.

ACORDAM, em 13ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U. Sustentou oralmente a Dra. Andrea Conde", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.471)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores NELSON JORGE JÚNIOR (Presidente), SIMÕES DE ALMEIDA e ANA DE LOURDES COUTINHO SILVA DA FONSECA.

São Paulo, 22 de maio de 2024.

NELSON JORGE JÚNIOR, Relator

Ementa: APELAÇÃO - AÇÃO DECLARATÓRIA - CARTÃO DE CRÉDITO - FRAUDE - LEGITIMIDADE PASSIVA

- Ação declaratória de inexistência de débito c.c. indenização por danos morais - Cartão de crédito - Compra não reconhecida pelo consumidor - Bandeira de cartão de crédito que também é responsável pelo serviço - Legitimidade passiva configurada:

- A proprietária da bandeira do cartão bancário é parte legítima para figurar no polo passivo de ação referente a compras não reconhecidas pelo consumidor - Bandeira de cartão bancário responde solidariamente com as instituições financeiras administradoras do cartão, integrando a cadeia de fornecimento, nos termos do art. 14 do CDC. Precedentes do E. STJ. CARTÃO DE CRÉDITO - FRAUDE

Acesso ao Sumário

- Transação realizada com cartão de crédito não reconhecida pelo titular - Falha no sistema de segurança da instituição financeira e da bandeira de cartão de crédito que permitiu operação fora do perfil do consumidor - Declaração de inexigibilidade da operação contestada realizada com cartão de crédito - Cabimento - Danos morais demonstrados na espécie - Teoria do desvio do tempo produtivo- Aplicabilidade- Vício na prestação do serviço a que não deu causa o autor:

- É de rigor a reparação dos danos morais causados ao autor em razão dos transtornos advindos de operação fraudulenta, a partir de falha do sistema de segurança da instituição financeira e da bandeira de cartão de crédito - Incidência da teoria do desvio do tempo produtivo, pois impôs o dispêndio de tempo relevante para a solução de vício na prestação do serviço a que não deu causa a parte vulnerável da relação jurídica, tampouco contribuiu minimamente

DANO MORAL

- Fixação que deve servir como repreensão do ato ilícito - Enriquecimento indevido da parte prejudicada - Impossibilidade - Razoabilidade do "quantum" indenizatório:

- A fixação de indenização por danos morais deve servir como repreensão do ato ilícito e pautada no princípio da razoabilidade sem que se transforme em fonte de enriquecimento indevido da parte prejudicada.

RECURSO PROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos etc.

Trata-se de recurso de apelação interposto da respeitável sentença a fls. 220/225, que **julgou improcedente** o pedido formulado na ação declaratória de inexistência de débitos cumulada com danos morais e pedido liminar ajuizada por José Francisco Rodrigues contra Itaú Unibanco S/A e Visa do Brasil Empreendimentos Ltda., condenando o autor ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da causa.

Apela o autor (fls. 228/244) sustentando mantém conta corrente no banco apelado há mais de 30 anos e em outubro de 2022 identificou que havia na fatura de cartão de crédito um débito não reconhecido. Alega ter tentado solucionar a

questão administrativamente, mas sem êxito. Afirma que o banco afirmou que a compra foi realizada em endereço onde jamais esteve, no qual não há estabelecimento comercial.

Argumenta que os cartões com *chip* são passíveis de fraude, havendo recentes informações a respeito de golpes perpetrados através das máquinas de cartão.

Afirma assim que tomou conhecimento do débito indevido, providenciou o boletim de ocorrência relatando os fatos.

O recurso é tempestivo, bem-preparado (fls. 245/246), e fica recebido, nesta oportunidade, apenas no efeito devolutivo, nos termos do art. 1.012, § 1º, inciso V, do Código de Processo Civil.

A ré Visa do Brasil Empreendimentos Ltda. respondeu ao recurso, suscitando preliminarmente sua ilegitimidade para responder à ação, por não possuir qualquer relação com o apelante e, no mérito, pugna pela manutenção da sentença (fls. 248/256).

O réu Itaú Unibanco S/A sustenta a inadmissibilidade do recurso, por não atacar diretamente os fundamentos da sentença e, no mérito, pleiteia a manutenção da decisão (fls. 260/273).

É o relatório.

I. Trata-se de ação declaratória de inexistência de débitos cumulada com danos morais e pedido liminar ajuizada por José Francisco Rodrigues contra Itaú Unibanco S/A e Visa do Brasil Empreendimentos Ltda. em que o autor alega não reconhecer débito lançado em sua fatura de cartão de crédito, no valor de R$ 4.135,02, dividido em três parcelas de R$ 1.378,34. Afirmou ter tentado resolver a questão junto ao banco réu, mas não obteve êxito. Assim, ajuizou a ação requerendo a declaração de inexigibilidade do débito questionado e a condenação das rés ao pagamento de indenização por danos morais no valor de cinco salários-mínimos.

Foi parcialmente concedida a tutela de urgência requerida para suspender a exigibilidade do débito objeto da ação, determinar que as rés se abstenham de atos de cobrança a ele referentes e determinar a emissão de nova fatura do mês de novembro de 2022 para que a parcela do débito questionada seja excluída (fls. 28/29).

Após a apresentação das contestações e réplica, sobreveio a r. sentença de improcedência, que ensejou a interposição do recurso, o qual comporta acolhimento.

II. Preliminarmente, não encontra guarida a tese de **ilegitimidade passiva "ad causam"**, suscitada pela corré Visa do Brasil.

Embora a ré afirme não ter relação jurídica com o autor, é certo que a atividade desenvolvida tem como fim a compra mediante cartão eletrônico pelo destinatário final, o que comprova a cadeia de consumo. A solidariedade decorre

Acesso ao Sumário

da própria relação jurídica, nos exatos termos dos artigos 7º, parágrafo único, e 25, § 1º, todos do Código de Defesa do Consumidor.

Acerca do tema o C. Superior Tribunal de Justiça sedimentou entendimento a respeito. Confira-se:

"*(...)Segundo a orientação jurisprudencial desta Corte Superior, o art. 14 do CDC estabelece regra de responsabilidade solidária entre os fornecedores de uma mesma cadeia de serviços, razão pela qual as "bandeiras"/marcas de cartão de crédito respondem solidariamente com os bancos e as administradoras de cartão de crédito pelos danos decorrentes da má prestação de serviços. 3. Agravo regimental desprovido*" (AgRg no AREsp 596.237/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/02/*2015)*.

Este também é o posicionamento desta C. Câmara:

"*APELAÇÃO - LEGITIMIDADE PASSIVA - BANDEIRA DE CARTÃO DE CRÉDITO - Alegação da instituição financeira ré de que seria parte ilegítima para figurar no polo passivo da relação processual, pois não possuiria responsabilidade pelos serviços prestados pelas administradoras de cartão de crédito - Descabimento - Hipótese em que as bandeiras/marcas de cartão de crédito respondem solidariamente com os bancos e administradoras por serem fornecedores de uma mesma cadeia de serviços, nos termos do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor - Precedentes do STJ - Consumidor que não teria condições de identificar ao certo o responsável pela falha na prestação dos serviços contratados (CDC, art. 7º, parágrafo único) - RECURSO DESPROVIDO. (...)*" (Apel. nº 1030724-42.2015.8.26.0002, Rel. Des. Ana de Lourdes Coutinho Silva da Fonseca, j. 20.06.2018)

"*Ação declaratória de inexigibilidade c.c. danos morais - Transações com cartões de crédito das autoras - Golpe do motoboy. Ilegitimidade ad causam - Sentença reconheceu a ilegitimidade passiva das corrés Mastercard Brasil Soluções de Pagamento Ltda. e Visa do Brasil Empreendimentos S/A - Inadmissibilidade - Regra de responsabilidade solidária (art. 14 do CDC) entre fornecedores de cadeia de serviços, motivo pelo qual as proprietárias do cartão de crédito respondem solidariamente pela má prestação de serviços - Legitimidade ad causam reconhecida da proprietária da marca/bandeira do cartão de crédito - Sentença reformada - Recurso provido. (...)*" (Apel. nº 1009675-05.2016.8.26.0003, rel. Des. Francisco Giaquinto, j. 23.01.2018).

Assim, afasta-se a alegação de ilegitimidade passiva da ré Visa do Brasil porque faz parte da cadeia produtiva, em razão da parceria mantida com o Itaú Unibanco S/A, para viabilizar o uso de sua marca, devendo responder pelos danos sofridos pelo consumidor em decorrência da falha na prestação de serviços.

Acesso ao Sumário

III. Quanto ao mérito, cumpre consignar que a relação entre as partes é tipicamente consumerista, sendo aplicável, o quanto dispõe a Lei n. 8.078/1990, enquadrando-se as partes, perfeitamente, nos conceitos de consumidor e fornecedor, expressos pelos artigos 2º e 3º do Código de Defesa do Consumidor.

É, ademais, o que preconiza a **Súmula 279 do C. Superior Tribunal de Justiça**: "*O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras*".

Dessa forma, a responsabilidade da instituição financeira pela reparação de eventuais danos suportados por seus consumidores independe de comprovação de culpa, exigindo apenas o defeito na prestação do serviço, o dano e o nexo causal entre eles, conforme disposto no artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor.

E há verossimilhança nas alegações do autor, visto a possibilidade de ocorrência da fraude, em especial, a clonagem do cartão.

Neste particular, quer em virtude da inversão do ônus da prova, decorrente da hipossuficiência técnica dos consumidores (CDC, art. 6º, VIII), quer em razão da impossibilidade de produção de prova acerca de fato negativo genérico (de que não realizou a indigitada operação), cabia aos réus demonstrar a regularidade do lançamento impugnado (CPC, art. 373, inciso II), ônus do qual não se desincumbiram.

De fato, ao disponibilizar ao consumidor tais serviços, os réus deveriam ter mecanismos a coibir o uso de cartão por quem não seja o titular, de modo a evitar fraudes, o que não se verifica, inclusive pelo crescente número de ações no Poder Judiciário, onde se constatam fraudes nesse sentido.

De qualquer forma, é certo que a instituição financeira e a bandeira do cartão de crédito não demonstraram que a transação impugnada teria sido realizada pelo autor ou por terceiro com o seu consentimento.

A controvérsia cinge-se no lançamento no valor de R$ 4.135,02 na fatura do seu cartão de crédito, referente a uma suposta compra realizada no dia 18/10/2022 em local que não tem estabelecimento comercial e no qual o autor afirma nunca ter ido. Contudo, não houve impugnação específica a esse respeito, os réus apenas defendem que a operação teria sido realizada com o uso do cartão, *chip* e senha pessoal.

Nesse contexto, em que inviável a demonstração pelo autor de que não teria realizado as transações impugnadas, a frágil alegação dos réus de sua regularidade com base no argumento de que teria sido realizada mediante o uso de senha pessoal, secreta e intransferível, não comporta guarida.

Saliente-se que está presente a verossimilhança nas afirmações do autor, tendo em vista que mantém relação de 30 anos com o banco e nunca havia contestado uma operação.

Ademais, é notório que o sistema de segurança fornecido pelas instituí-

Acesso ao Sumário

ções bancárias e bandeiras de cartão de crédito não se encontra imune a fraudes perpetradas por estelionatários, sendo até mesmo frequente a clonagem de cartões com *chip*.

Ainda que a culpa pela ocorrência de fraude tenha sido de terceiro, ou seja, que este tenha se valido dos dados do autor para realizar a fraude com o cartão de crédito, isso não afastaria a responsabilidade objetiva do banco e da bandeira de cartão de crédito pelos danos causados no âmbito de suas operações. Entendimento esse pacificado pelo **Colendo Superior Tribunal de Justiça** com a edição da Súmula 479: "*As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias*".

Desta forma, é imperiosa a declaração de inexistência do débito.

Quanto ao pedido de indenização por danos morais, também merece provimento o recurso do autor.

No caso, é manifesto o vício na prestação do serviço, haja vista ter sido lançado na fatura do cartão de crédito do autor débito por ele não reconhecido, proveniente de transação que ele não realizou.

A frágil alegação dos apelados de que seria impossível a ocorrência de fraude por meio de cartões de crédito com *chip* não se sustenta e é infirmada por dados da realidade.

Assim, os apelados falharam com o dever de segurança que lhes é imposto perante os consumidores. E, diante da situação exposta, sem que os apelados houvessem tomado as providências necessárias para impedi-las e revertê-las, inequívoco o abalo extrapatrimonial.

Ademais, deve ser considerado o dispêndio de tempo relevante por parte do consumidor para a solução de vício na prestação do serviço a que não deu causa, tampouco contribuiu minimamente.

O autor registrou boletim de ocorrência e entrou em contato com o banco por duas vezes para contestar a transação. Ao tomar conhecimento da falha em seus serviços, tinham os réus plenas condições de sanar o problema, regularizando a situação. Contudo, nenhuma providência adotaram, o que tornou imperiosa a propositura da demanda.

Ora, a desídia dos apelados em prontamente resolver a questão, mesmo instados administrativamente pelo consumidor, deu causa ao dispêndio relevante de tempo, a autorizar a incidência da **teoria do desvio produtivo do consumidor**. Acerca do tema, já decidiu esse E. Tribunal de Justiça:

> "*Ação de obrigação de fazer c/c indenização por danos morais. Telefonia. Tentativa do autor de transferência de titularidade da linha por anos a fio, sem obter êxito. Falha na prestação dos serviços da concessionária. Questão incontroversa. Fatos que extrapolaram o mero dissabor não indenizável. Aplicação da teoria do desvio produtivo do consumidor.*

Dano moral configurado. Sentença parcialmente reformada. Recurso provido em parte". (TJSP; Apelação Cível 1006535-03.2020.8.26.0009; Relator: Cauduro Padin; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional IX - Vila Prudente - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 11/08/2021; Data de Registro: 11/08/2021)

"APELAÇÃO - NEGATIVAÇÃO INDEVIDA - INEXIGIBILIDADE DO DÉBITO - DANO MORAL - CONFIGURADO - DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR - O dano moral não precisa representar a medida nem o preço da dor, mas uma compensação pela ofensa injustamente causada a outrem. A indenização econômica tornou-se o único meio para a reparação do dano moral. Ocorre por mera compensação ou neutralização e não exatamente por restauração dos bens lesados, o que, à evidência, seria impossível. Diante de tais situações, a única via pela qual se pode ao menos minorar os efeitos do dano é por meio da reparação pecuniária; - Perfeitamente aplicável a tese do Desvio Produtivo do Consumidor, desenvolvida por Marcos Dessaune (in Teoria Aprofundada do Desvio Produtivo do Consumidor. 2. ed. rev. e ampl. - Vitória, ES, 2017), que defende, com razão, que o tempo desperdiçado pelo consumidor para a solução dos problemas gerados pelos maus fornecedores, constitui dano indenizável, ou seja, a missão subjacente dos fornecedores é - ou deveria ser - dar ao consumidor, por intermédio de produtos e serviços de qualidade, condições para que ele possa empregar seu tempo e suas competências nas atividades de sua preferência; - A indenização deve ser fixada em quantia equivalente a R$ 5.000,00 (cinco mil reais), suficiente para reparar os danos causados e impingir ao fornecedor o dever de aprimorar a prestação de seus serviços. RECURSO PROVIDO". (Apelação Cível 1012735-26.2018.8.26.0161, Relator: Maria Lúcia Pizzotti, Data de Julgamento: 12/02/2020, 30ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 13/02/2020).

Portanto, é patente a configuração do dano moral indenizável, sendo de rigor que o autor seja devidamente ressarcido.

Nesse contexto, é forçoso reconhecer que o montante da indenização deve observar os limites da razoabilidade. A ação indenizatória não pode servir para o enriquecimento do ofendido e tampouco deve ser fixada em valor ínfimo, devendo servir como forma de repreensão ao ofensor, de modo que não mais repita tal prática e prejudique outrem. Logo, cabe ao magistrado, quando da fixação da indenização, agir com ponderação e equilíbrio adequados, uma vez que o seu valor se apura por arbitramento judicial.

Consideradas as circunstâncias do caso concreto, as tentativas do autor de resolver a questão administrativamente, a necessidade de se socorrer do Poder Judiciário para fazer valer seus direitos, o valor de R$ 5.000,00 se mostra adequado à necessária compensação dos prejuízos experimentados, sendo capaz de reparar dignamente a vítima do evento danoso e desestimular condutas seme-

Acesso ao Sumário

lhantes do réu, sem ter o condão de acarretar o enriquecimento ilícito de quem quer que seja.

Sobre o montante, incidirão correção monetária pela tabela prática do TJ/SP desde a data do arbitramento, conforme Súmula 362, do Superior Tribunal de Justiça e juros de mora de 1% ao mês desde a citação, nos termos dos artigos 405 do Código Civil e 240 do Código de Processo Civil, em razão da relação contratual existente.

IV. Ante o exposto, por meu voto, **dá-se provimento ao recurso** para julgar procedente a ação a fim de declarar a inexigibilidade do débito questionado e condenar os réus, solidariamente, ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 5.000,00, com correção monetária pela tabela prática do TJ/SP desde o arbitramento e juros de mora de 1% ao mês desde a citação. Em razão do resultado, deverão os réus arcar com as custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 20% sobre o valor da condenação, nos termos do artigo 85, § 2º, do 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 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 1001215-06.2023.8.26.0481, da Comarca de Presidente Epitácio, em que é apelante BANCO ITAÚ CONSIGNADO S.A., é apelada GILDETE FERREIRA DE OLIVEIRA BATALHA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 13ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 7041)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores NELSON JORGE JÚNIOR (Presidente sem voto), MÁRCIO TEIXEIRA LARANJO e ANA DE LOURDES COUTINHO SILVA DA FONSECA.

São Paulo, 23 de maio de 2024.

SIMÕES DE ALMEIDA, Relator

Ementa: Ação declaratória de inexistência de débitos c/c repetição do indébito, devolução em dobro das

Acesso ao Sumário

quantias pagas e indenização por danos morais. Empréstimo consignado. Fraude. Insurgência da autora contra descontos indevidos no seu benefício previdenciário, com base em empréstimo que não contratou. Sentença de parcial procedência. Pretensão do réu de reforma. Descabimento. O banco deixou de provar a legitimidade do empréstimo impugnado. Em caso de contestação de assinatura, incumbe à parte que produziu o documento o ônus da prova - Art. 429, II do CPC. Ônus do qual não se desincumbiu o réu. Nulidade do contrato. Inexigibilidade do débito. Dano moral configurado e que deve ser reparado. Indenização bem fixada no valor de R$3.000,00, atendendo aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Sentença mantida. Recurso desprovido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls. 166/178, cujo relatório se adota, que julgou parcialmente procedente a ação declaratória de inexistência de débitos cumulada com repetição do indébito, devolução em dobro das quantias pagas e indenização por danos morais ajuizada por Gildete Ferreira de Oliveira Batalha em face de Banco Itaú Consignado S/A, para (a) anular a cédula de crédito contestada e, por consequência, reconhecer a inexistência de relação jurídica entre as partes e a inexigibilidade do débito, devendo o réu se abster de efetuar novos descontos na folha de pagamento da autora e esta efetuar a devolução do valor depositado em sua conta corrente, (b) condenar o réu ao pagamento de indenização por danos morais, no valor de R$3.000,00, com correção monetária da sentença e juros de mora de 1% ao mês da citação e (c) condenar o réu a devolver as parcelas descontadas, de forma dobrada, e acrescido de correção monetária e juros de mora de 1% ao mês dos respectivos descontos. Foi autorizada a compensação de valores. Em razão da sucumbência, o réu foi condenado ainda ao pagamento das custas e despesas processuais e de honorários advocatícios fixados em 20% do valor da condenação.

O réu apela a fls. 181/188 sustentando a regularidade da contratação do empréstimo e dos descontos efetuados. Alega que o ônus da prova pericial compete à apelada. Argumenta que não estão caracterizados os danos moral e material. Afirma que os honorários advocatícios foram fixados de forma excessiva. Pleiteia o provimento do recurso para reformar a r. sentença.

Foram apresentadas contrarrazões a fls. 195/205.

Acesso ao Sumário

O recurso é tempestivo, com regular recolhimento do preparo.

É o relatório.

Inconformado com a sentença de parcial procedência da ação, o réu interpôs apelação.

O recurso deve ser desprovido.

A autora ajuizou ação insurgindo-se contra descontos indevidos no seu benefício previdenciário, referente a empréstimo que não contratou.

A questão debatida é relativa ao direito do consumidor, havendo hipossuficiência técnica e financeira da parte autora, de forma que se aplica ao caso o Código de Defesa do Consumidor e a inversão do ônus da prova.

A ação tem como fundamento o fato do serviço (art. 14 do CDC) e a inversão do ônus da prova resulta do § 3º do art. 14 do CDC.

O fornecedor do serviço torna-se responsável pela reparação dos danos causados pelo vício na prestação de serviço, como consequência do risco da atividade desenvolvida, se não provar hipótese excludente de responsabilidade.

O verbete nº 479 da Súmula de Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça prevê a responsabilidade objetiva da instituição financeira em caso de fraudes e delitos praticados por terceiros.

Tratando-se de fato negativo, uma vez que a parte requerente sustenta que não firmou o contrato de empréstimo impugnado, ela não tem meios de provar. Além disso, diante da inversão do ônus da prova, competia ao banco a prova da legitimidade do contrato, porém deixou de fazê-lo.

O banco apresentou com a contestação o contrato de fls. 105/107, porém a assinatura foi impugnada pela autora a fls. 134/146.

O nobre magistrado de primeira instância determinou, a fls. 159/161, que o réu se manifestasse a cerca da produção da perícia grafotécnica. No entanto, o banco discordou do pagamento da perícia e requereu o julgamento antecipado da lide (fls. 164/165).

O art. 429, II do Código de Processo Civil estabelece que em caso de impugnação de assinatura, incumbe à parte que produziu o documento o ônus da prova.

Acesso ao Sumário

Assim, em razão da falta de interesse do banco, houve a preclusão da realização prova pericial.

Importante ressaltar que a transferência eletrônica do valor da operação financeira, por si só, não afasta a fraude, considerando-se as circunstâncias da operação acima destacadas, combinadas com a insurgência da autora.

Diante da ausência de comprovação de que a autora firmou o contrato impugnado, não há como se exigir dela o cumprimento de obrigação que não assumiu.

Desse modo, é de rigor a declaração de inexistência de relação jurídica entre as partes e de inexigibilidade do débito decorrente do contrato fraudulento.

É evidente o dano moral sofrido pela autora, que foi vítima de fraude perpetrada por terceiro, que obteve êxito diante da falha na prestação de serviço do banco. Precisou acionar o Poder Judiciário para solucionar o problema, o que supera o mero aborrecimento.

A indenização deve reparar o dano moral sofrido pela vítima e servir como repreensão ao agressor, para que não reincida.

Considerando-se as características do ocorrido, pode-se concluir que a indenização foi bem fixada no valor de R$3.000,00, atendendo aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, de forma que é descabida sua redução.

Em casos semelhantes já se pronunciou esta E. 13ª Câmara de Direito Privado:

> "DANO MATERIAL - Bancário - Consumidor - Descontos indevidos no benefício previdenciário- Contrato de empréstimo consignado- Comprovação de regularidade- Ausência- Inexistência do negócio jurídico- Indenização - Lesão ao patrimônio - Demonstração - Necessidade: - A indenização por danos materiais é devida quando há a demonstração efetiva dos prejuízos causados ao patrimônio da ofendida. No caso, os indevidos descontos perpetrados sobre o benefício previdenciário da autora são suficientes a evidenciar a lesão patrimonial e autorizar a condenação da instituição bancária ao respectivo ressarcimento. DANO MORAL - Descontos indevidos no benefício previdenciário do consumidor - Indenização - Cabimento - Danos morais demonstrados na espécie: - É de rigor a reparação dos danos morais causados ao consumidor em razão dos transtornos advindos de descontos realizados, de forma indevida, em seu benefício previdenciário, haja vista que as consequências danosas superam e muito a noção de mero aborrecimento. DANO MORAL - Fixação que deve servir como repreensão do ato ilícito - Enriquecimento indevido da parte prejudicada - Impossibilidade - Razoabilidade do quantum indenizatório: - A fixação de indenização por danos morais deve servir como repreensão do ato ilícito e pautada no princípio da razoabilidade sem que se transforme em fonte de enriquecimento indevido da parte prejudicada. REPETIÇÃO DE INDÉBITO - Descontos indevidos sobre o benefício previdenciário- Existência - Restituição em dobro - Descabimento- Entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça: - Considerando que os descontos indevidos ocorreram antes da publicação do v. acórdão proferido no julgamento do EAREsp 600.663/RS e diante da modulação de efeitos lá determinada para cobranças indevidas em serviços não públicos, incabível a restituição em dobro, com amparo no art. 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - Fixação - Remuneração digna do trabalho do advogado - Observância da complexidade da demanda e do zelo do patrono - Incidência do artigo

Acesso ao Sumário

85, § 2º, do CPC- Necessidade: - A fixação de honorários advocatícios deve ser feita de modo a remunerar dignamente o trabalho do advogado do vencedor, levando-se em consideração a complexidade da demanda e o zelo do patrono, em observância ao art. 85, § 2º, do CPC. - Honorários por equidade que devem ser fixados nos termos na Lei n.14.365/2022, que incluiu o §8-A, ao artigo 85 do CPC. RECURSO DA AUTORA PROVIDO RECURSO DO RÉU PROVIDO EM PARTE" (g.n.) (A.C. nº 1031422-85.2020.8.26.0224, Rel. Des. Nelson Jorge Júnior, j. 10/01/2023).

"Ação declaratória de inexistência de relação jurídica c.c. obrigação de fazer c.c. reparação por danos materiais e morais - Empréstimo consignado fraudado - Sentença de parcial procedência, declarando a inexistência de relação jurídica e determinando a devolução simples da quantia indevidamente descontada do benefício previdenciário, rejeitando o pedido de danos morais - Recurso exclusivo da autora. Dano moral - Danos morais que se evidenciam com a ocorrência do ato ilícito (damnum in re ipsa) - Indenização arbitrada em consonância com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade -- Sentença reformada - Recurso provido. Repetição em dobro do indébito - Descabimento - Ausência de prova de conduta da instituição financeira ré contrária à boa-fé objetiva (EAREsp 600.663/RS) - Devolução simples do indébito - Recurso negado. Compensação de valores - Cabimento - Consequência lógico-jurídica da declaração judicial de nulidade do contrato bancário impugnado é o retorno das partes ao status quo - Possibilidade de compensação de créditos e débitos entre as partes - (art. 368 do CC) - Recurso da autora negado. Devolução do valor do contrato creditado na conta corrente do autor - Cabimento - Valor do contrato objeto de fraude não se equipara a amostra grátis por ausente liberação de forma consciente do valor em conta bancária do requerente (art. 39, §único, do CDC) - Recurso da autora negado. Litigância de má-fé - Multa - Descabimento - Não se evidencia na conduta de quaisquer das partes as hipóteses do art. 80 do CPC - Atuação em conformidade com o exercício do direito de ação e defesa - Recurso da autora negado. Recurso provido em parte" (g.n.) (A.C. nº 1003363-02.2021.8.26.0047, Rel. Des. Francisco Giaquinto, j. 23/03/2023).

Ademais, em atenção ao teor do art. 926 do Código de Processo Civil e considerando a circunstância de que casos em tudo assemelhados ao presente já foram julgados, com trânsito em julgado, por esta Câmara deste Tribunal, impõe-se a adoção de medida assemelhada no caso vertente.

Os honorários advocatícios foram bem fixados, de acordo com o disposto no art. 85, § 2º do CPC, sendo descabida a redução pretendida pelo apelante.

Assim, a r. sentença não merece reparo algum.

DIANTE DO EXPOSTO, o voto deste Relator **NEGA PROVIMENTO**

Acesso ao Sumário

ao recurso.

Por fim, dou por prequestionados os dispositivos legais e/ou constitucionais apontados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1003904-10.2023.8.26.0356, da Comarca de Mirandópolis, em que é apelante CLARICE SOARES DE OLIVEIRA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado BANCO BMG S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 37ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32038)**

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

São Paulo, 28 de maio de 2024.

PEDRO KODAMA, Relator

Ementa: Apelação. Ação declaratória de inexistência de débito c/c repetição de indébito e indenização por danos morais Contratação demonstrada. Inexistência de danos materiais ou repetição de indébito. Litigância de má-fé. Admissibilidade. Alteração da verdade dos fatos para conseguir objetivo ilegal caracterizada. Sentença de improcedência mantida. Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a sentença de fls. 315/321, cujo relatório adoto em complemento, que, em ação declaratória de inexistência de débito c/c repetição de indébito e indenização por danos morais, ajuizada por Clarice Soares de Oliveira contra Banco BMG S/A, julgou improcedentes os pedidos iniciais nos seguintes termos: "*(...) Ante todo o exposto, na forma do artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil, JULGO IMPROCEDENTES os pedidos iniciais formulados por CLARICE SOARES DE OLIVEIRA em face de BANCO BMG S/A, com resolução do mérito.*

Outrossim, CONDENO a parte autora ao pagamento de multa por litigância de má-fé, no percentual de 4% (quatro por cento) sobre o valor atuali-

Acesso ao Sumário

zado da causa, em favor da parte ré, com a observação de que a concessão de gratuidade não afasta o dever de o beneficiário pagar a multa processual a si imposta (art. 98, § 4º, do CPC).

Ante a sucumbência integral da parte autora, condeno-a ao pagamento das custas e despesas processuais, além dos honorários advocatícios que fixo em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa, na forma do artigo 85, §2° do Código de Processo Civil. Ressalvo, entretanto, a inexigibilidade transitória da verba, ante a concessão dos benefícios da gratuidade da justiça, conforme artigo 98, §3° do Código de Processo Civil.".

Inconformada, apela a autora, alegando, em síntese, que não foi juntado o contrato assinado, mas apenas assinatura mediante "selfie". Destaca que, de acordo com o art. 3º, II e III e §4º, da Instrução Normativa INSS/PRES Nº 28/2008, a autorização deve estar subscrita pelo titular do benefício, não sendo aceita autorização dada por telefone e nem a gravação de voz. Aduz que há responsabilidade do réu, com o dever de indenizar pelos danos sofridos, além de ofensa às regras consumeristas. Enfatiza que é pessoa idosa, hipossuficiente e não tem acesso a informações. Fala da responsabilidade objetiva das instituições financeiras (S. 479, STJ) e da existência de danos materiais e morais. Afirma que deve haver devolução dos valores descontados, em dobro (art. 42, p. ún., CDC). Assevera inexistência de má-fé, porque busca o judiciário para receber indenização pelos danos devidos à contratação irregular. Postula pelo provimento do recurso para reformar a decisão, para declarar a irregularidade contratual, o dever de indenizar, a determinação de cessação dos descontos, sob pena de multa diária, a repetição do indébito em dobro dos valores descontados do benefício previdenciário, condenando-o, ainda, ao pagamento de danos morais no valor de R$ 8.000,00, e afastar a multa por litigância de má-fé (fls. 324/335).

Recurso tempestivo, sem preparo por ser a autora beneficiária da gratuidade (fls. 46). Foram apresentadas contrarrazões (fls. 339/352). Não houve oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

Versa o feito sobre declaratória de inexistência de débito c/c repetição de indébito e indenização por danos morais.

De notar que "O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras" (Súmula 297, do C. STJ). No entanto isso não significa que todas as demandas devem ser resolvidas em favor do consumidor como se não existissem contratos, súmulas, dispositivos legais e entendimentos jurisprudenciais.

A apelante alterou a verdade dos fatos, pois afirmou que não havia contratado, não efetuou assinatura ou celebrou negócio jurídico com o réu, uma vez que disse na inicial a fls. 02 que: "*A análise do extrato fornecido pela Previdência Social permitiu-lhe perceber que, há algum tempo, e estava receben-*

do uma quantia inferior àquela que tinha direito, devido ao cartão de crédito consignado feito em seu nome sem seu consentimento, privando-a de usufruir plenamente de sua aposentadoria (...).

Ao afirmar não ter conhecimento do contrato, a autora visava conseguir objetivo ilegal: deixar de pagar o débito e receber indenização por danos morais.

Para isso, buscou induzir deliberadamente o órgão jurisdicional em erro, alegando fato em contradição às provas existentes nos autos.

As provas demonstram que ela assinou os documentos questionados nos autos: termo de adesão ao cartão de crédito consignado e autorização para desconto em folha de pagamento.

Observe-se que a assinatura se deu por meio digital, com a utilização de aparelhos celulares, autenticação eletrônica, biometria facial e geolocalização (fls. 129/145).

Além disso, houve o aperfeiçoamento do contrato com a transferência do valor contratado para a conta da autora, via TED (fls. 172).

Sobre o tema Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero esclarecem que:

> *"A alteração da verdade dos fatos pela parte, a fim de que se configure litigância e má-fé, tem de ter sido intencional, com manifesto propósito de induzir o órgão jurisdicional em erro. Representação diversa da realidade de uma e de outra parte, por si só, não configuram litigância de má-fé." (Novo Código de processo civil comentado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 167).*

Ressalta-se que a multa por litigância de má-fé é exigível independentemente de a autora ser beneficiária da justiça gratuita.

Assim, é impossível o afastamento da condenação, que, ademais, foi estabelecida em valor razoável.

Indefere-se, ainda, o seu parcelamento. Nesse sentido:

> *AGRAVO INTERNO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ RECONHECIDA NA ORIGEM. NÃO RECOLHIMENTO DA MULTA PREVISTA NO ART. 557, § 2º, DO CPC/1973, AO FUNDAMENTO DE QUE SE LITIGA SOB O PÁLIO DA GRATUIDADE DA JUSTIÇA. DESCABIMENTO. NECESSIDADE DE RECOLHIMENTO DA REPRIMENDA. DECISÃO AGRAVADA QUE APLICA O ÓBICE DA SÚMULA 83/STJ NESSE SENTIDO. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.*
>
> *1. Nos termos do art. 1.021, § 1º, do Código de Processo Civil/2015 e da Súmula 182/STJ, é inviável o agravo interno que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada.*
>
> *2. "De acordo com a jurisprudência desta Corte, o prévio recolhimento*

Acesso ao Sumário

da multa prevista no art. 557, § 2º, do CPC/73 é pressuposto objetivo de admissibilidade do recurso, não sendo possível o seu conhecimento sem o devido pagamento. Entendimento que se aplica mesmo às hipóteses em que o recorrente é beneficiário da justiça gratuita, pois tal benesse não afasta a responsabilidade por penalidades processuais legais por atos de procrastinação ou litigância de má-fé ocorridos no curso da lide"(AgRg no AREsp 237.403/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, DJe 15/8/2019).

3. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no AREsp 1642831/MS, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 08/06/2020, DJe 12/06/2020) (destaque nossso).

Além do mais, comprovada a regularidade da contratação, não há que se falar em repetição de indébito ou indenização por danos morais.

Destarte, o recurso de apelação ser desprovido, mantendo-se a r. sentença apelada por todos os seus fundamentos e pelos ora acrescentados.

Cabível a majoração dos honorários advocatícios sucumbenciais, nos termos do art. 85, §11, do Código de Processo Civil. Assim, a verba honorária sucumbencial deve ser aumentada de 10% para 15%, calculados sobre o valor atualizado da causa (vc = R$ 14.114,50), a serem pagos pela autora aos advogados do réu, observada a gratuidade.

Por fim, já é entendimento pacífico o de que não está obrigado o julgador a citar todos os artigos de lei e da Constituição Federal para fins de prequestionamento. Assim, ficam consideradas prequestionadas toda a matéria e disposições legais discutidas pelas partes.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n.º 1009963-83.2022.8.26.0506, da Comarca de Ribeirão Preto, em que são apelantes ILLIAN ENERGIAS RENOVÁVEIS S.A., HEDGE INVESTIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA. e PREDILECTA ALIMENTOS S/A, é apelado KYON PS TRADER ENERGIA LTDA.

ACORDAM, em 19ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento à apelação, por votação unânime.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 49665)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO PESSOA DE MELLO BELLI (Presidente) e CLÁUDIA GRIECO TABO-

SA PESSOA.

São Paulo, 27 de maio de 2024.

JOÃO CAMILLO DE ALMEIDA PRADO COSTA, Relator

Ementa: EMBARGOS DE TERCEIRO. Penhora de cotas sociais da empresa Predilecta Energia, que seriam pertencentes à executada Ribeirão Energia. Alegação dos terceiros de que, antes da penhora, houve reconhecimento judicial do direito da empresa Gradiente sobre as 4.400 cotas penhoradas, por meio de tutela liminar. Consideração de que, em ação monitória (art. 700, do CPC), foi determinada liminarmente a obrigação de fazer consubstanciada na transferência das referidas cotas à terceira, com reconhecimento da evidência do direito alegado [anterior à penhora] e, posteriormente, constituído de pleno direito o título executivo judicial, com a rejeição dos embargos. Previsão legal legitimadora de defesa do terceiro que inclui o direito incompatível com o ato constritivo, não caracterizado apenas no título executivo (artigo 674, do Código de Processo Civil). Verificação de que, no mínimo, seria cabível o efeito inibitório do ato de penhora e, com a decisão definitiva da monitória, o seu cancelamento. Inadmissibilidade da penhora, pois há anterioridade no reconhecimento do direito do terceiro. Embargos de terceiro julgados procedentes. Sentença parcialmente reformada. Recurso provido.
Dispositivo: deram provimento ao recurso.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls. 284/288, cujo relatório se adota, que julgou parcialmente procedentes embargos de terceiro.

Sustentam as recorrentes, em síntese, que foram esclarecidas as origens dos direitos sobre as cotas sociais da empresa Predilecta SPE, sendo dois deles reconhecidos, afastadas as constrições. Apontam que a insurgência se refere às 4.400 cotas sociais da Predilecta que foram objeto de decisão liminar em ação monitória, processo n. 1020325-18.2020.8.26.0506, com ordem de transferência em trinta dias para a empresa Illian, decisão essa proferida em 13/07/2020. Destacam que houve exame da prova escrita e em cognição sumária concedida a tutela de evidência, nos moldes do artigo 701, do CPC, referindo que os embar-

Acesso ao Sumário

gos à monitória não esvaziam a tutela liminar de evidência, apenas suspendem a eficácia da decisão; discorrem sobre o tema e citam doutrina. Salientam que a partir da decisão inicial na ação monitória não caberia constrição das 4.400 cotas da Predilecta SPE pela Kyon ou qualquer outro credor, pois já atribuídas à empresa Illian, que com o mandado monitório passou a ter direito às referidas cotas. Observam o grave prejuízo causado pela sentença para a Predilecta, pois a Illian, que recebeu as cotas da Ribeirão Energia, já era sócia da pessoa jurídica, ao passo que a Kyon não tem qualquer participação e exigirá a expropriação das cotas, com os percalços do procedimento do artigo 861, do CPC. Alegam que a empresa Illian vem praticando atos como sócia da Predilecta SPE, com as cotas correspondentes, o que poderá prejudicar a higidez dos atos societários. Pleiteia a alteração do julgamento e da sucumbência e, subsidiariamente, acentua que percentualmente decaíram de parte mínima do pedido, considerado o cancelamento de 57.560 cotas, apenas 4.400 permanecendo penhoradas.

O recurso é tempestivo, está preparado e foi respondido.

É o relatório.

Versam os autos sobre embargos de terceiro opostos por empresas que postularam o levantamento das penhoras das cotas sociais da empresa Predilecta SPE, sustentando a alienação fiduciária realizada em 09/03/2017 que recaiu sobre 29.400 cotas da Ribeirão Energia em favor de Hedge Investimentos e Participações; reconhecimento judicial, em 24/06/2020, do direito de compra das empresas Gradiente e Predilecta Alimentos sobre quotas de titularidade de Ribeirão Energia e reconhecimento judicial, em 13/07/2020, do direito da empresa Gradiente sobre 12,89% das cotas de titularidade da Ribeirão Energia na Predilecta SPE, fatos que antecedem a penhora nos autos da execução ajuizada pela empresa Kyon (11/08/2020), constando detalhada cronologia desses fatos.

O pedido inicial foi julgado parcialmente procedente pela r. sentença de fls. 284/288, que condenou as partes, reciprocamente, ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em R$ 2.000,00.

E o recurso merece acolhimento.

De início, cabe acentuar que apenas parte da r. sentença é objeto da insurgência recursal. Transcreve-se, a propósito, o trecho correspondente:

"*Por outro lado, em relação ao alegado reconhecimento judicial, em 13/07/2020, do direito que a empresa GRADIENTE ENERGIAS RENOVÁVEIS detém sobre as 12,89% das quotas que eram de titularidade da Ribeirão Energia na Predilecta SPE, com razão a parte ré, visto que, consoante se verifica pelos documentos juntados às fls. 133/157, em 06/07/2020, na verdade, foi determinada apenas a citação/intimação da Ribeirão Energia para cumprimento da obrigação, nos autos da ação monitória n.º 1020325-18.2020.8.26, da 10ª Vara Cível desta Comarca, tendo o título executivo sido constituído apenas por meio da sentença proferida, em 07/10/2020, ou seja, após a penhora em discussão.*

Acesso ao Sumário

Assim, deve prevalecer a penhora em questão, em razão de sua anterioridade, considerando-se que, na data em que efetivada a penhora, a parte embargante não possuía o título executivo.

Registre-se que esse entendimento não ofende a coisa julgada, consoante alegado pela parte embargante, pois, como exposto, a penhora é anterior à constituição do título executivo, podendo, ademais, a obrigação de fazer consistente na entrega das quotas de titularidade da Ribeirão Energia (12,89%), ser convertida em perdas e danos.".

É que o apelo está centrado na consideração de que a data da tutela liminar proferida na ação monitória (reproduzida às fls. 133/134) representa o direito reconhecido judicialmente de que as cotas sociais, antes pertencentes à empresa Ribeirão Energia, são pertencentes à terceira, motivo do pedido de desfazimento da penhora deferida na execução da qual se originam esses embargos, posterior à data da liminar.

E, como dispõe o artigo 674, do Código de Processo Civil, que trata da defesa do terceiro, inclui-se a proteção ao direito incompatível com o ato constritivo para fins de obstar ou cancelar a constrição.

Assim, cumpre aqui considerar que a ação monitória tem por objeto o cumprimento de obrigação que, embora documentada, não tem força de título executivo. De acordo com artigo 700 e seus incisos, do Código de Processo Civil, "a ação monitória pode ser proposta por aquele que afirmar, com base em prova escrita sem eficácia de título executivo, ter direito de exigir do devedor capaz" pagamento em dinheiro, entrega de coisa, bem móvel ou imóvel e a satisfação da obrigação de fazer ou de não fazer.

Nesses termos, a liminar concedida na ação monitória teve como objetivo garantir que o devedor não faça nada que impeça o credor de receber o que lhe é devido. E, no presente caso, a decisão proferida liminarmente determinou o cumprimento da obrigação de transferir as cotas sociais, com a expedição do mandado monitório. Essa importante decisão judicial se pautou na evidência do direito demonstrado, ou seja, representa uma tutela de evidência, tratando-se de técnica diferenciada e com regras próprias. Sendo assim, embora a oposição dos embargos suspenda a eficácia da decisão proferida liminarmente até o seu julgamento, a tutela de evidência permanece hígida até a análise do mérito.

Diante dessas considerações, tem-se que se trata de um direito incompatível com ato constritivo, com a nota de que, posteriormente, restou constituído de pleno direito o título executivo judicial com a rejeição dos embargos. Em outras palavras, os direitos patrimoniais são tutelados nos embargos de terceiro, não somente o título executivo, por isso que, no mínimo, caberia conceder efeito inibitório ao ato de penhora e, com a decisão definitiva da monitória (fls. 142/155), o cancelamento. Abrem-se parênteses para anotar que a transferência das cotas sociais foi estipulada em instrumento de confissão de dívida, em 2019,

Acesso ao Sumário

conforme constou da r. sentença proferida na ação monitória.

Sobretudo, considera-se a segurança jurídica e a inegável evidência do direito à transferência das cotas sociais à empresa "Illian", pois foi determinada em sede liminar e, em momento subsequente, de forma definitiva, merecendo destaque o fato de que a defesa do terceiro é de um direito evidente e reconhecido, sendo extremamente gravosa a consequência da penhora para sociedade empresária.

Em suma, acolho o recurso para determinar o cancelamento também da penhora que recaiu sobre as 4.400 cotas sociais enfocadas no apelo, atribuída a sucumbência integral à embargada, que arcará com o pagamento das custas processuais e dos honorários por ela devidos ao advogado das embargantes, que arbitro em R$ 3.000,00, nos termos do § 8º, do artigo 85, do CPC.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1006107-82.2019.8.26.0291, da Comarca de Jaboticabal, em que é apelante NELLY MÔNICA SILVA DE SOUZA PEDROSO (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA), é apelado CÉLIA APARECIDA OLIVEIRA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 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 27700)**

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

São Paulo, 28 de maio de 2024.

PLINIO NOVAES DE ANDRADE JÚNIOR, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: REINTEGRAÇÃO DE POSSE - INDENIZAÇÃO POR BENFEITORIAS - A ré pleiteia o ressarcimento de despesas empregadas no imóvel discutido nestes autos, porém deixou de especificá-las na contestação - Imóvel que já foi desocupado, ficando prejudicado o seu direito de retenção - Ressarcimento das referidas despesas deverá ser pleiteado por meio de ação própria - Sentença mantida - Recurso improvido.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS RECURSAIS - Recurso improvido - Nos termos do artigo 85, §11, do

Código de Processo Civil, os honorários advocatícios, fixados na sentença em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação, ficam majorados para 20% (vinte por cento), ressalvada a assistência judiciária gratuita concedida à ré.
RECURSO IMPROVIDO.

VOTO

Trata-se de ação de reintegração de posse ajuizada por CÉLIA APARECIDA OLIVEIRA contra NELLY MÔNICA SILVA DE SOUZA PEDROSO, julgada procedente pela respeitável sentença de fls. 104/106, cujo relatório adoto, com os seguintes tópicos finais:

"*Ante o exposto, JULGO PROCEDENTES os pedidos para:*

A- Reintegrar a autora na posse do imóvel descrito na inicial;

B- Condenar a ré ao pagamento de alugueis mensais de R$ 700,00 a partir da citação até a efetiva desocupação, com correção monetária pela tabela prática do TJSP a partir de cada mês em que devido o aluguel e com juros de mora de 1% ao mês desde a citação; e

C- Condenar a ré ao pagamento de R$ 1.376,00 referente a multa junto ao SAAEJ, com correção monetária pela tabela prática do TJSP desde o ajuizamento da ação e com juros de mora de 1% ao mês a partir da citação.

Arcará a requerida com o pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 15% sobre o valor da condenação, ressalvada a gratuidade da justiça."

A ré recorreu (fls. 109/112), sustentando, em suma, que ocupava o imóvel em litígio com boa fé, de sorte que tinha o direito de retenção ou de indenização, pelas benfeitorias introduzidas no referido o prédio.

Alegou que "a Apelante ocupa o móvel que estava abandonado desde fins de novembro de 2019, nele entrando completamente vazio e sem oposição de quem seja, encontrando-o desprovido de fios de iluminação, de consumo de água desligado, portas quebrada, sem fechaduras, janelas variadas, assim como outros danos, onde nele teve gastos na ordem de R$5.218,19, abaixo distribuído: a) A Cia. Força e Luz o valor de R$456,00, em 12 parcelas mensais de R$38,00, b) Ao estabelecimento comercial Casa Camilo -Material de Construção, sito na rua Castro Alves 1700, o valor de R$1.049,84. c) A SAAEJ o valor de R$2.762,35, em 36 parcelas mensais de R$76,42, d) Ao eletricista a importância de R$950,00" (fls. 111)

Requereu, então, o provimento deste recurso, com a reforma da r. sentença, a fim de que a presente ação fosse julgada improcedente.

O recurso é tempestivo, foi regularmente processado e está desacompanhado de comprovantes de preparo, por ser a recorrente beneficiária da justiça

Acesso ao Sumário

gratuita.

A recorrida apresentou contrarrazões, pugnando pelo improvimento deste apelo (fls. 116/119).

Não houve oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

Cuida-se de ação de reintegração de posse julgada procedente pela respeitável sentença de fls. 104/106, que determinou a reintegração da autora na posse do imóvel descrito na petição inicial, além de condenar a ré ao pagamento de aluguéis mensais e multa junto ao SAAEJ.

A ré recorreu buscando o seu direito de retenção ou de indenização pelas benfeitoras necessárias e úteis que alega ter introduzido no aludido imóvel, destinado à sua moradia.

De acordo com o noticiado pela autora a fls. 128, a ré desocupou voluntariamente o imóvel, motivo pelo qual não há mais que se discutir o direito de retenção.

De outra parte, descabe, nestes autos, qualquer indenização a título de benfeitorias.

Na verdade, a ré, ora apelante, pleiteia o ressarcimento de gastos com a Companhia de Força e Luz, no estabelecimento comercial Casa Camilo - Material de Construção, a título de pagamento de SAAEJ, e com eletricista (fls. 46).

Todavia, não discriminou a finalidade destes gastos, que teriam sido destinados ao imóvel discutido nestes autos.

Ressalte-se que a ré postula o ressarcimento da quantia de R$ 5.218,19, porém junta somente a nota fiscal no valor de R$ 1.049,84, referente à compra de cabos (fls. 53) e um recibo unilateral de mão de obra no valor de 950,00 (fls. 57), os quais, isoladamente, não tem o condão de demonstrar a alegada benfeitoria realizada no imóvel em questão.

Além disto, a autora afirmou que, à época em que passou a ocupar o imóvel em litígio, este se encontrava em boas e perfeitas condições de uso.

Nestas condições, conforme foi bem ponderado na r. sentença, a ré deverá se valer de ação própria para pleitear a indenização pretendida.

Por derradeiro, nos termos do artigo 85, §11, do Código de Processo Civil, os honorários advocatícios, fixados na sentença em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação, ficam majorados para 20% (vinte por cento), ressalvada a assistência judiciária gratuita concedida à ré.

Ante o exposto, pelo meu voto, nego provimento ao recurso. Ficam desde já prequestionadas todas as matérias legais e constitucionais invocadas, para fins de eventual interposição de recursos aos Tribunais Superiores.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0025682-02.2010.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes JORGE SAWAYA JÚNIOR, SILVIA REGINA CIACCIO SAWAYA e SÔNIA REGINA CIACCIO SAWAYA BONAZZA, é apelado JUÍZO DA COMARCA.

ACORDAM, em sessão telepresencial da 9ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U. Sustentou oralmente o Dr. Cesar Elias Ortolan, OAB/SP 246.964.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29270)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores EDSON LUIZ DE QUEIROZ (Presidente sem voto), DANIELA CILENTO MORSELLO e JANE FRANCO MARTINS.

São Paulo, 28 de maio de 2024.

CÉSAR PEIXOTO, Relator

Ementa: Ação de usucapião ordinária - Improcedência em juízo de primeiro grau - Satisfação dos requisitos do art. 1.242 do Código Civil - Posse mansa e pacífica sem oposição - Prova documental que comprova a satisfação do requisito temporal no curso da ação - Prescrição aquisitiva operada, legitimando a regularização da propriedade - Sentença reformada - Recurso provido.

VOTO

Apelação tirada contra sentença que julgou improcedente ação de usucapião de imóvel urbano localizado à Rua dos Ingleses, n. 222, apartamento 61, matrícula n. 170.600 do Registro de Imóveis de São Paulo, impondo ao vencido o reembolso das custas processuais e honorários advocatícios arbitrados em 10% sobre o valor da causa, objetivando, em resumo, a modificação e o reexame do julgado com fundamento, em síntese, na existência de documentos suficientes ao reconhecimento do lapso temporal exigido para a configuração da usucapião.

Tempestiva, preparada e respondida.

Consistente o recurso porque, na hipótese, os autores ingressaram na posse do imóvel por força de promessa de cessão de direitos celebrada em 1969, págs. 32/35, e a despeito de terem sido apresentados inicialmente documentos apenas dos anos de 1970, 1978, 2008, 2009 e 2010 - o que levou a improcedência por falta de prova segura do exercício da posse - houve implementação

Acesso ao Sumário

do critério temporal exigido pela lei no curso da ação, art. 493 do Código de Processo Civil[1], notadamente porque apresentados comprovantes de pagamento de despesas condominiais e IPTU relativos ao período de 2011 a 2023, págs. 1.013/1.054.

Sobretudo não havendo notícia de interrupção ou oposição válida pelo proprietário, mormente porque os únicos contestantes não se opuseram expressamente ao pedido, alegando inclusive a ausência de relação com o bem, donde a legitimidade da regularização do domínio em virtude da prescrição aquisitiva.

A propósito, o entendimento consolidado em caráter nacional:

> RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIA. PRESCRIÇÃO AQUISITIVA. PRAZO. IMPLEMENTAÇÃO. CURSO DA DEMANDA. POSSIBILIDADE. FATO SUPERVENIENTE. ART. 462 DO CPC/1973. CONTESTAÇÃO. INTERRUPÇÃO DA POSSE. INEXISTÊNCIA. ASSISTENTE SIMPLES. ART. 50 DO CPC/1973. 1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 1973 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ). 2. Cinge-se a controvérsia a definir se é possível o reconhecimento da usucapião de bem imóvel na hipótese em que o requisito temporal (prazo para usucapir) previsto em lei é implementado no curso da demanda. 3. A decisão deve refletir o estado de fato e de direito no momento de julgar a demanda, desde que guarde pertinência com a causa de pedir e com o pedido. Precedentes. 4. O prazo, na ação de usucapião, pode ser completado no curso do processo, em conformidade com o disposto no art. 462 do CPC/1973 (correspondente ao art. 493 do CPC/2015). 5. A contestação não tem a capacidade de exprimir a resistência do demandado à posse exercida pelo autor, mas apenas a sua discordância com a aquisição do imóvel pela usucapião. 6. A interrupção do prazo da prescrição aquisitiva somente poderia ocorrer na hipótese em que o proprietário do imóvel usucapiendo conseguisse reaver a posse para si. Precedentes. 7. Na hipótese, havendo o transcurso do lapso vintenário na data da prolação da sentença e sendo reconhecido pelo tribunal de origem que estão presentes todos os demais requisitos da usucapião, deve ser julgado procedente o pedido autoral. 8. O assistente simples recebe o processo no estado em que se encontra, não podendo requerer a produção de provas e a reabertura da fase instrutória nesta via recursal (art. 50 do CPC/1973). Precedente. 9. Recurso especial provido. (STJ - REsp 1361226 / MG; Min. Rel. RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, T3 - Terceira Turma, j. 05/06/2018)

Daí a modificação do julgado, julgado procedente o pedido de usucapião do imóvel descrito na inicial, com inversão da disciplina da sucumbência, elevados os honorários na etapa recursal para 11% do valor da causa, importância suficiente e condigna como contraprestação remuneratória pelos serviços exe-

1 **Art. 493 do CPC:** Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento do mérito, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a decisão.

Acesso ao Sumário

cutados no desempenho do mandato, pena do aviltamento tão repudiado pela entidade de classe.

Do exposto, pelo meu voto, dou provimento

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1001859-97.2022.8.26.0346, da Comarca de Martinópolis, em que é apelante ITAÚ UNIBANCO S/A, é apelado ERICK LUCAS PRUDENTE LIMA (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 38ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35.890)**

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

São Paulo, 5 de junho de 2024.

FERNANDO SASTRE REDONDO, Relator

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL. Prestação de serviços bancários. Conta corrente. Transferências via Pix não reconhecidas pelo correntista. Operações sucessivas no mesmo dia. Higidez das transações não demonstrada pela instituição financeira. Fraude evidenciada. Responsabilidade objetiva do banco por fortuito interno decorrente de fraude. Inteligência do art. 14, § 3.º, do Código de Defesa do Consumidor e da Súmula 479 do C. STJ. Danos materiais correspondentes ao montante indevidamente transferido para terceiros. Danos morais. Presunção. Viabilidade. Conta corrente utilizada para recebimento de vencimentos. Verba integralmente comprometida pelas transferências. Indenização devida. Sentença mantida. RECURSO NÃO PROVIDO.

VOTO

RELATÓRIO

Recurso interposto contra a respeitável sentença (fls. 78/83), de relatório

Acesso ao Sumário

adotado que, em ação de indenização por danos materiais e morais, julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais para: *a)* condenar o requerido a restituir à parte autora o valor de R$. 2.300,00, a ser atualizado pela tabela prática do TJSP desde a data do evento danoso (Súmula 43/STJ), e acrescido de juros de mora de 1% ao mês, a partir da citação (art. 405/CC); *b)* condenar o réu a pagar ao autor o valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais) a título de indenização por danos morais, com correção monetária pela tabela prática do TJSP desde a data desta sentença e com juros de mora de 1% ao mês desde a citação; *c)* condenar o réu ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios de 10% do valor da condenação, nos termos do art. 85, § 2º, do CPC.

Apela o banco-réu (fls. 86/102) sustentando, em breve síntese, que as operações impugnadas foram realizadas pela parte autora mediante uso de suas próprias credenciais de acesso, sem evidência de prática de fraude. Defende a regularidade das transações e a inviolabilidade de seu sistema de segurança. Argumenta que a situação narrada não constitui fortuito interno e que não há danos materiais e morais a indenizar. Pugna pelo provimento do recurso.

Recurso tempestivo, preparado e respondido (fls. 108/115).

VOTO

O recurso não comporta provimento.

Cuida-se de ação de indenização por danos materiais e morais fundada na alegação de que, em 08.09.2022, o autor constatou que o salário recebido na mesma data fora integralmente consumido por transferências via PIX, efetuadas sem sua solicitação ou autorização.

O réu, por sua vez, afirmou que as transações foram realizadas de forma eletrônica, através de aplicativo de celular, mediante senha de acesso pessoal e intransferível, sem qualquer perfil de fraude e dentro do limite de crédito contratado. Aduz que seu sistema de autenticação e segurança é inviolável e não é responsável pela conduta do correntista ou, mesmo, de terceiro fraudador.

A r. sentença, acertadamente, reconheceu a inexigibilidade das transações impugnadas e condenou o banco à indenização dos danos materiais correspondentes à quantia indevidamente transferida, além dos danos morais experimentados pelo autor.

Com efeito, para comprovar a higidez das transações impugnadas, mais do que alegar, competia ao réu comprovar tecnicamente a inviolabilidade de seu sistema de segurança e demonstrar que as transações foram efetuadas pelo correntista, ônus do qual não se desincumbiu.

Note-se, tocante ao ponto, que os fatos alegados na petição inicial são verossímeis e vieram corroborados pelo extrato bancário do autor, que demonstra que as transferências foram efetuadas por pessoa que não dispunha de informação quanto ao saldo disponível para as transações e, por essa razão, efetuou um primeiro PIX, de R$. 1.000,00, em 8.09.2022, e, constatada a disponibilidade de

Acesso ao Sumário

numerário, realizou outros dois, na mesma data, sendo um de R$. 800,00 e outro de R$. 500,00, totalizando a quantia de R$. 2.300,00 (fls. 14).

Assim, autorizada a inversão do ônus probatório, nos termos do artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, incumbia ao banco, nos termos do artigo 14, § 3º, incisos I e II, do referido diploma legal, comprovar "que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste" ou "*a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro*", ônus do qual não se desincumbiu.

Evidente, assim, que as transferências indevidas foram realizadas em razão de falha no sistema de segurança do réu, que, portanto, responde objetivamente pela indenização dos danos sofridos pela autora em decorrência de tais operações, conforme estabelece o artigo 14 do CDC.

Ademais, aplicável à hipótese a Súmula 479 do Superior Tribunal de Justiça: "*As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias*".

O prejuízo patrimonial, na hipótese, é evidente e corresponde à quantia subtraída da conta corrente do autor (R$. 2.300,00) e será indenizado pelo réu, nos termos da respeitável sentença, a qual não foi impugnada no tocante aos parâmetros de atualização da condenação, que, portanto, ficam mantidos.

Outrossim, correta a procedência do pedido de indenização por danos morais.

Isto porque o episódio relatado nos autos não se traduz como situação de mero aborrecimento. Este é passageiro e faz parte da vida diária das pessoas. Não maltrata o seu íntimo, a alma, como ocorre quando os fatos são extraordinários, singulares, como se revelaram os que serviram de fundamento ao pedido inicial: as transferências indevidas consumiram todo o salário do autor, que se deparou com a indisponibilidade da verba alimentar e a recusa da instituição financeira em cancelar as transações fraudulentas.

No que se refere ao *quantum* indenizatório, é pacífica a jurisprudência dos nossos Tribunais Superiores no sentido de que "*a indenização por dano moral deve atender a uma relação de proporcionalidade, não podendo ser insignificante a ponto de não cumprir com sua função penalizante, nem ser excessiva a ponto de desbordar da razão compensatória para a qual foi predisposta*" (STJ, REsp 318379-MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 20.9.2001).

Assim, levando-se em conta a extensão do dano e a condição econômica das partes, os danos foram adequadamente fixados em R$. 10.000,00 (dez mil reais), quantia que atende aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade e ao caráter pedagógico da indenização, sem resultar enriquecimento sem causa do autor.

Tal montante será atualizado desde o arbitramento e acrescido de juros de mora de 1% ao mês a contar da citação, nos termos fixados na sentença.

Acesso ao Sumário

Finalmente, mantida a sentença, impõe-se a majoração dos honorários advocatícios de sucumbência para 15% do valor atualizado da condenação.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1012067-13.2017.8.26.0348, da Comarca de Mauá, em que são apelantes/apelados BRADESCO SAÚDE S/A e FLEURY S.A., é apelada/apelante GISLEY ANTUNES DA SILVA LUZ (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão da 8ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos. V.U. Sustentou oralmente o advogado Lucas Murça Kitamura, OAB/SP 424.584.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 18045)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SALLES ROSSI (Presidente sem voto), ALEXANDRE COELHO e BENEDITO ANTONIO OKUNO.

São Paulo, 5 de junho de 2024.

CLARA MARIA ARAÚJO XAVIER, Relatora

Ementa: APELAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO DE DIAGNÓSTICO. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. Pretensão de indenização por danos morais. Sentença de parcial procedência, para condenar as requeridas, de forma solidária, ao pagamento de danos morais no valor de R$ 70.000,00. Inconformismo dos corréus e da autora.

1. Ausência de fundamentação. Inocorrência. O Magistrado expôs de forma clara e objetiva as razões de convencimento, tanto que a apelante se viu habilitada para o manejo do presente recurso.

2. Cerceamento de defesa. Preliminar afastada. Constantes dos autos elementos de prova documental suficiente para formar o convencimento do julgador, inocorre cerceamento de defesa se julgada antecipadamente a controvérsia.

3. Ilegitimidade passiva da operadora. Descabimento. Como uma das fornecedoras da prestação de serviços, responde pela atuação nos estabelecimentos que lhe

Acesso ao Sumário

são credenciados.
4. Prescrição. Inocorrência. Prazo de prescrição quinquenal, previsto no art. 27 do Código de Defesa do Consumidor.
5. Responsabilidade objetiva do laboratório e da operadora do seguro saúde. Diagnóstico equivocado, que levou a paciente a se submeter a tratamento quimioterápico desnecessário. Prova pericial que atestou a ocorrência de falha na prestação do serviço.
6. Dever de indenizar caracterizado. Valor arbitrado que se mostra adequado, considerando as funções ressarcitória e punitiva da indenização, sem caracterizar enriquecimento ilícito da autora.
7. Sentença mantida. RECURSOS DESPROVIDOS.

VOTO

Vistos.

Trata-se de recursos de apelação (fls. 923/951, 965/976 e 1003/1020) interpostos, respectivamente, por Bradesco Saúde S/A, Gisley Antunes da Silva Luz e Fleury S/A contra a r. sentença de fls. 908/912 que, nos autos da ação de indenização por danos morais ajuizada pela segunda em face da primeira e da terceira, julgou parcialmente procedente a demanda, nos seguintes termos:

"*(...)*

De acordo com todo o exposto, e pelo mais que dos autos consta, ***JULGO PROCEDENTE, em parte****, o pedido inicial, com fundamento no artigo 487, inciso I do Código de Processo Civil, para condenar os requeridos ao pagamento, a título de indenização por danos morais, a quantia de R$ 70.000,00 (setenta mil reais), com incidência de juros da mora a partir da citação, e correção monetária, pela Tabela Prática do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a partir da data desta sentença, nos termos da fundamentação.*

Por força da sucumbência condeno os requeridos ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como dos honorários advocatícios que fixo em 10% sobre o valor da condenação, nos termos do artigo 85, parágrafo 2o, do Código de Processo Civil.

(...)"

O laboratório-corréu opôs embargos de declaração (fls. 915/918), os quais foram rejeitados por meio da decisão de fls. 961.

Apela a operadora-corré, alegando, preliminarmente, a sua ilegitimidade passiva, visto que "*não há nenhuma imputação da falha à seguradora, de modo que não lhe cabe a responsabilidade pelos danos narrados na inicial que estão*

Acesso ao Sumário

relacionados à falha na prestação de serviço do laboratório", ressaltando que o contrato é na modalidade de seguro saúde, que permite a livre escolha e, assim, qualquer compromisso da seguradora em relação aos prestadores referenciados. Aduz, também, a ocorrência de prescrição da pretensão da autora, que entende ser de um ano, nos termos do art. 206, § 1º, inciso II do Código de Processo Civil e Súmula 101 do STJ. No mérito, sustenta, em suma, que sua participação consistiu unicamente em cobrir as despesas médico-hospitalares incorridas pela demandante, não havendo de se cogitar de responsabilidade na falha do laboratório. Discorre sobre a natureza do contrato (seguro-saúde), o Decreto-lei nª 73/1966 que criou o Sistema Nacional de Seguros Privados, a livre escolha garantida à segurada e o fato de terceiro (causa excludente de responsabilidade). Assevera a inexistência de ato ilícito por parte da seguradora a justificar sua condenação à reparação, ainda mais em valor tão elevado, sob pena de enriquecimento ilícito da autora, devendo ser observados os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Em razão do exposto e pelo que mais argumenta, requer a reforma da sentença para julgar improcedente a demanda ou, subsidiariamente, minorar o valor da indenização por danos morais.

Recorre a autora, por sua vez, pugnando pela majoração do valor da condenação, pois entende que arbitrado em patamar irrisório frente ao abalo moral sofrido, haja vista que, devido a diagnóstico equivocado, foi submetida a um tratamento penoso durante cinco anos, que inclui quimioterapia e transplante de medula óssea.

O laboratório-corréu também apela, sustentando, inicialmente, a nulidade da sentença por cerceamento de defesa, vez que não houve oportunidade para o perito esclarecer divergências e dúvidas suscitadas, especialmente considerando que o laudo discorre apenas sobre questões incontroversas. Alega, também, deficiência na fundamentação da sentença, pois não apreciou as alegações da recorrente que poderiam infirmar sua conclusão, como a ocorrência de fato de terceiro. No mérito, aduz, em resumo, que "não se verifica ato ilícito, pressuposto da responsabilidade civil, conforme se extrai da interpretação conjunta dos Arts. 1865 e 9276 do Código Civil". Defende que a doença de Kikuchi-Fujimoto "*é uma patologia rara, de provável causa autoimune, que é conhecida pela dificuldade de diagnóstico, em particular porque, sob análise anatomo-patológica e imuno-histoquímica, ela se apresenta de forma muito similar a outras doenças mais comuns, como tuberculose, lúpus eritematoso sistêmico ou o próprio linfoma - sendo que, em relação a este último, a literatura médica reconhece índices de até 40% de diagnósticos trocados, conforme apresentado em contestação*", portanto, a divergência não decorre de ato ilícito do patologista na condução do exame, mas das limitações e incerteza inerentes à ciência médica. Pondera sobre a ausência de qualquer imprudência, imperícia ou má-prática a justificar a reparação, destacando que o valor arbitrado mostra-se excessivo e

Acesso ao Sumário

viola os princípios da proporcionalidade ou razoabilidade. Por tais razões e o mais que argumenta, requer a reforma da sentença para julgar totalmente improcedente o pedido inicial ou, subsidiariamente, minorar a indenização por danos morais.

Contrarrazões a fls. 980/1001 (autora), 1027/1031 (laboratório), 1032/1042 (operadora) e 1049/1065 (autora).

Verificado o recolhimento insuficiente do preparo recursal, a operadora-apelante foi intimada para complementar o valor, sob pena de deserção (fls. 1075), o que foi atendido a fls. 1078/1080.

Houve oposição ao julgamento virtual (fls. 1073/1074).

É, em síntese, o relatório.

1. De início, fica rejeitada a preliminar de nulidade da sentença por ausência de fundamentação, haja vista que o juízo *a quo* expôs de forma clara e objetiva as razões de convencimento, tanto que a apelante se viu habilitada para o manejo do presente recurso.

Ademais, embora o juiz não esteja adstrito ao laudo pericial, não há impeditivo de que a perícia seja adotada integralmente como fundamentação para a sentença, conforme disposto no art. 479, do CPC.

2. Também não merece acolhimento a preliminar de cerceamento de defesa, vez que, segundo a nossa sistemática processual, o destinatário da prova é o magistrado, cujo convencimento deve ser formado através dos elementos de convicção produzidos nos autos.

Se a causa já se encontrava madura para o julgamento, e o magistrado dispunha de elementos suficientes para formar a sua convicção, cumpria-lhe julgar o feito, e não prolongar o processo em fase probatória desnecessária. Incidentes à hipótese os preceitos estampados nos artigos 370 e 371 do Código de Processo Civil.

Nesse sentido, o pacífico entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça: "*De acordo com a orientação jurisprudencial vigente nesta Corte Superior, pertence ao julgador a decisão acerca da conveniência e oportunidade sobre a necessidade de produção de determinado meio de prova, inexistindo cerceamento de defesa quando, por meio de seu convencimento motivado, indefere o pedido de dilação da instrução probatória*" (AgInt no AREsp 1652989/SP, rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, j. 08/05/2020)

3. A preliminar de ilegitimidade passiva da operadora igualmente não merece acolhimento, visto que, como uma das fornecedoras da prestação de serviços, responde pela atuação nos estabelecimentos que lhe são credenciados.

A propósito, o entendimento do E. Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. ERRO MÉDICO. RESPONSABILIDADE DA OPERADORA DO CONVÊNIO. PROFISSIO-

Acesso ao Sumário

NAL CREDENCIADO. PRECEDENTES. REEXAME DE CONTEÚDO FÁTICOPROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULAS N. 5, 7 E 83 DO STJ. AUSÊNCIA DE OMISSÃO NO ACÓRDÃO RECORRIDO. DECISÃO MANTIDA.

(...)

2. Em relação à legitimidade da operadora do convênio para figurar no polo passivo da demanda, a orientação jurisprudencial desta Corte Superior se firmou no sentido de que, sendo o contrato fundado na prestação de serviços médicos e hospitalares próprios ou credenciados, no qual a operadora de plano de saúde mantém hospitais e emprega médicos ou ***indica um rol de conveniados, não há como afastar sua responsabilidade solidária pela má prestação do serviço*** *(AgInt no AREsp n. 1.590.763/RJ, Relator Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 10/3/2020, DJe de 31/3/2020).*

3. De fato, "A jurisprudência desta Corte Superior reconhece que a operadora de plano de saúde é solidariamente responsável pelos danos decorrentes de falha ou erro na prestação de serviços do estabelecimento ou médico conveniados" (REsp n. 1.901.545/SP, Relator Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 8/6/2021, DJe de 11/6/2021).

(...)

6. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no REsp 1962077/DF, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 05/06/2023 - grifos nossos).

No caso vertente, não há notícia de que o laboratório-corréu não integra a lista de conveniados da operadora, de forma que sua responsabilidade não pode ser afastada.

4. Da mesma forma não merece acolhimento a preliminar de prescrição aduzida pela operadora-apelante, haja vista que o prazo prescricional é de cinco anos, nos termos do art. 27 do Código de Defesa do Consumidor.

Esse é o entendimento pacífico do E. Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO INTERNO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. ERRO MÉDICO. PRAZO PRESCRICIONAL QUINQUENAL. ART. 27 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. TERMO INICIAL. CIÊNCIA INEQUÍVOCA DO DANO SOFRIDO. REEXAME FÁTICO DOS AUTOS. SÚMULA N. 7 DO STJ.

1. A jurisprudência do STJ entende que se aplica o Código de Defesa do Consumidor aos serviços médicos, inclusive no que tange ao prazo de prescrição quinquenal previsto no art. 27 do Código de Defesa do Consumidor.

2. "A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que o prazo prescricional da ação para indenizar dano irreversível causado por erro

Acesso ao Sumário

médico começa a fluir a partir do momento em que a vítima tomou ciência inequívoca de sua invalidez, bem como da extensão de sua incapacidade. Aplicação do princípio da actio nata" (AgRg no Ag 1.098.461/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, Quarta Turma, julgado em 22.6.2010, DJe de 2.8.2010).

3. Não cabe, em recurso especial, reexaminar matéria fático-probatória (Súmula n. 7/STJ).

4. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no REsp n. 1.616.060/SC, relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 12/12/2022, DJe de 16/12/2022.)

Superadas essas questões, passa-se à análise do mérito dos recursos.

5. Narra a inicial que a autora, beneficiária de plano de saúde mantido pela operadora-corré, ao final de 2008, buscou atendimento médico devido a caroços no lado esquerdo da região maxilar, com febre reiterada, emagrecimento repentino, sudorese e vermelhidão. Afirma que foi solicitada a realização de alguns exames, sendo que o imunoistoquímico foi executado pelo laboratório-corréu, que indicou diagnóstico de "Linfoma não-Hodgkins de células-T", câncer que ataca o sistema linfático.

Esclarece que, diante do resultado do exame, iniciou tratamento quimioterápico em 2009 e que o plano de saúde negou cobertura à internação e os exames prescritos pelo corpo clínico do Hospital Santa Helena, o que a obrigou a ser atendida pelo SUS no Hospital Santa Marcelina. Informa que foi submetida a 8 ciclos de quimioterapia, aplicada paralelamente com o transplante de medula óssea (TMO), destacando os efeitos colaterais do tratamento - enjoos constantes, vômitos, boca seca, dores de cabeça fortes, perda do apetite e queda de cabelos.

Alega que, devido a sua imunidade estar zerada, ficou isolada durante a internação, bem como na sua volta para casa não podia receber visitas sem critério e tudo tinha que ser muito bem higienizado, tendo até mesmo que mudar de residência pois a sua foi considerada inadequada pelo serviço social do nosocômio.

Aduz que nesse ínterim adquiriu hipotireoidismo, além de ingressar na menopausa com 33 anos. Pontua que iniciado novo rol de exames, foi constatado que não era portadora de câncer, o que levou à reanálise dos exames realizados pelo laboratório-corréu, que confirmaram o erro de diagnóstico. Assim, propôs a presente demanda com o fim de buscar a devida indenização pelo tratamento desnecessário a que foi submetida por cinco longos anos.

A operadora alegou, preliminarmente, a sua ilegitimidade passiva e a prescrição da pretensão indenizatória, além de impugnar a sua responsabilidade pelo erro no diagnóstico.

O laboratório, por sua vez, sustentou a subjetividade do diagnóstico, a

Acesso ao Sumário

patologia autoimune rara e muitas vezes confundida com o linfoma e a natureza da obrigação de meio.

Pois bem.

O que se discute no presente recurso é a responsabilidade dos corréus, laboratório e operadora, pelos danos causados a autora em virtude de diagnóstico equivocado, que motivou a realização de tratamento quimioterápico durante cinco anos, incluindo transplante de medula óssea, sem necessidade.

É sabido que a responsabilidade civil dos laboratórios é obrigação de resultado na realização de exame médico, de maneira que o fornecimento de diagnóstico incorreto configura defeito na prestação do serviço, a implicar responsabilidade objetiva, com base no art. 14, caput, do Código de Defesa do Consumidor.

De fato, a responsabilidade do laboratório tem natureza objetiva e advém do defeito no serviço por ele prestado, independentemente de culpa, de forma que não pode beneficiar-se da exceção prevista no § 4º do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, pois destinada apenas aos profissionais liberais, em relação aos quais a responsabilidade é de natureza subjetiva, mediante verificação de culpa.

Daí se infere que não é correto tomar como ponto partida a culpa do médico patologista para fins de aferição da responsabilidade do laboratório, que é objetiva e de resultado. Uma vez demonstrado que o dano ao consumidor adveio do defeito na prestação do serviço, não há como se escusar o laboratório de sua responsabilidade pela apresentação de diagnóstico incorreto.

Desse modo, se a obrigação é de resultado, a culpa do contratado que deixou de atingir o objetivo é presumida, bastando ao lesado provar que a finalidade do contrato não foi alcançada. Cabe ao ofensor o ônus de demonstrar que não agiu com culpa, e que a frustração do objetivo decorre de fato exógeno, inevitável e estranho à sua atividade.

A operadora do plano de saúde, por sua vez, somente responde objetivamente perante o consumidor pela falha na prestação dos serviços por meio de profissionais próprios ou credenciados (AgRg no AREsp 518.051/SP, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 01/10/2015, DJe 07/10/2015).

Em ações desta natureza, portanto, na qual se discute a responsabilidade de profissionais e estabelecimentos de saúde por falha na prestação dos serviços, a prova técnica (pericial) é de suma importância para auxiliar o juiz a formar a sua convicção.

E, nesse passo, durante a instrução processual, foi determinada a realização de perícia médica pelo IMESC. Realizados os trabalhos, sobreveio o laudo de fls. 881/887 e o parecer do assistente técnico da operadora de fls. 894/902.

O perito do IMESC foi claro ao concluir que "*A doença de Kikuchi-Fu-*

Acesso ao Sumário

jimoto ou linfadenite histiocítica necrosante, de curso benigno, é prevalente em mulheres jovens, e associada à febre e leucopenia. Estudos recentes têm demostrado que sua etiologia ainda é incerta, sendo uma doença rara, com incidência de 0,5 a 5% de todas as adenopatias analisadas histologicamente. O diagnóstico diferencial por imunohistoquímica é decisivo, descartando outras hipóteses diagnósticas como: linfoma, tuberculose ganglionar e lúpus eritematoso sistêmico." (fls. 884/885).

De se observar, nesse ponto, que o primeiro exame realizado junto à Tecnolab (fls. 41) apontou como possibilidades diagnóstica "*linfanedite necrotizante (Kikuchi) com presença de linfócitos ativados; linfoproliferação associada à necrose*". E complementou: "*Necessário estudo imunohistoquímico para definição diagnóstica*".

Assim, parece evidente que o exame realizado pelo laboratório-corréu (imunoistoquímico) visava justamente confirmar ou afastar a hipótese de doença de Kikuchi-Fujimoto.

E nem se alegue a complexidade no diagnóstico exato da doença, em razão da possibilidade de variações nos resultados, visto que nessa hipótese cabia ao laboratório, para prestar serviço isento de defeitos, informar tal fato à paciente ou mesmo ter-lhe sugerido a necessidade de realização de novos ou outros exames complementares para confirmar o diagnóstico.

Com efeito, o fornecimento de laudo com erro no resultado, afirmando a existência de um câncer inexistente, sem qualquer ressalva ou indicação de necessidade de novos exames, cria na paciente uma profunda modificação no seu estado de espírito, diante da angústia pela doença incurável ou de difícil tratamento (STJ, REsp 241.373/SP, Realtor Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgado em 14/3/2000, DJ de 15/5/2000).

6. Caracterizada a culpa dos corréus pelos dissabores enfrentados pela autora, que submeteu-se a tratamento quimioterápico sem necessidade, imperioso reconhecer o dever de indenizar os prejuízos causados.

A sentença condenou os corréus ao pagamento de indenização por danos morais no importe de R$ 70.000,00.

Em relação ao valor da indenização, o E. Superior Tribunal de Justiça sedimentou o entendimento de que o ressarcimento pelo prejuízo moral deve ser arbitrado com razoabilidade e proporcionalidade, considerando as circunstâncias do caso concreto: "*recomendável que o arbitramento seja feito com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível socioeconômico dos autores e, ainda, ao porte econômico dos réus, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso e atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso*" (AgRg no Ag 884139/SC, rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 18/12/2007).

Acesso ao Sumário

Em outros termos, o valor da indenização deve ser fixado com equidade e moderação, não podendo ser tão baixo a ponto de fazer com que o ofensor deixe de perceber a reação do ordenamento jurídico à lesão praticada, nem tão elevado a ponto de servir como fonte de enriquecimento sem causa por parte do lesado.

A par disso, o montante arbitrado na sentença a título de danos morais se mostra adequado, à luz das circunstâncias do caso, acima destacadas, da situação das partes e dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, não implicando em enriquecimento sem causa da autora. Não comporta, portanto, majoração nem redução.

7. Diante disso, forçoso reconhecer que a sentença deu correta solução a lide, não merecendo qualquer reparo.

Consigne-se, por fim, que, nos termos do art. 85, § 11 do Código de Processo Civil, os honorários advocatícios devidos pelos corréus são majorados para 15% da mesma base de cálculo.

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

Daí porque, ante do exposto, pelo meu voto, nos termos supraconsignados, nego provimento aos recursos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1026819-93.2020.8.26.0506, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é apelante PAULA XÊNIA MANARIM CAMPOS SILVA (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA), é apelado ALVARO ZOLLA.

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 da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.627)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIZ EURICO (Presidente) e SÁ DUARTE.

São Paulo, 6 de junho de 2024.

CARMEN LUCIA DA SILVA, Relatora

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO. LOCAÇÃO DE IMÓVEL

PARA FINS NÃO RESIDENCIAIS. Ação de despejo c.c. cobrança de aluguéis e encargos da locação. Imóvel desocupado no curso do processo. Perda superveniente do pedido de despejo. Sentença de procedência do pedido. Apelo da ré. Afastamento da obrigação de pagar os aluguéis e encargos da locação inadimplidos em razão da crise econômica provocada pela pandemia da COVID-19. Impossibilidade. Inaplicabilidade da Teoria da Imprevisão. Inexistência de ganho assimétrico em favor do demandante/locador, inversamente proporcional ao prejuízo sofrido pelos réus. Pandemia que afetou a sociedade como um todo em proporção mundial. Ausência de norma legal que permita o expurgo da mora. Devem os réus suportarem os efeitos da mora e cumprir as obrigações contratuais. Sentença mantida. RECURSO NÃO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a sentença proferida a fls. 191/194, que julgou procedentes os pedidos de cobrança de aluguéis e encargos da locação para declarar rescindido o contrato de locação celebrado entre as partes, bem como para condenar os réus solidariamente ao pagamento dos aluguéis e encargos da locação vencidos e que se vencerem até a data da desocupação do imóvel, com incidência de correção monetária do vencimento das obrigações e juros de mora legais a partir da citação. Sucumbentes, os réus foram condenados também ao pagamento das custas, despesas do processo e honorários advocatícios, fixados em 10% do valor da condenação, observada a gratuidade processual concedida.

Inconformada, a corré apela (fls. 197/200). Sustenta, em suma, que gastou elevados valores referentes às benfeitorias. Alega que inadimplência contratual decorre da crise econômica provocada pela situação de pandemia da COVID-19, fato que caracteriza caso fortuito e força maior e onerosidade excessiva do contrato, hipóteses essas suficientes para eximir o devedor da culpa pela mora e que permitem a revisão do contrato de modo a isentá-los do cumprimento da obrigação de pagar os débitos relacionados à locação, no montante de 50% da dívida. Por tais motivos, requerem que o apelo seja conhecido e provido.

Recurso tempestivo, isento de preparo e contrarrazoado a fls. 204/207.

Não há oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

As razões do recurso preenchem os requisitos previstos nos artigos 1.007 e 1.010, notadamente seus incisos II e III, ambos do Código de Processo Civil.

Acesso ao Sumário

Foram trazidas à baila as razões de fato e de direito do inconformismo e o pedido de reforma da sentença, permitindo o seu conhecimento.

Trata de ação de despejo c.c. cobrança de aluguéis e encargos da locação, ajuizada por ALVARO ZOLLA em face do locatário PAULA XÊNIA MANARIM CAMPOS SILVA e MAURO APARECIDO CAMPOS SILVA, referente ao imóvel comercial, situado na Avenida do Café nº 247, na cidade de Ribeirão Preto/SP pelo prazo de 12 meses, com início de vigência em 10/07/2019 e término em 09/07/2020, pelo aluguel inicial de R$ 2.250,00 por mês.

Alega o autor que os locatários se tornaram inadimplentes em relação aos aluguéis e encargos da locação vencidos nos meses de janeiro a julho de 2020, conforme planilha de cálculos elaborada a fls. 04. Informou, ainda, que o imóvel foi desocupado no curso do processo.

Citados, apenas um dos réu ofereceu contestação (fls. 77/82) sustentando, basicamente, a mesma tese defendida nas razões da apelação.

O Douto Magistrado de primeiro grau julgou procedente o pedido por entender que a situação de pandemia mundial não afasta a obrigação do locatário de cumprir as obrigações assumidas no contrato de locação.

E o entendimento adotado pelo r. juízo de primeiro grau deve prosperar, não trazendo a parte apelante elementos suficientes a ilidir seu embasamento.

A ré não nega a inadimplência contratual. Seu inconformismo se refere à rejeição da alegação de caso fortuito, força maior e onerosidade excessiva do contrato em razão da crise econômica provocada pela pandemia da COVID-19. Pedem que sejam isentos de cumprir as obrigações previstas no contrato.

No que tange à falta do adimplemento da obrigação, o artigo 394 do Código Civil prescreve que se considera em mora o devedor que não realizar o pagamento "*no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer*". O artigo 397 do mesmo estatuto, por sua vez, dispõe que "*o inadimplemento da obrigação, positiva e líquida, no seu termo, constitui de pleno direito em mora o devedor*".

A Lei nº 8.245/91, que rege a matéria, em seu artigo 9º, III, prevê que a locação pode ser desfeita em razão da falta de pagamento dos aluguéis e demais encargos, ao passo que o seu artigo 62, inciso II, estabelece a regra para purgação da mora com o fito de evitar a rescisão contratual.

Também o artigo 23, inciso I, do referido diploma legal, dispõe que é dever do locatário "*pagar pontualmente o aluguel e os encargos da locação, legal ou contratualmente exigíveis, no prazo estipulado*".

No caso em exame, em que pese a alegação de fato imprevisto e de força maior, o legislador pátrio não regulamentou até presente momento a questão referente à inadimplência dos contratos de locação de imóveis quando relacionada à perda da capacidade financeira, pessoal, familiar e empresarial, decorrente da pandemia provocada pela COVID-19, crise sanitária, aliás, que alcançou pro-

Acesso ao Sumário

porção mundial.

E, com relação à chamada Teoria da Imprevisão, com exceção à aplicabilidade do conhecido Princípio da Obrigatoriedade dos Contratos, hodiernamente, possui sua aplicabilidade prevista expressamente no Ordenamento Jurídico Pátrio, nos termos dos artigos 478 a 480, do Código Civil:

> "*Art. 478. Nos Contratos de Execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do Contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação*".

Observa-se, de acordo com a leitura do referido artigo, que sua aplicabilidade depende, imprescindivelmente, da verificação de alguns requisitos concomitantes. Um deles é que, da verificação do fato extraordinário que tenha desencadeado o desequilíbrio contratual, seja verificado não só pela desvantagem excessiva a que uma das partes se submete, mas, também, pela onerosidade desproporcional verificada pela parte adversa.

Nesse sentido, não se vislumbra, no caso em julgamento que a crise mundial causada pela pandemia tenha gerado qualquer tipo de ganho assimétrico em favor do demandante/locador, inversamente proporcional ao prejuízo sofrido pelos réus (locatários).

Há que se reconhecer que o inadimplemento se refere a certo período da fase aguda da pandemia, mas também não se pode rechaçar o fato de que os efeitos da crise atingiram ambas as partes do contrato em proporção igual, mormente porque o locador também deixou de receber os valores locativos que, certamente, são destinados a sua subsistência pessoal e familiar.

E no momento em que se depara com a onerosidade excessiva, caberia aos apelantes a tomada de medidas cabíveis para a rescisão/revisão do contrato antes de instaurada ou piorada a situação de inadimplência.

Disso decorre a impossibilidade do Poder Judiciário imiscuir-se na relação locatícia com o fito de afastar os efeitos da mora, sem que haja norma legal que regulamente tal questão.

Assim, não há como impedir o exercício do direito do locador de cobrar o seu crédito locatício, porquanto os réus devem suportar os efeitos da mora, visto que ela não foi purgada e suas consequências jurídicas não podem ser afastadas em razão da crise sanitária provocada pela COVID-19.

Logo, a manutenção da sentença recorrida é medida de rigor.

Não provido o recurso da ré, nos termos do § 11, do art. 85 do CPC, majoro os honorários advocatícios de sucumbência em grau recursal para 12% (doze por cento) sobre o valor da condenação, sopesando-se os trabalhos realizados em ambas as fases do processo, observada a gratuidade anteriormente concedida.

Acesso ao Sumário

Diante do exposto, pelo meu voto, **NEGA-SE PROVIMENTO AO RECURSO**, nos termos acima explicitados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1025586-76.2019.8.26.0577, da Comarca de São José dos Campos, em que é apelante/apelado LOGNET LOGÍSTICA E TRANSPORTES LTDA., é apelado/apelante TOKIO MARINE SEGURADORA S.A.

ACORDAM, em 11ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso da ré e deram parcial provimento ao recurso da autora. V.U", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 41914)**

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

São Paulo, 6 de junho de 2024.

MARINO NETO, Relator

Ementa: AÇÃO REGRESSIVA DE INDENIZAÇÃO - TRANSPORTE DE COISAS - SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA - APELAÇÃO DE AMBAS AS PARTES

<u>- Apelação da ré:</u>

- Preliminar - Cerceamento de defesa, diante da ausência de oitiva de testemunha - Inocorrência - Os documentos acostados aos autos são suficientes para o deslinde da causa, de maneira que o julgamento antecipado não implica qualquer lesão ao contraditório e à ampla defesa - Preliminar afastada.

- Pedido de improcedência - Não cabimento - Segurado que contratou a ré para transportar mercadoria (bebidas), que foram roubadas quando o veículo da ré fez parada não autorizada em área de risco - Descumprimento do transportador do Programa de Gerenciamento de Riscos (PGR) - Perda total da mercadoria - Autora que efetuou o pagamento do sinistro ao segurado - Dever de ressarcir o valor indenizado pela seguradora - Sentença mantida por seus próprios fundamentos.

Acesso ao Sumário

- Apelação da autora:
- Juros moratórios - Pedido para que incidam a partir do desembolso - Não cabimento - Inteligência dos artigos 397, parágrafo único e 405, ambos do Código Civil - Sentença mantida.
- Honorários advocatícios - Decisão que fixou a verba devida pela ré, por equidade, em R$ 5.000,00 - Pretensão da autora à modificação do valor arbitrado - Cabimento - Verba honorária que deve ser fixada de acordo com o disposto no artigo 85, §2º, do CPC -- Fixação dos honorários advocatícios em 10% do valor da condenação que é de rigor - Precedente do C. STJ - Sentença reformada.
Recurso da ré não provido. Recurso da autora parcialmente provido.

VOTO

Trata-se de apelações de sentença (fls. 234/239) que julgou procedente a ação regressiva de indenização[1], ajuizada por **Tokio Marine Seguradora S/A** em face de **Lognet Logística e Transportes Ltda.**, para: "*condenar a ré a pagar à autora a quantia de R$240.000,00, com correção monetária pela Tabela Prática do TJSP desde o desembolso e juros de mora de 1% ao mês a partir da citação*".

Diante da sucumbência, a ré foi condenada ao pagamento das custas, das despesas processuais e dos honorários advocatícios, fixados em R$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Na petição inicial, a autora narra que é seguradora contratada pela empresa Cervejarias Kaiser Brasil Ltda., para cobertura securitária de transporte de mercadorias pela segurada ou por terceiro. Relata que, em outubro de 2018, a ré transportava mercadorias da segurada, quando o veículo fez parada não autorizada para pernoite, em área de risco, a menos de 150 quilômetros do destino. A empresa gerenciadora de riscos enviou diversas mensagens ao motorista do veículo sobre a parada e local inapropriados, contudo, o veículo permaneceu no local. Ocorre que a carga inteira foi roubada nesta ocasião. A autora argumenta que a ré não respeitou os termos do Programa de Gerenciamento de Riscos (PGR), do qual estava ciente. Diante disso, a autora requer o ressarcimento dos valores pagos ao segurado (R$ 240.000,00).

Citada, a ré apresentou contestação, pediu o chamamento da gerenciadora de riscos ao processo. Alega existência de "previsão contratual expressa que proíbe/veda a cobrança regressiva diante de sinistro" (fls. 100, in fine), confor-

1 Valor da causa: R$ 240.000,00 em setembro de 2019. Sentença disponibilizada no DJE em 23/11/2021.

Acesso ao Sumário

me previsão no "'Termo de DDR Dispensa de Direito de Regresso" fornecido pela autora em favor da ré. Invoca fortuito externo (força maior), em razão da violência, grave ameaça, cárcere e armas de fogo no momento dos fatos. Noticia ter se cercado de todas as cautelas necessárias para o transporte. Reconhece a parada do veículo para pernoite antes do destino, mas afirma que a parada foi justificada para "*salvaguardar a carga ante a impossibilidade de conduta diversa*". Alega que o motorista foi abordado por criminosos que o forçaram a contatar a gerenciadora de riscos e desbloquear o caminhão. Questiona a conduta da gerenciadora que deveria ter tomado outro tipo de atitude, como comunicação às autoridades, com a parada não autorizada. Destaca que a empresa gerenciadora de riscos foi escolhida e imposta à transportadora ré pela seguradora autora. Pede a improcedência da ação.

As partes apresentaram réplica.

A ré fez pedido de oitiva de testemunha às fls. 205/206.

Sobreveio a sentença de procedência da ação.

Ambas as partes apelam.

A ré alega, preliminarmente, cerceamento de defesa, diante da ausência de oitiva de testemunha. No mérito, pede a improcedência da ação. Já a autora requer que os juros moratórios incidam do desembolso e pede a majoração da verba honorária.

Recursos respondidos.

É o relatório.

Apelação da ré

De início, a preliminar arguida pela ré não merece acolhimento, isso porque não há que se falar em cerceamento de defesa, pois os documentos acostados aos autos são suficientes para o deslinde da controvérsia e o julgamento antecipado, sem a produção de prova oral, não implicou qualquer lesão ao contraditório e à ampla defesa. Além disso, mostrando-se suficientes os elementos trazidos aos autos pelas partes para embasar o convencimento do magistrado, com possibilidade de solução do litígio, nada impede que o juiz julgue o feito no estado em que se encontra.

A autora, seguradora sub-rogada nos direitos do contrato de seguro que firmou com CERVEJARIAS KAISER BRASIL LTDA, ajuizou a presente ação buscando o ressarcimento dos danos materiais que seu segurado sofreu e que ela indenizou, em decorrência do roubo da mercadoria.

Sendo assim, a r. sentença deve ser confirmada pelos seus próprios e bem deduzidos fundamentos, os quais ficam inteiramente adotados como razão de decidir nos termos do art. 252 do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal de Justiça: "*nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la*".

Acesso ao Sumário

O Juízo *a quo* analisou detidamente os elementos constantes dos autos, corretamente concluindo pela procedência do pedido:

"*(...) Não há controvérsia quanto à relação jurídica securitária entre a autora e a segurada, que contratou os serviços da requerida, tampouco quanto ao roubo da carga transportada ou do valor da indenização pago pela seguradora à segurada.*

A autora afirma que a requerida deve indenizá-la pelo valor que desembolsou, pois teria sido esta negligente ao deixar de observar os termos de gerenciamento de risco no transporte da carga segurada, efetuando parada não autorizada em local sabidamente perigoso, onde, de fato, houve roubo da mercadoria.

A inicial veio acompanhada do Plano de Gerenciamento de Riscos, fls. 59/68, onde consta: (a) "oriente o motorista quanto ao cumprimento das normas do gerenciamento de riscos, atendimento as mensagens, contatos, solicitações e orientações da CRM- FRGGR" (fls. 62, "2.1.1."); (b) "não é permitido paradas em áreas de risco, inclusive nos primeiros 50 km do início e fim de viagem" (fls. 64, "3.1", "D"); (c) "compõe as áreas de riscos, as seguintes regiões: (...) Rio de Janeiro RJ = 150 Km" (fls. 65, "4"); (d) "Obrigações do Motorista (...) Parada somente em local autorizado ou recomendado pela CRM-FROGGR (...) Informar e justificar toda e qualquer parada, ou desvio de rota" (fls. 65, "5"); (e) "Em caso de sinistros, o não cumprimento destas 'Normas e Procedimentos' implicará na responsabilidade direta e integral da Transportadora pelos prejuízos causados" (fls. 67, "9"). O documento está assinado pelo representante da requerida e não foi impugnado em contestação.

Veja que há vedação expressa de "paradas em áreas de risco", bem como indicação expressa de que a área de até 150 quilômetros da Capital do Rio de Janeiro se trata de área de risco.

Assim, com razão a autora ao afirmar que eventual impossibilidade de parada no local previsto (Posto Resendão) havia de ser melhor programada pela requerida, seja para chegada ao destino em horário adequado ou parada em outro local, mas que não se enquadrasse nas vedações do Plano de Gerenciamento de Riscos.

O motorista, preposto da ré, ao optar por realizar a parada em posto expressamente dentro da área de risco, assumiu o risco do roubo, que de fato ocorreu.

A requerida, ciente dos termos do documento de fls. 59/68, tinha o dever de bem orientar seus prestadores de serviços para que cumprissem todas as disposições lá constantes a fim de afastar sua responsabilidade sobre eventual sinistro.

A responsabilidade "in eligendo" é inafastável.

Acesso ao Sumário

Do Termo de Isenção de Regresso, fls. 134/135, que acompanhou a defesa, consta que "O não cumprimento das medidas de gerenciamento de riscos implicará na ausência de cobertura de seguro em eventuais sinistros, cabendo ao transportador automaticamente responsabilizado pelos prejuízos, cabendo a este o ressarcimento a "Cervejarias Kaiser Brasil S/A", conforme disposto em apólice de seguros.

Não se pode, portanto, afastar a responsabilidade da requerida, eis que não foram observadas as cláusulas do Termo de Gerenciamento de Risco, como de rigor.

O valor pleiteado não foi impugnado em contestação.

A correção monetária, ao contrário do que defende a ré, deve ser computada a partir do desembolso, pela autora, da indenização paga à segurada, sendo os juros a partir da citação."

E mais não é preciso dizer para que a sentença seja mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Apelação da autora

Os artigos 397, parágrafo único e 405, ambos do Código Civil estabelecem que os juros moratórios devem incidir a partir da citação, sendo assim a r. sentença fixou-os corretamente, sendo injustificada a irresignação da autora.

Por fim, quanto aos honorários advocatícios, o recurso comporta acolhimento. Isso porque, não se constata, no caso em julgamento, a presença das hipóteses previstas no artigo 85, § 8º, do Código de Processo Civil, motivo pelo qual a regra a ser aplicada é aquela do § 2º, do mesmo artigo e diploma legal, sobre o qual, em recente julgamento (TEMA 1076), o C. STJ fixou a seguinte tese:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CAUSAS EM QUE A FAZENDA PÚBLICA FOR PARTE. PROVEITO ECONÔMICO ELEVADO. APRECIAÇÃO EQUITATIVA. TEMA 1.076/STJ. OBSERVÂNCIA DOS PERCENTUAIS PREVISTOS NO § 3º DO ART. 85 CPC/2015. 1. Em sede de recursos especiais submetidos ao regime dos recursos repetitivos (REsp 1.850.512/SP, REsp 1.877.883/SP, REsp 1.906.623/SP e 1.906.618/SP - Relator Min. Og Fernandes), a Corte Especial/STJ firmou as seguintes teses jurídicas: i) A fixação dos honorários por apreciação equitativa não é permitida quando os valores da condenação, da causa ou o proveito econômico da demanda forem elevados. É obrigatória nesses casos a observância dos percentuais previstos nos §§ 2º ou 3º do art. 85 do CPC - a depender da presença da Fazenda Pública na lide -, os quais serão subsequentemente calculados sobre o valor: (a) da condenação; ou (b) do proveito econômico obtido; ou (c) do valor atualizado da causa. ii) Apenas se admite arbitramento de honorários por equidade quando, havendo ou não condenação: (a) o proveito econômico obtido pelo vencedor for

inestimável ou irrisório; ou (b) o valor da causa for muito baixo. 2. Este Tribunal Superior possui o entendimento de ser desnecessário aguardar o trânsito em julgado para a aplicação do precedente firmado em recurso repetitivo ou em repercussão geral. 3. Agravo interno não provido." (AgInt no REsp n. 1.859.075/SP, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 14/6/2022, DJe de 20/6/2022).

Neste passo, o recurso merece guarida para que os honorários advocatícios sejam fixados de acordo com os parâmetros do artigo 85, parágrafo 2º, do Código de Processo Civil.

Considerando-se as circunstâncias da causa, o trabalho desenvolvido pelo advogado, o tempo de duração da demanda, o local da prestação dos serviços, e ainda o conteúdo econômico da ação, de rigor a fixação da verba honorária em 10% do valor da condenação, já considerado o trabalho realizado em segunda instância.

Posto isso, **nega-se provimento** ao recurso da ré e **dá-se parcial** provimento ao recurso da autora em relação aos honorários advocatícios.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000608-87.2023.8.26.0094, da Comarca de Brodowski, em que é apelante LUCIEN ALAOR ALCIATI JUNIOR (JUSTIÇA GRATUITA), são apelados ITAÚ UNIBANCO S/A e BANCO SANTANDER (BRASIL) S/A.

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. João Victor Gil Marcelino.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 56.380)**

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

São Paulo, 5 de junho de 2024.

THIAGO DE SIQUEIRA, Relator

Ementa: Apelação - Ação de repactuação de dívidas por superendividamento, com fundamento na Lei 14.181/2021 - Improcedência - Preliminar de falta de interesse de agir arguida em contrarrazões afastada - Código de Defesa do Consumidor - Incidência - Súmula n. 297 do E. Superior Tribunal de Justiça - Procedimento bifásico - Necessidade de observância ao

Acesso ao Sumário

previsto nos artigos 104-A e 104-B do Código de Defesa do Consumidor, introduzidos pela Lei 14.181/2021 - Primeira fase, conciliatória, prevista no art. 104-A do CDC devidamente observada pelo MM. Juiz "a quo", mas que restou infrutífera - Necessidade, por isso, de instauração da segunda fase do procedimento especial - Recurso provido para anular a r. sentença recorrida, determinando-se o retorno dos autos à Vara de origem para instauração da segunda fase do procedimento de superendividamento, nos termos do artigo 104-B do Código de Defesa do Consumidor.

VOTO

A r. sentença (fls. 339/351), proferida pelo douto Magistrado Daniel Diego Carrijo, cujo relatório se adota, julgou improcedente a presente ação de repactuação de dívidas por superendividamento ajuizada por LUCIAN ALAOR ALCIATI JUNIOR contra ITAÚ UNIBANCO S.A. e BANCO SANTANDER (BRASIL) S.A., condenando o autor a arcar com o pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor corrigido da causa, observada a gratuidade processual concedida.

Pelo autor foram opostos embargos de declaração (fls. 354/364), os quais foram rejeitados (fls. 365).

Irresignado, apela o autor, alegando, em síntese, que se encontra superendividado em decorrência de operações firmadas com instituições financeiras, requerendo a repactuação das dívidas por meio do procedimento previsto na Lei nº 14.181/21. Aponta a necessidade de anulação da sentença e prosseguimento do feito, haja vista que o MM. Juiz "a quo" *não instaurou o processo para revisão e integração de contratos, obrigatório de acordo com o artigo 104-B da Lei n. 14.181/2021, requisito que seria essencial para se tomar qualquer conclusão sobre o superendividamento, comprometimento patrimonial e se este teria agido dolosamente e em descontrole financeiro.* Discorre sobre *os requisitos determinados pelo Egrégio STSP e que incumbem ao Excelentíssimo Juízo de 1º Grau em ações de repactuação de dívidas por superendividamento, que são exatamente os dispostos nos artigos 104-A e 104-B da Lei n. 14.181/2021, os quais não foram observados no caso em tela.* Afirma que *todos os requisitos foram cumpridos, com exceção do item "d", que deveria se dar antes da prolação de sentença pelo Excelentíssimo Juízo, conforme previsto no artigo 104-B da Lei n. 14.181/2021*. Destaca a necessidade de serem analisados todos os contratos e as renegociações para que o administrador/perito possa apurar se *foram pactuados em curto período e, assim, verificará se estamos falando de uma situação de superendividamento ou não.* Argumenta que o demandante

Acesso ao Sumário

apresentou o plano de pagamento, com descrição pormenorizada de todas as suas receitas e despesas, considerando todos os requisitos previstos no artigo 104-A da Lei nº 14.181/2021. Relata que as dívidas não foram contraídas em curto período de tempo e de forma dolosa, sendo que as renegociações ocorreram de maneira compulsória, sem a concordância do demandante. Salienta que *as dívidas se encontram documentalmente comprovadas, tratando-se de dívidas de consumo e que, consequentemente, podem integrar a ação de repactuação de dívidas por superendividamento (Lei n. 14.181/21)*. Postula, assim, a anulação da r. sentença, *determinando a observação ao artigo 104-B da Lei n. 14.181/2021, com a instauração de processo por superendividamento para revisão e integração dos contratos, momento em que o administrador/perito analisará todos os contratos, as renegociações, apurará se foram pactuados em curto período e, assim, verificará se estamos falando de uma situação de superendividamento ou não* (fls. 368/386).

Houve apresentação de contrarrazões somente pelo Itaú Unibanco S.A. às fls. 390/395, arguindo preliminar de falta de interesse de agir. No mérito, defende a impossibilidade de limitação dos descontos. Requer o desprovimento do recurso.

O apelante apresentou oposição ao julgamento virtual (fls. 402)

Recurso tempestivo, processado e recebido no. duplo efeito.

É o relatório.

Inicialmente não merece prosperar a preliminar arguida em contrarrazões pelo Banco Itaú Unibanco S.A.

Não há que se falar em falta de interesse de agir por parte do autor. Como é cediço, o interesse de agir está afeto ao juízo de utilidade e necessidade do provimento jurisdicional frente à suposta lesão de direito, fatos estes demonstrados pelo demandante.

Afasta-se, por isso, referida preliminar.

No mais, cuida-se, no caso vertente, de ação de repactuação de dívidas por superendividamento, com fundamento na Lei 14.181/21, relatando o autor que as dívidas contraídas junto às instituições financeiras comprometem cerca de 90% de seus vencimentos líquidos mensais.

Inicialmente, cumpre esclarecer que, cuidando-se, no caso, de contrato bancário firmado, por pessoa física, é certo, por isso, que esta relação contratual sujeita-se também à aplicação do Código de Defesa do Consumidor, por força do disposto no seu art. 3º, § 2º, que considera serviço, para efeito de sua incidência, qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária.

Por ser aplicável no caso vertente o Código de Defesa do Consumidor, pode o juiz reconhecer a nulidade de cláusulas contratuais que se afiguram abusivas, eis que um dos direitos básicos do consumidor é o de proteção contra

Acesso ao Sumário

cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos ou serviços (relações de consumo), consoante se infere do disposto no art. 6º, inc. IV, de citado diploma legal, tendo este, inclusive, enumerado uma série destas cláusulas no seu art. 51, cujo rol não é exaustivo. É certo, igualmente, que o reconhecimento desta abusividade implica em nulidade de pleno direito da cláusula considerada abusiva. Bem por isso, citado diploma legal também permite ao consumidor pedir a revisão do contrato, porquanto consagra a boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores como princípio básico das relações de consumo, além da proibição das cláusulas que sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade (arts. 4º, III e 51, IV).

Cabe ressaltar que a ação de repactuação de dívidas fundada em superendividamento, foi introduzida no Código de Defesa do Consumidor pela Lei nº 14.181/21, incluindo os artigos 104-A, 104-B e 104-C, que assim dispõem:

Art. 104-A. A requerimento do consumidor superendividado pessoa natural, o juiz poderá instaurar processo de repactuação de dívidas, com vistas à realização de audiência conciliatória, presidida por ele ou por conciliador credenciado no juízo, com a presença de todos os credores de dívidas previstas no art. 54-A deste Código, na qual o consumidor apresentará proposta de plano de pagamento com prazo máximo de 5 (cinco) anos, preservados o mínimo existencial, nos termos da regulamentação, e as garantias e as formas de pagamento originalmente pactuadas

(...)

Art. 104-B. Se não houver êxito na conciliação em relação a quaisquer credores, o juiz, a pedido do consumidor, instaurará processo por superendividamento para revisão e integração dos contratos e repactuação das dívidas remanescentes mediante plano judicial compulsório e procederá à citação de todos os credores cujos créditos não tenham integrado o acordo porventura celebrado.

(...)

Art. 104-C. Compete concorrente e facultativamente aos órgãos públicos integrantes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor a fase conciliatória e preventiva do processo de repactuação de dívidas, nos moldes do art. 104-A deste Código, no que couber, com possibilidade de o processo ser regulado por convênios específicos celebrados entre os referidos órgãos e as instituições credoras ou suas associações.

Acesso ao Sumário

Verifica-se, por conseguinte, a existência de um procedimento específico, primeiramente de caráter conciliatório, e, caso não obtenha êxito, a parte autora terá a prerrogativa de requerer o início de uma segunda etapa do processo, consistente na instauração de um procedimento de superendividamento destinado à revisão e integração dos contratos, bem como à renegociação das dívidas pendentes por meio de um plano judicial compulsório.

Compulsando os presentes autos, vê-se que foi realizada a audiência de conciliação, prevista no artigo 104-A do Código de Defesa do Consumidor (fls. 265/266), contudo, esta restou infrutífera em relação ao Banco Santander, uma vez que o banco não apresentou proposta de acordo. Já em relação ao Itaú Unibanco, a instituição financeira manifetou interesse na resolução amigável da lide, oferecendo proposta de acordo (fls. 304/306), a qual não foi aceita pelo demandante (fls. 311/317).

Entretanto, embora o apelante tenha manifestado interesse na instauração da segunda fase do procedimento de superendividamento (fls. 317), observa-se que o MM. Juiz "a quo", analisando toda a documentação juntada aos autos, chegou à conclusão de que não existem elementos para prosseguimento do procedimento previsto na Lei nº 14.181/21, haja vista que não houve comprovação de que as dívidas apontadas pelo demandante estariam comprometendo o mínimo existencial, a fim de restar caracterizado o superendividamento, nos termos do que a lei exige para sua caracterização.

Pois bem.

Em que pese o respeito ao entendimento do douto Magistrado, assiste razão ao apelante.

Infere-se, que na Lei nº 14.181/21 está previsto um procedimento específico, inicialmente de caráter conciliatório, e caso não haja sucesso, a parte autora tem a opção de solicitar a abertura da segunda etapa deste procedimento, que consiste na instauração de um processo de superendividamento, visando a revisão e integração dos contratos, bem como a renegociação das dívidas através de um plano judicial compulsório.

No presente caso, conforme estabelecido no artigo 104-A do Código de Defesa do Consumidor, foi realizada a audiência de conciliação, conforme evidenciado nos documentos de páginas 265/266. No entanto, não obstante a falta de êxito na referida audiência e sem que a segunda fase do processo fosse iniciada, o caso foi julgado antecipadamente, conforme pode ser observado às fls. 339/351.

Com efeito, apesar de o juízo de primeira instância ter abordado as questões relativas ao mérito da ação de repactuação, ao julgar improcedentes os pedidos com base na justificativa de "*não é o mero inadimplemento ou desorganização financeira que garante o direito à repactuação dos débitos, mas a demonstração idônea de comprometimento do mínimo existencial do devedor e de sua família, sendo admissível a intervenção do Poder Judiciário nas relações contratuais privadas somente quando restar indubitavelmente comprovada onerosidade excessiva para uma das partes*" (fls. 346), deixou de observar o procedimento estabelecido no artigo 104-B do Código de Processo Civil. Portanto, considerando o respeito ao entendimento exposto pelo douto Magistrado sentenciante, entendo que o julgamento do caso foi prematuro, e a sentença em

Acesso ao Sumário

questão deve ser anulada.

Nesse sentido, a jurisprudência deste Tribunal não discrepam:

Ação de repactuação de dívidas. Superendividamento. Revisão e integração dos contratos para viabilizar o pagamento. Sentença de improcedência. Pretensão de reforma. Cabimento. Procedimento especial bifásico introduzido pela Lei nº 14.181/21 - Lei do Superendividamento. Atendimento apenas da primeira etapa, prevista no art. 104-A do CDC. Após a realização da audiência infrutífera, deve ser instaurada a segunda etapa, nos termos do art. 104-B do CDC. Violação ao devido processo legal. Sentença anulada. Recurso provido. (Apelação Cível 1024400-89.2022.8.26.0196; Relator (a): Simões de Almeida; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Privado; Foro de Franca - 5ª Vara Cível; Data do Julgamento: 16/04/2024; Data de Registro: 16/04/2024).

AÇÃO DE REPACTUAÇÃO DE DÍVIDAS - LEI DO SUPERENDIVIDAMENTO - PROCEDIMENTO INICIAL ESPECÍFICO - VIOLAÇÃO - NULIDADE. - Lei do Superendividamento- Procedimento específico- Não observância- Ação que seguiu o procedimento comum- "Error in procedendo" - Violação ao devido processo legal- Nulidade: -Considerando que busca a autora a repactuação de suas dívidas por meio do procedimento especial previsto pela Lei 14.181/2021, que introduziu significativas alterações no Código de Defesa do Consumidor; deve ser anulado o processo para a observância do rito próprio, atendendo, com isso, o princípio do devido processo legal. Nulidade que deve ser reconhecida a partir do despacho liminar, que determinou a citação dos réus para oferecimento de resposta, deixando de designar a audiência conciliatória prevista no artigo 104-A da legislação consumerista. RECURSO PROVIDO - SENTENÇA ANULADA. (Apelação Cível 1028447-93.2022.8.26.0071; Relator (a): Nelson Jorge Júnior; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Privado; Foro de Bauru - 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 02/04/2024; Data de Registro: 02/04/2024).

APELAÇÃO CÍVEL. Ação de repactuação de dívidas com base na Lei do Superendividamento. Improcedência. Irresignação. Autora que pretende a repactuação de sua dívida para com o réu, tendo, para tanto, apresentado um plano de pagamento. Lei do Superendividamento (Lei n. 14.181/21). Necessidade de instauração de processo de repactuação de dívidas, com vistas à realização de audiência conciliatória. Trâmite processual previsto nos art. 104-A e 104-B, do CDC que deve ser observado na origem. O descumprimento do rito próprio ofende o princípio do devido processo legal. Precedentes. Sentença anulada. RECURSO PROVIDO. (Apelação Cível 1004080-84.2022.8.26.0077; Relator (a): Rodolfo Pellizari; Órgão Julgador: 24ª Câmara de Direito Privado; Foro de Birigui - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 28/02/2023; Data de Registro: 28/02/2023).

AÇÃO REVISIONAL - Gratuidade judiciária deferida - Sentença de im-

Acesso ao Sumário

procedência - Recurso da autora invocando a Lei 14.181/2021, forte no argumento de que não dispõe de recursos para custear a dívida - Créditos tomados quando do auge da crise decorrente da pandemia da Covid-19 - Lei do Superendividamento (Lei n. 14.181/21) - Necessidade de instauração de processo de repactuação de dívidas, com vistas à realização de audiência conciliatória - Trâmite processual previsto nos art. 104-A e 104-B, do CDC que deve ser observado na origem - O descumprimento do rito próprio ofende o princípio do devido processo legal - Precedentes - Sentença anulada - Recurso provido. (Apelação Cível 1016316-43.2021.8.26.0032; Relator (a): Mendes Pereira; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Privado; Foro de Araçatuba - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 01/08/2023; Data de Registro: 01/08/2023).

Conclui-se, pois, que a irresignação do apelante merece ser acolhida, para anular a r. sentença recorrida, determinando o retorno dos autos à Vara de origem, a fim de ser instaurada a segunda fase do procedimento de superendividamento, nos termos do artigo 104-B do Código de Defesa do Consumidor.

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. Outrosssim, 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 ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0026113-36.2010.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes FLORENTINO LIBERATO VIEIRA (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA) e IDELCINA JOAQUINA DA SILVA VIEIRA (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA), são apelados EDNA MARIA DE OLIVEIRA AMORIM, EUCELIO DOMINGOS DE AMORIM, EUNICE DA SILVA OLIVEIRA MARCELINO e IVANILDES FERNANDES ALVES.

ACORDAM, em 6ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U. Esteve presente na sessão de julgamento a Defensora Pública Dra. Maíra Ferreir a Tasso.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.093)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RODOLFO PELLIZARI (Presidente) e DÉBORA BRANDÃO.

São Paulo, 6 de junho de 2024.

Acesso ao Sumário

COSTA NETTO, Relator

Ementa: APELAÇÃO - AÇÃO DE USUCAPIÃO - Sentença de improcedência - Insurgência dos autores - Indícios da posse prolongada, por meio de comprovantes de pagamento de contas de consumo e IPTU do imóvel - Subsídio ainda de laudo de profissional conveniado à Defensoria, que, por meio de vistoria e entrevistas, afirmou que a posse seria ad usucapionem - Realização posterior de perícia por profissional nomeado pelo Juízo - Laudo pericial, porém, inconclusivo quanto à natureza da posse - Tanto os fatos constitutivos, quanto os impeditivos, demandam prova oral no caso - Sentença anulada - Recurso provido.

VOTO

Trata-se de apelação interposta contra a r. sentença de fls. 416/418, que julgou improcedente a ação de usucapião especial urbana. Condenou também os autores nas despesas processuais e em honorários sucumbenciais arbitrados em R$ 3.000,00, observada a gratuidade processual.

Recorrem os autores, às fls. 425/429, alegando que ocupam o imóvel desde 2000, tendo posse mansa, pacífica e ininterrupta desde então. Alegam ter juntado com a inicial contas de luz, água e esgoto e carnês de IPTU quitados desde ao menos 2004. Aduzem que os laudos de fls. 37/107 e fls. 333/365 constataram a posse prolongada e que as benfeitorias foram todas realizadas pelos autores. Suscitam cerceamento de defesa, por não ter sido oportunizada a produção de prova oral, apesar do julgamento pelo ônus da prova.

Contrarrazões apresentadas às fls. 474/480.

É o relatório.

Trata-se de ação de usucapião especial urbana referente ao imóvel situado na rua Nogueira do Cravo, 109, Jardim Guarujá, São Paulo-SP.

De fato, a r. sentença foi proferida com base no ônus da prova como critério de julgamento, fundamentando que a posse prolongada não teria sido comprovada.

Esse o cerne da r. sentença, contido às fls. 417:

Portanto, como a ação foi proposta em 2.010, para o fim de contar o tempo de posse exigido para a modalidade de usucapião especial urbana, os requerentes deveriam comprovar o efetivo exercício da posse qualificada nos 5 anos anteriores ao ajuizamento da ação.

Nada obstante, os autores não se desincumbiram do ônus que lhes tocava de comprovar os fatos constitutivos do direito alegado, conquanto não demonstraram o exercício da posse com ânimo de dono ao longo do

Acesso ao Sumário

referido lapso temporal.

De fato, contas de consumo e pagamento de IPTU são indícios da posse, que não demonstram, ademais, a natureza da posse. Por outro lado, mesmo que os carnês não estejam em nome dos possuidores, demonstram a antiguidade da posse.

Porém, além delas, ainda foi apresentado laudo de engenharia, elaborada por profissional conveniado da Defensoria Pública, às fls. 37/53. O trabalho baseou-se em vistorias ao imóvel, entrevistas com possuidores e vizinhos, e análise de documentos. Segundo o trabalho do engenheiro, os possuidores moravam no local há bastante tempo, desde que ingressaram em lote abandonado e nele construíram sua residência.

Foi realizado laudo pericial, por profissional de confiança do MM. Juízo a quo, e juntado às fls. 333/365. Utilizando os mesmos métodos do engenheiro contratado via Defensoria Pública, o perito judicial constatou a posse pelos autores, para fins residenciais.

Relevante notar, porém, o i. perito que não entrevistou vizinhos, uma vez que, na data da vistoria ao imóvel, "*o Autor não conseguiu pessoas para ser entrevistadas, uma vez que seus conhecidos não encontravam-se em seus imóveis no dia da vistoria*" (fls. 355).

Destarte, nada observou sobre a antiguidade ou a natureza da posse.

Em suma, tem-se um laudo unilateral, produzido para trazer elementos à propositura da ação, e um laudo pericial inconclusivo, além de alguns comprovantes de pagamento de contas de consumo e IPTU.

O acervo ainda não demonstra a natureza da posse, se tem sido exercida com ânimo de dono, por qual período, e se não houve oposição.

Mesmo a alegação da corré e proprietária Ivanildes - de que teria ido ao imóvel após o falecimento do marido para reaver a posse - demanda prova oral para sua confirmação.

Após a realização da perícia, ainda que inconclusiva, o MM. Juízo *a quo* não concedeu oportunidade para novas provas. Especialmente a produção de prova oral, requerida na inicial com indicação de testemunhas, possibilidade ignorada pelo MM. Juízo *a quo*.

Assim, uma vez que se reputa, realmente, insatisfatório o acervo probatório, é caso de anulação da r. sentença para produção de prova oral pelas partes.

Pelo exposto, **dá-se provimento ao recurso.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1006604-46.2022.8.26.0597, da Comarca de Sertãozinho, em que são apelantes R.A.S.S.A.

Acesso ao Sumário

e M.S.S.F., é apelado M.F.S.

ACORDAM, em 1ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U. Sustentou oralmente a Dra. Jessica de Lima Zanandrea.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.166)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CLAUDIO GODOY (Presidente), ALEXANDRE MARCONDES e AUGUSTO REZENDE.

São Paulo, 11 de junho de 2024.

CLAUDIO GODOY, Relator

Ementa: Ação declaratória de nulidade de escritura pública de união estável, com pedido subsidiário de declaração de nulidade da retroatividade do regime de bens eleito em contrato de convivência. Sentença de improcedência, reconhecendo a existência de união estável. Alegação de nulidade por ausência de fundamentação. Inocorrência. Mérito do apelo que, ressalvada a necessidade de revogação da gratuidade concedida à ré, não comporta acolhida. União estável devidamente comprovada. Irretroatividade dos efeitos do regime eleito pelas partes no contrato de convivência que, no presente caso, não teria qualquer relevância, dada a ordem de vocação hereditária. Escolha, pelo casal, do regime de comunhão universal que, conforme entendimento doutrinário, excepciona a vedação da irretroatividade. Entendimento compatível com recente entendimento da Corte Superior. Sentença, quanto ao deslinde da controvérsia, mantida. Recurso provido em parte, apenas para revogar a gratuidade concedida à ré.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de recurso de apelação interposto contra sentença (fls. 597/604) que julgou improcedente a ação declaratória de nulidade de escritura pública de união estável, condenando as autoras ao pagamento das custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios, fixados em R$3.500,00.

Sustentam as apelantes, em sua irresignação (fls. 614/644), que são irmãs do falecido; que, após sua morte, foi descoberta a existência de uma escritura pública de união estável do falecido com a ré, reconhecendo a entidade familiar desde 10/07/2006; que elas e toda a família desconheciam o relacionamento

do irmão com a apelada como uma união estável; que o falecido era solteiro e nunca teve um relacionamento com a ré que preenchesse os requisitos mínimos para a configuração de união estável; que a apelada nunca participou de eventos familiares ou sociais; que a sentença desconsiderou os documentos constantes dos autos, em que as partes se declararam solteiras, não os apreciando e, consequentemente, incorrendo em vício de fundamentação; que os documentos juntados pela ré foram impugnados, com pedido de desentranhamento, visto que não apresentam local e data da assinatura; que a certidão de emancipação da ré é irrelevante; que a prova de que a ré tinha um empreendimento com o falecido é anterior ao período da união, sendo irrelevante; que há fotos sem datas e antigas; que, em relação a provas de WhatsApp, foi ignorado pelo julgador que o STJ considera inválida a prova obtida por meio de conversas via WhatsApp, porquanto é possível o envio de novas mensagens e a exclusão de mensagens antigas ou recentes, sendo que eventual exclusão não deixa vestígios no aplicativo; que suas testemunhas comprovaram os fatos aduzidos na exordial; que as testemunhas da ré não comprovam a existência de união estável; que há mensagem do falecido de 2014 pedindo que a ré deixasse as diferenças para trás e constituíssem uma família, o que evidencia que se família houve, não foi em 2006, mas após 2014; que não restou suficientemente demonstrado o preenchimento dos requisitos para constituição da união estável; que ninguém do grupo social frequentado pelas partes identifica a ré e o falecido como casal; que quem levava o falecido às sessões de quimioterapia não era a ré, mas sim a irmã apelante; que, se houvesse união estável, não seria difícil que a ré trouxesse indícios de sua existência, como contas conjuntas, economia doméstica comum, cartões etc.; que as fotos juntadas pela ré evidenciam haver apenas namoro; que a documentação por elas juntada demonstram que as partes se declaravam solteiras e residiam em lugares distintos; que os termos da escritura pública são inválidos; que a prova da escritura pública, com o conteúdo de contrato de convivência, não representa a validade indiscutível da convivência estável, porque o documento escrito pelos conviventes está condicionado à correspondência fática da entidade familiar e dos pressupostos de reconhecimento; que o conteúdo declaratório pode ser desconsiderado quando não retrata a verdade dos fatos; que o regime de bens, caso mantida a validade da escritura pública, não pode retroagir, devendo ser mantido o regime da comunhão parcial; que a ré não faz jus à gratuidade

Recurso regularmente processado e respondido (fls. 651/678).

É o relatório.

Afasta-se, de início, a alegação de nulidade da sentença por vício de fundamentação.

Com efeito, a sentença justificou de forma mais do que suficiente as razões pelas quais, de acordo com as provas constantes nos autos, seria possível

Acesso ao Sumário

reconhecer a existência de união estável entre a ré e o falecido irmão das autoras.

E, mais, lá se assentou de forma expressa que "*o fato de o de cujus se qualificar como solteiro (conforme documentos trazidos na inicial) [...] não são suficientes para desconstituírem a presunção de veracidade da declaração de união estável constante na escritura*".

É dizer, os documentos indicados pelas apelantes foram, sim, apreciados na sentença, posto que não com a força probatória por elas pretendida, mas o que não se confunde com falta de fundamentação.

De toda forma, mesmo se houvesse vício de fundamentação, ele seria suprido com o presente julgamento, nos termos do art. 1.013, §3º, IV do CPC.

No mais, mostra-se até mesmo duvidosa a presença do interesse de interesse de agir.

Isto porque, a *priori*, não se mostra possível um pedido de declaração de nulidade em relação a um documento de conteúdo meramente declaratório.

Segundo leciona Antônio Junqueira de Azevedo, "*realmente, entre existir e produzir efeitos, interpõe-se a questão de valer; é justamente o plano da validade a principal consequência da característica específica do negócio, ou seja, de ser, entre os fatos jurídicos, o único que consiste em declaração de vontade, isto é, numa manifestação de vontade vista socialmente como destinada à produção de efeitos jurídicos. O plano da validade é próprio do negócio jurídico. É em virtude dele que a categoria "negócio jurídico" encontra plena justificação teórica*" (**Negócio jurídico: existência, validade e eficácia / Antônio Junqueira de Azevedo. -4. ed. atual, de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). - São Paulo: Saraiva, 2002, p. 24**).

Em outros termos, só se analisa a validade de um ato se se tratar de um negócio jurídico.

Sucede que a escritura pública de união estável objeto da controvérsia não traduz exatamente um negócio jurídico, ao menos com as características pretendidas, visto que não produz, por si só, qualquer efeito jurídico. A constituição da união estável se dá exclusivamente pela verificação, no plano fático, dos requisitos para tanto necessários.

Acesso ao Sumário

Destarte, cuida-se de documento simplesmente declaratório, e que faz prova apenas de que as partes declararam perante o Tabelião que vivem em união estável, nos termos do art. 405 do CPC, não a união estável em si.

"*Art. 405. O documento público faz prova não só da sua formação, mas também dos fatos que o escrivão, o chefe de secretaria, o tabelião ou o servidor declarar que ocorreram em sua presença*".

A propósito, deste E. Tribunal:

"*Porém, respeitado o entendimento do juízo a quo, há que se mencionar que a lavratura de escritura pública de união estável não faz prova do seu conteúdo. A veracidade do documento reside em se atestar que os interessados*

realmente foram ao cartório e declararam o que pretendiam, disso não decorrendo logicamente que o conteúdo declarado seja verdadeiro.

Conforme consta do site do Colégio Notarial do Brasil:

"[n]estas escrituras de declaração, as partes declaram fatos que desejam ou que sabem, sob sua responsabilidade civil e criminal. As declarações mais frequentes são: (...) Declaração para fins judiciais: o declarante narra em detalhes um fato de que tem conhecimento, para ser usado para fins judiciais.", e simplesmente são prova da declaração feita e não da veracidade das afirmações.

No presente caso, a escritura pública apenas formalizou a vontade dos declarantes e, na ausência de demonstração de vícios de vontade, fez prova de que compareceram em cartório e efetivamente declararam viverem em união estável no período informado" **(TJSP, Apelação Cível 1002224-14.2020.8.26.0673; Relator (a): Fernando Marcondes; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Privado; Flórida Paulista - Vara Única; Data do Julgamento: 06/03/2023; Data de Registro: 06/03/2023).**

Pois, sendo assim, sequer caberia às autoras pleitear a declaração de nulidade de um ato meramente declaratório. Ao revés, seria o caso de, *a priori*, pleitear a declaração de inexistência da união estável, ou o reconhecimento da falsidade ideológica do documento em questão, conforme autoriza o art. 19 do CPC:

"*Art. 19. O interesse do autor pode limitar-se à declaração:*

I - da existência, da inexistência ou do modo de ser de uma relação jurídica;

II - da autenticidade ou da falsidade de documento".

De toda forma, fato é que, nos termos do art. 322, § 2º do CPC, "*a interpretação do pedido considerará o conjunto da postulação e observará o princípio da boa-fé*".

E, sendo assim, analisando a exordial, é possível inferir que o que as autoras pretendiam era, realmente, a declaração de inexistência de união estável, infirmando o teor da escritura pública na qual consta que, em 24/03/2022, a ré e o falecido irmão das autoras declararam perante o tabelião que vivem em união estável desde 10/07/2006 (fls. 40/41).

Mas, delimitada a controvérsia, o recurso neste ponto não prospera.

Com efeito, em relação à prova documental, desde já se afasta o pedido de desentranhamento dos documentos juntados pela ré.

Os documentos foram juntados tempestivamente e sua relevância para a controvérsia é aferida na ocasião do julgamento. Se os documentos são irrelevantes, bastará ao julgador não os considerar, sem necessidade de qualquer desentranhamento.

Ainda neste sentido, o mesmo se deve dar em relação às conversas de

Acesso ao Sumário

WhatsApp.

A possibilidade de exclusão das mensagens aventada pelas autoras não interfere no fato de que sempre será possível verificar se ao menos há uma coerência na conversa. Ademais, a autoria das mensagens em si também pode ser comprovada com a simples exibição do telefone - que não foi pleiteada - a fim de apurar se o interlocutor era de fato o falecido.

Feitas essas ressalvas, anota-se, em primeiro lugar, não se olvidar haver documentos de autoria do falecido e da ré em que eles se qualificaram como solteiros (fls. 57/66, 112, 126 e 151).

Sucede que a expressão solteiro utilizada pelas partes deve ser tomada com muitas ressalvas. Afinal, a ré também juntou um documento destinado ao plano de saúde, em que ela e o falecido se qualificaram como solteiros, mas tratando-se justamente de uma declaração de que eles conviviam maritalmente. Tal declaração se deu em maio de 2013, com o reconhecimento de firma naquele mês.

E mais. A fls. 287 há a ficha de implantação do plano de saúde, sendo a ré a titular, em que o réu estava na condição de seu dependente, inclusive com carimbo de 2014.

Ainda neste sentido, a ré juntou mensagens coerentes trocadas por WhatsApp com o falecido, em que se vê claramente que, a despeito de não residirem sob o mesmo teto - em virtude da necessidade de o falecido cuidar de sua mãe, que estava com Alzheimer - eles compartilhavam inúmeras despesas cotidianas (fls. 323/432).

E isto sem olvidar que, apesar de a ré ter tido um filho, antes, com terceiro, ele era tratado como filho pelo falecido, que dava mesada para o menor (fls. 443). Há, ainda, mensagem do falecido felicitando a ré pelo dia das mães, especialmente pelo fato de ela estar "*sempre cuidando do* ***nosso*** *Nenezao*" (g. n.) (fls. 398).

Também não auxiliam a tese das autoras as testemunhas por elas arroladas.

Isto porque, em relação à médica responsável pelo tratamento oncológico do falecido, ela deixou claro que, embora no início do tratamento ele ter se identificado como solteiro, J. não era aberto para falar de sua vida pessoal e ela não perguntava muito sobre a vida pessoal de pacientes.

O mesmo se dá em relação à testemunha S., que é o padre da igreja frequentada pelo falecido, tendo informado que este nunca mencionou possuir relacionamento, mas com a observação de que ele não conversava sobre questões íntimas, salvo em relação à mãe, que estava enferma, e em relação à sua própria doença.

Por fim, a testemunha C., arrolada pelas autoras, também disse que não sabe sobre questões pessoais do falecido, que era uma pessoa séria, sempre fa-

Acesso ao Sumário

lando da mãe, e que geralmente as conversas eram referentes ao consultório.

Neste contexto, conforme bem apontado na sentença, as testemunhas arroladas pelas autoras não mantinham convivência próxima com o falecido para saber sobre sua vida pessoal. Cuida-se de círculo muito restrito.

Em relação ao testemunho do padre, cabe acrescentar ser natural que a ré não frequente a igreja do falecido, visto que ela era de diferente religião. O que também foi confirmado por uma das testemunhas da ré, que disse que uma vez a convidou para ir à igreja, mas recusado o convite, afirmando a ré que "*não seria o ambiente que ela frequentava*".

Por outro lado, a testemunha C. informou que trabalhou em uma loja de roupas, sendo a ré e sua família seus clientes; que a ré frequentava o mesmo centro de umbanda que ela; que a ré apresentou o falecido como seu marido; que o falecido se referia à ré como sua esposa na loja, assim como ao filho desta como seu próprio filho.

A testemunha T. também disse que conheceu a ré aproximadamente em 2003, quando ela e o falecido eram ainda namorados; que a ré e o falecido foram padrinhos de seu casamento; que eram por ela vistos como um casal, sempre juntos; que sabe que a ré e o falecido estavam juntos até a morte deste.

No mais, a coabitação não é imprescindível para a configuração da união estável, especialmente no caso em questão, em que o falecido precisava ficar junto de sua mãe para efetuar seus cuidados da vida diária, uma vez que acometida de Alzheimer.

A propósito, conforme leciona Milton Paulo de Carvalho Filho, "*será diante das circunstâncias de cada caso concreto que se poderá reconhecer a união estável mesmo sem a coabitação do casal, estando presentes, entretanto, outros elementos que a configurem*" **(*Código Civil Comentado*, 12. Ed., Barueri (SP): Manole, 2018, p. 1962)**.

Ademais, o próprio tempo de relacionamento entre as partes permite concluir pela estabilidade do relacionamento, tudo aliado ao fato de que, reitere-se, o falecido compartilhava as despesas da ré - o que não se verifica usualmente em namoros - e considerava o filho desta como seu próprio filho.

Sendo assim, as autoras não infirmaram a força probatória da escritura pública de união estável, restando devidamente comprovada a existência da união estável.

No mais, certo de que na escritura em questão não apenas foi declarada pelas partes a existência de união estável, mas também foi feita a escolha do regime de bens, sendo por eles adotada a comunhão universal.

As autoras defendem a invalidade de tal disposição, visto que, em sua visão, acarretaria efeitos retroativos.

Sucede que, em primeiro lugar, questionável o interesse das autoras.

Isto porque ou será reconhecida a união estável e as autoras, na condição

Acesso ao Sumário

de irmãs, nada herdarão, considerando a ordem de vocação hereditária, independentemente do regime de bens adotado (art. 1829, III do CC); ou, caso não reconhecida a união estável, o próprio pacto seria ineficaz, dada a ausência de seu pressuposto.

De todo modo, não há propriamente a adoção expressa de efeitos retroativos.

O que consta na escritura é que o regime de comunhão universal foi escolhido pelos companheiros para vigorar durante a união, assim como que "*na constância da união estável, pelo regime da comunhão universal de bens doravante adotado, importa a comunicação de todos os bens, presentes e futuros inclusive dívidas. Os contratantes têm conhecimento de que haverá a comunicação dos bens em razão do regime adotado, mesmo que conste somente em nome de um deles*".

Pois, escolhido o regime da comunhão universal, é consequência necessária, a partir dela, a comunhão dos bens anteriores pertencentes de forma exclusiva a cada um, com exceção daqueles contidos no art. 1668 do CC.

A propósito, conforme lecionam Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias, reconhecendo ser a única hipótese de "efeitos retroativos" no contrato de convivência:

"*É importante observar, ainda, que tal negócio jurídico não produzirá efeitos retroativos (ex nunc), pois as relações jurídicas patrimoniais dos companheiros até a data da celebração do pacto estarão submetidas à regra geral do regime de comunhão parcial de bens. Isto é, todos os bens adquiridos até a data do contrato submetem-se à comunhão parcial, e os bens adquiridos do negócio em diante estarão regidos pelo regime escolhido pelas partes. Nesse ponto, releva destacar que o regime eleito pelos conviventes não pode subtrair os direitos conferidos pelo ordenamento jurídico.* ***Somente na hipótese de adoção do regime de comunhão universal é que o contrato produzirá efeitos retroativos, pois o referido regime produzirá a formação de um patrimônio único, inclusive quanto aos bens já possuídos anteriormente***" (g. n.) (***Curso de direito civil: famílias*****, 9. ed. rev. e atual - Salvador: Ed JusPodivm, 2016, p. 510**).

A conclusão semelhante também chegou recentemente a Corte Superior, posto que avaliando a alteração do regime de bens de casamento - que também é considerando irretroativo -, assentando que:

"*A eficácia ordinária da modificação de regime de bens é "ex nunc", valendo apenas para o futuro, permitindo-se a eficácia retroativa ("ex tunc"), a pedido dos interessados, se o novo regime adotado amplia as garantias patrimoniais, consolidando, ainda mais, a sociedade conjugal.*

A retroatividade será corolário lógico do ato se o novo regime for o da comunhão universal, pois a comunicação de todos os bens dos cônjuges, presentes e futuros, é pressuposto da universalidade da comunhão, conforme

Acesso ao Sumário

determina o art. 1.667 do Código Civil de 2002." (g. n.) **(REsp n. 1.671.422/SP, relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 25/4/2023, DJe de 30/5/2023)**

Por fim, o recurso prospera apenas para o fim de revogar a gratuidade concedida à ré.

Com efeito, como é sabido, a gratuidade pode e deve ser deferida mediante simples alegação de necessidade, recebido o artigo 4º da Lei 1060/50 e, agora, o art. 99, § 3º do CPC/2015, quando confrontado com a previsão do artigo 5º, LXXIV da CF/88 (v.g. **RTJ 165/367 e RSTJ 57/412**). Ou seja, presumida a necessidade da pessoa natural que a alega, para pleitear a gratuidade.

Certo que esta presunção seja relativa e, por isso, possa ser questionada, mesmo de ofício. Como ainda possa ser afastada por elementos que a infirmem.

Sucede que, conforme impugnação em réplica, a ré, por meio de inventário e partilha extrajudicial (fls. 44/49), obteve patrimônio considerável do varão. O monte mor foi avaliado em R$367.829,69 (fls. 47), contendo, ao lado de outros bens, duas contas poupança, uma com R$18.618,8, e outra com R$156.218,30, além de vários CDBs de importe menor.

Em suma, não se tem a situação de tantos quantos, no País, realmente não podem suportar as custas do processo sem prejuízo à sua subsistência, não se justificando a concessão da gratuidade.

Destarte, o recurso comporta provimento apenas para o fim de afastamento da gratuidade.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1004259-36.2023.8.26.0189, da Comarca de Fernandópolis, em que é apelante TELEFÔNICA BRASIL S.A., é apelada IRACI ROSA DA SILVA TEODORO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 26ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Apelação da ré não provida, parcialmente provida a da autora. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36286)**

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

São Paulo, 12 de junho de 2024.

MORAIS PUCCI, Relator

Ementa: Apelação cível. Telefonia. Ação declaratória de inexistência de débito cumulada com indenizatória

Acesso ao Sumário

por danos morais. Sentença de parcial procedência. Apelação de ambas as partes.
Autora que nega a contratação dos serviços. Cabia à operadora ré a prova da existência do contrato, até porque não se poderia exigir da autora a prova de que não contratou os serviços daquela. A ré, por sua vez, não comprovou a existência da relação jurídica. Declaração de inexigibilidade da dívida. Ilegítimo apontamento do nome da autora nos órgãos de proteção ao crédito, fato que gera dano moral. Majoração da verba indenizatória para R$ 10.000,00, com correção monetária a partir deste julgamento e juros moratórios de 1% ao mês a partir da data do primeiro apontamento restritivo.
Apelação da ré não provida, parcialmente provida a da autora.

VOTO

A r. sentença proferida a fls. 302/306 destes autos de ação declaratória de inexistência de débito cumulada com indenizatória por danos morais, movida por **IRACI ROSA DA SILVA TEODORO**, em relação a **TELEFÔNICA BRASIL S.A.**, julgou parcialmente procedente o pedido para declarar a inexigibilidade dos débitos apontados na inicial, com exclusão do nome da autora dos cadastros órgãos de proteção ao crédito e condenar a ré no pagamento de indenização por danos morais fixada em R$5.000,00, corrigida desde a prolação da sentença e acrescida de juros de mora de 1% ao mês a partir da citação; condenou a ré, também, no pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% do valor da condenação.

Apelaram ambas as partes.

A ré (f. 313/324) alegou que: (a) a contratação das linhas telefônicas foi comprovada pelos documentos juntados com a contestação, a saber, a tela de cadastro e o histórico de pagamento de fatura; (b) apesar de mencionar que reside em Fernandópolis, a autora possui domicílio eleitoral na cidade da Mira Estrela/SP, onde recebia as faturas do serviço de telefonia; (c) agiu no exercício regular do direito de cobrança, não sendo indevida a negativação; (d) ainda que o fosse, não há prova da ocorrência de danos morais indenizáveis; (e) diante da pequena complexidade da causa, os honorários de sucumbência devem ser reduzidos.

A autora (f. 329/334), por sua vez, pugnou pela majoração da indenização para R$20.000,00, com incidência de juros de mora a partir da inscrição indevida do débito, e pela majoração dos honorários de sucumbência para 20% do valor da condenação.

Acesso ao Sumário

As apelações, preparada a da ré (f. 325/326) e isenta a da autora de preparo, por ser beneficiária da assistência judiciária gratuita, foram contra-arrazoadas (f. 338/348 e 350/360).

É o relatório.

A sentença foi disponibilizada no DJE em 27/10/2023, considerando-se publicada no primeiro dia útil subsequente (fls. 309); as apelações, protocoladas em 22 e 23 de novembro daquele ano, são tempestivas.

A autora propôs a presente ação declaratória de inexistência de débito cumulada com indenizatória por danos morais, alegando que ao realizar uma compra parcelada, foi surpreendida com a notícia de que seu nome estava inserido em cadastro negativo dos órgãos de proteção ao crédito, sofrendo grande constrangimento; verificou que tal inscrição foi realizada pela empresa ré, sem que tivesse feito a contratação que deu origem aos débitos mencionados.

A r. sentença, considerando que a autora não reconhecia a dívida que deu origem à negativação de seu nome e que a ré não demonstrou a existência do contrato que fundamentou o débito, a licitude da cobrança e da inserção do nome da autora nos cadastros de órgãos de restrição ao crédito, acolheu os pedidos formulados na inicial.

Ambas as partes apelaram.

A autora negou a contratação dos serviços da ré.

Diante da negativa de contratação pela autora, cabia à operadora ré a prova da existência do contrato, até porque não se poderia exigir daquela a prova de que não contratou os serviços da requerida.

A ré, por sua vez, não conseguiu comprovar a existência de contrato entre as partes.

Não trouxe cópia dos documentos apresentados quando da contratação, ou comprovante de endereço, documentos esses que em regra são solicitados, independentemente da contratação ser presencial ou virtual.

As telas de cadastro apresentadas a fls. 57 inclusive ilustra endereço diverso daquele indicado pela autora na inicial e as faturas juntadas com a contestação foram enviadas para um endereço na cidade de Botucatu (f. 195/212, diverso, ainda, daquele mencionado pela ré como sendo o endereço do cadastro eleitoral da autora)

Os elementos existentes nos autos, portanto, não são suficientes para reconhecer que a ré comprovou a existência do contrato que fundamentou o débito e a licitude da cobrança, sendo de rigor a manutenção da declaração de inexigibilidade dos débitos.

Também, no que diz respeito à condenação da ré no pagamento de indenização por danos morais, foi comprovada a inscrição do nome da autora em órgão de restrição ao crédito (f. 32/35, 36/37).

Segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, nos casos de

Acesso ao Sumário

inscrição indevida de nome em cadastro de restrição ao crédito, o dano extrapatrimonial é considerado *in re ipsa*, ou seja, decorre dos próprios fatos que deram origem à propositura da ação, de modo que não é necessária a prova do prejuízo sofrido pelo autor da demanda.

Nesse sentido, confiram-se os seguintes precedentes: Quarta Turma, AgRg no AREsp n. 252.027/SP, relator Ministro Antonio Carlos Ferreira, DJe de 22/2/2013; Quarta Turma, AgRg no AREsp n. 246.959/RS, relator Ministro Luis Felipe Salomão, DJe de 11/12/2012; Terceira Turma, AgRg no AREsp n. 171.538/SP, relator Ministro Sidnei Beneti, DJe de 28/6/2012; e Terceira Turma, AgRg no Ag n. 1.387.520/SC, relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, DJe de 20/3/2012 (AREsp 460661, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJe 24/06/2014). Acerca do quantum indenizatório, o valor fixado na r. sentença, de R$5.000,00 não é excessivo.

Em casos de inscrição indevida em cadastros de inadimplentes, razoável se fixar a indenização em R$ 10.000,00, valor suficiente para a compensação do dano moral sofrido.

Esta C. Câmara já fixou, em casos parelhos, a indenização por danos morais em R$ 10.000,00, conforme precedentes infra

colacionados:

TELEFONIA. APELAÇÃO. Negativação. Ação declaratória de inexistência de débitos cumulada com indenização por danos morais. Sentença de procedência. Apelo da ré. Negativação indevida incontroversa, eis que reconhecida pela ré. Caso dos autos que revela dano à honra objetiva da autora, pessoa jurídica. Ofensa à honra objetiva que se caracteriza pelo fato de passar a ser vista, por terceiros, como descumpridora de suas obrigações. Dano moral configurado. Quantum indenizatório mantido em R$ 10.000,00, valor que condiz com a extensão do dano e com os critérios de razoabilidade e proporcionalidade. Sentença mantida. Apelo desprovido. (TJSP; Apelação Cível 1000073-75.2018.8.26.0146; Relator (a): Carlos Dias Motta; Órgão Julgador: 26ª Câmara de Direito Privado; Foro de Cordeirópolis - Vara Única; Data do Julgamento: 20/11/2020; Data de Registro: 20/11/2020)

PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE DÉBITO C.C. PEDIDO INDENIZATÓRIO. Cobrança indevida. Inclusão do nome do requerente nos serviços de proteção ao crédito. Dano moral "in re ipsa". Quantificação. Princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Majoração da quantia fixada em primeiro grau para R$ 10.000,00. RECURSO DA RÉ DESPROVIDO - RECURSO DO AUTOR PROVIDO. (TJSP; Apelação Cível 1088163-64.2022.8.26.0002; Relator (a): Antonio Nascimento; Órgão Julgador: 26ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional II - Santo Amaro - 7ª Vara Cível; Data do Julgamento: 27/10/2023; Data de Registro: 27/10/2023)

Assim, majora-se o valor da indenização para R$ 10.000,00 (dez mil reais). A indenização deverá ser corrigida monetariamente pelos índices da tabe-

Acesso ao Sumário

la prática deste Tribunal desde este julgamento (Súmula 362 do STJ) e acrescida de juros moratórios de 1% ao mês a partir data da primeira inscrição indevida, considerando a ausência de comprovação da relação jurídica entre as partes (Súmula 54 do STJ).

Quanto à verba honorária, fica mantida a r. sentença que a fixou em 10% do valor da condenação, quantia suficiente para remunerar dignamente o trabalho desenvolvido pelo patrono da autora; essa verba, conduto, é majorada para 15% nesta instância, com fulcro no art. 85, §11, do CPC, diante do não provimento do recurso da ré.

Por tais motivos, nego provimento à apelação da ré e dou parcial provimento à da autora.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1023896-97.2020.8.26.0602, da Comarca de Sorocaba, em que é apelante LUCIANA MARTINATTI PEREIRA, é apelado JJ SÃO BENTO EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA.

ACORDAM, em 15ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U. Sustentou oralmente a advogada Ana Lucia De Milite OAB/SP 283.316, pela apelante.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32649)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RAMON MATEO JÚNIOR (Presidente) e MENDES PEREIRA.

São Paulo, 11 de junho de 2024.

ACHILE ALESINA, Relator

Ementa: AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO COM REINTEGRAÇÃO DE POSSE E INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS - R. sentença que julgou parcialmente a presente demanda (processo nº 1023896-97.2020.8.26.0602) e improcedente a ação em apenso (processo nº 1032258-88.2020.8.26.0602) - Recurso da ré.

CLÁUSULA PENAL - Partes que firmaram Compromisso de Compra e venda de lote de terreno - Rescisão do contrato diante do inadimplemento - Pretensão da ré em declarar abusividade com relação a cláusula 16ª que prevê cláusula penal de 20% sobre o preço total

Acesso ao Sumário

do contrato, pretendendo a retenção em 10% sobre o valor pago - Parcial acolhimento - Lei nº 13.786/18 que não se aplica ao caso concreto - Penalidades previstas no contrato que devem ser analisadas sob o enfoque consumerista - Abusividade da cláusula penal - Observância que importaria na perda de quase a totalidade dos valores adimplidos - Extrema desvantagem ao consumidor - Cláusula penal que deve ser mediante a retenção no importe de 20% sobre os valores pagos (e não sobre o valor total do contrato) - Quantia que se mostra razoável e condizente para mitigar e compensar a parte ré pelos seus gastos administrativos - Precedentes do STJ, desta E. Corte e desta E. Câmara - Restituição do saldo residual do valor pago que deve ser em parcela única - Súmula 543 do STJ - Sentença reformada - Recurso parcialmente provido.
DESPESAS DO IMÓVEL - Direito da parte autora abater, os valores a serem restituídos à parte ré a título de IPTU, taxa associativa e eventuais tarifas de água e energia elétrica, no período compreendido entre a outorga da posse e a rescisão contratual - Previsão contratual expressa - Precedente desta E. Câmara - R. sentença mantida - Recurso não provido.
PROCESSO EM APENSO JULGADO EM CONJUNTO - Ação ajuizada pela ré a fim de ser declarada abusividade da cláusula 16ª, com retenção de 10% dos valores pagos e restituição de valores (processo nº 1032258-88.2020.8.26.0602) - R. sentença que julgou improcedente a demanda - Reforma do julgado, diante da abusividade constatada da cláusula 16ª do contrato firmado entre as partes, porém, com retenção em 20% dos valores pagos, nos termos fundamentados - Sentença reformada para ser julgado parcialmente procedente o processo em apenso - Recurso parcialmente provido.
SUCUMBÊNCIA - Revista, de ambas as ações.
DISPOSITIVO - Recurso parcialmente provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Recurso à sentença de fls. 425/431, proferida pelo MM. Juiz de Direito da 5ª Vara Cível do Foro de Sorocaba, Dr. Pedro Luiz Alves de Carvalho que,

nos autos da ação de rescisão de contrato cumulada com reintegração de posse ajuizada pela apelada, julgou parcialmente procedente o processo nº 1023896-97.2020.8.26.0602, para declarar rescindido o contrato entre as partes, determinar a reintegração da autora na posse do imóvel e condenar a ré no pagamento da cláusula penal prevista na cláusula 16ª do contrato de 20% (vinte por cento) sobre o valor total do contrato, com incidência de correção monetária pela Tabela do Tribunal de Justiça a partir da data do inadimplemento, e juros de mora de 1% ao mês a partir da citação, CONDENAR a ré no pagamento de todos os impostos e despesas inerentes ao imóvel, como taxas associativas, IPTU, consumo de água, energia elétrica, multas e infrações desde a data do contrato, em 12 de setembro de 2017 até a data da efetiva desocupação e reintegração da autora na posse, e extinguiu o processo nos termos do artigo 487, inciso I do Novo Código de Processo Civil.

Em razão da sucumbência condenou a ré ao pagamento de custas e despesas processuais e honorários advocatícios que fixo em 15% do valor da condenação, observados o artigo 98, § 3º. do Novo Código de Processo Civil.

Com relação ao processo nº 1032258-88.2020.8.26.0602, em apenso, ajuizada pela apelante em face da empresa apelada, julgou improcedente a demanda e extinguiu o feito, nos termos do artigo 487, I, do CPC, condenando a autora ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios arbitrados em 15% do valor atualizado da causa, observadas as benesses da gratuidade da justiça.

Embargos de declaração opostos pela autora às fls. 433/454.

Recorre a autora pretendendo a reforma do julgado, trazendo argumentos que entende socorrer seu posicionamento.

Recurso bem processado (fls. 462/476) sem apresentação de contrarrazões.

Oposição ao julgamento virtual pela autora (fls. 484) e pela empresa ré (fls. 486).

É o relatório.

Trata-se de "ação de rescisão do contrato de compromisso de venda e compra de imóvel cumulada com reintegração de posse e indenização por perdas e danos" ajuizada pela apelante em face da empresa apelada.

Alega a autora na inicial em síntese que em 12 de setembro de 2017 celebrou com a ré contrato de compromisso de venda e compra de imóvel, tendo por objeto o lote 51, da quadra B06, do empreendimento imobiliário denominado Parque Residencial Horto Florestal Villagio, matrícula nº 160.341, do 1º CRIA local, pelo valor de R$ 165.018,00, para pagamento parcelado.

Afirma que a posse do imóvel foi entregue provisoriamente e a título precário à ré na data da contratação. Alega que a ré deixou de efetuar o pagamento das parcelas devidas, estando inadimplente com o contrato firmado entre

Acesso ao Sumário

as partes.

Afirma que o sinal supostamente pago deverá ser revertido em favor da autora, pois além de plenamente legal, foi estabelecido de forma proporcional. Postula a rescisão contratual, a perda do sinal mais cláusula penal no percentual de 20% (vinte por cento) sobre o valor total do contrato, indenização decorrente do período de fruição do imóvel/aluguel no percentual de 1% ao mês sobre o valor total do contrato, o pagamento de todas as despesas atinentes a impostos e taxas associativas, a partir da celebração do contrato até a concreta e efetiva reintegração de posse, seja declarada a perda de todas as eventuais benfeitorias/acessões implementadas no imóvel, excluindo-se o direito de retenção, afastar a incidência de correção monetária e juros sobre os valores pagos.

Decisão às fls. 186 dando por válida a citação da empresa ré.

Certidão informando o decurso do prazo para apresentação de contestação (fls. 192).

A ré compareceu aos autos apresentando manifestação (fls. 195/200) e documentos (fls. 201/214).

Nos autos em apenso, processo nº 1032258-88.2020.8.26.0602 ajuizado por Luciana Martinatti Pereira em face de JJ São Bento Empreendimentos Imobiliários Ltda, a parte autora postula a declaração de nulidade da cláusula 16ª do instrumento particular de compromisso de venda e compra e condenação da ré na devolução do valor de R$ 28.844,66, o qual já contempla a retenção de 10% do valor pago.

Decisão (fls. 321/322) reconhecendo a conexão com o processo nº 1023896-97.2020.8.260602 e determinando sua remessa à 5ª Vara Cível.

Acórdão em Agravo de Instrumento (fls. 397/403) não conhecendo do recurso.

A r. sentença singular julgou parcialmente procedente o processo nº 1023896-97.2020.8.26.0602 e improcedente a demanda com relação ao processo 1032258-88.2020.8.26.0602, em apenso, nos termos já expostos.

Recorre a autora alegando em síntese que, por motivos alheios à sua vontade, restou inadimplente com relação ao contrato de financiamento de imóvel realizado junto à ré, a qual reteve integralmente a quantia paga, sendo desproporcional e desarrazoado.

Aponta pela abusividade da cláusula 16ª do contrato, por deixar a autora em excessiva desvantagem em relação à empresa vendedora, devendo ser considerada nula.

Discorre sobre a abusividade com relação a cláusula penal equivalente a 20% sobre o preço total atualizado da alienação.

Sustenta pela possibilidade de retenção de apenas 10% sobre os valores adimplidos.

Assinala que a recorrente foi condenada ao pagamento das taxas asso-

Acesso ao Sumário

ciativas devidas à Associação dos Moradores do Condomínio Horto Florestal, além dos tributos e taxas, porém, discorre sobre a impossibilidade de se pleitear direito alheio em nome próprio.

Afirma que não houve a imissão na posse e a efetiva ocupação do lote de terreno, sendo indevido o pagamento de IPTU.

Entende pela improcedência do processo nº 1023896-97.2020.8.26.0602 e a procedência do processo nº 1032258-88.2020.8.26.0602 em apenso, a fim de declarar a abusividade da cláusula 16ª do Contrato de Venda e Compra firmado em 2017 e condenar a ré a devolver a quantia de R$ 28.844,66, o qual já contempla a retenção de 10%.

Requer a reforma.

O recurso comporta parcial provimento.

Na hipótese dos autos as partes firmaram Instrumento Particular de Compromisso de Compra e Venda, em 12/09/2017, tendo por objeto o lote nº 51, da quadra B06 do empreendimento imobiliário denominado "Jardim Residencial Horto Florestal Villagio", mediante pagamento parcelado (fls. 54/66).

Constata-se nos autos que a parte ré, ora apelante, não apresentou contestação, conforme certidão de fls. 192.

Pois bem.

Cláusula Penal:

Com efeito, discute-se nos autos sobre a regularidade da cobrança estipulada na cláusula 16 prevista no contrato firmado entre as partes, que estabelece:

> **"DA RESCISÃO:**
> **CLÁUSULA 16 - Na hipótese da VENDEDORA pleitear a resolução do contrato e a retomada do imóvel ora compromissado, em razão do inadimplemento do(s) COMPROMISSÁRIO(A)(S) COMPRADOR(A)(ES), ser-lhe-á(ão) cobrado(s) o equivalente a 20% (vinte por cento) sobre o preço total atualizado da alienação, a título de cláusula penal, ficando vedada a cobrança cumulativa da multa descrita nesta cláusula e das despesas de corretagem, tributárias e com publicidade." (g.n.).**

A apelante sustenta pela abusividade desta cláusula, uma vez que resta a possibilidade de retenção de apenas 10% sobre os valores adimplidos.

Com parcial razão.

Com efeito, conforme mencionado, a r. sentença singular condenou a ré, apelante ao pagamento da **cláusula penal de 20% sobre o valor total do contrato**, com correção a partir da data do inadimplemento e juros de mora de 1% ao mês da citação.

Na hipótese dos autos, resta pela inaplicabilidade da Lei nº 13.786/18, uma vez que o contrato em discussão foi firmado antes da entrada da referida lei em vigor (12/09/2017 - fls. 65).

No entanto, a aplicação das disposições contratuais (20% sobre o valor

Acesso ao Sumário

total do contrato) ensejaria na perda de quase a totalidade da quantia paga pela promitente adquirente, resultando em perda excessiva dos valores desembolsados, o que não se pode admitir.

Ora, a cláusula 16ª, acima mencionada, se mostra excessivamente onerosa e desarrazoável ao consumidor, sendo nula de pleno direito, na conformidade dos artigos 46, 51, IV e § 1º, II, do Código de Defesa do Consumidor e 424 do Código Civil.

"Art. 46. Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance."

"Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

(...)

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade; (...)

§ 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que:

I - ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence;

II - restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual; III se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso."

"CC, Art. 424. Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio."

Nesse sentido, a doutrina estabelece:

"O § 1º do artigo 51 há que ser lido em conjunto e complementando a cláusula geral do artigo 51, IV. Em verdade, o § 1º explica a expressão "desvantagem exagerada" para o consumidor, que é utilizada no artigo 51, IV, ao lado de expressões mais consagradas, como boa-fé e equidade. A cláusula geral define como iníquas os abusivas as cláusulas "que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada. As linhas mestras do § 1º são: I não ofender aos princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence; II não restringir direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual; III não se mostrar excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e o conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso". (Comentários ao Código de Defesa do Consumidor, Cláudia Lima Marques, Antonio Herman V. Benjamin e Bruno Miragem, 3ª ed, RT).

Acesso ao Sumário

E não havendo interesse na manutenção do contrato, é permitido ao compromissário comprador requerer a rescisão do contrato e reaver as quantias pagas, admitida a compensação com os débitos de responsabilidade do comprador, como impostos e taxas.

Nesse sentido, quanto ao valor a ser descontado pela rescisão do contrato de compra e venda por culpa do promitente comprador, o E. Superior Tribunal de Justiça tem adotado como parâmetro a porcentagem de retenção entre 10% e 25% **sobre o valor pago** e não sobre o valor total do contrato, o que ensejaria abusividade.

Confira-se:

"A rescisão de um contrato exige que se promova o retorno das partes ao status quo ante, sendo certo que, no âmbito dos contratos de promessa de compra e venda de imóvel, em caso de rescisão motivada por inadimplência do comprador, a jurisprudência do STJ se consolidou no sentido de admitir a retenção, pelo vendedor, de parte das prestações pagas, como forma de indenizá-lo pelos prejuízos suportados, notadamente as despesas administrativas havidas com a divulgação, comercialização e corretagem, o pagamento de tributos e taxas incidentes sobre o imóvel e a eventual utilização do bem pelo comprador. 2. O percentual de retenção - fixado por esta Corte entre 10% e 25% - deve ser arbitrado conforme as circunstâncias de cada caso. (STJ, REsp 1.224.921/PR, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 26/04/2011) (g.n.).

"Os termos da rescisão contratual serão regidos pela Súmula n. 543/STJ, segundo a qual, "na hipótese de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel submetido ao Código de Defesa do Consumidor, deve ocorrer a imediata restituição das parcelas pagas pelo promitente comprador - integralmente, em caso de culpa exclusiva do promitente vendedor/construtor, ou parcialmente, caso tenha sido o comprador quem deu causa ao desfazimento". No caso, considerando a responsabilidade exclusiva dos adquirentes pela rescisão da avença, a Corte de origem fixou o percentual em 25% (vinte e cinco por cento) das quantias pagas. Tal solução não destoa da jurisprudência desta Corte Superior, motivo pelo qual é inafastável a Súmula n. 83/STJ (AgInt no REsp n. 1.985.686/RJ, relator Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 23/3/2023, DJe de 28/3/2023) (g.n.).

"Ação de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel. A jurisprudência do STJ se firmou no sentido de que deve prevalecer o percentual de 25% (vinte e cinco por cento) de retenção na rescisão de contrato de compra e venda de imóvel, por desistência do comprador, anterior à Lei 13.786/2018, por ser montante adequado e suficiente para indenizar o construtor das despesas gerais e do rompimento unilateral do contrato. Julgado da Segunda

Acesso ao Sumário

Seção" (AgInt no REsp n. 1.959.759/RS, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 2/5/2022, DJe de 4/5/2022) (g.n.).

"A Segunda Seção do STJ, ao apreciar o REsp 1.723.519/SP (Relatora Ministra ISABEL GALLOTTI), reafirmou o entendimento de que, nas hipóteses de rescisão de contrato de promessa de compra e venda de imóvel por conveniência do comprador, ausente qualquer peculiaridade na apreciação da razoabilidade da cláusula penal contida nos contratos firmados antes da Lei 13.786/2018, deve prevalecer o percentual de retenção de 25% (vinte e cinco por cento) dos valores pagos pelo adquirente, conforme anteriormente estabelecido no julgamento dos EAg 1.138.183/PE (Relator Ministro SIDNEI BENETI, DJe de 4.10.2012), por ser adequado e suficiente para indenizar o construtor incorporador das despesas gerais realizadas e do rompimento unilateral imotivado do contrato" (AgInt no AREsp n. 2.018.173/RJ, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 11/4/2022, DJe de 19/4/2022) (g.n.).

"No caso, a Corte de origem fixou o percentual em 25% (vinte e cinco por cento) das quantias pagas, patamar máximo admitido pela jurisprudência desta Corte Superior. Inafastável a Súmula n. 83/STJ" (AgInt no AREsp n. 1.948.921/RJ, relator Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 4/4/2022, DJe de 8/4/2022) (g.n.).

Ademais, a taxa de retenção fixada em 20% **sobre os valores pagos** é recorrentemente fixada por este Colegiado em casos análogos, conforme se depreende dos seguintes julgados recentes:

"APELAÇÃO. COMPRA E VENDA. Rescisão por desistência do comprador. Sentença de procedência que determinou a restituição de 90% dos valores pagos. Inconformismo do réu. Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor. Contrato firmado já na vigência da Lei nº 13.786/2018. Aplicabilidade. Pedido de retenção de 10% sobre o valor total do contrato a título de cláusula penal. Aplicação que geraria retenção de, aproximadamente, 30,5% dos valores pagos. Abusividade. Majoração da retenção para 20% dos valores pagos que se mostra adequada. Precedentes. Indenização pela fruição do imóvel. Não cabimento. Posse precária. Incabível indenização pelo período de ocupação do imóvel por se tratar de loteamento de terreno sem edificação, em que o adquirente não fruiu da posse. Precedentes. Apelo parcialmente provido." (TJSP; Apelação Cível 1000818-50.2022.8.26.0458; Relator (a): Hertha Helena de Oliveira; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Privado; Foro de Piratininga - Vara Única; Data do Julgamento: 27/03/2024; Data de Registro: 27/03/2024) (g.n.).

"APELAÇÃO CÍVEL. COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA. RESCISÃO UNILATERAL. Sentença de parcial procedência para condenar a requerida a restituir os valores pagos, retendo 20%. Irresignação

Acesso ao Sumário

da ré. Penalidades previstas no contrato que devem ser analisadas sob o enfoque consumerista. Abusividade da cláusula penal. Observância que importaria no perdimento da quase totalidade dos valores adimplidos. Extrema desvantagem ao consumidor que foi corretamente afastada. Fixação da retenção no importe de 20% sobre os valores pagos que se mostra razoável e condizente para mitigar e compensar a parte ré pelos seus gastos administrativos. Possibilidade, no entanto, de que seja descontado do valor a ser restituído aos autores todas as despesas em aberto e relacionadas ao imóvel (dívidas propter rem) após a efetiva imissão na posse dos autores e até sua desocupação. Taxa de fruição indevida, uma vez que, de acordo com a jurisprudência do STJ, "na hipótese de desfazimento de contrato de promessa de compra e venda de terreno não edificado por interesse exclusivo dos adquirentes, é indevida a condenação dos consumidores ao pagamento de taxa de ocupação/fruição" (AgInt no REsp n. 1.941.068/SP, Relator Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/9/2021, DJe 29/9/2021). Sentença parcialmente reformada. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO." (TJSP; Apelação Cível 1012567-81.2021.8.26.0011; Relator (a): Rodolfo Pellizari; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional XI - Pinheiros - 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 11/03/2024; Data de Registro: 11/03/2024) (g.n.).

E o entendimento desta E. Câmara:

"APELAÇÃO. COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA. RESCISÃO. CULPA DA ADQUIRENTE. CONSTATADA ABUSIVIDADE CONTRATUAL QUANTO À RETENÇÃO DE VALORES. PERTINÊNCIA DA MINORAÇÃO DO QUANTO ESTABELECIDO EM CONTRATO, MAS OBSERVADO O PATAMAR DE RETENÇÃO DE 20%. INTELIGÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. 1. Parte do recurso atinente à incidência de juros de mora a partir do trânsito em julgada não conhecida. Inexistência de interesse recursal, já que a sentença determinou a incidência pleiteada. 2. Julgamento extra ou ultra petita. Inocorrência. O tema relativo à corretagem constou do pedido inicial. 3. Valor da causa. Matéria preclusa. De todo modo, não constatado prejuízo às rés por conta da manutenção do valor da causa tal qual lançado na inicial. 4. Mérito. Pretensão da autora à rescisão do contrato, aliada à devolução de 90% do valor adimplido. Sentença que revogou cláusulas contratuais consideradas abusivas e determinou a restituição de 90% do total pago pela autora. Modificação para majorar o percentual de retenção para 20%. Importância que se mostra mais adequada, diante do quantum despendido, a reparar razoavelmente os prejuízos experimentados pelas rés em razão da rescisão do contrato. Resolvido o contrato de compromisso de compra e venda, a compromissária compradora tem direito à restituição do valor pago, mas deve arcar com os danos, mediante

Acesso ao Sumário

aquela retenção em favor as rés. Afastados os índices prefixados na cláusula penal porque abusivos. Sucumbência. Reconhecida a sucumbência recíproca: igual distribuição entre a autora, de um lado, e as rés, de outro, das despesas processuais; e cada parte litigante deverá pagar à outra os honorários advocatícios de R$ 2.000,00 (dois mil reais), nos termos do art. 85, §§ 8º e 11, combinado com o art. 86, caput, do CPC. Recurso da ré provido em parte, exclusivamente para majorar o patamar de retenção dos valores pagos para 20%, além de reconhecer a ocorrência de sucumbência recíproca. Recurso parcialmente provido na parte conhecida." (TJSP; Apelação Cível 1024916-06.2018.8.26.0405; Relator (a): Elói Estevão Troly; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Privado; Foro de Osasco - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 05/02/2020; Data de Registro: 05/02/2020) (g.n.).

Com isso, deve ser modificada a r. sentença singular, para determinar a retenção pela ré de 20% do valor pago pela parte autora, valor mais condizente para mitigar e compensar a ré pelos seus gastos administrativos, nos termos expostos.

O valor residual da quantia paga pela parte ré, deve ser restituída em parcela única, corrigidos monetariamente, a partir do desembolso, e acrescidos dos juros legais, a partir do trânsito em julgado, nos termos da Súmula nº 543 do Superior Tribunal de Justiça e da Súmula

n. 2 deste Tribunal:

"A devolução das quantias pagas em Contrato de Compromisso de Compra e Venda de Imóvel deve ser feita de uma só vez, não se sujeitando à forma de parcelamento prevista para a aquisição".

Recurso parcialmente provido.

Despesas do imóvel:

Por outro lado, **a r. sentença condenou a ré ao pagamento de todos os impostos e despesas inerentes ao imóvel, como taxas associativas, IPTU, consumo de água, energia elétrica, multas e infrações desde a data do contrato, em 12 de setembro de 2017 até a data da efetiva desocupação e reintegração da autora na posse** (fls. 430).

No que diz respeito a eventuais débitos de IPTU incidentes sobre o lote enquanto na posse da ré apelante, o entendimento jurisprudencial é no sentido de permitir sua retenção pela autora, ante o inadimplemento da ré no cumprimento de suas obrigações.

Assim, possível a compensação desde que devidamente comprovado o débito e o respectivo pagamento pela autora e que sejam posteriores à transmissão da posse direta do lote ao adquirente.

As cláusulas 4ª e 6ª do contrato estabelecem (fls. 56):

"Cláusula 4ª - O(A,S) COMPRADOR(A,ES) responde(m) pelo pagamento dos impostos, taxas, inclusive as associativas, e quaisquer

Acesso ao Sumário

outros encargos que recaiam ou venham a recair sobre o Lote, cuja posse tenha sido transferida, à VENDEDORA, ou à entidade autorizada a operar no Sistema de Financiamento Imobiliário - SFI, indicada pela VENDEDORA, até a data em que for imitida na posse."

"Cláusula 6ª - A posse direta do imóvel ora compromissado é transmitida, neste ato, ao(s) COMPROMISSÁRIO(A)(S) COMPRADOR(A)(ES), em caráter provisório, até o cumprimento pleno do contrato - hipótese em que será outorgada a escritura definitiva de venda e compra - ou sua rescisão, por eventual inadimplemento, devendo este defendê-lo de qualquer ameaça, turbação ou esbulho em referida posse, adotando, por sua conta e risco, todas as providências, úteis e necessárias, para este fim, inclusive de natureza policial e judicial, bem como comunicar desde logo à PROMITENTE VENDEDORA tal ocorrência, mediante carta enviada pelo Registro de Títulos e Documentos."

A propósito entendimento desta E. Câmara:

"AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL (LOTE URBANO) C.C. REINTEGRAÇÃO DE POSSE E COBRANÇA - Ação movida pela vendedora, ante o descumprimento contratual da compradora, que se tornou inadimplente - Parcial procedência para declarar rescindido o contrato de compra e venda, a partir da citação, reintegrar a autora na posse do imóvel e possibilitar que a autora retenha a seu favor 25% dos valores pagos pela ré, para ressarcimento de encargos e despesas suportados no empreendimento - Apelo da autora, postulando a condenação da ré (compradora) ao pagamento de taxa de fruição, IPTU, multa de 10% sobre o valor do contrato e comissão de corretagem - TAXA DE FRUIÇÃO: Descabimento, pois o imóvel comercializado se trata de um terreno sem qualquer edificação (art. 32-A da Lei 6.766/79, acrescida pela Lei 13.786/18) - Informativo 718 do C. STJ - IPTU: Tributo que deve ser suportado pela compradora e pode ser retido pela autora - COMISSÃO DE CORRETAGEM: exegese de entendimento do STJ em sede de recursos repetitivos - Possibilidade de retenção - MULTA de 10% sobre o valor atualizado do contrato que representa dupla indenização pelo mesmo fato e deve ser afastada - Sentença parcialmente modificada - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO." (TJSP; Apelação Cível 1002980-60.2022.8.26.0541; Relator (a): Ramon Mateo Júnior; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Privado; Foro de Santa Fé do Sul - 3ª Vara; Data do Julgamento: 12/01/2024; Data de Registro: 12/01/2024) (g.n.).

E no que se refere as demais despesas, como as taxas associativas, o contrato entabulado entre as partes estabele nas Cláusulas 11 e 16, Parágrafo 1º, o seguinte (fls. 60 e 62):

"Cláusula 11º - Serão de inteira responsabilidade do(s) COMPROMISSÁRIO(A)(S) COMPRADOR(A)(ES), à partir da data da assinatu-

Acesso ao Sumário

ra deste instrumento, todas as determinações ou exigências atuais ou que venham a ser estabelecidas pelas autoridades públicas, como tributos ou encargos, tais como impostos, taxas, emolumentos, multas e contribuições de qualquer valor que recaírem ou venham a recair sobre o terreno compromissado, bem como sobre as benfeitorias nele existentes, ou ainda os que vierem a ser criados, incluindo acréscimos dos já existentes, quer sejam federais, estaduais ou municipais, que deverão ser pagos, nos seus vencimentos, junto aos órgãos recebedores, mesmo que estejam lançadas em nome da PROMITENTE VENDEDORA, caso em que poderá esta proceder a retificação do lançamento junto ao órgão pertinente, ou pagar a importância devida, para em seguida receber do COMPROMISSÁRIO(A)(S) COMPRADOR(A)(ES) o total das importâncias desembolsadas, inclusive a outros títulos, juntamente com a próxima prestação mensal a vencer ou à vista."

"Cláusula 16

Parágrafo 1º - [...] No caso de rescisão contratual, a restituição somente será realizada após o desconto de todos os débitos de responsabilidade do(s) COMPROMISSÁRIO(A)(S) COMPRADOR(A)(ES), especialmente imposto, taxas associativas, de consumo, despesas de fruição, cláusulas penais, despesas de corretagem, administrativas e de publicidade, honorários advocatícios (inclusive de sucumbência) e demais débitos previstos em contrato e/ou descrito em sentença, ficando a PROMITENTE VENDEDORA expressamente autorizada a reter os valores pagos até a data da rescisão." (g.n.).

Dessa forma, os valores devidos a título de IPTU, taxa associativa e eventuais tarifas de água e energia elétrica devem ser restituídos/abatidos pela ré apelante à empresa autora, ora apelada, nos exatos termos da r. sentença singular.

Nesse sentido, o entendimento desta E. Câmara:

"Apelação - Ação de rescisão de contrato c/c restituição de valores- Compromisso de compra e venda de lote de terreno- Sentença de parcial procedência para reconhecer a prescrição e, em consequência, em relação à corré PEDRO LOPES ARNÁ EPP, PLA IMÓVEIS, extinguindo o processo quanto ao pedido de devolução da comissão de corretagem; e, quanto ao remanescente da pretensão inicial, resolvendo o mérito nos termos do art. 487, inciso I, do CPC, em relação às corrés CENTRAL PARK e LEGACY, julgando parcialmente procedentes os pedidos para: a) declarar rescindido o contrato celebrado entre os autores e as citadas requeridas; b) condenar as mencionadas rés a restituírem aos requerentes, em uma única parcela, o percentual referente a 80% do valor por eles pago para aquisição do imóvel, corrigido monetariamente pelos índices da Tabela do E. TJSP, desde cada desembolso, e com juros de mora de 1% ao mês, a partir do trânsito em julgado. Diante da sucumbência recíproca, requerentes e requeridas CENTRAL PARK e LEGACY arcarão com

Acesso ao Sumário

as custas e despesas processuais, 50% para cada polo da ação. As rés CENTRAL PARK e LEGACY também arcarão com os honorários advocatícios da parte autora, que fixo em 10% do valor da condenação, enquanto os requerentes arcarão com os honorários advocatícios das referidas rés, que arbitro em 10% do valor atribuído à causa. Arcarão, ainda, os autores com os honorários dos advogados da requerida PEDRO LOPES ARNÁ EPP, PLA IMÓVEIS, estes fixados em 20% sobre o montante que sucumbiram do pedido relativo à comissão de corretagem. Quanto aos autores, deverá ser observada a gratuidade de justiça que lhes foi concedida. Portanto, conheço dos embargos de declaração e acolho-os para integrar a sentença, a fim de reconhecer o direito das requeridas de compensar/abater, dos valores a serem restituídos aos requerentes (item "b" do dispositivo de fls. 333), os valores devidos a título de IPTU, taxa associativa e eventuais tarifas de água e energia elétrica, no período compreendido entre a outorga da posse e a rescisão contratual. Após, decorridos 30 dias do pagamento integral desses valores, e somente depois de estabilizada a sentença, depois do julgamento de eventuais recursos com efeito suspensivo pela E. Instância Superior, poderá operar-se a restituição do imóvel às rés, mediante sua imissão na posse, instaurando-se para tanto, se necessário, incidente cumprimento de sentença. Portanto, conheço dos embargos de declaração e acolho-os, em parte, para suprir a omissão apontada, nos termos acima. Apelam os autores e a empresa Legacy Incorporadora Ltda. Indenização benfeitorias - Pugnam os autores pelo reconhecimento de seu direito à indenização de benfeitorias e acessões introduzidas no lote - Descabimento - Compromisso de compra e venda para aquisição de lote, só são indenizáveis benfeitorias necessárias e úteis, se regulares ou regularizáveis perante a Municipalidade Precedentes do STJ. Taxa de fruição - Pretensão de imputação aos autores de taxa de fruição- Descabimento - Contrato que teve por objeto um lote sem benfeitorias, o que afasta a fruição econômica do bem. Abusividade de cláusula evidenciada. Precedentes do STJ. Honorários majorado de 10% para 12% sobre o valor da condenação, a teor do disposto no artigo 85, parágrafo 11 do CPC, observada a gratuidade da justiça. Apelos desprovidos." (TJSP; Apelação Cível 1013541-21.2021.8.26.0011; Relator (a): Ramon Mateo Júnior; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional XI - Pinheiros - 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 05/12/2023; Data de Registro: 07/12/2023).

Recurso não provido.

Assim, deve ser reformada a r. sentença singular, para que a cláusula penal seja mediante retenção de 20% sobre o valor pago pela autora (e não sobre o valor total do contrato), mantida a condenação da ré ao pagamento das despesas inerentes ao imóvel, com relação ao processo nº 1023896-97.2020.8.26.0602.

Acesso ao Sumário

O processo nº 1032258-88.2020.8.26.0602, em apenso, ajuizado por Luciana em face de JJ São Bento, deve ser julgada parcialmente procedente, visto que a parte autora pretendia a nulidade da cláusula 16ª do contrato e retenção de 10% do valor pago e restituição de quantia, restando acolhida parcialmente a sua pretensão a fim de determinar a retenção de 20% do valor pago e restituição do saldo residual, nos termos expostos.

Diante da reforma da r. sentença singular, deve ser revista a disciplina de sucumbência.

Com relação ao processo nº 1023896-97.2020.8.26.0602, constata-se sucumbência recíproca, devendo as partes arcar proporcionalmente com o pagamento das custas e despesas processuais, bem como a parte autora deve arcar com os honorários advocatícios da parte adversa arbitrados em 10% da quantia que deverá ser restituída à parte ré, bem como a ré arcar com honorários advocatícios arbitrados sobre o valor de 20% de retenção sobre o valor pago, referente a cláusula penal, nos termos do artigo 85, §2º, do CPC, observadas as benesses da gratuidade da justiça.

E no que se refere ao processo nº 1032258-88.2020.8.26.0602, tem-se que a parte autora saiu-se sucumbente em parte mínima de sua pretensão, devendo ser condenada a parte ré na integralidade das custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios arbitrados em 10% do valor da causa, nos termos do artigo 85, §2º, do CPC.

Diante do exposto, **DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000458-70.2023.8.26.0009, da Comarca de São Paulo, em que é apelante BANCO BRADESCO S/A, é apelado HANILTON FRIGO (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 23ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por votação unânime, negaram provimento ao recurso", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 11.425)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOSÉ MARCOS MARRONE (Presidente sem voto), TAVARES DE ALMEIDA e JORGE TOSTA.

São Paulo, 13 de junho de 2024.

FÁTIMA GOMES, Relatora

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL - Ação de declaração de nulidade de negócio jurídico cumulada com inde-

nizatória por danos morais - Parcial procedência da ação - Recurso da parte ré - Alegações de ausência de ato ilícito - Inadmissibilidade - Direito do consumidor aplicável - Súmula 297 do STJ - Falha do banco réu em notificar previamente o autor sobre o encerramento da conta corrente - Responsabilidade da instituição financeira pela falta de comunicação adequada - Jurisprudência do STJ e disposições da Resolução nº 4.753/19 do Banco Central do Brasil - Dano moral configurado - Indenização bem fixada, observando os princípios da proporcionalidade e razoabilidade - RECURSO NÃO PROVIDO.

VOTO

Vistos.

Trata-se de ação de declaração de nulidade de negócio jurídico cumulada com indenização por danos materiais e morais proposta por ***HANILTON FRIGO*** em face de ***BRANCO BRADESCO S/A e BANCO ITÁU S/***A, julgada pela r. sentença de fls. 250/255, nos seguintes termos: "*JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE o pedido formulado por HANILTON FRIGO em face de BANCO BRADESCO S.A., para declarar a nulidade do ato de encerramento da conta corrente discriminada na inicial e condenar o réu a pagar ao autor R$5.000,00, por danos morais, com correção monetária a partir desta data e juros de mora de 1% ao mês, a contar da citação*".

Houve homologação judicial entre o autor e o Banco (fls. 124/125, 139 e 144/145).

A instituição financeira Banco Bradesco S/A interpôs recurso de apelação. Em suas razões recursais, alegou que não desrespeitou o Código de Defesa do Consumidor, posto que não agiu de má fé. Aduziu que o autor não comprovou ter sofrido constrangimento, não havendo que se falar em dano moral. Pretende a modificação da sentença a fim de julgar improcedente o pedido (fls. 258/264).

O recurso foi processado, contudo não foi respondido (fl. 278).

As partes não se opuseram, expressamente, ao julgamento virtual.

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

No presente caso, aplicam-se conforme consolidado pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, e evidenciada pela Súmula nº 297 ("O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras"), as normas de proteção ao consumidor.

A Resolução nº 4.753/19 do Banco Central normatiza sobre a abertura, manutenção e encerramento de contas de depósitos e estipula medidas obrigató-

Acesso ao Sumário

rias para o término dessas contas:

"I - comunicação entre as partes da intenção de rescindir o contrato, informando os motivos da rescisão, caso se refiram à hipótese prevista no art. 6º ou a outra prevista na legislação ou na regulamentação vigente;

II - indicação pelo cliente da destinação do eventual saldo credor na conta, que deve abranger a transferência dos recursos para conta diversa na própria ou em outra instituição ou a colocação dos recursos a sua disposição para posterior retirada em espécie;

III - devolução pelo cliente das folhas de cheque não utilizadas ou a realização do seu cancelamento pela instituição;

IV - prestação de informações pela instituição ao titular da conta sobre: a) o prazo para adoção das providências relativas à rescisão do contrato, limitado a trinta dias corridos, contado do cumprimento da exigência de trata o b) os procedimentos para pagamento de compromissos assumidos com a instituição ou decorrentes de disposições legais; e c) os produtos e serviços eventualmente contratados pelo titular na instituição que permanecem ativos ou que se encerram juntamente com a conta de depósitos;

V - comunicação ao titular sobre a data de encerramento da conta ou sobre os motivos que impossibilitam o encerramento, após o decurso do prazo de que trata a alínea "a" do inciso IV.

Portanto, o procedimento adotado pela Instituição bancária é plenamente possível, ou seja, à faculdade de encerramento de contas correntes por parte dos bancos, para contratos de duração indeterminada, prevê a possibilidade de rescisão unilateral, desde que efetue comunicação prévia aos clientes.

Nesse sentido:

"***APELAÇÃO - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM INDENIZATÓRIA - ENCERRAMENTO UNILATERAL DE CONTA BANCÁRIA - SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA PARCIAL. Argumentos da casa bancária que convencem em parte - Ausência de comprovação quanto à notificação prévia, nos termos do disposto na Resolução 4.753/19 - Falha na prestação de serviços - Dever de indenizar - Dano moral - Ocorrência - Redução do "quantum" indenizatório - Cabimento - Indenização reduzida de R$ 10.000,00 para R$ 2.000,00, diante das peculiaridades do caso em específico e, em observância aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. SENTENÇA REFORMADA - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO***" (TJSP; Apelação Cível 1016042-83.2023.8.26.0008; Relator (a): Sergio Gomes; Órgão Julgador: 18ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional VIII - Tatuapé - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 27/02/2024; Data de Registro: 27/02/2024).

In *casu*, não obstante as alegações do autor, verifica-se que a contestação de fls. 159/180, apontou como motivo do encerramento da conta, suposta irregularidade no CPF do autor, contudo, não há dados mínimos a comprovar a

prévia comunicação do correntista (autor), pois ausentes o endereço eletrônico do destinatário, a data de envio, tampouco o recebimento pela parte.

Destarte, de fato, é lícito ao Banco apelante o procedimento no encerramento da conta, por força da Resolução nº 4.753/19, contudo, não demonstrou de maneira inequívoca a efetiva notificação da parte autora do bloqueio da conta, em desalinho também com a norma mencionada.

No que tange ao arbitramento de indenização por danos morais em razão da patente falha na prestação de serviço, tendo em vista a ausência de notificação prévia, ressalte-se que se configura pertinente uma compensação moral, vez que ficou demonstrado que sofreu prejuízos, pois tal situação resultou na incapacidade do autor ter acesso ao seu benefício, tudo isso decorrente do bloqueio unilateral de sua conta.

Em acréscimo a esse contexto, destaque-se que a indenização por dano moral tem duplo caráter, tanto punitivo do agente para que não reincida, quanto compensatório, em relação ao ofendido, buscando minimizar o aborrecimento e o constrangimento.

Ademais, quanto à matéria, veja-se os recentes julgados desta Corte:

"***AÇÃO INDENIZATÓRIA. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. APELAÇÃO DO BANCO RÉU DESPROVIDA. APELAÇÃO DO AUTOR PARCIALMENTE PROVIDA. CONTRATO BANCÁRIO. ENCERRAMENTO INJUSTIFICADO DA CONTA CORRENTE. RETENÇÃO DE VALORES SEM JUSTIFICATIVA. AUSÊNCIA DE COMUNICAÇÃO PRÉVIA AO CONSUMIDOR. FALTA DE SOLUÇÃO DO PROBLEMA EM TEMPO RAZOÁVEL. DANO MORAL CONFIGURADO. Ação de indenização por danos morais e materiais. Sentença de parcial procedência, Recurso de ambas as partes. Primeiro, mantém-se a conclusão de indevido encerramento da conta corrente. O autor foi surpreendido com o encerramento de sua conta corrente, sob a justificativa de desinteresse comercial. Ausência de comprovação acerca da notificação do autor com a antecedência mínima necessária e prevista em regulação do BACEN. Ademais, havia movimentação financeira mensal que contrariava o argumento de desinteresse comercial. Segundo, mantém-se a reparação dos danos morais. O encerramento da conta repentino repercutiu no negócio do autor, tendo em vista que ele utilizava a conta para as transações da sua padaria, tendo inclusive o seu nome incluído no CCF, em razão de cheques devolvidos. Danos morais configurados. Valor majorado de R$ 5.000,00 para R$ 10.000,00, montante razoável e compatível com os precedentes da Turma Julgadora. E terceiro, rejeita-se o pedido de indenização por lucros cessantes. Não houve comprovação adequada dos valores que deixaram de ser recebidos. Ação julgada parcialmente procedente em maior extensão em segundo grau. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO DO BANCO RÉU IMPROVIDO. RECURSO DO AUTOR PARCIALMENTE***

Acesso ao Sumário

PROVIDO" (TJSP; Apelação Cível 1083722-40.2022.8.26.0002; Relator (a): Alexandre David Malfatti; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional II - Santo Amaro - 8ª Vara Cível; Data do Julgamento: 08/01/2024; Data de Registro: 08/01/2024).

"***AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - Bloqueio indevido de numerário e encerramento de conta sem prévio aviso - R. Sentença de parcial procedência que tornou a tutela definitiva e condenou o réu ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 10.000,00 com a respectiva correção - Ambas as partes interpuseram recurso. Recurso do réu INSURGÊNCIA - Impossibilidade - Relação de Consumo - Súmula 297 do STJ - Bloqueio de valores realizado pela instituição financeira - Alegação de que o encerramento pode ser feito sem notificação do correntista - Ausência de prova - Impossibilidade de movimentação da conta necessária a sua atividade cotidiana da autora - Encerramento de conta sem prévio aviso - Não observância do artigo 12 da Resolução BACEN n. 2025 de 24 de novembro de 1993, em conformidade com o artigo 473 do Código Civil - DANO MORAL - Caracterizado - Artigo 14, do CDC - Artigo 927, parágrafo único do CC e Súmula 479 do STJ - Caracteriza dano moral indenizável o bloqueio realizado pela instituição financeira sem adequada motivação e por prazo indeterminado, voltado ao posterior encerramento da conta bancária, sem prévia notificação do correntista - Medida que afronta a boa-fé objetiva, impossibilitando ao consumidor a adoção de medidas para adequação de sua vida financeira, inclusive com a retenção indevida de saldo bancário - Falha na prestação de serviço caracterizada - PEDIDO DE DIMINUIÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO - Descabimento - Mantida a indenização arbitrada em primeira instância no valor de R$ 10.000,00, pois suficiente à reparação do dano e a desestimular a reiteração do comportamento lesivo, não sendo o caso de redução - Precedentes - Sentença mantida - Recurso não provido. Recurso da autora MAJORAÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - Descabimento - Valor arbitrado de R$ 10.000,00 em primeira instância que se mostra razoável e proporcional ao dano sofrido, bem como, em consonância com os parâmetros fixados por esta Colenda Câmara - APLICAÇÃO DA SÚMULA 54 DO STJ - Impossibilidade - Trata-se de relação contratual, portanto, aplicável a Súmula 362 do STJ e juros de mora da citação - Exegese do art. 403 do Código Civil - MAJORAÇÃO DE HONORÁRIOS - Descabimento - Valor arbitrado com base nos critérios objetivos do artigo 85, § 2° do CPC, que é não é irrisório - Sentença Mantida - Recurso não provido. SUCUMBÊNCIA - Mantida - Honorários majorados de ofício (art. 85, § 11, do CPC). DISPOSITIVO - Ambos os recursos não providos.***" (TJSP; Apelação Cível 1003018-87.2023.8.26.0266; Relator (a): Achile Alesina; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Privado; Foro de Itanhaém - 1ª

Acesso ao Sumário

Vara; Data do Julgamento: 23/01/2024; Data de Registro: 23/01/2024).

O valor arbitrado é justo e adequado, diante das peculiaridades do caso em específico e, em observância aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Atende ainda à sua dupla função jurídica acima mencionada, sendo certo que a indenização não pode de fonte de enriquecimento da vítima, nem agrave, sem proveito a obrigação do réu.

No que tange ao termo inicial de incidência dos juros de mora, não merece ser acolhido o pleito do apelante, posto que, deve ser fixado a partir da citação, visto se tratar de responsabilidade civil contratual.

Ante o exposto, pelo meu voto, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao recurso, mantendo-se, na íntegra, a r. sentença prolatada, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1001557-78.2023.8.26.0008, da Comarca de São Paulo, em que é apelante G.L.A., é apelado A.T.S.

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 EDUARDO NUNES SENE, OAB/SP 206.680", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38192)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SALLES ROSSI (Presidente sem voto), SILVÉRIO DA SILVA e THEODURETO CAMARGO.

São Paulo, 12 de junho de 2024.

PEDRO DE ALCÂNTARA DA SILVA LEME FILHO, Relator

Ementa: Apelação. Ação de reconhecimento e dissolução de união estável. Sentença de parcial procedência. Preliminar de cerceamento de defesa afastada. Mérito. Descabimento. União estável convertida extrajudicialmente em casamento celebrado com pacto antenupcial estabelecendo o regime da separação total de bens. Inexistência de contrato escrito de união estável estabelecendo regime diverso do legal. Aplicação do regime da comunhão parcial de bens à união estável (art. 1.725, do CC). Impossibilidade de retroatividade do regime do casamento ao período da união estável.

Acesso ao Sumário

Pacto antenupcial que projeta efeitos apenas para o futuro. Inadmissibilidade da alteração de regime de bens com eficácia 'ex tunc'. Precedente do C. STJ. No regime de comunhão parcial de bens, pouco importa, para fins de partilha, qual dos conviventes tenha efetivamente despendido recursos financeiros para a formação do patrimônio dos conviventes. Presunção legal de esforço comum. Enunciado nº 115 do CJF/STJ. Precedentes do C. STJ. Não havendo especificação na matrícula do imóvel quanto ao percentual de propriedade de cada parte, em se tratando de regime da comunhão parcial de bens, a partilha deverá ser feita em partes iguais. Com exclusão dos bens que hoje se encontram nos Estados Unidos, os demais bens móveis que guarneciam o lar conjugal em São Paulo devem ser partilhados igualmente entre as partes. Partilha, na proporção de metade para cada um, dos valores de ativos financeiros existentes no dia 29/09/2015 em nome de ambas as partes. Interpretação restritiva do art. 1.659, VI, do Código Civil. Apenas o direito de percepção dos frutos civis do trabalho de cada cônjuge/companheiro é incomunicável. Uma vez percebidos, integram o patrimônio do casal. Precedente do C. STJ. Recurso desprovido.

VOTO

Apelação interposta contra a sentença de fls. 561/567, cujo relatório se adota, que julgou parcialmente procedente a ação de reconhecimento e dissolução de união estável movida por A. T. dos S. em face de G. L. A., para: **(i)** reconhecer a união estável entre as partes, restando tal relação de convivência dissolvida para todos os efeitos de direito a partir de 29/09/2015 (um dia antes do casamento); **(ii)** determinar a partilha dos bens adquiridos na constância da união estável, nos moldes estipulados na fundamentação da sentença. Tendo em vista a sucumbência recíproca, condenou as partes a arcar com metade das custas e despesas processuais, bem como ao pagamento de honorários advocatícios do patrono da parte adversa, fixados em 10% sobre o valor atualizado da causa.

Embargos de declaração opostos pelo autor (fls. 570/575) e pela ré (fls. 576/583), foram ambos rejeitados (fl. 584).

A ré apela, para pleitear o acolhimento da preliminar de cerceamento de defesa, sustentando que não teve oportunidade de se manifestar sobre os novos documentos juntados pelo autor às fls. 370/560, citados no relatório da sentença

Acesso ao Sumário

pelo d. Magistrado *a quo*, que julgou o processo no estado sob o fundamento de que era despicienda maior dilação probatória porque os fatos estavam comprovados pelos "*documentos constantes dos autos*", e, no mérito, que: **a)** seja aplicado o regime da separação total de bens durante o período da união estável; **b)** seja partilhado o imóvel comum ao casal na proporção declarada pelas partes à Receita Federal e **c)** declarar a incomunicabilidade dos demais bens das partes, nos termos das razões apresentadas às fls. 590/607.

Recurso tempestivo, preparado (fls. 608/609) e respondido (fls. 614/628).

É o relatório em sede recursal.

Preliminar - alegação de cerceamento de defesa

A preliminar não comporta acolhida.

Não obstante não ter realmente sido concedido prazo para que a apelante se manifestasse logo após o apelado ter juntado os documentos de fls. 370/560, não se verifica a existência de prejuízo. E, como é cediço, não há nulidade sem prejuízo (*pas de nullité sans grief*).

Na sentença, o d. Magistrado *a quo* afirmou, de forma genérica, que dispensara a dilação probatória "*uma vez que os fatos restam comprovados pelos documentos constantes dos autos*", não se embasando expressamente nos documentos de fls. 370/560.

Assim, não houve prejuízo sofrido pela ré, uma vez que os documentos mencionados não tiveram relevância na fundamentação da sentença para embasar o julgamento, não interferindo no resultado da decisão prolatada.

Portanto, a documentação apresentada pelo apelado não interferiu no convencimento do d. Julgador ao deliberar sobre a matéria controvertida.

Ademais, nas suas razões recursais, a apelante teve oportunidade de se manifestar sobre os referidos documentos - que, na sua maioria, se tratam de trocas de e-mails entre as partes - e deduzir no apelo os argumentos a eles relacionados.

Já decidiu esta C. Corte:

Apelação Cível nº 1000534-23.2021.8.26.0120 - *Acidente de trânsito - Ação indenizatória - Ausência de oportunidade para apresentação de alegações finais escritas pela ré, vencida - Cerceamento de defesa - Inocorrência - Princípio da ausência de nulidade sem prejuízo - Ré que teve oportunidade de deduzir no apelo o que deixou de alegar nas alegações finais - Argumentos que não alteraram a solução dada pela r. sentença [...] Improvimento do apelo* (TJSP - Relator (a): VIANNA COTRIM, 26ª Câmara de Direito Privado, j. em 30/11/2023).

E os documentos mencionados não têm o condão pretendido pela apelante, qual seja, modificar a decisão que aplicou o regime da comunhão parcial de bens ao período da união estável para o da separação total, porque se trata de matéria de direito, uma vez que não se admite alteração de regime de bens com

Acesso ao Sumário

eficácia *ex tunc*, conforme já decidiu o C. Superior Tribunal de Justiça no REsp nº 1.935.910/SP, relator Ministro MOURA RIBEIRO, relatora para acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, j. em 7/11/2023.

Por tais razões, afasto a preliminar.

Mérito

A apelante alega que foi aplicado o regime da comunhão parcial de bens ao período da união estável prévia ao casamento, sem considerar a vontade das partes, que "*sempre foi a de não misturar seus patrimônios*".

Aduz, ainda, que além do pacto antenupcial que determina que cada bem e obrigação, presentes e futuros, não se comunicam com a outra parte, as trocas de e-mails trazidos pelo apelado demonstram que este sempre fez questão de reforçar o que era de cada um pagar, tanto que no e-mail de fl. 430 teria deixado claro seu intuito de *"não querer o dinheiro"* da apelante, mostrando-se ainda ofendido com a possível desconfiança.

Por isso, alega a apelante que não foi observada na sentença a vontade das partes em "não misturar os patrimônios", consubstanciada tanto no pacto antenupcial quanto nos e-mails juntados pelo próprio apelado, trocados durante o namoro e durante o período da união estável.

O inconformismo da apelante, porém, não prospera.

Foi reconhecido na sentença que a união estável havida entre as partes terminou em 29/09/2015, um dia antes da conversão em casamento, o qual foi regido pela separação total de bens, conforme pacto antenupcial de fl. 251.

No tocante às questões patrimoniais relativas ao período da união estável, dispõe o art. 1.725 do Código Civil:

> Art. 1.725. Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.

No caso dos autos, uma vez inexistente contrato escrito entre a apelante e o apelado, nos termos do referido artigo, aplicável ao caso o regime da comunhão parcial de bens, pelo qual se comunicam, em regra, os bens adquiridos na constância da união estável, com exceção dos incomunicáveis (art. 1.658, do CC), como é o caso dos bens que cada um possuía ao iniciar a união e os sub-rogados a eles, dentre outros elencados no art. 1.659 do mesmo diploma legal.

Conforme já adiantado na preliminar analisada, é inadmissível a alteração de regime de bens com eficácia *ex tunc*, ou seja, não se admite que o pacto antenupcial retroaja ou declare situação de fato pré-existente, conforme já decidiu o C. Superior Tribunal de Justiça:

> **REsp n. 1.935.910/SP** - *CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. UNIÃO ESTÁVEL SEGUIDA DE CASAMENTO, DIVÓRCIO E PARTILHA DE BENS. FUNDAMENTOS RECURSAIS ALTERNATIVOS. ELEIÇÃO DAQUELE QUE DECIDIRÁ A QUESTÃO MERITÓRIA EM*

Acesso ao Sumário

DEFINITIVO. POSSIBILIDADE. ACÓRDÃO RECORRIDO. PREMISSAS FÁTICAS IMUTÁVEIS. REQUALIFICAÇÃO JURÍDICA DOS FATOS. REVALORAÇÃO DA PROVA. POSSIBILIDADE. DECLARAÇÃO DA PARTE EM CERIMÔNIA DE POSSE DE CARGO PÚBLICO RECONHECENDO A UNIÃO. EMISSÃO DE PASSAPORTE DIPLOMÁTICO. EMISSÃO DE DECLARAÇÃO PARA CLUBE RECONHECENDO A EXISTÊNCIA DE UNIÃO ESTÁVEL. CIRCUNSTÂNCIAS SUFICIENTES PARA O RECONHECIMENTO DO VÍNCULO CONVIVENCIAL PRETÉRITO AO CASAMENTO. NAMORO QUALIFICADO INEXISTENTE. LÓGICA NATURAL DA VIDA COMPOSTA POR CONHECIMENTO, NAMORO, NOIVADO E CASAMENTO. CONCEITO JURÍDICO INEXISTENTE. VISÃO DE MUNDO E CONCEITO MERAMENTE PESSOAL E PARCIAL. IMPOSSIBILIDADE DE MODELAÇÃO SOCIAL OU JURÍDICA A PARTIR DE VISÕES PESSOAIS. IMPOSSIBILIDADE DE IMPOSIÇÃO DE PADRÕES COMPORTAMENTAIS OU SOCIAIS A PARTIR DE PADRÕES PESSOAIS. DIREITOS DAS FAMÍLIAS QUE SE ORIENTA A PARTIR DA LEI, DOS FATOS E DAS PROVAS. DIREITOS DAS FAMÍLIAS, ADEMAIS, EXTREMAMENTE RECEPTIVO ÀS NOVAS FORMAS DE ARRANJOS FAMILIARES E À FLEXIBILIDADE DA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA. UNIÃO ESTÁVEL PRETÉRITA AO CASAMENTO CELEBRADO COM PACTO ANTENUPCIAL E REGIME DA SEPARAÇÃO TOTAL DE BENS. RETROATIVIDADE AO PERÍODO DA UNIÃO ESTÁVEL. IMPOSSIBILIDADE. UNIÃO ESTÁVEL DISCIPLINADA PELO REGIME DA COMUNHÃO PARCIAL. PACTO ANTENUPCIAL QUE PROJETA EFEITOS APENAS PARA O FUTURO. DECLARAÇÃO DE EFEITOS PATRIMONIAIS PRETÉRITOS. IMPOSSIBILIDADE. ALTERAÇÃO DE REGIME COM EFICÁCIA EX TUNC INADMISSÍVEL.

1- Ação de reconhecimento e dissolução de união estável cumulada com divórcio e partilha de bens ajuizada em 21/02/2017. Recurso especial interposto em 27/01/2021.

2- Os propósitos recursais consistem em definir: (i) se a fundamentação adotada pelo acórdão recorrido seria genérica quanto ao afastamento da tese de cerceamento de defesa e quanto aos elementos configuradores da união estável, o que justificaria a devolução do processo para rejulgamento da apelação; (ii) se houve cerceamento de defesa, eis que, reconhecida a união estável em 1º grau de jurisdição por sentença proferida em julgamento antecipado, não poderia o acórdão recorrido reformá-la sem examinar a questão relacionada a instrução probatória; (iii) se, a partir do quadro fático-probatório delineado no acórdão recorrido, estão presentes os requisitos configuradores da união estável e do direito à

Acesso ao Sumário

meação da parte.

3- Embora o exame dos fundamentos do recurso ocorra, normalmente, de maneira sequencial, seguindo-se ao próximo após a superação do primeiro, a riqueza de elementos fático-probatórios existentes no acórdão recorrido permite que seja ele examinado por qualquer de seus fundamentos, sendo necessário, nesse contexto e com base no princípio da primazia da resolução do mérito, que o enfrentamento da questão ocorra pelo fundamento capaz de resolver a questão meritória em caráter definitivo.

4- O acórdão, em premissas fáticas imutáveis, constatou que as partes, previamente ao casamento, mantiveram um relacionamento na constância do qual um deles se dirigiu ao outro, em cerimônia de posse em cargo público de extrema liturgia, como "minha mulher", emitindo-se em favor dela passaporte diplomático, restrito aos familiares pela legislação da época, cinco dias após a referida cerimônia e declarou, perante clube de alto padrão mais de 6 meses antes da formalização do casamento, que havia união estável entre eles há mais de 3 anos.

5- Diante desse quadro fático, o acórdão local concluiu que o período prévio ao casamento seria juridicamente capitulado como um namoro qualificado, uma vez que se estaria cumprindo o que seria a lógica natural da vida, a saber, conhecimento mais estreito, namoro, noivado e casamento.

6- A partir dos mesmos fatos reconhecidos como existentes pelo acórdão e à luz dos requisitos configuradores da união estável (art.1.723, caput, CC), extrai-se claramente a existência de convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com o propósito de constituição de família entre as partes no período que precedeu o casamento, inexistindo, na hipótese em exame, a figura imprecisa do namoro qualificado.

7- Afirmar e impor judicialmente que a lógica natural da vida seria composta por conhecimento, namoro, noivado e casamento é apenas uma visão de mundo, pessoal, parcial e restrita a um determinado círculo de convivência, uma bolha social que jamais poderá pretender modelar generalizadamente a sociedade, estabelecendo um suposto padrão de comportamento, e que jamais poderá condicionar ou influenciar o modo de julgamento de uma questão relativa ao direito das famílias, que, relembre-se, deve-se ater aos fatos e às provas.

8- O direito das famílias não é forjado pela rigidez e pelo engessamento, eis que os arranjos familiares, sobretudo na sociedade contemporânea, são moldados pela plasticidade, razão pela qual a lógica natural da vida será a lógica natural de cada vida individualmente considerada.

9- Conquanto não haja a exigência legal de formalização da união es-

Acesso ao Sumário

tável como pressuposto de sua existência, a ausência dessa formalidade poderá, eventualmente, gerar consequências aos efeitos patrimoniais da relação por eles mantida, sobretudo quanto às matérias que o legislador, subtraindo parte dessa autonomia, entendeu por bem disciplinar. 10- A regra do art. 1.725 do CC concretiza essa premissa, uma vez que o legislador, como forma de estimular a formalização das relações conviventes, previu que, embora seja dado aos companheiros o poder de livremente dispor sobre o regime de bens que regerá a união estável, haverá a intervenção estatal impositiva na definição do regime de bens se porventura não houver a disposição, expressa e escrita, dos conviventes acerca da matéria.

11- Em razão da interpretação do art. 1.725 do CC, decorre a conclusão de que não é possível que o pacto antenupcial, que disciplinará apenas o casamento subsequente à união estável, projete efeitos retroativamente ou declare efeitos relacionados à união estável pretérita, na medida em que a ausência de contrato escrito convivencial não pode ser equiparada à ausência de regime de bens na união estável não formalizada, inexistindo lacuna normativa suscetível de ulterior declaração com eficácia retroativa.

12- Assim, às uniões estáveis não contratualizadas ou contratualizadas sem dispor sobre o regime de bens, aplica-se o regime legal da comunhão parcial de bens do art. 1.725 do CC, não se admitindo que documento posterior, como o pacto antenupcial, retroaja ou declare situação de fato pré-existente, a saber, que o regime de bens seria da separação total desde o princípio da união estável, porque se trata, em verdade, de inadmissível alteração de regime de bens com eficácia ex tunc.

13- Na hipótese em exame, a união estável mantida entre as partes entre agosto de 2004 e 04/09/2007, data do casamento, assegura a meação à recorrente em virtude do regime de comunhão parcial de bens semelhante ao adotado no casamento (art. 1.725 do CC), ressaltando-se que eventual insuficiência probatória a respeito dos bens não impede a tutela meritória diante da possibilidade de, na fase de liquidação de sentença, ser-lhe assegurado o direito à prova que havia sido subtraído.

14- Recurso especial conhecido e provido, para reconhecer e dissolver a união estável havida entre a recorrente e o recorrido, no período compreendido entre agosto de 2004 e 04/09/2007, pelo regime da comunhão parcial de bens, relegando a apuração dos bens a partilhar à fase de liquidação, redimensionando-se a sucumbência (STJ - relator Ministro MOURA RIBEIRO, relatora para acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, j. em 7/11/2023) - grifamos.

Portanto, no caso vertente, correta a aplicação do regime legal da comu-

Acesso ao Sumário

nhão parcial de bens previsto no art. 1.725 do Código Civil à união estável das partes.

Ademais, no caso dos autos a conversão da união estável em casamento foi feita extrajudicialmente, o que não admite efeito retroativo automático, conforme consignado na sentença.

A apelante argumenta, ainda, que a matrícula do imóvel é omissa quanto ao percentual de propriedade de cada parte, devendo ser levados em consideração, na partilha do bem, os percentuais indicados pelas partes em suas declarações de imposto de renda, que demonstram que ela suportou a maior parte dos valores durante o período da união estável.

Não assiste razão à apelante, pois conforme bem assinalado na sentença: "*no regime de comunhão parcial de bens, pouco importa, para fins de partilha, qual dos conviventes tenha efetivamente despendido recursos financeiros para a formação do patrimônio dos conviventes, até porque, como consignado, há presunção legal de esforço comum (aplicação analógica ao artigo 1.660, inciso I, do Código Civil), sendo este mesmo o espírito inspirador da união estável, qual seja, o de conjunção de esforços para o bem comum da família*" (fl. 565).

Ressalte-se o Enunciado nº 115 do CJF/STJ aprovado na I Jornada de Direito Civil: "**Há presunção de comunhão de aquestos na constância da união extramatrimonial mantida entre os companheiros, sendo desnecessária a prova do esforço comum para se verificar a comunhão dos bens**".

A lição de FLÁVIO TARTUCE, ao comentar o art. 1.725 do Código Civil, é nessa linha:

"*Como outro aspecto doutrinário relativo ao comando, nota-se que o Código Civil de 2002 encerrou polêmica anterior prevendo expressamente que o regime legal da união estável é o da comunhão parcial de bens. Por isso, não se cogita mais a prova de eventual esforço comum para a comunicação de bens havido na vigência da atual codificação. Nesse sentido, o Enunciado n. 115 do CJF/STJ, da* I Jornada de Direito Civil, *pelo qual há presunção de comunhão de aquestos na constância da união mantida entre os companheiros, sendo desnecessária a prova do esforço comum para se comunicarem os bens adquiridos a título oneroso durante esse período*" ("Código civil comentado - doutrina e jurisprudência"/Anderson Schreiber ... [et al.]. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 1.361).

Conforme já decidiu o C. Superior Tribunal de Justiça:

AgInt no REsp n. 1.748.942/CE - *AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPEICAL. DIREITO CIVIL. DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. PREQUESTIONAMENTO. PRESENTE. REVALORAÇÃO JURÍDICA DOS FATOS. CABIMENTO. DIVISÃO DE BENS. IMÓVEL ADQUIRIDO NA CONSTÂNCIA DA UNIÃO. DIVISÃO IGUALITÁRIA. 1. Conforme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, cabível o pre-*

Acesso ao Sumário

questionamento implícito dos dispositivos tidos por violados, desde que as teses debatidas no recurso especial tenham sido objeto de discussão pelo Tribunal de origem. 2. Possibilidade de revaloração jurídica de fatos incontroversos, devidamente reconhecidos nas instâncias ordinárias, em sede de recurso especial, o que afasta a incidência do óbice previsto no Enunciado n.º 7/STJ. 3. Consoante a jurisprudência do STJ, não configura julgamento ultra petita ou extra petita, com violação ao princípio da congruência ou da adstrição, o provimento jurisdicional proferido nos limites do pedido, o qual deve ser interpretado lógica e sistematicamente a partir de toda a petição inicial. 4. Julgados no âmbito do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que os bens adquiridos a título oneroso a partir de 10.5.1996 e até à extinção da união estável, integram o patrimônio comum dos ex-conviventes e, portanto, devem ser partilhados em partes iguais entre eles, nos termos dos arts. 5º da Lei n.º 9.278/1996 e 1.725, do Código Civil. 5. Não apresentação de argumentos novos capazes de infirmar os fundamentos que alicerçaram a decisão agravada. 6. AGRAVO INTERNO CONHECIDO E DESPROVIDO (STJ - Relator Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Terceira Turma, julgado em 18/5/2021, DJe de 24/5/2021.)

REsp n. 1.295.991/MG - *RECURSO ESPECIAL. CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. UNIÃO ESTÁVEL. REGIME DE BENS. COMUNHÃO PARCIAL. BENS ADQUIRIDOS ONEROSAMENTE NA CONSTÂNCIA DA UNIÃO. PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE CONTRIBUIÇÃO DE AMBOS OS CONVIVENTES. PATRIMÔNIO COMUM. SUB-ROGAÇÃO DE BENS QUE JÁ PERTENCIAM A CADA UM ANTES DA UNIÃO. PATRIMÔNIO PARTICULAR. FRUTOS CIVIS DO TRABALHO. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. INCOMUNICABILIDADE APENAS DO DIREITO E NÃO DOS PROVENTOS. 1. Ausência de violação do art. 535 do Código de Processo Civil, quando o acórdão recorrido aprecia com clareza as questões essenciais ao julgamento da lide, com abordagem integral do tema e fundamentação compatível. 2. Na união estável, vigente o regime da comunhão parcial, há presunção absoluta de que os bens adquiridos onerosamente na constância da união são resultado do esforço comum dos conviventes. 3. Desnecessidade de comprovação da participação financeira de ambos os conviventes na aquisição de bens, considerando que o suporte emocional e o apoio afetivo também configuram elemento imprescindível para a construção do patrimônio comum. 4. Os bens adquiridos onerosamente apenas não se comunicam quando configuram bens de uso pessoal ou instrumentos da profissão ou ainda quando há sub-rogação de bens particulares, o que deve ser provado em cada caso. 5.*

Acesso ao Sumário

Os frutos civis do trabalho são comunicáveis quando percebidos, sendo que a incomunicabilidade apenas atinge o direito ao seu recebimento. 6. Interpretação restritiva do art. 1.659, VI, do Código Civil, sob pena de se malferir a própria natureza do regime da comunhão parcial. 7. Caso concreto em que o automóvel deve integrar a partilha, por ser presumido o esforço do recorrente na construção da vida conjugal, a despeito de qualquer participação financeira. 8. Sub-rogação de bem particular da recorrida que deve ser preservada, devendo integrar a partilha apenas a parte do bem imóvel integrante do patrimônio comum. 9. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO (STJ - relator Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO. Terceira Turma, julgado em 11/4/2013, DJe de 17/4/2013).

Assim, não havendo especificação na matrícula do imóvel quanto ao percentual de propriedade de cada parte, em se tratando de regime da comunhão parcial de bens, a partilha deverá ser feita em partes iguais.

Sustenta a apelante, ainda, que os ativos financeiros das partes (oriundos dos proventos do trabalho pessoal de cada um), os bens móveis que ela trouxe de São José dos Campos (quando morou lá a trabalho) e demais bens e direitos adquiridos antes da data fixada na sentença (29/09/2015) não devem ser partilhados.

Com relação aos bens móveis que guarneciam o imóvel do ex-casal, a apelante sustenta que foram levados para os Estados Unidos, bens estes que são objeto da ação de divórcio que corre naquele país e que os demais que permanecem no Brasil pertencem exclusivamente a ela, não devendo ser partilhados entre as partes.

Com exclusão, evidentemente, dos bens que hoje se encontram nos Estados Unidos, os demais bens móveis que guarneciam o lar conjugal em São Paulo devem ser partilhados igualmente entre as partes, conforme determinado na sentença, cabendo assinalar que não restou demonstrado nos autos que a apelante adquiriu alguns desses bens em data anterior ao início da união estável.

Quanto aos ativos financeiros amealhados pelas partes, sustenta a apelante que constituem proventos de trabalho pessoal de cada um e, consequentemente, não devem ser partilhados porque excluídos da comunhão por força do art. 1.659, inciso VI, do Código Civil.

O mencionado art. 1.659, inciso VI, do Código Civil deve ser interpretado restritivamente, a fim de não desnaturar o próprio regime da comunhão parcial de bens, no sentido de que apenas o *direito de percepção* dos frutos civis do trabalho é incomunicável. Uma vez percebidos, integram o patrimônio do casal.

Nesse sentido já decidiu o C. Superior Tribunal de Justiça:

REsp n. 1.295.991/MG - *RECURSO ESPECIAL. CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. [...]FRUTOS CIVIS DO TRABALHO. INTERPRETAÇÃO*

Acesso ao Sumário

RESTRITIVA. INCOMUNICABILIDADE APENAS DO DIREITO E NÃO DOS PROVENTOS. [...] *4. Os bens adquiridos onerosamente apenas não se comunicam quando configuram bens de uso pessoal ou instrumentos da profissão ou ainda quando há sub-rogação de bens particulares, o que deve ser provado em cada caso. 5. Os frutos civis do trabalho são comunicáveis quando percebidos, sendo que a incomunicabilidade apenas atinge o direito ao seu recebimento. 6. Interpretação restritiva do art. 1.659, VI, do Código Civil, sob pena de se malferir a própria natureza do regime da comunhão parcial.* [...] *9. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO* (STJ - Relator Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Terceira Turma, julgado em 11/4/2013, DJe de 17/4/2013).

Assim, correta a determinação da partilha dos valores de ativos financeiros existentes no dia 29/09/2015 (um dia antes do casamento) em nome de ambas as partes, na proporção de metade para cada um deles, conforme decidido na sentença.

Destarte, escorreita a sentença, que agora, em sede de recurso, fica mantida pelos seus jurídicos e bem lançados fundamentos, os quais ficam inteiramente adotados como razão de decidir pelo desprovimento do recurso, nos termos do art. 252 do Regimento Interno deste E. 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*"[1]

Por fim, ficam majorados os honorários advocatícios de sucumbência fixados na fase de conhecimento para 20% sobre o valor da causa (art. 85, §§2º e 11, do CPC).

Ante o exposto, meu voto nega provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1008676-61.2022.8.26.0223, da Comarca de Guarujá, em que é apelante BOANERGES DA COSTA CULTRI, são apelados CONDOMÍNIO EDIFÍCIO REGINA VIGNOLI e OFICIAL DO CARTÓRIO DE REGISTRO DE IMÓVEIS TÍTULOS E DOCUMENTOS E CIVIL DE PESSOA JURÍDICA DE GUARUJÁ/SP.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "De-

Acesso ao Sumário

1 O Colendo Superior Tribunal de Justiça tem prestigiado este entendimento quando predominantemente reconhece "*a viabilidade de o órgão julgador adotar ou ratificar o juízo de valor firmado na sentença, inclusive transcrevendo-a no acórdão, sem que tal medida encerre omissão ou ausência de fundamentação no decisum*" (REsp. nº 662.272-RS, 2ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. de 4.9.2007; REsp nº 641.963-ES, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, j. de 21.11.2005; REsp nº 592.092-AL, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 17.12.2004 e REsp nº 265.534 - DF, 4ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. de 1.12.2003).

ram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31852)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOÃO PAZINE NETO (Presidente) e DONEGÁ MORANDINI.

São Paulo, 15 de junho de 2024.

CARLOS ALBERTO DE SALLES, Relator

Ementa: AÇÃO DECLARATÓRIA. ALIENAÇÃO DE PROPRIEDADE DE VAGA AUTÔNOMA DE GARAGEM. VENDA A TERCEIROS. Sentença de improcedência. Irresignação do autor. Pretensão declaratória de direito a alienação de imóvel (art. 20, CPC). Legitimidade passiva do condomínio e do oficial registrador, em razão de recusas anteriores. Procedimento de dúvida da Lei de Registros Públicos que é de natureza administrativa, não obstando medidas judiciais (art. 204, Lei 6.015/1973). Possibilidade de alienação da vaga de garagem para terceiros. Vaga autônoma, com matrícula própria, desvinculada de qualquer outra unidade imobiliária do condomínio. Não aplicação da vedação do artigo 1.331, §1º, do Código Civil. Condomínio que foi instituído, no caso, com vagas autônomas independentes e desvinculadas, com previsão de autorização para venda livre. Vedação do artigo 1.331, §1º, do Código Civil, com a redação da Lei 12.607/2012, que não pode retroagir em prejuízo ao direito adquirido do proprietário da vaga de garagem desvinculada (art. 5º, XXXVI, CF). Sentença reformada, para declarar a possibilidade de alienação da vaga de garagem correspondente à matrícula n. 31.775 do 31.775 do CRI de Guarujá. Afastadas multas de litigância de má fé e de embargos protelatórios. RECURSO PROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de apelação interposta contra sentença de ps. 190/193, que julgou improcedente pedido declaratório de direito à alienação de fração de imóvel, formulado por Boanerges da Costa Cultri em face de Condomínio Edifício Regina Vignoli e Oficial do Cartório de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil de Pessoa Jurídica de Guarujá. Sucumbência do autor, fixados os honorários advocatícios em 10% do valor atualizado da causa e condenando o

autor por litigância de má-fé em 9% do valor atualizado da causa.

Sentença integrada por decisão de ps. 211, que rejeitou embargos de declaração do autor (ps. 196/200) e o condenou em multa de 2% do valor atualizado da causa por embargos meramente protelatórios.

Apelação do autor a ps. 214/224, alegando, em síntese, que teria direito à plena disposição de seu patrimônio, obstado pelos apelados, conforme artigo 5º, inciso XXII, da Constituição Federal. Afirma que a fundamentação da sentença também importaria em violação ao acesso à Justiça, nos termos do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, por obstar discussão sobre a possibilidade do direito amplo de propriedade do apelante e aplicar multa de litigância de má fé. Aduz que deveria haver a distinção entre direito de utilização e direito de propriedade do bem imóvel, sendo que apenas o segundo abarcaria o direito de dispor, de alienar o bem, negado pela sentença. Sustenta que a instituição do condomínio teria previsto a possibilidade de alienação das vagas de garagem e que a convenção do condomínio não poderia contrariar aquela, de nível hierárquico normativo superior. Impugna a aplicação do artigo 1.331 do Código Civil contrariamente ao artigo 5º, incisos XXII e XXXVI, da Constituição Federal. Alega que a norma condominial vedando o uso das garagens por terceiros não poderia ser confundida com a proibição de venda das unidades autônomas de garagem, porque o comprador seria então proprietário e condômino, não terceiro ao condomínio. Afirma que esse seria inclusive o caso do apelante, que só é proprietário da vaga de garagem, não de unidade autônoma de moradia. Prequestiona o artigo 20, do Código de Processo Civil, e a Súmula 181 do STJ, para admitir a ação declaratória ajuizada; e o art. 1.335 do Código Civil.

Contrarrazões a ps. 230/237, com preliminar acerca de ilegitimidade passiva reconhecida na sentença.

Os autos encontram-se em termos para julgamento.

É o relatório.

O recurso comporta provimento.

Primeiramente, examina-se as alegações envolvendo as preliminares de ilegitimidade passiva dos apelados - o que pode ser feito com base no artigo 1.013, §1º, do Código de Processo Civil.

Respeitado o entendimento diverso do I. Magistrado sentenciante, há legitimidade passiva dos apelados para a pretensão declaratória de direito de alienação do imóvel no condomínio.

A legitimidade passiva, como condição da ação, deve ser examinada *in statu assertionis*, isto é, conforme as alegações da parte na inicial. No caso, o apelante pretendia que fosse reconhecido seu direito de alienar a vaga de garagem de sua titularidade no condomínio, o que teria sido obstado por condutas dos apelados, em razão de ato do oficial de impedir registro de escritura de compra e venda do imóvel (ps. 15/19) e da omissão do condomínio em alterar

Acesso ao Sumário

convenção condominial que prevê a impossibilidade de cessão da vaga de garagem para não-condôminos.

A oposição dos apelados configura a legitimidade passiva deles para a pretensão declaratória do apelante, pretensão de tutela meramente declaratória que é possível, nos termos do artigo 20 do Código de Processo Civil.

Quanto a isso, ademais, eventual decisão em processo suscitação de dúvida pelo oficial registrador (ps. 20/22) não impede o ajuizamento desta demanda, tendo em vista que o processo de dúvida é de natureza administrativa, não afastando a tutela jurisdicional contenciosa (art. 204, Lei 6.015/1973). Mesmo que a decisão seja proferida por um magistrado, não se descaracteriza a natureza administrativa do processo de dúvida registral, permitindo o processo jurisdicional para rediscutir a questão - justamente o que pretende o apelante com esta demanda.

No mérito, por fim, deve-se possibilitar a alienação da vaga de garagem de propriedade do apelante.

Com efeito, nota-se que a vaga de garagem é unidade condominial apartada, possuindo matrícula independente e autônoma (ps. 247/251). Em razão disso, não deve incidir a restrição do artigo 1.331, §1º, do Código Civil.

A vaga de garagem autônoma que possui matrícula independente e sem vínculo expresso com nenhuma outra unidade condominial (como apartamentos ou lojas), como no caso (p. 45), pode ser alienada por seu proprietário para terceiros, independentemente de previsão na convenção do condomínio.

Tanto assim que desde a instituição do condomínio há essa previsão (p. 41), de que a vaga de garagem autônoma poderia ser vendida livremente, ao contrário de 93 vagas indeterminadas que existiam para estacionamento dos proprietários de apartamentos no condomínio.

Apenas para as vagas de garagem vinculadas a apartamentos específicos é que a restrição da venda para não condôminos deve ser obstada - caso não exista autorização na convenção de condomínio, nos termos do artigo 1.331, §1º, do Código Civil.

No caso, ademais, a instituição do condomínio com a possibilidade de venda das 14 vagas individuais autônomas de garagem decorria das previsões legais anteriores, não podendo a alteração da Lei 12.607/2012, que modificou o §1º, do artigo 1.331, do Código Civil, prejudicar o direito adquirido (art. 5º, XXXVI) decorrente da constituição da vaga de garagem como unidade vendável livremente pelo proprietário.

Enfim, tendo em vista que a propriedade cuja venda o apelante pretende corresponde a unidade de garagem autônoma, com matrícula própria e sem vinculação a nenhuma outra unidade condominial específica, é possível a alienação pretendida, o que deve ser declarado neste julgamento - para as medidas cabíveis de cumprimento da escritura pública de compra e venda já lavrada pelo

apelante.

Por fim, com a reforma da sentença, devem-se afastar as multas aplicadas em desfavor do autor apelante, tendo em vista que a procedência da pretensão dele descaracteriza a litigância de má fé (art. 80, CPC) e a natureza protelatória dos embargos opostos anteriormente (art. 1.026, §2º, CPC).

O fato de o autor já ter pretendido anteriormente o reconhecimento de seu direito de alienação da propriedade, por assembleia condominial, não torna litigância de má fé a pretensão jurisdicional declaratória no mesmo sentido. Afinal, é justamente a rejeição da pretensão extrajudicialmente que justificou esta demanda (interesse de agir).

Ante o exposto, **dá-se provimento** à apelação do autor, reformando-se a r. sentença, para declarar a possibilidade de livre alienação da vaga de garagem correspondente à matrícula n. 31.775 do do CRI de Guarujá e para afastar a condenação por litigância de má-fé.

Com a reforma da sentença, deve-se inverter a condenação sucumbencial, devendo os réus responderem pelas custas e as despesas processuais, metade para cada; e honorários advocatícios de 12% do valor da causa, distribuídos em metade para cada réu (art. 87, CPC).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1038059-39.2020.8.26.0002, da Comarca de São Paulo, em que é apelante TRANSWOLFF TRANSPORTES E TURISMO, é apelada APARECIDA CAETANA PINA SOUSA (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: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.142)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MOURÃO NETO (Presidente), GILSON DELGADO MIRANDA e ANA MARIA BALDY.

São Paulo, 16 de junho de 2024.

MOURÃO NETO, Relator

Ementa: Civil e processual. Acidente de trânsito. Ação indenizatória. Sentença de parcial procedência. Pretensão à reforma manifestada pela ré.
Condenação ao pagamento de quaisquer valores a título de aluguel que não deve prevalecer. Autora que

Acesso ao Sumário

não deixou seu imóvel que, ademais, manteve condições de habitabilidade.
Danos morais evidenciados. Situação vivenciada pela autora que não pode ser classificada como mero aborrecimento do cotidiano.
RECURSO PROVIDO EM PARTE.

VOTO

I. Relatório.

Trata-se de recurso de apelação interposto por Transwolff Transporte e Turismo Ltda. contra a sentença de fls. 453/460, que julgou procedente em parte a ação indenizatória movida por Aparecida Caetana Pina de Sousa, para "*A) CONDENAR a ré a pagar ao autor indenização por danos morais no valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais), com correção pela Tabela Prática do TJSP a partir do arbitramento da indenização (Súmula 362/STJ) e juros de 1% ao mês a contar do evento danoso (data do acidente); B) CONVALIDAR os efeitos da tutela de urgência concedida a fls. 73/74, somente até a apresentação do laudo pericial de fls. 298/328, aos moldes do quanto fundamentado. Os valores eventualmente pagos pela requerida à autora após a apresentação do laudo deverão ser compensados com a indenização na qual a autora faz jus. O cálculo deverá ser feito em liquidação de sentença; C) CONDENAR a ré a reparar de todos os danos causados pelo acidente em seu imóvel, no valor de R$ 16.003,42 (dezesseis mil e três reais, e quarenta e dois centavos). Tal valor deve ser corrigido monetariamente pela Tabela Prática do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a partir da data do laudo pericial que o fixou, e acrescido de juros de mora de 1% ao mês, desde o evento danoso (Súmula 54 do STJ).*". Ante a sucumbência recíproca, foi determinado que ambas as partes arcassem cada uma com metade das custas e despesas processuais, bem como com o pagamento de verba honorária sucumbencial.

Inconformada, pugna a requerida pela reforma do *decisum* a fim de ver afastadas suas condenações ao pagamento de aluguéis e ao pagamento de indenização por danos morais (fls. 464/472).

Contrarrazões a fls. 483/488.

II. Fundamentação.

Este recurso pode ser conhecido e comporta provimento parcial.

A fls. 73/74, foi deferida pretendida antecipação de tutela "*para determinar à ré Transwolff Transportes e Turismo Ltda. que efetue, durante o trâmite do processo, o pagamento mensal, à autora, da quantia de R$ 3.000,00, que deverá ser por ela empregado no aluguel de outra moradia*". Essa decisão foi, em seu âmago, referendada nesta sede recursal, conforme acórdão de fls. 174/181, que apenas oportunizou à ré o oferecimento de moradia provisória à autora, bem

Acesso ao Sumário

como observou que "*referida solução é precária e se estende até que sobrevenha a juntada de proa atestando a moradia segura no local*".

Ocorre que, conforme na própria sentença relatado, não só "*a fls. 160 a autora informou que não deseja sair de sua casa '(...) em razão de imensa dificuldade de encontrar imóvel que lhe acolha'*", como "*o laudo pericial constatou que a interdição parcial do imóvel não impediu a sua habitação pelos moradores, e que não havia necessidade de desocupação, conforme respostas aos quesitos do requerido*" (fls. 457 e 458).

Diante desse cenário, ou seja, de que não só em momento algum deixou a demandante sua casa e veio a alugar outro imóvel, como isso nem sequer se revelava necessário pelo fato de que se atestou pela prova pericial que seu imóvel continuou plenamente habitável, não há de se "*convalidar os efeitos da tutela de urgência concedida a fls. 73/74*" nem mesmo até a apresentação do laudo pericial, devendo ser afastada a condenação da ré ao pagamento de quaisquer valores a título de aluguéis.

Sob outro vértice, porém, evidente que a situação vivenciada pela apelada, que teve sua casa abalroada por ônibus da requerida, causando-lhe danos de grande monta, não pode ser classificada como mero aborrecimento do cotidiano.

Na lição de Jorge Bustamante Alsina, o dano moral pode ser definido "*como a lesão aos sentimentos que determina dor ou sofrimentos físicos, inquietação espiritual, ou agravo às afeições legítimas e, em geral, toda classe de padecimentos insuscetíveis de apreciação pecuniária*" (*apud* Rui Stoco. Tratado de responsabilidade civil. 9ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. Tomo II, página 933).

De acordo com Yussef Said Cahali, dano moral "*é a dor resultante da violação de um bem juridicamente tutelado, sem repercussão patrimonial*", enfatizando que ela pode ser classificada como "*dor física dor-sensação, como a denominada Carpenter nascida de uma lesão material*" ou "*dor moral dor-sentimento, de causa imaterial*" (Dano moral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. Página 28).

E conforme Antônio Jeová Santos, "*o que configura o dano moral é aquela alteração no bem-estar psicofísico do indivíduo*", daí decorrendo que "*se do ato de outra pessoa resultar alteração desfavorável, aquela dor profunda que causa modificações no estado anímico, aí está o início da busca do dano moral*" (Dano moral indenizável. 4ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. Páginas 94/95).

Na hipótese vertente, "*a prova efetiva do dano pode ser afastada porque qualquer homem médio que tivesse passado pela situação da vítima do dano teria experimentado as mesmas sensações (a mesma dor, o mesmo sofrimento etc.)*", como ensinam Rodrigues Wambier e Tereza Arruda Alvim Wambier (A prova do dano moral da pessoa jurídica. Revista Jurídica, Porto Alegre: Nota-

Acesso ao Sumário

dez, número 317, ano 52, páginas 7-13).

III. Conclusão.

Diante do exposto, **dá-se provimento em parte ao apelo**, para afastar a condenação da ré ao pagamento de quaisquer valores a título de aluguéis à demandante.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1083374-19.2022.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante LEANDRO DE PAIVA ARAUJO GPA, é apelado CONDOMÍNIO EDIFÍCIO RESERVA TANGARÁ.

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 29643)**

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

São Paulo, 17 de junho de 2024.

CARLOS DIAS MOTTA, Relator

Ementa: EMPREITADA. Ação de cobrança. Sentença de improcedência. Apelo da autora. Ação de construtora contra condomínio, visando sua condenação ao pagamento de parcela de contrato de empreitada inadimplida, bem como multa por rescisão contratual imotivada. Previsão de modalidade de pagamento do contrato em parcelas fixas. Parcelas cujo pagamento, nos termos do contrato, está condicionado ao cumprimento do cronograma de obra. Autora que não realizou o pagamento dos honorários periciais, necessários para aferir o andamento da obra e eventuais valores devidos. Autora que não se desincumbiu de seu ônus probatório (art. 373, I, do CPC). Rescisão contratual operada pelo réu que não foi imotivada. Verificação, pelo réu, de potencial violação a direitos trabalhistas e previdenciários de trabalhadores da obra sem o devido registro e recolhimento das obrigações previdenciárias. Matéria não impugnada pela autora e,

Acesso ao Sumário

por isso mesmo, incontroversa. Violação à legislação trabalhista e previdenciária que é motivo previsto em contrato para a rescisão. Multa por rescisão imotivada indevida. Sentença mantida. Apelação desprovida.

VOTO

Vistos.

Trata-se de apelação interposta em razão da r. sentença de fls. 1315/1318, que julgou improcedente a ação movida por GPA Engenharia em face de Condomínio Edifício Reserva Tangará, na qual a autora pleiteia a condenação do réu ao pagamento de parcela atrasada de contrato de empreitada, de cláusula penal compensatória e de despesas de desmobilização. A r. sentença considerou que a autora não comprovou que a extensão do serviço executado condizia com o pedido de pagamento formulado, que não houve rescisão imotivada e que não há demonstração da origem dos custos de desmobilização.

Irresignada, apela a autora (fls. 1321/1348), sustentando, em síntese, que: aceitaria a proposta de alteração da modalidade de pagamento, de parcelas fixas para pagamento por medição, desde que o réu efetuasse o pagamento da segunda parcela pendente; não houve o pagamento da parcela, devida em 15 de maio de 2022; não realizado o pagamento, o contrato originário continuou incólume, na modalidade de parcelas fixas; no momento da solicitação de modificação da forma de pagamento da empreitada, a obra já havia sido iniciada e nela se dava prosseguimento, estando no terceiro mês; o réu simplesmente optou pela resolução contratual, sob a alegação absurda de sua insuficiência técnica; toda a discussão se iniciou no terceiro mês de vigência do contrato; não se operou a condição para a modificação contratual; o pagamento da obra não se deu por medição; o réu observou e buscou seus atributos, não sendo possível alegar após mais de três meses de contrato questões infundadas inerentes à fase pré-contratual, o que denota a quebra da boa-fé; a rescisão contratual ocorreu de forma desmotivada, tendo em vista a proposta de modificação contratual do réu não ter sido aceita; os seus dados foram apresentados na fase pré-contratual; o contrato permitia a subempreitada, com a anuência da contratante; o réu não apenas concordou com a contratação da empresa DESIRE, como incluiu a empresa em reuniões e tratava diretamente com ela assuntos pertinentes à obra. Pugnou pela reforma da r. sentença, para condenar a ré ao pagamento da parcela contratual em aberto e da cláusula penal.

Intimado, o réu apresentou contrarrazões (fls. 1354/1359).

O recurso é tempestivo e a autora recolheu o preparo (fls. 1349/1350).

É o relatório.

Decido.

Acesso ao Sumário

Razão não assiste à autora.

A autora busca, no recurso, a condenação do réu ao pagamento de parcela que entende devida, bem como ao pagamento de multa por rescisão imotivada e pela mora no pagamento.

Todavia, pela análise dos autos, não ficou comprovado que a segunda parcela do contrato era realmente devida.

Inicialmente, verifica-se que ainda no contrato inicial entre as partes, ou seja, na modalidade de pagamento por parcelas, o efetivo pagamento dos valores estava condicionado ao cumprimento do cronograma, conforme cláusula 5.7 (fls. 70), na qual se lê:

> "As parcelas mensais somente serão efetuadas, após a entrega das etapas descritas no cronograma físico" (sic)

Assim, o fato de o pagamento ser por parcelas não exime a contratada, autora, de demonstrar o cumprimento das suas obrigações em relação ao cronograma físico apresentado para receber os pagamentos.

Interpretação em sentido diverso seria permitir que todo o valor do contrato fosse devido pelo réu à autora pelo mero decurso do tempo, ainda que a autora nada tivesse cumprido no contrato de empreitada.

Daí porque necessária, como de fato constou na decisão de fls. 617/618, a realização da perícia técnica. Tal prova poderia demonstrar a extensão dos serviços realizados pela autora para que se verificasse eventual valor devido pelo réu.

Entretanto, a autora não arcou com a perícia, e, portanto, não se desincumbiu do ônus de provar que o valor da parcela (ou outro) era de fato devido, ônus que era seu (art. 373, I, do CPC).

A ausência de comprovação da extensão das obras realizadas impede a procedência do pedido de pagamento da parcela supostamente em aberto, cujo implemento está condicionado à comprovação de cumprimento do cronograma de obras.

Lado outro, não há que falar em rescisão imotivada da parte do réu, para o fim de condená-lo ao pagamento da cláusula penal. Isto porque o réu exerceu seu direito de rescisão com base em elementos que conferiam a ele tal direito, os quais constavam do contrato.

Acesso ao Sumário

Veja que, em sua cláusula 7.1, foram previstas obrigações da autora, contratada, entre as quais, a obrigação *e)*, a qual asseverava que era obrigação da construtora:

> "Respeitar as legislações trabalhistas, previdenciárias e de segurança do trabalho, respondendo por quaisquer reclamações trabalhistas propostas em nome da CONTRATANTE" (fls. 72)

O réu verificou, em diligência, que a empresa subcontratada para a realização da obra estava potencialmente desrespeitando a legislação trabalhista, firmando com seus subordinados contratos apócrifos de prestação de serviços (fls. 571/586), a indicar possível violação das regras legais trabalhistas e previ-

denciárias, o que poderia lhe acarretar prejuízo em eventual responsabilização.

A autora não impugnou esses fundamentos, tampouco demonstrou regularidade trabalhista em relação às pessoas que laboravam na empreitada.

Configurada, portanto, uma violação das obrigações da autora, o réu estava autorizado a rescindir o contrato por justa causa (fls. 77, cláusula 10.4).

Assim, não se verificou rescisão injustificada por parte do réu, cuja conduta não dá azo à multa contratual intentada pela autora.

Sobressaem indevidas, portanto, a parcela cobrada, pela não comprovação do cumprimento do cronograma do contrato, ante a não realização da perícia, e a multa contratual, ante a rescisão motivada e lícita do contrato.

Destarte, mantém-se a r. sentença.

Majoro os honorários advocatícios devidos pela autora ao patrono do réu, de 10% para 11% sobre o atualizado valor da causa.

Por fim, considera-se prequestionada toda a matéria constitucional e infraconstitucional ventilada nos autos, evitando-se, com isso, a oposição de embargos de declaração para tal finalidade.

Ante o exposto, **nego provimento** ao apelo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000811-45.2024.8.26.0278, da Comarca de Itaquaquecetuba, em que é apelante A.B.J.P. (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado J.C.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 10ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.691)**

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

São Paulo, 17 de junho de 2024.

JOSÉ APARÍCIO COELHO PRADO NETO, Relator

Ementa: APELAÇÃO - Ação Declaratória de Existência de Parentesco entre Irmãos Post Mortem - Propositura pela irmã pretendendo o reconhecimento da filiação materna do irmão falecido - Sentença de extinção do feito, sem resolução do mérito, nos termos do artigo 485, inciso VI, do CPC - Inconformismo da autora - Descabimento - Demanda de natureza declaratória e personalíssima que não se transfere à irmã

Acesso ao Sumário

pelo falecimento do irmão, nem se presta à solução de dúvida familiar - Direito personalíssimo - Ausência de interesse de agir e legitimidade ativa - Recurso desprovido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de Apelação interposta contra decisão proferida pelo MM. Juiz da Vara da Família da Comarca de Itaquaquecetuba Ação Declaratória de Existência de Parentesco entre Irmãos Post Mortem, proposta por A. B. J. DE P. contra G. T. M., que julgou a ação extinta sem resolução do mérito, nos termos do artigo 485, inciso VI, do Código Processo Civil, observada a gratuidade da justiça concedida a autora. Sem condenação em honorários.

Embargos de declaração opostos pela autora que foram rejeitados.

Apela a autora, alegando que seria irmã e única herdeira do falecido, porém não constam nos documentos das partes a mesma filiação, ajuizando a presente ação para que haja o reconhecimento socioafetivo entre irmãos. Pretende a intervenção ministerial nos autos e o prosseguimento da ação.

Recurso tempestivo e isento de preparo.

É o breve relatório do necessário.

Cuida-se de Ação Declaratória de Existência de Parentesco entre Irmãos Post Mortem, em que a autora alega ser irmã do falecido G., contudo, após o seu falecimento ocorrido em agosto de 2023, verificou nos documentos do irmão que constava sua avó materna como a mãe de G. Pugnou em sede de tutela de urgência exumação do corpo de G. para a realização do exame de DNA, postulando a procedência da ação para o reconhecimento da maternidade de M. como genitora do falecido.

Pois bem.

Inicialmente não seria o caso de intervenção do representante do Ministério Público porque não se trata de ação que envolve menores ou incapazes a teor do disposto no artigo 178 do Código de Processo Civil.

Pelo que se depreende dos autos a autora pretende o reconhecimento da maternidade biológica do falecido G. à sua mãe M., sob o fundamento de que a mãe registral seria sua avó materna e do falecido G.

Contudo, nos termos do artigo 1606 do Código Civil que assim dispõe:

"Art. 1.606. A ação de prova de filiação compete ao filho, enquanto viver, passando aos herdeiros, se ele morrer menor ou incapaz.

Parágrafo único. Se iniciada a ação pelo filho, os herdeiros poderão continuá-la, salvo se julgado extinto o processo".

Desse modo, a ação de investigação de maternidade/paternidade é de titularidade ativa dos filhos, são ações personalíssimas, nos termos do artigo

Acesso ao Sumário

1606 do Código Civil e do artigo 27 da Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

Assim, não pode a autora pretender investigar a maternidade do falecido G., pois ausente a legitimidade ativa.

E como bem decidiu o MM. Juiz "a quo": ***"Ressalto que a situação seria diversa se G. T. M. tivesse iniciado a ação e falecido no curso do processo, caso em que a autora, na qualidade de herdeira, poderia habilitar-se para prosseguir com o feito."*** (verbis, cfr. fls. 35)

Portanto, diante da carência de ação em razão da ausência de interesse de agir e legitimidade ativa, de rigor a manutenção da extinção da ação, sem resolução do mérito, nos termos do artigo 485, inciso VI, do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1009988-38.2023.8.26.0320, da Comarca de Limeira, em que é apelante AZUL COMPANHIA DE SEGUROS GERAIS, são apelados WELLINGTON ROCCO (JUSTIÇA GRATUITA) e JOANA D'ARC FERNANDES ROCCO (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 32ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.222)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ANDRADE NETO (Presidente) e CLAUDIA MENGE.

São Paulo, 19 de junho de 2024.

CAIO MARCELO MENDES DE OLIVEIRA, Relator

Ementa: SEGURO DE AUTOMÓVEL - Ação indenizatória acolhida em sentença - Cobertura securitária negada porque o veículo segurado estava sendo dirigido por terceira pessoa, com idade inferior a 25 anos - Hipótese em que não se evidenciou má-fé ou agravamento de risco previstos nos artigos 765 e 766 do Código Civil, a ponto de se justificar a perda do direito à garantia prevista na apólice expedida - Afastamento da alegação de cerceamento de defesa, pois a produção de provas aqui se afigura inútil e desneces-

Acesso ao Sumário

sária - Sentença mantida - Recurso improvido.

VOTO

Ação de cobrança de valor de seguro, por danos ocorridos em veículo automotor, foi acolhida na r. sentença proferida a fl. 231 e seguintes, com a condenação da ré em R$ 37.911,00, mais acréscimos legais, com desconto de R$ 1.475,32, por diferença de valor de prêmio, e honorários de advogado de 10% do total devido.

A vencida recorre para inversão desse resultado, com os seguintes argumentos: (a) houve cerceamento de defesa com a decisão proferida, sem se permitir a produção de provas sobre a falsidade das informações prestadas pela segurada, sobre quem seria o principal condutor do veículo sinistrado; (b) as informações inexatas prestadas implicaram na perda de direitos prevista na cláusula 13 da apólice expedida, sendo então o caso de violação dos art. 765 e 766 do Código Civil, que exigem, na contratação do seguro, o requisito da boa-fé, com o que não haverá direito à garantia contratada; (c) com a falsidade da informação houve um desconto de prêmio da ordem de 46%.

Recurso tempestivo e preparado.

Não foram apresentadas contrarrazões.

Este o relatório, adotado, no mais, o da sentença.

Embora a demanda tenha sido decidida sem se permitir à ré a produção de provas do que fosse a bem de seus direitos, a preliminar que ela apresenta invocando ter havido cerceamento de defesa não comporta acolhimento.

Veja-se que nas razões recursais não há especificação alguma sobre que prova devesse ainda ser produzida e aqui é preciso consignar que é fato incontroverso que na contratação inicial a autora informou ser a principal condutora do veículo e, na regulação do sinistro, se verificou que ela detinha a sua direção somente por duas vezes na semana, ao passo que o filho o fazia por sete dias.

Os dois fatos estão comprovados o que não justificaria a produção de prova para tal finalidade.

Por outro lado, a outra tese defensiva foi apresentada no sentido de que o apelado Welllington, na direção do veículo, acabou concorrendo para agravamento do risco, mas sobre este tema as razões recursais são extremamente vagas afirmando que o evento "decorreu de sua desatenção com o trânsito" (fl. 250).

Esta afirmação isolada, com a devida licença, também não justificaria a abertura de instrução processual e, como visto, a produção de prova aqui seria inútil e desnecessária.

Afastada esta questão prejudicial, pensa-se que no mérito a lide foi decidida de forma adequada, pois não se verificou infringência pelos autores do princípio da boa-fé, que deve nortear a contratação securitária.

Não há evidência de que o fato de ter Wellington Rocco se envolvido nes-

Acesso ao Sumário

se acidente de trânsito justifique a alegação de agravamento de risco, até porque, como dito, nem nas razões recursais se especifica em que teria consistido a tal responsabilidade, no âmbito da culpa naquele evento danoso.

A diferença de prêmio a favor da seguradora já foi considerada na sentença e nada mais é preciso dizer neste tema.

Ante o exposto, meu voto nega provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1043217-91.2015.8.26.0506, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é apelante ASSOCIAÇÃO DOS AMIGOS DO ROYAL PARK, é apelado PAULO CESAR KONONCZUK.

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U. Sustentou oralmente, o Dr. Glauco Polachini Gonçalves, OAB/SP 178.782.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39.593)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores DANIELA CILENTO MORSELLO (Presidente sem voto), WILSON LISBOA RIBEIRO e CÉSAR PEIXOTO.

São Paulo, 11 de junho de 2024.

GALDINO TOLEDO JÚNIOR, Relator

Ementa: LOTEAMENTO - Ação de cobrança de despesas associativas - Sentença de improcedência - Inconformismo da associação insistindo na legalidade da cobrança - Imóvel adquirido após a constituição da entidade, pelo que não poderia o comprador desconhecer sua existência e as regras de sua convivência com os demais titulares de lote no local - Assinatura de termo de compromisso e reconhecimento das obrigações desde a aquisição - Dever de todos concorrerem para o custeio das despesas comuns, sob pena de enriquecimento sem causa - Garantia constitucional contida no art. 5º, XX, que cede passo a dispositivo de igual natureza previsto no inciso XXIII do mesmo artigo - Prazo prescricional quinquenal por equiparação a cobrança de tarifas condominiais - Inteligência do artigo 206, § 5º, inciso I do Código Civil - Recurso provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Ao relatório constante de fls. 938/942, acrescento que a sentença julgou improcedente ação de cobrança proposta pela Associação em face do proprietário, condenando a requerente ao pagamento das custas processuais e de honorários advocatícios no importe de 10% do valor atribuído à causa.

Inconformada recorre a autora (fls. 945/967) sustentando que o Apelado se mudou para o Residencial sabendo que este era fechado, há mais de 15 anos, e com obrigações internas e, além disso, firmou compromisso aderindo à Associação, e se comprometendo com o Estatuto, Regimentos e obrigações. Alega que o loteamento está registrado sob Matrícula n° 22.961, do 2° Cartório de Registro de Imóveis de Ribeirão Preto, tendo sido aprovado pela Municipalidade em 13/10/1980, cujo Fechamento do Residencial, com muro e portaria de entrada, foi concluído no ano de 1995, tendo sido a Apelante constituída em 1994, tanto para este fim, quanto para administrar as cotizações. Ainda, há regulamentação por Lei Municipal de 2011 e o Decreto Municipal n° 116/2013, com responsabilidade de manutenção dos bens públicos e despesas do residencial a ser arcada por todos os proprietários de imóveis no Residencial, sob a Administração da Associação Apelante. Por fim, registrou-se o regulamentado fechamento na matrícula do loteamento (fls. 236/245) cujas restrições se impõe nas matrículas dos lotes. No caso específico, tendo o requerido adquirido o imóvel em 2010, firmou compromisso com a apelante conforme documento de fls. 892/894, regularizando sua situação na forma trazida pelo Tema 492 do STF. No mais, exonerando o Apelado do pagamento do rateio das despesas, estaria se impondo aos demais membros da Apelante a obrigação de arcar com os custos reativos a sua parte, sob pena de incorrer em infração do Decreto Municipal, que cria obrigações aos proprietários. Por todo o exposto, requer o provimento do presente recurso de Apelação para julgar procedentes os pedidos da Apelante e condenar o Apelado aos pagamentos das contribuições mensais vencidas e vincendas no curso do processo, custas processuais e honorários advocatícios, nos termos da petição inicial.

Recurso regularmente processado, com oferecimento de contrarrazões e pedido de concessão do benefício da gratuidade judiciária às fls. 989/1007.

2. Pelo que consta dos autos, o requerido é proprietário de 01 lote adquirido em 2010, situado no loteamento Royal Park.

Já a requerente é uma Associação de Moradores, fundada em 27/12/1994, cujos atos constitutivos foram registrados no 2º Cartório de Registro de Imóveis de Ribeirão Preto (2013 - fl. 244) e realiza diversas obras de benfeitorias e serviços de manutenção, devidamente aprovadas em assembleia, no interesse da comunidade e o requerido se utiliza dos serviços e comodidades.

Alega que o requerido é devedor da quantia de R$ 4.151,34 (conforme planilha de fl. 23), a partir de 2013, requerendo a condenação ao pagamento das

Acesso ao Sumário

parcelas vencidas e que se vencerem no curso da demanda, tendo sido ajuizada ação em 18/11/2015.

O requerido apresentou contestação (fls. 158/177), alegando prescrição intercorrente, inépcia da inicial e requerendo a concessão do benefício da gratuidade judiciária. No mérito, impugnou a cobrança alegando que não há prova das despesas, não possuir vínculo associativo, inconstitucionalidade da LC Municipal 2462/2011, Decreto 207/2014, Decreto 75/2015, conforme julgamento das ADINs. Além disso, conforme orientação contida no Recurso Especial (REsp) 1.439.163/SP e no REsp 1.280.871/SP e Tema 492 as taxas de manutenção criadas por associações de moradores não obrigam os não associados ou os que a elas não anuíram, sendo o caso dos autos. Ao final, impugnou a planilha de débitos, por não haver comprovação das despesas com balancetes.

Em réplica, a Associação juntou termo de entrega de Estatuto, Regimento Interno, TAG e Compromisso do Residencial, firmado pelo requerido, assumindo as obrigações desde a aquisição ou posse do imóvel, firmado em 26/11/2021 (fls. 892/894).

Instado a se manifestar sobre os novos documentos apresentados, o requerido alegou ter assinado o termo para ter acesso ao loteamento, em razão da entrega vinculada de TAG e ter sido induzido, maliciosamente e ardilosamente, a assinar os termos de associação com a qual não concorda, pois desde sua aquisição em 2010 até o momento jamais aderiu como associado.

Para julgar improcedente a ação, entendeu o julgador *a quo* que: "*Não há prova de que o réu tenha se associado à autora. Custa acreditar que, tendo adquirido o imóvel no ano de 2010, somente tenha o réu querido se "associar à autora" 11 anos depois, de modo que o documento de p. 892/894, impugnado com veemência pelo réu, não pode ser considerado como apto a demonstrar que o réu voluntariamente se associou à autora, notadamente porque o objetivo primordial, naquela circunstância, era regularizar o uso de TAG pelo veículo do réu para poder ingressar pela portaria do loteamento. Desse modo, no caso, prevalece o entendimento consolidado pelo Tema 882, do C. Superior Tribunal de Justiça, haja vista que o direito e garantia fundamental previsto no artigo 5º, inciso XX, da Constituição Federal (livre associação), sobrepõe-se à cláusula geral do enriquecimento sem causa (art. 884, do Código Civil).*" (fl. 939).

Contra esta decisão, insurge-se a requerente, com razão.

De início, passo a analisar o pedido de gratuidade judiciária feito pelo apelado e não apreciado na r. sentença.

Analisados os autos, conclui-se pelo indeferimento da pretensão.

Com efeito, a gratuidade da justiça é exceção, e não regra, e os requisitos instituídos no artigo 98 e seguintes do Código de Processo Civil hão de ser avaliados à luz do que dispõe a Constituição Federal, art. 5º, incisos XXXV e LXXIV, que determina que a assistência jurídica integral e gratuita é devida aos

Acesso ao Sumário

que comprovarem insuficiência de recursos.

O novo Código de Processo Civil passou a disciplinar o tema na Seção IV, do Capítulo II, revogando expressamente diversos artigos da Lei nº 1.060/50 (art. 2º, 3º, 4º, §§ 1º a 3º, 6º, 7º, 11, 12 e 17), nos termos do seu artigo 1.072, inciso III.

Nesse passo, o Juízo não está vinculado à apreciação do estado de pobreza das partes baseado exclusivamente em "declaração de hipossuficiência econômica" (fl. 179) e Declaração parcial de IR (fls. 180/181), não sendo suficientes para atestarem a impossibilidade financeira, inclusive porque o apelado se declara autônomo, mas tem patrimônio declarado de aproximadamente R$ 250.000,00 e, ao menos, um veículo.

Em outras palavras, ante a escassez probatória da hipossuficiência econômica, não é possível o acolhimento do pedido, pois a pretensão onera indevidamente o Estado e compromete o instituto da gratuidade, desnaturando-o.

A preliminar de prescrição intercorrente também deve ser rechaçada, por ser aplicável no caso de ação executória ou em fase de cumprimento de sentença, não sendo o caso dos autos.

Ainda, em que pese à ação ter sido ajuizada em 2015 o requerido apenas foi citado em 2022 não em razão da inércia da Associação autora, mas da ocultação daquele quanto ao ato citatório, conforme envio de diversos AR e certidões de oficiais de justiça, não podendo, portanto, se beneficiar de sua conduta procrastinatória.

Assim, como a petição inicial reunia condições de se desenvolver de forma válida e regular do processo e o autor adotou as providências necessárias para viabilizar a citação, a interrupção da prescrição retroagiu, na forma prevista no artigo 240, § 1º e § 2º, do CPC, não podendo a autora ser prejudicada pela demora do serviço judiciário ou conduta do requerido.

Firmou-se o entendimento de que as cobranças das associações de moradores equiparam-se as cobranças condominiais, por isso prescrevem em 5 anos, com aplicação do disposto no artigo 206, § 5º, inciso I do Código Civil.

Nesse sentido o entendimento pacificado por esta Corte quando do julgamento pela Turma Especial de Direito Privado 1, desta Corte (IRDR nº 2239790-12.2019.8.26.0000): "*O crédito com origem em rateio de despesas de loteamento de acesso restrito, quando exigível de adquirente de lote por força de vínculo associativo, vínculo contratual, ou em observância ao tema 492 do STF, tem natureza propter rem e permite a penhora de imóvel residencial do devedor*"

No mérito, da análise dos autos, verifica-se que a controvérsia se insurge acerca da exigibilidade das taxas de loteamento após outubro de 2013 e daquelas que se vencerem no curso do processo, conforme planilha de cálculo de fl. 23, em ação ajuizada em 2015, dentro do prazo prescricional.

Acesso ao Sumário

Nestes termos, confira-se a tese fixada referente ao Tema 492: *"**É inconstitucional a cobrança por parte de associação de taxa de manutenção e conservação de loteamento imobiliário urbano de proprietário não associado até o advento da Lei nº 13.465/17 ou de anterior lei municipal que discipline a questão** , a partir do qual se torna possível a cotização de proprietários de imóveis, titulares de direitos ou moradores em loteamentos de acesso controlado, desde que, i) já possuidores de lotes, tenham aderido ao ato constitutivo das entidades equiparadas a administradoras de imóveis ou, (ii) no caso de novos adquirentes de lotes, o ato constitutivo da obrigação tenha sido registrado no competente registro de imóveis." (destaque inexistente no original)*

Na hipótese, a aquisição do lote (2010) foi posterior à constituição da associação autora (1994) e fechamento do loteamento (1995) a partir da qual se torna possível a cotização dos proprietários de imóveis, titulares de direitos ou moradores em loteamentos de acesso controlado, pelo que aplicação concreta a hipótese contida no item i) do Tema 492 supra mencionado: " ***i) já possuidores de lotes, tenham aderido ao ato constitutivo das entidades equiparadas a administradoras de imóveis...*** "

Além disso, o requerido firmou o Termo de Compromisso do Residencial Fechado Royal Park, no qual declarou ter anuído com o Estatuto da Associação, reconhecendo seus direitos e obrigações desde a aquisição do imóvel, conforme documento de fls. 892/894.

Frise-se ser inadmissível a simples alegação de ter sido induzido a erro porque o documento é de fácil compreensão por pessoa leiga, sendo o apelado engenheiro.

Nesses termos, ainda que as leis municipais e decretos regulamentares de 2011 tenham sido declarados inconstitucionais, quando da aquisição do lote de terreno a Associação autora já estava constituída (1994) e o loteamento efetivamente fechado (1995), além do fato do apelado ter assinado documento reconhecendo seus direitos e obrigações desde a posse do imóvel.

Sobre a prevalência do dever de busca à Justiça, já ponderou o Superior Tribunal de Justiça:

> "*Em relação ao mérito, necessário consignar que a jurisprudência desta Casa, firmada sob o rito dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC/1973), no julgamento dos Recursos Especiais n. 1.439.163/SP e n. 1.280.871/SP, realizado pela Segunda Seção, em 11/3/2015, DJe de 22/5/2015, sendo o relator para acórdão o Ministro Marco Buzzi, pacificou que "as taxas de manutenção criadas por associações de moradores não obrigam os não associados ou que a elas não anuíram". A propósito, confira-se a ementa do respectivo julgado: RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA - ART. 543-C DO CPC - ASSOCIAÇÃO DE MORADORES - CONDOMÍNIO DE FATO - COBRAN-*

Acesso ao Sumário

ÇA DE TAXA DE MANUTENÇÃO DE NÃO ASSOCIADO OU QUE A ELA NÃO ANUIU - IMPOSSIBILIDADE. 1. Para efeitos do art. 543-C do CPC, firma-se a seguinte tese: "As taxas de manutenção criadas por associações de moradores não obrigam os não associados ou que a elas não anuíram". 2. No caso concreto, recurso especial provido para julgar improcedente a ação de cobrança. (REsp 1439163/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Rel. p/ Acórdão Ministro MARCO BUZZI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado Na mesma linha de entendimento, seguem os demais precedentes deste Tribunal (sem grifo no original): AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. ASSOCIAÇÃO DE MORADORES. COBRANÇA DE TAXA DE MANUTENÇÃO DE NÃO ASSOCIADO OU QUE A ELA NÃO ANUIU. 1. O reconhecimento de repercussão geral pelo STF, não enseja, automaticamente, o sobrestamento de recurso especial. Precedentes. 2. A Segunda Seção do STJ, em sede de recurso repetitivo, pacificou o entendimento de que "as taxas de manutenção criadas por associações de moradores não obrigam os não associados ou que a elas não anuíram". (REsp 1.439.163/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Rel. p/ Acórdão Ministro MARCO BUZZI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 11/03/2015, DJe 22/05/2015) 3. Agravo regimental não provido. (AgInt no REsp 1.346.015/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 18/08/2016, DJe 23/08/2016) Ao julgar o pleito da associação ora agravante, o Juízo de primeiro grau consignou (e-STJ, fl. 239, sem grifo no original): Os requeridos tendo adquirido terrenos se tornaram participantes da associação autora, vinculando-se à obrigação de pagar das ditas despesas ordinárias e extraordinárias necessárias. A doutrina e jurisprudência dominante tem sufragado o entendimento de que a Lei 4.591/64 se estende aos conjuntos residenciais, lotes e casas térreas, com a especial finalidade de disciplinar o aproveitamento condominial de espaço comum. ***Assim, quando os proprietários de lotes de terreno formarem um condomínio especial, com o objetivo de prestação de serviços comuns, referentes à segurança, manutenção e conservação, que se constituem em serviços diretos e indiretos, há necessidade de se ratear as despesas entre todos, de modo que não pode a parte querer se afastar da sociedade condominial, assim constituída e à qual aderiu, para se furtar ao pagamento das cotas condominiais, que lhe couberem em rateio, por ser beneficiária direta ou indireta desses benefícios, decorrentes da administração de sociedade. No caso concreto, o Tribunal estadual entendeu como devidas as despesas cobradas pela associação de moradores, ressaltando, ainda, o fato de o devedor ter contribuído por mais de 3 (três) anos com as taxas. É o que se infere dos***

Acesso ao Sumário

***seguintes excertos do aresto combatido (e-STJ, fls. 299-300 - sem grifos no original): O falecido adquiriu dois lotes de loteamento fechado e nos registros constam que adquiram parte ideal de empreendimento (fls. 34/35). Trata-se, pois, de condomínio e não de terrenos abertos e que foram fechados para permitir administração por terceiros. Os lotes estão agrupados e há uma administradora que atua como síndica para administrar e atender as exigências dos moradores, o que exclui a possibilidade de recusa no pagamento das taxas respectivas. A natureza jurídica do empreendimento é idêntica ao do condomínio edilício e, por isso, a contribuição é obrigatória e não facultativa. Outra situação que impressiona. O falecido pagava regularmente as taxas. Na contestação negou que tenha se associado, o que fez com que a recorrida juntasse inúmeros documentos provando os pagamentos anteriores. Não conseguiu o Espólio impugnar a eficácia dessa prova, sendo que o nobre Relator afirma que essa situação não é vinculativa, constituindo "mera liberalidade". Respeitado o ponto de vista, outra deverá ser a interpretação. A jurisprudência do STJ é bem clara: somente estão liberados das taxas apenas os proprietários que não se associam. Como se prova a inclusão no grupo? Por todos os meios legais (prova lícita), sendo que o fato de pagar as parcelas durante anos (mais de três) evidencia o ânimo de integração e não liberalidade. A exigibilidade no caso decorre de dois fatores que justificam não aplicar o tema repetitivo 882. Ao que se depreende, da análise do acórdão estadual, aliada ao constante da decisão do magistrado de primeiro grau, constata-se que a parte ora agravada adquiriu o imóvel posteriormente à constituição da associação, o que possibilita à agravante a cobrança das taxas ora em debate. Assim, incide a Súmula 83/STJ, na espécie. Consigne-se, ademais, que o Tribunal a quo reconheceu a adesão à associação, de modo que o acolhimento da pretensão recursal, demandaria o revolvimento do acervo fático- probatório dos autos, o que se mostra impossível ante a natureza excepcional da via eleita, consoante a Súmula n. 7 do Superior Tribunal de Justiça. Ante o exposto, em juízo de reconsideração, nego provimento ao recurso especial da parte ora agravada .*" (Decisão monocrática proferida no AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1.795.609/SP, Relator MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE, julgamento 18 de março de 2020, **destaques inexistentes no original**).

Nesses termos, a cobrança das despesas decorrentes da associação dos apelados é legítima, não havendo óbice ao direito à satisfação dos débitos existentes.

Dessa forma, a ação deve ser julgada procedente para condenar o requerido ao pagamento das taxas associativas vencidas a partir de outubro de 2013

Acesso ao Sumário

(conforme documento de fl. 23) com correção monetária da data do ajuizamento da demanda e juros de mora da citação, além das parcelas que venceram após a propositura da ação. Diante da sucumbência, o requerido deverá arcar com o pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios arbitrados em 10% sobre o valor atualizado da condenação.

3. Ante o exposto, meu voto dá provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1004752-82.2023.8.26.0554, da Comarca de Santo André, em que é apelante ERBE INCORPORADORA 019 S.A., são apelados EDUARDO GONÇALVES e SANDRA DA SILVA GONÇALVES.

ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Afastada a preliminar, deram provimento em parte ao recurso, com observação. V.U. Sustentaram oralmente os advogados Almir José Dias Valverde Filho, OAB/SP 306694 e ROMILTON DA SILVA MELO OAB/RJ nº 189.868", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35847)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SALLES ROSSI (Presidente sem voto), THEODURETO CAMARGO e CLARA MARIA ARAÚJO XAVIER.

São Paulo, 12 de junho de 2024.

SILVÉRIO DA SILVA, Relator

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL - Compra e venda - Ação de rescisão contratual c.c. restituição de quantias pagas - Procedência - Insurgência da ré - Preliminar de cerceamento de defesa afastado - Juiz é destinatário da prova podendo indeferir aquelas que não influenciarão sua convicção - Prova oral e expedição de ofício para a administradora da rede hoteleira que não são relevantes ao julgamento, máxime porque não apresentou recibo de entrega das chaves ou efetiva disponibilização e a administradora que afirma não ter controle sobre a entrega dos imóveis- Compra e venda de apartamento, situado em empreendimento destinado a rede de hotelaria - Empreendimento de hotelaria não afasta a aplicação das regras do CDC - Contrato de adesão em que os autores se encontra-

Acesso ao Sumário

vam em situação de vulnerabilidade - Preço quitado - Atraso na entrega da obra - Ausente prova da entrega das chaves - Restituição integral dos valores - Súmula 543 do STJ - Rescisão por culpa da vendedora - Retorno das partes ao status quo ante - Retenção de parte do valor indevida - Inaplicabilidade da Lei nº 13.786/2018, que é posterior ao contrato - Abatimento do valor pago a titulo de multa contratual - Cabimento tendo em vista que os compradores desistiram do negócio e as partes retornarão ao status quo ante - Juros que incidem a partir do transito em julgado - Recurso repetitivo, tema 1.002 do STJ - Sentença parcialmente reformada para abatimento do valor pago a título de multa pelo atraso e para incidência dos juros a partir do transito em julgado, mantida no mais - Recurso parcialmente provido.

VOTO

A sentença de págs. 564/575, cujo relatório se adota, JULGOU PROCEDENTES os pedidos e DECLAROU a resolução do contrato de fls. 35/43 por inadimplemento da ré (atraso na entrega da unidade).

CONDENOU a ré à devolução integral da quantia paga pelos autores, R$ 314.490,00, com correção monetária desde cada desembolso e juros de mora de 1% da citação.

CONDENOU a ré, ainda, nas custas e despesas processuais e honorários advocatícios de 10% sobre o valor da condenação.

Inconformados apela a requerida, págs. 593/615, pugnando preliminarmente, pela anulação da sentença por cerceamento de defesa, esta consistente na ausência de oportunidade de produção da prova oral e documental, expedição de ofício à Atlântica Hotels, para comprovar que a parte autora recebeu a unidade e vem auferindo lucro com sua exploração.

No mérito e em síntese, pugna pela reforma da sentença para improcedente, com inversão da verba honorária.

Entende pela inaplicabilidade do CDC ao caso concreto, sendo o autor investidor e não consumidor final.

Sustenta que os autores quitaram o imóvel, pelo que não pode haver a rescisão contratual; que receberam a unidade e vem auferindo lucro; que o negócio foi concluído sendo irretratável e irrevogável, não podendo ser rescindido.

Defende a necessidade função social da empresa, sendo que o distrato irá prejudicar seu caixa.

Alternativamente pretende seja autorizada a retenção de parte do valor

Acesso ao Sumário

pago, nos termos da cláusula 6.4 e art. 67-A parágrafo 5º da lei 13.786/18 tendo em vista ter sido a construção feita sob regime de patrimônio de afetação.

Aduz que os juros somente devem ocorrer a partir do transito em julgado, nos termos do tema 1002 do STJ e a necessidade de abatimento dos valores recebidos a título de multa contratual dos valores a serem restituídos.

Foram apresentadas contrarrazões, págs. 621/630.

É o relatório.

Trata-se de ação de rescisão contratual c.c. restituição de valores movida por Eduardo Gonçalves e Sandra da Silva Gonçalves em face de Erbe Incorporador 019 S.A na qual alegaram os autores atraso na entrega do empreendimento, vícios construtivos, propaganda enganosa, pleiteando pela rescisão contratual e devolução integral do valor pago.

Afirmaram que a entrega das chaves deveria ocorrer em julho de 2015, conforme cláusula XVII, do Quadro Resumo, do Instrumento Contratual, podendo ser postergada a entrega até 180 dias, nos termos do prazo de tolerância contratual, mas que até o ingresso da ação as chaves do imóvel não foi entregue, pelo que a partir de janeiro/2016, a ré está em mora.

Relatam que além do atraso o imóvel contém sérios defeitos construtivos o que indica que a venda foi realizada com propaganda enganosa.

Ante a procedência apela a ré.

De início, esclareça-se que o caso se sujeita às regras do CDE independente de se tratar de negócio envolvendo empreendimento hoteleiro.

Ainda que a aquisição do imóvel tenha como finalidade investimento, com a disponibilização de sua unidade à administração hoteleira, mediante o recebimento de aluguel, tal circunstância não afasta a vulnerabilidade dos apelantes no negócio entabulado, aplicando-se as regras do CDC.

Nesse sentido, já decidiu este Tribunal:

Apelação Cível 1004479-69.2017.8.26.0019 - *"COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA - Modificação do valor da causa pelos autores - Preclusão -* ***Aquisição de uma única unidade em empreendimento como investimento, que não afasta a vulnerabilidade do comprador no negócio entabulado, altamente sofisticado e complexo, que envolve construção, locação, vendas e administração hoteleira (pool hoteleiro), aplicando-se as regras do CDC*** *- Consumidor intermediário - Ilegitimidade passiva da corré Atlântica - Empresa que seria incumbida da administração do empreendimento (Pool-Hoteleiro), sob o uso da marca "Comfort", que é uma outra fase mais avançada da cadeia de fornecimento, não tendo qualquer responsabilidade pela incorporação, construção, negociação ou entrega das unidades - Atraso na entrega - Rescisão - Devolução integral de valores pagos - Culpa dos vendedores - Temas 970 e 971 do STJ - Incidência da multa de 2% sobre as importâncias a serem restituídas*

Acesso ao Sumário

- Readequação dos honorários advocatícios sucumbenciais devidos pelos autores, considerando-se os pedidos iniciais excluídos e não sobre o valor da causa, a serem rateados pelas corrés - Recurso provido em parte. (Relator (a): ALCIDES LEOPOLDO; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Privado; Foro de Americana - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 15/07/2021; Data de Registro: 16/07/2021).

No mesmo sentido, também esta Câmara já decidiu:

COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA - Ação de rescisão de contrato julgada parcialmente procedente. Inconformismo da ré. Descabimento. **Aquisição de uma única unidade em empreendimento como investimento, que não afasta a vulnerabilidade do comprador no negócio entabulado, altamente sofisticado e complexo, que envolve construção, locação, vendas e administração hoteleira (pool hoteleiro), aplicando-se as regras do CDC. Ilegitimidade passiva da corré Atlântica - Empresa que seria incumbida da administração** do empreendimento (Pool- Hoteleiro), sob o uso da marca "Comfort", que é uma outra fase mais avançada da cadeia de fornecimento, **não tendo qualquer responsabilidade pela incorporação, construção, negociação ou entrega das unidades**. Atraso na entrega. Rescisão. Devolução integral de valores pagos. Culpa dos vendedores Sentença mantida pelos próprios fundamentos. Recurso improvido. (TJSP; Apelação Cível 1008767-36.2019.8.26.0554; Relator (a): Pedro de Alcântara da Silva Leme Filho; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Privado; Foro de Santo André - 7ª Vara Cível; Data do Julgamento: 03/09/2021; Data de Registro: 03/09/2021)

Ainda no mesmo sentido: (AgRg no AREsp 694.717/RJ, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/11/2015, DJe 30/11/2015), sendo situação similar do investidor não profissional que aplica suas reservas em um Banco ou Corretora (REsp 1187365/RO, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 22/05/2014, DJe 25/08/2014).

Patente a ilegitimidade passiva da Atlântica Hotels International (Brasil) Ltda., incumbida da administração do empreendimento, que é uma outra fase mais avançada da cadeia de fornecimento não responsabilidade pela incorporação, construção, negociação ou entrega das unidades.

Desta forma, e também por força do que dispõe as regras do CDC, incabível a denunciação à lide.

Em seguida, rejeito a alegação de cerceamento de defesa.

Sendo o juiz o destinatário da prova, cabe a ele o exame da pertinência ou não desta para formação da sua convicção, delimitando-a na forma que melhor possa servir para formação de sua convicção.

Deve se valer daquilo que entender útil para o julgamento, na esteira dos

Acesso ao Sumário

artigos 370 e 371 do CPC.

"Art. 370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito.

"Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação do seu convencimento".

É permitido ao juiz o indeferimento da prova.

No mais, o que se vê é que a ré alega que o cerceamento se deu tendo em vista a necessidade de prova oral, não especificada, e prova documental, esta consistente em expedição de ofício à administradora hoteleira (Atalntica Hotels) para comprovar a entrega da unidade e distribuição de valores pela locação.

No entanto, a prova de entrega das chaves independe de ofício à administradora, sendo de sua responsabilidade demonstrar a efetiva entrega.

Lembrando que a empresa indicada como administradora, Atlântica Hotels International (brasil) ltda, que é parte ilegítima para figurar no polo passivo além de não poder ser denunciada.

No mais, não se pode ignorar o documento trazido pela própria apelante, em ação análoga, na qual foi deferido o pedido de ofício à Atlântica que teve como resposta o seguinte:

"... Atlantica Hotels informa que ***não possui informações acerca da data de entrega da unidade habitacional*** *a Sra. Valeria, vez que* ***não controla a relação da construtora com os investidores, cabendo exercer apenas a administração do complexo hoteleiro*** *após a data de início das operações...."* - pág. 504.

Assim, a comprovação da entrega das chaves caberia à ré, nos termos do art. 373, II do CPC, ônus do qual não se desincumbiu.

Não há controvérsia acerca das partes terem firmado Instrumento Particular de Promessa de Compra e Venda e Outros Pactos de Unidade Autônoma, em 18/12/2012, tendo por objeto o apartamento HT0810, do bloco número 01 do empreendimento "Pirelli BCP Hotel, situado na cidade de Santo André e a quitação integral do preço.

Como os autores alegam que não receberam as chaves e a ré não comprova o contrário, a rescisão é de rigor, considerada a culpa do vendedor pelo desfazimento do negócio.

Assim a rescisão determinada na sentença deve ser mantida, ao entender que a requerida não se desincumbiu do ônus que lhe cabia de demonstrar que houve inequívoca entrega das chaves da unidade aos adquirentes.

Resta clara a inadimplência da requerida, que não pode ser afastada pela quitação integral do contrato pelos compradores.

Por outro lado a restituição de valores pagos visam o mero retorno das partes ao "status quo ante".

Desta feita, o autor faz jus à devolução de todos os valores pagos, imedia-

Acesso ao Sumário

tamente e em parcela única, nos termos da súmula 543 do STJ:

Súmula nº 543: "*Na hipótese de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel submetido ao Código de Defesa do Consumidor, deve ocorrer a imediata restituição das parcelas pagas pelo promitente comprador* ***integralmente, em caso de culpa exclusiva do promitente vendedor/construtor****, ou parcialmente, caso tenha sido o comprador quem deu causa ao desfazimento*".

Quanto à alegação de se tratar de patrimônio de afetação, *da leitura dos dispositivos legais mencionados, nada obstante o empreendimento esteja constituído na forma de patrimônio de afetação, o fato não obsta eventual pretensão de rescisão e reparatória*.

Na mesma toada, infundada a alegação de ofensa ao princípio constitucional da função social da empresa, sem qualquer prova que a rescisão implique em prejuízo irreparável à manutenção da atividade empresária, risco à solvabilidade ou inadimplemento junto aos demais credores, sendo certo que o imóvel pode ser revendido.

Também inaplicável a lei 13.786/18, que é posterior ao contrato firmado.

A sentença merece apenas modificação em relação ao pedido de abatimento da multa e incidência dos juros.

Quanto ao pedido de abatimento do valor pago a titulo de multa contratual, deve ser acolhido, devendo ser descontada a quantia paga pela vendedora a título de indenização pelo atraso da obra (cláusula penal), tendo em vista que os compradores desistiram do negócio e as partes retornarão ao *status quo ante*, não se cumprindo o contrato.

E quanto ao computo dos juros moratórios, estes devem incidir a partir do transito em julgado e não da citação.

A questão se encontra pacificada no STJ, que publicou o Tema 1.002 (REsp 1740911/DF) - tese firmada: "*Nos compromissos de compra e venda de unidades imobiliárias anteriores à Lei nº 13.786/2018, em que é pleiteada a resolução do contrato por iniciativa do promitente comprador de forma diversa da cláusula penal convencionada,* ***os juros de mora incidem a partir do trânsito em julgado da decisão***".

Assim, nestes pontos deve ser modificada a sentença, mantida, no mais, assim, como lançada.

Ante o parcial provimento do recurso, não se majoram os honorários, nos termos do art. 85, § 11º do CPC.

Para fins de prequestionamento, observo que a solução da lide não passa necessariamente pela restante legislação invocada e não declinada. Equivale a dizer que se entende estar dando a adequada interpretação à legislação invocada pelas partes, despicienda a menção explícita de dispositivos uma vez encontrada a fundamentação necessária, consoante entendimento consagrado no Eg. Supe-

Acesso ao Sumário

rior Tribunal de Justiça.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso, nos termos supra.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1091512-38.2023.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante BRASILEIROS EM USHUAIA - BRASILEIROS POR AI VIAGENS E TURISMO LTDA., é apelada AEROLINEAS ARGENTINAS S.A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 37ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28825)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores AFONSO CELSO DA SILVA (Presidente) e MARIA SALETE CORRÊA DIAS.

São Paulo, 27 de junho de 2024.

JOSÉ WAGNER DE OLIVEIRA MELATTO PEIXOTO, Relator

Ementa: TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL - Ação Regressiva - Condenação imposta à empresa de turismo, no âmbito do Juizado Especial, de reembolso da quantia despendida pelos consumidores para a aquisição de passagens aéreas - Conquanto não se discuta a natureza de consumo da relação jurídica havida entre a agência de turismo, ora autora, e os autores no processo que tramitou perante o Juizado Especial Cível, tal fato, por si só, não traduz na responsabilidade da transportadora aérea requerida pela restituição do montante pago - Embora, em princípio, a lide naqueles autos tenha por origem o cancelamento de passagens aéreas em virtude dos efeitos da Pandemia de Covid-19, com incidência das normas veiculadas pelas Leis nº 14.034/2020 e 14.046/2020, impende destacar, todavia, que a recusa de sua remarcação se deu por culpa única e exclusiva da parte autora, ora apelante - À luz dos autos nº 1076595-85.2021.8.26.0002, restou evidenciado que a agência de turismo, após o fechamento das fronteiras em razão da Pandemia de Covid-19, ofereceu a remarcação dos voos para o período de "réveillon" do ano de

Acesso ao Sumário

2021, o que foi aceito pelos consumidores, e próximo ao período da viagem, se recusou a honrar o acordo, sob o pretexto de "alteração radical nos preços das passagens aéreas, além de coordenação de todos os prestadores de serviço vislumbrados no pacote adquirido pelos autores" - Ausentes quaisquer elementos de prova idôneos que pudessem demonstrar que a remarcação oferecida aos consumidores tenha sido formalizada à transportadora requerida, aceita e após por esta descumprida, não há base para que o ônus da obrigação de promover o reembolso das quantias pagas deve recair, regressivamente à aérea, mas tão-somente, à parte autora - Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a sentença de fls. 121/124, proferida em 09/02/2023, de relatório adotado, que "J*ULGO[U] IMPROCEDENTE o pedido, carreando à autora as custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados, em 10% do valor atualizado da causa, em favor do patrono da ré*"

Apela a parte autora interpôs apelação (fls. 127/142) alegando, em síntese, que a condenação que lhe fora imposta tem origem em vício no serviço prestado pela empresa transportadora, de sorte que se impõe a recomposição do prejuízo sofrido.

Sem contrarrazões.

É o relatório.

Recurso conhecido. Presentes os pressupostos de admissibilidade recursal. Partes legítimas e regularmente representadas. A apelação, interposta em 11/03/2024, é tempestiva e preparada e sem resposta (fls. 143/144).

A sentença está proferida com fundamentação que segue copiada: "(...*) Decido. O feito comporta julgamento no estado em que se encontra, a matéria em discussão é primordialmente de direito, restringindo-se a fática de documentos. Ademais, as partes não manifestaram interesse em produzir provas ou na designação de audiência para tentativa de conciliação. Incidente a regra do artigo 355, I, do Código de Processo Civil. Cuida-se de ação, na qual a autora busca o ressarcimento quanto aos valores por ela despendidos em virtude de demanda promovida por consumidor. Há nos autos documentos a demonstrar a condenação da autora em ação que tramitou pelo Juizado Especial Cível, condenando-a ao pagamento de R$ 3.914,04, corrigidos a contar do desembolso e acrescidos de juros moratórios a partir da citação (fls. 37), bem como comprovado o pagamento, conforme comprovante de depósito judicial (fls. 43),*

Acesso ao Sumário

sendo declarada extinta a execução (sentença de fls. 48). A solidariedade da condenação reconhecida na quele feito, por si só, não obsta o direito pleiteado pela autora, eis que a relação jurídica em discussão nestes autos é diversa. Consoante disposto no artigo 13, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor: 'Aquele que efetivar o pagamento ao prejudicado poderá exercer o direito de regresso contra os demais responsáveis, segundo sua participação na causação do evento danoso'. A ré operaria voo originalmente contratado e é fato incontroverso o seu cancelamento, supostamente em razão do aumento do preço das passagens. Não obstante, ainda que se cogite não tenha havido prévio aviso do cancelamento e embora configurada a falha na prestação dos serviços da ré, também não há nos autos prova de que tenha a autora auxiliado os consumidores, intermediando a situação para minimizar as consequências. Conforme reconhecido pelo juízo que julgou a ação anterior, a autora deveria ter cumprido o contrato sem transferir qualquer ônus para os clientes (fls. 35). Assim, diferentemente do alegado, a condenação da autora naqueles autos não se deu unicamente por opção dos consumidores de incluí-la no polo passivo daquela e, por se cuidar de responsabilidade solidária dos fornecedores, sua responsabilidade também foi analisada por aquele juízo, sendo oportuna transcrição de excerto da sentença proferida: 'O não atendimento ao dispositivo legal, conforme ocorrido, configura vício na prestação do serviço pela requerida e, portanto, enseja o direito de reembolso ao consumidor, de forma imediata, pois já superada a hipótese do art. 3º, caput, da referida Lei, eis que a impossibilidade de prestação dos serviços se deu apenas ao final do ano de 2022, tratando-se de descumprimento contratual e não de mero imprevisto de cancelamento' (fls. 35). A autora poderia ter oferecido aos consumidores a opção prevista no artigo 3º, §1º e 2º, da já mencionada Lei nº 10.046/20. Outrossim, a justificativa dada pela autora na ação que a condenou foi que, além da alteração radical no preço das passagens aéreas, haveria uma necessidade de coordenação com todos os prestadores de serviço no pacote adquirido (fls. 34). Isso aponta falha nos serviços da autora, a qual não foi destacada na petição inicial representativa de todo contexto fático. Destarte, não se denota culpa imputável exclusivamente à ré. Não se olvide que sobre o direito de regresso, o artigo 934, do Código Civil dispõe: 'Aquele que ressarcir o dano causado por outrem pode reaver o que houver pago daquele por quem pagou, salvo se o causador do dano for descendente seu, absoluta ou relativamente incapaz' e sendo assim, não há nos autos prova segura de que os danos sofridos pelos consumidores, pelos quais a autora foi condenada ao ressarcimento, foram causados exclusivamente pela conduta da ré. Logo, impõe-se a improcedência do pedido".

Conquanto não se discuta a natureza de consumo da relação jurídica havida entre a agência de turismo, ora autora, e os demandantes no feito que tramitou perante o Juizado Especial Cível (autos nº 1076595-85.2021.8.26.0002), tal

Acesso ao Sumário

fato, por si só, não traduz na responsabilidade da transportadora aérea requerida pela restituição do montante pago.

Embora, em princípio, a lide debatida naqueles autos tenha por origem o cancelamento de passagens aéreas em virtude dos efeitos da Pandemia de Civid-19, com incidência das normas veiculadas pelas Leis nº 14.034/2020 e 14.046/2020, impende destacar, todavia, que a recusa de sua remarcação se deu por culpa única e exclusiva da parte autora.

À luz do feito de autos nº 1076595-85.2021.8.26.0002, restou evidenciado que a agência de turismo, após o fechamento das fronteiras em razão da Pandemia de Covid-19, ofereceu a remarcação dos voos para o período de "réveillon" do ano de 2021, o que foi aceito pelos consumidores, e próximo ao período da vigem, se recusou a honrar o acordo, sob o pretexto de "alteração radical nos preços das passagens aéreas, além de coordenação de todos os prestadores de serviço vislumbrados no pacote adquirido pelos autores" (fl. 284).

A despeito do eventual aumento da tarifa aérea, ausentes quaisquer elementos de prova idôneos que pudessem demonstrar que a remarcação oferecida aos consumidores tenha sido formalizada à transportadora requerida, aceita e após descumprida (artigo 373, I, do CPC), não há que discutir que o ônus da obrigação de promover o reembolso das quantias pagas deve recair, tão-somente, à parte autora.

Por fim, outros fundamentos são dispensáveis diante da adoção integral do que foi deduzido na r. sentença, aqui expressamente adotados para evitar desnecessária repetição, nos termos do artigo 252, do Regimento Interno deste egrégio Tribunal de Justiça.

Diante do exposto, pelo meu voto, **nego provimento** ao recurso.

Acesso ao Sumário

SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

Agravos de Instrumento

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2033540-68.2024.8.26.0000, da Comarca de Guariba, em que é agravante ANDRÉ LUIS CESTARI, é agravado EKTT 9 SERVIÇOS DE TRANSMISSÃO DE ENERGIA ELÉTRICA SPE S.A.

ACORDAM, em 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Agravo de instrumento provido, V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17.398)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores KLEBER LEYSER DE AQUINO (Presidente), JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA e MARREY UINT.

São Paulo, 14 de maio de 2024.

KLEBER LEYSER DE AQUINO, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – SERVIDÃO ADMINISTRATIVA – PASSAGEM DE LINHA DE TRANSMISSÃO – Decisão que deferiu a imissão provisória na posse condicionada ao depósito do valor ofertado – Pleito de reforma da decisão diante da necessidade de avaliação judicial prévia – Cabimento – A indenização decorrente de servidão de passagem se dá nos termos do Dec. Lei Fed nº 3.365, de 21/06/1941 – Deferimento de imissão provisória na posse que deve observar a justa e prévia indenização em dinheiro – Necessidade de avaliação judicial prévia reconhecida na Súm. nº 30, de 07/12/2010, deste TJ/SP – Decisão reformada – Agravo de Instrumento provido para condicionar a imissão provisória na posse à realização de avaliação judicial prévia e ao depósito do valor complementar da oferta, se houver.

VOTO

Trata-se de **agravo de instrumento** interposto por **André Luis Cestari**

Acesso ao Sumário

contra a r. decisão (fls. 194/196 dos autos principais), proferida nos autos da **AÇÃO DE INSTITUIÇÃO DE SERVIDÃO ADMINISTRATIVA FUNDADA EM DECLARAÇÃO DE UTILIDADE PÚBLICA**, ajuizada por **Ektt9 Serviços de Transmissão de Energia Elétrica SPE S/A** em face do agravante, que deferiu a **liminar** para autorizar a imissão provisória na posse da agravada, condicionada ao depósito do valor ofertado.

Alega o agravante no presente recurso (fls. 01/14), em síntese, que o deferimento da liminar não pode se basear em avaliação unilateral e administrativa, devendo ser precedida de avaliação judicial prévia. Aponta violação do princípio da ampla defesa e a observância do disposto na Súmula nº 30, de 07/12/2010, deste Tribunal de Justiça. Aduz que a declaração pública utilizada nestes autos é genérica, não identifica a matrícula atingida, não aponta de maneira clara quais áreas foram declaradas de utilidade pública. Defende a necessidade de perícia prévia judicial para os fins de identificação da área, e se realmente está declarada de utilidade pública.

Com tais argumentos pediu a concessão do efeito suspensivo, para sobrestar a imissão da agravada na posse do imóvel e, ao final, o provimento do presente agravo de instrumento para a reforma da r. decisão atacada, e manter o agravante na posse do imóvel até que se conclua a avaliação judicial e prévia do imóvel (fls. 17/22).

O efeito suspensivo foi **deferido** em segunda instância, por este Relator (fls. 21/26).

Em contraminuta (fls. 33/43), alega a agravada, em síntese, que não é necessária a realização de avaliação judicial prévia no caso de servidão administrativa, na medida em que não implica em perda da propriedade, mas uma mera restrição do uso da área serviente. Aponta que os Tribunais Superiores já pacificaram o entendimento de que em sede de ação de constituição de servidão administrativa, a imissão provisória na posse prescinde de avaliação judicial prévia. Sustenta que o depósito prévio não importa o pagamento definitivo e justo, pois a indenização devida poderá ser posteriormente discutida ao final do processo. Aduz que deve ser considerado o interesse público envolvido na lide e da necessidade de ser cumprido o cronograma traçado para o cumprimento do contrato administrativo.

O recurso é tempestivo.

Relatado de forma sintética, passo a fundamentar e decidir.

Atendidos aos requisitos necessários para conhecimento, como já exposto na análise inicial do presente agravo de instrumento.

Trata-se de **ação de instituição de servidão administrativa fundada em declaração de utilidade pública**, com o fim de implantação, operação e manutenção das Linhas de Transmissão Nova Ponte 3 - Araraquara 2, C1 e C2, circuito simples, 500 kV, com aproximadamente 296 (duzentos e noventa e seis)

Acesso ao Sumário

km de extensão, que interligarão a Subestação Nova Ponte 3 à Subestação Araraquara 2, localizadas nos municípios de Nova Ponte, Uberaba e Conquista, Estado de Minas Gerais, e nos municípios de Igarapava, Aramina, Buritizal, Ituverava, Guará, São Joaquim da Barra, Orlândia, Morro Agudo, Pontal, Pitangueiras, Sertãozinho, Jaboticabal, Guariba, Dobrada, Matão e Araraquara, Estado de São Paulo, nos termos do Contrato de Concessão nº 007/2.022 da Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, e da Resolução Autorizativa nº 13.580, 31/01/2023, esta última declarando de utilidade pública para fins de instituição de servidão administrativa, em favor da agravada, as áreas de terras necessárias à implantação do empreendimento e autorizando a invocação do caráter de urgência para fins de imissão provisória na posse do bem, nos termos do artigo 15 do Decreto-Lei Federal nº 3.365, de 21/06/1941.

Nos termos do artigo 40 do Decreto-Lei Federal nº 3.365, de 21 de junho de 1941[1], a constituição de servidão deve ser dar mediante indenização na forma do referido decreto.

O artigo 15, parágrafo 1º, do mesmo normativo[2], prevê a possibilidade de o juiz determinar a imissão provisória na posse caso o expropriante alegue urgência e deposite a quantia arbitrada na forma do artigo 874 do Código de Processo Civil vigente[3].

Tal previsão legal dever ser interpretada em sintonia com o artigo 5°, inciso XXIV, da Constituição Federal, que prevê:

> Art. 5º. (...)
> XXIV. a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante **justa e prévia indenização em dinheiro**, ressalvados os casos previstos nesta Constituição; (negritei)

1 Art. 40. O expropriante poderá constituir servidões, mediante indenização na forma desta lei.

2 Art. 15. Se o expropriante alegar urgência e depositar quantia arbitrada de conformidade com o art. 685 do Código de Processo Civil, o juiz mandará imití-lo provisoriamente na posse dos bens;
§ 1º. A imissão provisória poderá ser feita, independente da citação do réu, mediante o depósito: (Incluído pela Lei nº 2.786, de 1956)
a) do preço oferecido, se este for superior a 20 (vinte) vezes o valor locativo, caso o imóvel esteja sujeito ao imposto predial; (Incluída pela Lei nº 2.786, de 1956)
b) da quantia correspondente a 20 (vinte) vezes o valor locativo, estando o imóvel sujeito ao imposto predial e sendo menor o preço oferecido; (Incluída pela Lei nº 2.786, de 1956)
c) do valor cadastral do imóvel, para fins de lançamento do imposto territorial, urbano ou rural, caso o referido valor tenha sido atualizado no ano fiscal imediatamente anterior; (Incluída pela Lei nº 2.786, de 1956)
d) não tendo havido a atualização a que se refere o inciso c, o juiz fixará independente de avaliação, a importância do depósito, tendo em vista a época em que houver sido fixado originalmente o valor cadastral e a valorização ou desvalorização posterior do imóvel. (Incluída pela Lei nº 2.786, de 1956).

3 Art. 874. Após a avaliação, o juiz poderá, a requerimento do interessado e ouvida a parte contrária, mandar:
I. reduzir a penhora aos bens suficientes ou transferi-la para outros, se o valor dos bens penhorados for consideravelmente superior ao crédito do exequente e dos acessórios;
II. ampliar a penhora ou transferi-la para outros bens mais valiosos, se o valor dos bens penhorados for inferior ao crédito do exequente.

Acesso ao Sumário

Dos textos supra, interpretados conjuntamente, pode se concluir que, além do **pedido de urgência**, a imissão provisória na posse deve ser **precedida do depósito em dinheiro** no valor mais próximo do valor da indenização, **o que só será obtido com a realização de avaliação prévia por perito judicial.**

Diante de tal quadro, permitir a imissão provisória na posse, com base apenas no valor da oferta, resultante de uma avaliação unilateral da agravada, pode não indicar a proximidade ou acerto da justa e prévia indenização.

Aliás, neste sentido é a Súmula nº 30, de 07/12/2010, deste Tribunal de Justiça:

> Súmula 30. **Cabível sempre avaliação judicial prévia** para **imissão na posse** nas desapropriações. (negritei)

Vale ressaltar que apesar da demanda principal tratar de constituição de servidão administrativa, que apenas limita a posse e a propriedade do bem, e não de desapropriação, não há dúvida de que aquela também se submete à regra da prévia e justa indenização, sendo necessária a realização de avaliação prévia, por meio de perito judicial para se apurar o valor da indenização.

Neste sentido são os julgados desta E. Corte:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. SERVIDÃO ADMINISTRATIVA. IMISSÃO PROVISÓRIA NA POSSE. NECESSIDADE DE AVALIAÇÃO PRÉVIA. Laudo particular unilateral que não substitui a perícia judicial. Precedentes. Decisão reformada. Recurso provido.**(Agravo de Instrumento 2042123-42.2024.8.26.0000; Rel. Des. Fernão Borba Franco; Órgão Julg.: 7ª Câm. de Dir. Púb.; Data do Julg.: 03/04/2024; Data de Reg.: 03/04/2024)**
>
> AGRAVO DE INSTRUMENTO. SERVIDÃO ADMINISTRATIVA. R. DECISÃO AGRAVADA QUE DEFERIU O PEDIDO DE IMISSÃO PROVISÓRIA NA POSSE, MEDIANTE DEPÓSITO, PORÉM SEM AVALIAÇÃO PRÉVIA. Pleito pela agravante de reforma. ACOLHIMENTO DA PRETENSÃO RECURSAL. Art. 15 "caput" e §1º do Decreto-Lei nº 3.365/1941 que prevê a imissão provisória com urgência mediante depósito. Depósito que, no entanto, pressupõe avaliação prévia. Precedente do STJ e desta C. Corte de Justiça. Necessidade, no caso, de avaliação prévia para fins de depósito e, posterior, imissão na posse. RECURSO PROVIDO. **(Agravo de Instrumento 2021757-79.2024.8.26.0000; Rel. Desª. Flora Maria Nesi Tossi Silva; Órgão Julg.: 13ª Câm. de Dir. Púb.; Data do Julg.: 27/03/2024; Data de Reg.: 27/03/2024)**

De rigor, pois, a reforma da decisão agravada.

Ante o exposto, **DOU PROVIMENTO** ao presente **agravo de instrumento**, para **condicionar** a imissão provisória na posse à **realização de avaliação judicial prévia** e ao depósito do valor total avaliado.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2013048-55.2024.8.26.0000, da Comarca de Altinópolis, em que são agravantes ALTAIR DONIZETE FERREIRA e MARIA DA PENHA VITOR FERREIRA, é agravado MUNICÍPIO DE ALTINÓPOLIS.

ACORDAM, em 18ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 55.350)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI (Presidente), BEATRIZ BRAGA e HENRIQUE HARRIS JÚNIOR.

São Paulo, 23 de maio de 2024.

WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DECLARATÓRIA C/C OBRIGAÇÃO DE FAZER E PEDIDO DE TUTELA DE URGÊNCIA – ITBI – Permuta de imóveis sem torna – Insurgência dos agravantes quanto ao valor aferido pelo município a título de ITBI – Descabimento – Questão prévia a ser analisada – Município que aponta substancial divergência e falta de identidade entre os valores da transação, o que poderia indicar incidência de ITCMD – Decisão mantida – Recurso desprovido.

VOTO

Vistos.

ALTAIR DONIZETE FERREIRA E MARIA DA PENHA VITOR FERREIRA, nos autos da ação de execução fiscal (proc. nº 1001626-08.2023.8.26.0042 , do E. Setor de Execuções Fiscais da Comarca de Altinópolis), que lhes move a **PREFEITURA MUNICIPAL DE ALTINÓPOLIS**, interpõem recurso de agravo de instrumento contra decisão do MM. Juiz de Direito da Vara referida, que, em síntese, indeferiu o pedido de tutela de urgência que possibilitaria o registro de Escritura de Permuta de imóvel, sob fundamento de ausência dos requisitos legais necessários à concessão da tutela. Em suas razões, ressaltam que há perigo de dano ao resultado útil do processo, porquanto a recusa do registro os impede de auferir renda com o imóvel permutado. Asseveram que, em favor de suas teses, há jurisprudência consolidada nos Tribunais Superiores – Temas 1.124 do STF e 1.113, do STJ e que o indeferimento

Acesso ao Sumário

da liminar lhes impõe prejuízo, porquanto impedidos de realizar Contratos de Comodato, Cédula de produtor rural e parceria agroflorestal com terceiros. Pleiteiam, ainda, a garantia do juízo mediante caução para possibilitar a concessão da medida.

Indeferida a liminar (fls. 40/42).

Foi determinada a imediata ida dos autos à Mesa.

É o relatório.

Malgrado o zelo e a combatividade do digno advogado dos agravantes, entende-se, com a devida vênia, que o presente recurso *não reúne condições de ser provido.*

Senão, vejamos.

Como se observa, os agravantes ajuizaram Ação Declaratória c/c Cominatória de Obrigação de Fazer, em face do município de Altinópolis, postulando o registro de escritura pública de permuta de imóvel sob fundamento de que celebraram contrato de permuta de propriedades rurais com terceiros, sem onerosidade, ou seja, sem qualquer pagamento em espécie. Ressaltam que, a despeito da equivalência de valores dos imóveis – R$ 1.900.000,00 (um milhão e novecentos mil reais) quando da recolha do ITBI foram cobrados pelo município em valor muito superior àquele indicado na negociação, sob fundamento de que a base de cálculo do tributo deveria adotar por parâmetro aquele indicado pelo Instituto de Economia Agrícola de Secretaria de Agricultura e Abastecimento do Estado de São Paulo – IEA, perfazendo R$ 4.752.792,09 (quatro milhões, setecentos e cinquenta e dois mil, setecentos e noventa e dois reais e nove centavos), valor posteriormente reduzido para R$ 4.401.707,35 (quatro milhões, quatrocentos e um mil, setecentos e sete reais e trinta e cinco centavos). Diante de tais fatos, estariam impedidos de efetuar o registro pelo valor que entendem devido e, por consequência, impedidos de explorar financeiramente o imóvel permutado.

Pois bem.

Insurgem-se os agravantes contra a postura da municipalidade que os estaria impedindo de registrar escritura pública de permuta.

Sem razão, contudo.

Da natureza do negócio jurídico estabelecido pelas partes, tem-se que a permuta se caracteriza pela simultaneidade dos atos translatícios da propriedade, sendo um negócio bilateral, de obrigações mútuas entre as partes e, ainda, oneroso.

Neste sentido, por representar transferência onerosa e sem torna, a permuta se sujeita ao recolhimento de ITBI, a ser aferido pelo município onde localizado o imóvel.

Neste sentido, a Constituição Federal estatui em seu art. 156:

"Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:

Acesso ao Sumário

(...)

II - transmissão "inter vivos", a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição;"

Assim, tem-se que a base de cálculo do ITBI é o valor do imóvel transmitido em condições normais de mercado, a ser declarado pelo contribuinte em presunção de veracidade.

Todavia, também é possível ao município eventual aferição de valores devidos, nos exatos termos do que dispõe o art. 148, do CTN: *"Quando o cálculo do tributo tenha por base, ou tome em consideração, o valor ou o 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 os esclarecimentos prestados, ou os documentos expedidos pelo sujeito passivo ou pelo terceiro legalmente obrigado, ressalvada, em caso de contestação, avaliação contraditória, administrativa ou judicial.*

No presente caso, tem-se que a fixação da base de cálculo se baseia na legislação municipal, mais especificamente no Decreto nº 155, de 06 de dezembro de 2018, que em seu art. 9º disciplina:

Art. 9º Nos termos do art. 266, da Lei 672/1993 – CTM, para fins de lançamento do ITBI, a base de cálculo é o valor pactuado no negócio jurídico ou o valor venal atribuído ao imóvel ou ao direito transmitido, se este for maior.

Parágrafo Único. Para fins deste artigo, considera-se valor venal o valor pelo qual o bem ou direito seria negociado à vista, em condições normais de mercado.

Todavia, como bem pontuado pelo magistrado a quo, há questão que antecede a discussão acerca da incidência de percentual devido a título de ITBI.

Isso porque o Município questiona a identidade dos valores atribuídos pelas partes na transação. Neste sentido, tem-se que a municipalidade teria apontado discrepância entre o valor declarado R$ 1.900.000,00 (um milhão e novecentos mil reais) e o aferido pelo município de R$ 4.401.707,35 (quatro milhões, quatrocentos e um mil, setecentos e sete reais e trinta e cinco centavos), valor este a que se chegou após procedimento administrativo de apuração de valores.

Ora, não se podendo aferir de plano e com precisão os corretos valores, não se é possível aferir qual tributo incidente sobre a transação, se ITBI ou ITCMD.

Neste sentido, bem salientou o douto magistrado, em sua r. decisão: "*(...) os próprios autores admitem a não identidade dos valores venais, ao indicarem que 'os próprios valores venais dos imóveis permutados, que se obtém pelos valores da terra nua extraídas do IMPOSTO TERRITORIAL RURAL dos exer-*

Acesso ao Sumário

cícios de 2021 e 2022, muito embora sejam maiores que os constantes nos documentos supra mencionados não possuem valores exorbitantes, comparados com as decisões pareceres do município requerido' (fls. 07). **Desta forma, não sendo idênticos, admitiriam os próprios requerentes a incidência de ITCMD, em razão da doação que possivelmente ocorreria**" (negritei).

Assim, não se descura da inclinação jurisprudencial trazida pelos Temas 1.124, do STF e 1.113, do STJ, em especial quanto à incidência de ITBI, base de cálculo e presunção de veracidade dos valores declarados pelo contribuinte. Todavia, pendente conclusão definitiva acerca da equivalência de valores indicados na transação, o que conferiria grau de certeza sobre qual imposto efetivamente a ser cobrado, prematura a discussão acerca da incidência dos citados Temas ao caso concreto.

Desta forma, não se vê, com a devida vênia, como reformar-se o entendimento do ínclito Juízo de primeiro grau, impondo-se a *manutenção* da r. decisão.

Com isto, **nega-se provimento** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2111396-11.2024.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante MAPFRE SEGUROS GERAIS S.A., são agravados FUNDAÇÃO PARA O DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO - FDE e PLANER ENGENHARIA LTDA.

ACORDAM, em 13ª 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 32.403)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA (Presidente) e ISABEL COGAN.

São Paulo, 22 de maio de 2024.

RICARDO ANAFE, Relator

Ementa: Agravo de Instrumento – Direito Processual Civil.

Decisum **em ação de rito comum, que afastou a alegada prescrição sob o fundamento de que, em se tratando de ação de cobrança de multa administrativa, o prazo prescricional aplicável é o prazo quinquenal (Decreto nº 20.910/1932), contado a partir da data em que a multa se tornou exigível – Contrato de seguro**

Acesso ao Sumário

aderente ao contrato decorrente da adjudicação do objeto da licitação, regrado na forma do direito público – Pretende a agravante seja aplicado, na espécie, o prazo prescricional ânuo previsto no Código Civil (artigo 206, § 1º, II, "b") – Em verdade, o propósito recursal consiste em determinar o termo inicial do prazo prescricional da pretensão do segurado em face da seguradora – Entendimento pacificado do Colendo Superior Tribunal de Justiça "segundo o qual o termo inicial do prazo prescricional seria o momento da recusa de cobertura pela seguradora, ao fundamento de que só então nasceria a pretensão do segurado em face da seguradora" (REsp nº 1970111/MG, Relatora Ministra Nancy Andrighi, DJe 30/03/2022) – Decisão mantida, para afastar a prescrição.
Nega-se provimento ao recurso interposto.

VOTO

1. Cuida-se de agravo de instrumento interposto contra decisão proferida pela MM. Juíza de Direito da 12ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de São Paulo que, nos autos da ação de cobrança pelo rito ordinário proposta pela Fundação para o Desenvolvimento da Educação FDE em face de Planer Engenharia Ltda. e Mapfre Seguradora de Garantias e Crédito S/A., **afastou a alegada prescrição** ao fundamento de que, em **"se tratando de cobrança de multa administrativa, o prazo prescricional aplicável é o prazo quinquenal (Decreto nº 20.910/1932), contado a partir da data em que a multa se tornou exigível**" (fl. 102). Aduz a agravante, em síntese, que com o conhecimento do sinistro é que surgiu para a FDE o direito de pleitear junto à Seguradora o pagamento da indenização que seria devida pela ocorrência de risco garantido pelo contrato de seguro e que a pretensão está sujeita à aplicação do prazo prescricional ânuo previsto no Código Civil (artigo 206, § 1º, II, "b"). Postula a concessão de efeito suspensivo e, no mérito, a reforma do *decisum*, a fim de "se reconhecer a prescrição da pretensão da FDE e, por conseguinte, extinguir o processo principal com fundamento no artigo 487, II, do Código de Processo Civil" (fl. 24).

Dispensadas informações e manifestação da parte adversa, o recurso está em termos para julgamento.

É o relatório.

2. O recurso não merece provimento.

Cuida-se, na origem, de ação de rito comum, em que a Fundação para o Desenvolvimento da Educação – FDE relata ter realizado procedimento licitatório e, ao final, firmado contratos com a Planer Engenharia Ltda., para a refor-

ma de duas escolas. Afirma a autora que a Planer atrasou a entrega das obras, razão pela qual foram impostas duas multas, referentes a cada contrato, no valor total de R$97.120,13 (noventa e sete mil, cento e vinte reais e treze centavos). Intimada para o pagamento, a corré Planer manteve-se inerte, razão pela qual a Mapfre, com quem havia sido firmado contrato de seguro garantia para a garantia dos contratos celebrados com a Planer foi avisada do sinistro, mas também não efetuou o pagamento da multa. Assim, a FDE propôs a ação em face da Seguradora e da Planer, requerendo, em síntese, a condenação *i)* da Seguradora ao pagamento do valor de R$52.767,72, que seria o limite máximo de indenização previsto na apólice de seguro garantia, e *ii)* da Planer ao pagamento de R$44.352,41, que é o valor remanescente da multa. Subsidiariamente, requereu a condenação da Planer ao valor integral da multa, ou seja, de R$97.120,13.

Como se vê dos autos principais, a fl. 450 foi proferida decisão saneadora, por meio da qual determinou-se que a preliminar de ilegitimidade passiva suscitada pela Mapfre seja apreciada com o mérito. Opostos embargos de declaração pela ora agravante, foi proferida a decisão de fl. 816 com apreciação da prejudicial de mérito no tocante à alegada prescrição. Contra essa decisão insurge-se a Seguradora.

Pois bem.

A par do fundamento lançado pela MM. Juíza *a quo*, é fato que, na espécie, *in thesis*, não se sucedeu o transcurso do prazo ânuo do Código Civil[1] previsto no artigo 206, § 1º, II, "b", aplicável às pretensões entre segurado e seguradora. Isso porque os contratos foram celebrados em 2008, com prazo de entrega das obras fixado em 90 (noventa) dias (fl. 29/42 dos autos principais) e diante do alegado descumprimento pela Planer, a FDE em outubro de 2010, procedeu a abertura de Processos Administrativos, para apuração dos fatos e aplicação de eventual multa pelo descumprimento contratual (fl. 44 e 149/150 daqueles autos). Em razão da apólice de seguro garantia oferecida pela Planer para garantir o cumprimento dos referidos contratos, **a FDE notificou a Mapfre em 03/08/2016 para que fosse realizado o pagamento de indenização securitária correspondente ao valor das multas aplicadas à Planer** (fl. 82/83 e 206/207). Ocorre que a Seguradora silenciou quanto à eventual negativa da cobertura securitária em questão, motivo pelo qual não se pode considerar iniciado o transcurso do prazo prescricional tão somente com a ciência do sinistro.

No que diz respeito, especificamente, aos contratos de seguro, quanto ao prazo prescricional, inicialmente sob a égide do Código Civil/1916, prevaleceu a tese de que o termo inicial deveria ser a data do próprio sinistro, evoluindo, posteriormente, para o entendimento de que o termo *a quo* do prazo prescricional seria não a data do sinistro em si, mas a data do conhecimento do sinistro

1 **Art. 206. Prescreve: § 1º Em um ano: (...) II – a pretensão do segurado contra o segurador, ou a deste contra aquele, contado o prazo: (...) b) quanto aos demais seguros, da ciência do fato gerador da pretensão;"**

Acesso ao Sumário

pelo segurado (REsp 59.352/SP). Todavia, o Colendo Superior Tribunal de Justiça, assentou a tese de que não poderia transcorrer prazo prescricional algum enquanto a seguradora não decidisse o pleito indenizatório endereçado a ela pelo segurado.

Nesse norte, o pedido administrativo feito ao segurador suspenderia o prazo prescricional, que seria retomado com a eventual recusa de cobertura (*v.g.* AgRg no Ag 590.716/MG, julgado em 26/10/2006; REsp 160.311/SP, julgado em 22/05/2001). Tal entendimento acabou consolidado no enunciado Súmula 229 do STJ, aprovada sob a égide do CC/1916: "**O pedido do pagamento de indenização à seguradora suspende o prazo de prescrição até que o segurado tenha ciência da decisão**".

Entretanto, *in casu*, não vinga a alegação da agravante quanto à aplicação da Súmula 229 (STJ), de que "**se o aviso do sinistro suspende o decurso do prazo prescricional, é óbvio que este prazo já estava em curso, Seu início, como parece lógico, ocorre quando da ciência do fato gerador da pretensão pelo segurado, na forma da alínea "b" do inciso II do § 1º do art. 206 do Código Civil**" (fl. 15), na medida em que a ideia deve ser completada, pondo uma pá de cal, de vez, acerca da questão, porquanto o mesmo Colendo Superior Tribunal de Justiça passou a perfilhar **a tese segundo a qual o termo inicial do prazo prescricional seria o momento da recusa de cobertura pela seguradora, ao fundamento de que só então nasceria a pretensão do segurado em face da seguradora.** A propósito: REsp 207.789/RJ, julgado em 27/06/2001, DJ 24/09/2001; REsp 227.792/SP, julgado em 04/05/2000, DJ 21/08/2000; REsp 305.746/MG, julgado em 26/08/2003, DJ 08/09/2003; dentre outros.

A respeito, peço vênia para transcrever a ementa de elucidativo julgado daquela Corte Superior, de relatoria da eminente Ministra Nancy Andrighi, *in verbis*:

> **"CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COBRANÇA. INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA. SEGURO DE DANO. PRESCRIÇÃO. SEGUROS EM GERAL. TERMO INICIAL DO PRAZO PRESCRICIONAL. RECUSA DA SEGURADORA. 1. Recurso especial interposto em 02/03/2021 e concluso ao gabinete em 28/10/2021. 2. O propósito recursal consiste em determinar o termo inicial do prazo prescricional da pretensão do segurado em face da seguradora nos contratos de seguro em geral. 3. A prescrição tem como termo inicial do transcurso do seu prazo o nascimento da pretensão (teoria da *actio nata*). Somente a partir do instante em que o titular do direito pode exigir a sua satisfação é que se revela lógico imputar-lhe eventual inércia em ver satisfeito o seu interesse. 4. Com relação aos seguros em geral, na vigência do CC/16, a Segunda Seção assentou a tese de que não poderia transcorrer prazo prescricional algum enquanto a seguradora não decidisse o pleito indenizatório endereçado a ela pelo segurado. Editou-se, assim, o enunciado da Súmula 229. Todavia, ainda na**

vigência desse diploma civilista, passou a jurisprudência do STJ a perfilhar a tese segundo a qual o termo inicial do prazo prescricional seria o momento da recusa de cobertura pela seguradora, ao fundamento de que só então nasceria a pretensão do segurado em face da seguradora. 5. Com o advento do CC/02, alterou-se a redação da alínea "b" do II do § 1º do art. 206, estabelecendo como termo inicial do prazo prescricional a data da ciência do "fato gerador da pretensão". A interpretação desse dispositivo em conjunto com o estabelecido no art. 771 do mesmo diploma legal conduz à conclusão de que, antes da regulação do sinistro e da recusa de cobertura nada pode exigir o segurado do segurador, motivo pelo qual não se pode considerar iniciado o transcurso do prazo prescricional tão somente com a ciência do sinistro. Por essa razão, é, em regra, a ciência do segurado acerca da recusa da cobertura securitária pelo segurador que representa o "fato gerador da pretensão". 6. Na hipótese, o Tribunal de origem considerou como termo inicial da prescrição a data do sinistro. Todavia, o prazo prescricional apenas começa a fluir com a ciência do segurado quanto à negativa da cobertura securitária, de modo que a pretensão do recorrente não está fulminada pela prescrição. 7. Recurso especial conhecido e provido." (REsp 1970111/MG, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgamento em 15/03/2022, DJe 30/03/2022). (g.n.)

Colhe-se trecho do voto:

"(...) Assim, com bem adverte Humberto Theodoro Júnior, "vê-se da sequência dos acórdãos do STJ que, mesmo antes da vigência do Código de 2002, vários julgados já consideravam, segundo a teoria da *actio nata*, o prazo ânuo de prescrição da ação do segurado contra a seguradora como só iniciado depois da recusa de pagamento da cobertura contratual, e não desde a data da ciência do sinistro" (THEODORO JÚNIOR, Humberto. Contrato de seguro. Ação do segurado contra o segurador. Prescrição. Revista dos Tribunais, v. 101, n. 924, out. 2012, p. 102). (...)" (g.n)

In casu, o sinistro ocorreu em 2008, os processos administrativos de nº 05/00347/10 e 05/00360/10, abertos para apuração das multas, foram concluídos em 16/04/2014 e 25/04/2015, respectivamente, a Mapfre foi notificada em 04/08/2016 do sinistro, quedando-se inerte acerca da eventual recusa da cobertura e a ação principal foi proposta em 19/04/2017, não havendo falar em prescrição da pretensão, pois esta apenas surgiria com a ciência da autora acerca da negativa da Seguradora, o que não se verificou.

Assim, em que pese a discussão quanto à aplicação ou não do prazo prescricional quinquenal (Decreto nº 20.910/1932), tendo em vista que o seguro garantia vincula-se necessariamente a um contrato principal, na hipótese, ao contrato público[2], vale observar que diante da ausência de ciência do segurado

Acesso ao Sumário

2 **Sem dúvida, a relação securitária é típica do direito civil, com enfoque privado. No entanto,**

quanto à negativa da cobertura securitária, não há falar em transcurso do prazo prescricional ânuo (artigo 206 do Código Civil), como pretende a agravante.

Nessa esteira, outra não é a solução, senão o desprovimento recursal, mantendo-se a respeitável decisão agravada, arredando-se a prescrição.

3. À vista do exposto, pelo meu voto, nego provimento ao recurso interposto.

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1500011-58.2016.8.26.0142, da Comarca de Colina, em que é apelante PRADO DE CARVALHO ORMELEZE & GIORGIO ADVOGADOS, é apelado ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso, com determinação. V.U. sustentou oralmente o Doutor Lucas Joaquim Grella", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.687)**

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

São Paulo, 25 de abril de 2024.

ROBERTO MAIA, Relator

Ementa: APELAÇÃO. Execução fiscal. Sentença extinguindo a execução pela renúncia ao crédito da Fazenda, com fundamento no art. 924, inciso IV do Código de Processo Civil, sem a condenação em honorários advocatícios. Recurso requerendo honorários. Sem razão. 1) Ausência de renúncia expressa ou tácita

Acesso ao Sumário

na hipótese, o contrato decorre de licitação, com cláusula específica de seguro de efetividade da obra contratada, sendo, pois, garantidora da realização do objeto do certame. Desta feita, o contrato de seguro, por consequência lógica, guarda liame de aderência àquele que lhe deu origem, consectário da adjudicação, ou seja, o contrato de seguro adere ao contrato principal, emergindo daí a responsabilidade da seguradora, tanto que na nova legislação dos certames a seguradora pode adimplir o objeto da contratação diretamente, efetivando, por tal, a obra adjudicada, *in exemplis.* Nesses termos, invariavelmente, o contrato de seguro ostenta o perfil de negócio jurídico de direito público com relação ao segurado e a seguradora, azo pelo qual a prescrição fincada está no Decreto nº 20.910/32, no que atine à seguradora e o segurado, mantendo-se o feitio civil exclusivamente quanto as figuras de tomador e seguradora.

ta pela executada e seus patronos quanto ao direito de recorrer que impede a supressão do prazo recursal (art. 1.000 do CPC). Determinação para a zelosa escrevania de primeira instância tornar sem efeito a certidão de trânsito em julgado. Recurso tempestivo; 2) Honorários advocatícios já fixados no máximo legal no âmbito dos embargos à execução. Impossibilidade de fixação de novos honorários nesta ação diante dos limites de repercussão recíproca entre as ações. Tema Repetitivo nº 587 do STJ. Recurso desprovido, com determinação.

VOTO

RELATÓRIO:

Trata-se de execução fiscal ajuizada pela Fazenda Pública do Estado de São Paulo em face de *Companhia Energética São Jose* objetivando a execução de multa ambiental por "*ter se beneficiado da queima de palha de cana-de-açúcar ocorrida na Fazenda Santa Maria na data de 20/08/13*". Atribuiu-se à causa o valor de R$ 226.080,00 para outubro de 2016.

Sobreveio sentença a fls. 303, cujo relatório se adota, extinguindo a execução pela renúncia ao crédito da Fazenda, com fundamento no art. 924, inciso IV do Código de Processo Civil, determinando a certificação do trânsito em julgado na data da publicação da r. sentença por preclusão lógica e deixando de condená-la em honorários advocatícios.

Opostos embargos declaratórios pelo apelante a fls. 310/314, sobreveio a r. decisão a fls. 316 acolhendo-os para fixar honorários advocatícios, por equidade, em R$ 1.500,00.

Diante a oposição de novos embargos de declaração pelo apelante a fls. 320/325, sobreveio a r. decisão a fls. 326 revogando a r. decisão a fls. 316 e considerando ambos os embargos intempestivos, diante do já certificado trânsito em julgado da r. sentença

O escritório representante da executada apelou a fls. 330/346 requerendo a condenação da apelada em honorários advocatícios em 10% sobre o valor da execução. Em suas razões sustenta que: **(A)** a nulidade da r. sentença suprimir o direito de recorrer da executada ou seus patronos, uma vez que eles nunca renunciaram este direito; **(B)** não houve o cancelamento administrativo voluntário pela Fazenda, uma vez que a ausência de crédito advém da procedência dos embargos à execução; **(C)** há a necessidade de arbitrar honorários em favor do escritório apelante em 10% sobre o valor atualizado da execução.

A apelada apresentou contrarrazões a fls. 361/373.

Acesso ao Sumário

Oposição ao julgamento virtual manifestado pelos apelantes a fls. 382.

FUNDAMENTAÇÃO:

Ab initio, verifica-se que houve o recolhimento do preparo a fls. 347/348, complementado a fls. 395/396 por determinação deste relator.

A apelo é tempestivo desde que o artigo 1.000 do CPC somente admite a supressão do direito de a parte recorrer no caso dela "*aceitar expressa ou tacitamente a decisão*". Contudo, não se verifica essa aceitação por parte da executada ou seus patronos.

Assim, declaro a nulidade da certidão de trânsito em julgado lavrada a fls. 306, determinando que a zelosa escrevania de primeira instância a torne sem efeito e, por tal razão, reputo como tempestivo o presente recurso.

Apreciando o apelo, no presente caso, a r. decisão a fls. 298 deu ciência às partes do julgamento definitivo dos embargos à execução opostos pelos executados (1000482-97.2017.8.26.0142) que declarou a nulidade do auto de infração ambiental e extinguiu o crédito perseguido nesta execução.

A Fazenda apelada peticionou a fls. 302, então, informando o cancelamento administrativo do débito e requerendo a extinção da execução.

Nesse contexto foi prolatada a r. sentença reconhecendo a renúncia ao crédito e extinguindo a execução com base no artigo 924, IV do CPC, sem a fixação de honorários advocatícios.

Pois bem.

A irresignação do prestigioso escritório apelante se restringe à necessidade da fixação de honorários em seu favor, por aplicação do Tema Repetitivo nº 587 do STJ.

De fato, no C. STJ já se entendeu que, pelos embargos à execução possuírem natureza de ação incidental, não se pode compensar os honorários fixados neles com aqueles arbitrados na própria execução. Contudo, nesta mesma Corte Superior também se entendeu que as ações são só relativamente autônomas, não sendo possível que a cumulação dos honorários ultrapasse o limite legal.

Todas essas conclusões são extraídas exatamente do **Tema Repetitivo 587 do STJ**, *in verbis*:

a) Os embargos do devedor são ação de conhecimento incidental à execução, razão porque os honorários advocatícios ***podem*** *ser fixados* ***em cada uma das duas ações, de forma relativamente autônoma, respeitando-se os limites de repercussão recíproca entre elas, desde que a cumulação da verba honorária não exceda o limite máximo previsto no § 3º do art. 20 do CPC/1973.***

b) Inexistência de reciprocidade das obrigações ou de bilateralidade de créditos: ausência dos pressupostos do instituto da compensação (art. 368 do Código Civil). Impossibilidade de se compensarem os honorários

Acesso ao Sumário

fixados em embargos à execução com aqueles fixados na própria ação de execução.

Nesse mesmo sentido esta C. Câmara já se manifestou, *in verbis*:

APELAÇÃO – MEIO AMBIENTE – EXECUÇÃO FISCAL – JUÍZO DE CONFORMIDADE – Devolução dos autos pela Presidência da Seção de Direito Público para juízo de conformidade com o REsp. nº 1.520.710/SC (Tema nº 587) – Reexame da matéria pela Turma Julgadora – Tese fixada pelo C. STJ: "1) Os embargos do devedor são ação de conhecimento incidental à execução, razão por que os honorários advocatícios podem ser fixados em cada uma das duas ações, de forma relativamente autônoma, respeitando-se os limites de repercussão recíproca entre elas, desde que a cumulação da verba honorária não exceda o limite máximo previsto no § 3º do art. 20 do CPC/1973; 2) Inexistência de reciprocidade das obrigações ou de bilateralidade de créditos (pressupostos do instituto da compensação, art. 368 do Código Civil), o que implica a impossibilidade de se compensarem os honorários fixados em embargos à execução com aqueles fixados na própria ação de execução." – Autonomia relativa entre execução e embargos à execução – Inexistência de obrigatoriedade de arbitramento de honorários sucumbenciais em ambas as demandas – Acórdão que não contraria as teses fixadas em recurso repetitivo – ACÓRDÃO MANTIDO. (TJSP; Apelação Cível 1500353-57.2019.8.26.0597; Relator: Luis Fernando Nishi; Órgão Julgador: 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente; Foro de Sertãozinho - SEF - Setor de Execuções Fiscais; Data do Julgamento: 06/06/2023; Data de Registro: 06/06/2023)

Portanto, inexistia aqui a obrigação de o julgador fixar honorários também na execução. Na análise do caso concreto, deve-se levar em conta os incisos do §2º do artigo 85 do CPC (por determinação do §3º do mesmo artigo) e o limite legal máximo.

Quanto aos incisos do referido §2º do artigo 85 do CPC, veja que "*o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço*" (inciso IV), no presente caso, sem nenhum desdouro aos doutos causídicos, pode ser resumido a quatro petições sem maior complexidade, sendo a protocolada a fls. 36/37 informando que a execução estava garantida e as demais (fls. 79, 81 e 84) requerendo a expedição de certidão de objeto e pé. Nada mais.

Já quanto à observância do limite máximo previsto pela lei, constata-se que o tema repetitivo em referência foi fixado considerando o CPC/1973 e isso se evidencia da própria referência expressa ao §3º do art. 20 do *Código Buzaid.*

Nota-se que a existência de artigo correspondente no CPC de 2015, qual seja, o §2º do artigo 85, pode levar à conclusão que o percentual máximo a ser considerado para cumulação aqui apreciada seria o de 20%; contudo, respeitado

Acesso ao Sumário

o entendimento em sentido contrário, tal conclusão está eivada de equívoco. Explico.

No antigo CPC (o de 1973) o legislador não trazia tratamento diferente para os casos em que a Fazenda Pública fosse a sucumbente e, por isso, os patamares mínimo (10%) e máximo (20%) da regra geral a ela também se aplicavam.

Porém, com a vigência do atual CPC (o de 2015), o legislador adotou tratamento distinto quando a Fazenda é a sucumbente, trazendo no §3º do artigo 85 novos patamares mínimos e máximos, a depender do valor da condenação ou do proveito econômico obtido pela parte vencedora.

Dessa forma, quando o C. STJ firmou o tema repetitivo em questão (sob a vigência do CPC/1973), objetivou limitar a cumulação dos honorários de ambas as ações ao limite legal vigente à época. Contudo, esse percentual deve ser interpretado à luz das supervenientes alterações trazidas pelo atual CPC, de modo a manter a limitação da cumulação **ao limite legal**, mas considerando este os patamares trazidos no novel §3º do artigo 85 do CPC/2015.

Nessa linha de raciocínio, no presente caso, o proveito econômico obtido com o acolhimento dos embargos à execução, atualizado para a data de interposição da apelação, representa o valor de R$ 317.380,12, subsumindo-se, portanto, ao patamar fixado no inciso II do §3º do artigo 85 do CPC ("*mínimo de oito e máximo de dez por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 200 (duzentos) salários-mínimos até 2.000 (dois mil) salários-mínimos*").

Em tal contexto, o v. acórdão que reconheceu a extinção do crédito, nos embargos à execução de nº 1000482-97.2017.8.26.0142, fixou os honorários no patamar de 10% sobre o proveito econômico obtido. Confira-se:

> *Sendo assim, de rigor a readequação da fixação dos honorários advocatícios que devem ser fixados no patamar de 10% sobre o proveito econômico obtido, nos termos do artigo 85, §3º, II do CPC.*

Observa-se, então, que o v. acórdão prolatado nos embargos à execução já fixou os honorários dos apelantes no patamar máximo legal para o presente caso (10%), o que deságua na inegável conclusão de que o trabalho dos nobres patronos na execução já foi considerado no arbitramento dos honorários realizado nos embargos.

Dessa forma, pelo meu voto, é o caso de desprover este recurso, com determinação.

DISPOSITIVO:

Diante do exposto, voto pelo **desprovimento do recurso, com determinação** à zelosa escrevania de primeira instância.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação Cível nº 1056924-20.2021.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes DAIANE MARQUES DE SOUZA, WALDIR MELO FERREIRA DA SILVA, DEBORA MARQUES DE SOUZA e MAYCON DOUGLAS FERNANDES SILVA, são apelados MUNICÍPIO DE SÃO PAULO e ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 5ª Câmara de Direito Público 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 32.128)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores MARIA LAURA TAVARES (Presidente) e NOGUEIRA DIEFENTHALER.

São Paulo, 29 de abril de 2024.

FRANCISCO BIANCO, Relator

Ementa: RECURSO DE APELAÇÃO – AÇÃO DE CONHECIMENTO – OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER – DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO – NÚCLEO HABITACIONAL – CONSTRUÇÕES IRREGULARES E DESPROVIDAS DE AUTORIZAÇÃO MUNICICPAL – ÁREAS DE PROTEÇÃO E RECUPERAÇÃO DE MANANCIAIS (APRM) – SUPRESSÃO DE VEGETAÇÃO – PRETENSÃO À NULIDADE DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO QUE DETERMINOU A DEMOLIÇÃO DOS BENS IMÓVEIS LOCALIZADOS NO NÚCLEO URBANO JARDIM CHÁCARA DO SOL – IMPOSSIBILIDADE – PRETENSÃO À IMPOSIÇÃO DE ÓBICE À DEMOLIÇÃO DOS REFERIDOS BENS IMÓVEIS SEM A PRÉVIA INSTAURAÇÃO DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO OU ENTÃO AUTORIZAÇÃO JUDICIAL – IMPOSSIBILIDADE – PRETENSÃO À EXTENSÃO DA REFERIDA MEDIDA À INFRAESTRUTURA BÁSICA EXISTENTE NO MESMO LOCAL – IMPOSSIBILIDADE. 1. Inicialmente, a matéria preliminar, arguida pela parte autora, relacionada à ocorrência de cerceamento do direito de defesa, confunde-se ao próprio mérito da lide e será apreciada juntamente com a matéria de fundo. 2. No

Acesso ao Sumário

mérito da lide, construções irregulares, desprovidas de autorização administrativa, localizadas em áreas de Proteção e Recuperação de Mananciais (APRM), reconhecidas. 3. Demolição das referidas construções determinadas, em decorrência do exercício do Poder de Polícia Municipal. 4. Inteligência da Lei Municipal nº 16.402/16 e Decreto Municipal nº 57.443/16. 5. Exercício regular do Poder de Polícia da Administração Pública, para fiscalizar, embargar ou determinar a demolição de construções irregulares. 6. Precedentes da jurisprudência deste E. Tribunal de Justiça e, inclusive, desta C. 5ª Câmara de Direito Público. 7. Irregularidade, ilegalidade ou nulidade manifesta no ato administrativo ora impugnado, passíveis de reconhecimento e correção, não caracterizadas. 8. Arbitramento de honorários advocatícios recursais, em favor da parte vencedora, a título de observação, com fundamento no artigo 85, § 11, do CPC/15. 9. Ação de procedimento comum, julgada improcedente, em Primeiro Grau de Jurisdição. 10. Sentença, recorrida, ratificada. 11. Recurso de apelação, apresentado pela parte autora, desprovido, com observação.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação, interposto contra a r. sentença de fls. 192/197, que julgou improcedente a ação de procedimento comum (*obrigação de não fazer*), objetivando o seguinte:

a) nulidade do procedimento administrativo, que determinou a demolição dos bens imóveis, descritos e caracterizados na petição inicial, localizados no Núcleo Urbano Jardim Chácara do Sol; b) imposição de óbice à demolição dos referidos bens imóveis, sem a prévia instauração de procedimento administrativo, ou então, autorização judicial; c) extensão da referida medida à infraestrutura básica existente no mesmo local. Em razão da sucumbência, a parte vencida foi condenada ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, arbitrados no valor correspondente a 10%, sobre o montante atribuído à causa, observada a concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita.

A parte autora, nas razões recursais, sustentou, em resumo, a inversão do resultado inicial da lide.

O recurso de apelação, tempestivo e dispensado de preparo, em razão da concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita, foi recebido nos regulares efeitos e respondido pela Municipalidade de São Paulo.

Acesso ao Sumário

É o relatório.

O recurso de apelação, apresentado pela parte autora, 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 ação de procedimento comum (*obrigação de não fazer*), objetivando o seguinte: a) nulidade do procedimento administrativo, que determinou a demolição dos bens imóveis, descritos e caracterizados na petição inicial, localizados no Núcleo Urbano Jardim Chácara do Sol; b) imposição de óbice à demolição dos referidos bens imóveis, sem a prévia instauração de procedimento administrativo, ou então, autorização judicial; c) extensão da referida medida à infraestrutura básica existente no mesmo local.

Inicialmente, a questão preliminar, arguida pela parte autora, nas razões recursais, relacionada à ocorrência de cerceamento do direito de defesa, confunde-se ao próprio mérito da lide e será apreciada juntamente com a matéria de fundo.

Superada a matéria preliminar e prejudicial, enfrenta-se o mérito da lide.

No mérito, os elementos de convicção produzidos nos autos não autorizam o acolhimento da pretensão deduzida pela parte autora na petição inicial.

Pois bem. É induvidoso nos autos o seguinte: a) existência de construções irregulares, nas áreas imobiliárias, descritas e caracterizadas na petição inicial (*Autos de Infração Ambientais - AIAS nºs 20210720003373-1 e 20210709009361-1; Áreas de Proteção e Recuperação de Mananciais - APRM; fls. 179 e 222*); b) supressão de vegetação, nas mesmas áreas imobiliárias.

É certo que cabe ao Poder Público, nos termos do Decreto Federal nº 6.514/08, no regular exercício do Poder de Polícia, o controle de tais atividades, mediante a adoção e aplicação das seguintes condutas: a) fiscalização; b) embargos; c) demolição de obras irregulares, potencialmente danosas ao meio ambiente, ou então, aos respectivos moradores.

Além disso, a Administração Pública, no caso concreto, agiu, de acordo com o disposto no artigo 149, § 4º, da Lei Municipal nº 16.402/16, que prevê a demolição de construções irregulares, nos seguintes termos:

> *"Art. 149. Aqueles que executarem parcelamento do solo, em qualquer de suas modalidades, sem prévia aprovação do respectivo projeto pela Prefeitura do Município de São Paulo, ou em desacordo com o projeto aprovado e não lograrem comprovar sua regularização, ficam sujeitos às seguintes sanções:(Regulamentado pelo **Decreto nº 57.443/2016**)*
> *I - multa, aplicada no momento da vistoria inicial, no valor estabelecido no **Quadro 5** desta lei;*
> *II - intimação, lavrada simultaneamente à imposição da multa, para que, no prazo de 10 (dez) dias, apresentem a documentação que comprove a regularidade do parcelamento do solo.*

Acesso ao Sumário

§ 1º A multa pelo não atendimento à intimação prevista no inciso II do "caput" deste artigo será renovada automaticamente a cada 30 (trinta) dias, até que seja comunicada pelo responsável, por escrito, ao órgão municipal competente, a comprovada regularização ou paralisação total da execução do loteamento e das obras ou edificações nele localizadas.

§ 2º Na falta de documento no local das obras que comprove a sua regularidade, além da multa e da intimação, serão adotadas as seguintes medidas:

I - apreensão de máquinas, veículos e equipamentos que estejam sendo utilizados na implantação do parcelamento;

II - apreensão ou inutilização de materiais de construção.

§ 3º No caso das edificações não autorizadas, serão aplicadas as seguintes penalidades:

I - multa e embargo de cada edificação, nos termos do Código de Obras e Edificações (COE), vigente na época da constatação da irregularidade;

II - apreensão ou inutilização dos materiais de construção;

III - intimação dos responsáveis para desfazerem voluntariamente as obras, ampliações ou edificações em parcelamento não consolidados, no prazo de 2 (dois) dias.

§ 4º O não atendimento à intimação prevista no inciso III do § 3º deste artigo acarretará a demolição das obras, ampliações ou edificações, que deverá ser previamente autorizada pelo Subprefeito competente mediante despacho fundamentado proferido no processo administrativo correspondente.*"* (destaques acrescidos)

Por outro lado, a prova documental produzida nos autos é insuficiente e inapta para a comprovação dos fatos aduzidos pela parte autora. Afinal, os vídeos apresentados (*https://drive.google.com/drive/folders/1QlovXerK1nOzmePafrPPEw4kCI8P79d*), não permitem, inclusive, o conhecimento de datas, contexto e a localidade onde registrados.

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. PEDIDO DE DESOCUPAÇÃO E DEMOLIÇÃO. Município de São José dos Campos. Área sob risco de deslizamento de terra. Construção iniciada em loteamento clandestino, em área de alto risco de deslizamento e sem autorização da Prefeitura Municipal. Determinada manutenção do muro de arrimo e demolição do cômodo. Cômodo já erguido e sem função estrutural relacionada à manutenção da segurança da área. Recurso de apelação desprovido." (TJSP; Apelação Cível nº 1003794-66.2019.8.26.0577; Rel. o Des. Marcelo Semer; Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Público; Foro de São José dos Campos - 1ª

Acesso ao Sumário

Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 28/07/2.020; Data de Registro: 28/07/2.020)

"PROCESSO CIVIL. CERCEAMENTO DE DEFESA. Inocorrência. Cabe ao juiz, enquanto destinatário da prova, aferir a pertinência de sua realização. Respeitados o contraditório e a ampla defesa. Desnecessidade de instrução do processo. APELAÇÃO. AÇÃO DEMOLITÓRIA. Pretensão de demolição de segundo pavimento de imóvel construído sem alvará e projeto, em loteamento clandestino. Cabimento. Violação ao art. 121, IV, da Lei Municipal 408/10. Medida que decorre do poder de polícia do Município, a quem compete promover adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano (art. 30, VIII, CF). RECURSO NÃO PROVIDO." (TJSP; Apelação Cível nº 1014209-45.2018.8.26.0577; Rel. o Des. Alves Braga Junior; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Público; Foro de São José dos Campos - 1ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 31/03/2.020; Data de Registro: 31/03/2.020)

"AÇÃO CIVIL PÚBLICA. Pretensão voltada à desocupação e demolição da edificação objeto dos autos erigida em loteamento clandestino e sem qualquer autorização municipal, julgada procedente, mas com imposição ao demandante do ônus de providenciar a remoção dos moradores para local, ainda que provisório, e de assegurar os meios de locomoção dos referidos cidadãos a seus trabalhos e escolas. Sentença ultra petita, no ponto. Direito à moradia, ademais, que é de ser implantado em sua dimensão coletiva e não como direito subjetivo autônomo individual, sendo indevida a invasão do Poder Judiciário na esfera discricionária da política habitacional e social da Administração Municipal. Anulação da sentença, no ponto em que atribuiu mencionado ônus ao Município. Recurso provido." (TJSP; Apelação Cível nº 1010066-76.2019.8.26.0577; Rel. a Des. Heloísa Martins Mimessi; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Público; Foro de São José dos Campos - 1ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 10/08/2.020; Data de Registro: 10/08/2.020)

Mas não é só. A alegada observância do princípio da dignidade da pessoa humana e a tolerância, manifestadas pela Administração Pública, em outras e idênticas violações, inclusive, por conta de eventuais equívocos verificados na atividade fiscalizatória, igualmente, não tem o condão de impedir o legítimo exercício do poder de polícia Municipal (*artigo 30, VIII, da CF*).

Ademais, ainda que eventualmente comprovada a respectiva posse, mediante a produção de provas pericial e oral, reclamadas pela parte autora, relativamente às áreas imobiliárias objeto da lide, anteriormente a 2.016, a título meramente argumentativo, melhor sorte não assiste aos demandantes. Isso porque, o fundamento para a improcedência da presente ação judicial não se resume,

Acesso ao Sumário

apenas e tão somente, à ausência de comprovação da residência da parte autora nas áreas imobiliárias, objeto de atos administrativos, tendentes à demolição de construções irregulares. Desta forma, é inocorrente, o alegado cerceamento do direito de defesa.

Aliás, neste aspecto, adoto, como razões de decidir, a fundamentação da r. sentença proferida na origem, nos seguintes termos:

> *"Em contrapartida, observa-se que a atuação do ente público estadual encontra o devido fundamento no Decreto Federal nº 6.518/08, o qual estabelece expressamente em seu artigo 1121 a possibilidade de demolição imediata da obra, edificação ou construção não habitada nas hipóteses em que se constatar que a ausência de tal ato importa em iminente risco de agravamento do dano ambiental.*
>
> *De fato, os registros fotográficos que instruíram a Informação Técnica CP nº 008/2021 (fls. 146/177) e os Boletins de Ocorrência Ambiental (fls. 182/184 e 226/231) demonstram a um só tempo a supressão massiva de vegetação nativa no local ao longo de sua ocupação irregular, bem como que as penalidades de demolição atingiram exclusivamente edificações ainda em construção e, portanto, sem qualquer possibilidade de moradia.*
>
> *Saliente-se, outrossim, que descabe qualquer alegação de desrespeito ao devido processo legal e ao exercício da ampla defesa, na medida em que, a despeito de devidamente agendado o atendimento ambiental acerca dos Autos de Infração Ambiental que ensejaram as demolições ora questionadas (fls. 194/201 e 234/237), não houve o comparecimento das autuadas.*
>
> *Imperioso registrar, ademais, que ainda que se ignore a ocorrência de infração ambiental, observa-se que as edificações foram erigidas em loteamento clandestino, restando igualmente fundamentada a imposição do desfazimento das obras no artigo 149, § 4º, da Lei Municipal nº 16.402/20162."* (fls. 340/341)

Outrossim, não há falar em irregularidade, ilegalidade ou nulidade manifesta no ato administrativo ora questionado, passíveis de reconhecimento e correção, no tocante à ordem de demolição de construções irregulares, localizadas em Áreas de Proteção e Recuperação de Mananciais - APRM.

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. E, observar-se-á, com relação ao adimplemento, a regra do artigo 98 do CPC/15.

Portanto, a improcedência da ação de procedimento comum (*obrigação de não fazer*), era mesmo de absoluto rigor, não merecendo nenhuma alteração, mas, com observação, relativamente ao arbitramento de honorários advocatícios recursais, nos exatos termos da fundamentação.

Acesso ao Sumário

Ante o exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao recurso de apelação, apresentado pela parte autora, ratificando, na íntegra, a r. sentença recorrida, por seus próprios e jurídicos fundamentos, com observação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0034445-65.2012.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante JOSÉ DAMIÃO NETO (JUSTIÇA GRATUITA), são apelados SÃO PAULO PREVIDÊNCIA - SPPREV e ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 12ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "ACÓRDÃO DA APELAÇÃO MANTIDO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36.872)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EDSON FERREIRA (Presidente) e SOUZA MEIRELLES.

São Paulo, 24 de abril de 2024.

J. M. RIBEIRO DE PAULA, Relator

Ementa: RECURSO EXTRAORDINÁRIO – JUÍZO DE RETRATAÇÃO; art. 1.030, II, do CPC – Professor da rede Estadual – Pretensão à aposentadoria integral – Autor portador de doença grave, causadora de alienação mental, aferida por prova pericial – Inexistência de violação ao Tema 524/STF – Sentença de improcedência reformada – Recurso de apelação provido, sendo desnecessária a readequação do acórdão.

VOTO

Trata-se de revisão de apelação, conforme o disposto no art. 1.030, inc. II, do CPC, em face de decisão proferida pelo STF no RE nº 656860 (**Tema 524**), que fixou a seguinte tese: "*A concessão de aposentadoria de servidor público por invalidez com proventos integrais exige que a doença incapacitante esteja prevista em rol taxativo da legislação de regência*".

No v. acórdão recorrido[1] deu-se provimento ao recurso, reformando a r. sentença[2], para conceder o direito de aposentadoria com proventos integrais ao autor, destacando o seguinte:

"Na época em que concedida a aposentadoria do autor, toda aposentadoria por invalidez era calculada integralmente, entretanto essa questão foi rea-

1 Fls. 270/277.
2 Fls. 231/235.

valiada, sendo divulgado entre outros, o Comunicado UCRH nº 13/07 - Parecer PA 206/06, dispondo sobre as hipóteses legais que autorizam o recebimento de proventos integrais, sendo que o caso do autor, não se enquadrou em nenhuma dessas hipóteses, daí a aplicação da proporcionalidade no cálculo de seus proventos".

Dessarte, o cerne da controvérsia está na ocorrência de violação ao **Tema 524** do C. STF, em função da manutenção da integralidade de proventos ao autor.

Questionamento, cuja resposta é negativa.

Primeiro, há de se destacar que o autor foi aposentado em 12/03/2005; suportando revisão do ato administrativo em 2010, que quebrou suas expectativas em relação ao direito de recebimento de proventos integrais, implementado há mais de cinco anos.

Segundo, na época, a Constituição Federal estabelecia no art. 40, § 1º, inc. I, que estava assegurada a aposentadoria integral ao servidor portador de **doença grave**, e o laudo pericial médico **(fls. 187/188; 217/218)** atesta que o autor era portador de **doença mental grave.**

Não obstante, a Lei Federal nº 8.112/90 enumere um rol de doenças que autorizam a aposentadoria por invalidez, é certo que não há diploma legal estabelecendo regra semelhante para o Estado de São Paulo, circunstância já foi examinada pelo C. STF, no julgamento do Ag.REg. no RE nº 1.213.283, nos seguintes moldes:

> "AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. INEXISTÊNCIA DE LEI ESPECÍFICA. SUPOSTA AFRONTA AO TEMA 524 DA SISTEMÁTICA DE REPERCUSSÃO GERAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 279/STF. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO, COM APLICAÇÃO DE MULTA. I – O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 656.860/MT (Tema 524 da Sistemática de Repercussão Geral), da relatoria do Ministro Teori Zavascki, decidiu que o rol, especificado em Lei Complementar do Estado do Mato Grosso e que enseja a aposentadoria por invalidez com direito ao recebimento integral dos proventos, é taxativo. II – **No caso dos autos, não há no Estado de São Paulo, conforme determinado pelo art. 40, § 1°, da Constituição Federal, lei específica sobre o tema, motivo pelo qual a controvérsia foi decidida com base nas provas acostadas no processo**. III – Conforme a Súmula 279/STF, é inviável, em recurso extraordinário, o reexame do conjunto fático-probatório constante dos autos. IV – Agravo regimental a que se nega provimento, com aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4°, do CPC/2015".

Destarte, concluiu-se pela supremacia da prova dos autos e pela necessidade de lei específica, cuja ausência não pode importar em prejuízo ao segurado.

Questionável a alegação de que a omissão do legislador pode ser suprida pela Lei Federal n. 8.112/90, uma vez que a atual redação do art. 40, § 1º, inc. I,

Acesso ao Sumário

da Constituição Federal faz crer que as regras relativas aos servidores devem ser disciplinadas por lei do respectivo ente federativo. Confira-se: "as regras para cálculo de proventos de aposentadoria serão disciplinadas em **lei do respectivo ente federativo**" (negritei).

Terceiro, observe-se que o autor foi diagnosticado e aposentado por *depressão grave* (CID 10: F.32.2), a partir de 12/03/05.[3]

Posteriormente, sofreu revisão de seu processo de aposentadoria, "tendo o médico perito, na ocasião, reiterado que a patologia considerada na aposentadoria do autor não se enquadra nas hipóteses legais",[4] razão pela qual passou a receber proventos proporcionais.

Interposto recurso administrativo,[5] em 21/02/11, o autor apontou estar acometido da doença prevista na CID F.20.5 (*esquizofrenia residual*),[6] mas não obteve êxito na reversão da decisão.

O laudo pericial do IMESC (fls. 186/188), prova médica produzida para esta ação, afirma o seguinte:[7]

*"O periciando afirma que apresenta história clínica, documental e exame psiquiátrico compatível com CID(10) - F21 (**transtorno esquizotípico**) "transtorno caracterizado por um comportamento excêntrico e por anomalias do pensamento e do afeto que se assemelham àquelas da esquizofrenia, mas não há em nenhum momento da evolução qualquer anomalia esquizofrênica manifesta ou característica. **A sintomatologia pode comportar** um afeto frio ou inapropriado, anedonia; um comportamento estranho ou excêntrico; uma tendência ao retraimento social; ideias paranoides ou bizarras sem que se apresentem ideias delirantes autênticas; ruminações obsessivas, transtorno do curso do pensamento e perturbações das percepções; **períodos transitórios ocasionais quase psicóticos com ilusões intensas, alucinações auditivas ou outras e ideias pseudodelirantes, ocorrendo em geral sem fatos desencadeante exterior. O início do transtorno é difícil determinar, e sua evolução corresponde em geral àquela de um transtorno da personalidade"; doença de caráter grave**, incapacitante, incurável; total e permanentemente incapaz de reger atividades laborais.*

Portanto, diagnosticada moléstia grave e evolutiva, que impossibilita o paciente de cuidar de suas atividades, cuja piora é presumida pelo avanço da idade do eminente professor aposentado, nos anos de tramitação deste processo, proposta em 2012, há doze anos.

Quarto, fosse o caso de aplicação da Lei n. 8.112/90, o art. 186, inc. I, § 1º, dispõe:

> "§ 1º Consideram-se **doenças graves**, contagiosas ou incuráveis, a que se refere o inciso I deste artigo, tuberculose ativa, **alienação mental**,

3 Documento, fl. 111.
4 Documento, fls. 99/108.
5 Documento, fls. 25/27.
6 https://cid.ninsaude.com/cid/f205/esquizofrenia-residual.html. Disponível em 07/12/23.
7 Elaborado e assinado pelo médico psiquiatra, Dr. Ciro Barreira (CRM-SP 59.279).

esclerose múltipla, neoplasia maligna, cegueira posterior ao ingresso no serviço público, hanseníase, cardiopatia grave, doença de Parkinson, paralisia irreversível e incapacitante, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, estados avançados do mal de Paget (osteíte deformante), Síndrome de Imunodeficiência Adquirida - Aids, e outras que a lei indicar, com base na medicina especializada", restou apurada a alienação mental" (*negritei*).

¿Ora, como dizer que uma pessoa, portadora de moléstia apta a lhe causar "***períodos transitórios ocasionais quase psicóticos com ilusões intensas, alucinações auditivas ou outras e ideias pseudodelirantes, ocorrendo em geral sem fatos desencadeante exterior***", não se enquadra na hipótese legal de alienação mental?

A previsão de *alienação mental,* contida no dispositivo, foi genérica, de modo a permitir ao intérprete e aplicador do direito, aliado à opinião de especialista sobre o assunto, fazer a classificação no caso concreto. Nesse sentido:

SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL APOSENTADO – REVISÃO DA APOSENTADORIA POR INVALIDEZ – Pretensão ao recebimento com proventos integrais – Possiblidade – Moléstia a qual o autor é acometido que se equipara à alienação mental – Patologia prevista no rol do art. 186, §1º da Lei 8.112/90 – Precedentes desta Corte de Justiça. R. sentença de procedência mantida. JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA – Observância quanto ao decidido nos julgamentos dos Temas 810, do STF e 905, do STJ, bem como o art. 3º, da EC 113/21, que estabeleceu a incidência da Taxa SELIC na atualização das dívidas da Fazenda Pública, com entrada em vigor em 09/12/2021. Recursos oficial e voluntário improvidos, com observação. (**Apelação Cível 1001101-77.2018.8.26.0696; Relator: Carlos C. Pachi; 9ª Câmara de Direito Público; Foro de Ouroeste; Data do Julgamento: 06/10/2022**).

***

SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL INATIVO. Oficial de Justiça. Revisional de proventos Pretensão à conversão de aposentadoria por invalidez proporcional para integral e pagamento das respectivas diferenças, acrescidas de juros e correção monetária. Admissibilidade. Prova técnica conclusiva quanto à existência de moléstia incapacitante grave. Esquizofrenia que se equipara à alienação mental prevista no rol taxativo do § 1º do art. 186 da Lei nº 8.112/90. Inteligência do art. 40, § 1º, I, da CF, c.c. art. 186, § 1º, da Lei nº 8.112/90. Recurso não provido. (**Apelação Cível 1016302-72.2019.8.26.0309; Relator: Coimbra Schmidt; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Público; Foro de Jundiaí - VFP; Data do Julgamento: 20/08/2020**).

Registre-se que o *Manual de Perícia Oficial em Saúde do Servidor Público Federal*, instituído pela Portaria nº 797/2010 (DOU de 23/03/2010), revisado pela Portaria nº 235/2014, admite conceito como *alienação mental*: **1. Esquizofrenias nos estados crônicos e residuais**; 2. Outras psicoses graves

Acesso ao Sumário

nos estados crônicos e residuais; 3. Estados demenciais de qualquer etiologia (vascular, Alzheimer, doença de Parkinson etc.); 4. Retardos mentais graves e profundos (negritei).

Assim sendo, faz-se mister manter o acórdão recorrido, assegurando-se aposentadoria com proventos integrais ao professor, sem violação ao Tema 524 do C. STF, sob pena de ofensa grave ao princípio da dignidade humana insculpido na Constituição Federal.

Retornem os autos à E. Presidência da Seção para proferir seu juízo de admissibilidade, na forma da lei. É como voto.

ACÓRDÃO DA APELAÇÃO MANTIDO, conforme a fundamentação acrescida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0005566-07.2014.8.26.0238, da Comarca de Ibiúna, em que é apelante NELSON ISSAO NAKAOJI, é apelado ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U. Declara voto convergente o 2º Juiz", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.968)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores NOGUEIRA DIEFENTHALER (Presidente sem voto), TORRES DE CARVALHO e RUY ALBERTO LEME CAVALHEIRO.

São Paulo, 4 de abril de 2024

ISABEL COGAN, Relatora

Ementa: AÇÃO CIVIL PÚBLICA. Dano ambiental. Ocupação de gleba inserida em área de Unidade de Conservação de Proteção Integral (Parque Estadual de Jurupará) para cultivo e lazer. O ingresso de particulares em parques estaduais somente pode ocorrer com autorização e de forma excepcional para a realização de pesquisas científicas e o desenvolvimento de atividades de educação e interpretação ambiental, de recreação em contato com a natureza e de turismo ecológico (art. 11, *caput* e §§ 2º e 3º). Pouco importa o tempo de ocupação da área pela parte ré, haja vista a imprescritibilidade e a inalienabilidade dos bens públicos (arts. 183, § 3º, e 191, parágrafo único, da

Acesso ao Sumário

Constituição Federal). Dano ambiental constatado. Inobservância da Lei nº 11.428/2006, que protege a Mata Atlântica, e da Resolução SMA nº 32/2010, que categoriza como infração a destruição ou danificação de florestas e de qualquer espécie de vegetação nativa protegida por regime de conservação ou preservação ambiental. Responsabilidade objetiva (art. 225, § 3º, da Constituição Federal e art. 14, § 1º, da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, a Lei nº 6.938/1981) e *propter rem*, sujeitando solidariamente tanto os antigos, como os novos proprietários. Cumulação da obrigação de desocupar a área com indenização pelo dano ambiental. Sentença mantida. RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Trata-se de apelação da sentença de **fls. 1014/1018** (objeto de embargos de declaração rejeitados – **fls. 1031-A**), em que foi julgada procedente a ação civil pública ajuizada pelo Estado de São Paulo contra Nelson Issao Nakaoji (sucedido por Izabel Nakaoji – **fls. 133/135**) para, confirmada a tutela antecipada concedida a **fls. 84/86**, condenar a parte ré na obrigação de desocupar a área pertencente ao Parque Estadual de Jurupará, com a remoção de obras, animais, plantações, bens e utensílios no prazo de trinta dias, bem como a indenizar o Fundo de Direitos Difusos pelo dano ambiental (art. 13, Lei n. 7.347/85). Foram carreados à requerida os ônus de sucumbência.

Inconformada, apelou a vencida (**fls. 1037/1048**), requerendo, preliminarmente, a anulação da sentença ante a necessidade de complementação da perícia e da fundamentação deficiente. No mérito, sustentou, em síntese, que a gleba seria constituída de terras particulares conforme conclusão da perícia com lastro na matrícula do imóvel. Rechaçou a ocorrência de ocupação irregular de terras públicas e de danos ambientais. Invocou o direito de propriedade fundado no art. 1.245 do Código Civil.

Oferecidas contrarrazões (**fls. 1058/1070**), a Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso (**fls. 1083/1097**).

Houve oposição ao julgamento virtual (**fls. 1099**). Foi providenciado o recolhimento do complemento do preparo recursal (**fls. 1109/1111**).

É o relatório.

Não se há de cogitar de nulidade da sentença, que foi suficientemente fundamentada, bem analisando os argumentos das partes e as provas constantes dos autos.

Tenha-se em mente que cabe ao juiz apreciar a lide de acordo com o seu

Acesso ao Sumário

livre convencimento, não estando ele obrigado a analisar todos os aspectos suscitados ou a tecer comentários exaustivos sobre cada um deles, restringindo-se a função jurisdicional a examinar questões relevantes para a solução do litígio, conforme jurisprudência pacífica do C. Superior Tribunal de Justiça (EDcl no MS 21.315-DF, Rel. Min. Diva Malerbi, julgado em 08/06/2016).

Tampouco se reputa necessária a complementação da perícia, que respondeu adequadamente aos quesitos formulados pelas partes, não se mostrando omissa acerca de nenhuma questão relevante para a solução do litígio.

Não obstante, sobre o tema, vale lembrar a palavra de Cândido Rangel Dinamarco: "*o juiz é sempre o peritus peritorum, para quem a perícia é apenas um dos elementos preordenados a formar-lhe a convicção, sem prejuízo do contexto dos autos: o processo civil moderno repudia as regras da prova tarifada, inerentes ao sistema da prova legal, e nem seria razoável supervalorizar a perícia, quase que substituindo o poder decisório do juiz pelo do perito*" (A Reforma do Código de Processo Civil, São Paulo, Malheiros, 1995, pág. 110).

Afastadas as preliminares arguidas, passa-se à análise da questão de fundo.

O Sistema Nacional de Unidades de Conservação, instituído pela Lei nº 9.985/00, tem por objetivo preservar ecossistemas naturais de grande relevância ecológica, tal como a Mata Atlântica.

Os parques estaduais são de posse e domínio públicos, devendo ser desapropriadas as áreas particulares incluídas em seus limites (art. 11, §§ 1º e 4º, Lei nº 9.985/00).

O ingresso de particulares em parques estaduais somente pode ocorrer com autorização e de forma excepcional para a realização de pesquisas científicas e o desenvolvimento de atividades de educação e interpretação ambiental, de recreação em contato com a natureza e de turismo ecológico (art. 11, *caput* e §§ 2º e 3º, Lei nº 9.985/00).

A ocupação de área pertencente à reserva florestal é ilegal, tendo em vista tratar-se de bem que compõe patrimônio público, natural e cultural da região.

Tampouco importa o tempo de ocupação da área, haja vista a imprescritibilidade e a inalienabilidade dos bens públicos, consoante os arts. 183, § 3º, e 191, parágrafo único, da Constituição Federal. Frise-se que "*Não se admite a aplicação da teoria do fato consumado em tema de Direito Ambiental*" (Súmula 613 STJ).

Ainda, são indisponíveis as terras devolutas necessárias à proteção dos ecossistemas naturais, nos moldes do § 5º do art. 225 da Constituição Federal, observando-se que "*A ocupação indevida de bem público configura mera detenção, de natureza precária, insuscetível de retenção ou indenização por acessões e benfeitorias"* (Súmula 619 STJ).

Não é demais realçar que o art. 3º, inc. IV, da Lei de Política Nacional

Acesso ao Sumário

do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/81), identifica o poluidor como sendo pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, que é responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental; o art. 14, § 1º, da mesma lei estabelece que o poluidor será obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou a reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros afetados pela sua atividade. A responsabilidade é, pois, de natureza objetiva (art. 225, § 3º, CF).

Por fim, nos termos do enunciado da Súmula n. 623 do Superior Tribunal de Justiça, a obrigação de recuperar o meio ambiente é *propter rem*, sujeitando solidariamente tanto os antigos, como os novos proprietários, sem prejuízo do dever de indenizar. Aliás, o C. Superior Tribunal de Justiça é assente sobre a possibilidade de cumulação da recuperação do dano ambiental com o pagamento de indenização pela mesma lesão:

"*ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. DANO AMBIENTAL. CONDENAÇÃO. ART. 3º DA LEI 7.347/85. CUMULATIVIDADE. POSSIBILIDADE. OBRIGAÇÃO DE FAZER E NÃO FAZER COM INDENIZAÇÃO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO./(...) 4. O direito ambiental atua de forma a considerar, em primeiro plano, a prevenção, seguida da recuperação e, por fim, o ressarcimento./ 5. Os instrumentos de tutela ambiental – extrajudicial e judicial – são orientados por seus princípios basilares, quais sejam, Princípio da Solidariedade Intergeracional, da Prevenção, da Precaução, do Poluidor-Pagador, da Informação, da Participação Comunitária, dentre outros, tendo aplicação em todas as ordens de trabalho (prevenção, reparação e ressarcimento)./ 6. 'É firme o entendimento de que é cabível a cumulação de pedido de condenação em dinheiro e obrigação de fazer em sede de ação civil pública' (AgRg no REsp 1.170.532/MG)./ 7. Recurso especial parcialmente provido para, firmando o entendimento acerca da cumulatividade da condenação prevista no art. 3º da Lei 7.347/85, determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem para que fixe o quantum necessário e suficiente à espécie*" (Recurso Especial nº 1.115.555/MG, Primeira Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 15/02/11).

Acesso ao Sumário

Firmadas tais premissas, no caso, tem-se que as terras devolutas do 2º Perímetro de São Roque foram assim reconhecidas por decisão judicial de 1959 e declaradas "reserva florestal" pelo Decreto Estadual nº 12.185/1978, criando-se, posteriormente, o Parque Estadual do Jurupará, mediante a expedição dos Decretos Estaduais nº 35.703/1992 e nº 5.704/1992.

O laudo pericial é firme no sentido de que, a despeito da regularidade registro imobiliário (matrícula n. 454 do Cartório de Registro de Imóveis de Ibiúna), "*a área em questão, está inserida integralmente sobre os limites internos do Parque Estadual de Jurupará*" (**fls. 993**) e que há danos ambientais evidentes a impedir a regeneração natural da vegetação, em razão da "*construção de uma*

residência, desmatamento para criar o acesso da estrada até a citada residência, e, foi constatada a existência de peixes no açude" (**fls. 998**).

Ainda, o laudo do órgão ambiental que instrui a peça inaugural (**fls. 11/18**) relata que os ocupantes são adventícios, não se qualificando como moradores tradicionais; utilizam o sítio para cultivo e lazer, o que não se admite em área inserida em Unidade de Conservação de Proteção Integral.

Como ponderado no Parecer da Procuradoria Geral de Justiça, redigido pelo Procurador de Justiça Dr. Hamilton Alonso Jr., referindo-se ao disposto no art. 11, § 1º, da Lei n. 9.985/00, "*Da leitura desse dispositivo se depreende que as atividades humanas permitidas no interior do Parque Estadual do Jurupará são a realização de pesquisas científicas, atividades voltadas à educação ambiental e mera visitação ou turismo ecológico. Ou seja, não é autorizada a permanência de pessoas no local, muito menos que elas estabeleçam moradia. A única exceção, conforme jurisprudência, seria o caso de morador tradicional, conceito no qual a apelante não se enquadra*" (**fls. 1090/1091**).

A hipótese é, pois, de destruição ou danificação de florestas e de qualquer espécie de vegetação nativa protegida por regime de conservação ou preservação ambiental, em patente inobservância das disposições da Lei nº 11.428/06, que protege a Mata Atlântica, e da Resolução SMA nº 32/10.

Restaram, pois, plenamente satisfeitos os requisitos da responsabilização pela degradação ambiental de área protegida, cabendo à parte ré não só à obrigação de desocupar a área degradada, mas, também, cumulativamente, a arcar com a indenização a ser recolhida ao Fundo Estadual de Reparação de Interesses Difusos Lesados.

Nada há, pois, a ser alterado.

Os honorários advocatícios restam majorados para 15% sobre o valor da condenação (art. 85, § 11, CPC).

Considera-se prequestionada toda a matéria infraconstitucional e constitucional mencionada pelas partes, salientando-se o pacífico entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, em se tratando de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida (EDROMS 18.205/SP, Ministro Felix Fischer, DJ 08/05/2006, p. 240).

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

DECLARAÇÃO DE VOTO

(Voto nº 25.772)

1. A sentença confirmou a liminar e julgou procedente a ação para condenar o réu na obrigação de desocupar o Parque Estadual Jurupará, com todos os utensílios de sua propriedade, desfazendo obras e seus rejeitos, plantações,

retirando animais que lhe pertençam, autorizando o Estado a promover a desocupação com auxílio de força policial, caso não ocorrida no prazo de 30 dias; condenação em danos ambientais a ser arbitrado pelo juiz, destinada ao Fundo de Interesses Difusos, na forma do art. 13 da Lei 7.347/854.

A Câmara, por unanimidade, pelos votos dos Des. Isabel Cogan e Ruy Cavalheiro, negou provimento ao recurso. Exponho, respeitosamente, algumas observações ao caso analisado.

2. Parque Estadual do Jurupará. A área ocupada pela autora meeira, Gleba 169, com área de 41,866 ha e construída no total de 120,0 m², está situada na Estrada Municipal Cachoeira da Fumaça, km 11,5, Ibiúna, Parque Estadual do Jurupará, Município de Ibiúna, e é sujeita a diversas restrições: (i) insere-se dentre as terras do 2º Perímetro de São Roque, distritos, municípios e comarcas de Ibiúna e Piedade, declaradas devolutas por sentença judicial de 1959 e transformada em Reserva Florestal do Estado pelo DE nº 12.185 de 30-8-1978, ante a necessidade de conservação permanente das matas e demais formas de vegetação destinadas a atenuar a erosão daquelas terras; (ii) compõe o Parque Estadual do Jurupará, criado pelo DE nº 35.703 de 22-9-1992 com a finalidade de proteger e conservar todo o complexo ecológico ali existente, desde espécies vegetais, animais, cursos d'águas e demais elementos do patrimônio natural e cultural da região; (iii) é área que abriga vários ecossistemas significativos da mata atlântica, com fauna e flora exuberante, onde foram constatadas espécies em extinção, com mais de uma dezena de animais e a araucária angustifólia, e por onde passam inúmeros cursos d'águas naturais que compõem a bacia hidrográfica do Alto Juquiá; (iv) é área incluída no tombamento das Serras do Mar e Paranapiacaba pelo CONDEPHAAT, conforme Resolução SC-40 de 4-6-1985; e (v) parte da área é considerada de preservação permanente, nos termos da LF nº 4.771/65, art. 2º, 'a' e Resolução CONAMA nº 303/2002, art. 3º, § 1º.

3. O DE nº 25.341 de 24-6-1986 aprovou o regulamento dos Parques Estaduais Paulistas, indicando as restrições e propondo a elaboração de planos de manejo. A LF nº 9.985 de 18-7-2000 regulamentou o art. 225, § 1º, I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências, instituindo regras de proteção. Em 8-7-2010 foi editado o Plano de Manejo do Parque Estadual do Jurupará, em que constatada grande quantidade de áreas ocupadas: algumas por populações tradicionais caipiras que chegaram ao local antes da instituição da proteção legal ao território, e outras por ocupações irregulares advindas de especulação imobiliária.

4. Os documentos trazidos pela ré justificam uma análise mais aprofundada. Por sentença de 5-10-1943 na ação discriminatória do 2º Perímetro do Município de Una (São Roque) proposta em 15-09-1939 (fls. 253/258, vol. 2) foram declaradas particulares as terras pertencentes a Indústria Votorantim, su-

Acesso ao Sumário

cedida pela CBA e as terras de Abel Marques Nogueira e José A. Marcondes Machado e devolutas as demais, portanto desconsideradas as posses precárias dos 183 interessados habilitados. Salvo essas, as demais são terras devolutas e públicas por natureza.

O DL nº 14.916/45 de 6-8-1945 dispôs sobre as terras devolutas e reservadas e reconheceu determinadas áreas como terras do domínio particular, independente de legitimação ou revalidação (art. 2º); considerou reservadas, entre outras, as terras necessárias à alimentação, conservação e proteção de mananciais e rios e as necessárias à conservação da flora e fauna do Estado, ou em que existirem quedas d'água, declarada e determinada, caso a caso, por lei do governo (art. 3º); e regulamentou a discriminação administrativa e judicial da terras devolutas (artigos seguintes).

5. A LE nº 3.962/57 de 24-7-1957 dispôs sobre o processamento das legitimações de posse em terras devolutas, excluídas as terras reservadas conforme o art. 3º da lei anterior; e com base nela foi instaurado o Proc. nº 36.356/60 pela Procuradoria Geral do Estado (fls. 261/754, vol. 2 a 4) em que analisadas as posses então existentes. Os documentos trazidos pela ré indicam não ter havido nenhuma titulação de domínio pela PGE (Anexo 5, fls. 260, vol. 2), mas o edital publicado em 19-4-1973 no Diário Oficial indica os possuidores que, em caráter preliminar, foram considerados em condições de receber da Fazenda do Estado o respectivo título de domínio, entre eles a Gleba 169 em nome de Paulino Antonio Domingues (fls. 261/268, 265) e o Anexo 7 intitulado 'Quadro da Situação Até o Momento' apresenta uma relação da diversas áreas e posses com menção ao Processo de Legitimação de Posse nº PPI 43.266/1967 e indica essas diversas áreas, inclusive a Gleba 169, como área devoluta incorporada ao Estado como reserva florestal (fls. 270/294, vol. 2). Os autos não indicam a data desses atos administrativos, anotando que vários parecem ter sido instaurados (a relação de glebas de fls. 315/754, vol. 2 a 4, faz referência ao Proc. PPI nº 33.356). A conclusão preliminar, válida para esta análise e sujeita a confirmação posterior se for o caso, é de que tais posses, embora reconhecidas pela administração, não receberam o título definitivo e permaneceram incorporadas às terras devolutas do 2º Perímetro de São Roque.

6. O Parque Estadual do Jurupará, criado pelo DE nº 35.703/92 é unidade de conservação constitucionalmente protegida. Trata-se originariamente de área da Reserva Estadual do 2º Perímetro de São Roque, criada pelo DE nº 12.185/78. O imóvel, designado como Gleba 169 em nome de Paulino Antonio Domingues, está inserido no Parque Estadual, como se vê no Laudo de Caracterização Ambiental (fls. 11/18, vol. 1) e na resposta do perito judicial aos quesitos do juízo e do requerido (fls. 998 e 999, vol. 5), área devoluta pertencente ao Estado. Os títulos apresentados pela ré, ainda em análise limitada à precária documentação apresentada, não demonstram outra titularidade: apresentam como

Acesso ao Sumário

título de domínio o R-4/454 de 6-3-1989 do Registro Imobiliário de Ibiúna (fls. 134/135, vol. 1), mas sem a folha inicial com a descrição do imóvel; e a M-256 do mesmo cartório do Sítio Borboleta em nome de terceiros e sem uma ligação clara entre os dois; esta, mais antiga, igualmente não se reporta a Paulino Antonio Domingues, reconhecido como antigo possuidor da Gleba 169. Finalmente, na ação reivindicatória proposta pela ré contra o Estado de nº 1060794-39.2022, 2ª Vara de Ibiúna, a ré se apresenta como titular da Gleba nº 84 originalmente ocupada por Kazuo Myiake e Tooru Myake (fls. 1126), a que se referem os documentos de fls. 134/135, diversa da Gleba nº 169 mencionada na inicial, sem adequada explicação da divergência.

7. São duas razões a afastar a eficácia dos títulos de propriedade apresentados pela ré (fls. 133/135, vol. 1): não indicam sua origem nem se reportam ao possuidor anterior da área e, ainda que eventualmente se comprovasse a filiação, a área sempre foi considerada como área reservada não passível de apropriação e depois incorporada ao Parque Estadual, área protegida que impede a ocupação e o uso particular sem a prévia autorização dos órgãos competentes. Eventual direito da ré, aqui não declarado, não implicaria na manutenção da ocupação.

O Plano de Manejo admite a permanência apenas de moradores tradicionais, isto é, aqueles autodenominados nativos e pertencentes à cultura caipira que detenham conhecimentos ancestrais sobre o manejo e o uso dos recursos naturais; desenvolvem atividades de baixa interferência no meio ambiente, caracterizada pela pequena escala e baseada no uso de recursos renováveis; e que tenham conhecimento e domínio das técnicas tradicionais (pesca, agricultura e construção); e prevê que o Estado se reintegre na posse dos imóveis ocupados por moradores não tradicionais. A LF nº 11.428/06, que dispõe sobre a utilização e proteção da vegetação nativa do bioma Mata Atlântica, define 'população tradicional': "população vivendo em estreita relação com o ambiente natural, dependendo de seus recursos naturais para a sua reprodução sociocultural por meio de atividades de baixo impacto ambiental". Conforme consignado no Plano de Manejo, o ITESP - Instituto de Terras do Estado de São Paulo constatou 386 ocupações no interior do Parque, a maioria composta por não residentes que as utilizam como sítios de lazer; apenas 70 dessas ocupações são mantidas como residência/moradia; e somente 21 apresentam evidências de população tradicional; não sendo este o caso do réu.

Acesso ao Sumário

8. A ré meeira não é moradora tradicional da área (cuja permanência é autorizada pelo art. 42 da LF nº 9.985/00), reside em São Paulo, ocupa-a desde 1989 e, pelo que constam nos autos, utiliza-a como sítio de cultivo e lazer (fls. 10/11, vol. 1), demonstrando, através das fotos de fls. 975/992, vol. 5, constantes do laudo pericial, um aparente abandono, não possuindo direito ao assentamento. O local possui uma residência de 172,00 m² que invade a área de preservação permanente por estar a 25 metros de distância do lago existente dentro da pro-

priedade do Sítio Borboleta; possui área de jardim e pomar com 0,18 hectares, açude com 0,05 hectares, com alguns peixes e uma área desmatada de 2.284,56 m², correspondente ao acesso da estrada interna do Parque até a residência; tratamento de esgoto por fossa negra (fls. 970, vol. 5). Diante do quadro probatório inserto nos autos, a recuperação do dano exige a demolição das edificações e plantações exóticas, a remoção dos entulhos para fora do Parque e o abandono do local da ocupação para regeneração natural da vegetação nativa, que se mostra viável caso não ocorram novas intervenções.

A perda da posse implica que a ré não praticará os atos decorrentes da ocupação, assim não ampliando a degradação ambiental. A recomposição ambiental é decorrência natural da responsabilidade objetiva e da natureza 'propter rem' da obrigação ambiental, que tornam irrelevante a data em que a ocupação teve início ou quem foi o autor da supressão da vegetação e da plantação de vegetações exóticas.

9. A qualificação de morador tradicional não se transmite com o imóvel. Quem adquire imóvel de morador tradicional não se torna, por força da aquisição, um deles; é e continua sendo um morador não tradicional, sem direito à permanência na área protegida. Acresce que a área foi judicialmente incorporada ao patrimônio do Estado por sentença proferida em 1959 (matrícula nº 17.554 do Cartório de Registro de Imóveis de São Roque) e não há, de momento, direito da ré à permanência no imóvel, tampouco à indenização pela alegada perda da posse.

O abandono do local da ocupação permite a regeneração natural da área; embora permaneça a obrigação de recompor, desde logo se esclarece que a regeneração natural cumpre a obrigação e dispensa a ré de apresentar o projeto (que não fará mais que a própria natureza) previsto na sentença, conforme for definido em execução.

10. Fatos novos. A apelante alegou a superveniência de fatos novos e provas relacionadas à ação reivindicatória proposta por ela em face do Estado de São Paulo, os quais comprovariam fatos constitutivos do seu direito de propriedade sobre o objeto desta; requerendo (i) a conversão do julgamento em diligência; (ii) abertura de prazo para aditamento das razões recursais; (iii) abertura de prazo para o Estado oferecer aditamento às contrarrazões e (iv) sobrestamento do recurso de apelação até final do julgamento da ação reivindicatória (fls. 1.118/1.194, vol. 6).

A ação reivindicatória foi proposta somente agora, em 14-10-2022, na qual a autora, aqui, apelante, pretende o reconhecimento de que a propriedade seria legítima; eventual procedência lhe concederia eventual indenização por desapropriação, sem influir nas medidas de proteção ao meio ambiente reconhecidas na sentença. Não há identidade de pedidos ou prejudicialidade entre as ações. O pouco plausível direito à propriedade não a transformaria em moradora

Acesso ao Sumário

tradicional com direito à permanência no local.

11. A ré informa, na véspera da sessão de julgamento, a instauração de procedimento no Conselho Nacional de Justiça nº SEI/CNJ 1799667 para apuração dos pedidos do Estado de reintegração de posse do Parque Estadual do Jurupará, em que solicitadas informações ao Presidente do Tribunal; mas cuida de áreas ocupadas por moradores tradicionais e situantes, em que não se enquadra a ré nem seu falecido irmão. É incidente que não interfere no julgamento deste feito.

O voto é pelo desprovimento do recurso, com os acréscimos acima.

TORRES DE CARVALHO, 2º Juiz

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1028468-94.2020.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ALFA ARRENDAMENTO MERCANTIL S/A, é apelado MUNICÍPIO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 18ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Após sustentação oral do Dr. Eduardo Henrique Coutinho da Silva, OAB/SP 316439, negaram provimento ao recurso, com majoração da verba honorária, nos termos do acórdão. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 42.461)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI (Presidente sem voto), HENRIQUE HARRIS JÚNIOR e RICARDO CHIMENTI.

São Paulo, 9 de maio de 2024.

BEATRIZ BRAGA, Relatora

Ementa: Apelação. Ação declaratória de inexistência de relação jurídico-tributária c.c. repetição de indébito. Arrendamento mercantil. Incidência de ISSQN sobre o Valor Residual de Garantia (VRG).

Cinge-se a controvérsia à possibilidade de incidência de ISSQN sobre VRG nos contratos de arrendamento mercantil.

De acordo com entendimento sedimentado pelo Supremo Tribunal Federal, há de reconhecer-se a legitimidade da cobrança do ISSQN sobre o VRG, considerado parte integrante do total da operação de *leasing*.

No que tange à denúncia espontânea, verifica-se que

Acesso ao Sumário

a conduta da autora não se enquadrou nesse instituto, pois o pagamento do ISSQN foi realizado fora do prazo estipulado.

Quanto aos índices adotados pelo Fisco Paulistano, estes estão em conformidade com a legislação e jurisprudência vigentes, não ultrapassando os limites estabelecidos pela SELIC. A incidência do IPCA para correção monetária e a taxa de juros de 1% ao mês são respaldadas pela legislação municipal e jurisprudência consolidada, não configurando irregularidade na cobrança.

Dessa forma, conclui-se que a sentença solucionou corretamente a demanda e deve ser mantida, ensejando a majoração da verba honorária em 1% sobre os percentuais mínimos sobre o valor da causa, nos termos do art. 85, § 11 do CPC.

Nega-se provimento ao recurso e majora-se a verba honorária, nos termos do acórdão.

VOTO

Trata-se de apelação interposta por **Alfa Arrendamento Mercantil S/A** contra sentença de improcedência prolatada nos autos da ação declaratória de inexistência de relação jurídico-tributária ajuizada em face do **Município de São Paulo** (fls. 869/873).

Consta dos autos ter sido ajuizada a presente ação objetivando afastar-se a incidência de ISSQN sobre montantes recebidos a título de VRG (valor residual de garantia), com declaração de inexistência de relação jurídica entre autora e réu e condenação deste a devolver os valores indevidamente recolhidos sob referida rubrica.

Após regular tramitação processual, sobreveio sentença de improcedência. Consignou a juíza que o VRG compõe a base de cálculo do ISSQN e, como tal, deve ser tributado.

Inconformada, a autora apela (fls.967/1010). Aduz que o VRG não compõe a base de cálculo do ISSQN, pois sua natureza não decorre de contraprestação de serviço; discorre sobre os elementos do contrato de *leasing* (arrendamento mercantil); pede a repetição do indébito; subsidiariamente, alega a ilegalidade de inclusão de multa de mora em procedimento de denúncia espontânea; ilegalidade dos juros e acréscimos legais, pois superiores à Selic; pede a reforma da sentença e o provimento integral do recurso, com inversão da sucumbência.

Contrarrazões a fls. 1032/1051.

Acesso ao Sumário

É o relatório.

O recurso preenche os requisitos de admissibilidade e há de ser conhecido. Contudo, não merece prosperar.

Cinge-se a controvérsia à possibilidade de incidência de ISSQN sobre VRG nos contratos de arrendamento mercantil.

Em primeiro, necessário pontuar-se que não há dissidência acerca da incidência de ISSQN sobre *leasing*, mas sim sobre o valor residual de garantia que acompanha tais contratos.

Sabe-se que o VRG consiste em obrigação assumida pelo arrendatário no momento da contratação do *leasing*, de garantir que o arrendador receba, ao final do contrato, a quantia mínima final de liquidação do negócio, caso o arrendatário optar por não exercer seu direito de compra e não desejar que o contrato seja prorrogado.

De acordo com a fiscalização tributária municipal, é prática comum da autora antecipar em parcelas o Valor Residual Garantido, que é tido parte integrante do valor do serviço de *leasing*. Essa interpretação está alinhada com o entendimento do Supremo Tribunal Federal que considera o *leasing* como um financiamento completo, sem separação das parcelas que compõem seu preço. Eis o entendimento citado:

> *TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ISS. ARRENDAMENTO MERCANTIL. LEASING. BASE DE CÁLCULO. VALOR INTEGRAL DA OPERAÇÃO. ARBITRAMENTO.*
>
> *I – Na origem, trata-se de execução fiscal que objetiva a cobrança de ISS sobre operações de arrendamento mercantil (leasing). Os pronunciamentos das instâncias inferiores foram no sentido da constitucionalidade e da legalidade do lançamento efetuado pelo fisco. Entretanto, quanto à base de cálculo, o Tribunal a quo entendeu que corresponderia ao valor dos spreads decorrentes dos contratos de leasing, ou seja, o valor obtido pela diferença entre o capital despendido para aquisição do bem arrendado pela instituição financeira e a contraprestação paga pelo arrendatário, excluindo também da tributação a quantia referente ao Valor Residual Garantido (VRG), que diz respeito ao montante pago pelo arrendatário caso escolha adquirir o bem ao final do contrato.*
>
> *II – **A base de cálculo do ISS, incidente nas operações de arrendamento mercantil, é o valor integral da operação contratada, que corresponde ao preço cobrado pelo serviço. Isso porque o núcleo do arrendamento mercantil é a própria operação de leasing e não a diferença entre o capital investido e a remuneração paga ao arrendador (spread).** Ademais, é válido o arbitramento realizado pelo fisco a partir dos valores constantes das notas fiscais de compra dos bens arrendados. Precedentes: AgRg no AREsp n. 405.370/RS, 1ª T, Rel. Ministro Sérgio Kukina, DJe*

Acesso ao Sumário

24/11/2015; AgRg no AREsp n. 686.229/RS, 2ª T, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 30/6/2015; REsp n. 1.491.611/PR, 33ª T, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe 15/06/2015; REsp n. 1.771.134/PR, Rel. Min. Regina Helena Costa, DJe 08/11/2018 e REsp n. 1.745.413/PR, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Dje 18/06/2018.

III – Recurso especial provido. (REsp 1787570/PR, STJ, 2ª T, Rel. Min. Francisco Falcão, j. 02/04/2019, DJe 05/04/2019)

Portanto, o ISSQN deve ser calculado sobre o valor total da operação, incluindo o VRG, conforme decidido pelo Supremo, pois, uma vez que o *leasing* é um serviço único e indivisível, não é viável separar a base de cálculo do imposto, já que os valores do VRG fazem parte do preço do serviço, sendo recebidos como parte do contrato de *leasing*.

No que se refere à denúncia espontânea, a Prefeitura demonstrou que a abordagem adotada pela autora não se enquadrou nessa categoria. Pelo contrário, ao identificar a irregularidade no pagamento do ISSQN, que foi feito de forma voluntária ao município de Barueri, a autora optou por regularizar a dívida realizando o pagamento do imposto fora do prazo estipulado. E, em resposta ao pagamento em atraso, a autoridade fiscal municipal aplicou a multa correspondente de acordo com suas normas, não havendo qualquer irregularidade na conduta adotada.

Quanto à suposta ilegalidade dos índices adotados pelo Fisco Paulistano, a solução não é diferente.

Com efeito, os índices adotados pelo município de São Paulo, como o IPCA para correção monetária e a taxa de juros de 1% ao mês não superam a SELIC devido a diversos fundamentos. Primeiro, a legislação municipal respalda esses índices, como evidenciado na Lei Municipal nº 10.734/89, que estabelece critérios para atualização de débitos tributários municipais. Além disso, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça reconhecem a autonomia dos entes federativos para determinar seus próprios índices de correção monetária, desde que não ultrapassem os índices federais. Essa interpretação foi corroborada pelo STF na ADI nº 442/SP.

Adicionalmente, o IPCA é um índice oficial de inflação do país, reconhecido e utilizado pelo governo federal para diversos fins econômicos, o que confere legitimidade à sua aplicação pelo município.

Portanto, os índices adotados pela municipalidade paulistana estão em conformidade com a legislação e jurisprudência vigentes, não ultrapassando os limites estabelecidos pela SELIC.

Com relação à suposta inconstitucionalidade dos índices utilizados pela Municipalidade de São Paulo, a autora alega que ultrapassaram os limites estabelecidos pela SELIC. No entanto, não há fundamentos que amparem essa alegação. Os índices para a cobrança de juros moratórios estão em conformidade

Acesso ao Sumário

com o art. 161, § 1º, do CTN, e a incidência do IPCA para a correção monetária é respaldada pela legislação municipal. A autora não conseguiu demonstrar que a Lei Municipal nº 10.734/1989, com a redação dada pela Lei Municipal nº 13.275/2002, fixou índices superiores à SELIC. Além disso, é cabível a cumulação dos juros e da multa moratória, pois esses institutos possuem naturezas jurídicas distintas, conforme previsto no art. 161 do CTN. Portanto, os acréscimos legais aplicados pela Municipalidade não configuram irregularidade na cobrança.

Tecidas tais considerações, conclui-se que a sentença solucionou corretamente a demanda e deve ser mantida. A solução enseja a majoração da verba honorária em 1% sobre os percentuais mínimos sobre o valor da causa, nos termos do art. 85, § 11 do CPC.

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, **nega-se provimento ao recurso, com majoração da verba honorária, nos termos do acórdão.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação Cível nº 1001122-22.2017.8.26.0653, da Comarca de Vargem Grande do Sul, em que são apelantes U.S.A. UNIÃO SAÚDE E APOIO, INCS - INSTITUTO NACIONAL DE CIÊNCIAS DA SAÚDE, DIRCEU APARECIDO DOS REIS e CELSO ITAROTI CANCELIERI CERVA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 12ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos. V.U. Sustentou oralmente o Dr. Luciano José Lenzi.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17.732)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EDSON FERREIRA (Presidente sem voto), SOUZA NERY e OSVALDO DE OLIVEIRA.

São Paulo, 8 de maio de 2024.
SOUZA MEIRELLES, Relator

Ementa: Apelações cíveis – Ação civil pública por atos de improbidade administrativa – Preliminares afastadas – Dispensa irregular de licitação – Sucessivos contratos firmados em desacordo com a legislação de regência – Conduta do Prefeito, do Diretor de Licitações e Contratos Municipal, e das empresas beneficiadas pelos contratos firmados – Dolo específico caracterizado – Inteligência do art. 10, inciso VIII, da Lei 8.429/92 – Prejuízo presumido – Entendimento do A. STJ – Lineamento jurisprudencial – Sentença mantida – Recursos desprovidos

VOTO

Apelações cíveis manejadas, de um lado por **Celso Itaroti Cancelieri Cerva**, de outro por **Dirceu Aparecido dos Reis**, por **U.S.A. União Saúde e Apoio** e por **INCS - Instituto Nacional de Ciências da Saúde**, nos autos da *ação civil por improbidade administrativa* que tramitou perante a 2ª Vara da Comarca de Vargem Grande do Sul, cujos pedidos foram julgados **parcialmente procedentes**, para "*1) DECLARAR NULOS os contratos objetos desta lide em que houve dispensa indevida de licitação; 2) CONDENAR, solidariamente, os requeridos CELSO ITAROTI CANCELIERI CERVA; INCS INSTITUTO NACIONAL DE CIÊNCIAS DA SAÚDE; UNIÃO SAÚDE APOIO USA; e DIRCEU APARECIDO DOS REIS como incursos no art. 10, VIII, da Lei 8.429/92 às sanções de ressarcimento integral do dano, com correção monetária a partir de cada desembolso e juros de mora de 1% ao mês, a partir da citação, na forma acima estipulada (observando-se quanto a este último réu a responsabilidade limitada ao contrato firmado quando esteve à frente do Departamento Municipal de Licitações); 3) DECRETAR a suspensão dos direitos políticos pelo período de 05 anos dos requeridos CELSO ITAROTI CANCELIERI CERVA e DIRCEU APARECIDO DOS REIS; 4) Decretar a proibição aos requeridos de contratar com o Poder Público pelo prazo de 5 anos*" (fls. 2025/2027).

Vindica o I**NCS - Instituto Nacional de Ciências da Saúde** apelante a reforma do r. julgado, arguindo, preliminarmente, a ocorrência de cerceamento de defesa pelo julgamento antecipado da lide, ante a não oportunização da produção de prova testemunhal e apresentação da cópia integral dos certames, bem como a nulidade da sentença por ausência de fundamentação jurídica, na medida em que não especificou os atos ímprobos de cada agente, e que "*de fundamentação houve apenas 08 (oito) páginas*". Assevera, ainda, a inépcia da inicial, sob o fundamento de que fundou-se em fatos narrados de forma genérica

Acesso ao Sumário

e superficial, incluindo-se "*vários agentes públicos e privados no polo passivo e, ao fim, pleiteadas sanções desproporcionalmente cumulativas a todos eles, sem qualquer distinção*". No mérito, sustenta, em apertada síntese, a ausência de comprovação de ato de improbidade administrativa, uma vez que, em nenhum momento teve conhecimento acerca de conluio para fraudar licitação na cidade de Vargem Grande do Sul, tendo apenas participado regularmente de certame regido por edital válido, tampouco havendo qualquer prova nos autos que demonstre o seu vínculo com os agentes públicos. Pontua que "*o valor pago ao Instituto Apelante é superior ao valor proposto pela empresa SIGMA, no entanto, [...] o valor superior é justificado pelo número superior de horas e consultas a serem cumpridas e, consequentemente, um número superior de profissionais a serem contratados. Não há que se falar em qualquer tipo de benefício ou favorecimento ao Apelante*". No mais, que não há que se falar em nulidade da contração tampouco em devolução dos valores recebidos, eis que o serviço foi devidamente prestado. Relaciona que tampouco deve se considerar a responsabilidade objetiva solidária das entidades demandadas, devendo, se o caso, a indisponibilidade limitar-se ao valor do prejuízo apurado por cada réu, não podendo o apelante ser solidariamente responsável por dívida milionária, motivo pelo qual a sentença deveria ter feito a discriminação de cada conduta ímproba para cada réu. Por fim, aduz que o Ministério Público não comprovou lesão ao erário ou enriquecimento ilícito do apelante, e requer o prequestionamento da matéria ventilada, além da concessão da gratuidade da justiça em seu favor.

A apelante **União Saúde Apoio - USA** requer a reforma da veredicção singular, argumentando, em suma, que, ao contrário da boa-fé, que deve ser presumida, a má-fé e o dolo não se presumem, dependendo de comprovação robusta nos autos, de sorte que, uma vez que os contratos que foram firmados entre a apelante e o Município se basearam em pareceres e atos administrativos municipais, deles se presumem a sua constitucionalidade, afastando o dolo ou a má-fé da apelante, sendo que, nada obstante tratar-se de organização social, "*é possível encontrar diversos editais de chamamento público por credenciamento que objetivam a contratação de organizações sociais de saúde*". Consigna, ademais, que a subsunção dos fatos à hipótese legal do art. 10, da LIA depende da comprovação do dano ao erário público, e, no caso dos autos, a sentença apurou genericamente o valor do suposto dano, não podendo a condenação ser baseada em dano hipotético. Assinala, ademais, que "*não há que se falar em prejuízo ao erário se (I) o valor do contrato de gestão era inferior a contrato que era vigente anteriormente e (II) se o serviço contratado foi devidamente prestado, situação esta que em nenhum momento foi posta a discussão, não pairando qualquer dúvidas quanto ao estrito cumprimento do contrato de gestão*". Por fim, requer a concessão da gratuidade da justiça em seu favor.

A seu turno, **Celso Itaroti Cancelieri Cerva** requer a desconstituição da r. sentença, sustentando, em resumo, a insuficiência de elementos probatórios

e fundamentos legais na sentença a ensejarem a sua condenação em ato de improbidade administrativa, eis que inexistiu a especificação do ato ou fato específico de sua autoria, tampouco demonstração do elemento subjetivo dolo, não podendo, portanto, ser condenado genericamente. Assevera que "*não houve a atribuição de qualquer conduta fraudulenta com nuances de tipicidade na órbita da improbidade administrativa, restringindo-se o juízo a suscitar a prática de atos que, desacompanhados de indícios de má-fé, consubstanciam mera atuação funcional no desempenho do mandato".* Pontua que *"afinal, em que circunstâncias o chefe do Executivo (que não elabora e nem publica editais!) teria contribuído para que a alegada improbidade se consumasse? NÃO SE SABE, já que a petição inicial nada esclarece a respeito*". Pondera, ainda, a inexistência de dano ao erário, sendo que, em realidade, ocorreu inequívoca economia de recursos, vez que a carga horária desempenhada pelo ICV era significativamente superior àquela da licitação vencida pela Sigma, de sorte que "*seriam necessários R$ 270.300,00 (duzentos e setenta mil e trezentos reais) a mais para o desempenho do mesmo número de horas da licitação vencida pelo ICV*", além de que foram efetuadas "*duas supressões no contrato firmado com a ICV, após pareceres favoráveis do Departamento Jurídico*" que redundaram em economia de R$ 634.560,78 e poupança de R$ 801.420,60. Requer, assim, a improcedência dos pedidos iniciais no que lhe pertine, ou, subsidiariamente, sejam redimensionadas as penalidades impostas, aplicando-se tão somente a multa civil em valor equivalente a remuneração que auferia à época dos fatos, cassando-se a determinação de restituição do valor pago e as demais penalidades. Requer, no mais, a concessão da gratuidade da justiça ou o diferimento do pagamento do preparo recursal ao final do processo.

Por sua vez, o recorrente **Dirceu Aparecido dos Reis** (beneficiário da Justiça Gratuita - fls. 1015/1017; 1215) almeja a reforma do julgado, suscitando, preliminarmente, a nulidade da sentença pelo cerceamento de defesa, ante a não oportunização de produção de provas e o julgamento antecipado da lide, bem como a inépcia da inicial, eis que "*apresenta informações confusas e contraditórias, impedindo o conhecimento da real causa de pedir dos pleitos formulados*", e tampouco efetuou a discriminação da conduta específica imputada ao apelante/demandado. No mérito, aduz a ausência de conduta ilícita praticada pelo apelante, inexistindo qualquer indício de prova acerca da existência de conluio ou prova de beneficiamento em seu favor nas contratações narradas na exordial. Narra que "*foi incluído no polo passivo por ter sido à época do chamamento público diretor de licitações e ter elaborado o edital. [...] isso não significa que tenha agido dolosamente ou culposamente. Deveria ter sido provado. [...] Onde estão as provas de direcionamento? Onde estão as provas de preço superior ao praticado no mercado se nem foi buscado esse tipo de comparação nos autos? Onde estão os atos ímprobos?*". Argumenta, de mais, a ausência de dolo ou de qualquer prejuízo ao erário, a justificar a sua condenação

Acesso ao Sumário

ao ressarcimento. Relaciona, ao final, a inconstitucionalidade da proibição de contratar com o Poder Público, eis que tal medida não consta do artigo 37, § 4º, da Constituição, e incompatibilidade da condenação em suspensão de direitos políticos do apelante com a ação de improbidade administrativa.

Recursos tempestivos, bem processados, e contrariados de forma una (fls. 2228/2237).

A **Douta Procuradoria-Geral de Justiça** manifestou-se às fls. 2275/2291 e 3111/3120, opinando pelo não provimento dos recursos, e pelo parcial provimento ao reexame necessário, a fim de que se imponha a sanção de multa civil aos recorrentes, bem como a perda do cargo aos apelantes pessoas físicas.

Diante do advento da **Lei nº 14.230/2021**, e à luz do **art. 10 do CPC**, as partes foram intimadas quanto ao seu teor (fls. 3.092).

O feito foi suspenso, na pendência de julgamento do **Tema 1.042** pelo **A. Superior Tribunal de Justiça** (fls. 3071/3072; 3131/3132), o qual foi posteriormente cancelado, sobrevindo o retorno dos autos para julgamento.

Tal, em abreviado, o relatório.

Ab initio, cumpre registrar, inexistente remessa necessária na hipótese, nos termos da **Lei nº 14.230/2021** e do cancelamento do **Tema 1.042** pelo **A. Superior Tribunal de Justiça.**

Preliminarmente, indefere-se o pedido de justiça gratuita **requerido** pelo apelante **Celso Itaroti Cancelieri Cerva.**

Verifica-se da declaração de imposto de renda juntada às fls. 3178/3186 que, apesar de possuir empréstimos a pagar, o apelante percebeu no ano calendário de 2022 (exercício de 2023) rendimentos anuais superiores à R$ 350.000,00 (trezentos e cinquenta mil reais), a demonstrar condição financeira incompatível com a alegada hipossuficiência econômica.

Não é o caso, porém, de decretação de deserção, em observância ao disposto no **artigo 23-B**, ***caput*** e **parágrafo 1º**, da **Lei de Improbidade Administrativa**, com redação dada pela **Lei nº 14.230/2021.**

E, em observância ao princípio da isonomia e que o indeferimento do pedido, no caso, configurar-se-ia em óbice à prestação jurisdicional, nada obstante mantido o indeferimento da justiça gratuita às apelantes INCS e USA, conforme despacho de fls. 3144/3146, reputa-se consentâneo o diferimento do pagamento a todos os apelantes, para o final do processo.

Com relação às preliminares de carência de individualização dos fatos e inépcia da inicial pela inexistência de especificação do ato subjetivo, arguidas pelos apelantes em suas respectivas razões recursais, estas já foram suscitadas em contestação, e foram acertadamente afastadas em despacho saneador de fls. 1047/1049 e seguintes.

Como cediço, antes das alterações promovidas na Lei de Improbidade Administrativa pela novel **Lei nº 14.230/21**, inexistia obrigatoriedade de o juízo

decidir de acordo com a capitulação fornecida na inicial, estando adstrito ao fato tido por ímprobo noticiado no feito.

Contudo, com a referida alteração legal, adveio a necessidade de especificação definitiva da capitulação legal, indicando-se de forma acertada o tipo em que os fatos se enquadram, nos termos da nova lei.

Nesse viés, foi incluído o **art. 17, § 10-C** e **10-D** na **Lei 8.429/92 (LIA)** pela **Lei 14.230/21**, que fundamentou a determinação emanada na decisão agravada, que assim prevê:

> **Art. 17 (...)**
> **§ 10-C. Após a réplica do Ministério Público, o juiz proferirá decisão na qual indicará com precisão a tipificação do ato de improbidade administrativa imputável ao réu, sendo-lhe vedado modificar o fato principal e a capitulação legal apresentada pelo autor.**
> **§ 10-D. Para cada ato de improbidade administrativa, deverá necessariamente ser indicado apenas um tipo dentre aqueles previstos nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei.**

Entretanto, o A. Superior Tribunal Federal já sedimentou entendimento com relação à (ir)retroatividade da **Lei 14.230/21**, fixando a seguinte tese de repercussão geral, no julgamento do **Tema 1.199** (ARE 843.989):

> 1) É necessária a comprovação de responsabilidade subjetiva para a tipificação dos atos de improbidade administrativa, exigindo-se - nos artigos 9º, 10 e 11 da LIA - a presença do elemento subjetivo - DOLO;
> 2) A norma benéfica da Lei 14.230/2021 - revogação da modalidade culposa do ato de improbidade administrativa -, é IRRETROATIVA, em virtude do artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, não tendo incidência em relação à eficácia da coisa julgada; nem tampouco durante o processo de execução das penas e seus incidentes;
> **3) A nova Lei 14.230/2021 aplica-se aos atos de improbidade administrativa culposos praticados na vigência do texto anterior da lei, porém sem condenação transitada em julgado, em virtude da revogação expressa do texto anterior; devendo o juízo competente analisar eventual dolo por parte do agente;**
> 4) O novo regime prescricional previsto na Lei 14.230/2021 é IRRETROATIVO, aplicando-se os novos marcos temporais a partir da publicação da lei. (**grifou-se**)

Portanto, estabeleceu-se que a referida norma retroagirá somente com relação à necessária comprovação do elemento dolo nos **artigos 9º, 10 e 11 da LIA** para configurar-se ato de improbidade administrativa, revogando-se o fator culposo em processos em andamento.

Isto porque, "*A Lei 14.231/2021 tem aspectos de direito material e, também de direito processual. Os aspectos de direito material só se aplicam a fatos ocorridos após sua edição. Em relação a fatos anteriores, assemelha-se à abolitio criminis, em que a determinada conduta deixa de configurar ato de improbidade, como ocorre com a modalidade culposa.* ***Os aspectos de direito***

Acesso ao Sumário

processual, tais quais requisitos do pedido e de procedibilidade, aplicam-se de imediato, inclusive aos processos em curso, porém, sem efeito retroativo. Ou seja, devem ser respeitados os atos e fases processuais já consumados"[1].

Assim, haure-se que os requisitos processuais e de admissibilidade trazidos pela **Lei nº 14.230/2021** aplicam-se apenas às iniciais oferecidas após a vigência da nova lei, em atenção à regra geral de direito intertemporal e o princípio da irretroatividade das leis (**artigo 6ª, da LINDB e art. 14 do CPC**).

Portanto, no caso em testilha, a inicial, quando oferecida, cumpria todos os requisitos legais então cabíveis para a sua admissão, não havendo que se falar em inépcia ou ausência de individualização dos atos tidos por ímprobos.

No mais, improfícuas as teses de cerceamento de defesa pelo julgamento antecipado da lide e de nulidade da sentença por ausência de fundamentação, eis que o processo tramitou regularmente, em observância às normas legais, ao contraditório e a ampla defesa, tendo a sentença enfrentado todas as questões essenciais ao deslinde da controvérsia, reputando satisfatórios os elementos constantes dos autos para a convicção do juízo.

Cediço incumbir ao juiz determinar as provas que entender pertinentes, assim como interpretar o substrato probatório à luz do princípio do livre convencimento motivado ou da persuasão racional, *ex vi* dos **arts. 370 e 371 do Código de Processo Civil**: *in litteris*

> 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.
> Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.

Na hipótese, infere-se que as informações constantes na origem, bem como todo o substrato probatório coligido aos autos, de fato, denotavam-se satisfatórios, a autorizar o julgamento antecipado (**art. 355, I, CPC**).

Outrossim, importante salientar a desnecessidade do enfrentamento pelo magistrado de todas as questões suscitadas pelas partes quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão (STJ, 1ª Seção, EDcl no MS 21.315-DF, Rel. Min. Diva Malerbi, j. 08/06/2016).

Superadas tais questões, passa-se à análise do mérito das insurgências.

Cura-se de *ação civil por improbidade administrativa* manejada pelo **Ministério Público do Estado de São Paulo** em face de **Celso Itaroti Cancelieri Cerva; Dirceu Aparecido dos Reis; Silvia Helena Salvador; ICS – Instituto de Ciência da Viva; União Saúde Apoio – USA e Município de Vargem**

Acesso ao Sumário

1 (TJSP; Agravo de Instrumento 2107404-76.2023.8.26.0000; Relator: Alves Braga Junior; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Público; Foro de Iguape - 1ª Vara; Data do Julgamento: 31/01/2024; Data de Registro: 31/01/2024).

Grande do Sul, sob o fundamento de ocorrência de conluio e burla à licitação, por meio de dispensa indevida e "chamada pública" irregular, a ensejarem a nulidade das contratações firmadas para a prestação de serviços de saúde sem o necessário e escorreito procedimento licitatório prévio, culminando em prejuízo pecuniário aos cofres públicos.

A sentença recorrida assim decidiu em sua parte dispositiva, complementada pelo parcial acolhimento dos embargos de declaração apresentados (fls. 1964/1975; 2024/2027):

> "Ante o exposto, **JULGO PROCEDENTES EM PARTE** os pedidos, na forma do art. 487, I, do CPC para:
>
> 1) **DECLARAR NULOS** os contratos objetos desta lide em que houve dispensa indevida de licitação;
>
> 2) **CONDENAR, solidariamente, os requeridos CELSO ITAROTI CANCELIERI CERVA; INCS INSTITUTO NACIONAL DE CIÊNCIAS DA SAÚDE; UNIÃO SAÚDE APOIO USA; e DIRCEU APARECIDO DOS REIS** como incursos no art. 10, VIII, da Lei 8.429/92 às sanções de ressarcimento integral do dano, com correção monetária a partir de cada desembolso e juros de mora de 1% ao mês, a partir da citação, na forma acima estipulada (observando-se quanto a este último réu a responsabilidade limitada ao contrato firmado quando esteve à frente do Departamento Municipal de Licitações);
>
> 3) **DECRETAR** a suspensão dos direitos políticos pelo período de 05 anos dos requeridos **CELSO ITAROTI CANCELIERI CERVA** e **DIRCEU APARECIDO DOS REIS**;
>
> 4) **Decretar** a proibição aos requeridos de contratar com o Poder Público pelo prazo de 5 anos.
>
> Os ressarcimentos serão pagos em favor da Fazenda Pública do Município de Vargem Grande do Sul, nos termos do art. 18 da Lei 8.429/92.
>
> Sucumbentes, arcarão os requeridos condenados com o pagamento das custas e despesas processuais. Deixo de condenar em honorários advocatícios em razão de o autor da ação ser o Ministério Público.
>
> Anote-se no cadastro processual o nome correto do requerido INCS Instituto Nacional de Ciências da Saúde (e não mais ICV).
>
> Libere-se o veículo de placas FJI-2399 e oficie-se, conforme determinado acima." (grifou-se)

Nada obstante os fundamentos das insurgências recursais, o julgado não comporta reforma.

No caso, incontroversa a ilegalidade das contratações perpetradas, não sendo possível reconhecer-se como culposos os atos praticados.

Pois bem.

A propósito da contratação de serviços médicos, objeto dos contratos em discussão, o regramento da **Lei nº 8666/1993**, assim preleciona: "*Art. 2º - As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras alienações, concessões,*

permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, ***serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei***".

E, no que pertine à possibilidade de dispensa da licitação, os artigos 25 e 26 da Lei de Licitações estabelecem as hipóteses em que tal modalidade é permitida:

> Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial: I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes; II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação; III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.
>
> Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos.

No caso, em análise ao substrato probatório coligido aos autos e demais elementos processuais, infere-se ter resultado comprovado que o recorrente Celso Itaroti, ao fim do primeiro ano de seu mandato como Prefeito do Município de Vargem Grande do Sul (2013), autorizou a abertura de certame licitatório, na modalidade pregão presencial, com o fito de contratar empresa prestadora de serviços de saúde na referida municipalidade.

Acesso ao Sumário

No referido procedimento, havia sagrado-se vencedora a empresa SIGMA, a qual apresentou proposta no valor de R$ 5.021.113,22 (cinco milhões, vinte e um mil reais e vinte e dois centavos – fls. 30) para a prestação dos serviços.

Nada obstante, o apelante Celso, a pretexto de que o valor da proposta estaria acima das possibilidades financeiras do Município – contrariando a previsão orçamentária apresentada na abertura do certame –, deixou de entabular contrato administrativo com a aludida empresa vencedora (SIGMA), optando por contratar em caráter emergencial a pessoa jurídica INCS, também recorrente, em montante projetado para um ano correspondente a R$ 3.370.200,00 (três

milhões, trezentos e setenta mil, e duzentos reais).

A hipótese não se enquadrava naquelas legalmente previstas para a dispensa ou inexigibilidade de licitação, eis que inexistiu demonstração de inviabilidade de competição, não se tratando de serviço técnico de natureza singular, inexistindo no feito, tampouco, comprovação efetiva dos motivos administrativos que levaram à contratação emergencial da empresa INCS.

E, três meses após a mencionada contratação emergencial, o recorrente **Celso** autorizou a abertura de novo procedimento licitatório, na modalidade pregão presencial (nº 82/13), que resultou na contratação da mesma empresa **INCS**, pelo valor anual de R$ 6.170.973,68 (seis milhões, cento e setenta mil, novecentos e setenta e três reais, e sessenta e oito centavos), ou seja, em montante superior ao da primeira licitação, na qual alegou indisponibilidade orçamentária, perfazendo diferença no montante anual de R$ 1.149.860,46 (um milhão, cento e quarenta e nove mil, oitocentos e sessenta reais, e quarenta e seis centavos) superior àquele ofertado pela SIGMA.

Portanto, exsurge que o então Prefeito Celso, ao assim conduzir a situação, desconsiderou o resultado regular da licitação para contratar empresa diversa, injustificadamente, em inobservância aos preceitos legais aplicáveis, configurando fabricação emergencial a frustrar o resultado do certame.

Resultando caracterizado, pois, o evidente artifício e forjamento para beneficiar a empresa **INCS.**

Ato contínuo, em 2015, não mais podendo prorrogar o contrato com a empresa **INCS**, em razão da imposição da sanção de proibição de contratar com o Poder Público por outro Município à referida empresa, o prefeito **Celso Itaroti** contratou, novamente em caráter emergencial a apelante **União Saúde Apoio (USA)**, aqui também apelante.

E, nesse contexto, verificou-se que o diretor técnico da mencionada empresa **USA**, Daniel Gustavo Gutierrez Feliul, era justamente o responsável técnico da empresa **INCS**, tendo sido o encarregado pelas contratações anteriores daquela empresa (fls. 85, 106, 107 e 112).

A partir daí, sucedeu-se a prática de diversos outros atos em inobservância à legislação de regência, com fins a perpetuar o enriquecimento ilícito e burla à licitação, passando a incluir-se, então, as condutas do recorrente **Dirceu Aparecido dos Reis**, que exercia o cargo de **Diretor de Licitações e Contratos no Município**, e atuou na abertura de Chamamento Público para credenciamento de serviços de atendimento médico.

Com relação aos demais fatos perpetrados, a fim de evitar-se fastidiosa tautologia, adota-se o escorço elaborado pela Douta Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer, ante a própria pertinência e cabimento (fls. 2285/2291): *in litteris*

[...]

Acesso ao Sumário

O contrato, firmado em 17 de julho de 2015, deu-se por um valor que, projetado para um ano, alcançaria o montante de R$ 5.742.048,00 (fls. 117).

No mesmo dia em que autorizou a contratação emergencial da empresa USA, o recorrente Celso Itaroti, a pedido da correquerida Silvia Helena Salvador, determinou a abertura de certame licitatório para a contratação dos serviços que vinham sendo contratados diretamente pela Administração Pública. O certame foi, entretanto, suspenso por decisão do Tribunal de Contas do Estado, em razão de impugnação apresentada pela INCS.

Vale, aqui, uma constatação. Ainda que afirme a recorrente INCS não estar conluiada com os demais apelantes, justamente em função de ter impugnado o segundo certame, não se pode deixar de conceber a ideia de que referida impugnação, bem como as irregularidades constatadas no edital de licitação, deram-se de forma propositada para favorecer a empresa USA. Note-se que a empresa INCS estava impedida de celebrar contratos com o Poder Público, não havendo razões lógicas para se insurgir com os termos do edital. Soma-se a isso o fato de ter a suspensão do certame beneficiado diretamente a empresa USA, cujo diretor técnico era o antigo diretor da INCS, frise-se.

A paralisação do certame, que perdurou até dezembro de 2016, serviu como pressuposto fático ao recorrente Celso Itaroti para, em 20 de janeiro de 2016, prorrogar a contratação emergencial da empresa USA (fls. 141), que já havia sido beneficiada com cinco anteriores prorrogações.

Atente-se que, também nessas circunstâncias, não foi apresentada qualquer comprovação da situação emergencial que justificasse a dispensa de um eventual novo procedimento licitatório; da razão da escolha da empresa contratada, da justificativa do preço, em manifesta afronta à lei de regência, exatamente como já ocorrera com a contratação emergencial da empresa INCS.

Em sequência, visando dar ares de legalidade às seguidas e ilícitas contratações diretas promovidas a seu mando, o então Prefeito, em julho de 2016, agora já com o auxílio do recorrente Dirceu Aparecido dos Reis, que exercia o cargo de Diretor de Licitações e Contratos no Município, acolheu parecer proveniente do Departamento Municipal de Saúde e determinou a abertura de Chamamento Público para credenciamento de serviços de atendimento médico, estabelecendo-se que os credenciados habilitados seriam chamados em ordem cronológica de entrega da documentação.

Veja-se que o parecer emitido pelo Departamento de Saúde (fls. 142) continha informações técnicas não condizentes com as atribuições próprias da pasta ocupada pela correquerida Silvia Helena Salvador. Daí porque entendo ter acertado o nobre Magistrado ao julgar não demonstrado o dolo dessa correquerida.

Acesso ao Sumário

De todo modo, fato é que o assunto era de conhecimento tanto do então Prefeito, como do Diretor do Departamento de Licitações do Município.

E, nessa linha, mostra-se evidente que sabiam não ser o Chamamento Público o procedimento adequado para a contratação dos serviços que pretendiam, máxime porque as empresas participantes não se qualificavam como organizações da sociedade civil, nos termos do artigo 24 da Lei nº 13.019/2014.

Esclarecedores, neste ponto, os fundamentos apostos na r. sentença, os quais peço vênia para transcrever:

> "Num segundo momento, quando não mais se mostraria possível a renovação dos contratos emergenciais, optou-se pela 'chamada pública', na forma de credenciamento de empresas privadas (fls. 157/158), o que também ensejaria dispensa do procedimento licitatório. Novamente agiram mal ao assim proceder. A Lei de regência é específica para as hipóteses em que se admite o chamamento público. Segundo o disposto no art. 24 da Lei 13.019/14, 'exceto nas hipóteses previstas nesta Lei, a celebração de termo de colaboração ou de fomento será precedida de chamamento público voltado a selecionar organizações da sociedade civil que tornem mais eficaz a execução do objeto' (destaquei). As empresas requeridas sequer se qualificavam como organizações da sociedade civil a justificar eventual participação nesta modalidade de procedimento" (fls. 1.972).

Como visto, a utilização desse procedimento teve um escopo: conferir aparente legalidade à contratação da recorrente USA. Não por acaso, foi esta apelante a "vencedora" do procedimento utilizado pelos apelantes Celso e Dirceu. Tamanha foi a desfaçatez do ajuste entabulado entre os apelantes que nem mesmo se ocuparam de escamotear a sua ilegalidade. De fato, foi a empresa USA a primeira a apresentar a documentação prevista no edital do Chamamento Público. No entanto, ela assim o fez antes mesmo de o edital do Chamamento ser publicado. Com isso, faturou a empresa mais um contrato administrativo, pelo valor de R$ 5.887.536,00.

[...]

À vista do exposto, tão somente pela quantidade de sucessões de atos ilegais é possível verificar-se, de pronto, o dolo específico dos demandados, agindo em conluio e evidente má-fé para, burlando a regra da licitação e os princípios da administração pública, promover a contratação indevida das empresas apelantes, em prejuízo ao interesse da Administração Pública e ao erário.

O art. 10, inciso VIII, da Lei 8.429/92, prevê que constitui ato de improbidade administrativa "***frustrar a licitude de processo licitatório ou de processo seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou dispensá-los indevidamente***".

Acesso ao Sumário

Nesse viés, configurada a hipótese do **artigo 10, VIII,** da **Lei nº 8.429/92**, imperiosa a mantença da condenação dos demandados/apelantes, exsurgindo escorreita r. sentença prolatada em sua conclusão.

No mais, improfícua a tese de inexistência de prejuízo ao erário, eis que, como há muito já sedimentou o **A. Superior Tribunal de Justiça**, nas hipóteses de dispensa irregular de licitação, o prejuízo ao erário é presumido, haja vista que foi subtraído da Administração Pública a possibilidade de contratar-se a melhor proposta, de forma a resguardar o maior interesse público.

No ponto, o **A. STJ** já consignou que "***é pacífico o entendimento de que frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente configura ato de improbidade que causa dano presumido ao erário (in re ipsa)***" (STJ, 2ª Turma, AREsp nº 1.507.099/GO, Relator Ministro Francisco Falcão, j. 17/12/2019, DJe 19/12/2019).

Resultou configurada, assim, a responsabilidade do então prefeito municipal **Celso Itaroti Cancelieri Cerva**, na função de gestor público (Prefeito), de **Dirceu Aparecido dos Reis**, na função de Diretor de Licitações e Contratos no Município – com a sua responsabilidade limitada ao contrato firmado quando esteve à frente do Departamento Municipal de Licitações –, bem como das empresas **U.S.A. União Saúde e Apoio e por INCS - Instituto Nacional de Ciências da Saúde**, beneficiadas pela dispensa da licitação, estando plenamente caracterizado o dolo em suas condutas.

Exsurge do feito, portanto, que os ora recorrentes/demandados não lograram comprovar a contento fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito autoral, para afastar o ato de improbidade administrativa verificado, ônus que lhes incumbia, a teor do previsto no **art. 373, II**, do **Código de Processo Civil.**

Nesse sentido, assim já decidiu este **E. Tribunal de Justiça**, em casos crivados de analogia:

> Apelação Cível – Ação de ressarcimento do erário – Direcionamento do processo licitatório em favor de determinada empresa – **Contrato administrativo firmado em violação à Lei de Licitações – Dano ao erário que deve ser presumido** – Entendimento majoritário no âmbito do STJ – Atuação dolosa dos requeridos comprovada em sede de processo administrativo no âmbito da Municipalidade e do Tribunal de Contas do Estado – Recursos improvidos. (TJSP; Apelação Cível 1000583-44.2014.8.26.0691; Rel. Magalhães Coelho; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Público; Foro de Buri - Vara Única; j. em 02/10/2023 – grifou-se).
>
> Improbidade Administrativa – **Contratação de escritório de advocacia sem licitação – Ausência de singularidade apta a justificar a dispensa da licitação – Os serviços contratados são genéricos e não detêm singularidade – Ato de improbidade administrativa configurado** – Julgamento do RE nº 843.989/PR (Tema nº 1.199) pelo C. Supremo Tribunal Federal – Reapreciação

do recurso na forma do artigo 1.040, II, do Código de Processo Civil – Em retratação, observaram a tese firmada no Tema nº 1.199 do C. STF, nos termos do disposto no inciso II do artigo 1.040 do Código de Processo Civil, sem modificação no resultado do julgado. (TJSP, 1ª Câmara de Direito Público, Apelação nº 1001901-18.2017.8.26.0025, Relator Des. Aliende Ribeiro, j. 14/06/2023 – grifou-se)

APELAÇÃO – [...] AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – Município de Ribeira – **Contratação direta de escritório de advocacia** para levantamento de dados para compensação tributária e/ou recuperação de valores pagos indevidamente ao INSS a título de RAT e outras contribuições previdenciárias – Ocorrência – **Ausência de contratação de serviço singular e de profissional de notória especialização** (artigo 25, da Lei 8.666/93), **bem como de prévio procedimento formal de dispensa/inexigibilidade de licitação, conforme exigido no artigo 26 da Lei n° 8.666/93** – Ente público, ademais, que possui corpo jurídico – **Dano ao erário manifesto e violação aos princípios da legalidade, impessoalidade e moralidade** – Dolo caracterizado – Sentença de procedência mantida [...]. (TJSP, 13ª Câmara de Direito Público, Apelação Cível nº 1000423-91.2016.8.26.0030, Relator Des. Spoladore Dominguez, j. 01/03/2023 – grifou-se)

Sagra-se, portanto, imperiosa a mantença da veridicção singular, escorreita na solução da lide, por seus próprios e judiciosos argumentos.

Diante do exposto, **mantém-se** a veredicção singular, em seu inteiro teor, observando-se o diferimento do recolhimento do preparo recursal ao final do processo, com relação aos apelantes **União Saúde Apoio - USA, Instituto Nacional de Ciências da Saúde - INCS e Celso Itaroti Cancelieri Cerva.**

Ficam as partes notificadas de que, em caso de oposição de embargos declaratórios, o processamento e o julgamento se realizarão por meio virtual.

Postas tais premissas, por meu voto, **nega-se provimento** aos recursos, com observação.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000314-71.2022.8.26.0449, da Comarca de Piquete, em que é apelante ÁGUAS DE PIQUETE S.A., é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Após a sustentação oral da Dra. Gabriela Silverio Palhuca, negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade

com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 35.606)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MARIA LAURA TAVARES (Presidente), HELOÍSA MIMESSI e FERMINO MAGNANI FILHO.

São Paulo, 13 de maio de 2024.

MARIA LAURA TAVARES, Relatora

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO COLETIVA – Cobrança, pela concessionária de fornecimento de água, de taxa pela ligação e religação de água, além do custeio da instalação de hidrômetro – PRESCRIÇÃO – Não configurada – Impossibilidade de aplicação, por analogia, do prazo prescricional quinquenal da Ação Popular às ações coletivas de consumo – Precedentes – Inteligência do artigo 169 do Código Civil – ILEGITIMIDADE ATIVA – A legitimidade do Ministério Público para promover ação civil pública está prevista no artigo 5º, I, da Lei 7.347/1985 e nos artigos 81 e 82, I, do Código de Defesa do Consumidor – Orientação cristalizada na Súmula nº 601 do Superior Tribunal de Justiça – Ministério Público que atua em defesa de interesses sociais – CERCEAMENTO DE DEFESA – Inexistência – Dilação probatória dispensada – Prova produzida nos autos era suficiente para a solução da lide – Prova pericial que não auxiliaria o deslinde da causa – INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – Relação consumerista entre concessionária de serviço público essencial e usuário – Precedentes – CLÁUSULAS ABUSIVAS – Responsabilidade pela instalação de hidrômetros e ligação da água é da concessionária fornecedora, por ser parte essencial do serviço público – Atribuição ao consumidor do custeio constitui venda casada – Violação dos artigos 39, I e 51, IV, XII e XV do Código de Defesa do Consumidor – Entendimento cristalizado pelo Superior Tribunal de Justiça – Custos envolvendo a instalação de hidrômetro e ligação e religação de água que devem ser contabilizados quando da celebração do contrato de concessão – Eventual desequilíbrio econômico-financeiro que deve ser discutido pelas vias adequadas para tanto – Sentença mantida

Acesso ao Sumário

– Recurso improvido.

VOTO

Trata-se de ação coletiva ajuizada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO em face do MUNICÍPIO DE PIQUETE e de ÁGUAS DE PIQUETE S.A. Alega o autor, em síntese, que a concessionária ré exige, de forma indevida, o recolhimento de "taxa de ligação de água" e realiza cobrança para instalação de relógio medidor (hidrômetro) em imóveis situados no município de Piquete.

Ao ser questionada pelo órgão ministerial, a concessionária esclareceu que o município de Piquete não utilizava o sistema de mensuração de consumo de água por meio de relógios medidores, razão pela qual a fornecedora de serviços realizou a primeira instalação de hidrômetros logo que celebrou o contrato administrativo. Afirmou, ainda, que a instalação se deu de forma gratuita, em todos os imóveis residenciais e comerciais. Porém, em relação aos novos pedidos de instalação e ligação de água, posteriores a dezembro de 2011, há exigência do pagamento, nos termos do contrato de concessão.

Assevera o autor que a conduta da concessionária ré viola os direitos coletivos dos consumidores, uma vez que tanto a instalação do medidor, quanto a ligação da água integram o serviço prestado pela fornecedora de serviços e, portanto, não podem ser objeto de cobrança autônoma. Afirma, ainda, que não há legislação que fundamente a cobrança das referidas taxas, que possuem como único substrato de exigibilidade o contrato, o que evidenciaria a desobediência ao princípio da legalidade, insculpido no artigo 150, I, da Constituição Federal.

Requereu, portanto, a declaração de nulidade da cláusula do contrato de concessão e seus aditivos que permitem a cobrança de taxa de ligação de água e instalação de relógio medidor, a condenação da concessionária a reembolsar, em dobro, os valores despendidos pelos consumidores com as aludidas cobranças, e, em caso de inexistência de interessados na fase executiva, que seja aplicada a previsão do artigo 100 do Código de Defesa do Consumidor, o chamado "fluid recovery", além da condenação da concessionária ré ao pagamento de indenização por danos morais difusos, no montante sugerido de R$ 301.380,00.

A título de tutela de urgência, pleiteou o autor a suspensão da cobrança de taxa de ligação de água (exceto em casos de inadimplemento) ou para instalação de relógios medidores, sob pena de aplicação de multa por cada infração.

A tutela de urgência foi deferida, para afastar a cobrança dos valores relativos à instalação de hidrômetros e ligação ou religação de água (exceto em caso de inadimplemento, com aviso prévio), sob pena de multa diária equivalente ao dobro do valor exigido, por infração, conforme decisão de fls. 734/738.

A r. sentença de fls. 1.303/1.315, cujo relatório é adotado, julgou parcialmente procedente o pedido, para declarar a nulidade das cláusulas contratuais

Acesso ao Sumário

que autorizam a cobrança de valores relativos à instalação de hidrômetros, ligação de água ou religação de água (esta última exceto em caso de inadimplemento, com aviso prévio), determinar que a concessionária ré se abstenha de cobrar os valores relativos às mencionadas tarifas, sob pena de multa diária equivalente ao dobro do valor exigido, por infração e condenar a concessionária a restituir, de forma simples, as quantias cobradas indevidamente dos consumidores a título de instalação de água e hidrômetros, desde dezembro de 2011, observada a prescrição. Rejeitado, contudo, o pedido para condenação ao pagamento de compensação por danos morais coletivos.

Diante da sucumbência recíproca, condenou as requeridas ao pagamento de 70% das custas e despesas processuais. Sem condenação ao pagamento de honorários advocatícios.

A concessionária ré interpôs apelação às fls. 1.328/1.364 argumentando, em síntese, que: (a) está configurada a prescrição quinquenal; (b) o Ministério Público é parte ilegítima para compor o polo ativo da relação processual, uma vez que a demanda não versa sobre direitos individuais homogêneos; (c) houve cerceamento de defesa, haja vista o indeferimento do pedido de produção de prova pericial; (d) a cobrança da taxa de ligação e religação de água, assim como de instalação de relógio medidor estavam previstas no edital do procedimento licitatório e no contrato de concessão; (e) as partes contratantes da concessão estão vinculadas às condições especificadas no instrumento convocatório; (f) o afastamento das mencionadas cobranças geraria indesejado desequilíbrio econômico-financeiro da pactuação; (f) é inaplicável ao caso o Código de Defesa do Consumidor, uma vez que a relação jurídica em questão não é típica relação de consumo.

Contrarrazões às fls. 1.371/1.383.

Recurso regular e tempestivo (fl. 1.415).

É o relatório.

Cuida-se de ação coletiva ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo objetivando a declaração de nulidade da cláusula do contrato de concessão celebrado entre a concessionária Águas de Piquete S.A. e o Município de Piquete e seus aditivos, que permitem a cobrança de taxa de ligação de água e instalação de relógio medidor e a condenação da concessionária a reparar os danos ocasionados pela cobrança indevida.

Inicialmente, as preliminares arguidas pela apelante não comportam acolhimento.

No tocante à alegada prescrição, diversamente do que argumenta a apelante, não é caso de aplicação, por analogia, do prazo quinquenal previsto na Lei 4.717/1965 (Lei de Ação Popular).

De fato, tendo em vista que a Lei nº 7.347/1985 não previu prazo prescricional para o ajuizamento da Ação Civil Pública, a posição do Superior Tribunal

Acesso ao Sumário

de Justiça consistia, tradicionalmente, na aplicação do prazo quinquenal previsto no artigo 21 da Lei de Ação Popular.

No entanto, quando do julgamento do REsp 1.736.091/PE, decidiu a 3ª Turma do Tribunal que o prazo de cinco anos para o ajuizamento da ação popular não se aplica às ações coletivas de consumo.

> ***"PROCESSUAL CIVIL E CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. NÃO INDICAÇÃO. SÚMULA 284/STF. AÇÃO COLETIVA DE CONSUMO. SUJEIÇÃO À PASSAGEM DO TEMPO. APURAÇÃO CONCEITUAL. DIREITO SUBJETIVO. PRETENSÃO. DIREITO ABSTRATO DE AÇÃO. TEORIA DA ACTIO NATA. VIÉS SUBJETIVO. ILÍCITO EXTRACONTRATUAL. EFETIVA POSSIBILIDADE DE EXERCÍCIO DA PRETENSÃO. CONHECIMENTO DOS ELEMENTOS DA LESÃO E DO DANO. 1. Ação coletiva de consumo por meio da qual questiona a venda de suplemento alimentar sem registro na ANVISA e a prática de propaganda enganosa, em virtude de o produto ser apresentado ao público consumidor como se possuísse propriedades medicinais. 2. O propósito recursal consiste em determinar se: a) ocorreu negativa de prestação jurisdicional; b) existe prazo para o ajuizamento de ação coletiva de consumo e c) se, na hipótese concreta, o pedido de instauração de inquérito civil representou marco apto a autorizar o início do fluxo de lapso temporal para o exercício do direito processual ou do direito material. 3. Recurso especial interposto em: 09/08/2016; conclusão ao Gabinete em: 11/01/2018; aplicação do CPC/15. 4. A ausência de expressa indicação de obscuridade, omissão ou contradição nas razões recursais enseja o não conhecimento do recurso especial. 5. O direito subjetivo é a extensão prática, concreta e de direito material da previsão genérica do direito objetivo que define a possibilidade de um indivíduo exigir de outro um certo agir, pressupondo, pois, a intersubjetividade. 7. A pretensão, que também pertence ao direito material, está ligada intimamente à responsabilidade (haftung), se relacionando à exigibilidade da prestação. 8. O direito subjetivo nasce com o estabelecimento da relação jurídica, com a previsão com base no direito objetivo do nascimento dos feixes obrigacionais, ao passo que a pretensão somente surge no momento em que a prestação, decorrente do direito subjetivo, passa a ser exigível, com sua violação. Documento: 95782353 - EMENTA / ACORDÃO - Site certificado - DJe: 16/05/2019 Página 1de 3 9. No Estado Democrático de Direito, em virtude do monopólio estatal da violência, há o desdobramento do direito de ação, e a consequente a previsão de um direito processual e abstrato de agir de titularidade de qualquer sujeito e que é dirigido***

Acesso ao Sumário

***ao Estado, para a obtenção da prestação jurisdicional. 10. O direito público subjetivo e processual de ação deve ser considerado, em si, imprescritível, haja vista ser sempre possível requerer a manifestação do Estado sobre um determinado direito e obter a prestação jurisdicional, mesmo que ausente, por absoluto, o direito material. 11. O máximo que pode que ocorrer é a impossibilidade da satisfação de uma determinada pretensão por meio de um específico procedimento processual, ante a passagem do tempo qualificada pela inércia do titular, caracterizadora da preclusão, o que, todavia, não impossibilita, em absoluto, o uso da específica ação ou procedimento. 12. A ação do tempo somada à inércia do titular tem, portanto, em regra, relação unicamente com a pretensão de direito material. 13. Pelo viés objetivo da teoria da actio nata, a prescrição começa a correr com a violação do direito, assim que a prestação se tornar exigível. 14. Por outro lado, segundo a vertente subjetiva da actio nata, a contagem do prazo prescricional exige a efetiva inércia do titular do direito, a qual somente se verifica diante da inexistência de óbices ao exercício da pretensão e a partir do momento em que o titular tem ciência inequívoca do dano, de sua extensão, e da autoria da lesão. 15. Segundo a jurisprudência desta Corte, a aplicação da actio natasob a vertente subjetiva é excepcional, somente cabível nos ilícitos extracontratuais. Precedentes. 16. Embora o inquérito civil tenha por objetivo apurar indícios para dar sustentação a uma eventual ação coletiva, a fim de que não se ingresse em demanda por denúncia infundada, sua instauração não é obrigatória, podendo o autor coletivo pela presença de elementos suficientes para o imediato exercício do direito de ação. Precedentes. 16. Na hipótese concreta, o Tribunal de origem concluiu que somente ao final do inquérito civil o Ministério Público se convenceu da natureza enganosa da publicidade. Assim, rever esse posicionamento demandaria o reexame de fatos e provas, vedado pela Súmula 7/STJ. 17. Ademais, como se trata de ilícito extracontratual, o termo inicial do prazo prescricional somente é contabilizado a partir do efetivo conhecimento de todos os elementos da lesão, por aplicação da teoria da actio nata sob viés subjetivo, da forma como concluiu o Tribunal de origem.18. Recurso especial parcialmente conhecido e, no ponto, não provido"* (REsp nº 1736091/PE, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j.15.05.2019).**

Naquele julgamento, a Ministra Relatora Nancy Andrighi esclareceu que: "*submeter a ação coletiva de consumo a prazo determinado tem como única consequência impor aos consumidores os pesados ônus do ajuizamento de ações individuais, em prejuízo da razoável duração do processo e da primazia do julgamento de mérito, princípios expressamente previstos no atual Código*

de Processo Civil em seus artigos 4º e 6º, respectivamente, além de prejudicar a isonomia, ante a possibilidade de julgamentos discrepantes".

Outrossim, no caso em análise, discute-se a nulidade de cláusulas previstas em contrato de concessão justamente por violarem os direitos dos consumidores.

E, como disposto no artigo 169 do Código Civil: "*O negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo*".

Daí porque não está configurada a prescrição.

Por seu turno, também não prospera a alegação de ilegitimidade ativa do Ministério Público.

A legitimidade do Ministério Público para promover ação civil pública está prevista no artigo 5º, I, da Lei 7.347/1985 e nos artigos 81 e 82, I, do Código de Defesa do Consumidor (Lei Federal nº 8.078/1990).

> ***Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.***
> ***Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:***
> ***(...)***
> ***III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.***
> ***Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente:***
> ***I - o Ministério Público***

Tal legitimidade, portanto, abrange a defesa em juízo dos interesses ou direitos coletivos, difusos ou individuais homogêneos. Nesse sentido, também dispôs a Súmula 601 do Superior Tribunal de Justiça:

> **"O Ministério Público tem legitimidade ativa para atuar na defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos dos consumidores, ainda que decorrentes da prestação de serviço público".**

Entende-se por direitos individuais homogêneos aqueles que decorrem de um único fato gerador, atingindo as pessoas individualmente ao mesmo tempo e da mesma forma, mas sem que se possa considerar que eles sejam restritos a um único indivíduo.

De acordo com Teori Albino Zavascki "*(...) quando tais interesses individuais homogêneos, mais que a soma de situações particulares, possam ser qualificados como de interesse comunitário [...] não há dúvida de que o Ministério Público estará legitimado a atuar, porque nessas circunstâncias estará atuando em defesa de interesses sociais*"[1].

No caso em tela, resta nítido o interesse social na pretensão de reconhecimento da nulidade de cláusulas que preveem a cobrança de taxa de ligação de água e instalação de hidrômetro, assim como o reembolso dos valores despendi-

1 ZAVASCKI, Teori Albino. Processo Coletivo: Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. São Paulo: RT, 2006. p.242.

Acesso ao Sumário

dos pelos consumidores a esses títulos.

Sobre o tema a jurisprudência é pacífica:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITO TRANSINDIVIDUAL DO CONSUMIDOR. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

1. Hipótese em que, na origem, o Ministério Público postula o reconhecimento de abusividade de cláusula contida em contrato de compra e venda de imóvel celebrado entre as embargadas e seus consumidores, bem ainda o estabelecimento judicial de percentual máximo passível de ser exigido pelas embargadas a título de cláusula penal.

2. Quadro fático similar àquele apreciado pelo paradigma, em que o Ministério Público, também afirmando abusividade em contrato de compra e venda de imóveis, cumulava pedidos de nulidade de cláusula, indenização de consumidores e de reconhecimento da obrigação de não mais ser inserida a cláusula questionada em contratos futuros.

3. Divergência configurada, uma vez que o acórdão embargado decidiu pela ilegitimidade, ao passo que o paradigma assentou a legitimidade do Ministério Público.

4. Os arts. 1º e 5º da Lei 7.347/85 e 81 e 82 da Lei 8.078/90 conferem legimitidade ao Ministério Público para promover ação civil pública em defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos do consumidor.

5. Ainda que se trate de direito disponível, há legitimidade do Ministério Público quando a defesa do consumidor de forma coletiva é expressão da defesa dos interesses sociais. Arts. 127 e 129 da Constituição. 6. Embargos de divergência providos, para o fim de reconhecer a legitimidade ativa do Ministério Público, determinando-se o retorno dos autos ao Tribunal de Justiça de origem.

(EREsp 1378938/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, CORTE ESPECIAL, julgado em 20/06/2018, DJe 27/06/2018)

Não há, ainda, que se falar em cerceamento de defesa.

Com efeito, cabe ao juiz, de ofício ou a requerimento das partes, determinar as provas necessárias à instrução do processo e indeferir as diligências inúteis ou meramente protelatórias, conforme artigo 370 do Código de Processo Civil:

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.

Dessa forma, a dilação probatória pode ser dispensada se e quando o juiz

entender que a prova já produzida nos autos é suficiente para a solução da lide, sem que isto caracterize cerceamento de defesa.

Neste sentido é a posição do Colendo Superior Tribunal de Justiça, de onde podemos destacar o seguinte julgado:

> ***"A tutela jurisdicional deve ser prestada de modo a conter todos os elementos que possibilitem a compreensão da controvérsia, bem como as razões determinantes de decisão, como limites ao livre convencimento do Juiz, que deve formá-lo com base em qualquer dos meios de prova admitidos em direito material, hipótese em que não há que se falar cerceamento de defesa pelo julgamento antecipado da lide, e que o magistrado tem o poder-dever de julgar antecipadamente a lide, desprezando a realização de audiência para a produção de prova testemunhal, ao constatar que o acervo documental acostado aos autos possui suficiente força para nortear e instruir seu entendimento."*** **(REsp nº 102303/PE, Relator: Ministro Vicente Leal, DJU 17.5.99).**

No caso dos autos, a D. Magistrada proferiu:

> ***"A prova pericial postulada se mostra inócua para o deslinde da causa, cujo fundamento é a (im)possibilidade da cobrança promovida pela instalação dos hidrômetros. Assim, o prejuízo econômico, se houver, não se confunde com questão a ser julgada. Assim, indefiro a produção de prova pericial".***

São incontroversos nos autos, dispensando prova, a contratação da concessão para fornecimento de água no Município de Piquete e a cobrança das taxas de instalação de relógio medidor, ligação e religação de água.

Desse modo, a controvérsia se limita a discutir a validade das cláusulas previstas em contrato de concessão e, consequentemente, a possibilidade de cobrança das mencionadas taxas.

A prova pericial pretendida pela apelante objetivava, apenas, quantificar os prejuízos oriundos da impossibilidade da cobrança sobre os serviços de instalação de hidrômetro, ligação e religação de água, conforme, inclusive, afirmado pela própria apelante em suas razões recursais (fl. 1.342, item 41).

Daí porque, como bem observado pela Magistrada "a quo", a prova técnica pretendida se mostrava ineficaz para o deslinde da causa, razão pela qual sua produção foi corretamente indeferida.

Passa-se ao mérito.

Em primeiro lugar é importante ressaltar que a relação entre a concessionária de serviço público e o usuário final de serviço essencial, tal como fornecimento de água, é consumerista.

E não há impedimento à aplicação do Código de Defesa do Consumidor às prestadoras de serviço público sob regime de concessão ou permissão.

Nesse sentido, o entendimento consolidado do Superior Tribunal de Jus-

Acesso ao Sumário

tiça sobre o tema:

> ***PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. ART. 535 DO CPC. ALEGAÇÕES GENÉRICAS. SÚMULA 284/STF. FORNECIMENTO DE ÁGUA. RELAÇÃO DE CONSUMO. APLICAÇÃO DO CDC. IMPOSSIBILIDADE DE SUSPENSÃO DO FORNECIMENTO. DÉBITO PRETÉRITO. TARIFA SOCIAL. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DE DISPOSITIVO DE LEI FEDERAL QUE TERIA SIDO VIOLADO. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF.***
>
> ***1. Não se conhece da violação ao art. 535 do CPC, pois as alegações que fundamentaram a pretensa ofensa são genéricas, sem discriminação dos pontos efetivamente omissos, contraditórios ou obscuros. Incide, no caso, a Súmula n. 284 do Supremo Tribunal Federal, por analogia.***
>
> ***2. A jurisprudência desta Corte possui entendimento pacífico no sentido de que a relação entre concessionária de serviço público e o usuário final, para o fornecimento de serviços públicos essenciais, tais como água e energia, é consumerista, sendo cabível a aplicação do Código de Defesa do Consumidor.***
>
> ***3. Entendimento pacífico do STJ quanto à ilegalidade do corte no fornecimento de água, quando a inadimplência do consumidor decorrer de débitos consolidados pelo tempo.***
>
> ***4. Não se conhece da alegação de inaplicabilidade da tarifa social na espécie, uma vez que não apresentado qualquer dispositivo de lei federal que teria sido violado por ocasião do acórdão recorrido. Incide, na hipótese, o disposto na Súmula 284/STF, ante a deficiente fundamentação do recurso.***
>
> ***5. Agravo regimental não provido.*** **(AgRg no AREsp n. 354.991/RJ, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 5/9/2013, DJe de 11/9/2013 (g.n.)**

E, no caso em exame, o Ministério Público ocupa o polo ativo como substituto processual, em hipótese de legitimação extraordinária, eis que atua em nome próprio para a defesa de direito alheio, ou seja, dos consumidores atingidos pela cobrança das taxas em discussão.

Em outras palavras, diversamente do que faz querer crer a apelante, a discussão em pauta na presente demanda diz respeito à relação de consumo, e não à relação estabelecida entre concessionária de serviço público e o Município de Piquete.

Daí porque indiscutível a aplicação ao caso do Código de Defesa do Consumidor.

Como visto, pretendo o autor a declaração de nulidade de cláusula inserida em contrato de concessão que prevê a cobrança de taxa por instalação de hidrômetro e por ligação de água, além dos danos provenientes da respectiva

Acesso ao Sumário

cobrança indevida.

Inicialmente, cumpre observar que o entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça é de que a obrigação pela instalação de hidrômetro é da concessionária prestadora do serviço, por se tratar de equipamento inerente ao serviço essencial prestado.

Tanto é que, nos casos em que ausente o aparelho medidor, o aludido tribunal entende ilegal a aplicação de tarifa por média de consumo – o que ensejaria enriquecimento ilícito da concessionária. Daí porque nessas situações a cobrança deve ser realizada pela tarifa mínima de consumo.

Nesse sentido, os seguintes precedentes:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SUSPENSÃO DO SERVIÇO DE FORNECIMENTO DE ÁGUA, EM RAZÃO DE DÉBITOS PRETÉRITOS. ILEGALIDADE. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. RAZÕES DO AGRAVO QUE NÃO IMPUGNAM, ESPECIFICAMENTE, A DECISÃO AGRAVADA. SÚMULA 182/STJ. ALEGADA NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. ACÓRDÃO QUE, À LUZ DAS PROVAS DOS AUTOS, CONCLUIU PELA ABUSIVIDADE DAS COBRANÇAS E PELA ILEGALIDADE DA INTERRUPÇÃO DO SERVIÇO. DANOS MORAIS. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. PRETENDIDA REDUÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO, NA VIA ESPECIAL. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO INTERNO PARCIALMENTE CONHECIDO, E, NESSA PARTE, IMPROVIDO.

I. Agravo interno aviado contra decisão publicada em 24/05/2017, que, por sua vez, julgara recurso interposto contra decisum publicado na vigência do CPC/73.

II. Na origem, trata-se de ação ordinária, proposta por Ailton Ferreira do Nascimento em face de Companhia Estadual de Águas e Esgotos - CEDAE, pretendendo o restabelecimento do serviço de fornecimento de água e esgoto, o cancelamento das cobranças anteriores à instalação do hidrômetro ou o refaturamento do débito, pela tarifa mínima, bem como a devolução, em dobro, dos valores indevidamente cobrados, e a reparação pelos danos morais ocasionados, em razão da interrupção indevida do serviço em seu imóvel, por alegada dívida pretérita, que aduz inexistente.

III. Interposto Agravo interno com razões que não impugnam, especificamente, os fundamentos da decisão agravada - mormente quanto à consonância do acórdão recorrido com a jurisprudência desta Corte,

Acesso ao Sumário

no sentido da impossibilidade de interrupção do serviço de fornecimento de água, em razão de débito pretérito -, não prospera o inconformismo, quanto ao ponto, em face da Súmula 182 desta Corte.

IV. Quanto à alegação de negativa de prestação jurisdicional, verifica-se que, apesar de apontar como violado o art. 535 do CPC/73, a agravante não evidencia qualquer vício, no acórdão recorrido, deixando de demonstrar no que consistiu a alegada ofensa ao citado dispositivo, atraindo, por analogia, a incidência da Súmula 284 do Supremo Tribunal Federal ("É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia"). Nesse sentido: STJ, AgRg no AREsp 422.907/RJ, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, DJe de 18/12/2013; AgRg no AREsp 75.356/SC, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 21/10/2013.

V. O Tribunal de origem, com base no exame dos elementos fáticos dos autos, consignou que "não logrou a ré demonstrar, através dos meios de que dispõe, a regularidade na constituição do débito apurado, referente a período anterior a fevereiro de 2012, notadamente, considerando a impossibilidade de cobrança por estimativa na hipótese, ante a ausência de hidrômetro instalado no local até março de 2012".

Ademais, concluiu que "o serviço essencial não fora prestado de forma adequada e ininterrupta, nos termos do art. 22, da Lei nº 8078/90, é inegável a presença de dano moral, resultante do constrangimento e da humilhação sofridos, que refogem ao razoável e ao mero aborrecimento cotidiano". A alteração de tal entendimento - como pretende a parte recorrente - demandaria o reexame da matéria fático-probatória dos autos, providência vedada, em sede de Recurso Especial, nos termos da Súmula 7/STJ.

VI. No que tange ao quantum indenizatório, "a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a revisão dos valores fixados a título de danos morais somente é possível quando exorbitante ou insignificante, em flagrante violação aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, o que não é o caso dos autos. A verificação da razoabilidade do quantum indenizatório esbarra no óbice da Súmula 7/STJ" (STJ, AgInt no AREsp 927.090/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 08/11/2016). No caso, o Tribunal de origem à luz das provas dos autos e em vista das circunstâncias fáticas do caso, reduziu a indenização por danos morais a R$ 3.000,00 (três mil reais), quantum que não se mostra excessivo, diante das peculiaridades da causa, expostas no acórdão recorrido.

VII. Agravo interno parcialmente conhecido, e, nessa parte, improvido.

Acesso ao Sumário

(AgInt no AREsp n. 485.455/RJ, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, j. 10/10/2017).

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. FORNECIMENTO DE ÁGUA E ESGOTO. INEXISTÊNCIA DE HIDRÔMETRO. COBRANÇA PELA TARIFA MÍNIMA. ART. 283 DO CPC/1973. SÚMULA 7/STJ. SÚMULA 83/STJ. 1. É inviável analisar a tese defendida no Recurso Especial de que as faturas juntadas aos autos seriam insuficientes para instruir a demanda unicamente por não conterem o número do hidrômetro, pois inarredável a revisão do conjunto probatório dos autos para afastar as premissas fáticas estabelecidas pelo acórdão recorrido. Aplica-se o óbice da Súmula 7/STJ. 2. Não há como confundir tarifa por estimativa com tarifa mínima. O acórdão recorrido está em sintonia com o atual entendimento do Superior Tribunal Justiça de que, inexistindo hidrômetro, é possível a cobrança pela tarifa mínima.

3. Recurso Especial não conhecido.

(REsp n. 1.721.682/GO, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, j. 3/4/2018).

Sobre o tema específico dos autos, qual seja a responsabilidade pelo custeio da instalação de hidrômetro, também se manifestou o Superior Tribunal de Justiça quando do julgamento do REsp 1.926.603, atribuindo tal obrigação à concessionária:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA AUSÊNCIA DE OMISSÃO NO ACÓRDÃO RECORRIDO. CONCESSIONÁRIA DE SANEAMENTO. OBRIGAÇÃO DE INSTALAÇÃO E CUSTEIO DE HIDRÔMETRO. INCIDÊNCIA DO CDC E DAS DISPOSIÇÕES DA LEI 8.987/1995. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO. HISTÓRICO DA DEMANDA

1. Trata-se, na origem, de Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Tocantins contra a Companhia de Saneamento do Tocantins - Saneatins, postulando que a concessionária custeie a instalação de hidrômetros em favor dos consumidores da Comarca de Gurupi, com a devolução em dobro dos valores cobrados indevidamente dos usuários.

2. (...)

8. Consequentemente, a interpretação que deve ser emprestada aos dispositivos tidos por violados - como corretamente realizada na origem -, não pode se afastar do microssistema protetivo do consumidor, incidindo os invocados arts. 39, I, e 51, IV, XII e XV, do CDC. As referidas disposições vedam não só o condicionamento da prestação de serviço à aquisição de outro produto (no caso, o hidrômetro), como também con-

Acesso ao Sumário

sideram abusivas cláusulas que coloquem o consumidor em posição de desvantagem exagerada (o pagamento pela instalação dos hidrômetros seguido de doação à concessionária); obriguem o consumidor a ressarcir os custos com a própria cobrança (a instalação do hidrômetro usado para a medição do consumo); e estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor.

9. O dever de a recorrente instalar a custear os hidrômetros deriva, também, do disposto nos arts. 6°, III, do CDC, pois a ciência exata da extensão do consumo e da cobrança só são possíveis com a instalação dos hidrômetros pelo explorador do serviço, estando, portanto, compreendido dentro do dever de informação do consumidor, que é de única e exclusiva responsabilidade do fornecedor.

10. O Superior Tribunal de Justiça tem entendido ser dever da concessionária de serviço público instalar os hidrômetros nas unidades consumidoras, sob pena de ter que faturar o consumo pelo valor mínimo (AgInt no REsp 1.589.490/RJ, Rel. Min. Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 21.3.2018; e REsp 1.513.218/RJ, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 13.3.2015). A partir de tal entendimento, "(...) resta evidente o interesse da empresa, e não do consumidor na instalação do referido aparelho, uma vez que é por meio dele que será feita a aferição do consumo para posterior cobrança" (fl. 908, e-STJ).

11. Compreende-se, portanto, que é da responsabilidade da concessionária/permissionária o dever de arcar com os custos da instalação do hidrômetro. Trata-se de algo inerente ao serviço essencial que presta e que, além disso, integrava as obrigações que lhe eram impostas ao tempo da contratação, tudo conforme o art. 7º da Lei 8.987/1995 e disposições do Código de Defesa do Consumidor.

12. A instalação do hidrômetro é essencial para a própria prestação do serviço de fornecimento de água, não sendo lícito impor ao consumidor o custo pelo empreendimento que deveria ter sido contabilizado pela recorrente no momento em que contratou com o Estado. Mutatis mutandis, seria o mesmo que impor ao consumidor dos serviços de táxi o pagamento pelo custo do taxímetro; ou estabelecer que compete à pessoa cobrada, e não ao credor, o custeio das despesas relativas ao boleto/carnê (TEC) que lhe é encaminhado para pagamento, expediente, aliás, já vedado pelo STJ, conforme Súmula 565. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL COM ACÓRDÃO DO TJDFT. IRRESIGNAÇÃO PREJUDICADA 13. Ainda que se conheça do Recurso Especial pela alínea "c" do inciso III do art. 105 da CF, fato é que, tendo sido negado provimento ao apelo pela alínea "a", afirmando-se a correção do acórdão recorrido à luz da legislação tida por violada, fica prejudicado

Acesso ao Sumário

o enfrentamento da divergência, que se resolveu em desfavor da ora recorrente. CONCLUSÃO 14. Recurso Especial parcialmente conhecido e não provido **(REsp n. 1.926.603/TO, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, j. 9/11/2021).**

O entendimento acima mencionado expõe ser abusivo o condicionamento da prestação de serviço público essencial à aquisição de outro produto ou serviço, o que configuraria venda casada, violando o disposto no artigo 39 do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:

I - condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos;

Além disso, ao impor ao consumidor a aquisição de instrumento ou pagamento de tarifa para que tenha acesso a serviço público essencial, a concessionária apelante também viola o disposto no artigo 51 do mencionado diploma legal, em especial os incisos IV, XII e XV:

"Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

(...)

XII - obriguem o consumidor a ressarcir os custos de cobrança de sua obrigação, sem que igual direito lhe seja conferido contra o fornecedor;

(...)

XV - estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor"

Ora, ao atribuir ao usuário a responsabilidade pela instalação de hidrômetro e pela tarifa de ligação, a concessionária nada mais faz do que obrigar o consumidor a custear o controle do próprio consumo, em clara afronta ao sistema consumerista.

Como mencionado no sobredito julgamento do REsp 1.926.603, seria o mesmo que exigir do consumidor de serviços de táxi o custeio pela instalação de taxímetro ou à pessoa cobrada, e não ao credor, o custeio das despesas relativas ao boleto/Carnê, expediente, aliás, vedado pela Súmula 165 do Superior Tribunal de Justiça.

Em se tratando de custo inerente à prestação do serviço essencial de fornecimento de água, a instalação de hidrômetro, assim como os custos envolvendo a ligação e religação de água, deveriam ser contabilizados quando da celebração do contrato de concessão com o Município.

Aliás, vale dizer que a própria apelante afirma ter realizado a instalação de relógios medidores e a ligação de água de forma gratuita quando do início do

Acesso ao Sumário

contrato, no ano de 2011, pois os imóveis do Município de Piquete ainda não possuíam os aparelhos.

Alega, contudo, que, de acordo como o disposto contratualmente, tal obrigação de fornecimento gratuito dos instrumentos medidores cessaria no final da primeira etapa do contrato, ou seja, após dezembro de 2011.

Daí porque as novas instalações realizadas após esse período não seriam realizadas de forma gratuita pela concessionária, cabendo ao usuário o seu custeio.

Trata-se de distinção injustificada entre administrados, pois aqueles que solicitaram a instalação até dezembro de 2011 a tiveram realizada gratuitamente, enquanto aqueles que não o fizeram devem pagar pelo equipamento.

Com efeito, o fato de o contrato de concessão conter previsão de que os custos provenientes com a instalação de relógio medidor de consumo, ligação e religação de água seriam de responsabilidade do usuário do serviço impactou a formação do preço do serviço.

Contudo, as eventuais consequências fáticas, econômicas e jurídicas da celebração de contrato com cláusula abusiva devem ser suportadas pelas partes, como bem observou o Magistrado "a quo".

Ademais, se a apelante entende que o acolhimento dos pedidos formulados na Ação Civil Pública poderá causar o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato em razão da impossibilidade de cobrança pelos serviços de ligação/religação de água e instalação de hidrômetros, deverá utilizar a via processual adequada para buscar a restauração do equilíbrio contratual em face do Poder Concedente.

Pelo exposto, pelo meu voto, nego provimento ao recurso da ré.

Eventuais recursos interpostos contra este julgado estarão sujeitos a julgamento virtual, devendo ser manifestada a discordância quanto a essa forma de julgamento no momento da interposição.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1003718-95.2022.8.26.0299, da Comarca de Jandira, em que é apelante SELECTOR FUNDO DE INVESTIMENTO EM DIREITOS CREDITÓRIOS MULTISSETORIAL, são apelados ESTADO DE SÃO PAULO e BUDAI INDÚSTRIA SIDERÚRGICA LTDA.

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 o Dr. Marco Aurélio Louzinha Betoni, OAB: 345544/SP", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 52.788)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores KLEBER LEYSER DE AQUINO (Presidente sem voto), MARREY UINT e CAMARGO PEREIRA.

São Paulo, 14 de maio de 2024.

JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA, Relator

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS DE TERCEIRO – Tentativa de livrar cessão de direitos de créditos da constrição – Venda de direitos creditícios após a inscrição em dívida ativa e o ajuizamento da execução fiscal – Fraude à execução nos termos do artigo 185 do CTN – Inaplicabilidade da Súmula 375 do STJ – Presunção absoluta de fraude à execução, mesmo diante da boa-fé do terceiro adquirente – Entendimento ancorado no Tema repetitivo nº 290 do STJ – Sentença reformada – Sentença de improcedência mantida – Em atenção ao § 11 do artigo 85 do Código de Processo Civil, majora-se em 1% a honorária antes fixada a título de honorários recursais – Recurso improvido.

VOTO

Trata-se Embargos de Terceiro opostos por **SELECTOR FUNDO DE INVESTIMENTO EM DIREITOS CREDITÓRIOS MULTISSETORIAL** de forma incidental à Execução Fiscal nº 1500062-83.2016.8.26.0299, ajuizada pelo **ESTADO DE SÃO PAULO contra BUDAI INDÚSTRIA SIDERÚRGICA LTDA.** Diz a inicial que *foi ajuizada Execução Fiscal pelo Estado de São Paulo contra a empresa Budai Indústria Metalúrgica Ltda. ("Budai"), para a exigência de débitos de Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação ("ICMS"). Os Embargos de Terceiro nº 1003718-95.2022.8.26.0299 foram opostos pela Apelante em razão de r. decisão proferida naqueles autos, que determinou o prosseguimento da execução com a realização de atos constritivos em face da Apelante até o limite do valor relativo aos direitos creditórios cedidos pela Budai à Apelante, ou seja, até o montante de R$ 33.641.987,83, sob o argumento de suposta fraude à execução em virtude da cessão de direitos creditórios por parte da Budai à Apelante. Isso porque, conforme demonstrado nos autos, a Apelante, na qualidade de cessionária, celebrou com a Executada Budai, na qualidade de cedente, Contrato de Cessão (vide fls. 140/174) para estabelecer os termos e condições gerais para aquisição de direitos creditórios pela Apelante, formalizados nos respectivos*

Acesso ao Sumário

Termos de Cessão. As operações comerciais que deram origem aos direitos creditórios foram realizadas entre a Budai e dois dos seus clientes (i) TOYOTA DO BRASIL LTDA. ("TOYOTA") e (ii) KANJIKO DO BRASIL INDÚSTRIA AUTOMOTIVA LTDA. ("KANJIKO"); ambas pertencentes ao "Grupo Toyota", grande conglomerado consolidado no mercado mundial de automóveis, e foram formalizadas por Termos de Cessão firmados entre outubro/2018 e março/2020 (vide fls. 175/565). Ao fornecer produtos aos seus clientes, a Budai emitia duplicatas e outros títulos de crédito que consubstanciavam dívidas a serem pagas em data futura pelos sacados (clientes da Budai). Importante ressaltar que todas as duplicatas foram emitidas com base em faturas de prestação de serviços já realizados ou mercadorias já entregues, nos termos da cláusula 2.3 do Contrato de Cessão. A Budai, então, cedeu à Apelante os direitos creditórios que detinha contra os sacados TOYOTA e KANJIKO, decorrentes da obrigação dos sacados de efetuar, em data futura e de forma parcelada, os pagamentos das duplicatas. Frise-se, desde logo que, em contrapartida à cessão dos direitos creditórios, a Budai recebeu da Apelante substanciosa quantia em dinheiro, paga à vista, no valor de R$ 32.642.368,51 (vide fls. 566/613), ou seja, com baixo deságio de menos de 3% se comparado com o valor total dos créditos cedidos. Nos termos previstos na Instrução CVM 356, de 17.12.2001 ("Instrução CVM 356"), foi aberta uma conta corrente vinculada, em nome da Budai, para que os sacados fizessem os pagamentos devidos. Os valores eram então pagos nas datas de vencimento previstas nos títulos, com a subsequente transferência dos valores à Apelante, cessionária desses títulos. Na prática, a Budai abriu a conta corrente vinculada (escrow account) requerida pela Instrução CVM 356 junto ao Banco Finaxis (vide fls. 614/632), agência 001, conta corrente 1005087-6. Repise-se: a conta escrow era de titularidade da Budai. Desta forma, cada sacado realizava o depósito do valor do direito creditório correspondente devido à Apelante na conta corrente vinculada e o banco (custodiante) (a) liberava os respectivos valores à Apelante após a sua reconciliação, sendo-lhe dada quitação do pagamento, ou, (b) em caso de pagamentos em excesso ao valor devido à Apelante, liberava os valores excedentes para a própria Budai. Assim, a Budai recebeu, em conta própria, dos sacados TOYOTA e KANJIKO, todos os valores relativos aos direitos creditórios cedidos pela Budai à Apelante, cujos pagamentos foram efetuados entre os meses de outubro/2018 e março/2020 na referida conta corrente vinculada, em linha com o exigido pela Instrução CVM 356 para as hipóteses em que o pagamento de direitos creditórios não é feito diretamente pelo sacado ao fundo (no caso, o Apelante). Portanto, a Apelante recebeu diretamente da Budai, com recursos provenientes da conta corrente vinculada, os valores que lhe eram devidos em razão da cessão de duplicatas e respectiva aquisição dos direitos creditórios correspondentes. No entanto, após decorridos mais de dois anos do recebimento dos valores relativos aos direitos

Acesso ao Sumário

creditórios adquiridos, a Apelante foi surpreendida com a determinação desse I. Juízo nos autos da Execução Fiscal nº 1500062- 83.2016.8.26.0299 para que fosse efetuado depósito judicial do valor correspondente a R$ 33.641.987,83, referente às aquisições de créditos da Budai pela Apelante. Em relação ao montante acima, é importante mencionar que tal valor não condiz (i) com o valor total pago pela Budai à Apelante em razão das respectivas cessões de crédito realizadas, que corresponde, na verdade, a R$ 32.929.655,36, (ii) e tampouco com o lucro obtido pela Apelante, que foi de somente R$ 287.286,85. Como fundamento para determinar o depósito judicial dos valores acima, a r. decisão proferida nos autos da Execução Fiscal (fls. 1.956/1.957) entendeu que as cessões de crédito promovidas entre a Budai e a Apelante seriam ineficazes em relação à Execução Fiscal, na medida em que representariam fraude à execução, nos termos do que dispõe o artigo 185 do Código Tributário Nacional ("CTN"), já que teriam sido celebradas (i) após a inscrição em dívida ativa dos débitos do ICMS exigidos naqueles autos e (ii) sem a reserva de recursos. pela empresa executada, para pagar os tributos em exigência. Por esse motivo, a Apelante demonstrou, por meio dos presentes Embargos de Terceiro, a inexistência de razões válidas que justificassem a declaração de ineficácia das cessões de crédito realizadas, a fim de, ao final, ser reformada a r. decisão embargada para que se cancele a determinação de depósito judicial da quantia acima. Pediu a procedência destes Embargos para a reconsideração da r. decisão embargada com a consequente revogação da determinação de depósito judicial efetuada nos autos da Execução Fiscal nº 1500062-83.2016.8.26.0299. Subsidiariamente, requereu o reconhecimento da obrigação da embargante de restituição somente do valor correspondente a R$ 287.286,85, tendo em vista que a parte remanescente dos créditos detidos pela BUDAI foram antecipadas pelo Embargante, quando foram formalizadas as cessões de crédito. Fez pedido liminar e deu à causa o valor de R$ 33.641.987,83.

Citada, a Fazenda contestou (fls. 760), alegando fraude à execução, pois a empresa originalmente executada teve o crédito tributário inscrito em dívida ativa, em 24/06/2014, antes da cessão dos créditos (firmada nos anos de 2018, 2019 e 2020) após o ajuizamento da execução fiscal (13/12/2016), sendo inequívoca a configuração da hipótese prevista no *caput* do artigo 185 do Código Tributário Nacional. Defendeu que as quantias pagas pela embargante à executada não têm o condão de caracterizar a reserva de valor de que trata o *parágrafo único* do citado artigo, porquanto foram indiscutivelmente utilizadas pela própria empresa para o desenvolvimento de sua atividade. Asseverou que os poucos imóveis registrados em nome da executada BUDAI se encontram repletos de penhoras determinadas pela Justiça Federal, por créditos tributários da Fazenda Nacional e do Instituto Nacional da Seguridade Social, e impostas, também, pela Justiça do Trabalho. Alegou que o faturamento auferido pela BUDAI, de

Acesso ao Sumário

modo algum, constitui reserva patrimonial destinada à garantia do pagamento do crédito tributário inscrito em dívida ativa, e mesmo que assim fosse considerado, o fluxo financeiro da executada BUDAI é completa e manifestamente insuficiente para garantir o pagamento do presente débito tributário, que supera os R$ 54,9 milhões. Pediu a improcedência dos embargos.

Petição da embargada juntando decisão desta Terceira Câmara de Direito Público (fls. 902/904), que modificou a decisão de fls. 756, a fim de que fossem mantidas as medidas constritivas sobre os bens da embargante.

Os embargos foram julgados improcedentes (fls. 905) pela Juíza *Juliana Moraes Corregiari Bei*, com julgamento do mérito, nos termos do art. 487, I do Código de Processo Civil. Em razão da sucumbência, condenou a embargante no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios que arbitrados na porcentagem mínima autorizada pelo CPC, aplicada sobre o valor da causa, devidamente atualizado e com observância aos §§3º, 4º e 5º do art. 85 do Código de Processo Civil.

Insatisfeita, apela a embargante às fls. 911. Reiterando os argumentos apresentados na exordial pugna pela total reforma da sentença de primeiro grau. Defende, em suma: 1) a existência de recursos financeiros suficientes da BUDAI e a inocorrência de fraude à execução; 2) a impossibilidade de constrição de valores de titularidade da apelante; 3) a inexistência de elementos ensejadores da decretação de fraude à execução e a boa-fé da apelante; 4) a cessão de crédito como meio de financiamento de empresas; 5) o real efeito da desconsideração das cessões de crédito celebradas pela apelante.

Recurso tempestivo e contrariado a fls. 962.

É o relatório.

Cinge-se a controvérsia sobre embargos de terceiros visando afastar a constrição sobre direitos creditórios cedidos pela executada **BUDAI INDÚSTRIA METALÚRGICA LTDA.** à ora apelante **ELECTOR FUNDO DE INVESTIMENTO EM DIREITOS CREDITÓRIOS MULTISSETORIAL.**

Defende a apelante ter adquirido de direito a créditos da BUDAI contra os sacados TOYOTA e KANJIKO, decorrentes da obrigação dos sacados de efetuar, em data futura e de forma parcelada, os pagamentos de duplicatas.

Alega a Fazenda que não restou provada a boa-fé da apelante e mesmo que tenha havido, é irrelevante diante de presunção absoluta prevista no artigo 185 do Código Tributário Nacional.

Sustenta a apelante: 1) a existência de recursos financeiros suficientes da BUDAI e a inocorrência de fraude à execução; 2) a impossibilidade de constrição de valores de titularidade da apelante; 3) a inexistência de elementos ensejadores da decretação de fraude à execução e a boa-fé da apelante; 4) a cessão de crédito como meio de financiamento de empresas; 5) o real efeito da desconsideração das cessões de crédito celebradas pela apelante.

Acesso ao Sumário

Defende que a adquirente que tomou todas as precauções ao verificar que a empresa que cedeu os créditos tinha condições de quitação integral da dívida inscrita antes da cessão dos direitos aos créditos, como pode-se verificar de trecho do apelo:

> "Porém, ao se deparar com a informação de que a Execução Fiscal nº 1500062-83.2016.8.26.0299 havia sido lavrada contra a BUDAI e, além disso, se certificando de que existiriam bens/rendas suficientes para a quitação integral da dívida inscrita (próprio valor pago pela aquisição dos créditos; existência de outros bens e direitos em valores suficientes, como o imóvel oferecido pela BUDAI na Execução Fiscal; os 134 imóveis localizados pela Apelante, detidos pela BUDAI e seus acionistas; as diversas máquinas utilizadas na atividade da empresa; e faturamento consistente capaz de gerar expressivas receitas), a Apelante não hesitou em prosseguir com as cessões de crédito pautada não apenas na sua boa-fé, mas especialmente na verificação empírica de ausência de qualquer fraude à execução."

A alienação dos direitos creditícios se deu nos anos de 2018, 2019 e 2020.

Constata-se que à época da alienação já havia inscrição em dívida ativa e execução fiscal, pois esta foi proposta em 13/12/2016.

Restou comprovado que os débitos contra a empresa proprietária dos direitos creditícios já haviam sido inscritos em dívida ativa e que a empresa executada não tinha bens suficientes para quitar a dívida inscrita.

Não bastasse, os fatos se deram a partir de 09.06.2005, data de início da vigência da Lei Complementar n.º 118/2005 que alterou o artigo 185 do CTN.

Diz a nova redação do citado artigo:

> "**Art. 185**. **Presume-se fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública, por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa.** (Redação dada pela Lcp nº 118, de 2005)
> *Parágrafo único.* **O disposto neste artigo não se aplica na hipótese de terem sido reservados, pelo devedor, bens ou rendas suficientes ao total pagamento da dívida inscrita.** (Redação dada pela Lcp nº 118, de 2005)"

Diante da presunção de fraude criada pela nova redação do artigo 185 do CTN não há como invocar a boa-fé, objeto da súmula 375 do STJ, como motivo para afastar a fraude à execução.

Assim decidiu o Superior Tribunal de Justiça ao julgar o Tema repetitivo nº 290 (REsp 1141990/PR, transitado em julgado em 28.02.2019) responsável por analisar indagação atinente ao presente caso:

> "Questiona-se a configuração ou não de fraude à execução fiscal diante da boa-fé do terceiro adquirente, em face da inexistência de registro de penhora do bem alienado, tendo em vista a Súmula 375 do STJ."

Acesso ao Sumário

Fixou-se a seguinte tese no julgamento do Tema repetitivo nº 290:

"Se o ato translativo foi praticado a partir de 09.06.2005, data de início da vigência da Lei Complementar n.º 118/2005, basta a efetivação da inscrição em dívida ativa para a configuração da figura da fraude."

Tese esclarecida pelas anotações do Núcleo de Gerenciamento de Precedentes (NUGEP) do STJ:

1. A simples alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo por quantia inscrita em dívida ativa pelo sujeito passivo, sem reserva de meios para quitação do débito, gera presunção absoluta de fraude à execução, mesmo diante da boa-fé do terceiro adquirente e ainda que não haja registro de penhora do bem alienado.
2. A alienação engendrada até 08.06.2005 exige que tenha havido prévia citação no processo judicial para caracterizar a fraude de execução.

Mesmo que fosse analisada a questão à luz da boa-fé, não se constata com o citado relato ser caso de aquisição nessa condição, mas sim que houve análise de risco ao realizar o contrato de cessão de créditos, pois a condição de devedora já era conhecida.

Nem se diga que a empresa BUDAI possuía bens suficientes para quitar os débitos fiscais quanto da cessão dos créditos, pois os valores recebidos foram consumidos na atividade da empresa e os demais bens estão eivados de inúmeras constrições judiciais, além do imenso passivo em nome da BUDAI, muito além da ordem de R$ 54 milhões, devidos apenas na presente execução (fls. 888/897).

Nesse sentido muito bem comprovou a Fazenda durante a instrução e reitera em suas contrarrazões de apelação:

"No caso em apreço, a utilização dos valores obtidos com as cessões para a SELECTOR FIDIC pela executada BUDAI se apresenta especialmente inequívoca, já que não foram localizados valores em suas contas bancárias, como, a título de exemplo, se observa nos autos da execução fiscal nº 0035661-91.2015.4.03.6144, em curso perante a 1ª Vara Federal de Barueri (fls. 788/791 dos embargos de terceiro):

(...)

A BUDAI INDÚSTRIA METALÚRGICA LTDA., ao receber quantias pelas cessões de crédito que realizou, rapidamente as destinou ao desenvolvimento de sua atividade produtiva, não havendo reserva alguma de tais valores em suas contas para a garantia do enorme débito tributário já devidamente inscrito em dívida pelo Estado de São Paulo.

(...)

Sustenta o "SELECTOR FIDC" que o débito tributário em apreço poderia ser garantido por meio do terreno comercial registrado em nome da executada BUDAI (matrícula nº 4842 do CRI de Barueri), em tese avaliado em R$ 9 milhões e por ela ofertado nos autos da execução fiscal nº 1500062-83.2016.8.26.0229, assim como por outros inúmeros imóveis registrados tanto em nome da BUDAI como no de seus sócios.

Acesso ao Sumário

Infelizmente, porém, a empresa continua a ocultar o fato de que os poucos imóveis registrados em nome da executada BUDAI se encontram repletos de penhoras determinadas pela Justiça Federal, por créditos tributários da Fazenda Nacional e do Instituto Nacional da Seguridade Social, e impostas, também, pela Justiça do Trabalho.
Tomando-se apenas o citado imóvel matriculado sob nº 4842 no CRI de Barueri (fls. 815/871 dos embargos de terceiro), foram mais de 110 (cento e dez) registros e averbações de penhoras e indisponibilidades desde o longínquo ano de 2001.
(...)
Assim, com o máximo respeito ao espírito combativo da recorrente, causa espécie a afirmação de que imóvel contendo nada menos que 116 registros e averbações de penhoras e indisponibilidades se apresente minimamente apto para efetivamente acautelar o pagamento do gigantesco débito tributário ora excutido.
Constrições essas que já eram (ou deveriam ser) de seu pleno conhecimento quando das cessões de direitos creditórios fraudulentas.
Tais registros e averbações são públicos e vem desde o longínquo ano de 2022, evidenciando incontáveis débitos tributários da executada BUDAI, não apenas com o Estado de São Paulo.
Com efeito, conforme já alertado nos autos da execução fiscal nº 1500062- 83.2016.8.26.0299, mas lamentavelmente também omitido pelo SELECTOR FIDC, "além dos mais R$ 110 milhões em débitos de ICMS devidos ao Estado de São Paulo, consulta ao site 'www.listadevedores.pgfn.gov.br' comprova que a Budai Indústria Metalúrgica Ltda. tem outros R$ 172 milhões em débitos tributários federais" (fl. 873 dos embargos de terceiro).
O vulto do débito tributário perante a União é tamanho que a Receita Federal do Brasil chegou a realizar o arrolamento das cotas sociais da executada BUDAI, isso em junho de 2016, antes, também, das cessões de créditos ora em apreço (fl. 887 dos embargos de terceiro):
(...)
Portanto, os poucos imóveis existentes em nome da devedora BUDAI encontram-se repletos de constrições, inclusive de natureza trabalhista, o que retira qualquer possibilidade de efetiva garantia do crédito tributário devido. E a apelante sempre teve conhecimento disto.
Também notoriamente imprestável para a garantia do multimilionário débito tributário em questão é o maquinário que compõe a fábrica da executada BUDAI. Além de o valor de tais máquinas obviamente não fazer frente aos mais de R$ 54 milhões só na execução fiscal em voga devidos, são elas de difícil alienação, dado pequeno nicho industrial a que são destinadas. Isso sem contar a indispensabilidade delas para a própria atividade empresarial, cuja remoção a devedora a todo o custo buscaria evitar sob o argumento do princípio da preservação da empresa. A eficácia de sua eventual constrição seria ínfima para o Estado de

Acesso ao Sumário

São Paulo.

Já os demais bens são imóveis de terceiros, pertencentes a Mario Jorge Nyari e Jose Antonio Nyari, que igualmente não configuram a reserva patrimonial exigida pelo Código Tributário Nacional."

Diante das infrutíferas diligências feitas na tentativa de encontrar bens da executada passíveis de penhora, a Fazenda Estadual constatou a insuficiência para garantia total dos débitos, o que indica a intenção de não liquidar o débito exequendo e a presunção de insolvência.

Assim, resta claro que as cessões de direitos creditórios penhoradas são totalmente eficazes para os termos da execução.

Nesse sentido muito bem decidiu o magistrado sentenciante:

"Primeiramente, não há qualquer irregularidade nos valores apresentados pela FAZENDA PÚBLICA, de maneira que reputo correta a ordem de penhora no valor de R$ 33.641.987,83 (trinta e três milhões, seiscentos e quarenta e um mil, novecentos e oitenta e sete reais e oitenta e três centavos). Isto porque a soma deve ser apurada sobre o valor do crédito que a BUDAI tinha a receber e não sobre o valor que a embargante pagou pelos direitos creditórios; na medida em que a fraude ocorreu justamente porque i) o deságio da operação – ainda que baixo – representa alienação/oneração de bens e rendas e ii) implica em preferência do crédito particular em detrimento ao crédito público.

Não há que se falar também na existência de reserva financeira que ensejasse a aplicação do parágrafo único do art. 185 do Código Tributário Nacional. Primeiro porque a antecipação de recebíveis no meio mercantil objetiva a imediata utilização dos valores no desenvolvimento da empresa e no desempenho do próprio negócio, por ser forma de custeio da atividade empresarial. Ora, por que a empresa cedente iria alienar seu direito creditório com deságio senão para a obtenção do numerário de forma antecipada? Ainda, qual vantagem a cedente teria na operação senão a chance de utilizar o montante para resolver despesas emergentes? É evidente que, se realmente houvesse reserva patrimonial, a metalúrgica poderia simplesmente aguardar o recebimento dos créditos, sem operar com deságio.

Há ainda outras questões importantes a serem reforçadas. Como se observa da petição de fls. 178/190 e em várias outras oportunidades ao longo da execução 1500062-83.2016.8.26.0299, a BUDAI tem débitos milionários com as Fazendas Estadual e Federal – devendo quantias que chegam a quase R$ 300 milhões – e seus bens imóveis foram objeto de diversas ordens de penhora, situação que comprova que a operação havida entre o SELECTOR e a executada não seria capaz de formar reserva e saldar o débito tributário. No mais, os supostos demonstrativos de fls. 721/723 são extremamente frágeis e não se prestam à análise da saúde financeira da metalúrgica, contendo uma simplista relação de numerários que não condizem com o relatório que se espera de uma empresa de grande porte."

Acesso ao Sumário

Sendo assim, acertou a sentença de primeiro grau em julgar improcedentes os presentes embargos de terceiro, mantendo a penhora incidente sobre os créditos cedidos.

E a questão, complexa em razão das vultosas operações realizadas e o valor envolvido neste processo, não parece que fuja da normalidade, como querem os apelantes. A devedora BUDAI já tinha dívida inscrita e execução contra si iniciada. Embora esses dados fossem públicos a apelante resolveu comprar seus recebíveis, que são bens patrimoniais e que como os demais imóveis, maquinários etc.. Qualquer dos bens que compõe o patrimônio do devedor podem ter sua alienação invalidada, desde que transferidos. E não podem os recebíveis, "vendidos", ter tratamento diferenciado.

Nem se diga que não ocorreu desfalque patrimonial, pois no lugar dos recebíveis ingressou o dinheiro obtido, ficando mantido o patrimônio do devedor BUDAI.

O argumento, interessante, não pode ser utilizado. Se assim fosse, não haveria, nunca, fraude à execução ou fraude contra credores se o negócio anulando fosse oneroso. Mas estes institutos foram criados porque o bem em concreto existente, transformado em dinheiro desaparece, prejudicando o credor.

Por isso, e reconhecendo-se a má fé de quem celebra transação com quem já se mostra insolvente, determina-se o retorno do patrimônio para o devedor, ficando ao terceiro adquirente o ônus de buscar seu crédito com aquele que negociou e teve o negócio invalidado.

A decisão de primeiro grau fica aqui mantida por seus exatos termos e fundamentos.

Em atenção ao § 11 do artigo 85 do Código de Processo Civil, majora-se em 1% a honorária antes fixada a título de honorários recursais.

Dessarte nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação Cível nº 9000257-73.2012.8.26.0090, da Comarca de São Paulo, em que é apelante BANCO DO BRASIL S/A, 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 27.394)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI (Presidente sem voto), RICARDO CHIMENTI e MARCELO L THEODÓSIO.

Acesso ao Sumário

São Paulo, 23 de maio de 2024.
HENRIQUE HARRIS JÚNIOR, Relator

Ementa: APELAÇÃO – Embargos à execução fiscal – ISS – Serviços bancários – PRELIMINAR DE NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL EM PRIMEIRO GRAU – Inadmissibilidade – Sentença prolatada que fundamentadamente afasta as alegações da apelante – Ausência de dever do magistrado de rebater um a um os argumentos das partes – Ausência do vício apontado – DECADÊNCIA – Inocorrência – Imposto sujeito a lançamento por homologação quando não sofre regular declaração e recolhimento, ainda que parcial, deve se submeter a contagem do prazo decadencial prevista no artigo 173, I, do CTN – Aplicação da Súmula 555, do STJ – Contagem que tem início no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado – Lançamento efetuado sem violação ao lustro – PRESCRIÇÃO – Inocorrência – Aplicação da Súmula 103, do STJ – Demora na prestação jurisdicional que não pode penalizar a parte exequente – NULIDADE DA CDA – Inocorrência – Exação ocorrida em razão do Item 95 da lista anexa à Lei Municipal nº 10.423/87 correspondente ao item 96 da lista anexa à LC nº 56/87, que alterou a redação do DL nº 406/68 – Legalidade da tributação – Súmula Nº 424 do STJ – Interpretação extensiva – Ampla defesa exercida com plenitude, com impugnação aprofundada de toda a tributação tanto no procedimento administrativo como judicial – Inexistência de vício e de prejuízo – EXCESSO DE EXECUÇÃO – Inocorrência – Apelante que não demonstra suposta inclusão de verbas indevidas na CDA – INCIDÊNCIA DE ISS SOBRE FATOS ECONÔMICOS – Admissibilidade – Apelante afirma que não deve incidir Impostos Sobre Serviços nos valores ingressados na COSIF, 7.1.7.99.00-9 (“Outras Rendas Operacionais”) – Prova pericial que corrobora alegação de que tais valores não decorrem da prestação de serviço bancário – Extensa jurisprudência das Câmaras especializadas especificamente sobre esta rubrica

Acesso ao Sumário

– Não sujeição de tais rendas ao ISS – Sentença reformada – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – Sucumbência da Municipalidade – Condenação no patamar mínimo, com observância do artigo 85, §3º, do CPC – RECURSO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de embargos à execução fiscal opostos pelo BANCO DO BRASIL S.A à execução fiscal que lhe foi movida pelo MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, visando à cobrança do ISS incidente sobre serviços bancários, que soma o valor histórico de R$ 85.176.522,69. Em síntese, buscou a instituição financeira afastar a cobrança dos créditos alegando a não incidência do ISS sobre as contas autuadas.

A sentença de fls. 489/492 julgou improcedentes os embargos extinguindo o feito nos termos do art. 487, inciso I, do CPC. Ante a sucumbência, o embargante foi condenado ao pagamento das custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios arbitrados no mínimo previsto em cada faixa, nos termos do art. 85, §2º e §3º, do CPC, sobre o valor mantido em cobrança.

Inconformado, busca o embargante a reforma da decisão, reiterando seus argumentos. (i) Afirma preliminarmente a negativa de prestação jurisdicional pelo juízo sentenciante. Segundo o apelante, os argumentos ventilados quanto à ocorrência de decadência do direito de lançamento e de prescrição do crédito tributário não foram examinados pelo d. juízo, mesmo após a oposição de embargos de declaração.

Em sede de prejudicial de mérito, afirma a ocorrência de (ii) decadência do direito de lançamento tributário. Afirma que o Banco do Brasil recolheu em parte os valores e, portanto, aplica-se ao caso concreto o disposto no art. 150, §4º, do CTN, e não, como utilizado na r. sentença, o disposto no art. 173, I, do CTN. Nestes termos, considerando que o pagamento parcial se deu em janeiro de 1997, o prazo decadencial para lançamento suplementar do crédito teria encerrado em janeiro de 2002, sendo ilegítimo o lançamento, portanto, ocorrido em maio de 2002, retando fulminados os autos de infração nº 6303558-5, 6303581-2 e 6303582-0. (iii) Também como prejudicial de mérito, a embargante alega que há prescrição do crédito tributário. Afirma que o crédito da presente execução foi constituído em maio de 2002 e permaneceu com a exigibilidade suspensa até dezembro de 2004. A propositura da demanda se deu em 21/03/2005, ou seja, antes das alterações promovidas pela LC 118/05. Nestes termos, afirma que considerando os marcos temporais descritos, a Municipalidade deveria ter logrado êxito na citação da embargante até dezembro de 2009, o que não aconteceu. A embargante afirma que deve ser considerada como data da citação a data de comparecimento espontâneo aos autos da execução fiscal,

Acesso ao Sumário

que se deu em setembro de 2012. Assim, reitera que ocorrida a prescrição. No mérito, a instituição financeira embargante afirma que há (iv) nulidade da CDA, uma vez que padece de vícios insanáveis relativos à origem da dívida, natureza e fundamento legal do débito. Aponta que a indicação da infração ao art. 74, da Lei 6989/66 e o art. 73, do Decreto nº 22470/86, é insuficiente para concretizar a ampla defesa, princípio este não desenvolvido em sua plenitude em razão dos vícios. Afirma também que há prejuízo no cálculo de juros e correção monetária. Aponta também (v) excesso de execução. Narra que a embargada incluiu no cálculo do débito honorários advocatícios e custas judiciais, resultando em acréscimo histórico de R$ 7.793.617,97 ao débito (setembro de 2012). Afirma que se trata de verdadeira cumulação de honorários advocatícios administrativos e judiciais, o que afirma ser vedado pelo ordenamento jurídico. Sustenta que a cobrança de honorários advocatícios administrativos pela inclusão do débito em dívida ativa é ilegal, não podendo subsistir. Quanto aos honorários sucumbenciais, afirma que o momento correto da cobrança é após a sentença, inclusive levando em consideração o grau de zelo profissional, nos termos do art. 85, §2º, do CPC. Defende também que (vi) não houve fato gerador do ISSQN, sendo indevida a cobrança. Afirma que as infrações lavradas decorrem do exame de contas relacionadas ao "suporte operacional e processamento da compensação de cheques e outros documentos no âmbito da câmara de compensação". Narra que as receitas tributadas correspondem às contas COSIF 7.1.7.99.00-3 e COSIF 7.1.3.10.90-1, provenientes de ressarcimento de custos despendidos pelas instituições financeiras integrantes do "sistema de compensação de cheques e outros papeis". Assim, afirma que não há prestação de serviço, mas apenas atividade acessória essencial. (vii) Por fim, pretende a reversão do julgado e da respectiva sucumbência.

Contrarrazões às fls. 595/604.

É o relatório.

Ante a complexidade e extensão da presente demanda, passo ao exame dos pontos combatidos pelo recurso de apelação sob a perspectiva de tópicos.

Negativa de prestação jurisdicional:

Preliminarmente, afasto a alegação de negativa de prestação jurisdicional pelo juízo *ad quo*. A parte apelante afirma que o d. juízo de primeiro grau não teria examinado os argumentos ventilados quanto à ocorrência de prescrição e de decadência. Ocorre que a sentença expressamente analisa o tema, explorando com clareza o entendimento nela exposto.

Como se sabe e há muito sedimentada a jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça e deste Egrégio Tribunal de Justiça, não se exige que o Magistrado prolator da decisão rebata um a um os argumentos ventilados, bastando que exponha, de forma fundamentada, as razões que o levaram a decidir em favor de um ou outro argumento.

Acesso ao Sumário

No caso dos autos, consta na r. sentença expressamente as razões que o levaram a afastar a alegação de prescrição e de decadência, afirmando, quanto à decadência, que "*No caso dos autos, é aplicável o disposto no art. 173, inciso I, do Código Tributário Nacional. Isso porque, o art. 150, §4º do mesmo diploma legal se aplica apenas se houver sido realizado o pagamento de parte do valor devido, ainda que o contribuinte entenda haver feito o pagamento integral. Nenhum valor foi recolhido pela embargante, tanto que alega ser indevida a tributação*". Quanto à prescrição, também consta na r. sentença que "*Os fatos geradores ocorreram entre janeiro de 1997 e dezembro de 1998 e em 02 de maio de 2002 houve constituição definitiva do crédito tributário. [...] A execução foi proposta em 21 de março de 2005 e, na mesma data, foi determinada a citação [...] verifica-se que a decisão que determinou a citação, penhora e avaliação não foi cumprida, aplicando-se ao caso a Súmula 106, do STJ.*"

Não se há falar, portanto, em negativa da prestação jurisdicional pelo r. juízo.

(ii) Decadência do direito de lançamento tributário

Extrai-se do Código Tributário Nacional, em síntese, três modalidade de lançamento tributário: lançamento de ofício, lançamento por declaração e lançamento por homologação. As modalidades diferenciam-se pela intensidade de participação do sujeito passivo da obrigação tributária no ato de lançamento. No caso dos autos, cuidando-se de ISS, a modalidade aplicável ao lançamento do tributo, como se sabe, é o lançamento por homologação.

Para o lançamento por homologação, o Código Tributário Nacional traz duas regras distintas para contagem do prazo de decadência. Vejamos.

A primeira regra e, diga-se, geral, para a modalidade, se trata da hipótese em que o contribuinte, em estrito cumprimento da lei, realiza apuração e recolhimento do tributo que entende devido, ainda que parcial. Nesta hipótese, o art. 150, § 4º, do CTN, prevê que a contagem do prazo decadencial se inicia com a data do fato gerador.

A segunda regra, subsidiária, reporta-se à hipótese em que o contribuinte nada reporta à autoridade fazendária, tampouco recolhe qualquer tributo sobre a atividade. Para esta hipótese, o CTN prevê outro termo inicial, postergando o início da contagem do prazo decadencial para o primeiro dia do exercício seguinte àquele que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos termos do art. 173, I, do CTN.

A interpretação aqui exposta é pacífica, cuidando-se inclusive de entendimento objeto da Súmula nº 555, do STJ.

Vejamos a Súmula e os dispositivos citados:

> Art. 150 O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim

Acesso ao Sumário

exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.
§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.
Art. 173 O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:
I. do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;
Súmula 555-STJ: Quando não houver declaração do débito, o prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário conta-se exclusivamente na forma do art. 173, I, do CTN, nos casos em que a legislação atribui ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa.

No caso concreto, a apelante afirma que teria, no ano de 1997, declarado e recolhido ISS incidentes sobre outras contas COSIF e que, portanto, tal situação deve ser interpretada como recolhimento parcial de ISS, atraindo, assim, a incidência do art. 150, §4º, do CTN. Ao ver da embargante-apelante, portanto, a contagem teria início em janeiro de 2017 e teria sido fulminado o direito de lançar em janeiro de 2022, data anterior ao efetivo lançamento – maio de 2022.

Ocorre que a interpretação dada aos fatos pela apelante não prospera. Não basta o simples recolhimento genérico de valores a título de ISS no período. É necessário que haja declaração e recolhimento específico dos valores constantes na Conta COSIF objeto dos autos, sob pena de tornar morta a regra subsidiária prevista em lei. A declaração de serviços outros não relacionados a respectiva rubrica não faz iniciar a contagem do prazo decadencial, até porque, a rigor, a Conta COSIF objeto da exação sequer terá o exame devolvido à autoridade fazendária, uma vez que sobre ela não há qualquer declaração de prestação de serviço.

É neste sentido que a jurisprudência deste Egrégio Tribunal de Justiça vem decidindo:

Apelação. ISS sobre serviços bancários do exercício de 2003. Município de São Paulo. Sentença de improcedência, com afastamento das teses de nulidade dos Autos de Infração, decadência dos créditos e não incidência do imposto sobre as atividades descritas nas autuações. Pretensão à reforma. Acolhimento em parte. Afastamento da preliminar de nulidade da decisão que rejeitou os embargos declaratórios, por ausência de fundamentação. Questão suscitada nos embargos que foi devidamente analisada pelo Juízo na sentença apelada. Inexistência de violação ao artigo 489, § 1º, do CPC, já que a decisão deve ser interpretada de forma conjugada com todos seus elementos. Nulidade formal dos Autos de Infração. Inocorrência. Presença dos requisitos legais estabelecidos pela Lei Municipal n. 14.107/05. Conclusão de que os Autos de Infração, da

Acesso ao Sumário

forma como lavrados, possibilitaram o exercício da ampla defesa e do contraditório. Impossibilidade de se alegar desconhecimento da dívida. Higidez mantida. **Decadência. ISS. Contagem do prazo na forma do artigo 173, I, do CTN. Fato gerador do ISS que é a prestação do serviço. Ausência de recolhimento parcial com relação aos serviços especificados nos autos de infração a atrair a contagem do prazo na forma do artigo 150, § 4º, do CTN. Alegação de decadência afastada.** Questão de fundo. ISS. Serviços bancários prestados no exercício de 2003. Lista anexa ao Decreto-lei 406/68 (instituída pela LC 56/87). Taxatividade que não impede a interpretação extensiva e a abrangência de situações que possuem os mesmos marcos identificadores, ainda que tenham nomenclaturas diferentes. REsp. 1.111.234/PR, sob o regime dos recursos repetitivos de que trata o art. 543-C do CPC. Súmula 424 do STJ. Caso concreto em que é legítima a incidência do ISS sobre rendas provenientes de serviços prestados a ligadas, decorrentes de contrato de coast sharing. Precedentes. Ilegalidade da cobrança do ISS sobre atividades de administração de cartões de crédito/débito e sobre tarifas interbancárias, tendo em vista que os serviços descritos nas referidas subcontas não correspondem a nenhum daqueles previstos na lista anexa ao Decreto-lei 406/68, vigente à época dos respectivos fatos geradores, ainda que sob a luz da interpretação extensiva. Impossibilidade de tributação fora das hipóteses legais. Sucumbência recíproca caracterizada. Sentença reformada em parte, para reconhecer a inexigibilidade dos créditos consubstanciados nos Autos de Infração ns. 65445317, 65445139, 65445260 e 65445155. Recurso provido em parte. (Apelação Cível 1040372-24.2014.8.26.0053; Relator: Ricardo Chimenti; Órgão Julgador: 18ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 1ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 10/03/2022; Data de Registro: 11/03/2022)

Prescrição

A apelante alega também que a prescrição teria fulminado o crédito tributário. Afirma que o crédito da presente execução foi constituído em maio de 2002 e permaneceu com a exigibilidade suspensa até dezembro de 2004. A propositura da demanda se deu em 21/03/2005, ou seja, antes das alterações promovidas pela LC 118/05. Nestes termos, afirma que considerando os marcos temporais descritos, a Municipalidade deveria ter logrado êxito na citação da embargante até dezembro de 2009, o que não aconteceu. A embargante afirma que deve ser considerada como data da citação a data de comparecimento espontâneo aos autos da execução fiscal, que se deu em setembro de 2012.

Muito embora a análise dos marcos temporais pela apelante esteja, em tese, correta, o instituto da prescrição intercorrente destina-se a sancionar o exequente pouco diligente, que se mantém inerte por extenso lapso de tempo sem aparente justificativa. Não é o caso dos autos.

Como bem destacado na sentença combatida, não houve cumprimento

Acesso ao Sumário

da determinação judicial de citação. Houve prolação de decisão determinando citação, penhora e avaliação de bens, sem qualquer cumprimento ou efetiva diligência por parte do Poder Judiciário para efetivação do comando.

Nesse contexto, deve mesmo ser aplicada a Súmula 106, do STJ, segundo a qual: "*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 arguição de prescrição ou decadência*".

Não se há falar, portanto, em prescrição do crédito tributário.

Nulidade da CDA

A apelante sustenta também a ocorrência de nulidade da CDA, pois padece o título de vícios insanáveis relativos à origem da dívida, natureza e fundamento legal do débito. Aponta que a indicação da infração ao art. 74, da Lei 6989/66 e o art. 73, do Decreto nº 22470/86, é insuficiente para concretizar a ampla defesa, princípio este não desenvolvido em sua plenitude em razão dos vícios. Afirma também que há prejuízo no cálculo de juros e correção monetária.

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 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

Acesso ao Sumário

> 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 apresenta todos os elementos necessários à identificação do débito. Há descrição clara e precisa do débito executado, qual seja, ISS, com descrição da atividade (ainda que de forma abreviada), capitulação legal específica da infração (artigo 74 da Lei 6989/66, com redação da lei 8.809/78, e artigo 73 do decreto 22.470/86, observado o decreto 28.503/90) e há indicação do item da lista de serviços (item 95 da lista de serviços, conforme artigo 1 da lei 10.423/87). Outrossim, há menção ao auto de infração que originou a cobrança (63035588).

Ademais, verifica-se que a instituição financeira apresentou impugnação e recurso administrativo contra o auto de infração (fls. 27 e seguintes) e extensa defesa administrativa. Disso decorre que a instituição financeira apelante teve ciência do teor da autuação, inclusive com conhecimento do imposto devido e contraditório formal e substancial respeitado. Além de ter tido ciência, teve oportunidade de impugnar administrativamente o auto de infração lavrado, inexistindo qualquer cerceamento de defesa.

Desta feita, se não há prejuízo ao direito de defesa, restam afastadas as preliminares de nulidade da certidão de dívida ativa e de cerceamento de defesa.

Novamente, cuida-se de entendimento tranquilo no âmbito desta E. Câmara:

> Apelação. Embargos à Execução Fiscal. ISS sobre serviços bancários dos exercícios de 1999 e 2001. Sentença que julgou improcedente a demanda, afastando as teses de nulidade das CDAs por vício formal, não

Acesso ao Sumário

incidência do ISS e inconstitucionalidade dos índices de juros de mora, correção monetária e multa aplicados pelo ente tributante. Pretensão à reforma. Acolhimento em parte. Alegação de ilegitimidade ativa do Município de São Paulo para a cobrança do ISS que não comporta conhecimento. Tese que não foi deduzida na petição inicial. Impossibilidade de alteração da causa de pedir após a estabilização da demanda. Indevida inovação recursal. Inteligência do art. 329, I e II do CPC. Alegações, ademais, que são dissociadas do contexto da presente lide. Recurso não conhecido quanto a esse capítulo. Nulidade dos títulos executivos, ademais, não constatada. CDAs que preencheram todos os requisitos previstos no art. 202 do CTN e art. 2º, § 5º, da LEF. Cobrança decorrente de declaração mensal prestada pelo contribuinte que, no mais, demonstrou possuir compreensão da natureza da dívida que lhe está sendo exigida. Conclusão de que as CDAs possibilitaram o exercício da ampla defesa e do contraditório. Questão de fundo. ISS. Serviços bancários prestados nos exercícios de 1999 e 2001. Lista anexa ao Decreto-lei 406/68 (instituída pela LC 56/87). Taxatividade que não impede a interpretação extensiva e a abrangência de situações que possuem os mesmos marcos identificadores, ainda que tenham nomenclaturas diferentes. REsp. 1.111.234/PR, sob o regime dos recursos repetitivos de que trata o art. 543-C do CPC. Súmula 424 do STJ. Conclusão de que não há incidência do ISS sobre as comissões de abertura de crédito recebidas pela embargante. Atividade-meio, preparatória, que é vinculada a uma típica operação de crédito, tributada via IOF. Serviços relativos à abertura de crédito que não constavam da lista de serviços do DL 406/68 e somente foram incluídos no rol de serviços tributáveis a partir do advento da LC 116/03 (subitem 15.08). Inexigibilidade do ISS no caso concreto. Precedentes desta Corte e do TRF5. Sentença reformada. Embargos à execução fiscal julgados procedentes com a inversão dos ônus sucumbenciais. Extinção do processo executivo. Recurso conhecido em parte e, na parte conhecida, provido. (Apelação Cível 9000882-49.2008.8.26.0090; Relator: Ricardo Chimenti; Órgão Julgador: 18ª Câmara de Direito Público; Foro das Execuções Fiscais Municipais - Vara das Execuções Fiscais Municipais; Data do Julgamento: 08/04/2024; Data de Registro: 08/04/2024).

APELAÇÃO CÍVEL – Embargos à execução fiscal – ISS do exercício de 1995 – Município de São Paulo – Insurgência contra sentença que julgou improcedentes os embargos à execução. 1) Nulidade dos autos de infração e das CDA's – Não ocorrência – Autos de infração que discriminam o tributo, dados do contribuinte, enquadramento tributário, descrição da infração, período, alíquota, capitulação legal da infração e da penalidade – Pressupostos legais devidamente cumpridos – Inexistência de defeitos nas CDA's que inviabilizem o prosseguimento da execução fiscal – Pressupostos legais do art. 202 do CTN e do § 5º do art. 2º da Lei nº 6.830/80 atendidos – Títulos executivos que possuem a presunção de certeza e liquidez. 2) ISS sobre Serviços bancários – Impossibilidade de tributação

Acesso ao Sumário

da conta COSIF 7.1.9.99.00-9 indicada nos autos de infração 62.065.39-4, 62.065.48-3 e 62.065.38-6 “Outras rendas operacionais” (subcontas 25.266-0 - ressarcimento de custas com atestado de idoneidade, 25.926-7 TCOA - PL - Planos de expansão Telesp CTBC e 24.104 “tarifa de emissão e fiança bancária”) – Ausência de correlação com os serviços indicados nos itens 95 e 96 da Lista de Serviços do Decreto 406/68, com redação dada pela Lei Complementar nº 56/87 – Precedentes desta 15ª Câmara de Direito Público. 3) Juros e correção monetária – Correção monetária pelo IPCA e Juros moratórios de 1% a.m. previstos na legislação municipal (Lei 10.734/89 atualizada pela Lei 13.275/2002) – Inaplicabilidade da taxa Selic por ausência de lei autorizadora – Precedentes do STJ – Sentença parcialmente reformada para julgar parcialmente procedentes os embargos à execução fiscal – Recurso parcialmente provido.
(TJSP; Apelação Cível 9000515-30.2005.8.26.0090; Relator: Raul De Felice; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Público; Foro das Execuções Fiscais Municipais - Seção de Processamento I; Data do Julgamento: 31/08/2021; Data de Registro: 31/08/2021).

APELAÇÃO – EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL – Municipalidade de São José do Rio Preto – ISS – Serviços Bancários – Taxatividade da Lista de Serviços anexa à Lei Complementar nº 56/87 – Possibilidade de interpretação extensiva, viabilizando o enquadramento de serviços congêneres àqueles explicitamente elencados – Conta 7.1.7.99.00-3 (Rendas de Outros Serviços) e na Conta Cosif 7.1.9.99.00-9 (Outras Rendas Operacionais) – Não incidência de ISS ao presente caso – Súmulas nº 424 do STJ e nº 588 do STF – Precedentes – Sentença mantida – Recurso Improvido.
(TJSP; Apelação Cível 1047592-80.2019.8.26.0576; Relator: Maurício Fiorito; Órgão Julgador: 14ª Câmara de Direito Público; Foro de São José do Rio Preto - 1ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 28/05/2021; Data de Registro: 28/05/2021).

Embargos à execução fiscal. ISSQN. Serviços bancários. Sentença de Improcedência. Reforma parcial. Nulidade da CDA. Não configuração. Foi juntada aos autos a cópia integral do procedimento administrativo que constitui o crédito exequendo (fls. 33/331), demonstrando que o embargante tomou conhecimento dos serviços tributados pelo ISS e correlatas rubricas contábeis, bem como do fundamento legal do crédito e dos consectários. Sendo assim, não se pode concluir pelo prejuízo à defesa do executado, pois as meras irregularidades formais não tiveram o condão potencial para causar prejuízo à defesa do executado (pas des nullités sans grief). No mérito, apesar da notável argumentação do juiz, respeitosamente, é necessário revisar-se a sentença, uma vez que a doutrina e a jurisprudência já se posicionaram quanto à conceituação e natureza das operações autuadas, a fim de se verificar-se a incidência, ou não, de ISSQN. Sendo assim, à exceção da rubrica “Rendas De Ser-

Acesso ao Sumário

viços Banco Eletrônico", que trata de rendas relacionadas, em geral, a serviços relativos à emissão de cartão magnético e de talão de cheques, os quais estão expressamente previstos nos subitens 15.14 e 15.17 da Lista Anexa à LC 116/2003, todas as demais aventadas nos autos NÃO são passíveis de ISSQN e, sim, de IOF. São elas: Rendas de Adiantamento a Depositantes, Rendas de Empréstimo, Rendas de Operação de Crédito, Rendas de Financiamentos e Rendas de Financiamentos Rurais). Em suma, a autuação deve ser mantida apenas com relação à rubrica "Rendas de Serviços Banco Eletrônico", afastando- se a tributação das demais. Dá-se parcial provimento ao recurso para afastar-se a incidência do ISS sobre as contas impugnadas, à exceção da rubrica Rendas de Serviços Banco Eletrônico, nos termos do acórdão. (Apelação Cível 0040318-11.2013.8.26.0506; Relatora: Beatriz Braga; Órgão Julgador: 18ª Câmara de Direito Público; Foro de Ribeirão Preto - Vara do Setor de Execuções Fiscais; Data do Julgamento: 29/02/2024; Data de Registro: 29/02/2024).

Apelação cível. Embargos à execução fiscal. ISS bancário. Conta COSIF 7.1.7.99.00-3 – Rendas de Outros Serviços. Exercícios de 2000 a 2005. A sentença julgou os embargos parcialmente procedentes. Reforma de rigor. Nulidade. Inexistência. Na hipótese, afasta-se a alegação de nulidade das CDAs, pois, apesar dos títulos executivos não preencherem todos os requisitos do artigo 2º, § 5º, da Lei 6.830/80 e do artigo 202 do CTN, tais como a fundamentação legal específica dos serviços objeto da tributação e número do respectivo processo administrativo, como alegado pelo embargante, não se verificou prejuízo à sua defesa. Note-se que foi juntada aos autos a cópia do procedimento administrativo que constitui o crédito tributário (fls. 218/324), demonstrando que o embargante tomou conhecimento da cobrança ora impugnada e dos correlatos serviços tributados, foi regularmente notificado acerca do respectivo auto de infração e pôde exercer plenamente o seu direito de defesa. No mérito, assiste razão ao embargante ao afirmar que a conta COSIF 7.1.7.99.00-3 – Rendas de Outros Serviços não abarca nenhum dos serviços elencados nas listas anexas à LC 56/87 e à LC 116/03, de modo que as exigências dela decorrentes devem ser anuladas. Tal conta corresponde a atividades-meio relacionadas, por sua essência e natureza, à própria prestação do serviço bancário, e não à remuneração por algum serviço prestado pelo banco a terceiro, razão pela qual também não configura fato gerador do ISS. Trata-se, portanto, de operações tipicamente bancárias, que representam atividades-meio prestadas pela instituição financeira no desempenho de suas atividades-fim. Precedentes. Dá-se provimento ao recurso para anular-se toda a cobrança, nos termos do acórdão. (Apelação Cível 0002428-85.2010.8.26.0201; Relatora: Beatriz Braga; Órgão Julgador: 18ª Câmara de Direito Público; Foro de Garça - 2ª. Vara Judicial; Data do Julgamento: 31/08/2023; Data de Registro: 01/09/2023).

Acesso ao Sumário

Excesso de execução

A apelante afirma que há de ser acolhida a impugnação ao valor da execução, uma vez que a inclusão de honorários advocatícios e custas judiciais no título executivo é ilegal. Também afirma que os honorários advocatícios judiciais devem ser objeto de cobrança tão somente ao cabo da execução fiscal.

Não é possível extrair da peça inicial de embargos à execução, das alegações finais ou do recurso de apelação o que leva a apelante a afirmar que há inclusão de honorários advocatícios administrativos no valor exequendo. Ao contrário, a documentação juntada aos autos, especialmente as CDAs e da análise pericial efetuada nos autos, leva a crer que a pretensão de constrição realizada pela Municipalidade limita-se ao valor do débito acrescido de honorários sucumbenciais e custas judiciais, como deve ser.

Como destacado também em sentença, "*está previsto no art. 1º [da lei de execução fiscal] que a execução judicial para cobrança da Dívida Ativa [...] será regida por esta lei e, subsidiariamente, pelo Código de Processo Civil. [...] Neste, há previsão expressa acerca dos honorários advocatícios e das custas judicias. Deste modo, a não indicação expressa acerca dos honorários sucumbenciais e custas judiciais na lei de execução fiscal não implica impossibilidade de cobrança*".

Não se vislumbra, portanto, o suposto excesso de execução, como aventado em recurso de apelação.

Incidência do ISSQN sobre os fatos econômicos

A apelante afirma que não houve fato gerador do ISSQN, sendo indevida a cobrança. Afirma que as infrações lavradas decorrem do exame de contas relacionadas ao "suporte operacional e processamento da compensação de cheques e outros documentos no âmbito da câmara de compensação". Narra que as receitas tributadas correspondem às contas COSIF 7.1.7.99.00-3 e COSIF 7.1.3.10.90-1, provenientes de ressarcimento de custos despendidos pelas instituições financeiras integrantes do "sistema de compensação de cheques e outros papeis". Assim, afirma que não há prestação de serviço, mas apenas atividade acessória essencial.

Pois bem.

De início, fixo a premissa de que a lista de serviços tributáveis que consta no art. 1º, da LC 56/87 é taxativa, mas sujeita a interpretação extensiva. A premissa decorre do quanto fixado na Súmula 424, do STJ, que diz ser "*É legítima a incidência de ISS sobre os serviços bancários congêneres da lista anexa ao DL nº 406/1968 e à LC n. 56/1987*". Qualquer interpretação diversa que pretenda que o legislador deveria, supostamente, prever exaustivamente todas as hipóteses concretas de incidência do ISS sobre toda e qualquer atividade bancária desafia a lógica, posto que evidentemente impossível.

Ainda que relacionado a lei diversa, mas que veio a substituir a LC 56/87, destaco recente julgado do Supremo Tribunal Federal que reafirma a interpre-

Acesso ao Sumário

tação extensiva a ser dada a lista RE 784.439/DF (Relatora: ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 29/06/2020, PROCESSO ELETRÔNICO RE-PERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-228 DIVULG 14-09-2020 PUBLIC 15-09-2020), Tema 296 da Repercussão Geral, firmando a seguinte tese: "**É taxativa a lista de serviços sujeitos ao ISS a que se refere o art. 156, III, da Constituição Federal, admitindo- se, contudo, a incidência do tributo sobre as atividades inerentes aos serviços elencados em lei em razão da interpretação extensiva.**" (grifei)

E, da mesma forma, tem decidido o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

> APELAÇÃO – Embargos à Execução Fiscal. 1) Ilegitimidade ativa da exequente – Alegação de que os serviços cobrados não são realizados no Município de Franca –Inovação recursal – Matéria que não foi objeto de discussão na origem e que demandaria ampliação da cognição com contraditório e dilação probatória – Embargante que não se desincumbiu de seu ônus de alegar toda matéria útil à defesa no momento adequado – Inteligência do art. 16, § 2º, da LEF. **2) ISS – Atividades bancárias – Lista de serviços que comporta interpretação extensiva, sobretudo porque a nomenclatura utilizada pela instituição financeira não pode ter o condão de eximi-la do pagamento do tributo, quando verificada correspondência com alguns dos serviços estampados nos itens 24, 29, 95 e 96 da lista** – Ausência de comprovação de que os débitos lançados referem-se a atividades não tributáveis – Perícia técnica realizada nos autos que comprova a legalidade do ato fiscal. 3) Pretendida redução dos honorários advocatícios – Possibilidade – Verba fixada em R$ 10.000,00, com base no art. 20, § 4º, do CPC/73 – Verba que se mostra excessiva pois, quando somada àquela fixada na execução, ultrapassa os 20% do valor desta (R$ 29.391,05, em abril de 2006) – Verba fixada em 20% do valor da execução de forma acumulada. Sentença parcialmente reformada – Recurso parcialmente provido. (TJSP; Apelação 0040781-54.2006.8.26.0196; Relator: Eutálio Porto; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Público; Foro de Franca - Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 29/05/2018; Data de Registro: 29/05/2018) (grifei).
>
> Apelação. ISS sobre serviços bancários referente à fiscalização realizada entre o período de julho de 2001 a dezembro de 2005. Sentença que julgou improcedentes os embargos à execução. Insurgência do banco embargante. Pretensão à reforma. Acolhimento em parte. Preliminar de não conhecimento do recurso afastada. Apelação que reproduz determinados argumentos da exordial. Inexistência de afronta aos princípios da dialeticidade recursal e da impugnação específica. Nulidade do título executivo. Inocorrência. Eventuais vícios na CDA que não prejudicaram o direito de ampla defesa da embargante, a qual tinha plena ciência do que se tratava a exação. Precedente do STJ. Prescrição intercorrente

Acesso ao Sumário

afastada. Questão que já foi rejeitada em exceção de préexecutividade e se encontra preclusa. Risco à segurança jurídica e perpetuação da controvérsia. Aplicação dos artigos 505 e 507 do NCPC. Precedentes do STJ. **ISS. Serviços bancários. Lista anexa ao Decretolei 406/68 (instituída pela LC 56/87) e à Lista anexa à LC 116/03. Taxatividade que não impede a interpretação extensiva e a abrangência de situações que possuem os mesmos marcos identificadores, ainda que tenham nomenclaturas diferentes. REsp. 1.111.234/PR, sob o regime dos recursos repetitivos de que trata o art. 543-C do CPC. Súmula 424 do STJ**. Exercícios de 2001 a 2003. Incidência do ISS. Inocorrência. Fatos geradores ocorridos na vigência da LC 56/87, que alterou o Decreto-lei n. 406/68. Atividades financeiras tributadas que não guardam correlação com os itens 95 e 96 da lista anexa à LC 56/87. Exercícios de 2004 e 2005. Observância de que, excetuadas as operações de crédito, cuja incidência tributária se dá pelo IOF, as demais atividades estão indicadas expressamente na lista à LC 116/2003, vigente à época dos fatos geradores. Recurso parcialmente provido, com imposição de sucumbência recíproca, observando-se o grau de êxito de cada parte vencedora. (TJSP; Apelação 1004835-54.2016.8.26.0066; Relator: Ricardo Chimenti; Órgão Julgador: 18ª Câmara de Direito Público; Foro de Barretos - SAF - Serviço de Anexo Fiscal; Data do Julgamento: 24/05/2018; Data de Registro: 25/05/2018) (grifei).

A orientação jurisprudencial é clara: embora a lista de serviços anexa, seja à LC 56/87, seja à LC 116/03 seja taxativa, ou seja, repudie o emprego da analogia, é possível a sua interpretação extensiva, de modo a contemplar serviços congêneres aos expressamente previstos, variando tão somente a sua nomenclatura.

Vale destacar que a analogia não se confunde com a técnica de interpretação extensiva. Analogia é técnica de integração jurídica, vale dizer, recurso de que se vale o magistrado para suprir uma lacuna do ordenamento jurídico. É fonte autônoma do direito. Interpretação extensiva, por sua vez, objetiva desvendar o sentido e o alcance de norma pré-existente, para, então, definir a sua extensão. A norma existe como fruto da lei, adotando-se o método interpretativo tão somente para precisar os contornos concretos de sua eficácia.

Desta feita, não se exige a correspondência perfeita entre a designação legal do serviço e a sua nomenclatura corrente. A lei deve, tão somente, definir os seus contornos materiais, descrever o serviço. Uma vez subsumido o fato gerador à hipótese de incidência decorre, naturalmente, a obrigação tributária e o correspondente direito do Fisco à constituição do crédito tributário. Nesse exercício, sobrelevam os aspectos materiais em detrimento do enquadramento formal do serviço. Do contrário, bastaria a mera alteração unilateral da nomenclatura corrente para que fosse arredada a possibilidade da tributação.

Consequentemente, deve-se aferir, caso a caso, o escopo concreto das

Acesso ao Sumário

rubricas contábeis tributadas, o que exige, naturalmente, um maior esforço de dilação probatória, mormente por meio de perícia contábil, que ateste, com o mínimo de certeza, a natureza (se atividade-fim ou atividade-meio) e o correto enquadramento legal (a capitulação da atividade nos itens da lista anexa à LC 116/03) dos serviços tributados.

Quanto ao caso concreto, há impugnação específica relativa a duas contas COSIF, 7.1.7.99.00-9 ("**Outras Rendas Operacionais**") e 7.1.3.10.90-1 ("**Rendas Operacionais de Câmbio**").

Contudo, a perícia técnica é clara e expressa ao informar, após exame técnico-contábil, todos os AII autuados referem-se exclusivamente (fls. 249, item "e") sobre a Conta COSIF 7.1.7.99.00-9 ("**Outras Rendas Operacionais**"), não subsistindo, portanto, qualquer exame a ser efetuado em relação à Conta COSIF 7.1.3.10.90-1.

Passando ao exame específico da Conta COSIF 7.1.7.99.00-9 ("**Outras Rendas Operacionais**"), não se há falar em incidência de ISS sobre os valores que nela constam. Isto porque referidas atividades não configuram prestação de serviços aos clientes previstos na Lista Anexa ao DL 406/68, nem sequer são congêneres.

Isto porque, conforme laudo elaborado pela *expert*, "*De acordo com a os dados da documentação contábil examinada, [...] as receitas autuadas referem-se a rendas provenientes do ressarcimento de custos despendidos pelas instituições financeiras integrantes do sistema de compensação de cheques e outros papéis*". Tal hipótese não se coaduna a ideia de prestação de serviço e, portanto, não está sujeita ao ISS.

Destaco, ainda, que se cuida, uma última vez, de entendimento sedimentado na jurisprudência desta e das demais E. Câmara Especializadas de que os valores que em regra constam na Conta COSIF 7.1.7.99.00-9 não estão sujeitos ao ISS. Vejamos:

> Remessa necessária e apelações – Ação anulatória de ISSQN exigido por meio de AIIM – Município de Ribeirão Preto – Sentença de parcial procedência unicamente "para o fim de anular os débitos fiscais referentes à cobrança de ISS do período de Janeiro de 2016 a Dezembro de 2019, Agência 0064-7, Ribeirão Preto - Centro - SP, incidentes sobre a receita inserida na conta COSIF 7.1.9.99.00-9 - Outras Rendas Operacionais, subconta 95-12 (taxa s/chq/doc.vlr.sup.env. a compensação), por se tratar de verba que não se sujeita à incidência de ISS" – Insurgência de ambas as partes – Cabimento em parte do apelo do autor – ISSQN de atividades bancárias – Impossibilidade de incidência do imposto municipal sobre as contas COSIF cadastradas sob os números 7.1.9.99.00-9 e 7.1.7.99.00-3 – Operações que não caracterizam prestação de serviços bancários – Precedentes – Viabilidade, contudo, da exigência do ISSQN no tocante a conta COSIF 7.1.7.80.00-5 – Requerente que sequer es-

Acesso ao Sumário

clarece ou fundamenta o porquê entende que sobre as contas internas 94-01, 94-58 e 99-75 deve ser aplicada a alíquota de 4%, ao invés de 5%, como calculado pela Administração – Prevalência da presunção de regularidade e licitude do ato administrativo – Remessa necessária e recurso de apelação do Município de Ribeirão Preto não providos, apelo do autor parcialmente provido para o fim de julgar a ação anulatória parcialmente procedente, em maior extensão, consoante especificado. (Apelação/Remessa Necessária 1038518-47.2021.8.26.0506; Relator: Fernando Figueiredo Bartoletti; Órgão Julgador: 18ª Câmara de Direito Público; Foro de Ribeirão Preto - 2ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 14/06/2023; Data de Registro: 14/06/2023).

TRIBUTÁRIO – APELAÇÃO – AÇÃO ANULATÓRIA – MUNICÍPIO DE RIBEIRÃO PRETO – ISS SOBRE SERVIÇOS BANCÁRIOS – EXERCÍCIOS DE 2016 A 2019 – Sentença que julgou improcedente a ação. Recurso interposto pelo autor. ISS SERVIÇOS BANCÁRIOS – Tributação de atividades com receitas inseridas nas contas COSIF 7.1.7.99.00-3 ("Rendas de outros serviços") e Conta COSIF 7.1.9.99.00-9 ("Outras Rendas Operacionais") – Natureza que se extrai da Circular nº 1.273/1987 do Banco Central do Brasil – Receitas que não são passíveis de tributação pelo ISS, por não se tratar de prestação de serviço – Embora seja admitida interpretação extensiva para serviços congêneres, ou seja, ainda que eventuais mudanças de denominação não excluam a tributação pelo ISS, não se pode perder de vista a natureza do serviço prestado – Precedentes desta C. Câmara em casos análogos, envolvendo as mesmas contas – Sentença reformada nesse ponto. CONTA COSIF 7.1.7.80.00-5 ("Rendas de Serviços Prestados a Ligadas") – Natureza que se extrai da Circular nº 1.273/1987 do Banco Central do Brasil – Legalidade da tributação – Atividades previstas expressamente no item 15 da lista de serviços da LC 116/03 – Precedentes deste E. Tribunal em casos análogos, analisando referida conta – Sentença mantida nesse ponto. DEMAIS CONTAS – No que tange às demais contas, o autor não discrimina individualmente os motivos pelos quais cada conta não deve ser tributada, cingindo-se a argumentar, de forma geral, que se tratam de meras atividades-meio, que não possuem autonomia suficiente para a incidência do ISS – Ausência de comprovação de que os débitos lançados referem-se a atividades não tributáveis – Apelante que deixou de produzir provas aptas a elidir a presunção de liquidez e certeza do título executivo fiscal – Cabia ao autor o ônus de demonstrar a razão pela qual declarou a atividade bancária como serviço mas não recolheu o ISS devido – Precedentes do deste E. Tribunal de Justiça – Sentença mantida nesse ponto. DO LIMITE DA MULTA – O valor da multa não pode ser superior ao valor do tributo cobrado, conforme já decidiu o C. Supremo Tribunal Federal – Multa referente ao descumprimento de obrigação

Acesso ao Sumário

principal fixada em 30% (trinta por cento) do valor do tributo – Multa que não possui caráter confiscatório – Precedentes deste E. Tribunal de Justiça – Sentença mantida nesse ponto. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA – OCORRÊNCIA – Partes que foram simultaneamente vencedoras e vencidas – Honorários que pertencem ao advogado e não podem ser compensados, nos termos do art. 85, §14º, do Código de Processo Civil de 2015 – Arbitramento que deve considerar o grau de êxito de cada parte – Precedente deste E. Tribunal de Justiça – No caso, trata-se de sentença ilíquida, devendo o percentual ser arbitrado na fase de liquidação, conforme dispõe o art. 85, §4º, II, do mesmo diploma – Percentual que incidirá sobre o proveito econômico obtido por cada uma das partes. Sentença reformada em parte – Recurso parcialmente provido. (Apelação Cível 1038437-98.2021.8.26.0506; Relator: Eurípedes Faim; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Público; Foro de Ribeirão Preto - 1ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 06/03/2023; Data de Registro: 06/03/2023).

Apelação. Embargos à execução fiscal. ISSQN. Serviços bancários. Sentença de improcedência. Reforma parcial de rigor. NULIDADE. Inexistência. Na hipótese, os títulos executivos preenchem todos os requisitos do artigo 2º, § 5º, da Lei 6.830/80 e do artigo 202 do CTN, ou seja, indicam o valor originário do débito, a origem, a natureza do imposto e o respectivo fundamento legal, a incidência de encargos legais e seus fundamentos, bem como o número do processo administrativo. No mérito, das 7 contas COSIF impugnadas, apenas 3 (três) não abarcam nenhum dos serviços elencados nas listas anexas à LC 56/87 e à LC 116/03, de modo que as exigências delas decorrentes devem ser anuladas. São elas: COSIF 7.1.7.99.00-3 - Rendas de Outros Serviços; COSIF 7.1.9.30.00-6 - Recuperação de Encargos e Despesas; COSIF 7.1.9.99.00-9 - Outras Rendas Operacionais. Quanto às contas COSIF 7.1.7.70.00-8 - Rendas de Serviços de Custódia e COSIF 7.1.7.80.00-5 - Rendas de Serviços Prestados a Ligadas, as cobranças são parcialmente legítimas, eis que o ISSQN somente passou a incidir sobre tais atividades a partir da entrada em vigor da LC 116/03 (01.08/2003). Sendo assim, no que tange às autuações relativas ao período de janeiro a julho de 2003, estas devem ser afastadas, subsistindo as exações compreendidas entre agosto e dezembro de 2003 e novembro de 2008. Por conseguinte, consigne-se que as demais cobranças devem ser mantidas integralmente, no caso, as concernentes às contas COSIF 7.1.7.90.00-2 - Rendas de Transferência de Fundos e COSIF 7.1.740.00-7 - Rendas de Cobrança, porquanto tais serviços estão discriminadas nos itens 95 e 96 da Lista Anexa à LC 56/87 e, também, respectivamente, nos itens “15.16” e “15.10 e 15.11” da LC 116/2003. Dá-se parcial provimento ao recurso para anular-se as cobranças apontadas, nos termos do acórdão. (Apelação Cível 0001409-40.2012.8.26.0309; Relatora: Beatriz Braga; Órgão Julgador: 18ª Câma-

ra de Direito Público; Foro de Jundiaí - Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 25/10/2022; Data de Registro: 25/10/2022).

Apelação – Ação Anulatória – Autos de infração cobrando ISS sobre serviços bancários – Exercícios de janeiro de 2003 a fevereiro de 2004 – Avaliação das contas Cosif que não dependem necessariamente de laudo pericial – Questão de direito – Cerceamento ao direito de defesa não caracterizado – Autonomia do magistrado na valoração das provas constantes dos autos – Inteligência do art. 472 do CPC – Nulidade da sentença não verificada – Preliminares afastadas – Decadência do direito de constituir o crédito tributário quando não houve pagamento antecipado, como se dá no caso concreto, que é de 5 anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado – Inteligência do art. 173, I do CTN (entendimento firmado no REsp. 73.733/SC, sob o rito dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC/1973) – Crédito do exercício de 2003 não atingido pela decadência. Fatos geradores do ISS ocorridos na vigência do DL 406/68 (alterado pela LC 56/87) e da LC 116/03 – Possibilidade de interpretação extensiva das listas anexas às referidas leis complementares – Análise com exclusão das contas "recuperação de encargos e despesas", "rateio de resultados internos" "rendas de outros serviços", "outras rendas operacionais", "rendas de cobranças", "rendas de financiamentos", "rendas de títulos descontados", "rendas de empréstimos" e "rendas de aplicação de fundos de investimento" que não encontram qualquer previsão nas listas anexas à LC 56/87 e LC 116/03, nem mesmo diante da possibilidade de interpretação extensiva – Operação de crédito passível da cobrança de imposto sobre operação financeira - IOF, e não se confunde com prestação de serviço, tampouco subsiste independentemente, de modo a garantir a atividade-fim do apelante - Contas Cosif "rendas de serviços de custódia" e rendas de garantias prestadas que constam expressamente dos subitens 15.12 e 15.18, respectivamente, da lista anexa à LC 116/03, sobre as quais incide o ISS - Conta Cosif "rendas de transferências de fundos" prevista expressamente na lista anexa à LC 56/87 – Tributação devida – Lei Complementar n° 100/99 (art. 4º) que atualizou o DL 406/68 e estabeleceu como alíquota máxima do ISS o percentual de 5% em harmonia com a CF, art. 156, § 3º, I – Impossibilidade de cobrança acima da referida alíquota conforme já decidido pelo Órgão Especial deste Tribunal de Justiça (Incidente de Inconstitucionalidade de Lei nº 9025682-86.2009.8.26.0000) – Liquidez, certeza e exigibilidade não infirmadas – Atualização monetária pelo índice do IBGE e juros moratórios de 1% ao mês, em observância ao art. 161, § 1º, do CTN – Entendimento recente do C. STF quanto à possibilidade de aplicação do índice nacional de atualização monetária utilizado pelo Município-exequente (do IBGE), afastando a limitação à Taxa Selic – Sentença ilíquida – Aplicação do

Acesso ao Sumário

art. 85, §4º, II do CPC – Sentença reformada – Recurso parcialmente provido. (Apelação Cível 0008270-39.2009.8.26.0053; Relator: Roberto Martins de Souza; Órgão Julgador: 18ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 8ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 27/05/2021; Data de Registro: 31/05/2021).

Assim, reputo ilegal a cobrança de ISS sobre a contas apontada, uma vez que não se cuida de fato econômico oponível.

Por fim, ante a reversão do julgado em favor da apelante, necessária também a reversão da sucumbência. Sucumbente a Municipalidade, deverá esta arcar com as custas e despesas processuais, bem como com os honorários advocatícios, calculados sobre o proveito econômico experimentado pela autora, arbitrados no patamar mínimo previsto nos incisos do art. 85, §3º, do CPC, de forma escalonada.

Para fins de acesso aos Tribunais Superiores, consideram-se prequestionados todos os artigos legais e constitucionais mencionados pelos litigantes, ressalvando-se que o V. acórdão não está obrigado a rebater todos os argumentos suscitados, nem a discorrer sobre os dispositivos de lei invocados, se encontrou razões suficientes para fundamentar a decisão.

Ante o exposto, **DÁ-SE PROVIMENTO ao recurso, nos termos do v. acórdão.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação Cível nº 1017811-59.2021.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes/apelados ABC COMÉRCIO DE PLACAS AUTOMOTIVAS LTDA. (E OUTROS(AS)), EMPLAK JA - COMÉRCIO DE PLACAS LTDA., RENOVA PLACAS AUTOMOTIVAS EIRELI, SP PLACAS INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PLACAS EIRELI, R. R. BARBOSA,, PRUDEMPLAK COMÉRCIO DE PLACAS AUTOMOTIVAS LTDA., MERCORPPLACAS INDÚSTRIA DE PLACAS LTDA., IZNEL INDÚSTRIA E COMÉRCIO EIRELI, CENTERSYSTEM INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA., CENTER PLACAS INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA., BLUE PLACAS EIRELI, ARAÇAPLAK COMÉRCIO DE PLACAS AUTOMOTIVAS LTDA. e UNI INTER PLACAS COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA., é apelado DEPARTAMENTO ESTADUAL DE TRÂNSITO - DETRAN.

ACORDAM, em 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso do réu e deram provimento ao recurso dos autores. V.U. Sustentou oralmente o Dr. Mariano de Siqueira Neto.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.286)**

Acesso ao Sumário

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores RICARDO DIP (Presidente sem voto), AFONSO FARO JR. e MÁRCIO KAMMER DE LIMA.

São Paulo, 28 de maio de 2024.

OSCILD DE LIMA JÚNIOR, Relator

Ementa: Ação anulatória cumulada com repetição de indébito – Pretensão de abstenção de pagamento do valor previsto no inciso VI, do art. 5º da Portaria 41/2020 – Acesso ao sistema E-CRV – Incompetência do DETRAN-SP para instituição de nova etapa para consulta e distribuição dos códigos necessários para estampagem, levada a efeito, exclusivamente, pelo nominado e-CRV – Competência para desenvolvimento e disponibilização de sistema a esse fim reservada ao DENATRAN, a teor dos ditames contidos nos artigos 6º a 9º da Resolução CONTRAN 780/2019 e seu Anexo III – Sentença de procedência reformada em parte. Recurso do Detran desprovido e recurso dos autores provido.

VOTO

Trata-se de ação anulatória cumulada com repetição de indébito e tutela de urgência proposta por Emplak Ja - Comércio de Placas Ltda. e Outros contra o Departamento Estadual de Trânsito de São Paulo objetivando a declaração de ilegalidade e o afastamento da exigência de pagamento de taxa relativa à disponibilização do sistema e-CRV e código chave nos termos da Portaria 41/20 do Detran, com consequente devolução de valores depositados. Subsidiariamente, pediu a redução dos custos para R$4,10 ou ainda, que os valores sejam restritos a uma cobrança por código-chave/veículo.

A r. sentença de fls. 1699/1706 julgou procedente em parte o pedido inicial apenas para reconhecer a ilegalidade, em relação aos autores, do preço público cobrado com base na Portaria 41/2020 do Detran/SP, devendo ser limitado o valor àquele incorrido pela SERPRO, ou seja, R$ 4,10. Julgou extinto o feito com resolução do mérito, nos termos do artigo 487, inciso I do CPC. Diante da recíproca sucumbência, as partes ratearão o pagamento das custas e das despesas processuais. Os honorários são fixados em R$3.000,00 para cada parte (art. 85, § 8º do CPC), eis que o valor atribuído à causa não guarda relação ao que fora reconhecido nesta demanda e não há conteúdo mensurável.

Os embargos de declaração opostos pelos autores foram rejeitados pela decisão de fls. 1720.

Acesso ao Sumário

Inconformado, o réu interpôs recurso de apelação a fls. 1726/1750 alegando que a contraprestação prevista na Portaria 41/20 tem natureza de preço público e que a exigência de utilização do e-CRV não configura etapa adicional indevida no processo de estampagem de placas veiculares. Assevera que, ao instituir a cobrança, "o DETRAN não usurpou nenhuma competência, pois o seu sistema e o sistema oferecido pelo DENATRAN são sistemas diferentes, com finalidades diversas". Pede o provimento do recurso para que seja reformada a r. sentença.

Por sua vez, inconformados, os autores interpuseram recurso de apelação a fls. 1754/1794 alegando que a r. sentença afastou a tese defendida de que estamos diante da exigência de taxa e não de preço público. Entretanto, não apontou qualquer fundamento para tal, reservando-se a apontar os artigos 74 e 79 do CTN, bem como elencando alguns julgados. Ao assim proceder, incorreu em violação ao quanto disposto nos incisos I e V, § 1º, do art. 489 do CPC/15. Afirma violação ao princípio da estrita legalidade e da anterioridade, diante da instituição de taxa por meio de portaria. Sustentam que a r. sentença apelada muito bem reconheceu que o DETRAN- SP extrapolou a competência ao editar a Portaria 41/2020 que institui o preço público em questão, entretanto, de forma contraditória, houve por bem manter a cobrança exigida pelos apelados, apenas reduzindo o valor exigido. Aduzem que o apelado está também cobrando referido preço de maneira repetida, pois emite uma cobrança para cada unidade placa a ser estampada e não para cada conjunto alfanumérico fornecido. No mais, alegam que cumulativamente com o pedido de reconhecimento da ilegalidade da exação instituída pela Portaria 41/2020, requisitaram a declaração do direito de restituição dos valores recolhidos a maior, contudo, a r. sentença apelada houve por bem negar tal requerimento, e aplicou o quanto disposto no art. 166 do CTN. Por fim, afirmam que a sucumbência das Apelantes foi mínima e inferior à 20%, motivo pelo qual é mandatório que o réu arque por inteiro com despesas e honorários advocatícios. Requerem a reforma da r. sentença para: (i) Que seja reconhecida a inconstitucionalidade e ilegalidade da taxa travestida de preço público, materializada no inciso VI, do art. 5º da Portaria DETRAN-SP 41/2020; (ii) Ainda que venha a ser entendida a exação combatida como preço público e não taxa, seja reconhecida e declarada a sua ilegalidade da exação em face da usurpação de competência cometida pelo DETRAN-SP; e (iii) Em consequência do reconhecimento da ilegalidade e/ou da inconstitucionalidade, que seja determinada a devolução do montante recolhido pelas Apelantes, incluindo os valores devidos nos meses de janeiro, fevereiro e março de 2021 até o final da presente demanda; subsidiariamente, a reforma da r. sentença para que os valores exigidos pelo DETRAN-SP sejam recolhidos por veículo e não por blank a ser estampado, com a devida restituição dos valores recolhidos a maior; a condenação do Apelado ao pagamento das custas, despesas processuais incluindo

Acesso ao Sumário

honorários periciais e de assistente técnico despendidos pelas Apelantes, bem como honorários advocatícios nos termos do § 3º, do art. 85, do CPC.

As contrarrazões de apelação foram apresentadas a fls. 1804/1815 e a fls. 1819/1838.

Determinou-se a intimação de Emplak Ja - Comércio de Placas Ltda. e Outros para que se manifestassem acerca da petição e documentos juntados a fls. 1852/186 (fls. 1878). Manifestação a fls. 1883/1899.

O Detran informou que ajuizou Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, ao qual foi atribuído o número 2334558-85.2023.8.26.0000, indicando a presente ação como processo piloto, requerendo a suspensão do feito (fls. 2018/2019).

No mais, a fls. 2048/2049, requereu a suspensão do feito, a fim de aguardar a decisão final do IRDR nº 2334558-85.2023.8.26.0000, posto que a presente Apelação, indicada como processo piloto, só poderá ser julgada posteriormente ao trânsito em julgado do incidente, nos termos do parágrafo único do artigo 978, do Código de Processo Civil.

É o relatório.

Ab initio, indefiro o pedido de suspensão do feito, pois o IRDR nº 2334558-85.2023.8.26.0000 não foi admitido, consoante ementa que segue e nos termos do artigo 982, inciso I, do CPC[1]:

> *INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS – Pleito de fixação de tese jurídica envolvendo discussão acerca da legalidade da exigibilidade do pagamento de 0,85 UFESP pelas empresas estampadoras de placas de identificação veicular credenciadas, em razão da utilização do sistema E-CRV e fornecimento de código chave de emplacamento instituída pela Portaria Detran/SP nº 41 – Ausência de preenchimento de todos os requisitos de admissibilidade – Não demonstrada a existência de risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica – Inteligência do artigo 976, II, do CPC – Precedentes desta Eg. Corte – Incidente não admitido.*
>
> *(TJSP; Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas 2334558-85.2023.8.26.0000; Relator: Rebouças de Carvalho; Órgão Julgador: Turma Especial - Publico; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 6ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 12/04/2024; Data de Registro: 29/04/2024)*

No mais, afasta-se o argumento do Detran sustentado a fls. 1852/1860 de existência de documento novo, qual seja, o Ofício Circular nº 2487/2022, emitido pelo SENATRAN (antigo DENATRAN), no qual o órgão federal esclarece como devem ser interpretadas as Resoluções CONTRAN 780/2021 e 969/22, que disciplinam o processo de credenciamento de fabricantes e estampadores

1 Art. 982. Admitido o incidente, o relator:
I - suspenderá os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam no Estado ou na região, conforme o caso;

de PIV.

Isso porque, conforme bem destacado a fls. 1884, o documento em tela trata de documento público assinado e divulgado no final do ano de 2022 pelo órgão de competência nacional ligado à autarquia estadual do DETRAN-SP, sendo inverossímil a alegação de que o documento fora descoberto apenas nas últimas semanas.

No mérito, o recurso voluntário do Detran não comporta provimento e o recurso voluntário dos autores comporta provimento.

De fato, é possível constatar a incompatibilidade da cobrança instituída na Portaria Detran 41/2020 com a Resolução Contran 780/2019.

A Resolução CONTRAN 780/2019, ao dispor sobre o novo sistema de Placas de Identificação Veicular, no que interessa, estabeleceu:

Art. 6º Compete ao DEPARTAMENTO NACIONAL DE TRÂNSITO - DENATRAN:

I - cumprir e fazer cumprir as disposições desta Resolução;

II - credenciar as empresas fabricantes de PIV;

III - disponibilizar acesso às informações dos fabricantes credenciados aos DETRAN;

IV - fiscalizar a regularidade das atividades dos fabricantes de PIV, suas instalações, equipamentos e soluções tecnológicas de controle e gestão do processo produtivo;

V - desenvolver, manter e atualizar o sistema informatizado de emplacamento;

VI - estabelecer os requisitos mínimos do sistema desenvolvido pelo fabricante, bem como os critérios de registro das informações necessárias para o rastreamento do processo de fabricação e estampagem da PIV;

VII - disponibilizar o sistema informatizado de emplacamento para a gestão e controle de distribuição do QR Code e das combinações alfanuméricas, estampagem das PIV e emplacamento;

VIII - aplicar as sanções administrativas aos fabricantes credenciados, registrando e informando em seu sítio eletrônico as sanções aplicadas.

Art. 7º Compete aos DETRAN:

I - cumprir e fazer cumprir as disposições desta Resolução;

II - credenciar as empresas estampadoras de PIV no âmbito de sua circunscrição, utilizando sistema informatizado disponibilizado pelo DENATRAN;

III - fiscalizar a regularidade das atividades dos estampadores de PIV, suas instalações, equipamentos, bem como o controle e gestão do processo produtivo;

IV - aplicar as sanções administrativas aos estampadores credenciados no âmbito de sua circunscrição, registrando e informando em seu sítio eletrônico as sanções aplicadas.

Art. 8º É vedado aos DETRAN estabelecerem a atividade de intermediários na execução das atividades de que trata esta Resolução.

Art. 9º É vedado ao DENATRAN e aos DETRAN:

Acesso ao Sumário

I - credenciar empresa que não possua objeto social para a atividade de fabricação ou estampagem de PIV.

II - estabelecer critérios adicionais aos contidos no Anexo III.

E, no referido Anexo III, constou:

5 Sistemas informatizados:

5.1 Após credenciamento junto ao DENATRAN, o fabricante deverá apresentar sistema informatizado a ser avaliado e homologado pelo DENATRAN, com a finalidade de executar:

a) integração e interoperabilidade com o sistema informatizado de emplacamento;

b) verificação eletrônica da regularidade do número do chassi dos veículos atendidos, em conformidade com os padrões internacionais;

c) controle da rastreabilidade das placas produzidas ou estampadas, de forma a garantir a segurança e prevenção de fraudes;

d) o recebimento do QR Code para implantação nas PIV semiacabadas;

e) vinculação dos caracteres alfanuméricos da PIV estampada ao QR Code;

[...]

5.3 Os estampadores somente poderão atuar na atividade por meio do Sistema informatizado de que trata o item 5.1 devidamente homologado pelo DENATRAN.

5.4 O fabricante não poderá comercializar placas com estampadores que não utilizem seu sistema informatizado para o exercício de suas atividades.

5.5 A fim de viabilizar a troca de informações necessárias à execução da fabricação e estampagem das PIV de que trata esta resolução, o fabricante deverá integrar o seu sistema informatizado com o banco de dados do DENATRAN.

6 Disposições gerais:

6.1 Atendidos os requisitos estabelecidos nesta Resolução, a empresa será credenciada como Fabricante ou Estampadora de Placas de Identificação Veicular.

6.2 O credenciamento da empresa deverá ser formalizado:

6.2.1 No caso de fabricante, mediante Portaria do DENATRAN a ser publicada no Diário Oficial da União;

6.2.2 No caso de estampador, mediante Portaria do DETRAN do respectivo Estado ou Distrito Federal a ser publicada na forma oficial estabelecida pela legislação estadual ou distrital, cuja cópia deve ser enviada ao DENATRAN para fins de controle e habilitação sistêmica.

6.3 O credenciamento equivale ao Termo de Autorização para fins de utilização do sistema informatizado de emplacamento do DENATRAN.

6.4 As empresas fabricantes e estampadoras, devidamente credenciadas, deverão ressarcir os custos inerentes ao uso do Sistema, nos termos do normativo do DENATRAN que disciplina ao acesso aos seus sistemas e subsistemas informatizados.

Por sua vez, a Portaria 41/2020 do DETRAN-SP, ao estabelecer normas

Acesso ao Sumário

pertinentes ao acesso e à transmissão eletrônica de dados destinados ao processamento de autorização e controle da estampagem das placas de identificação veicular a que se refere a Resolução 780/2019 do CONTRAN, pontuou:

Art. 1º As empresas estampadoras de placas de identificação veicular PIV credenciadas perante o Departamento Estadual de Trânsito - DETRAN-SP na forma estabelecida pela Resolução nº 780, de 26 de junho de 2019, do Conselho Nacional de Trânsito - CONTRAN e pela Portaria DETRAN-SP nº 11, de 9 de janeiro de 2020, deverão observar o disposto nesta Portaria para a obtenção de autorização para a estampagem de PIV.

Art. 2º A transmissão de dados relacionados ao pedido de autorização para a estampagem de placas de identificação veicular deverá ser feita exclusivamente por meio eletrônico entre a empresa estampadora credenciada e o DETRAN-SP mediante a utilização do sistema ECRV, que se conectará ao sistema informatizado de emplacamento do DENATRAN.

§ 1º A transmissão de dados deverá ser feita diretamente pela empresa estampadora, utilizando o código de acesso que lhe foi atribuído no ato de credenciamento perante o DETRAN-SP.

[...]

§ 3º A transmissão eletrônica das informações será feita segundo os protocolos, programas e procedimentos definidos pelo DETRAN SP em conjunto com a Companhia de Processamento de Dados do Estado de São Paulo PRODESP.

Art. 3º O DETRAN-SP emitirá, para cada placa a ser estampada, um código chave de acesso específico ao sistema E-CRV.

Art. 4º A empresa credenciada, ao receber do proprietário do veículo, ou de seu representante, o Certificado de Registro e Licenciamento de Veículo CRLV -, ou o Certificado de Registro de Veículo - CRV, deverá solicitar ao DETRAN-SP código chave para a estampagem de cada placa de identificação que foi autorizada pelo DETRAN-SP para o respectivo veículo.

§ 1º Para cada placa, individualmente considerada, será fornecido um código chave específico.

[...]

Art. 5º São obrigações da credenciada:

I - manter o sistema de informática destinado às transações eletrônicas nas condições a que se refere o § 3º do art. 2º desta portaria, mesmo no caso de adaptação da solução a posteriores regulamentações de ordem técnica por parte do DETRAN-SP;

II - manter a integridade dos dados e o sigilo das informações transmitidas;

III - manter o banco de dados do DETRAN-SP atualizado em tempo real com os registros de estampagem e emplacamento;

IV - permitir acesso a sua base de dados pelo DETRAN-SP para consulta e atualização;

V - comunicar à Diretoria Setorial de Veículos do DETRAN-SP, por intermédio do endereço eletrônico gerenciacredveiculos@detran.sp.gov.br, qual-

Acesso ao Sumário

quer ocorrência relacionada a condições inadequadas ou a iminência de fatos que possam prejudicar a perfeita transmissão de informações;

VI - efetuar o pagamento do preço público devido pelo envio e recepção eletrônica do pedido de cada código chave de acesso ao sistema E-CRV, pela comunicação da operação de estampagem e respectivos tratamentos sistêmicos.

[...]

Art. 10 Fica definido em 0,85 UFESP (oitenta e cinco centésimos de Unidade Fiscal do Estado de São Paulo) o valor correspondente à recepção eletrônica, e respectivo tratamento sistêmico, pelo DETRAN-SP do pedido de código chave para a estampagem de cada placa e da correlata comunicação da operação de estampagem e emplacamento.

Como visto, a teor dos artigos 6º a 9º da Res. CONTRAN 780/2019, é do DENATRAN a competência para disponibilização de sistema informatizado de emplacamento para a gestão e controle de distribuição do QR Code e das combinações alfanuméricas, estampagem das PIV e emplacamento (art.6º, VII), e, à luz dos ditames contidos em seu artigo 7º, acima transcritos, não é possível intuir sobre pertinência da instituição, pelo DETRAN-SP, de nova etapa para consulta e distribuição dos códigos necessários para estampagem, levada a efeito, exclusivamente, pelo chamado e-CRV (art. 2º, Portaria DETRAN 41/2020).

Não se reputa correta e legal a atuação do DETRAN-SP, pois, por intermédio da Portaria 41/2020, ao exigir que a transmissão de dados relacionados ao pedido de autorização para a estampagem seja feita exclusivamente por meio eletrônico entre a empresa estampadora credenciada e o DETRAN-SP mediante a utilização do sistema ECRV que se conectará ao sistema informatizado de emplacamento do DENATRAN (art. 1º), atuou à margem do quanto lhe foi autorizado pelo artigo 7º da Resolução CONTRAN 780/2019, e, além, com descabido estabelecimento de atividade intermediária, vedada no artigo 8º da mencionada resolução.

Nesse sentido, veja-se:

Mandado de segurança. Impetrante credenciada como estampadora de Placas de Identificação Veicular. Pleito para ser afastada exigência prevista nos arts. 5º, inc. VI e 10 da Portaria 41/2020 do DETRAN-SP. Estipulação de preço público por envio e recepção eletrônica de códigos-chave pelo Sistema e-CRV. Não se tratando de serviço público especificamente estatal, inexiste vício quanto à fixação de preço público. Incompetência do DETRAN-SP, contudo, para instituição de nova etapa para consulta e distribuição dos códigos necessários para estampagem, levada a efeito, exclusivamente, pelo nominado e-CRV. Competência para desenvolvimento e disponibilização de sistema a esse fim reservada ao DENATRAN, a teor dos ditames contidos nos artigos 6º a 9º da Resolução CONTRAN 780/2019 e seu Anexo III. Exigência descabida. Impertinên-

Acesso ao Sumário

cia, contudo, de restituição das parcelas anteriores à impetração. Enunciados 269 e 271 das Súmulas do E. Supremo Tribunal Federal. Recurso provido em parte.

(TJSP; Apelação Cível 1004303-68.2020.8.26.0445; Relator: Borelli Thomaz; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Público; Foro de Pindamonhangaba - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 09/08/2021; Data de Registro: 09/08/2021)

Assim, é de rigor a reforma em parte da r. sentença para declarar a inexigibilidade da cobrança prevista pelos art. 5º, VI, e 10 da Portaria DETRAN nº 41/2020 e condenar o réu à restituição de todos os valores comprovadamente pagos pelos autores desde sua implementação.

Sobre o valor a repetir, cumpre que se adicione correção monetária, que propriamente nada acrescenta ao capital, apenas preservando o valor da moeda, desde a data de cada pagamento, com índices convergentes ao IPCA-E, de acordo com o decidido pelo Supremo Tribunal Federal nos autos do RE nº 870.947/SE, Tema nº 810. Os juros de mora, por sua vez, contados desde a citação, serão convergentes aos índices aplicados à caderneta de poupança (cf. STF, ADIN 5348, com declaração parcial de inconstitucionalidade). A partir de 09.12.2021, observar-se-á a taxa SELIC, nos termos do art. 3º da Emenda Constitucional nº 113/2021.

Por fim, diante da sucumbência total do réu, este arcará com o pagamento das custas e das despesas processuais, bem como dos honorários advocatícios que, por se tratar de sentença ilíquida, a definição do percentual dos referidos honorários ocorrerá quando a sentença for liquidada, nos termos do artigo 85, § 4º, inciso II, do Código de Processo Civil, devendo observar, ainda, o artigo 85, § 11 do CPC.

Para fins de prequestionamento, consigne-se inexistir ofensa às normas constitucionais e legais mencionadas nas razões e contrarrazões recursais.

Ante o exposto, pelo meu voto, nego provimento ao recurso do réu e dou provimento ao recurso dos autores, nos termos acima.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0041172-88.2009.8.26.0071, da Comarca de Bauru, em que é apelante EMERSON PEREIRA SAES (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado ACUMULADORES AJAX LTDA. (MASSA FALIDA).

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. Sustentou oralmente o Doutor Adilson Elias de Oliveira Sarto-

rello", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 45.931)**

O julgamento teve a participação dos Excelentíssimos Desembargadores MIGUEL PETRONI NETO (Presidente), ROBERTO MAIA e PAULO AYROSA.

São Paulo, 13 de junho de 2024.

MIGUEL PETRONI NETO, Relator

Ementa: Apelação – Ação de Indenização por danos materiais e morais – Imóvel inutilizável em decorrência de contaminação ambiental por chumbo – Sentença anulada por vício – Revisão do quadro probatório com análise dos pedidos feitos na inicial, nos termos do art. 1.013, § 3º, II, do CPC – Imóvel que sofreu severa contaminação – Ressarcimento material pela ré que deverá proceder a recuperação da área, deixando-a em condições de uso e, caso não seja viável ou proveitosa a recuperação, a ré responderá pelo dano ambiental na forma pecuniária – Dano moral devido e fixado em R$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) – Recurso provido.

VOTO

Vistos.

1:- Trata-se de AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS ajuizada por EMERSON PEREIRA SAEZ contra ACUMULADORES AJAX LTDA. alegando ser proprietário de um terreno situado às margens da Rodovia Comandante João Ribeiro de Barros (SP-225), localizado próximo à requerida, que se encontra contaminado por chumbo devido às atividades desta, que não observou as regras ambientais pertinentes, uma vez que se encontra operando no local desde o ano de 1958 sem licença ambiental. Sucede que, em janeiro do ano de 2002, a empresa requerida foi denunciada por poluição ambiental devido à presença de chumbo no ar, na água e no solo, tendo ultrapassado em muito os índices aceitáveis de contaminação em todo o seu entorno, vindo a ser interditada temporariamente pela Companhia de Tecnologia e Saneamento Ambiental CETESB. No início do mês de março do mesmo ano foi ajuizada pelo Instituto Ambiental Vidágua, organização não governamental de Bauru, uma Ação Civil Pública contra a empresa requerida, no bojo da qual foi concedida liminar para suspender as atividades do setor metalúrgico da fábrica, que já havia sido autuada 27 (vinte e sete) vezes pela CETESB. Após o laudo emitido pela Direção Regional de Saúde (DIR - 10), que comprovou a

Acesso ao Sumário

emissão de chumbo e orientou os moradores do bairro a sacrificarem animais que produziam leite e ovos, a não consumirem os produtos hortifrutigranjeiros cultivados no local e a realizarem raspagem no solo e limpeza de caixas d'água, em decisão proferida na aludida Ação Civil Pública, foi a demandada obrigada a custear exames e tratamentos realizados pela saúde pública junto aos contaminados. Alega ainda que, de acordo com documentos fornecidos pela CETESB, a sua área foi a mais atingida pela contaminação, demonstrando que os valores de concentração de chumbo presentes no solo de sua propriedade estavam muito acima do aceitável, levando a requerida a lhe apresentar um plano de remoção de solo superficial, elaborado pela empresa SGW Services Engenharia Ambiental Ltda., cuja raspagem seria realizada até a profundidade de 5 centímetros da superfície. Ocorre que, após a remoção do solo, nada foi feito pela demandada para reabilitar a área contaminada que, através de laudo técnico confeccionado por profissional que contratara, constatou-se que a raspagem do solo se deu numa profundidade média de 25 centímetros e não 5 centímetros, resultando na retirada de toda a camada vegetal do solo, com a execução de curvas de níveis para conter as águas pluviais, sendo que, em junho de 2009, a de número 535 já se encontrava rompida, iniciando-se um processo de erosão na área que vem se agravando cada vez mais, restando dúvida se o procedimento foi ou não efetuado com equipamentos topográficos. Menciona que, no ano de 2005, protocolizou na Prefeitura Municipal de Bauru projeto para loteamento da área em questão, o qual foi indeferido em 07.01.2007 devido à contaminação por metal pesado, ou seja, chumbo, ressaltando a enorme desvalorização ocorrida em área que estava em crescente desenvolvimento e ascensão imobiliária, uma vez que a aludida contaminação foi amplamente divulgada nos principais meios de comunicação do interior e da capital, por ser fato público e notório, tendo em vista que toda a área está inserida no Cadastro Estadual de Áreas Contaminadas da CETESB desde 2002 até hoje, constando também do Relatório de Crimes Ambientais Corporativos no Brasil do "Greenpeace". Daí a razão da presente ação, mediante a qual postula a condenação da requerida a lhe pagar indenização pelos danos materiais e morais que alega ter experimentado. Acostados à petição inicial vieram os documentos de fls. 35/127.

Acesso ao Sumário

Verificou-se a citação da requerida (fls. 132), que, após apresentar os documentos de fls. 134/141, ofertou a contestação de fls. 144/173, sustentando, em resumo e no essencial, o seguinte: I) que, instalada há aproximadamente 30 (trinta) anos no mesmo local, sempre funcionou com autorização dos órgãos competentes e com equipe de profissionais especializados em engenharia mecânica, de segurança, química, bioquímica, medicina, enfermagem e nutricionismo; II) que, com o tempo, aperfeiçoou o processo de reciclagem de baterias e, por consequência, todo o processo produtivo, para atender às exigências legais de não degradação do meio ambiente e não poluição; III) que instalou um setor

de metalurgia e reciclagem de baterias com o escopo de seguir fielmente as normas e metas ambientais a fim de que passasse a reciclar, no mínimo, a mesma quantidade de material produzido, diminuindo, assim, a quantidade de lixo descartado no meio ambiente passível de reaproveitamento no mesmo processo de produção, de acordo com a Resolução 257 do Conselho Nacional do Meio Ambiente - CONAMA; IV) que, visando atingir uma meta cada vez maior, reciclava em seu setor de metalurgia quantidade de baterias acima do volume de vendas praticado no mesmo período; V) que foram edificados 2.459,82 metros quadrados de novas áreas, equipamentos mais modernos foram adquiridos, implementadas melhorias, tudo visando adequar-se às técnicas atuais e menos poluentes; VI) que, do auto de inspeção elaborado pela CETESB em 07.02.2002, verifica-se a implantação de Tubulação de Exaustão de Gases Fugitivos, numa demonstração de que os resíduos gasosos são tratados da forma adequada; VII) que não há como ser responsabilizada pelos danos narrados na petição inicial, tendo em vista tratar-se de uma das maiores e mais bem conceituadas indústrias de baterias e acumuladores elétricos automotivos, pioneira na adoção da prática da reciclagem e constantemente preocupada com a implantação de melhorias em seu setor de metalurgia, dentre elas, um sistema satisfatório de tratamento de resíduos líquidos industriais, inclusive das águas pluviais passíveis de contaminação, sem que sejam lançados em qualquer curso de água, sendo que toda a água utilizada no processo industrial, após receber tratamento, é reaproveitada, ou seja, trabalha-se com a água em circuito fechado, sem descarte de líquidos no meio ambiente; VIII) que todas essas mudanças, que demandam investimentos pesados, foram implementadas após compromisso assumido perante as autoridades competentes e toda a população da região, objetivando não só aumentar a sua produtividade, mas principalmente reduzir qualquer possibilidade de impacto ambiental; IX) que a Companhia de Tecnologia e Saneamento Ambiental - CETESB realiza desde o ano de 1984 constantes fiscalizações preventivas em suas atividades e instalações, atestando que possui todo o aparato necessário ao controle de poluentes; X) que gera cerca de 1.100 (um mil e cem) empregos diretos, além de outros indiretos, provendo o sustento, em números módicos, de, aproximadamente, 4.000 (quatro mil) pessoas; XI) que, diante das melhorias implementadas, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo revogou a liminar concedida no bojo da Ação Civil Pública movida pelo Instituto Ambiental Vidágua, que determinara a sua interdição, uma vez que a própria Secretaria de Estado da Saúde ressaltou, durante reunião realizada com todos os setores interessados, que a aludida ação não poderia estar condicionada às avaliações de exposição e efeitos à saúde dos trabalhadores e moradores do entorno, mas sim à adequação do processo produtivo conforme as exigências técnicas relacionadas pela agência ambiental na ocasião da lavratura do respectivo auto de interdição, informações essas desconhecidas pelo autor, que aceitou como

Acesso ao Sumário

verdade as notícias veiculadas pela imprensa despreparada; XII) que não havia motivo para a interdição levada a efeito, uma vez que foi advertida e multada em alguns casos, porém jamais atingiu a terceira reincidência que permitiria, nos termos do artigo 88 do Decreto nº 8.468/76, a interdição; XIII) que o Instituto Adolfo Lutz, por meio da Divisão de Bromatologia e Química, realizou diversas análises nas amostras de água retiradas do córrego Vargem Limpa, de diferentes locais que abastecem a região dos bairros localizados em seu entorno, e todos os resultados atestaram estar a água satisfatória; XIV) que de acordo com a CETESB, em documentos que contêm valores orientadores da qualidade do solo, este encontrava-se dentro dos valores de referência, que indicam nível de qualidade para um solo considerado limpo e natural, concluindo que não havia necessidade de remoção dos moradores da região, uma vez que o local não apresentava contaminação; XV) que, os hortifrutigranjeiros cultivados nas proximidades, após a análise, apresentaram ao menos uma coleta com níveis satisfatórios, o que demonstra que os alimentos com conclusão insatisfatória têm grande chance de estarem contaminados por diversas outras fontes, como por exemplo, agrotóxicos, adubos, e, no caso do leite, a própria ração animal; XVI) que os animais foram sacrificados precipitadamente, de acordo com o Diretor do Departamento de Saúde Coletiva de Bauru, e enterrados sem a orientação e acompanhamento necessários; XVII) que funcionavam clandestinamente, no mesmo bairro onde se localiza o imóvel do autor, um desmanche e uma fábrica de baterias «ERBAX», onde seu proprietário, Benedito Machado Campos, lavava as baterias e também a área de produção, sem a utilização de quaisquer procedimentos de retenção dos resíduos, desaguando essa água no córrego Vargem Limpa, bem como queimava bateria «a céu aberto», sem qualquer sistema de exaustão; XVIII) que foi coletado sangue de uma criança que reside em uma casa localizada no terreno onde funcionava o desmanche clandestino, cuja análise do grau de plumbemia detectou nível mais alto do que das demais crianças analisadas, levando-a a noticiar o fato ao Ministério Público para as medidas necessárias, uma vez que há fortes indícios de contaminação da área em razão desses procedimentos irregulares, sendo que, recentemente, recebeu a informação de que essa moradia está sendo investigada pela FUNDACENTRO; XIX) que a conclusão a que se chega é a de que, não obstante utilizar-se de chumbo para o desenvolvimento de suas atividades, não há como afirmar, com certeza indiscutível, que apenas o chumbo lançado no meio ambiente pelo seu setor de metalurgia tenha causado os fatos descritos pelo autor na petição inicial; XX) que, antes do início de raspagem do solo no sítio do autor, foi realizado relatório fotográfico que mostrou que já havia degradação da área com erosões, carreamento do solo superficial e ausência de vegetação, também assim que as curvas de nível do local já estavam precisando ser readequadas, sendo que, após o trabalho, as curvas foram restituídas, seguindo as já existentes no

Acesso ao Sumário

local; XXI) que não há que se falar em responsabilidade objetiva, uma vez que não se aplicam aqui as regras de Direito Ambiental, mas sim o Direito Comum; e, XXII) que não há que se falar em inversão do ônus da prova, porquanto não demonstrada a verossimilhança das alegações, bem assim não provou o autor tratar-se de pessoa hipossuficiente. Com a resposta vieram os documentos de fls. 174/198.

Processou-se, em apenso, "Impugnação aos Benefícios da Assistência Judiciária Gratuita", que restou desacolhida.

Outros documentos foram apresentados pela requerida às fls. 207/208.

Réplica às fls. 215/219, instruída com os documentos de fls. 220/224.

Instadas a especificarem provas, manifestaram-se as partes às fls. 236/237 e 239, respectivamente.

Realizada audiência preliminar, com a juntada do documento de fls. 243, pela requerida, restou infrutífera eventual solução conciliatória para a demanda, nela tendo sido o processo saneado, ficando deferida a produção de provas documental, pericial e oral (fls. 242).

Vieram para os autos os ofícios de fls. 254 e 1066/1067, o primeiro acompanhado pelos documentos de fls. 255/399, 403/599, 603/799, 803/1000 e 1004/1064.

Mais documentos foram apresentados pela requerida às fls. 1073/1200 e 1204/1269.

Sobreveio o ofício de fls. 1282/1283, instruído com os documentos de fls. 1284/1300.

Vieram também para os autos os ofícios de fls. 1318, 1358, 1365/1366, 1378, 1380 e 1415.

Por força da decisão de fls. 1425, foi determinada a retificação do polo passivo para acrescentar à denominação da requerida, a expressão "EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL".

Ainda assim, o Ministério Público declinou de se manifestar nos autos (fls. 1432/1438).

Outros documentos foram apresentados pela requerida às fls. 1452/1484.

Por força da decisão de fls. 1485, foi determinada novamente a retificação do polo passivo, devido à falência da requerida, com a exclusão da expressão "EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL" e a inclusão de "MASSA FALIDA".

Vieram para os autos os ofícios de fls. 1488 e 1500.

Mais um documento foi apresentado pelo autor às fls. 1507.

Sobreveio o ofício de fls. 1513, acompanhado pelos documentos de fls. 1514/1525.

Outro documento foi apresentado pelo autor às fls. 1529. Vieram para os autos os ofícios de fls. 1536 e 1546.

Veio para os autos o laudo pericial de fls. 1560/1570, instruído com os

Acesso ao Sumário

documentos de fls. 1571/1572, seguindo-se manifestação do autor às fls. 1578, tendo a requerida se quedado silente (cf. certidão de fls. 1579).

A r. sentença de fls. 1648/1672 julgou PROCEDENTES os pedidos para condenar a requerida a pagar ao autor as seguintes verbas: I) R$ 6.800.000,00 (seis milhões e oitocentos mil reais), a título de indenização por danos materiais, com atualização monetária pelos índices oficiais a partir da data da respectiva apuração (17.08.2020 – fls.1640), sem prejuízo dos juros moratórios à taxa legal de 1% (um por cento)ao mês, estes a contar da citação (17.11.2009 – fls. 132), expedindo-se, após a comprovação do pagamento, com a dedução de eventuais débitos provenientes de tributos e/ou taxas incidentes sobre o imóvel, carta de adjudicação em favor da requerida, a fim de que passe esta a exercer, em relação ao citado bem, o domínio e a posse plenos e exclusivos; e, II) R$ 30.000,00 (trinta mil reais), à guisa de indenização por danos morais, importância essa a ser atualizada pelos índices oficiais de correção monetária a partir da data da sentença (Súmula nº 362 do STJ), sem prejuízo dos juros moratórios à taxa legal de 1% (um por cento) ao mês, estes também a contar da citação. Em razão da sucumbência, a requerida foi condenada a responder pelas custas judiciais, despesas processuais – inclusive honorários periciais, mediante restituição em favor do Fundo de Assistência Judiciária, gerido pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, aprovisionados às fls. 1546 – e verba de patrocínio, esta fixada, nos termos do artigo 85, § 2º, do Código de Processo Civil, em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

Embargos de declaração opostos por Emerson Pereira Saez (fls. 1675/1679) desacolhidos pela r. decisão de fls. 1680/1681.

O autor Emerson Pereira Saez interpôs recurso de apelação (fls. 1684/1704), com pedido de reconhecimento de nulidade da sentença por julgamento *extra petita*, na medida em que não houve pedido de adjudicação do bem. Argumenta a respeito do descabimento da adjudicação do bem no presente feito, na medida em que o apelante não é devedor da apelada, mas sofreu danos em razão da inutilização/desvalorização de seu imóvel que merecem ser indenizados. Requer o provimento do recurso para que seja realizado novo julgamento quanto ao pleito de indenização por dano material, a fim de manter o valor de mercado do bem, em R$ 6.800.000,00. Subsidiariamente, requer seja proferido novo julgamento, com redução da indenização e sem a adjudicação do bem ou com a exclusão do dano material, mantendo a propriedade do bem em suas mãos, com a fixação do dano moral em R$ 6.800.000,00.

Recurso processado e sem resposta (fls. 1707).

O recurso foi inicialmente distribuído à Exma. Desembargadora Berenice Marcondes Cesar, integrante da 28ª Câmara de Direito Privado, que dele não conheceu e determinou a remessa a uma das Câmaras Reservadas ao Meio Ambiente (fls. 1717/1720).

Acesso ao Sumário

É o relatório.

2:- O autor pediu na inicial ressarcimento por danos morais a ser arbitrado pelo Juízo.

A título de danos materiais pediu ressarcimento pelos danos causados pela contaminação da propriedade. Pediu ainda a recomposição pelos danos causados pela raspagem do solo, que acarretou a retirada da camada vegetal, deixando o solo desprotegido, com a formação de erosões e a fertilidade prejudicada. Por fim requereu ressarcimento pela inutilidade da propriedade em decorrência dos danos ambientais que o impediram empreender em loteamento, tudo sem prejuízo da desvalorização do imóvel no mercado imobiliário. Em outro tópico, pediu a reparação dos danos com a reconstituição do meio ambiente na área, de forma mais aproximada do estado anterior ao da contaminação.

No tocante a responsabilidade da ré, não restou dúvida pelos documentos juntados pelos laudos que vieram aos autos e pelos depoimentos de testemunhas, que efetivamente ocorreu a contaminação do solo na propriedade do autor, causada pela atividade da ré na fabricação de produtos, agentes poluentes, sendo certo o nexo de causalidade.

Inegável portanto que não se discute mais a responsabilidade da ré.

A sentença bem elaborada, fazendo referência a laudos e a testemunhos, concluiu pela responsabilização da ré.

Ao ingressar no tema das verbas indenizatórias, a sentença desde logo registrou que não seria cabível condenar a ré a proceder às reparações necessárias para a reconstituição do meio ambiente na propriedade do autor, uma vez que essa condenação não se revelava mais factível, até por conta da falência da ré.

A decisão, então, questionou o cabimento dos pedidos por danos materiais e o dano moral e concluiu que embora os pedidos tenham sido feitos com 3 itens, caberia apenas a indenização mais abrangente elencada no item 3, de folhas 32, uma vez que em decorrência dos danos ambientais provocados a área está inutilizável.

Com essa ressalva que serviu de fundamentação, a decisão entendeu por condenar a ré a pagar indenização por danos materiais no valor de R$ 6.800.000,00, como se a área não estivesse contaminada e também estivesse liberada pelos órgãos públicos. Todavia entendeu que o autor não poderia permanecer com a propriedade do imóvel sob pena de enriquecimento sem causa e decidiu que a ré terá direito a adjudicação do imóvel livre de eventuais débitos provenientes de tributos e ou taxas passando a exercer o domínio e a posse plenos e exclusivos.

Com relação ao dano moral reconheceu o seu cabimento e fixou o valor de R$ 30.000,00 (trinta mil reais).

No apelo o autor sustenta que a decisão é *extra petita* e propõe seja o valor do imóvel admitido como dano material, ficando sem eficácia a determi-

Acesso ao Sumário

nação de adjudicação.

Subsidiariamente pediu caso não acolhido esse pedido, que o valor seja revertido para o dano moral, sem direito ao dano material.

A sentença realmente tem expressão *extra petita* e também pode ser considerada como *ultra petita*, uma vez que concedeu além do pedido e em valores não mensurados pelo autor.

Nada obstante a decisão não atender aos pedidos, não há como negar que o que propõe o autor também não condiz com seus pedidos.

A decisão, como é sabido e o próprio autor usa esse argumento, deve se ater ao que foi pedido e dentro de seus limites.

Mas inicialmente é preciso registrar que o recurso comporta provimento para anular a decisão pelos vícios a ele inerentes. Desde logo já cabe novo julgamento, com ressalvas e observações.

Realmente a decisão não poderia ter concedido adjudicação, uma vez em que em nenhum momento dos autos esse pedido foi feito e vem até de forma surpresa. A condenação deve se ater ao que exatamente pediu o autor com relação ao dano material e seus limites e no tocante ao dano moral, cujo valor não foi mensurado na inicial.

A sentença é, assim, anulada por vício.

Sendo nula a decisão, nada impede que seja revisto o quadro probatório e se atenda, no que couber, aos pedidos feitos na inicial com fundamento no art. 1.013, § 3º, II, do Código de Processo Civil.

Os pedidos feitos na inicial levam em consideração a contaminação e a degradação da área, bem como a impossibilidade de sua recuperação.

O autor formulou os seguintes pedidos:

A título de dano material, o ressarcimento dos danos ambientais pela contaminação na área; o ressarcimento dos danos causados pela raspagem do solo, que acarretou a retirada da camada vegetal, deixando o solo desprotegido com a formação de erosões e a sua fertilidade prejudicada; o ressarcimento dos danos pela inutilização da propriedade devido aos danos que impedem o autor de conseguir o parcelamento do solo e a formação de um loteamento tudo sem prejuízo da desvalorização perante o mercado imobiliário.

Em outro tópico o autor pede as reparações para a reconstituição do meio ambiente mais aproximado possível do estado anterior à contaminação e o pagamento por dano moral.

Esses são os pedidos.

Pelo que se observa dos pedidos, eles na verdade são da mesma natureza e na mesma razão de grandeza, somente sendo usado uma dialética para amplificar o que seria o dano, ramificando em detalhes o que não vai além do dano ambiental causado pela contaminação do solo. Nada além disso, afora o dano moral.

Pois bem. A reparação de danos em matéria ambiental é relativamente nova nos meios jurídicos. Não se tem parâmetros para mensurar o valor do dano.

O imóvel, segundo ficou apurado, sofreu severa contaminação. Partindo da premissa de que existe a contaminação e a restrição ao uso e a desvalorização, a reparação deve ficar primeiro para condenar a ré a dar início ao procedimento de descontaminação do solo (porque isso é viável) no prazo de 03 meses contados do trânsito em julgado, com multa pelo descumprimento, fixada por dia de atraso, em R$ 500,00 (quinhentos reais) até o limite de R$ 100.000,00 (cem mil reais). O prazo de conclusão e a técnica a ser utilizada será determinada pelo órgão ambiental, o qual deve ser cientificado desta decisão para a devida e necessária colaboração ao desfecho da ação. Recomposta a área e estando em condições de utilização, esgota-se o ressarcimento material, só restando o dano moral.

Todavia, caso não seja viável ou mesmo ao final do procedimento, proveitosa a recuperação, a ré responderá pelo dano ambiental na forma pecuniária, correspondente ao valor da desvalorização do imóvel, ou seja, apura-se o valor da área sem contaminação e com a contaminação e a ré responde pela diferença.

Assim decidindo, atende-se aos pedidos de ressarcimento por dano material, sem vício de julgamento *extra petita* ou *ultra petita*, porque diante dos pedidos feitos pelo autor não há outra forma de decidir.

Quanto ao dano moral, ele realmente é devido embora seja sabido que a imputação de responsabilidade por dano moral, mesmo que no plano coletivo, pressupõe a demonstração do efetivo agravo aos atributos imateriais da personalidade.

Não havendo a comprovação de que o dano ambiental causado tenha atingido essa esfera íntima da sociedade, não sendo possível simplesmente deduzir a ocorrência de dano moral.

No caso, considerando os danos causados a sua extensão e de todas as demais circunstâncias que constam dos autos sobre o declínio econômico da propriedade, é razoável que a indenização por dano moral seja fixada em R$ 500.000,00 (quinhentos mil reais).

Assim decidindo, atende-se ao que foi pedido pelo autor, com as peculiaridades que surgiram no decurso da ação e que impedem a extensão dos danos na forma como foi requerido, afastando-se a decisão que foi *extra petita* e afastando-se também as propostas ofertadas no apelo, que realmente também não estão em harmonia com o que foi pedido na inicial. Cabe registrar, ainda, o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça acerca da motivação que aplica o princípio, de cunho processual, do livre convencimento motivado ou da persuasão racional, que **garante ao Juiz decidir de acordo com a convicção formada pela análise do conjunto probatório, não sendo vinculado a nenhum tipo de prova ou argumentação**. (AgInt no AGRAVO EM RECURSO

Acesso ao Sumário

ESPECIAL Nº 1558292 - PE (2019/0229729-2) RELATOR: MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO).

A verba honorária em decorrência do que é concedido no apelo fica fixada em 10% sobre o valor total da condenação, já abrangendo nesse montante os honorários recursais. Como a sentença foi anulada, não prevalece o que nela foi decidido, não estando esta decisão vinculada a verba honorária fixada.

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação Cível nº 1043387-83.2023.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante C. E. G. B., é apelado F. P. DO E. DE S. P.

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 21.421)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO GALIZIA (Presidente), ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ e JOSÉ EDUARDO MARCONDES MACHADO.

São Paulo, 17 de junho de 2024.

PAULO GALIZIA, Relator

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ANULATÓRIA DE ATO ADMINISTRATIVO C/C REINTEGRAÇÃO DE CARGO. OFICIAL DE JUSTIÇA. Pretensão de nulidade do ato de demissão com a reintegração no cargo e condenação da ré ao pagamento de todos os valores vencidos e vincendos. Prescrição reconhecida. Admissibilidade. Sentença criminal transitada em julgado em 27/04/2018 e ação anulatória proposta em 11/07/2023. Ausência de comprovação da alegada incapacidade civil. Laudo pericial concluiu que o autor era portador de transtorno afetivo bipolar com episódios psicóticos e sinais persecutórios (CID F31), assemelhando-se à doença mental. Estatuto da Pessoa com Deficiência modificou o Código Civil, prevendo que pessoas com enfermidade ou deficiência mental, sem o necessário discernimento para a prática de atos da vida civil, serão considera-

Acesso ao Sumário

das relativamente incapazes. Prescrição corre contra o relativamente incapaz. Suspensão do prazo durante o período de pandemia só pode ser concedido em caso específico. Autor não comprovou força maior relevante para que a prescrição fosse suspensa. Sentença que reconheceu a prescrição mantida. RECURSO NÃO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de **fls. 144/153** que julgou procedente "o pedido inicial para: 1. anular o ato administrativo que aplicou a pena de demissão ao autor; 2. determinar a reintegração do autor ao cargo ocupado anteriormente; 3. ante à alegação de que o autor sofre de doença mental, determinar a realização de perícia médica a fim de constatar a necessidade de readaptação; e, 4. condenar a requerida ao pagamento das remunerações que deixou de receber em razão da demissão, respeitada a prescrição quinquenal, a ser apurado em liquidação de sentença", além do pagamento das custas, despesa processuais e honorários advocatícios fixados no mínimo legal sobre o valor da condenação, nos termos do art. 85, § 3º do Código de Processo Civil.

A Fazenda Pública opôs embargos de declaração, e o juiz *a quo* os acolheu, reconhecendo que o direito do autor estava fulminado pela prescrição. Por conseguinte, modificou a sentença para julgá-la extinta com base no artigo 487, inciso II, do Código de Processo Civil, e inverteu o ônus de sucumbência (fls. 163/165).

Inconformado, o autor interpõe apelação, alegando que o laudo pericial, o qual lhe conferiu a condição de incapacidade absoluta devido ao acometimento de doença mental grave, foi emitido em 14/01/2019. Argumenta que o juiz de primeira instância modificou o julgado da demanda sem considerar a hipótese de suspensão do prazo prescricional devido à referida doença mental, que torna o apelante absolutamente incapaz.

Afirma que a suspensão da prescrição teve início na data de expedição do laudo médico produzido pelo IMESC, o qual atestou a incapacidade absoluta desde 04/08/2017, retroativamente. Além disso, destaca que a Lei nº 14.010/2020 determinou a suspensão de todos os prazos prescricionais em regime jurídico emergencial durante a pandemia do coronavírus, resultando em uma suspensão de 04 meses e 19 dias. Isso, segundo ele, demonstra a tempestividade do seu direito.

Pleiteia o provimento do recurso para que seja afastada a prescrição reconhecida em primeiro grau e, no mérito, a manutenção da r. sentença que julgou procedente o pedido (fls. 172/186).

Acesso ao Sumário

Recurso tempestivo.

Contrarrazões (fls. 190/205).

Há oposição ao julgamento virtual (fls. 215).

É O RELATÓRIO.

Trata-se de ação anulatória de ato administrativo c/c reintegração de cargo ajuizada por C.E.G.B. contra a Fazenda Pública do Estado de São Paulo na qual alega, em síntese, que exerceu o cargo de Oficial de Justiça e durante o seu trabalho carregava consigo duas armas de pressão e uma mira laser com lanterna; além de utilizar de fita adesiva preta para alterar a numeração da placa de seu veículo a fim de burlar o rodízio.

Afirma que, ao ser abordado pela polícia, pensou tratar-se de uma infração administrativa e removeu as fitas. No entanto, foi processado criminalmente pelos crimes previstos nos artigos 311 e 347 do Código Penal, além do artigo 16, *caput*, da Lei nº 10.826/03. Destaca que em 04 de agosto de 2015 foi instaurado procedimento administrativo preliminar visando sua demissão (Processo nº 2017/00163696).

Relata ter sido condenado à pena de demissão com base no artigo 256, inciso II, da Lei Estadual nº 10.261/68, e que a decisão administrativa transitou em julgado em 22/02/2018. Menciona ainda que na Ação Penal nº 0040567-98.2015.8.26.0050, tramitando na 22ª Vara Criminal da Barra Funda, foi absolvido por atipicidade da adulteração de sinal identificador e ausência de comprovação da potencialidade lesiva da mira em 02/02/2018.

Informa ter sofrido, durante suas atividades de Oficial de Justiça, crimes como cárcere privado na favela Paraisópolis (02/02/2015), roubo a mão armada de seu carro e pertences (03/04/2015), novo cárcere privado (21/09/2015) e tentativa de homicídio (02/06/2017), resultando em tratamento psiquiátrico desde 2014.

Alega ter requerido um incidente de insanidade mental no processo nº 0006757-55-2017-8-26-0635, na 26ª Vara Criminal da Comarca de São Paulo, sendo absolvido de forma imprópria, pois o laudo pericial do IMESC constatou sua inimputabilidade para os delitos praticados. Acrescenta que formulou pedidos de reconsideração em PADM em 04/04/2018 e 31/10/2019, ambos julgados improcedentes.

Diante do exposto, pleiteou tutela de urgência para sua reintegração imediata e, ao final, a procedência da ação para anulação do ato administrativo de demissão, reintegração ao cargo e pagamento das remunerações deixadas de receber desde o rompimento do vínculo funcional.

A sentença proferida às fls. 144/153 julgou procedente o pedido do autor; no entanto, em sede de embargos de declaração, reconheceu-se a prescrição do pedido, contra a qual o apelante se insurgiu.

Pois bem.

Acesso ao Sumário

A Fazenda Pública sustenta, em seus embargos de declaração, que o pleito do autor está prescrito, uma vez que transcorreu mais de cinco anos desde o trânsito em julgado do processo administrativo até o ajuizamento da presente ação (fls. 157/158).

E, de fato, a Fazenda Pública está correta, porém com algumas observações.

Em regra, o prazo prescricional, no âmbito administrativo, tem início a partir do ato de demissão do servidor público.

No entanto, se o servidor é acusado de cometer um crime, o início da prescrição ocorre somente após o trânsito em julgado da sentença criminal. A justificativa é simples: pode ocorrer uma condenação, na qual a decisão criminal tem efeito vinculativo no aspecto cível e administrativo, resultando na demissão sem a necessidade de instauração de um procedimento disciplinar ou julgamento pela autoridade administrativa, considerando que a sanção administrativa é menos rigorosa que a penal.

Caso ocorra a absolvição, essa situação também pode ou não ter reflexos no âmbito administrativo, conforme previsto no artigo 138, § 3º, da Constituição do Estado.

Assim, devido à primazia da decisão na esfera criminal, a prescrição é determinada pela estabilização dessa sentença, tornando-se imutável.

In casu, a sentença criminal julgou procedente o pedido para absolver o apelante da acusação de prática dos delitos descritos nos art. 311, e art. 347, § único, ambos do Código Penal, com suporte no disposto no art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal e condenar o réu C.E.G.B. ao cumprimento de pena privativa de liberdade de três anos de reclusão, no regime aberto, e ao pagamento de multa em valor equivalente a dez dias multa, fixados estes em seu valor unitário mínimo, por infringência ao disposto no art. 16, *caput*, da Lei Federal nº10.826/03, foi proferida em 29/10/2015.

Da sentença, o autor interpôs recurso e o v. acórdão foi proferido em 02/02/2018, **com decisão transitada em julgado em 27/04/2018** excluindo a condenação do art. 16, *caput*, da Lei Federal nº10.826/03. (fls. 45/52), marcando o início do período prescricional.

Em 14/01/2019, o autor alega que dirigiu um veículo sob a influência de álcool e se opôs à execução de um ato legal, sendo denunciado pelos crimes estabelecidos nos artigos 306 da Lei 9.503/97 e 329 e 331 do Código Penal. O autor foi submetido a uma avaliação médica legal nos autos de incidente de insanidade mental (fls. 71/73).

O médico perito concluiu que o autor "apresenta alterações psíquicas, com sinais, história e sintomas compatíveis com uma doença mental alienante: transtorno afetivo bipolar com episódios psicóticos e sinais persecutórios (CID – F31) e, do ponto de vista médico-legal, se **assemelha a uma doença mental**

Acesso ao Sumário

(...) consideramos o autor inimputável pelos delitos descritos na denúncia" (fls. 72 – gn).

Baseando-se no laudo pericial, o juiz criminal considerou improcedente a ação penal e absolveu impropriamente o autor dos delitos de dirigir sob a influência de álcool e de resistir à execução de um ato legal, impondo-lhe, de acordo com o artigo 386, inciso VI, § único, do Código de Processo Penal, medida de segurança e tratamento ambulatorial por dois anos (fls. 74/78).

Em 21/09/2022, segundo um laudo emitido pelo IMESC, o autor foi diagnosticado com um quadro compatível com transtorno bipolar, mas com remissão (CID-10 – F31.7), com apoio social e familiar e baixa probabilidade de reincidência em comportamento violento (fls. 81/86).

Portanto, é perceptível que durante o período de 14/01/2019 (fls.73) a 21/09/2022 (fls.81), o autor apresentava um quadro clínico que se assemelhava a uma doença mental, sendo considerado inimputável na esfera penal e, consequentemente, relativamente incapaz para sua vida civil, e não absolutamente incapaz, como alegado em apelação.

É relevante ressaltar que antes da promulgação do Estatuto da Pessoa com Deficiência, o Código Civil estabelecia que indivíduos com enfermidade ou deficiência mental, desprovidos do necessário discernimento para realizar atos da vida civil, eram classificados como absolutamente incapazes.

No entanto, com a entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência, o Código Civil foi modificado para determinar que apenas os menores de 16 anos são categorizados como absolutamente incapazes:

> Art. 3 - São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos. (**Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015**)

Atualmente, de acordo com o Código Civil (art. 4º, III), os indivíduos com enfermidade ou deficiência mental são considerados relativamente incapazes, e o prazo prescricional corre normalmente.

Dessa forma, sem qualquer evidência de incapacidade absoluta que pudesse suspender a contagem do prazo prescricional, este transcorreu normalmente em relação ao autor.

Acesso ao Sumário

Nota-se, portanto, que o direito de ação está irremediavelmente prescrito, uma vez que a presente ação foi ajuizada em 11 de julho de 2023, após o término do prazo quinquenal (fls. 01).

Nesse sentido, este tribunal já decidiu:

> APELAÇÃO CÍVEL – PRESCRIÇÃO – Ação anulatória de pedido de exoneração – Ex-policial militar que pediu exoneração do cargo em 20.05.1994 – Pretensão de nulidade do referido ato, visto que se encontrava mentalmente perturbado, não possuindo discernimento suficiente no momento de sua prática (incapacidade civil), com a reintegração no

cargo e condenação da ré ao pagamento de todos os valores vencidos e vincendos – Ação julgada prescrita – Admissibilidade – Exoneração com efeitos retroativos a 20.05.1994 – Ação proposta apenas em 2014 – Não comprovação da alegada incapacidade civil, o que suspenderia a contagem do lapso prescricional – Aplicação da regra do Decreto n. 20.910/32 c.c. art. 178, § 10, VI, do CC/16 e não do art. 177, do CC/1.916, ante o princípio da especialidade – Precedente – Recurso desprovido – Sentença mantida. (TJSP; Apelação Cível 1020193-69.2014.8.26.0053; Relatora: Silvia Meirelles; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 10ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 21/02/2024; Data de Registro: 21/02/2024)

Além disso, é importante salientar que a Lei nº 14010/20, em vigor desde 10 de junho de 2020, estabeleceu no artigo 3º que "os prazos prescricionais se consideram impedidos ou suspensos, **conforme o caso**, a partir da entrada em vigor desta Lei até 30 de outubro de 2020", em razão da pandemia da COVID-19.

Observa-se que a lei determina que os casos devem ser analisados individualmente e que somente por motivo de força maior comprovado os prazos processuais seriam suspensos. No caso em questão, não foi demonstrado qualquer motivo de força maior para a suspensão do prazo prescricional, seja porque o autor não justificou o impedimento para iniciar a ação, seja porque só ajuizou a ação após três anos do período de pandemia.

Portanto, sob qualquer ângulo que se analise a questão controversa, a manutenção da sentença proferida é uma medida que se impõe.

Por fim, para facultar eventual acesso às vias especial e extraordinária, considera-se prequestionada toda a matéria, pois "*para que se tenha por configurado o pressuposto do prequestionamento, é bastante que o tribunal de origem haja debatido e decidido a questão federal controvertida, não se exigindo expressa menção ao dispositivo legal pretensamente violado no especial*" (**RSTJ 157/31, 148/247, RT 659/192, entre dezenas de outras**).

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1052036-19.2021.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que é apelante TGSP EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA., é apelado MUNICÍPIO DE CAMPINAS.

ACORDAM, em 18ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Após sustentação oral da Dra. Fer-

Acesso ao Sumário

nanda Bezerra de Oliveira, OAB/RJ 215.470, deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.439)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI (Presidente) e MARCELO L THEODÓSIO.

São Paulo, 20 de junho de 2024.

RICARDO CHIMENTI, Relator

Ementa: Apelação. Ação Anulatória. IPTU do exercício de 2021. Município de Campinas. Sentença que julgou parcialmente procedentes os pedidos. Pretensão à reforma. Acolhimento em pequena parte. Controvérsia a respeito do fato gerador do imposto predial no âmbito de operação de incorporação imobiliária. Entendimento consolidado desta C. Câmara, e adotado nas leis de diversas municipalidades, no sentido de que a construção pode ser tida por concluída na data em que o término da obra é declarado pelo contribuinte. Irrelevância, a princípio, da data de expedição do "habite-se", ato administrativo de escopo diverso. Apelante que, no entanto, alega que há tratamento diferente da questão no âmbito de Campinas. Inocorrência. Disciplina contida no art. 21 e parágrafos da Lei municipal nº 11.111/2001 que versa sobre a constituição do crédito tributário, e não a respeito da data de ocorrência do fato gerador. Possibilidade de lançamento do IPTU sobre as unidades autônomas quanto ao período anterior à especificação das frações ideais na matrícula originária, ainda que a constituição dos créditos ocorra após tal providência. Inteligência do art. 44 da Lei nº 4.591/64. Sentença mantida nesse ponto. Pleito subsidiário de abatimento de cobranças em duplicidade que deve ser acolhido. Aplicação do Decreto municipal nº 19.723/2017. Manutenção, por outro lado, do reconhecimento da sucumbência mínima do ente municipal. Sentença parcialmente reformada. Recurso parcialmente provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

I – Relatório

Trata-se de recurso de apelação interposto por **Tgsp Empreendimentos**

Imobiliários Ltda. em face da r. sentença de p. 910/915, que julgou parcialmente procedentes os pedidos na ação ordinária ajuizada contra o **Município de Campinas**, consignando ser possível a cobrança de IPTU após a conclusão das obras, ainda que não expedido o "habite-se", mas reconhecendo em pequena parte o requerimento de compensação referente a quantias pagas em duplicidade. Condenou a autora a arcar com os ônus sucumbenciais, ante a sucumbência mínima do ente municipal, fixando a verba honorária em 10% do valor atualizado da causa.

Em suas razões de apelação, a apelante sustenta, em síntese, que (i) é ilícita a cobrança do imposto predial e da taxa de lixo das unidades autônomas antes da expedição do Certificado de Conclusão da Obra, em 30/06/2021, devendo haver a repetição do tributo recolhido quanto ao período anterior; (ii) quanto ao IPTU cobrado das unidades autônomas no período de julho a outubro de 2021, deve haver o abatimento do imposto pago pela inscrição centralizada até a abertura dos novos códigos cartográficos, evitando a necessidade de repetição de indébito; (iii) subsidiariamente, aponta que seu grau de êxito na r. sentença é suficiente para reconhecer a sucumbência recíproca, e não mínima, como feito pelo d. Juízo *a quo*. Requer, ainda, a concessão de efeito suspensivo ao recurso. (p. 978/1.003)

Não foram apresentadas contrarrazões (p. 1.019).

II – Fundamentação

O recurso, tempestivo e preparado, comporta provimento parcial.

Inicialmente, aponte-se que o pedido de efeito suspensivo foi rejeitado no âmbito de petição do art. 1.012 do CPC (incidente nº 2317734-51.2023.8.26.0000), afastando a necessidade de nova análise quanto à questão.

O caso envolve a cobrança de IPTU sobre o imóvel matriculado sob o nº 152.040 no 2º CRI de Campinas (p. 39/61), o qual foi objeto de incorporação imobiliária registrada em 12/02/2020 (Av. 01, p. 41).

Observa-se que a autora-apelante informou o Município sobre a conclusão da obra em 16/11/2020, data em que foi solicitada a expedição do Certificado de Conclusão de Obra – CCO (p. 651); no entanto, o documento só foi expedido em 30/06/2021 (p. 73).

O cerne da controvérsia reside na relevância dessas datas para o fato imponível do IPTU, tendo em vista que o Município realizou lançamentos envolvendo a integralidade do exercício de 2021 (p. 62/72), mas a empresa considera que o imposto predial só poderia ter sido cobrado quanto ao lustro posterior ao "habite-se".

Pois bem.

Dispõe o art. 32 do Código Tributário Nacional:

Art. 32. O imposto, de competência dos Municípios, sobre a propriedade predial e territorial urbana tem como fato gerador a proprie-

Acesso ao Sumário

dade, o domínio útil ou a posse de bem imóvel por natureza ou por acessão física, como definido na lei civil, localizado na zona urbana do Município.

Para além da definição do fato gerador, o CTN não traz disciplina específica sobre os limites entre o imposto territorial e o predial; assim, há um espaço legislativo municipal relativamente amplo quanto ao tema – ressalvada a impossibilidade de subverter os conceitos e formas de direito privado, nos termos do art. 110 do Código.

Em geral, os entes municipais, capitaneados pela capital paulista, estipulam em sua legislação que a data de conclusão da obra delimita o início do imposto predial, atestando a existência de uma edificação.

Esse entendimento também é acolhido de forma uníssona pela jurisprudência na interpretação de leis locais ou integração de lacunas, nos casos em que não há previsão específica.

A maioria dos casos sobre o assunto julgados neste E. TJSP envolve o Município de São Paulo, cuja legislação define a ocorrência do imposto predial a partir da "*instituição de condomínio edilício em planos horizontais ou verticais*" (art. 2º, § 1º, II, "c" da Lei municipal nº 6.989/66), a qual, por sua vez, é aferida a partir da data de conclusão da obra, cujos parâmetros estão disciplinados no art. 9º da Lei municipal nº 15.406/2011 – prevalecendo, como regra geral, a data informada pelo contribuinte na declaração de conclusão da obra ("DTCO").

Nesse sentido:

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO PREDIAL. DECISÃO QUE INDEFERIU TUTELA DE URGÊNCIA EM AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. LANÇAMENTO COMPLEMENTAR DERIVADO DA CONCLUSÃO DE OBRA. LEGISLAÇÃO MUNICIPAL QUE PREVÊ A OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR DO IMPOSTO NO PRIMEIRO DIA DO MÊS SEGUINTE AO DA CONCLUSÃO DA OBRA, FINALIZADA ESTA NA DATA INFORMADA NA "DTCO". COBRANÇA DO TRIBUTO QUE INDEPENDE DA EXPEDIÇÃO DE "HABITE-SE". PRECEDENTES DESTE TRIBUNAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO.

(TJSP; Agravo de Instrumento 2122044-84.2023.8.26.0000; Relator: Botto Muscari; Órgão Julgador: 18ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 15ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 16/08/2023; Data de Registro: 16/08/2023).

APELAÇÃO CÍVEL – Ação anulatória de débito fiscal – São Paulo – IPTU complementar dos meses de maio a agosto de 2020 – Sentença que julgou improcedente a ação – Lançamento complementar do IPTU – Lei Municipal nº. 6.989/66 com redação dada pelos artigos 7º da Lei nº. 15.406/2011 – Possibilidade – Fato gerador do tributo configura-se com a conclusão da obra que ocorreu em abril de 2020, mediante entrega do DTCO (Declaração Tributária de Conclusão de

Acesso ao Sumário

Obra) — Ausência de relação entre o fato gerador e o "habite-se", o qual decorre do exercício de poder de polícia, relacionando-se tão somente a realidade fática do imóvel — Incidência dos artigos 145, inciso III e 149, inciso VIII, do Código Tributário Nacional – Precedentes desta Corte — Sentença mantida – RECURSO NÃO PROVIDO.

(TJSP; Apelação Cível 1058239-49.2022.8.26.0053; Relatora: Tania Ahualli; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 6ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 29/06/2023; Data de Registro: 29/06/2023)

Conclui-se, portanto, que no âmbito do Município de São Paulo, e nos demais que possuem regulamentação semelhante, a data de expedição do "habite- se" é irrelevante para a definição do início da cobrança do imposto predial, com direcionamento às unidades autônomas em se tratando de incorporação imobiliária.

O cerne da controvérsia, no entanto, reside na alegação de que o Município de Campinas teria disciplinado a matéria de forma diversa, justificando tratamento distinto ao caso concreto.

Consta na Lei municipal nº 11.111/2001:

Art. 15. Considera-se imóvel territorial, para os efeitos do imposto, o solo, sem benfeitoria ou edificação, assim também entendido o terreno que contenha:

[...]

III - obra paralisada ou em andamento, não enquadrável à definição do imóvel predial;

[...]

Art. 17. Imóvel predial, para os efeitos do imposto, é o terreno com as respectivas edificações, permanentemente incorporadas ao solo, ainda que parcialmente construídas, destinadas à habitação, ao recreio, ao lazer ou ao exercício de qualquer atividade profissional ou de natureza mercantil, ou, ainda, à funcionalidade arquitetônica.

§ 1º A incidência do imposto independe da aparência ou do uso da edificação, bem como do cumprimento de quaisquer exigências legais e regulamentares, relativamente às obras e construções.

Esses dispositivos não trazem uma definição muito clara entre as modalidades do IPTU, já que uma "obra em andamento" poderia também ser definida como uma "edificação parcialmente construída". Além disso, não há previsão específica sobre a data de conclusão da obra.

Como visto, a ausência de regramento específico na lei municipal atrai a regra geral de que a data da conclusão da obra pode ser considerada aquela em que o contribuinte requer a expedição do "habite-se", momento em que o próprio interessado está declarando que a construção foi finalizada.

Ocorre, no entanto, que a apelante invoca o art. 21 da mesma lei munici-

Acesso ao Sumário

pal para defender que há disciplina específica quanto ao ponto:

> **Art. 21 O lançamento será distinto para cada imóvel ou unidade autônoma, segundo constante de matrícula individualizada, ainda que contíguos ou vizinhos e pertencentes ao mesmo proprietário.**
> **§ 1º O lançamento individualizado em unidades autônomas será apreciado por meio de planta aprovada, especificação, incorporação ou convenção de condomínio, à vista das matrículas individuais registradas no ofício competente, acrescidas, a critério da repartição responsável pela administração do imposto, do respectivo quadro de áreas, elaborado de acordo com as exigências definidas em ato normativo.**
> **§ 2º O lançamento em unidades autônomas será efetuado a partir do exercício seguinte àquele em que se deu por operado o registro público da convenção, incorporação ou especificação de condomínio.**
> **§ 3º Na hipótese de anexação de fato, por conta de edificação comum a mais de um lote de terreno, o lançamento será calculado proporcionalmente à área edificada pertencente a cada lote.** – grifei.

O raciocínio defendido é o de que o imposto predial só incidiria no exercício seguinte ao registro da especificação do condomínio – a qual, por sua vez, demanda a expedição do "habite-se", nos termos do art. 44 da Lei nº 4.591/1964:

> **Art. 44. Após a concessão do habite-se pela autoridade administrativa, incumbe ao incorporador a averbação da construção em correspondência às frações ideais discriminadas na matrícula do terreno, respondendo perante os adquirentes pelas perdas e danos que resultem da demora no cumprimento dessa obrigação.**

Embora sofisticada, essa argumentação não resiste a uma análise mais detida da legislação local, em especial por meio de interpretação sistemática.

Com efeito, o art. 21 da lei trata da constituição do crédito tributário, e não do fato gerador do IPTU - estando no Capítulo VI da lei, o qual trata do lançamento.

Dessa forma, a estipulação de termo para a realização do lançamento não impede que ele abranja período anterior, ainda que o lapso entre o fato imponível e a constituição seja significativo.

Em outras palavras, a especificação das frações ideais na incorporação é necessária para que o lançamento seja operacionalizado, mas não define a data em que ocorrido o fato gerador do IPTU – o qual, quanto ao imposto predial, deve ser considerado como a data de conclusão da obra.

Além disso, importante observar que se a ocorrência do fato gerador do IPTU dependesse da averbação do "habite-se" na matrícula, como defende a parte, o sujeito passivo teria indevido controle sobre a obrigação tributária; afinal, nos termos do transcrito art. 44 da Lei nº 4.591/1964, a averbação é de responsabilidade do incorporador, e isso poderia ser postergado para evitar a

Acesso ao Sumário

tributação de imóvel já construído e tido por habitável pela autoridade administrativa.

Sendo assim, tal argumento deve ser rejeitado, mantendo-se a r. sentença quanto ao ponto.

No tocante ao pedido alternativo, verifica-se que a r. sentença acolheu o pleito de compensação tributária quanto aos créditos de julho a outubro de 2021.

O interesse recursal da parte, com isso, parece ser referente à determinação de abatimento automático pela Fazenda Pública em cobranças posteriores, sem a necessidade de ingresso com o pleito de compensação.

Com efeito, o Decreto municipal nº 19.723/2017, que regulamenta a Lei nº 11.111/2001, prevê que essa deve ser a conduta da Administração Tributária em casos envolvendo incorporação imobiliária.

> **CAPÍTULO V**
> **DO LANÇAMENTO EM UNIDADES AUTÔNOMAS**
> **Art. 59. Para fins de tributação de condomínio em unidades autônomas, de que trata o *caput* do art. 21 da Lei nº 11.111/2001, quando da solicitação do CCO deve ser apresentado pelo solicitante os seguintes documentos**
> **[...]**
> **Art. 63. Apurando-se, em processo revisivo de lançamento, crédito recolhido anteriormente à anexação, subdivisão, modificação ou loteamento do imóvel, o valor será rateado ou aproveitado de ofício e proporcionalmente à área territorial das novas unidades criadas, excluídas eventuais unidades referentes às áreas públicas.**
> **Parágrafo único. A repetição do indébito tributário, se houver, será efetivada para o sujeito passivo da(s) nova(s) unidade(s) criada(s).**

Assim, esse pleito deve ser acolhido, determinando-se que esse procedimento seja seguido quanto a todos os casos em que existir duplicidade na cobrança do IPTU das unidades autônomas.

Por fim, quanto à sucumbência, a apelante aponta que obteve êxito quanto ao valor de R$ 57.600,68, o que representa pouco menos que 15% do valor da causa, de R$ 385.024,80 (p. 23). Dessa forma, é possível dizer que houve sucumbência mínima do Município, justificando a atribuição integral dos ônus sucumbenciais à parte autora.

Destarte, mais não é preciso dizer para concluir que **a r. sentença deve ser reformada em pequena parte, mantida a distribuição dos ônus sucumbenciais.**

Em razão do provimento parcial do recurso, inaplicável a majoração prevista no art. 85, § 11 do CPC, conforme iterativa jurisprudência do C. STJ.

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

Acesso ao Sumário

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 parcial ao recurso.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1007290-21.2022.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes JOSÉ EDSON CORTEZ, YASMIN FORTINI CORTEZ SCUTTI e MARIA ALEXANDRINA FORTINI CORTEZ, é apelado ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 12ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U. Sustentou oralmente o Dr. Octávio Scalon Neto.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39.422)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EDSON FERREIRA (Presidente) e J. M. RIBEIRO DE PAULA.

São Paulo, 12 de junho de 2024.

OSVALDO DE OLIVEIRA, Relator

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL.

1. Ação anulatória – Empresa excluída do regime de tributação SIMPLES Nacional (SN), porque excedeu em até vinte por cento (20%) a receita bruta auferida no exercício de 2013 – Intimação do contribuinte para que cumprisse com todas as obrigações legais enquadradas no Regime Periódico de Apuração (RPA) atinentes ao ICMS – Autuação pela prática de infrações tributárias, com responsabilização solidária dos sócios, inclusive com aplicação de multas pelo descumprimento de obrigações acessórias – Controle de qualidade para fins de validação da constituição do crédito tributário e da respectiva atuação administrativa – Revogação da Portaria CAT nº. 115/14 pela Portaria SER nº. 51/23, a qual silencia sobre a necessidade de referendo prévio de trabalhos fiscais, por intermédio de controle de qualidade, para fins de validação de autuação fiscal – Procedimento que não

Acesso ao Sumário

constituía pré-requisito à lavratura ou à validade da autuação, consoante o artigo 142 do Código Tributário Nacional, combinado com o artigo 34 da Lei Estadual nº. 13.457/09 – Procedimento que, caso irregularmente conduzido, poderia causar a sua substituição ou a responsabilização funcional do servidor público (artigo 6º da revogada Portaria CAT nº. 21/99), mas não a desconstituição da autuação respectiva – Fiscalização por amostragem que não afronta a regra do artigo 142 do Código Tributário Nacional – Inexistência de óbice legal para que a fiscalização seja feita por amostragem, cabendo ao contribuinte ilidir a presunção legal do ato administrativo – Procedimento fiscal conduzido com observância dos primados constitucionais do contraditório e da ampla defesa – Mercadorias dadas em bonificação – Inclusão na base de cálculo de ICMS – Ausência de prova de operações de mercadorias dadas em bonificação ou com descontos incondicionais – Alegação de incorreta incidência da alíquota de dezoito por cento (18%) sobre operações destinadas a consumidores finais não contribuintes – Perícia técnica que não apurou a existência de entrega de mercadorias aos respectivos destinatários – Disposição do artigo 85-A da Lei Estadual nº. 6.374/89 – Pedido para que as multas fiquem limitadas a um por cento (1%) do valor total das operações de saídas e prestações de serviços realizadas pelo estabelecimento nos doze (12) meses anteriores ao da lavratura do auto de infração – Inaplicabilidade ao caso vertente – Fornecimento incompleto das informações econômico-fiscais exigidas pela legislação, relativas a operações ou prestações, não regularizado mesmo após a notificação do fisco para complementação – Regra do artigo 85-A, § 2º, 03, da Lei Estadual nº. 6.374/89 – Multa punitiva isolada (acessória) – Pendência de julgamento do Tema 487/STF quanto ao caráter confiscatório de multa isolada por descumprimento de obrigação acessória – Aplicação do entendimento do E. Pretório Excelso quanto às demais espécies de multa punitiva para que sejam limitadas a cem por cento (100%) do valor do tributo – Multa por infração sujeita à proi-

Acesso ao Sumário

bição do efeito confiscatório prevista no artigo 150, inciso IV, da Constituição Federal de 1988 – Juros de mora sobre multa – Viabilidade – Ressarcimento do credor pela não disponibilização tempestiva de seu numerário – Cálculo da multa sobre o principal atualizado – Cabimento – Honorários advocatícios – Fixação por equidade – Descabimento – Verba honorária que deve ser fixada sobre o proveito econômico obtido pelas partes litigantes, diante da sucumbência parcial – Observância obrigatória do escalonamento previsto na regra do artigo 85, §§ 3º e 5º, do Código de Processo Civil vigente – Entendimento sufragado pelo E. STJ no julgamento do Tema 1.076 – Critérios de equidade (comando do § 8º do referido artigo 85 do Código de Processo Civil vigente) que devem ser aplicado apenas quando (i) for inestimável ou irrisório o proveito econômico obtido ou (ii) for muito baixo o valor da causa – Procedência parcial da ação – Reforma da sentença, mas tão-somente em parte.
2. Recurso parcialmente provido.

VOTO

Trata-se de **apelação cível** interposta contra a sentença de fls. 1390/1400, cujo relatório se adota, que ***julgou improcedente a presente ação***, fixando honorários nos percentuais mínimos do artigo 85, § 3º, do Código de Processo Civil vigente, calculados sobre o valor da causa. ***O valor da causa original é de R$ 811.651,59 (fls. 01/32).***

Os ***autores apelaram*** (fls. 1441/1478), alegando, em síntese, que a perícia reconheceu que não se realizou o controle de qualidade previsto no inciso I do artigo 4º da Portaria CAT nº. 115/14, o que compromete a validade da autuação. A autuação compreendeu o período de 01/14 a 08/18 (data do encerramento da RT Print), tratando-se de um universo de milhares de operações comerciais. Todavia, a autoridade administrativa entendeu suficiente utilizar como parâmetro apenas seis (6) notas para cada infração apontadas nos itens 01, 02 e 05 do AIIM. Amostragem não é prova, mas método utilizado para formação desta última, demonstrando verdadeiro açodamento da fiscalização, em total desrespeito ao estabelecido pelo artigo 142 do Código Tributário Nacional. Não tiveram como conhecer os critérios adotados pela fiscalização para a determinação da matéria tributável. O ICMS é indevido no caso das mercadorias entregues em bonificação. O perito reconheceu que houve a emissão de notas fiscais de entrega de mercadorias em bonificação e a emissão de notas com vendas para não

Acesso ao Sumário

contribuintes. A autoridade fiscal não se desincumbiu do ônus de provar que não foram cumpridos os requisitos da bonificação ou que as operações não teriam ocorrido (artigo 23, inciso IV, da Portaria CAT nº. 46/00). Os descontos incondicionais são parcelas redutoras do preço de venda, concedidas independentemente de qualquer condição ou situação, constantes das notas fiscais de venda dos bens ou da fatura de serviços, que constituem redutor do custo de aquisição para a pessoa jurídica adquirente dos bens. As bonificações em mercadorias vinculadas à operação de venda, com a descrição dos descontos nas notas fiscais, que não são vinculadas às operações futuras, constituem-se em descontos incondicionais que não integram a base de cálculo do ICMS. A base de cálculo do ICMS-ST para frente não pode abranger valor de mercadorias que não foram vendidas, mas bonificadas, independentemente das mercadorias serem vendidas nas operações subsequentes, pois a base de cálculo, embora presumida, é definitiva e não pode ser complementada. É incorreta a aplicação da alíquota de dezoito por cento (18%) sobre operações destinadas a consumidores finais não contribuintes. As multas a serem aplicadas nos casos em que não há exigência do imposto devem ser limitadas a um por cento (1%) do valor total das operações de saídas e prestações de serviços realizadas pelo estabelecimento infrator nos doze (12) meses anteriores ao da lavratura do auto de infração (artigo 85-A da Lei Estadual nº. 6.374/89). As multas dos itens 02 e 05, embora reduzidas ao patamar de trinta por cento (30%), são excessivas, violando os princípios da isonomia, razoabilidade e proporcionalidade. Cumpriu todos os requisitos essenciais para aplicação da redução do artigo 527-A do RICMS/00. Não houve falta de recolhimento de imposto ou acusação e prova de que teriam praticado conduta dolosa com intuito de fraudar o fisco. Sofreram a imposição de multa em percentuais estratosféricos. A exigência tributária deve respeitar a adequação entre meios e fins, sendo vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público. Houve aplicação de juros no período compreendido entre o fato gerador do tributo e a data de lavratura do auto de infração, majorando ilegalmente o valor do principal que serviu de base de cálculo para aplicação da penalidade. Se a multa só é exigível a partir da sua lavratura, não pode ser majorada com juros de período anterior à sua existência. Os juros são na verdade aplicados como forma de corrigir o valor do débito no tempo. A autuação objeto da ação deve ser anulada.

Houve resposta (fls. 1488/1501).

É o relatório.

O recurso de apelação merece provimento, mas apenas em parte.

Trata-se de ação anulatória promovida por ***José Edson Cortez, Maria Alexandrina Fortini Cortez*** e ***Yasmin Fortini Cortez Scutti***, alegando que, em datas distintas, foram sócios da ***empresa RT Print Comércio de Máquinas***

Acesso ao Sumário

para Gravação Limitada – ME, encerrada regularmente em 1º/02/18, tendo como atividade principal a venda no varejo de máquinas para gravação, termoelétricas, gráficas e afins, impressoras, equipamentos de informática no geral e artigos para brindes em geral. A referida empresa adotava o regime de tributação SIMPLES Nacional (SN). Contudo, em 20/12/17, o fisco, via domicílio eletrônico, intimou a referida empresa RT Print de sua exclusão de ofício do regime SIMPLES Nacional, a partir de 1º/01/14, porque excedeu em até vinte por cento (20%) a receita bruta auferida no exercício de 2013. Ao contínuo, a empresa RT Print foi intimada para que cumprisse com todas as obrigações legais dos contribuintes enquadrados no Regime Periódico de Apuração - RPA atinentes ao ICMS para o período de 01/14 a 08/18 (mês da baixa da empresa). Tal determinação, porém, foi impossível de ser cumprida, diante de suas obrigações contábeis e fiscais. Em consequência, foi lavrado o AIIM 4.118.580-0, responsabilizando solidariamente os sócios, ora autores, em infrações tributárias, inclusive com aplicação de multas pelo descumprimento de obrigações acessórias. Em sede administrativa, em especial pela interposição de recurso ordinário, as penalidades (itens 02 a 05 do débito fiscal) foram reduzidas em setenta por cento (70%), restando um valor residual de trinta por cento (30%) sobre o originalmente lavrado, uma vez que não implicaram na falta de pagamento do imposto. Por fim, alegam que, em que pese o imposto cobrado ser de apenas R$ 48.045,15, em razão da aplicação de multas pelo descumprimento de obrigações acessórias, a autuação alcançou a cifra de R$ 3.379.813,50, sendo R$ 48.045,15 de ICMS, R$ 3.318.816,00 de multa e R$ 12.952,35 de juros. Mesmo após a redução em setenta por cento (70%) das multas exigidas nos itens 02 a 05 da autuação, o valor total cobrado anda perfaz o montante de R$ 811.651,59, o que julgam ser inconstitucional. Daí o ajuizamento da presente ação, requerendo, primordialmente, a desconstituição da autuação em apreço, sob os seguintes fundamentos: ***(i)*** nulidade do auto de infração ante o descumprimento da Portaria CAT nº. 114/2014, tendo em vista a ausência de análise da autuação perante o controle de qualidade; ***(ii)*** precariedade da instrução da fiscalização; ***(iii)*** aplicação incorreta da alíquota de dezoito por cento (18%) sobre operações de remessa em bonificação; ***(iv)*** aplicação incorreta da alíquota de dezoito por cento (18%) sobre operações destinadas a consumidores finais não contribuintes; ***(v)*** aplicação de multa de caráter confiscatório; e ***(vi)*** atualização indevida da multa aplicada. No mais, alternativamente, requereram a redução das multas para os patamares máximos de um por cento (1%) em relação aos itens 02 a 06 da autuação. Além disso, pediram a adequação dos juros aplicados em relação às multas para que incidam somente no segundo mês subsequente à lavratura da autuação.

A tutela provisória de urgência foi deferida parcialmente apenas para que cada uma das multas aplicadas nos itens 02 e 05 seja limitada a cem por cento (100%) do valor do tributo devido, mantendo-se a cobrança em relação ao prin-

Acesso ao Sumário

cipal (fls. 1014/1018). Em face da referida decisão judicial, os autores recorreram, sem sucesso (fls. 1083/1091).

Consoante o AIIM nº. 4.118.580-8, de 19/12/18 (fls. 49/54), os autores foram autuados e responsabilizados solidariamente por cinco (5) infrações de natureza tributária praticadas pela empresa RT Print: ***(1)*** Deixou de pagar o ICMS devido no valor de R$ 48.045,15 (quarenta e oito mil, quarenta e cinco reais e quinze centavos), no período de 01/14 a 02/18, referente a operações de saídas de mercadorias no valor de R$ 267.735,93 (duzentos e sessenta e sete mil, setecentos e trinta e cinco reais e noventa e três centavos), acobertadas por notas fiscais eletrônicas não registradas na Escrituração Fiscal Digital (EFD) - Livro Registro de Saídas; ***(2)*** Deixou de registrar na Escrituração Fiscal Digital (EFD) - Livro Registro de Saídas, nos meses de 01/14 a 02/18, notas fiscais eletrônicas referentes a operações tributadas, no valor de R$ 9.508.021,03 (nove milhões, quinhentos e oito mil, vinte e um reais e três centavos), que consignam o Código de Situação de Operação do Simples Nacional - CSOSN nº. 500 (ICMS cobrado anteriormente por substituição tributária ou antecipação); ***(3)*** Deixou de transmitir, eletronicamente, para os meses de 01/14 a 08/18 (56 meses), os arquivos de Escrituração Fiscal Digital (EFD), relativos aos Livros Fiscais discriminados na autuação, embora estivesse obrigado a fazê-lo após sua exclusão do Regime SIMPLES Nacional; ***(4)*** Deixou de transmitir, eletronicamente, nas referências de 02/14, 02/15, 02/16, 02/17 e 02/18, os arquivos de Escrituração Fiscal Digital (EFD), contendo o Livro Registro de Inventário com as informações dos estoques existentes, respectivamente, em 31/12/13, 31/12/14, 31/12/15, 31/12/16 e 31/12/17, embora estivesse obrigado a fazê-lo após sua exclusão do Regime SIMPLES Nacional; ***(5)*** Deixou de entregar as Guias de Informação e Apuração GIA's dos meses de 01/14 a 04/18, referentes a operações de saídas de mercadorias acobertadas por notas fiscais eletrônicas relacionadas na autuação que totalizaram R$ 10.187.010,56 (dez milhões, cento e oitenta e sete mil, dez reais e cinquenta e seis centavos); e ***(6)*** Deixou de entregar as Guias de Informação e Apuração GIA's, dos meses de maio a agosto de 2018 (mês da baixa no CADESP), quando deveria constar a informação ***'SEM MOVIMENTO'***, pois não existiram operações de saídas.

Quanto à exclusão da empresa RT Print do regime de tributação SIMPLES Nacional (SN) e sua intimação para que cumprisse com todas as obrigações legais dos contribuintes enquadrados no Regime Periódico de Apuração - RPA, preconiza expressamente a regra do artigo 8º da Portaria CAT nº. 32/10, *in verbis*:

> ***Artigo 8º - na hipótese de a exclusão do Simples Nacional ocorrer com efeitos retroativos, a microempresa (ME) ou empresa de pequeno porte (EPP) deverá, sem prejuízo do disposto no inciso II e parágrafo único do artigo 7º:***
>
> ***I - recompor a escrituração fiscal a partir da data de início dos efei-***

Acesso ao Sumário

tos da exclusão;
II - recolher o ICMS devido, apurado conforme o Regime Periódico de Apuração - RPA, com os acréscimos previstos na legislação, se for o caso;
III - cumprir as obrigações acessórias relativas ao ICMS, conforme previsto na legislação.
Parágrafo único - o disposto neste artigo não se aplica ao contribuinte que esteja sob ação fiscal, hipótese em que as obrigações a serem observadas serão determinadas pela fiscalização.

Já o artigo 2º, parágrafo único, da Portaria CAT nº. 115/14, dispõe:

Artigo 2º - As Comissões de Controle de Qualidade têm como atribuição zelar pela observância dos requisitos de validade da constituição do crédito tributário, avaliando, antes da lavratura do AIIM, o trabalho fiscal realizado.
Parágrafo Único - A lavratura de AIIM para a constituição do crédito tributário apenas poderá ser efetivada depois de referendados os trabalhos fiscais por meio do controle de qualidade de que trata esta Portaria.

A Portaria CAT nº. 115/14, no entanto, foi revogada expressamente pela superveniente Portaria SER nº. 51/23, a qual silencia sobre a necessidade de referendo prévio de trabalhos fiscais, por intermédio de controle de qualidade, para fins de validação de autuação fiscal.

E mesmo na vigência da Portaria CAT 115/14, quando vigorava o controle de qualidade para fins de validação da constituição do crédito tributário e da respectiva atuação administrativa, seu objetivo era apenas preservar os interesses das partes (erário e contribuinte). Porém, não constituía pré-requisito à lavratura ou à validade da autuação, consoante o artigo 142 do Código Tributário Nacional, combinado com o artigo 34 da Lei Estadual nº. 13.457/09, que dispõe sobre o processo administrativo tributário, *in verbis*:

Artigo 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.
Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.
(...)
Artigo 34 - O auto de infração conterá, obrigatoriamente:
I - a identificação da repartição fiscal competente e o registro do dia, hora e local da lavratura;
II - a identificação do autuado;
III - a descrição do fato gerador da obrigação correspondente e das circunstâncias em que ocorreu;

Acesso ao Sumário

IV - a determinação da matéria tributável e o cálculo do montante do tributo devido e da penalidade cabível;
V - a indicação dos dispositivos normativos infringidos e dos relativos às penalidades cabíveis;
VI - a indicação do prazo para cumprimento da exigência fiscal ou para apresentação da defesa;
VII - o nome legível e a assinatura do Agente Fiscal de Rendas autuante, dispensada esta quando grafada por meio eletrônico, nas situações expressamente previstas pela Secretaria da Fazenda.
§ 1º - O auto de infração deve ser instruído com documentos, demonstrativos e demais elementos materiais comprobatórios da infração.
§ 2º - Ao autuado será entregue uma via do auto de infração, mediante recibo, valendo como notificação, juntamente com cópia dos demonstrativos e demais documentos que o instruem, salvo daqueles cujos originais estejam em sua posse.
§ 3º - Fundado em critérios de conveniência e oportunidade, o fisco poderá notificar o autuado da lavratura do auto de infração por meio de carta registrada com aviso de recebimento ou, na sua impossibilidade, mediante publicação de edital no Diário Oficial do Estado, observadas, no que couber, as normas do artigo 9º desta lei.
§ 4º - Na hipótese do § 3º deste artigo, uma via do auto de infração e dos demonstrativos e documentos que o instruem serão expedidos para qualquer um dos endereços indicados pelo autuado ou, na hipótese de notificação via edital, ficarão sob a guarda da repartição fiscal à qual o autuado esteja vinculado.
§ 5º - A lavratura do auto de infração e a sua instrução com demonstrativos e documentos poderão ser implementados em meio eletrônico, conforme previsto em regulamento.

Portanto, tratava-se de procedimento que, caso irregularmente conduzido, poderia causar a sua substituição ou a responsabilização funcional do servidor público (artigo 6º da revogada Portaria CAT nº. 21/99), mas não a desconstituição da autuação respectiva. Logo, à ausência de demonstração de prejuízo ao direito dos autores, não há nulidade, nesse particular, a ser reconhecida na ação.

A fiscalização por amostragem não afronta a regra do precitado artigo 142 do Código Tributário Nacional. Não há óbice legal para que a fiscalização seja feita por amostragem, cabendo ao contribuinte ilidir a presunção legal do ato administrativo, o qual foi precedido de plena investigação fiscal, a partir das operações comerciais registradas pela própria empresa RT Print, com observância dos primados constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Vale lembrar que não competia ao fisco orientar a empresa contribuinte de como proceder à entrega de arquivos digitais ou a lançamentos de notas fiscais eletrônicas, pois se trata de obrigação prevista em lei. Diante de sua exclusão do

Acesso ao Sumário

regime SIMPLES Nacional (SN), a empresa sujeitou-se ao regramento direcionado aos contribuintes do regime periódico de apuração do ICMS. Devidamente notificada para o cumprimento de suas obrigações legais, por sua exclusão do regime SIMPLES Nacional, quedou-se inerte, descumprindo o prazo, mesmo prorrogado, que lhe foi deferido. Não tendo se desincumbindo do ônus que lhe cabia para ilidir a fiscalização e apuração administrativa, não há como invalidar a autuação.

Como bem observou a MM. Juíza *a quo* na sentença (fls. 1394):

"Tampouco colhe a alegação de Instrução precária da fiscalização visto que a legislação em vigor não impede a fiscalização por amostragem, fato que permite a fiscalização de um maior número de contribuintes. Por outro lado, há de ser considerado que no curso do processo administrativo, constatada a existência de irregularidades, estas foram investigadas de forma plena, inclusive com a intimação para a empresa autuada esclarecesse os fatos, ou seja, oportunidade em que a autora poderia ter contestado os números alcançados. Contudo, a autora quedou-se inerte".

Quanto às operações de remessa de mercadorias em bonificação ou com descontos incondicionais, também não têm razão os autores. A bonificação é um procedimento usual entre empresas comerciais, na qual o fornecedor entrega uma maior quantidade de mercadoria ao comprador, sem a cobrança do valor. Consiste numa espécie de premiação ao cliente, de modo a incentivar o aumento das vendas.

Os artigos 146, inciso III, alínea 'a', e 155, inciso II, ambos da Constituição Federal de 1988, determinam expressamente que:

Artigo 146. Cabe à lei complementar:

(...)

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes.

(...)

Artigo 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

(...)

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.

(...)

A Lei Complementar Federal nº. 87/96, por sua vez, ao tratar da matéria em apreço, assevera em seu artigo 13, inciso I, o seguinte:

Artigo 13. A base de cálculo do imposto é:

I - na saída de mercadoria prevista nos incisos I, III e IV do artigo 12, o valor da operação;
(...)
§ 1º - Integra a base de cálculo do imposto, inclusive na hipótese do inciso V do caput deste artigo:
I - o montante do próprio imposto, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle;
II - o valor correspondente a:
a) seguros, juros e demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas, bem como descontos concedidos sob condição.
(...)

Destarte, basta a interpretação literal dos comandos legais supra referidos para concluir que o valor da operação relativamente às mercadorias dadas em bonificação ou com descontos incondicionais não integra a base de cálculo do ICMS. Assim leciona ***Roque Antônio Carraza***:

"O Texto Supremo implicitamente aponta a base de cálculo possível do ICMS sobre operações mercantis: o valor da operação mercantil efetivamente realizada ou, como consta do artigo 13, I, da Lei Complementar nº. 87/96, o 'valor de que decorrer a saída da mercadoria'".
"A lição de Hugo de Brito Machado, a respeito, é brilhante: 'Realmente a base de cálculo do ICMS não é o preço anunciado ou constante de tabelas. É o valor da operação, e este se define no momento em que a operação se concretiza. Assim, os valores concernentes aos descontos ditos promocionais, assim como os de descontos para pagamento à vista, ou de quaisquer outros descontos cuja efetivação não fique a depender de evento futuro e incerto, não integram a base de cálculo do ICMS, porque não fazem parte do valor da operação da qual decorre a saída da mercadoria (...)'".
"Diante do exposto, já podemos ir adiantando que o ICMS estará irremediavelmente descaracterizado se sua base de cálculo levar em conta elementos estranhos à operação mercantil realizada, como, por exemplo, o valor intrínseco dos bens entregues a título de bonificação, ou seja, sem a efetiva cobrança de um preço sobre eles".
"De fato, não é elemento constitutivo da base de cálculo levar do ICMS o valor que poderia ser obtido caso as mercadorias bonificadas tivessem sido postas 'in commercium'".
"É que a bonificação, em última análise, é um mero estímulo à compra. Nesta medida, corresponde, em tudo e por tudo, a um desconto incondicional, que, por evidente, não integra a base de cálculo do ICMS, conforme, aliás, expressamente reconhecido pela legislação de regência (interpretação a 'contrario sensu' do artigo. 13, § 1º, II, 'a', da Lei Complementar nº. 87/96)".[1]

Na mesma linha, o ***tributarista Hugo de Brito Machado***, ao cuidar do

1 *ICMS – 10ª edição – São Paulo: Malheiros, 2005, páginas 108/109.*

Acesso ao Sumário

tema, defende a não incidência do ICMS sobre o valor das bonificações:

> ***"... Para demonstrar o equívoco da tese segundo a qual o imposto incide também sobre o valor das bonificações, nem é preciso recorrer à doutrina da interpretação segundo a realidade, porque o legislador, sob a influência da mesma, já abandonou as formas jurídicas na definição do fato gerador do ICMS, na medida em que considerou hipótese de incidência desse imposto a operação de circulação de mercadorias, sem qualquer alusão ao negócio jurídico no qual se materializa. O imposto não incide sobre a venda, nem sobre a consignação, ou a permuta de mercadorias, mas sobre uma operação de circulação. Basta, para demonstrar o equívoco, ver-se que a base de cálculo é o valor da operação. Quando o vendedor de cem unidades de medicamento dá em bonificação dez unidades, na verdade ele está vendendo cento e dez unidades pelo preço das cem. Não importa que as cem unidades tenham sido vendidas, e as dez tenham sido doadas. Há, nestes casos, evidente relação de dependência entre a doação e a venda, de sorte que sem esta aquela não existiria. Houve na realidade apenas uma operação, cuja forma é mista, de venda e de doação. O valor da operação, como um todo, é o que importa. Esse valor é a base de cálculo do imposto".*** [2]

Atualmente, não mais remanescem dúvidas, na esfera judicial, acerca da não inclusão, na base de cálculo do ICMS, do valor da operação relativamente às mercadorias dadas em bonificação ou com descontos incondicionais. Isso porque o ***E. Superior Tribunal de Justiça***, ao julgar o ***REsp 1.111.156/SP*** (sob regime do artigo 543-C do antigo Código de Processo Civil), entendeu que os valores das mercadorias dadas em bonificação ou com descontos incondicionais não integram a base de cálculo do ICMS, conforme se infere da ementa a seguir:

> *TRIBUTÁRIO – ICMS – MERCADORIAS DADAS EM BONIFICAÇÃO – ESPÉCIE DE DESCONTO INCONDICIONAL – INEXISTÊNCIA DE OPERAÇÃO MERCANTIL – ARTIGO 13 DA LC 87/96 – NÃO INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO TRIBUTO.*
>
> *1. A matéria controvertida, examinada sob o rito do artigo 543-C do Código de Processo Civil, restringe-se tão-somente à incidência do ICMS nas operações que envolvem mercadorias dadas em bonificação ou com descontos incondicionais; não envolve incidência de IPI ou operação realizada pela sistemática da substituição tributária.*
>
> *2. A bonificação é uma modalidade de desconto que consiste na entrega de uma maior quantidade de produto vendido em vez de conceder uma redução do valor da venda. Dessa forma, o provador das mercadorias é beneficiado com a redução do preço médio de cada produto, mas sem que isso implique redução do preço do negócio.*
>
> *3. A literalidade do artigo 13 da Lei Complementar nº. 87/96 é suficiente para concluir que a base de cálculo do ICMS nas operações mercantis é aquela efetivamente realizada, não se incluindo os 'descontos concedi-*

Acesso ao Sumário

2 *Aspectos Fundamentais do ICMS – 2ª edição – São Paulo: Dialética, 1999, páginas 79/80.*

dos incondicionais'.

4. A jurisprudência desta Corte Superior é pacífica no sentido de que o valor das mercadorias dadas a título de bonificação não integra a base de cálculo do ICMS.

5. Precedentes: ***AgRg no REsp 1.073.076/RS, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 25.11.2008, DJe 17.12.2008; AgRg no AgRg nos EDcl no REsp 935.462/MG, Primeira Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJe 8.5.2008; REsp 975.373/MG, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 15.5.2008, DJe 16.6.2008; EDcl no REsp 1.085.542/SP, Rel. Min. Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 24.3.2009, DJe 29.4.2009.***

Recurso especial provido para reconhecer a não-incidência do ICMS sobre as vendas realizadas em bonificação. Acórdão sujeito ao regime do artigo 543-C do Código de Processo Civil e da Resolução nº. 8/2008 do Superior Tribunal de Justiça.

(REsp 1.111.156/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, 1ª Seção, j. 14.10.2009, DJ 22.10.2009).

Na espécie, porém, a perícia judicial afirmou que: "***(...) Do ponto de vista técnico, cumpre observar, que não foram disponibilizados elementos documentais que permitissem à perícia corroborar se em relação às operações de saídas a título 'Remessa em bonificação, doação ou brinde' restaram observadas as previsões contidas no artigo 456, do RICMS/00, tampouco elementos que demonstrassem em relação a 'Vendas a não contribuintes' a efetiva entrega das mercadorias aos respectivos destinatários (outros estados), a não ser a informação do endereço dos mesmos constantes dos documentos fiscais, e nem o recolhimento do imposto sobre a diferença entre a alíquota interna e interestadual***" (vide fls. 1275).

A mesma resposta do perito judicial tem inteira aplicabilidade quanto à alegação dos autores de incorreta incidência da alíquota de dezoito por cento (18%) sobre operações destinadas a consumidores finais não contribuintes. A fiscalização, nesse particular, não foi precária. Ao contrário, a perícia técnica – repita-se novamente – não apurou a existência de: "***(...) elementos que demonstrassem em relação a 'Vendas a não contribuintes' a efetiva entrega das mercadorias aos respectivos destinatários (outros estados), a não ser a informação do endereço dos mesmos constantes dos documentos fiscais, e nem o recolhimento do imposto sobre a diferença entre a alíquota interna e interestadual***" (fls. 1275). Em consequência, incorreta é a afirmação dos autores no recurso de que a cobrança do imposto deveria se limitar apenas à diferença entre a alíquota interna e a interestadual.

Ainda sobre esse ponto, esclareceu o perito judicial (fls. 1267/1268):

"***Em análise do anexo IX do AIIM nº 4.118.580-8 (fls. 85/124), que deu origem à cobrança contida no "Item I.1", constatou-se no período de "Janeiro/2014 a Fevereiro/2018" a emissão de Notas Fiscais Eletrônicas de Saídas - Modelo 55 - CFOP 6107 e 6108 - venda a não***

Acesso ao Sumário

contribuinte, no valor do ICMS de R$ 5.316,38 (11,06% do total autuado), e de R$.9.033,75 (18,80% do total autuado), respectivamente (...)"

(...)

"A Emenda Constitucional nº. 87, de 16 de abril de 2015 trouxe mudanças para contribuintes empresariais que realizam operações à distância, tendo em vista que procedeu a alteração sobre a redação do artigo 155, § 2º, da Constituição da República e incluiu o artigo 99 no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, no que se refere à cobrança do ICMS em operações interestaduais".

"Os procedimentos relativos às operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final não contribuinte do ICMS, localizado em outro Estado, conforme Convênio ICMS nº 93/2015, publicado pelo Confaz, como segue:"

Simples Nacional:

De acordo com o Convênio ICMS nº 93/2015, as disposições contidas nesse convenio aplicam-se aos contribuintes optantes pelo Simples Nacional, instituído pela Lei Complementar nº. 123/2006, em relação ao imposto devido ao Estado de destino, ou seja, as empresas optantes pelo Simples Nacional ficam obrigadas somente à parcela da partilha do ICMS devido para o Estado de destino, ficando, portanto, dispensadas da parcela devida ao Estado de origem.

"No que se refere ao Item I.1 do AIIM, não foram disponibilizados elementos que demonstrassem em relação a "Vendas a não contribuintes" a efetiva entrega das mercadorias aos respectivos destinatários (outros Estados), a não ser a informação do endereço dos daqueles constantes dos documentos fiscais, e igualmente, não foram disponibilizados elementos que demonstrassem o recolhimento do imposto sobre a diferença entre a alíquota interna e interestadual".

A disposição do artigo 85-A da Lei Estadual nº. 6.374/89 invocada pelos autores não tem aplicação ao caso dos autos, a fim de que as multas fiquem limitadas a um por cento (1%) do valor total das operações de saídas e prestações de serviços realizadas pelo estabelecimento nos doze (12) meses anteriores ao da lavratura do auto de infração.

Acesso ao Sumário

A própria norma obsta sua incidência ao: "***(...) fornecimento incompleto das informações econômico-fiscais exigidas pela legislação, relativas a operações ou prestações, não regularizado mesmo após a notificação do fisco para complementação***" (artigo 85-A, § 2º, 03, da Lei Estadual nº. 6.374/89).

Diz o citado artigo:

Artigo 85-A - As multas a serem aplicadas nos casos em que não há exigência do imposto serão limitadas a 1% (um por cento) do valor total das operações de saídas e prestações de serviços realizadas pelo estabelecimento infrator nos 12 (doze) meses anteriores ao da

lavratura do auto de infração.
§ 1° - Caso o estabelecimento infrator não tenha estado em atividade no período indicado no ‹caput› deste artigo, será considerada a soma de até 12 (doze) meses imediatamente anteriores em que houve atividade, consecutivos ou não.
§ 2° - Não se aplica o disposto neste artigo nas hipóteses de:
1 - dolo, fraude ou simulação;
2 - não fornecimento ao fisco das informações econômico-fiscais exigidas pela legislação, relativas a operações ou prestações;
3 - fornecimento incompleto das informações econômico-fiscais exigidas pela legislação, relativas a operações ou prestações, não regularizado mesmo após a notificação do fisco para complementação.
§ 3° - O limite previsto no ‹caput› deste artigo será observado em relação a cada infração cometida.

Não tendo os autores cumprido fielmente a notificação que lhes foi encaminhada pelo fisco, não obstante a prorrogação do prazo respectivo concedida para tanto, não lhes cabe ser beneficiado pela redução das multas pelo cometimento das infrações objeto da ação. Tal fato, aliás, foi reconhecido pelos próprios autores na demanda.

É induvidoso que, em sede administrativa, em especial pela interposição de recurso ordinário, as penalidades (itens 02 a 05 do débito fiscal) foram reduzidas em setenta por cento (70%), restando um valor residual de trinta por cento (30%) sobre o originalmente lavrado, uma vez que não implicaram na falta de pagamento do imposto. Todavia, alegam que, em que pese o imposto cobrado ser de apenas R$ 48.045,15, em razão da aplicação de multas pelo descumprimento de obrigações acessórias, a autuação alcançou a cifra de R$ 3.379.813,50, sendo R$ 48.045,15 de ICMS, R$ 3.318.816,00 de multa e R$ 12.952,35 de juros. Mesmo após a redução em setenta por cento (70%) das multas exigidas nos itens 02 a 05 da autuação, o valor total cobrado anda perfaz o montante de R$ 811.651,59, o que julgam ser inconstitucional, de maneira que a intervenção judicial seria imperiosa.

Relativamente às multas, têm razão os autores. O ***E. STF*** tem entendimento consolidado quanto ao caráter confiscatório da multa punitiva acompanhada do lançamento de ofício (multa de revalidação), estabelecendo que não pode ser superior ao próprio valor do tributo (100%). Porém, no que diz respeito à multa punitiva isolada, acessória, já houve o reconhecimento da repercussão geral (***Tema 487***):

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. PUNIÇÃO APLICADA PELO DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. DEVER INSTRUMENTAL RELACIONADO À OPERAÇÃO INDIFERENTE AO VALOR DE DÍVIDA TRIBUTÁRIA (PUNIÇÃO INDEPENDENTE DE TRIBUTO DEVIDO). “MULTA ISOLADA”. CARÁTER CONFISCATÓRIO. PROPORCIO-

Acesso ao Sumário

NALIDADE. RAZOABILIDADE. QUADRO FÁTICO-JURÍDICO ESPECÍFICO. PROPOSTA PELA EXISTÊNCIA DA REPERCUSSÃO GERAL DA MATÉRIA CONSTITUCIONAL DEBATIDA. Proposta pelo reconhecimento da repercussão geral da discussão sobre o caráter confiscatório, desproporcional e irracional de multa em valor variável entre 40% e 05%, aplicada à operação que não gerou débito tributário.

(RE 640452 RG – Relator: Ministro JOAQUIM BARBOSA – Tribunal Pleno – j. 06/10/11).

Entretanto, o mérito do aludido ***Tema 487/STF*** ainda não foi julgado. Enquanto não se tem uma decisão vinculante sobre a matéria, é mais razoável aplicar o entendimento firmado pelo ***C. Pretório Excelso*** quanto às demais multas punitivas, no sentido de que são consideradas confiscatórias aquelas que ultrapassam o percentual de cem por cento (100%) do valor do tributo exigido pelo fisco.

A propósito:

"No que se refere à alegação de efeito confiscatório e de bis in idem na aplicação das denominadas "Multa de revalidação" e "multa isolada", registro a jurisprudência desta Corte no sentido de que a multa punitiva é aplicada em situações nas quais se verifica o descumprimento voluntário da obrigação tributária prevista na legislação pertinente. Nesse contexto, o valor da obrigação principal deve funcionar como limitador da norma sancionatória, de modo que a abusividade revela-se nas multas arbitradas acima do montante de 100%, a ensejar o efeito confiscatório".

(ARE 1329388/MG – RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO – Relator: Ministro GILMAR MENDES – j. 24/08/21);

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. REITERAÇÃO DA TESE DO RECURSO INADMITIDO. SUBSISTÊNCIA DA DECISÃO AGRAVADA. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. OFENSA REFLEXA. MULTA PUNITIVA. CARÁTER CONFISCATÓRIO. AUSÊNCIA. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO, COM APLICAÇÃO DE MULTA.

(...)

III - As multas punitivas que não ultrapassem o patamar de 100% do valor do imposto devido não são consideradas confiscatórias. Precedentes. IV Agravo regimental a que se nega provimento, com aplicação da multa (artigo 1.021, § 4º, do CPC).

(ARE 1.122.922 AgR – Relator: Ministro RICARDO LEWANDOWSKI – Segunda Turma – DJe 23/09/19).

Leciona ***Hugo de Brito Machado***:

"A vedação do confisco é atinente ao tributo. Não à penalidade pecuniária, vale dizer, à multa. O regime jurídico do tributo não se aplica à multa, porque tributo e multa são essencialmente distintos. O ilícito é pressuposto essencial desta, e não daquele".

"No plano estritamente jurídico, ou plano da Ciência do Direito, em

Acesso ao Sumário

sentido estrito, a multa distingue-se do tributo porque em sua hipótese de incidência a ilicitude é essencial, enquanto a hipótese de incidência do tributo é sempre algo lícito. Em outras palavras, a multa é necessariamente uma sanção de ato ilícito, e o tributo, pelo contrário, não constitui sanção de ato ilícito".

"No plano teleológico, ou finalístico, a distinção também é evidente. O tributo tem por finalidade o suprimento de recursos financeiros de que o Estado necessita, e por isso mesmo constitui uma receita ordinária. Já a multa não tem por finalidade a produção de receita pública, e sim desestimular o comportamento que configura sua hipótese de incidência, e por isso mesmo constitui uma receita extraordinária ou eventual".

"Porque constitui receita ordinária, o tributo deve ser um ônus suportável, um encargo que o contribuinte pode pagar sem sacrifício do desfrute normal dos bens da vida. Por isso mesmo é que não pode ser confiscatório. Já a multa, para alcançar sua finalidade, deve representar um ônus significativamente pesado, de sorte que as condutas que ensejam sua cobrança restem definitivamente desestimuladas. Por isso mesmo pode ser confiscatória". [3]

Ademais, não há uma definição constitucional de confisco em matéria tributária (Código Tributário Nacional, artigo 150, inciso IV), ou seja, trata-se de um conceito aberto, a ser interpretado pelo julgador caso a caso, quando chamado a resolver os conflitos entre o Poder Público e os contribuintes. A orientação é no sentido de que é aplicável a proibição constitucional do confisco em matéria tributária (**AI 482281 AgR – Relator: Ministro Ricardo Lewandowski – 1ª Turma – DJe 21/08/09**), bem como quanto à possibilidade do controle de constitucionalidade das multas desproporcionais, que tenham efeito confiscatório (**AI 715.058-AgR Relator: Ministro Joaquim Barbosa – 2ª Turma – DJe 23/04/12**).

Nessa esteira, o ***E. Pretório Excelso*** tem adotado o valor do tributo como limitador da norma sancionatória: **"(...) A multa punitiva é aplicada em situações nas quais se verifica o descumprimento voluntário da obrigação tributária prevista na legislação pertinente. É a sanção prevista para coibir a burla à atuação da Administração tributária. Nessas circunstâncias, conferindo especial destaque ao caráter pedagógico da sanção, deve ser reconhecida a possibilidade de aplicação da multa em percentuais mais rigorosos, respeitados os princípios constitucionais relativos à matéria. A Corte tem firmado entendimento no sentido de que o valor da obrigação principal deve funcionar como limitador da norma sancionatória, de modo que a abusividade revela-se nas multas arbitradas acima do montante de 100%. Entendimento que não se aplica às multas moratórias, que devem ficar circunscritas ao valor de 20%. Precedentes. O acórdão recorrido, perfilhando adequadamente a orientação jurisprudencial do Supremo**

Acesso ao Sumário

3 *Curso de Direito Tributário – 28ª edição – São Paulo: Malheiros, 2007, página 71.*

Tribunal Federal, reduziu a multa punitiva de 120% para 100% (...)" *(ARE 836828 AgR – Relator: Ministro ROBERTO BARROSO – 1ª Turma – julgado em 16/12/14).*

Ainda de acordo com a orientação da ***E. Excelsa Corte***, "**(...) a aplicação do princípio do não confisco às sanções pecuniárias envolve um juízo de proporcionalidade entre o ilícito e a penalidade"**, pressupondo, portanto, **"(...) a clara delimitação de cada um desses elementos**" ***(AI 769089 AgR/ Minas Gerais, Relatora Ministra Rosa Weber, 1ª Turma, caso julgado em 05/02/13).*** E mais: "**(...) A desproporção entre o desrespeito à norma tributária e sua consequência jurídica, a multa, evidencia o caráter confiscatório desta, atentando contra o patrimônio do contribuinte, em contrariedade ao mencionado dispositivo do texto constitucional federal (...)**" ***(ADI 551/Rio de Janeiro, Relator Ministro Ilmar Galvão, DJ 14/02/03).***

Assim, as multas aplicadas em desfavor dos autores, seja pelo descumprimento de obrigação principal, seja pelo descumprimento de obrigações acessórias, para evitar um caráter confiscatório, devem se limitar a cem por cento (100%) o valor do tributo.

No cálculo dos encargos legais, em especial pelo descumprimento de obrigação acessória, lembre-se que: "**A obrigação acessória, pelo simples fato da sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária**" (regra do artigo 113, § 3º, do Código Tributário Nacional).

Nada há de inconstitucional na incidência de juros de mora sobre a multa. Isso porque: "**A multa punitiva ou moratória representa sanção pelo descumprimento da prestação tributária (dar, fazer ou tolerar) e não se confunde com o tributo, nada obstante incluam-se no conceito de obrigação tributária principal unicamente pelo seu objeto (dar dinheiro ao Estado). A partir do momento em que se torna obrigação principal e é constituída pela notificação de lançamento ou auto de infração torna-se crédito tributário e passível se torna de sofrer os encargos da mora: juros e correção monetária. A incidência de juros sobre a multa não ofende qualquer princípio constitucional, apenas visa ressarcir o credor pela não- disponibilidade tempestiva de seu numerário**" ***(REsp 1146859/SC – Relatora: Min. ELIANA CALMON – Segunda Turma – j. 27.04.2010).***

Acesso ao Sumário

Em precedente semelhante, esta ***C. Câmara***, de relatoria deste signatário, com a participação dos ***eminentes Desembargadores Venício Salles*** e ***J. M. Ribeiro de Paula***, já teve oportunidade de se manifestar: **(1) AC 1007009-28.2015.8.26.0565 – julgado em 06/07/16 – votação unanime; (2) AC 1007015-35.2015.8.26.0565 – j. 14/09/16 – votação unânime.**

No mesmo diapasão é a jurisprudência deste ***E. Tribunal de Justiça*****: (1) AC 1007004-06.2015.8.26.0565 – Relator: Danilo Panizza – 1ª Câmara de Direito Público – julgado em 19.07.2016; (2) AC 1006947-85.2015.8.26.0565 – Relator: Paulo Galizia –10ª Câmara de Direito Público – julgado em**

25.07.2016; (3) AC 1006835-19.2015.8.26.0565 – Relator: Spoladore Dominguez – 13ª Câmara de Direito Público – j. 06.07.2016.

Nessa mesma linha, também é legítimo o cálculo da multa sobre o principal atualizado, pois: **"(...) 'A correção monetária nada mais é do que um mecanismo de manutenção do poder aquisitivo da moeda, não devendo representar, consequentemente, por si só, nem um *'plus'* nem um *'minus'* em sua substância. Corrigir o valor nominal da obrigação representa, portanto, manter, no tempo, o seu poder de compra original, alterado pelas oscilações inflacionárias positivas e negativas ocorridas no período' (REsp 1265580/RS, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, CORTE ESPECIAL, julgado em 21/03/12, DJe 18/04/12) (...)" *(AgRg no REsp 773.711/RS, Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, 4ª Turma, j. 18/12/12).***

Ressalte-se que: **"(...) Nos termos da remansosa jurisprudência desta E. Corte de Justiça, 'a correção monetária plena é mecanismo mediante o qual se empreende a recomposição da efetiva desvalorização da moeda, com o escopo de se preservar o poder aquisitivo original, sendo certo que independe de pedido expresso da parte interessada, não constituindo um *'plus'* que se acrescenta ao crédito, mas um *'minus'* que se evita' (EDcl no AgRg nos EREsp 517.209/PB, 1ª Seção, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe de 15/12/2008) (...)" *(REsp 900.791/RJ, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, Rel. p/ Acórdão Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, j. 15/03/11, DJe 02/05/11).***

É cabível a incidência da multa sobre o principal atualizado, dada a natureza do instituto da correção monetária frente à imposição da penalidade pelo descumprimento de obrigação acessória e/ou principal.

Além disso, acertadamente ponderou MM. Juíza de Direito *a quo* na sentença (fls. 1400): **"Os juros sobre a multa constantes no artigo 96, inciso II somente serão calculados sobre o débito a partir do segundo mês subsequente ao da notificação da lavratura do auto de infração. Assim, constata-se que tal ônus não consta no cálculo de fls. 55/60, mas apenas a atualização prevista no artigo 85, § 9º da Lei Estadual nº. 6.374/89".**

A título meramente ilustrativo, seguem abaixo outros precedentes dos diversos temas discutidos na ação em julgamentos proferidos por esta ***C. Seção de Direito Público***, incluindo esta ***E. Câmara***:

> *APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. MULTA TRIBUTÁRIA. OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. 1. Autuação por falta de pagamento do imposto e falta e atraso na escrituração de notas fiscais relativas à saída de mercadorias em operações não tributadas. Contribuinte que não contestou tais condutas, sendo incontroverso o descumprimento da lei. Validade da autuação. 2. Ausência de dolo e prejuízo ao erário em relação à obrigação acessória. Irrelevantes a natureza, efetividade e extensão dos efeitos do ato para a cominação da multa. Inteligência do artigo 136 do CTN. 3. Multa punitiva. Cálculo que não deve exceder a 100% do valor atualizado do tributo, sob pena de prática de efeito*

confiscatório. Precedentes do STF e desta Corte. Multa aplicada nos patamares de (a) 75% sobre o valor do imposto atualizado e (b) 5% e 1% sobre o valor da operação, sendo proporcional e razoável. Valor básico do tributo que deve ser atualizado, nos termos do artigo 85, § 9º da Lei nº. 6.374/1989. 4. Manutenção da sentença que julgou improcedentes os embargos, com a majoração da verba honorária (CPC, artigo 85, § 11). 5. Recurso não provido.

(AC 1000715-17.2022.8.26.0014 – Relator: Osvaldo de Oliveira – 12ª Câmara de Direito Público – j. 03/04/24);

Apelação Cível – Ação anulatória de débito fiscal – ICMS. Arguição de nulidade da sentença e do auto de infração combatidos, por ausência de submissão dos débitos à Comissão de Controle de Qualidade, prevista no artigo 2º, parágrafo único, da Portaria CAT nº. 115/2014. Inocorrência. Portaria que foi expressamente revogada pela Portaria SRE nº. 51/23, que não trouxe previsão normativa voltada a regular o mesmo assunto de que tratava a norma revogada. Regulamentação, ademais, que, mesmo se aplicada ao caso (por força do tempus regit actum), não causaria a nulidade do auto de infração combatido ou da sentença, já que a submissão dos AIIM's ao controle de qualidade não se constitua, de forma nenhuma, como pré-requisito essencial à lavratura ou à validade dos autos de infração. Preliminar rejeitada. Alegação de nulidade da decisão do TIT que julgou procedente o recurso especial interposto pelo fisco paulista, sob o fundamento de que, quando da prolação do acórdão, o relator abordou questões fático-probatórias discutidas nos autos – pretensa violação do entendimento do próprio Tribunal de Impostos e Taxas, no sentido de que tal análise não poderia ser feita naquele momento processual. Afastamento. Inexistência de nulidade. Preliminar afastada. No mérito, AIIM lavrado por ausência de recolhimento de ICMS em decorrência do desembaraço aduaneiro de mercadorias importadas e por supostos creditamentos indevidos do imposto. Importações que, em tese, foram feitas pela filial da Apelante, localizada no Estado de Alagoas. Conjunto probatório, no entanto, que evidencia que a real destinatária jurídica dos produtos importados era a matriz da empresa, com sede no Estado de São Paulo. O sujeito ativo da obrigação tributária de ICMS incidente sobre mercadoria importada é o Estado-membro no qual está domiciliado ou estabelecido o destinatário legal da operação que deu causa à circulação da mercadoria, com a transferência de domínio, conforme pacificado no julgamento do Tema de Repercussão Geral nº. 520 STF. Apelante que, na espécie, deixou de recolher o imposto ao Estado de São Paulo, onde está sediada a verdadeira destinatária das mercadorias importadas – presunção de legitimidade da autuação fiscal que não pode ser afastada sem prova inequívoca a cargo do contribuinte. Pretensão subsidiária de redução de juros e multa, sob a alegação de que estariam sendo aplicados em níveis confiscatórios, superiores à taxa SELIC – alegada vulneração à tese firmada no tema 1062 da sistemática

Acesso ao Sumário

da repercussão geral do C. STF. Inocorrência. Penalidades que, em verdade, foram aplicadas com respeito à legislação estadual vigente, que já dispunha, desde muito antes da lavratura do AIIM, que a atualização dos débitos fiscais deveria observar a taxa SELIC. Honorários advocatícios. Majoração, em grau recursal, nos termos do artigo 85, § 11º, do CPC. Recurso desprovido, com observação.

(AC 1021940-29.2021.8.26.0564 – Relator: Ricardo Anafe – 13ª Câmara de Direito Público – j. 27/03/24);

AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO FISCAL – EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE – Multa punitiva isolada (acessória) – Pendência de julgamento do Tema nº. 487 do Supremo Tribunal Federal, quanto ao caráter confiscatório da multa isolada por descumprimento de obrigação acessória – Dessa forma, é mais razoável aplicar-se o entendimento do Pretório Excelso quanto às demais espécies de multa punitiva, no sentido de que sejam limitadas a 100% do valor do tributo – Adequação da multa aplicada com fundamento no artigo 85, V, 'a' e 'c', da Lei Estadual nº. 6.374/89, a cem por cento do valor do tributo – Decisão judicial que afastou a incidência dos juros de mora com base na Lei nº. 13.918/09 – Operação que envolve mero cálculo aritmético e não compromete a presunção de certeza, liquidez e exigibilidade do título executivo – Mera retificação das CDA's – Recurso provido em parte.

(AI 2039715-78.2024.8.26.0000 – Relator: Osvaldo de Oliveira – 12ª Câmara de Direito Público – j. 07/03/24);

Tributário – Embargos à execução fiscal – ICMS – Laudo pericial conclusivo tocante a ausência de comprovação de pagamento total do imposto declarado em GIA – Débito devido – Descumprimento de obrigações acessórias – Dever legal autônomo que não se vincula ao cumprimento da obrigação principal, destinado à escorreita arrecadação e fiscalização dos tributos – Legitimidade parcial da autuação – Multa punitiva – Arbitramento da penalidade em valor que supera 100% do débito tributário – Inadmissibilidade – Redução que se impõe – Sentença reformada – Recurso parcialmente provido – Reexame necessário desprovido.

(AC 1001261-82.2016.8.26.0014 – Relator: Souza Meirelles – 12ª Câmara de Direito Público – j. 29/02/24);

PRELIMINAR – Arguição de nulidade – Prova produzida que não ensejou aplicação da Súmula 509, do STJ – Desistência de prova pericial pela parte – Alegação de que, não tendo o Juízo vislumbrado a boa-fé, a ele caberia a determinação de ofício – Inadmissibilidade – Iniciativa probatória pelo julgado quando presentes razões de ordem pública e igualitária – Arguição afastada. PRELIMINAR – Nulidade por inobservância à Portaria nº. CAT 115/2014 – Inadmissibilidade – Controle interno da Administração que não se reveste de pressuposto obrigatório para lavratura de autos de infração – Ato normativo secundário (Portaria) – Arguição afastada. APELAÇÃO – Tributário – Débito fiscal – Auto de infração – Depósito de mercadoria – Recebimento com documentação fiscal con-

Acesso ao Sumário

siderada inábil – Empresa emitente que teve as Inscrições Estaduais consideradas nulas desde a concessão por não existência de estabelecimentos – Ausência de comprovação de boa-fé – Procedimento administrativo – Regularidade – Arguição inviável – Prevalência da autuação. A pretensão de anulação de auto de infração que tem por motivação a constatação de recebimento de mercadorias para armazenagem mediante documentação considerada inábil (artigo 203, do RICMS), somente pode ser revista com demonstração suficiente e formal de que ocorreu vício no ato administrativo, não sendo a singela arguição de boa-fé suficiente para o desfazimento daquele procedimento, cujo trâmite tenha obedecido ao formalismo legal e regulamentar e atendido ao princípio da ampla defesa – Impossibilidade de redução da multa nos moldes do artigo 527-A, do RICMS – Não preenchimento dos requisitos – Parecer exarado pelo Representante Fiscal no Recurso ordinário perante o TIT acerca de outras autuações por infrações idênticas. Precedentes deste e de Superior Instância. Decisão mantida. Recursos desprovidos.
(AC 1001102-75.2023.8.26.0053 – Relator: Danilo Panizza – 1ª Câmara de Direito Público – j. 20/02/24);
Apelação Cível – Anulatória de AIIM – Falta de recolhimento de ICMS-ST na entrada de mercadorias advindas de outra unidade federativa – Violação ao artigo 426-A do RICMS – Alegação de que a autuação se deu por mera presunção sustentada em amostragem – Operações registradas pela própria contribuinte, que não logrou demonstrar o pagamento do tributo devido, tendo, inclusive, intentado o parcelamento do débito, com confissão expressa da dívida – Procedimento fiscalizatório escorreito – Autuação mantida – Penalidade fixada em 50% do valor do imposto devido, na forma do artigo 85, I, 'e' da Lei Estadual nº. 6.374/1989 – Caráter confiscatório não verificado, à luz da jurisprudência do E. STF em casos similares, a qual somente reputa inconstitucionais as sanções superiores a 100% do imposto a ser pago – Protesto extrajudicial da CDA – Legalidade e constitucionalidade chancelada pelo STJ e STF, no julgamento do Tema 777 na ADI nº. 5135, respectivamente – Recurso da autora desprovido.
(AC 1059292-41.2017.8.26.0053 – Relatora: Luciana Bresciani – 2ª Câmara de Direito Público – j. 27/09/23);
APELAÇÃO CÍVEL. 1. Embargos à execução fiscal – Multa tributária – Descumprimento de obrigação acessória – Entrega de arquivos digitais com informações incompletas – Validade da autuação – Ausência de dolo e prejuízo ao erário – Natureza, efetividade e extensão dos efeitos do ato infrator que são irrelevantes para a cominação da multa – Exegese do artigo 136 do Código Tributário Nacional – Efeito confiscatório da sanção – Inocorrência – Valor da multa que não se revela desproporcional ou irrazoável, ainda que incida sobre o valor total das operações – Correspondência com o período objeto da autuação – Penalidade que foi reduzida para cinquenta por cento (50%) do valor aplicado – Juros de

Acesso ao Sumário

mora sobre a multa – Viabilidade – Ressarcimento do credor pela não disponibilidade tempestiva de seu numerário – Cálculo da multa sobre o principal atualizado – Cabimento – Precedentes jurisprudenciais – Procedência parcial dos embargos à execução fiscal – Manutenção da sentença. 2. Recurso não provido.

(AC 1009724-16.2015.8.26.0477 – Relator: Osvaldo de Oliveira – 12ª Câmara de Direito Público – j. 20/06/23);

Apelação. Tributário. Anulação de auto de infração de ICMS. Glosa de créditos. Apuração do Fisco feita por amostragem. Possibilidade. Presunção legal que não foi desconstituída pelo contribuinte, ônus que lhe competia. Registro na contabilidade da empresa de dinheiro cuja origem não se comprova. Existência de notas fiscais quitadas, mas mantidas no passivo da sociedade. Atuações devidas. Pagamento de fatura com valores não registrados na contabilidade. Presunção de saída de mercadorias tributadas, mas não escrituradas. Autuações devidas, seja pela falta de pagamento do imposto, seja pelo descumprimento de escrituração. Aquisição e estocagem de mercadorias de fornecedor declarado inidôneo em momento posterior às transações. Manutenção do crédito que é condicionada à comprovação das operações e da boa-fé do comprador. Súmula 509 STJ. Boa fé não comprovada. Autuações devidas. Entrega ao Fisco de arquivos sem condições de leitura e tratamento de dados. Descumprimento de obrigação acessória. Autuação devida. Multa punitiva, pelo descumprimento de obrigação principal, que não pode exceder a 100% de quanto seria devido com o recolhimento do tributo. Multas punitivas isoladas. Descumprimento de obrigação acessória. Análise casuística. Observância dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Penalidade que ultrapassa o montante principal. Adequação necessária. Correção monetária da base de cálculo das multas devida a partir do momento da infração. Juros a partir do prazo de vencimento para pagamento da autuação. Recurso da autora parcialmente provido e improvido o da ré.

(AC 1004468-47.2016.8.26.0319 – Relator: Fernão Borba Franco – 7ª Câmara de Direito Público – j. 19/09/22);

APELAÇÃO CÍVEL – ICMS – AIIM – CREDITAMENTO INDEVIDO – NOTAS FISCAIS DECLARADAS INIDÔNEAS – MULTA PUNITIVA ISOLADA (ACESSÓRIA) – Pendência de julgamento do Tema nº. 487 do Supremo Tribunal Federal, quanto ao caráter confiscatório da multa isolada por descumprimento de obrigação acessória decorrente de dever instrumental – Dessa forma, é mais razoável aplicar-se o entendimento do Pretório Excelso quanto às demais espécies de multa punitiva, no sentido de que sejam limitadas a 100% do valor do tributo. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – Diante da iliquidez do proveito econômico obtido, não é possível identificar-se que a verba honorária fixada nos termos do artigo 85, § 3º, do Código de Processo Civil seja excessiva – Para fundamentar tal tese, poderia a apelante ter apresentado uma estimativa do valor do proveito

Acesso ao Sumário

econômico, mas assim não procedeu – Portanto, não é possível deduzir-se que, de fato, a verba merece ser reduzida – Pedido inicial julgado procedente – Confirmação da sentença – Reexame necessário, dado por interposto, e recurso de apelação não providos.

(AC 1062883-06.2020.8.26.0053 – Relator: Osvaldo de Oliveira – 12ª Câmara de Direito Público – j. 17/11/21);

AGRAVO DE INSTRUMENTO – Execução fiscal – ICMS – Exceção de pré-executividade – Acolhimento parcial – Pretensão de reforma – Impossibilidade – Cabimento do oferecimento da exceção para se discutir matéria que independe de dilação probatória – Multa acessória – Fixação em montante superior a 100%do valor do tributo – Natureza confiscatória – Limitação que se impõe – Excesso de execução verificado – Agravo desprovido.

(AI 3005447-83.2021.8.26.0000 – Relatora: Maria Olívia Alves – 6ª Câmara de Direito Público – j. 26/10/21)*;*

AGRAVO DE INSTRUMENTO – Execução Fiscal – Inconformismo diante de decisão que acolheu exceção de pré-executividade para limitar a taxa de juros à SELIC e a multa punitiva ao valor do débito principal, determinando a adequação dos valores – Adequação de multa punitiva a 100% do valor do imposto devido – Multa aplicada em 35% sobre o valor da operação, nos termos do artigo 85, II, 'c', da Lei nº. 6.374/89, montante que resulta em valor superior a 100% do valor do imposto devido – Entendimento consolidado pelo C. STF, no sentido de que são confiscatórias as multas fixadas em 100% ou mais do valor do tributo devido – Análise casuística da proporcionalidade e razoabilidade das multas punitivas isoladas, aplicadas em razão do descumprimento de obrigação tributária acessória – Redução que se afigura de rigor, de modo a evitar o caráter confiscatório – Afastada a incidência dos juros moratórios previstos na Lei Estadual nº. 13.918/09, que alterou a Lei Estadual nº. 6.374/89, determinando a adequação das CDAs, e, em razão da sucumbência, fixou honorários advocatícios em favor da executada – Possibilidade – Devida a condenação da Fazenda Pública ao pagamento de honorários advocatícios, por aplicação do princípio da causalidade – Precedentes deste Egrégio Tribunal – Fixação dos honorários advocatícios com base no valor da condenação ou do proveito econômico obtido, nos termos do § 3º do artigo 85 do CPC – Viabilidade – Honorários advocatícios que só podem ser fixados com base na equidade de forma subsidiária, quando não for possível o arbitramento pela regra geral ou quando inestimável ou irrisório o valor da causa – Impossibilidade in casu – Honorários que devem ser fixados com base no valor da condenação/proveito econômico obtido – Entendimento consolidado pelo STJ – Decisão mantida – Recurso desprovido.

(AI 3005217-41.2021.8.26.0000 – Relator: Oscild de Lima Júnior – 11ª Câmara de Direito Público – j. 05/10/21);

AGRAVO DE INSTRUMENTO. Pretensão à reforma da r. decisão que

Acesso ao Sumário

acolheu em parte embargos de declaração opostos de r. decisum para determinar a cobrança da multa sobre "o valor da operação ou prestação", afastando-se a determinação da redução da multa ao patamar de 100% do valor do tributo correspondente. Execução Fiscal. PENA DE MULTA. Cabível a imposição de multa pelo descumprimento de obrigação acessória, pelo simples fato de sua inobservância. O C. STF firmou entendimento de que o valor da obrigação principal deverá funcionar como limitador da norma sancionatória, configurando abusividade na arbitração de multa acima de 100% (cem por cento) do valor da obrigação principal. Entendimento jurisprudencial deste E. TJSP, inclusive desta C. 8ª Câmara de Direito Público. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. Possibilidade de condenação da Fazenda Pública ao pagamento de honorários advocatícios em decorrência da extinção da Execução Fiscal pelo acolhimento de Exceção de Pré-Executividade, o que não ocorreu no caso em testilha. RECURSO DESPROVIDO.

(AI 3001171-09.2021.8.26.0000 – Relator: Antônio Celso Faria – 8ª Câmara de Direito Público – j. 21/05/21);

Apelação. Mandado de Segurança. ICMS. Pretensão de anulação do AIIM nº 4.090.930-0. Não cabimento. Suposta ausência de parecer da Comissão de Controle de Qualidade. Procedimento que constitui controle interno, anterior à lavratura do AIIM. Ato que é dispensado nas hipóteses do artigo 8º da Portaria CAT nº. 115/2014. Juros de mora e multa. Inconstitucionalidade de juros de mora que excedam a taxa exigida para tributos federais. Acolhimento parcial do Incidente de Inconstitucionalidade registrado sob nº. 0170909-61.2012.8.26.0000 pelo C. Órgão Especial desta Corte. Adequação à taxa SELIC que não afeta a liquidez e a exigibilidade do título. Redução da multa para 30%, por aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Adesão ao programa de parcelamento. Questão que se insere no âmbito de discricionariedade da Administração Pública. Sentença parcialmente reformada. Recurso parcialmente provido.

(AC 1015217-77.2018.8.26.0053 – Relatora: Paola Lorena – 3ª Câmara de Direito Público – j. 06/08/19);

AÇÃO ANULATÓRIA. ICMS. AIIM nº. 3.158.412-3 de 26-10-2011. Controle de qualidade. IPI. Base de cálculo do ICMS. Convênio ICMS 52/91. Redução da base de cálculo. Transferência de mercadoria. Matriz e filial. Entrega parcial e futura. Bonificação, doação ou brinde. Devolução de mercadoria. Vendas canceladas. Limitação ao crédito. Creditamento indevido de ICMS. Lançamento em duplicidade. Infração. Multa administrativa. Mercadorias remetidas para demonstração. Juros de mora. LE nº. 13.918/09. Taxa Selic. 1. Controle de qualidade. Trata-se de medida que tem por objetivo salvaguardar os interesses tanto da Fazenda Estadual quanto do contribuinte, evitando-se erros que possam prejudicá-los, a teor da Portaria CAT nº. 21/99, revogada pela Portaria CAT nº. 115/14. Não constitui pré-requisito essencial à lavratura e validade do auto de

Acesso ao Sumário

infração (artigo 142 do CTN e artigo 34 da LE nº. 13.457/09). Não atendimento ou atendimento em termos divergentes que não implica desconstituição da autuação. Ausência de vícios ou irregularidades específicas capazes de ensejar a declaração de nulidade. Preliminar rejeitada. 2. IPI. Base de cálculo. ICMS. O artigo 155, § 2º, XI da CF exclui da base de cálculo do ICMS o montante do IPI quando a operação, realizada entre contribuintes e relativa a produto destinado à industrialização ou à comercialização, configurar fato gerador dos dois impostos. Artigo 37, § 1º, '3' do RICMS/2000 que reproduz o comando constitucional. Ausência de demonstração de que os produtos acobertados pelas notas fiscais dos itens I.1, I.5 e I.6 da autuação eram destinados à industrialização ou à comercialização. 3. Convênio ICMS 52/91. Redução da base de cálculo. O Convênio ICMS 52/91 concede redução da base de cálculo do ICMS nas operações com equipamentos industriais e implementos agrícolas, trazendo rol com a descrição e respectiva NCM/SH das máquinas, aparelhos e equipamentos industriais (Anexo I) e das máquinas e implementos agrícolas (Anexo II) abrangidos pelo benefício. Autora que impugna apenas genericamente o lançamento, não indicando qual é a NCM/SH de cada um dos produtos descritos nas notas fiscais autuadas. Cotejo entre as mercadorias consignadas nas notas fiscais e nos Anexos I e II do Convênio inviabilizado pela ausência de documentos. 4. Transferência de mercadoria. Matriz e filial. A transferência de mercadoria de um estabelecimento da empresa para outro não constitui ato de mercancia, pois não implica em transferência da titularidade do bem. Sem mudança da titularidade, não há incidência de ICMS, conforme assentado na Súmula STJ nº. 166, reafirmada em IBM Brasil Indústria Máquinas e Serviços Ltda. vs. Fazenda Estadual, REsp 1.125.133/SP, STJ, 1ª Seção, Rel. Luiz Fux, 25-08-2010, recurso repetitivo. Hipótese em que a transferência da mercadoria entre os estabelecimentos da empresa não enseja a incidência de ICMS. A autora tem razão. 5. Entrega parcial e futura. Inexistem nos autos elementos capazes de suportar a afirmação de que a tributação ocorreu apenas quando da saída das mercadorias, em momento posterior aos pagamentos documentados pelas notas fiscais. Autuação mantida. 6. Bonificação, doação ou brinde. O artigo 457, I, 'b' do RICMS/2000 prevê que quando o contribuinte adquirir brindes para distribuição por intermédio de outro estabelecimento (filial, sucursal, agência, concessionário ou outro qualquer), cumulada ou não com a distribuição direta a consumidor ou usuário final, deverá emitir, por ocasião da remessa ao estabelecimento destinatário, nota fiscal com destaque do valor do imposto, incluindo no valor da mercadoria adquirida a parcela do IPI lançado pelo fornecedor; era assim que a autora deveria ter procedido, mas não o fez. O artigo 24, § 1º, '1' da LE nº. 6.374/89 previa a inclusão na base de cálculo do ICMS de 'todas as importâncias, despesas acessórias, juros, acréscimos, bonificações ou outras vantagens a qualquer título recebidas pelo contribuinte, excluídos os descontos ou

Acesso ao Sumário

abatimentos incondicionalmente concedidos'; a redação foi alterada pela LE nº. 10.619/00, incluindo-se na base de cálculo do tributo os descontos concedidos sob condição. A autora não demonstra que a nota fiscal nº. 000736 acoberta remessa de mercadoria em bonificação incondicional para cliente. 7. Devolução de mercadoria. As notas fiscais nº. 009882, 010244, 011683, 012081, 013387, 013488, 013493, 013594, 013595, 017676, 017707, 021156 e 021559, relativas à devolução de mercadorias, foram corretamente emitidas, com o destaque do imposto devido, mas incorretamente registradas como sendo operações isentas ou não tributadas. Autora que se limita a afirmar que não se valeu do crédito a que faria jus em razão da aquisição de mercadorias, que não houve prejuízo ao erário, e que sua conduta está amparada pelo princípio da não cumulatividade do ICMS, previsto no artigo 155, § 2º, I da CF; mas nada nos autos suporta suas alegações. 8. Vendas canceladas. A autora não demonstrou o cumprimento das exigências do artigo 453 do RICMS/2000. Diversas notas fiscais foram escrituradas como se referentes a operações canceladas, mas a circulação das mercadorias teria efetivamente ocorrido e a escrituração sido realizada incorretamente. Autora não traz qualquer elemento capaz de ilidir a afirmação da autoridade administrativa. 9. Limitação ao crédito. Observa-se do cotejo entre notas fiscais e respectivos registros que a autora procedeu ao lançamento do ICMS em valor superior ao destacado nas notas fiscais. 10. Infração. Crédito indevido. Lançamento em duplicidade. A responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato, pouco importando que a infração tenha sido cometida sem má-fé, dolo, fraude ou simulação. Inteligência do artigo 136 do CTN. 11. Multa administrativa. O STF pacificou o entendimento de que a vedação inserida no artigo 150, IV da CF alcança a multa moratória e também a multa administrativa, mas sem definir o parâmetro admissível da sanção. Tem-se por certo que a incidência sobre o valor da operação, em especial quando a multa ultrapassa o valor do tributo, destoa da limitação ao poder de tributar; os percentuais se mantêm, mas as multas não poderão ultrapassar o valor do tributo não recolhido, objeto de específica reprovação do Supremo Tribunal Federal. A autora tem razão. 12. Mercadorias remetidas para demonstração. A remessa de mercadorias para demonstração que não retornar ao estabelecimento de origem no prazo de 60 dias configura fato gerador do ICMS. A autora não demonstrou o retorno das mercadorias, a implicar a incidência do tributo. Fazenda tem razão. 13. Juros de mora. LE nº. 13.918/09. Taxa Selic. A taxa de juros não pode exceder aquela utilizada pela União para os mesmos fins, que na atualidade é a taxa Selic, nos termos do artigo 13 da LF nº. 9.905/95, conforme decidido pelo Órgão Especial deste Tribunal no incidente de inconstitucionalidade nº. 0170909-61.2012, 27-2-2013, Rel. Paulo Dimas Mascaretti. Parcial procedência. Recurso da autora e da Fazenda parcialmente providos.

Acesso ao Sumário

(AC 1009180-90.2014.8.26.0597 – Relator: Torres de Carvalho – 10ª Câmara de Direito Público – j. 27/06/16).

Por fim, considerando que os honorários não se compensam, em caso de sucumbência parcial (artigo 85, § 14º, do Código de Processo Civil), a verba deve ser distribuída em face das partes na proporção do proveito econômico obtido por cada uma delas e não por equidade, observando-se o escalonamento previsto no comando do artigo 85, §§ 3º e 5º, do Código de Processo Civil vigente.

Decidiu o ***E. STJ***:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. JULGAMENTO MONOCRÁTICO. CONFIRMAÇÃO PELO COLEGIADO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CRITÉRIOS DE ARBITRAMENTO. DECISÃO MANTIDA.

1. A decisão monocrática que dá provimento a recurso especial, com base em jurisprudência consolidada desta Corte, encontra previsão nos artigos 932, V, do CPC/2015 e 255, § 4º, III, do RISTJ, não havendo falar, pois, em nulidade por ofensa à nova sistemática do Código de Processo Civil. Ademais, a interposição do agravo interno, e seu consequente julgamento pelo órgão colegiado, sana eventual nulidade.

2. A Segunda Seção do STJ, no julgamento do ***REsp nº. 1.746.072/PR****, entendeu que* ***'o § 2º do artigo 85 do CPC de 2015 veicula a regra geral e obrigatória de que os honorários advocatícios sucumbenciais devem ser fixados no patamar de 10% a 20%: (I) do valor da condenação; ou (II) do proveito econômico obtido: ou (III) não sendo possível mensurá-lo, do valor atualizado da causa', relegando 'ao § 8º do artigo 85 a instituição de regra excepcional, de aplicação subsidiária, para as hipóteses em que, havendo ou não condenação: (I) for inestimável ou irrisório o proveito econômico obtido; ou (II) for muito baixo o valor da causa',*** *afastando-se ainda o entendimento de que o referido § 8º - que possibilita a fixação dos honorários por equidade poderia ser utilizado nas causas de grande valor (Relator para acórdão o Ministro RAUL ARAÚJO, DJe de 29/3/2019).*

3. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no REsp 1883970/PR, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 21/02/2022, DJe 25/02/2022).

Tal entendimento foi reafirmado no julgamento do ***Tema 1076/STJ***: **"A fixação dos honorários por apreciação equitativa não é permitida quando os valores da condenação, da causa ou proveito econômico da demanda forem elevados. É obrigatória nestes casos a observância de percentuais previstos nos parágrafos 2º e 3º do artigo 85 do CPC, a depender da Fazenda Pública na lide, os quais serão subsequentemente calculados sobre o valor: a) da condenação, b) do proveito econômico obtido, c) do valor atualizado da causa".**

Havendo regra expressa no Código de Processo Civil vigente sobre os

Acesso ao Sumário

critérios de fixação dos honorários advocatícios, tais parâmetros devem ser reverenciados, sendo inaplicável, na espécie, o disposto no artigo 85, § 8º, do Código de Processo Civil, cujo comando incide apenas nas hipóteses em que ***(i)*** for inestimável ou irrisório o proveito econômico obtido ou ***(ii)*** for muito baixo o valor da causa.

Nesses termos, reforma-se parcialmente a sentença (fls. 1390/1400) e ***julga-se parcialmente procedente a ação*** para: ***(i)*** determinar que as multas aplicadas em desfavor dos autores, seja pelo descumprimento de obrigação principal, seja pelo descumprimento de obrigações acessórias, para evitar um caráter confiscatório, devem se limitar a cem por cento (100%) do valor do tributo; e ***(ii)*** fixar a verba honorária em favor das partes litigantes na proporção do proveito econômico obtido por cada uma delas, observando-se o escalonamento previsto no comando do artigo 85, §§ 3º e 5º, do Código de Processo Civil vigente, em seu percentual mínimo. Quanto ao restante, mantém-se a sentença de mérito, sem ressalvas de outra ordem.

É o que se decide.

Posto isso, **dá-se provimento ao recurso, em parte apenas.**

Apelações/Remessas Necessárias

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação/Remessa Necessária nº 1041019-72.2021.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é recorrente JUÍZO *EX OFFICIO* e Apelante/Apelado INSTITUTO TOMIE OHTAKE, é apelado/apelante MUNICÍPIO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 14ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos. V.U. Sustentou oralmente a Dra. Virginia Veridiana Barbosa Garcia OAB/SP 155190.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.248)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores REZENDE SILVEIRA (Presidente) e GERALDO XAVIER.

São Paulo, 13 de junho de 2024.

WALTER BARONE, Relator

Ementa: AÇÃO ORDINÁRIA. São Paulo. Pleito de anulação de decisões administrativas que revisaram o direito à isenção fiscal anteriormente concedida e

Acesso ao Sumário

determinaram o lançamento do IPTU referente aos exercícios de 2011 a 2017. Sentença de parcial procedência, para o fim de (i) declarar a nulidade do lançamento dos créditos de IPTU referentes aos exercícios de 2011 e 2012, em razão da decadência e (ii) declarar a nulidade do lançamento dos créditos tributários de IPTU referentes aos exercícios de 2016 e 2017, por violação à expressa previsão do art. 18-A da Lei Municipal nº 6.989/1966. Remessa Necessária e recurso voluntário de ambas as partes. Descabimento. Prazo decadencial quinquenal para a Fazenda Pública efetuar revisão de ofício iniciado no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido realizado. Revisão efetivada em outubro de 2018. Decadência configurada, portanto, quanto ao direito de constituir os créditos de IPTU referentes aos exercícios de 2011 e 2012. Inteligência dos artigos 149, parágrafo único e 173, I, do CTN. Concessão tão somente de isenção parcial dos tributos referentes aos exercícios de 2013 a 2015. Possibilidade. Isenção tributária conferida às entidades culturais sem fins lucrativos sobre imóveis cedidos em comodato, por escritura pública ou documento particular devidamente registrado. Alteração substancial da área objeto do comodato original através de aditamento, que somente foi levado a registro em 2016. Corretamente mantida, portanto, a negativa de isenção sobre referida área agregada, antes do registro do título. Indeferimento administrativo da isenção de IPTU dos exercícios de 2016 e 2017, em virtude de alegada intempestividade do pedido. Impossibilidade. Manutenção automática do benefício pelos exercícios seguintes que independe de requerimento administrativo. Inteligência do artigo 18-A, da Lei Municipal 6.989/66. Incabível a fixação dos honorários advocatícios por apreciação equitativa, nos termos do entendimento firmado pelo C. STJ no julgamento do REsp nº 1.850.512/SP (Tema nº 1.076). De rigor a observância dos percentuais e escalonamentos previstos no § 3º do art. 85 do CPC, como fixado na origem. Sentença mantida. Aplicação do art. 252 do RITJSP. Majoração dos honorários ad-

Acesso ao Sumário

vocatícios de sucumbência em 1%, nos termos do § 11 do art. 85 do CPC. Reexame necessário e apelos não providos.

VOTO

Trata-se de recursos de apelação interpostos por ambas as partes e de Reexame Necessário da r. sentença que, em ação ordinária, julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na inicial, para o fim de "*(i) declarar a nulidade do lançamento dos créditos de IPTU referentes aos exercícios de 2011 e 2012, relativos aos imóveis indicados na inicial, visto que operada a decadência, nos termos do art. 173, I, do Código Tributário Nacional; e (ii) declarar a nulidade do lançamento dos créditos tributários de IPTU referentes aos exercícios de 2016 e 2017, relativos aos imóveis indicados na inicial, por violação à expressa previsão do art. 18-A da Lei Municipal nº 6.989/1966, tudo conforme os fundamentos da presente sentença*.". Em relação aos ônus de sucumbência, decidiu-se que: "*Diante da sucumbência recíproca, condeno as partes ao pagamento dos honorários advocatícios do procurador da parte adversa. Uma vez que a sentença é ilíquida, os honorários ficam arbitrados em 10% sobre o valor atualizado do proveito econômico que cada parte obterá, o que será aferido por ocasião da conta de liquidação, respeitado, ainda, o escalonamento previsto no art. 85, § 3º e incisos, do CPC, caso o proveito econômico ultrapasse 200 (duzentos) salários-mínimos (art. 85, § 3º, inciso I). O pagamento das custas e despesas processuais deverá ser dividido, igualmente, na proporção do proveito econômico. A Fazenda Pública, todavia, é isenta da taxa judiciária*.".

Opostos embargos de declaração por ambas as partes, eles foram rejeitados (fls.2.470).

A parte autora sustenta, em seu recurso de apelação, que: 1) é incontroverso que possui direito à isenção do IPTU lançado sobre o imóvel onde realiza a sua atividade cultural, nos termos da Lei Municipal nº 13.672/2003; 2) não houve alteração da área do comodato no aditamento contratual citado na sentença; 3) no contrato de comodato, as partes citaram apenas as áreas privativas, correspondentes à área real e efetivamente ocupada pela unidade autônoma e, no aditamento, especificaram quais as áreas comuns e áreas totais dos imóveis; 4) as áreas privativas mencionadas no contrato já arrastavam, pela própria estrutura jurídica e material das edificações em condomínio, as áreas comuns condominiais que lhes correspondiam; 5) deve ser também declarada a nulidade do lançamento dos créditos tributários de IPTU referentes aos exercícios de 2013, 2014 e 2015; 6) a área objeto do instrumento original e de seu aditivo são as mesmas que Municipalidade apelada reconheceu como isenta em exercícios diversos, tendo sido objeto dos mesmos números de contribuinte imobiliário (SQL 083.007.0069-2 e 083.007.0051-1), com as mesmas áreas objeto dos

Acesso ao Sumário

lançamentos tributários, que o Instituto ocupa, em sua totalidade, desde 2001; 7) acolhido o fundamento de que a isenção é automática, sendo renovada nos termos do art. 18-A da Lei Municipal nº 6.989/1966, deve ser afastado o não reconhecimento da isenção para os exercícios de 2013 a 2015; 8) em demanda tendo por objeto o IPTU dos exercícios de 2018 a 2021, teve seu pleito julgado totalmente procedente.

A Municipalidade ré, por sua vez, também apresentou recurso de apelação, sustentando que: 1) o direito de lançamento dos IPTUs referentes aos exercícios de 2011 e 2012 não foi atingido pela decadência; 2) não obstante a legislação municipal possibilite a aplicação da isenção para os exercícios posteriores, tal disposição não confere direito adquirido ao contribuinte e não dispensa seja comprovado o atendimento das demais condições presentes na legislação municipal; 3) é válida a exigência da apresentação de requerimento anual para conferir isenção, que pode ser revogada em determinados casos; 4) os pedidos de isenção de IPTU formulados para os exercícios 2016 e 2017 foram apresentados intempestivamente, motivo pelo qual não se aplica o benefício na hipótese; 5) não se vislumbra qualquer razão para que a isenção, que tem por escopo fomentar a execução de atividades artísticas, alcance também as áreas comuns e totais dos imóveis, devendo ser limitada apenas e tão somente às áreas privativas e úteis; 6) devem ser reduzidos os honorários advocatícios arbitrados na origem, ante o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade.

Ambos os recursos foram respondidos.

Houve oposição ao Julgamento Virtual (fls. 2.561).

É o relatório.

Inicialmente, na medida em que foram interpostos recursos por ambas as partes, elas continuarão a ser identificadas como parte autora e parte ré.

A r. sentença deve ser confirmada pelos seus próprios e bem deduzidos fundamentos, que ficam aqui inteiramente adotados como razão de decidir para negar provimento aos recursos, nos termos do art. 252 do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal de Justiça, que assim estabelece:

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

O indisfarçado propósito da referida norma regimental é, por um lado, evitar inútil repetição da fundamentação e, por outro, cumprir o princípio constitucional da razoável duração do processo.

O Colendo STJ tem prestigiado este entendimento ao reconhecer, predominantemente, "*a viabilidade de o órgão julgador adotar ou ratificar o juízo de valor firmado na sentença, inclusive transcrevendo-a no acórdão, sem que tal medida encerre omissão ou ausência de fundamentação no decisum*" (REsp nº662.272-RS, 2ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. de 4.9.2007;

Acesso ao Sumário

REsp nº641.963- ES, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, j. de 21.11.2005; REsp nº592.092- AL, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 17.12.2004).

É de se consignar que a r. sentença, que julgou parcialmente procedente a ação ordinária, deixou assentado que:

> "Cinge-se a presente controvérsia à aferição do direito da autora à isenção tributária do IPTU, nos termos do que preceituam o art. 18, II, b, da Lei Municipal nº 6.989/1966 e os arts. 1º e 3º da Lei Municipal nº 13.672/2003, incidente, segundo sustenta a requerente, sobre a área total dos imóveis em que exerce suas atividades culturais.
>
> O caso é de parcial procedência, conforme se verá adiante.
>
> Inicialmente, registro que, ao contrário do alegado pela autora, a Lei Federal nº 9.784/1999 aplica-se tão somente ao processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta, conforme expressa dicção do seu art. 1º. Assim, na espécie dos autos, no que concerne ao direito do Fisco de efetuar o lançamento do crédito tributário em discussão, deve-se observar o disposto no Código Tributário Nacional, o qual, em seu art. 173, I, estabelece que "O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue- se após 5 (cinco) anos, contados: I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado".
>
> Assim, uma vez que, ao revisar de ofício a decisão que concedera a isenção de IPTU, tem-se por efeito o lançamento dos créditos respectivos e, tendo em vista que a decisão de revisão de ofício a fls. 432/433 data de 16/10/2018, ela tem o condão de atingir os créditos constituídos a partir de 16/10/2013, isto é, até cinco anos antes. Desta feita, considerando ainda que a data de ocorrência do fato gerador do IPTU é o dia 1º de janeiro de cada ano civil, o direito do Fisco de lançar os créditos tributários respectivos decaiu em relação aos impostos devidos até a data em questão (16/10/2013), isto é, somente o IPTU devido a partir de 01 de janeiro de 2013 e aqueles cujo fatos geradores sejam posteriores a esta data é que podem ser objeto do controvertido lançamento tributário, nos termos do inciso I do art. 173 do CTN, acima transcrito, não podendo subsistir os lançamentos relativos aos anos de 2011 e 2012.
>
> Por oportuno, cabe consignar que o art. 18-A da Lei Municipal nº 6.989/1966, de acordo com o qual "Uma vez deferido o pedido de desconto ou isenção, o benefício será mantido pela autoridade tributária, automaticamente, para exercícios posteriores àquele do requerimento, devendo o contribuinte ser convocado, dentro do período decadencial do lançamento, a fim de comprovar o cumprimento das exigências legais para sua concessão", não concede a benesse tributária *ad eternum* e independentemente de quaisquer outras exigências, conforme expressamente prevê a parte final do dispositivo. Pela simples leitura do texto legal, verifica-se que, dentro do período decadencial do lançamento, deve o contribuinte ser convocado para comprovar o cumprimento das exigências legais para a concessão da isenção.

Acesso ao Sumário

Pois bem. A respeito da isenção tributária em questão, assim preveem os arts. 1º e 3º da Lei Municipal nº 13.672/2003:

Art. 1º - Fica concedida isenção do Imposto Predial e Territorial Urbano incidente sobre imóveis cedidos em comodato, por escritura pública ou documento particular devidamente registrado, a entidades culturais sem fins lucrativos, à União, aos Estados, aos Municípios, a autarquias e fundações públicas, desde que sejam utilizados efetiva e comprovadamente na consecução de atividades culturais, durante o prazo de comodato.

Art. 3º - A concessão dos benefícios referidos nos artigos 1º e 2º desta lei está subordinada ao atendimento dos seguintes requisitos pela entidade que ocupar o imóvel: I - não distribuir qualquer parcela de seu patrimônio ou de suas rendas, a qualquer título; II - aplicar integralmente, no País, seus recursos na manutenção dos seus objetivos institucionais; III - manter escrituração de suas receitas e despesas em livros revestidos de formalidades capazes de assegurar sua exatidão. Parágrafo único - Na falta do cumprimento do disposto neste artigo, a autoridade competente poderá suspender a aplicação do benefício. Em relação ao preenchimento dos requisitos previstos nos incisos do art. 3º da Lei, não há controvérsia em relação aos anos de 2013 a 2015, visto que mesmo o Município de São Paulo concorda que foram devidamente demonstrados pelo Instituto contribuinte, dado que reconheceu o direito à isenção, embora de forma parcial.

A respeito de tal questão, aliás, com razão a Municipalidade. Prevê o art. 1º da Lei Municipal nº 13.672/2003, acima transcrito, que o contrato de comodato através do qual cedido o imóvel cuja isenção de IPTU se pretende deve ser objeto de escritura pública ou documento particular devidamente registrado. Ocorre que o aditamento acostado a fls. 86/89, embora firmado em 06/05/2002, apenas foi levado a registro em 2016, circunstância que impede o reconhecimento do direito à isenção sobre a totalidade da área nele descrita.

No que concerne à área objeto do contrato de comodato datado de 26/11/1999 (fls. 81/85) e àquela objeto do aditamento de 06/05/2002 (fls. 86/89), verifica-se substancial diferença, o que afasta a alegação do autor de que o aditamento apenas teve por objetivo especificar as áreas que já haviam sido cedidas em comodato em 1999. Com efeito, a cláusula primeira do contrato de comodato (fls. 81), descreve que a cessão operada o foi em relação ao "1º) o pavimento térreo do prédio da Avenida Brigadeiro Faria Lima, nº 255, com área de 2.208 metros quadrados; 2º) o pavimento térreo do prédio da Avenida Pedroso de Moraes, nº 1.217, com área de 1.653 metros quadrados; 3º) o pavimento intermediário, com área de 136 metros quadrados, situado na sobreloja edificada entre os mencionados prédios das Avenidas Brigadeiro Faria Lima e Pedroso de Moraes".

Por outro lado, o item 2 do aditamento ao contrato de comodato (fls. 87) expressamente reconhece que "a área atualmente ocupada pelo Instituto

Acesso ao Sumário

nos aludidos imóveis é totalmente diferente da cedida efetivamente em comodato" e, portanto, promove a alteração da cláusula primeira do contrato original para que conste "4.936,848 metros quadrados no edifício da Avenida Brigadeiro Faria Lima, nº 201 (antigo nº 255) e 2.922,560 metros quadrados no edifício da Avenida Pedroso de Moraes, nº 1.201 (antigo nº 1.217)".

O simples cotejo das previsões contratuais acima transcritas evidencia que houve significativa alteração na área objeto do comodato original em relação ao aditamento levado a registro em 2016. Assim, constatado o aumento da área cedida, de rigor, para efeito de reconhecimento da isenção pretendida, que o aditamento fosse objeto de registro público nos termos da previsão expressa do art. 1º da Lei Municipal nº 13.672/2003, o que, conforme já consignado, apenas ocorreu em 2016. Deve permanecer hígida, portanto, a decisão de deferimento parcial da isenção em relação aos créditos de IPTU de 2013 a 2015.

No mais, não merece guarida a alegação de que a isenção é vinculada à atividade e não à área do imóvel em que exercida (fls. 23). Com efeito, ao determinar que o comodato seja objeto de registro público, o que se pretende é aferir, por meio de documento que goza de fé pública, as exatas condições em que cedido o imóvel onde executada a atividade cultural, subministrando-se as informações necessárias para aferição da exata extensão do direito à isenção tributária. Além disso, sendo o IPTU imposto calculado levando-se em consideração a área do imóvel, tal informação é imprescindível à aferição, pela Administração Tributária, do tributo devido pelo contribuinte.

Igualmente, despiciendo o fato de que a revisão de ofício promovida pelo Fisco não foi previamente levada ao conhecimento do autor, com o consequente estabelecimento do contraditório. É que, conforme consignado, da revisão decorreu o lançamento do tributo e, tratando-se o IPTU de imposto lançado de ofício pela Administração Tributária, não é necessária a prévia observância do contraditório. Ressalte-se ainda que o contraditório foi devidamente observado posteriormente no âmbito dos processos administrativos instaurados para discussão do ato administrativo vergastado e no qual foi exaustivamente discutida a questão do preenchimento dos requisitos legais para reconhecimento do direito à isenção.

Por fim, em relação aos exercícios de 2016 e 2017, com razão o autor, visto que não prospera o argumento do réu de intempestividade dos requerimentos de isenção formulados. Baseia-se o Município de São Paulo, em sua defesa, na previsão do art. 45, § 3º, do Decreto Municipal nº 52.884/11 (fls. 914), de acordo com o qual: Art. 45. A concessão de descontos ou isenções de IPTU fica condicionada à formalização do pedido, pelo sujeito passivo, via requerimento padronizado, estabelecido em instrução normativa da Secretaria Municipal de Finanças, acompanhado da respectiva documentação nela prevista, ressalvado o disposto no § 2º deste artigo. (...) § 3º Salvo disposição em contrário, os pedidos de que

Acesso ao Sumário

trata o “caput” deste artigo poderão ser protocolizados até o último dia útil do exercício em que ocorreu o fato gerador. (destaquei)

Ocorre que a exigência de prévio requerimento administrativo para reconhecimento do direito à isenção de IPTU afronta a expressa previsão do art. 18-A da Lei Municipal nº 6.989/1966, o qual convém ser novamente transcrito:

Art. 18-A. Uma vez deferido o pedido de desconto ou isenção, o benefício será mantido pela autoridade tributária, automaticamente, para exercícios posteriores àquele do requerimento, devendo o contribuinte ser convocado, dentro do período decadencial do lançamento, a fim de comprovar o cumprimento das exigências legais para sua concessão.

Conforme se verifica, portanto, o Decreto Municipal nº 52.884/11 extrapolou sua função regulamentar e criou condição que viola a previsão legal, na medida em que estabeleceu a necessidade de formalização de pedido de isenção de IPTU quando a lei de regência da isenção expressamente determina que o benefício, uma vez concedido, será mantido pela autoridade tributária, automaticamente, para exercícios posteriores. Neste quadro, a verificação do preenchimento das exigências legais deve ocorrer a posteriori. É neste sentido a jurisprudência do Eg. Tribunal de Justiça de São Paulo:

[...]

Assim, a decisão de indeferimento da isenção referente aos exercícios de 2016 e 2017 com fundamento na intempestividade do requerimento, deve ser anulada.

Isto posto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE o pedido inicial realizado por Instituto Tomie Ohtake, com resolução do mérito, com fulcro no artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil, para o fim de (i) declarar a nulidade do lançamento dos créditos de IPTU referentes aos exercícios de 2011 e 2012, relativos aos imóveis indicados na inicial, visto que operada a decadência, nos termos do art. 173, I, do Código Tributário Nacional; e (ii) declarar a nulidade do lançamento dos créditos tributários de IPTU referentes aos exercícios de 2016 e 2017, relativos aos imóveis indicados na inicial, por violação à expressa previsão do art. 18-A da Lei Municipal nº 6.989/1966, tudo conforme os fundamentos da presente sentença.

Diante da sucumbência recíproca, condeno as partes ao pagamento dos honorários advocatícios do procurador da parte adversa. Uma vez que a sentença é ilíquida, os honorários ficam arbitrados em 10% sobre o valor atualizado do proveito econômico que cada parte obterá, o que será aferido por ocasião da conta de liquidação, respeitado, ainda, o escalonamento previsto no art. 85, §3º e incisos, do CPC, caso o proveito econômico ultrapasse 200 (duzentos) salários-mínimos (art. 85, § 3º, inciso I). O pagamento das custas e despesas processuais deverá ser dividido, igualmente, na proporção do proveito econômico. A Fazenda Pública, todavia, é isenta da taxa judiciária.

Acesso ao Sumário

Haverá reexame necessário.

Na hipótese de interposição de recurso de apelação, por não haver mais juízo de admissibilidade a ser exercido pelo Juízo "a quo" (art. 1.010 do CPC), sem nova conclusão, intime-se a parte contrária, caso possua advogado, para oferecer resposta, no prazo de 15 (quinze) dias. Em havendo recurso adesivo, também deve ser intimada a parte contrária para oferecer contrarrazões, mediante ato ordinatório. Após, remetam- se os autos à Egrégia Superior Instância, para apreciação de recurso de apelação.

Decorrido o prazo de 30 dias do trânsito em julgado e na omissão do vencedor da demanda em ajuizar o cumprimento, providencie-se o arquivamento da ação de conhecimento, com o lançamento da movimentação "Cód. 61614 – Arquivado Provisoriamente", para aguardar provocação em arquivo. Apresentado o cumprimento, arquivem-se os autos com o lançamento da movimentação "Cód. 61615 – Arquivado Definitivamente".

Publique-se. Intimem-se. Cumpra-se."

Como se sabe, o prazo para a Fazenda Pública constituir seus créditos tributários está disposto pelo artigo 173 do CTN, que assim estabelece: "*O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados: I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado; II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado*."

A Municipalidade possui o mesmo prazo de cinco anos para revisar o lançamento de ofício, nos termos do artigo 149, parágrafo único, do CTN: "*A revisão do lançamento só pode ser iniciada enquanto não extinto o direito da Fazenda Pública*".

Na hipótese dos autos, a revisão de ofício da decisão que concedeu a isenção de IPTU ocorreu em 16/10/2018. Dessa forma, considerando que a contagem do prazo decadencial para a constituição dos créditos tributários é de cinco anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, já havia, de fato, decaído o direito de constituição relativo aos tributos referentes aos exercícios de 2011 e 2012.

Nesse sentido já decidiu esta C. Câmara:

1012314-48.2016.8.26.0309

Classe/Assunto: Apelação Cível/IPTU/Imposto Predial e Territorial Urbano

Relator: Octavio Machado de Barros

Comarca: Jundiaí

Órgão julgador: 14ª Câmara de Direito Público

Data do julgamento: 14/10/2020

Data de publicação: 14/10/2020

Ementa: APELAÇÃO – EMBARGOS À EXECUÇÃO – IPTU – Exercícios

Acesso ao Sumário

de 2005 e 2006 – DECADÊNCIA – Revisão do lançamento para alteração da área do imóvel – Vício material – Novo lançamento feito após o prazo decadencial – CTN, artigo 173, inciso I – Precedentes desta Corte – Recurso desprovido.

Por outro lado, cabível o deferimento parcial das isenções referentes ao IPTU dos exercícios de 2013, 2014 e 2015.

Verifica-se que, o artigo 1º, da Lei Municipal nº 13.672/2003, que deve ser interpretado de forma literal, nos moldes do art. 111, inciso II, do Código Tributário Nacional, concede o direito à isenção tributária do IPTU "*incidente sobre imóveis cedidos em comodato, por escritura pública ou* ***documento particular devidamente registrado****, a entidades culturais sem fins lucrativo*", quando tais imóveis sejam utilizados efetiva e comprovadamente na consecução de atividades culturais, durante o prazo de comodato.

Ademais, para a concessão do benefício, devem ser cumpridos certos requisitos, dispostos no artigo 3º, da Lei Municipal nº 13.672/2003: "*A concessão dos benefícios referidos nos artigos 1º e 2º desta lei está subordinada ao atendimento dos seguintes requisitos pela entidade que ocupar o imóvel: I - não distribuir qualquer parcela de seu patrimônio ou de suas rendas, a qualquer título; II - aplicar integralmente, no País, seus recursos na manutenção dos seus objetivos institucionais; III - manter escrituração de suas receitas e despesas em livros revestidos de formalidades capazes de assegurar sua exatidão. Parágrafo único - Na falta do cumprimento do disposto neste artigo, a autoridade competente poderá suspender a aplicação do benefício*".

Conforme se apura dos autos, resta incontroverso que a parte autora preenche os requisitos estabelecidos pelo artigo 3º da norma municipal para a concessão do benefício, sendo certo, inclusive, que o próprio Munícipio de São Paulo reconheceu seu direito à isenção do IPTU. Entretanto, ainda que satisfeitos tais requisitos, apenas uma parcela do imóvel cedido em comodato é apta a receber a isenção tributária, visto que o aditamento contratual celebrado, que alterou a área ocupada pelo Instituto, apenas foi levado a registro em 2016 (fls.86/101).

Acesso ao Sumário

Destaca-se, aliás, conforme bem consignado pela r. sentença, que houve significativa diferença a maior entre a área objeto do contrato de comodato e aquela que foi objeto do aditamento, fato evidenciado no próprio dispositivo: "*a área atualmente ocupada pelo Instituto nos aludidos imóveis é totalmente diferente da cedida efetivamente em comodato*" (fls.87). Em realidade, o aditamento promoveu justamente a alteração do contrato original para que constassem "*4.936,848 metros quadrados no edifício da Avenida Brigadeiro Faria Lima, nº 201 (antigo nº 255) e 2.922,560 metros quadrados no edifício da Avenida Pedroso de Moraes, nº 1.201 (antigo nº 1.217)*" (item 2).

Portanto, o fato do aditamento contratual, que modificou a área objeto

do contrato de comodato, apenas ter sido levado a registro em 2016, impede o reconhecimento do direito à isenção sobre a totalidade da área nele descrita para os exercícios anteriores, de modo que se mostra cabível a isenção parcial concedida para os exercícios de 2013 a 2015.

Entretanto, com relação aos exercícios de 2016 e 2017, a mera alegada intempestividade do requerimento administrativo não se mostra suficiente para o indeferimento do benefício.

Isso porque, uma vez deferido o pedido de isenção, tal benefício será mantido automaticamente pela autoridade tributária para exercícios posteriores àquele do requerimento, nos termos do artigo 18-A, *caput*, da Lei Municipal 6.989/66, que estabelece: "*Uma vez deferido o pedido de desconto ou isenção, o benefício será mantido pela autoridade tributária, automaticamente, para exercícios posteriores àquele do requerimento, devendo o contribuinte ser convocado, dentro do período decadencial do lançamento, a fim de comprovar o cumprimento das exigências legais para sua concessão*".

Nesse sentido, é a jurisprudência desta C. Câmara e deste E. Tribunal:

2024333-50.2021.8.26.0000
Classe/Assunto: Agravo de Instrumento/IPTU/Imposto Predial e Territorial Urbano
Relator: Geraldo Xavier
Comarca: São Paulo
Órgão julgador: 14ª Câmara de Direito Público
Data do julgamento: 10/03/2022
Data de publicação: 14/03/2022
Ementa: Agravo de instrumento. Ação declaratória de imunidade e isenção com pedido cumulado de anulação de lançamentos de imposto predial e territorial urbano (exercícios de 2016 a 2020). Indeferimento de pedido de tutela antecipada para suspender o trâmite de execuções fiscais e a inscrição do nome do agravante no cadastro informativo municipal Cadin. Inadmissibilidade. Deferimento de isenção do pagamento do imposto com fulcro no artigo 18, II, "h", da Lei Municipal 6.989/66 nos exercícios de 2014 e 2015. Manutenção do benefício pelos exercícios seguintes, independentemente de requerimento administrativo. Inteligência do artigo 18-A do aludido diploma legal. Impossibilidade de cancelar a isenção por falta de pedido administrativo tempestivo, bem como de inscrever o nome do contribuinte no Cadin. Presença dos requisitos da antecipação de tutela. Recurso provido.

2289778-65.2020.8.26.0000
Classe/Assunto: Agravo de Instrumento/IPTU/Imposto Predial e Territorial Urbano
Relatora: Beatriz Braga
Comarca: São Paulo
Órgão julgador: 18ª Câmara de Direito Público
Data do julgamento: 11/03/2021

Acesso ao Sumário

Data de publicação: 11/03/2021

Ementa: Agravo de Instrumento tirado em face de decisão interlocutória proferida nos autos de ação anulatória de lançamento fiscal. Indeferimento de liminar consistente na suspensão da exigibilidade do débito indicado na inicial. Reforma de rigor. Cinge-se a controvérsia ao reconhecimento da isenção tributária prevista para o IPTU em relação a imóvel de agremiação esportiva a fim de suspender a exigibilidade do débito em questão. De acordo com o art. 18-A da Lei Municipal nº 6.989/1966, percebe-se que a isenção pretendida é incondicionada, tendo em vista que sua renovação ocorre anualmente de forma automática. Assim, não prosperam os argumentos do Fisco no sentido de que deveria a agravante ter efetuado requerimentos anuais para gozar da isenção pretendida, tendo em vista colidirem com expressa previsão de sua própria legislação. Outrossim, a existência de pendências no CADIN afasta apenas a concessão de benefícios e incentivos fiscais e tributários, institutos que não se confundem com a isenção tr invocada. Assim, vê-se cenário jurídico para suspender a cobrança infirmada, nos termos do art.151, V, do CTN. Dá-se provimento ao recurso.

Ressalta-se, ademais, que não há que se falar em desvirtuamento do escopo da isenção, a favorecer terceiros, conforme sustenta a parte ré, visto que o reconhecimento do benefício é restrito às áreas utilizadas pela parte autora na consecução de atividades culturais.

Por fim, tampouco é caso de reconhecer o pleito da parte ré de redução do valor fixado na origem a título de honorários advocatícios de sucumbência.

Isso porque, não se cuidando de hipótese de inestimável ou irrisório proveito econômico, ou de valor da causa muito baixo, mostra-se incabível o arbitramento da verba honorária advocatícia por equidade.

É esse o entendimento uniformizado recentemente pelo C. STJ, por ocasião do julgamento do Recurso Especial nº 1.850.512/SP, sob a sistemática dos recursos repetitivos, Corte Especial, Relator Ministro OG FERNANDES, j. 16 de março de 2022, que fixou a seguinte tese:

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.

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 o posicionamento adotado pela Corte Superior, a regra disposta no art. 85, § 3º, do CPC deve prevalecer.

Acesso ao Sumário

Nesse sentido já decidiu esta C. Câmara:

0020665-19.2001.8.26.0223

Classe/Assunto: Apelação Cível/IPTU/Imposto Predial e Territorial Urbano

Relator: Octavio Machado de Barros

Comarca: Guarujá

Órgão julgador: 14ª Câmara de Direito Público

Data do julgamento: 19/09/2023

Data de publicação: 19/09/2023

Ementa: APELAÇÃO – EXECUÇÃO FISCAL – Imposto Predial e Taxas de Serviços Urbanos – Exercícios de 1998 e 1999 – Exceção Prévia de Executividade acolhida – Execução extinta em razão da prescrição intercorrente – **Condenação da vencida ao pagamento dos honorários advocatícios fixados por equidade** – **Pretensão à condenação nos moldes do disposto no art. 85, § 3º, do CPC** – **REsp n. 1.850.512/SP** – **Tema n. 1076/STJ** – Sentença reformada – Recurso provido.

Destarte, de rigor a manutenção da r. sentença de parcial procedência.

E outros fundamentos são desnecessários, ante a adoção integral dos fundamentos da r. sentença recorrida, nos termos do art. 252, do Regimento Interno deste Tribunal.

Tendo em vista o trabalho adicional dos Patronos de ambas as partes desenvolvido em sede recursal, majoram-se os honorários advocatícios sucumbenciais fixados em 1%, nos termos do art. 85, § 11, do CPC.

Consideram-se prequestionadas e reputadas não violadas as matérias constitucionais e legais aqui discutidas e fundamentadamente decididas.

Ante o exposto, pelo meu voto, afastadas as preliminares, **NEGA-SE PROVIMENTO** à Remessa Necessária e aos recursos.

Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 2063757-94.2024.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é requerente CONDOMÍNIO EDIFÍCIO CV JULIANA TORRES, é requerido MUNICÍPIO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 7º Grupo de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Após sustentação oral realizada pela Dra. Lucielle Silva Neves, OAB/SP 442049. Não admitiram o IRDR. V.U.", de

conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.648)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MARCELO L THEODÓSIO (Presidente), SILVA RUSSO, GERALDO XAVIER, EUTÁLIO PORTO, JOÃO ALBERTO PEZARINI, WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI, BEATRIZ BRAGA, OCTAVIO MACHADO DE BARROS, HENRIQUE HARRIS JÚNIOR, AMARO THOMÉ, RAUL DE FELICE, WALTER BARONE, REZENDE SILVEIRA e RICARDO CHIMENTI.

São Paulo, 20 de junho de 2024.

MARCELO L THEODÓSIO, Relator

Ementa: <u>IRDR – INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS</u> – Execução fiscal – Exceção de pré-executividade – Juíza de 1º grau que rejeitou a exceção de pré-executividade – Instauração de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) – Juízo de admissibilidade – Requisitos não preenchidos – Pretensão do requerente de unificar a jurisprudência sobre: "*O credenciamento de ofício do contribuinte no Domicílio Eletrônico do Contribuinte (DEC) exige que a Prefeitura de São Paulo efetivamente notifique o contribuinte de seu cadastramento por meio de de publicação de edital no Diário Oficial, como determina expressamente o § 3º do art. 1º da Instrução Normativa n. SF/SUREM n. 14/1 e o § 2º do art. 5º do Decreto 56.223/15*" (fls. 02 – IRDR) – Requerente que aponta decisões díspares acerca da matéria – Ausência de demonstração da efetiva repetição de processos que contenham a controvérsia e o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, conforme determina o artigo 976, do CPC – Requisitos necessários para a instauração do IRDR não preenchidos.

A mera existência de algumas decisões em sentido contrário ao que vem majoritariamente se decidindo pode não ser suficiente para colocar em risco a isonomia e a segurança jurídica, porque, se houver um entendimento amplamente majoritário sendo aplicado nas decisões sobre a mesma questão jurídica, a previsibilidade do resultado não estará sendo afetada de forma considerável, não sendo nesse caso necessária a instauração do IRDR. E é justamente por essa razão que a interpretação mais adequada do "caput" do art.

Acesso ao Sumário

976 do CPC é a necessidade não só de múltiplos processos, mas de múltiplos processos já decididos, com divergência considerável, nos quais a questão jurídica tenha sido objeto de argumentações e decisões.
Nos julgados colacionados no IRDR (fls. 10/12) não há divergência quanto a matéria propriamente dita, mas, sim, ficou claro, que cada caso concreto, depende de vários fatores, inclusive, se estão presentes, ou não, os pressupostos processuais contidos no artigo 300, do CPC (tutela antecipada), bem como não cabe dilação probatória em exceção de pré-executividade, etc. Vale destacar, ainda, que a CDA tem *status* de prova pré-constituída e é revestida dos requisitos de certeza e liquidez imediatos que somente podem ser derrogados por prova inequívoca, a cargo do sujeito passivo, mormente quando a impugnação ocorre por meio da exceção ou objeção de pré-executividade, via estreita e que não admite dilação probatória. No caso, a problemática trazida demanda análise pormenorizada do procedimento administrativo, bem como de provas, cuja juntada não pode ocorrer no bojo da execução, inviabilizando seja tratada em via de cognição sumária.
Prejudicado o pedido de suspensão do julgamento do recurso de agravo de instrumento de nº 2008837-73.2024.8.26.0000 (15ª Câmara de Direito Público – Relatora TÂNIA AHUALLI) diante da inadmissibilidade do IRDR, bem como deixo de encaminhar os autos à Douta Procuradoria Geral de Justiça, tendo em vista que não houve manifestação na origem (execução fiscal - nº 1505004-62.2023.8.26.0090) por força da a matéria "sub judice", em face da inadmissibilidade técnica deste incidente.
Precedentes do Colendo Órgão Especial e da Turma Especial – IRDR - Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas não admitido.

VOTO

Trata-se de pedido de instauração de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) formulado por **CONDOMÍNIO EDIFÍCIO CV JULIANA TORRES**, requerendo, em suma: **a)** ao final, a jurisprudência deste E.

Acesso ao Sumário

TJSP consolide o entendimento majoritário sobre a obrigatoriedade da Prefeitura de São Paulo notificar o contribuinte sobre o seu cadastramento de ofício no DEC por meio de publicação de edital no Diário Oficial, como determina expressamente o § 3º, do art. 1º, da Instrução Normativa SF/SUREM n. 14/1, e o § 2º, do art. 5º, do Decreto 56.223/15; **b)** suspenda o julgamento do recurso de Agravo de Instrumento de nº 2008837-73.2024.8.26.0000, até o desfecho final deste incidente e; **c)** determine a intimação do membro do Ministério Público, na pessoa de seu representante, para que atue como fiscal da ordem jurídica.

Destaca-se, o r. despacho do Excelentíssimo Des. Presidente da Seção de Direito Público (fls. 266):

"Vistos.

Considerando o disposto no Regimento Interno do Tribunal de Justiça (inteligência e aplicação do §4º do art. 321), distribua-se o presente Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas a um dos Desembargadores integrantes do 7º Grupo de Câmaras de Direito Público.

São Paulo, 12 de março de 2024. TORRES DE CARVALHO

Desembargador - Presidente da Seção de Direito Público.".

É O RELATÓRIO.

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) não deve ser admitido.

Preliminarmente, fica prejudicado o pedido de suspensão do julgamento do recurso de agravo de instrumento de nº 2008837-73.2024.8.26.0000 (15ª Câmara de Direito Público – Relatora TÂNIA AHUALLI) diante da inadmissibilidade do IRDR, bem como deixo de encaminhar os autos à Douta Procuradoria Geral de Justiça, tendo em vista que não houve manifestação na origem (execução fiscal – nº 1505004-62.2023.8.26.0090) e levando em conta a matéria "sub judice", em face do desfecho final deste incidente.

O presente Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) tem por objetivo proporcionar segurança jurídica, isonomia e celeridade ao permitir o julgamento conjunto de demandas que versem sobre a mesma questão unicamente de direito.

O artigo 981 do Código de Processo Civil determina que, após a distribuição, o órgão colegiado competente para julgar o incidente procederá ao seu juízo de admissibilidade, considerando a presença dos pressupostos do art. 976, do referido *códex*.

Nos termos do disposto no art. 976 do CPC, é cabível a instauração do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas quando houver, simultaneamente, o preenchimento de dois requisitos, quais sejam:

"I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito;

II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica."

Acesso ao Sumário

Por sua vez, o art. 978 do mesmo diploma legal também determina que:

"Art. 978. O julgamento do incidente caberá ao órgão indicado pelo regimento interno dentre aqueles responsáveis pela uniformização de jurisprudência do tribunal.

Parágrafo único. O órgão colegiado incumbido de julgar o incidente e de fixar a tese jurídica julgará igualmente o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente."

Portanto, de acordo com a legislação de regência, a admissão do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas está subordinada à comprovação, pelo requerente: **a)** da existência de processos repetitivos nos quais haja controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito, bem como risco à isonomia e à segurança jurídica (art. 976, c.c. art. 977, parágrafo único, CPC); **b)** da não afetação de recurso por tribunal superior sobre a mesma questão (§ 4º do art. 976 do CPC) e; **c)** da pendência de julgamento da questão envolvendo as partes, quer na via recursal ou originária (art. 978, parágrafo único, CPC).

Sobre o tema, **DANIEL AMORIM ASSUMPÇÃO NEVES** Observa que "*Por outro lado, a mera existência de algumas decisões em sentido contrário ao que vem majoritariamente se decidindo pode não ser suficiente para colocar em risco a isonomia e a segurança jurídica, porque, se houver um entendimento amplamente majoritário sendo aplicado nas decisões sobre a mesma questão jurídica, a previsibilidade do resultado não estará sendo afetada de forma considerável, não sendo nesse caso necessária a instauração do IRDR. E é justamente por essa razão que a interpretação mais adequada do caput do art. 976 do Novo CPC é a necessidade não só de múltiplos processos, mas de múltiplos processos já decididos, com divergência considerável, nos quais a questão jurídica tenha sido objeto de argumentações e decisões*" (*in* Novo CPC - Código de Processo Civil - Lei nº 13.105/2015, 3ª edição, Editora Método, 2016, página 553).

No caso em tela, o requerente sustenta haver repetição de processos relacionados à matéria, com divergência acerca: "*O credenciamento de ofício do contribuinte no Domicílio Eletrônico do Contribuinte (DEC) exige que a Prefeitura de São Paulo efetivamente notifique o contribuinte de seu cadastramento por meio de de publicação de edital no Diário Oficial, como determina expressamente o § 3º do art. 1º da Instrução Normativa n. SF/SUREM n. 14/1 e o § 2º do art. 5º do Decreto 56.223/15*" **(fls. 02 – IRDR).**

Ademais, o requerente destacou julgados às fls. 10/12: "*A obrigatoriedade da notificação do contribuinte sobre o seu cadastramento de ofício no DEC por meio de publicação de edital no Diário Oficial"* e "*A dispensa da publicação no Diário Oficial do Município sobre o cadastramento do contribuinte*

de ofício no DEC.".

Cumpre-se, salientar, que nos julgados colacionados no IRDR (fls. 10/12) não há divergência quanto a matéria propriamente dita, mas, sim, ficou claro, que cada caso concreto, depende de vários fatores, inclusive, se estão presentes, ou não, os pressupostos processuais contidos no artigo 300, do CPC (tutela antecipada), bem como não cabe dilação probatória em exceção de pré-executividade, etc. Vale destacar, ainda, que a CDA tem status de prova pré-constituída e é revestida dos requisitos de certeza e liquidez imediatos que somente podem ser derrogados por prova inequívoca, a cargo do sujeito passivo, mormente quando a impugnação ocorre por meio da exceção ou objeção de pré- executividade, via estreita e que não admite dilação probatória. No caso, a problemática trazida demanda análise pormenorizada do procedimento administrativo, bem como de provas, cuja juntada não pode ocorrer no bojo da execução, inviabilizando seja tratada em via de cognição sumária.

Ocorre, porém, que não foi preenchido o requisito de admissibilidade de efetiva repetição de processos em torno da referida matéria, conforme exige o inciso I, do art. 976, do CPC.

E mesmo que assim não fosse, também não se vislumbra o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica (artigo 976, inciso II), pois a controvérsia precisaria ser relevante a ponto de comprometer a estabilidade e a confiança das estruturas judiciais.

Ressalte-se, por oportuno, que é absolutamente normal haver diferentes soluções para a mesma questão de direito, já que o Magistrado pode agir no exercício de sua livre convicção motivada.

Significa dizer que a questão levantada nesta lide não possui o predicado de abalar a segurança jurídica, já que a divergência apontada é tida como normal, sem a relevância necessária para deflagrar a instauração do incidente.

Neste contexto, a "*mera discussão teórica sobre o sentido e alcance da norma não justifica a abertura do incidente*" e não é "*suficiente a perspectiva de multiplicidade futura de processos a respeito de sua aplicação*", pois o CPC exige que "*seja atual a efetiva pluralidade de processos, com decisões díspares acerca da interpretação da mesma norma jurídica*" (THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. Vol. III. 47. Ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016).

A despeito do requerente ter relacionado ações que envolvem o tema, não ficou demonstrado o requisito da efetiva repetição de processos, tampouco a controvérsia sobre questão unicamente de direito.

Do mesmo modo, não foi comprovado o requisito do risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica (art. 976, inciso II, do CPC), visto que não de-

Acesso ao Sumário

monstrada a existência de expressiva divergência jurisprudencial.

Neste sentido, julgados da Turma Especial, Direito Público, em casos semelhantes:

"INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS. JUÍZO NEGATIVO DE ADMISSIBILIDADE. Intenção de que se fixe tese a respeito da aplicação das disposições da Emenda Constitucional nº 103/2019, de forma a alcançar lei anterior à respectiva vigência, na qual se prevê vacância do cargo de servidor público aposentado pelo RGPS. Ausência dos pressupostos cumulativos de admissibilidade. Número diminuto de casos sobre o tema. Inicial que não demonstrou a existência simultânea de expressivo número de Acórdãos em sentidos divergentes. art. 976, I e II, do CPC. Questão que já foi objeto dos Temas 606 e 1150 do STF. Art. 976, § 4º do Código de Processo Civil. Incidente inadmitido". (TJSP; Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas 2123594-51.2022.8.26.0000; Relator: BANDEIRA LINS; Órgão Julgador: Turma Especial - Publico; Data do Julgamento: 24/06/2022; Data de Registro: 24/06/2022);

"INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS – Requerente que aponta decisões díspares acerca da natureza jurídica das verbas oriundas de condenação por desvio de função – Alega a impossibilidade de se efetuar os descontos relativos à contribuição previdenciária e Iamspe, em virtude da natureza indenizatória da verba percebida, que veio recompor o patrimônio do servidor que laborou em desvio de função – Ausência da demonstração da efetiva repetição de processos que contenham a controvérsia e o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica – Inteligência do artigo 976, do CPC – Inadmissão do incidente de resolução de demandas repetitivas por ausência dos pressupostos de admissibilidade. Incidente inadmitido". (TJSP; Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas 2113495-22.2022.8.26.0000; Relator: CARLOS EDUARDO PACHI; Órgão Julgador: Turma Especial - Publico; Data do Julgamento: 09/06/2022; Data de Registro: 09/06/2022);

"INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDA REPETITIVA – Processual Civil e Administrativo – Pedido de instauração de IRDR apresentado pelos expropriados-agravantes visando dirimir suposto dissenso jurisprudencial acerca da necessidade ou não do cumprimento do art. 34 da Lei de Desapropriação na Ação de Desapropriação Indireta – Inadmissão do IRDR de rigor. 1. Juízo de admissibilidade de IRDR – Requisitos do art. 976, incisos I e II, do CPC não atendidos – De um lado, inexistente a efetiva repetição de processos a configurar dissenso decisório relevante – Observa-se que a seleção dos poucos julgados destacados pelos requerentes abarcam tão somente 5 das 13 Câmaras de Direito

Acesso ao Sumário

Público os quais, ademais, estão espaçados no tempo (anos de 2015 a 2021) tudo a indicar ser prematura a instauração do IRDR. 2. Não preenchimento dos requisitos da efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito e, também, do risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica – Não admissão do IRDR que se impõe. IRDR não admitido". (TJSP; Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas 2023631-70.2022.8.26.0000; Relator: SIDNEY ROMANO DOS REIS; Órgão Julgador: Turma Especial - Publico; Data do Julgamento: 08/04/2022; Data de Registro: 26/04/2022).

Portanto, ausentes os pressupostos de admissibilidade, de rigor a não admissão do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR).

Ante o exposto, não admito a instauração deste IRDR - Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.

Acesso ao Sumário

SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL

Agravos em Execução Penal

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 0014173-73.2023.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é agravante BRUNO PEREIRA DE SOUZA, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 14.432)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MAURICIO VALALA (Presidente sem voto), LUIS AUGUSTO DE SAMPAIO ARRUDA e SÉRGIO RIBAS.

São Paulo, 6 de junho de 2024.

JUSCELINO BATISTA, Relator

Ementa: Agravo em Execução Penal – Insurgência contra decisão que indeferiu pedido de substituição da pena de prestação de serviços à comunidade por pagamento de prestação pecuniária de um salário-mínimo e compensação da pena de prestação pecuniária com os valores indenizatórios pagos à vítima em ação cível - Não acolhimento - Ao Juízo da Execução cabe apenas alterar a forma de cumprimento da pena substitutiva - Inteligência do art. 148 da LEP - Modificação injustificada – Precedente - Prestação pecuniária que, apesar da finalidade reparatória, tem natureza de pena restritiva de direito e somente poderá ser abatida de eventual valor indenizatório que venha a ser fixado em favor da vítima em ação cível, sendo necessário, ainda, que os beneficiários sejam coincidentes - No caso, apenas uma das vítimas ajuizou ação indenizatória - Ademais, na sentença condenatória, a prestação pecuniária não foi destinada às vítimas, inviabilizando o atendimento da pretensão - Agravo

Acesso ao Sumário

desprovido.

VOTO

Trata-se de recurso de agravo em execução interposto por **BRUNO PEREIRA DE SOUZA**, contra a r. decisão acostada às fls. 22/23, que indeferiu seus pedidos de modificação da espécie de pena restritiva de direitos no âmbito da execução penal, bem como de abatimento do valor pago a título indenizatório à vítima na prestação pecuniária fixada na sentença condenatória.

O agravante aduz, em síntese, ser possível o abatimento da prestação pecuniária imposta, dando por quitada prestação pecuniária arbitrada, uma vez que entregou à vítima um veículo de valor superior ao fixado na prestação pecuniária a título de indenização. Afirma, ainda, ser necessário a readequação da prestação de serviços comunitários para a prestação pecuniária de um salário-mínimo, ao argumento de que "um homem trabalhador não pode ter a fonte de arrimo familiar prejudicada por uma pena que pode ser redimensionada". Requer, assim, a reforma da decisão impugnada.

O recurso foi regularmente processado, com contrariedade oferecida pela defesa (fls. 39/43).

A r. decisão agravada foi mantida (fls. 44).

A d. Procuradoria de Justiça apresentou parecer opinando pelo não provimento do agravo (fls. 146/148).

Houve oposição ao julgamento virtual (fls. 143/144).

É o relatório.

O agravo em execução **não comporta provimento.**

Os artigos 148 e 149, III, da Lei de Execução Penal permitem ao Juiz da Execução alterar, tão somente, a forma de cumprimento da prestação de serviços à comunidade, não sendo possível, todavia, a modificação da espécie de pena alternativa fixada na condenação definitiva, sob pena de afronta à coisa julgada material.

Nesse sentido, já decidiram o C. Superior Tribunal de Justiça e esta C. Câmara de Direito Criminal:

> AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE. SUBSTITUIÇÃO POR OUTRA ESPÉCIE DE PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. **1. Aplicada a pena restritiva de direito, consistente na prestação de serviços à comunidade, após o trânsito em julgado da condenação, só é permitido ao Juiz da Execução, a teor do disposto no art. 148 da LEP, alterar a forma de cumprimento, ajustando-as às condições pessoais do condenado e às características do estabelecimento, vedada a substituição da pena aplicada (REsp n. 884.323/RS, Rel. Ministro**

Acesso ao Sumário

FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJ 13/8/2007). 2. Agravo regimental improvido. (STJ - AgRg no REsp: 1857917 PR 2020/0009684-7, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Data de Julgamento: 18/02/2020, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 28/02/2020) - g.n.

Agravo em Execução - Sentenciada que foi condenada à pena privativa de liberdade, a qual foi substituída por prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária - R. decisão recorrida que determinou a conversão da pena de prestação de serviços à comunidade por prestação pecuniária - Pleito Ministerial requerendo seja restabelecida a prestação de serviços à comunidade - Cabimento. Patamar da pena imposta no édito condenatório que indica ser mais adequada ao caso concreto a prestação de serviços à comunidade, em conformidade ao artigo 46, do Código Penal - **Artigo 148, da Lei nº 7.210/84, que autoriza ao Juiz da Execução tão somente a modificação da forma de cumprimento da restritiva de direitos, inexistindo previsão de alteração da natureza da pena imposta - Eventual alteração da restritiva de direitos que atentaria contra a coisa julgada material** - R. decisão que deve ser reformada, restabelecendo-se a prestação de serviços à comunidade - Recurso Ministerial provido. (TJSP; Agravo de Execução Penal 0035520-36.2021.8.26.0050; Relator (a): Ely Amioka; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Criminal; Foro Central Criminal Barra Funda - 2ª Vara das Execuções Criminais; Data do Julgamento: 19/05/2022; Data de Registro: 19/05/2022) - g.n.

AGRAVO EM EXECUÇÃO - SUBSTITUIÇÃO DA PENA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE POR PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES CRIMINAIS – IMPOSSIBILIDADE - **Tendo sido a pena de prestação de serviços à comunidade imposta ao sentenciado pelo Juízo de conhecimento e tendo ocorrido o trânsito em julgado da decisão, não cabe ao Juízo das Execuções a substituição da pena por outra restritiva de direitos, uma vez que somente é permitido a ele alterar sua forma de cumprimento para ajustá-la às condições pessoais do condenado e às características do estabelecimento, da entidade ou do programa comunitário ou estatal, nos termos dos artigos 148 e 149, inciso III, ambos da Lei de Execução Penal. Recurso não provido.** (TJSP; Agravo de Execução Penal 0006175-90.2022.8.26.0502; Relator (a): Luis Augusto de Sampaio Arruda; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Criminal; Campinas/DEECRIM UR4 - Unidade Regional de Departamento Estadual de Execução Criminal DEECRIM 4ª RAJ; Data do Julgamento: 12/08/2022; Data de Registro: 12/08/2022) g.n.

Salienta-se que o reeducando sequer pleiteou eventual alteração dos ho-

Acesso ao Sumário

rários de cumprimento da prestação de serviços para se adequar à sua jornada de trabalho, sendo certo que o próprio § 3º do artigo 46 do Código Penal estabelece que as tarefas serão atribuídas segundo as aptidões do condenado e de modo a 'não prejudicar a jornada normal de trabalho', a revelar não haver impedimento para que, por exemplo, cumpra a pena em domingos, feriados e nos dias de folga.

De outro lado, no tocante à indenização paga à vítima no âmbito de ação cível referente aos mesmos fatos que deram ensejo à condenação penal, inviável a compensação almejada.

Na sentença condenatória, a prestação pecuniária não foi destinada às vítimas. Ademais, a ação cível foi ajuizada por apenas uma das vítimas e o artigo 45, parágrafo 1º, do Código Penal autoriza a compensação da prestação pecuniária na reparação civil -e não o inverso, e apenas se coincidirem os beneficiários.

Nesse sentido:

> 1-) Agravo em Execução Penal. Recurso defensivo, para tomar como termo inicial da prescrição da pretensão executória a data do trânsito em julgado para a acusação, retificando-se o cálculo prescricional. 2-) Pleito para reconhecer como marco prescricional a data do trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação, subsidiariamente, requer a compensação da pena de prestação pecuniária com os valores pagos pelo agravante no âmbito de ação cível referente aos mesmos fatos que deram ensejo à sua condenação penal, aplicando-se o § 1°, do artigo 45, do Código Penal. 3-) O prazo da prescrição da pretensão executória começa a fluir da data do trânsito em julgado à acusação. **4-Embora entenda-se que tenha finalidade reparatória, a prestação pecuniária tem natureza de pena restritiva de direitos. Ela poderá ser abatida de eventual valor que a vítima fizer jus a título de reparação cível, como dispõe o § 1°, do art. 45, do Código Penal, não o contrário, como pretende a ilustre defesa.** 5-) Recurso parcialmente provido, com determinação. (TJSP; Agravo de Execução Penal 0028333-37.2021.8.26.0224; Relator (a): Tetsuzo Namba; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Guarulhos - Vara das Execuções Criminais; Data do Julgamento: 15/02/2022; Data de Registro: 15/02/2022)

Ante o exposto, pelo meu voto, **nego provimento** ao recurso de agravo em execução.

Acesso ao Sumário

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.

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

1 Folhas 43.
2 Folhas 01.
3 Folhas 55.
4 Folhas 58.
5 Folhas 71.
6 Folhas 50.

Acesso ao Sumário

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 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 dis-*

posto 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.

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0001340-67.2019.8.26.0695, da Comarca de Nazaré Paulista, em que é apelante/a.m.p PETROBRAS TRANSPORTES S/A - TRANSPETRO e Apelante/Apelado JONATHAN SILVA AURELIANO, 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 defensivo e, deram parcial provimento ao apelo do assistente de acusação para fixar o inicial regime semiaberto e cassar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do v. aresto. V.U. Sustentou oralmente a Ilma. Defensora, Dra. Ana Paula Rodrigues Barreto e usou a palavra o Exmo. Procurador de Justiça, Dr. Márcio Sérgio Christino. Comunicando ao CADCRIM.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 59.909)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (Presidente sem voto), CAMILO LÉLLIS e ROBERTO PORTO.

São Paulo, 30 de abril de 2024.

EUVALDO CHAIB, Relator

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL – FURTO QUALIFICADO DE COMBUSTÍVEL DA PETROBRÁS – AÇÃO ALTAMENTE ORGANIZADA E ESTRUTURADA – AUTORIA INDENE – CRIME ORNAMENTADO PELO CONCURSO DE INFRA-

Acesso ao Sumário

TORES, USO DE ESCAVAÇÃO COM HABILIDADE EXCEPCIONAL PARA PERFURAÇÃO DE DUTO, QUE TIPIFICA O MEIO FRAUDULENTO, E ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO – DOSIMETRIA PENAL RECALCULADA – FIXAÇÃO DO REGIME PRISIONAL SEMIABERTO E CASSAÇÃO DA PENA ALTERNATIVA À LUZ DAS CIRCUNSTÂNCIAS E VETORIAIS DESFAVORÁVEIS – FIXAÇÃO DE DANOS MATERIAIS COM ESTRIBO NO ART. 387, IV, CPP, QUE SE MOSTRA IMPOSSÍVEL À AUSÊNCIA DE APURAÇÃO DE VALOR MÍNIMO – MATÉRIA A SER DIRIMIDA NO JUÍZO CÍVEL E QUE FICA DESDE LOGO PREQUESTIONADA – RECURSO DEFENSIVO DESPROVIDO E PROVIDO EM PARTE O APELO DO ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO, NOS TERMOS DO V. ARESTO.

VOTO DO RELATOR

JONATHAN SILVA AURELIANO foi condenado pelo r. Juízo da única Vara da Comarca de NAZARÉ PAULISTA, nos autos do Processo nº 0001340-67.2019.8.26.0695, *sentença da lavra da eminente Juíza de Direito Dra. Juliana Maria Maccari Gonçalves*, como incurso no art. 155, § 4º, incisos I, II e IV, do Código Penal, às penas de 02 (dois) anos e 01 (um) mês de reclusão, em regime inicial aberto, e pagamento de 10 (dez) dias-multa, no valor unitário mínimo legal, sendo a pena privativa de liberdade substituída por prestação de serviços à comunidade, fixada na razão de uma hora de tarefa por dia de condenação, em conformidade com o disposto no art. 46, § 3º, do Código Penal, e prestação pecuniária de 01 (um) salário-mínimo, a ser pago a entidade pública ou privada com destinação social, nos moldes do art. 45, § 1º, do Código Penal (fls. 438/445).

O apelante foi processado porque no dia 03 de abril de 2019, na Rua Maria Mendes de Miranda, nº 100, na cidade de Bom Jesus dos Perdões, previamente ajustados e com identidade de desígnios com outros indivíduos não identificados, subtraíram, para proveito comum, mediante destruição e rompimento de obstáculo e mediante destreza, combustível avaliado em R$ 590.000,00 (quinhentos e noventa mil reais), em prejuízo da empresa Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobras).

Apela JONATHAN, pleiteando absolvição à anemia probatória e, alternativamente, o redimensionamento da pena, com reconhecimento da participação de menor importância (fls. 454/458).

Acesso ao Sumário

Apela TRANSPETRO, assistente de acusação, postulando o agravamento do regime prisional e a fixação de valor mínimo como indenização, apontando prejuízo econômico de R$ 2.413.236,44 (dois milhões, quatrocentos e treze mil, duzentos e trinta e seis reais e quarenta e quatro centavos), conforme Estimativa de Custos de fls. 132/134 (fls. 470/488).

Contrariados os recursos (fls. 463/465, 479/488, fls. 493/495), a douta Procuradora de Justiça Dra. Sueli Pereira, opina pelo desprovimento dos recursos (fls. 522/527).

É o relatório.

O caso é conhecido nesta Câmara, por ocasião do julgamento da Apelação Criminal nº 1503183-35.2019.8.26.0099 (voto nº 53425) e dos Embargos de Declaração Criminais nº 1503183-35.2019.8.26.0099/50000 (voto nº 54.145), feitos relativos ao corréu WALDIR ANTONIO ALVES.

O réu optou pelo silêncio desde a fase inquisitorial. No interrogatório, em pretório, não quis proferir única palavra sobre o fato. A prova reunida não lhe favorece. O descortino do fato veio após o acionamento da Polícia Civil. A ação oficial deflagrada capturou os malfeitores manipulando mangueira de 60m de cumprimento na rapina. No ponto, a instrução delineou organizada manobra ilícita para a irregular captação de combustível de dutos da PETROBRÁS, estruturada no local há meses em comparsaria.

Não se trata de uma ação ocasional, pontual, eventual ou oportunista, mas investida estruturada operação marginal para desfalque do patrimônio alheio. O representante da vítima veio ao pretório pontuar que desde dezembro de 2018 havia informação recorrente de que neste trecho existia uma subtração contínua ou uma perda sem justificativa de combustível. Foi feita uma apuração interna que apontou para imóvel em frente a clube abandonado, onde a faixa da PETROBRAS passa por dentro. Uma equipe avistou um buraco em que faltavam cerca de 35cm para chegar ao duto. A investigação descortinou ainda que de tal ponto era desviado o combustível, indo do clube para o imóvel à sua frente, sendo tal operação estruturada com uso de mangueiras de alta pressão usadas para drenar o combustível o quarto da casa.

Crime complexo, bem delineado, por obra de ação eficaz da Polícia Civil, que desbaratou uma ação estruturada, sendo o réu um dos operadores do sistema ilícito construído. A ação marginal requestou uso de conhecimentos de engenharia para evitar vazamento ou explosão, escavadeira entre outros maquinários, experiente soldador, entre outros profissionais de apurado conhecimento técnico para fazer uma trepanação (*ato de perfurar um duto por intermédio de uma derivação clandestina do combustível com abraçadeira ou solda*), de modo que os indícios são veementes da ocorrência de uma meticulosa operação controlada por organização criminosa para a captação de diesel, gasolina e nafta.

Os depoimentos dos policiais foram firmes e coerentes. Não há indício de

Acesso ao Sumário

qualquer outra circunstância que pudesse pôr em dúvida a credibilidade de tais testigos. De se destacar que o representante da vítima firmou que é necessária organização de pessoas com diversas funções delimitadas para manejar esse tipo de furto de combustível, tratando-se de estruturada investida, marcado por alta complexidade, por ser necessário conhecimento específico para localizar o duto, saber qual o instrumento adequado para perfurá-lo e instalar a aparelhagem necessária para extrair o combustível sem vazamento e explosão.

Autoria, destarte, indene.

O crime é triplamente ornamentado porque houve comparsaria, a perícia delineia rompimento de obstáculo e uso de meio fraudulento para o cometimento do delito, com a necessidade de escavação e perfuração do duto com excepcional habilidade para subtração do combustível.

A dosimetria deve ser realinhada. Com efeito, elementares sobressalentes do crime são três e uma delas o qualificou, enquanto as duas outras figuraram como judiciais circunstâncias desfavoráveis. Daí porque a calibragem de ¼ (um quarto) fica mantida.

Na fase intermediária, a menoridade relativa lhe socorre, de sorte que justamente foi aplicado o mitigador de 1/6 (um sexto). No entanto, a regra do art. 44, inciso III, do Código Penal, não recomenda alternativa. Noutra ponta, porque foram delineadas judiciais circunstâncias desfavoráveis, com aumento da pena-base, aplicável ao caso em tela o inicial regime semiaberto. Destaca-se que os parâmetros têm congruência com o aplicado ao corréu noutros autos (*Apelação nº 1503183-35.2019.8.26.0099 - voto nº 53.425*).

Noutra ponta, não cabe o pedido de fixação de valor mínimo para reparação dos danos causados no valor de R$ 2.413.236,44 (dois milhões, quatrocentos e treze mil, duzentos e trinta e seis reais e quarenta e quatro centavos), como postulado no recurso ordinário do assistente de acusação.

Ora, já pontilhado outrora que não há elementos suficientes para confirmar que aferiu proveito econômico de grande monta com o delito. O documento intitulado como "estimativa de custos" apresenta valor muito superior ao valor do dano inicialmente avaliado (R$ 590.000,00), de sorte que tal desproporção requesta dilação probatória e, nessa linha, a questão fica reservada para esfera civil. Por este motivo, não se aplica a exegese do art. 387, inciso IV, do Código de Processo Penal. Nesse sentido: Apelação Criminal nº 0004154-47.2018.8.26.0320, da Comarca de Limeira, Rel. Des. EDISON BRANDÃO.

Por fim, fica a matéria prequestionada para fins de embargos declaratórios, a fim de vedar nova impugnação por parte da TRANSPETRO no que toca à planilha encartada, posto que os valores ali listados não são revestidos da credibilidade absoluta, porquanto admitem, em tese, prova em contrário, circunstância que, por si só, desautoriza a fixação da reparação do dano no valor postulado. O documento intitulado como "estimativa de custos" apresenta valor

Acesso ao Sumário

muito superior ao valor do dano inicialmente avaliado, de sorte que tal desproporção requesta inequivocamente dilação probatória e, nessa linha, a questão fica reservada para esfera civil, não sendo aplicável o art. 387, inciso IV, do Código de Processo Penal.

Diante do exposto, pelo meu voto, nega-se provimento ao recurso defensivo e, dá-se parcial provimento ao apelo do assistente de acusação para fixar o inicial regime semiaberto e cassar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do v. aresto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1504947-31.2021.8.26.0602, da Comarca de Sorocaba, em que são apelantes FRANCELINO FERNANDES DE SOUZA e GUILHERME PISTELLI ANTUNES, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO aos recursos, mantendo-se a r. sentença tal como lançada, V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.294)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO ROSSI (Presidente sem voto), SÉRGIO MAZINA MARTINS e NOGUEIRA NASCIMENTO.

São Paulo, 30 de abril de 2024.

AMABLE LOPEZ SOTO, Relator

Ementa: Lesões corporais seguida de morte - Autoria e materialidade bem demonstradas - Provas suficientes à manutenção da condenação - Acertada a qualificação jurídica dada aos fatos pela sentença - Réus que tiveram a intenção de lesionar, mas não de torturar ou matar o ofendido - Inviável a desclassificação pretendida, diante do resultado morte não desejado - Penas bem dosadas - Agravante decorrente do abuso de poder corretamente aplicada - A quantidade de pena imposta exige a manutenção do regime semiaberto - Recursos desprovidos.

Acesso ao Sumário

VOTO

FRANCELINO FERNANDES DE SOUZA e GUILHERME PISTELLI ANTUNES foram condenados pela MMª. Juíza de Direito da 4ª Vara Cri-

minal da Comarca de Sorocaba, por infração ao artigo 129, § 3º, c/c artigo 61, inciso II, alínea "g", ambos do Código Penal, cada um, às penas de 04 anos e 08 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto (fls. 1024/1061).

Apela a Defesa de Francelino alegando a legalidade da ação dos guardas municipais e pleiteando a absolvição por falta de provas. Subsidiariamente, requer a fixação das penas no piso e o abrandamento do regime (fls. 1127/1135).

Guilherme também recorreu, sustentando a legalidade da ação dos guardas municipais e pleiteando a absolvição por falta de provas. Subsidiariamente, almeja a desclassificação para o crime de lesões corporais leves, a redução das penas ao piso e a fixação do regime inicial aberto (fls. 1149/1162).

Oferecidas as contrarrazões (fls. 1168/1186 e 1194), a d. Procuradoria de Justiça opinou pelo desprovimento dos recursos (fls. 1208/1218).

É o relatório.

Os réus foram condenados porque, no dia 09 de junho de 2021, por volta das 16h, na Estrada Dinorah, nº 200, bairro Recreio dos Sorocabanos, no Condomínio Parque das Árvores, na cidade e comarca de Sorocaba, valendo-se da autoridade conferida por seus cargos de Guardas Civis Municipais e do poder lhes confiado pelo Estado, teriam praticado o delito de lesão corporal seguida de morte em face de *Wesley Antonio Barbosa da Silva*, pessoa mantida sob poder e autoridade deles.

Narra a denúncia que os réus, enquanto guardas municipais, ingressaram no condomínio e avistaram jovens sentados, dentre eles a vítima. Por serem constantes as abordagens violentas no local em que vive população vulnerável e de baixa renda, tais jovens saíram correndo. A vítima, contudo, foi perseguida, sendo que Francelino lhe desferiu um chute nos joelhos, arremessando-a contra um poste de iluminação pública, no qual bateu a cabeça.

Em seguida, o ofendido foi algemado e deixado no solo, com os braços para trás, recebendo chutes contra o tórax e a cabeça, este por parte de Francelino. Guilherme desferiu chutes e um soco contra o rosto da vítima, enquanto esta permanecia no chão convulsionando, se debatendo, salivando e expelindo sangue pelo ouvido. Diversas foram as lesões causadas ao ofendido.

Acesso ao Sumário

Cerca de uma hora depois dos fatos, o irmão da vítima, Willian, chegou ao local e pediu que os guardas o socorressem. Estes somente deixaram que o ofendido fosse levado até o pronto-socorro após o fornecimento dos dados pessoais para registro da ocorrência. Os guardas escoltaram Willian até o hospital e deixaram contato para que Jucelino fosse informado acerca do estado de saúde do ofendido.

Ainda, os guardas municipais teriam retornado ao condomínio e ameaçado moradores, dizendo que eles não teriam visto nada.

Horas depois, a vítima faleceu, em decorrência das lesões causadas pelos réus, que não realizaram registro da ocorrência perante a autoridade policial.

A materialidade do delito foi demonstrada por meio do laudo necroscópico (fls. 13/16), auto de reconhecimento (fl. 25), ofícios da secretaria municipal de saúde (fls. 30/35), laudo de degravação de imagem (fls. 105/116), laudo necroscópico (fl. 159) e laudo de reconstituição dos fatos (fls. 205/299), além da prova oral colhida.

A autoria, igualmente, é certa e recai sobre os acusados.

A mãe da vítima, Neleni Barbosa da Silva, afirmou não ter presenciado e não saber de nada sobre os fatos (audiovisual).

A testemunha Nilza Rodrigues da Silva afirmou ter Wesley como um filho, por tê-lo criado. Quando chegou ao local com Willian, Wesley já estava caído, mas não mais algemado. Colocaram o ofendido, que estava duro e se debatendo, em um carro e foram ao pronto socorro, onde ele foi imediatamente internado. Ninguém falava o que tinha acontecido. Os policiais também estavam na unidade de pronto atendimento, mas eles não falaram nada sobre o ocorrido (audiovisual).

O policial civil Willian Felipe Martins Soares relatou que a ocorrência foi aberta por familiares da vítima e que participou das investigações. Os guardas não fizeram registro da ocorrência policial no dia 09, mas apenas posteriormente, apenas um registro administrativo da própria guarda municipal, sem o nome do ofendido. Foram até o condomínio e familiares foram ouvidos no inquérito. Um dos familiares presenciou os fatos, mas estava receoso de sofrer retaliação. O irmão da vítima realizou um reconhecimento, mas primeiro quis garantir seu anonimato e de uma senhora que também estava no local. Eles relataram que era comum haver incursões violentas da guarda municipal no local. Apuraram, inclusive com testemunhas protegidas, que a guarda municipal chegou ao condomínio e os garotos correram para evitar a abordagem. Uma testemunha presencial viu o chute que a vítima recebeu, o qual gerou sua queda e a lesão na cabeça. Houve certa divergência entre testemunhas sobre se a vítima estava algemada ou não no momento das agressões, sendo que uma delas disse que ele foi agredido já no solo. Um familiar que estava desesperado socorreu a vítima em carro próprio e a viatura da guarda municipal apenas acompanhou. Mesmo com a morte de uma pessoa, os fatos não foram levados ao conhecimento da polícia civil, o que era de comunicação obrigatória. Houve divergência na reconstituição dos fatos sobre como se deu a lesão. Foi constatado junto aos serviços municipais que os guardas acionaram o SAMU (audiovisual).

Marcello Nobrega da Silva, também policial civil, disse ter sido testemunha nos autos de reconhecimento fotográfico. Não sabe dizer quem reconheceu quem, mas, após o reconhecimento, foi identificada a conduta de cada um dos réus. Foram colocadas várias fotografias de pessoas parecidas, sem uniforme, com roupas normais (audiovisual).

A testemunha protegida I relatou que a vítima estava algemada no chão,

Acesso ao Sumário

com o ouvido e o nariz sangrando, tendo pedido aos policias para socorrê-lo, diante de seus gritos. Saiu para socorrer o ofendido porque os policiais estavam "judiando" dele, um estava com o pé em sua cabeça e o outro o estava arrastando, sem qualquer socorro. Quem prestou ajuda foram os familiares, cerca de uma hora depois, quando ele já estava convulsionando. Não viu Wesley correndo. Passaram uma rasteira no ofendido, que caiu e bateu a cabeça no chão. Pediu para os policiais pararem, pois estavam muito agressivos em cima da vítima, que estava convulsionando. Somente tiraram as algemas depois de aproximadamente uma hora. Eles disseram que pediram socorro, mas não o fizeram. Wesley não estava correndo, estava parado, e os policiais estavam junto, do lado dele, maltratando e xingando todo mundo, como sempre fazem, bem agressivos, quando entram lá, e passaram a rasteira nele, já algemado. Foi no poste constante da fotografia de fl. 226 que o ofendido bateu a cabeça. Wesley caiu e foi arrastado de um lugar para outro. No chão, houve sangramento pelo nariz e boca. A vítima estava algemada e se batia muito. Um dos policiais arrastou a vítima puxando pela blusa, pelo peito e o outro ficou com o pé sobre a cabeça dela. Primeiro chegaram dois policiais mais agressivos e depois veio uma viatura com os outros dois e ficaram os quatro em cima dele, mas só dois "judiaram" mais dele. Disse que o ofendido bateu a cabeça na guia e não no poste, sendo que os policiais que o levaram até o poste, após a queda. Consegue reconhecer o policial que deu a rasteira, por trás da vítima, que caiu de barriga para cima. Os policiais o deixaram uma hora algemado e convulsionando, sem prestar socorro. Pediu para tirarem as algemas, mas demoraram bastante tempo para isso. Esclareceu que Wesley caiu e bateu a nuca na sarjeta. Quando Willian chegou, os policiais já tinham tirado as algemas. Afirmou que os guardas foram muito agressivos com quem se aproximava, inclusive com xingamentos a mulheres. Posteriormente, eles voltaram ao condomínio para ameaçar a depoente, dizendo que, se ela prestasse depoimento, iriam matar ela e sua família. Confirma ter feito reconhecimento na delegacia. Não fez reconhecimento na guarda, lá nem foi ouvida. Viu fotos dos quatro policiais na delegacia e reconheceu todos. Disse que quase todo dia eles entravam no condomínio e que Wesley estava sozinho no momento dos fatos. Afirmou que seu filho já foi preso pelos réus, há bastante tempo, também de maneira bastante agressiva. Não conhecia a família da vítima. Wesley gritou três vezes por socorro, já caído ao chão, e depois não conseguiu falar mais nada. Os guardas não deixavam ninguém pedir socorro. Confirmou ter visto a rasteira de um dos policiais contra o ofendido e que somente depois disso ele foi arrastado para o poste. O guarda que deu a rasteira foi o mais baixo. Além da rasteira, somente presenciou outro guarda pisando na cabeça da vítima. Não presenciou outras agressões. Não marcou exatamente no relógio, mas acredita que foi cerca de uma hora entre a chegada e a saída da viatura. Não viu os guardas que chegaram depois agredindo a vítima, apenas os dois primeiros. Reconheceu

Acesso ao Sumário

as pessoas de número 6 e 3, como os que estavam primeiro com a vítima e impediam que chamassem por socorro, sendo o 3 que ficou com o pé na cabeça do menino. Reconheceu as pessoas de número 1 e 4 como os que chegaram depois, sendo o número 1 que a ameaçou no dia, depois de retornarem ao condomínio. Voltaram ao condomínio todos os quatro. Ninguém deixou número de telefone para a testemunha. Já conhecia os policiais antes, e sabe o nome do número 6, Jucelino, que foi quem deu a rasteira na vítima (audiovisual).

A testemunha protegida II relatou que morava no condomínio à época dos fatos. Viu seu irmão correndo e dois policiais atrás dele. Quando seu irmão percebeu que eram guardas, tentou correr mais e o guarda moreno alto lhe deu um chute, que acertou em sua canela. Por conta desse golpe, ele caiu de cabeça no poste e na guia. O outro guarda, branco e de menor estatura, chegou em seguida e lhe deu um soco na face. Quando viraram o ofendido, percebeu que se tratava de seu irmão, que começou a se debater. O guarda moreno ficou com o pé em cima da cabeça da vítima, sem forçar. Alguns minutos depois chegou outra viatura, sendo que guardas desceram e cercaram a vítima, que foi algemada quando já estava no solo. Foi até seu irmão e percebeu que saía sangue de seu nariz, sendo que ele permaneceu deitado, travado, sem conseguir falar. O depoente falou que a vítima era seu irmão, tirou sua camiseta e deixaram que chegasse perto. O guarda tirou o pé, o depoente virou Wesley, tirou sua própria camiseta, limpou o sangue do nariz e ficou conversando com ele. Pediu a uma moradora que ligasse para sua mãe. Perguntou para o guarda porque ele agrediu a vítima, mas ele respondeu que foi um acidente, mesmo o depoente tendo visto a agressão. O guarda alegou que tinha chamado a ambulância, mas estava demorando muito. Quando sua mãe e o irmão que é motorista de aplicativo chegaram, o levaram para o hospital, com a viatura seguindo. Os guardas disseram que o ofendido caiu sozinho, mas todos viram que ele foi agredido. Posteriormente, eles retornaram ao condomínio e conversaram com a moça que ajudou a socorrer a vítima. Não viu chute na cabeça do ofendido, mas apenas o chute no joelho que fez com que ele caísse e, depois, o soco no rosto desferido pelo guarda branco e mais baixo. Afirmou que sua genitora e seu outro irmão chegaram ao local cerca de uma hora depois que a vítima estava no chão. Não sabe como calculou esse tempo, mas sabe que foi bastante, tinha muita gente ali desesperada vendo a vítima se debater e sem socorro. Os guardas demoraram a tirar as algemas do ofendido, mesmo com vários pedidos nesse sentido. Foi seu irmão quem levou o caso para a delegacia. Seu irmão estava tendo convulsão, com maxilar travado, se debatendo, tentando falar, e algemado. Ele nunca havia tido convulsões anteriormente. Os guardas não deixavam ninguém se aproximar de Wesley. A moça que ajudou a socorrer o ofendido é a outra testemunha protegida, a qual mora em frente ao poste de iluminação. Aduziu ter conseguido ver tudo com bastante nitidez. Reforçou que Wesley foi algemado depois de ter caído e bati-

Acesso ao Sumário

do a cabeça, já ao solo. Não houve outros atos de agressão após a chegada dos outros dois guardas em uma nova viatura. Todos já conheciam os guardas por conta de prisões e agressões anteriores. Quando foi socorrer a vítima, os guardas não deixaram de imediato o depoente chegar perto, só depois que souberam que era seu irmão. Seu irmão só foi desalgemado quando a genitora chegou ao local. Pelo que Willian contou, a viatura foi abrindo caminho até o hospital. Sustentou que havia apenas uma rua do ponto onde estava até o local dos fatos. Estava em um local mais elevado e teve visão de tudo. Reconheceu a pessoa de número 3 como quem deu chute em seu irmão, a pessoa de número 4 como quem deu soco em seu irmão, e a pessoa de número 6, como um dos que desceram da viatura, não se recordando do outro que desceu da viatura (audiovisual).

O réu Jucelino, em seu interrogatório, negou a veracidade da acusação. Afirmou que estavam indo fazer o patrulhamento de uma escola próxima ao condomínio, quando foram parados por uma senhora, moradora da região, que reclamou não aguentar mais o tráfico no local. Aduziu que entraram no primeiro condomínio que viram e encontraram dois indivíduos sentados em um sofá, em local conhecido como ponto de tráfico. Eles fugiram e foram perseguidos, até que ingressaram no condomínio em que os fatos ocorreram. Separaram-se, mas perdeu o menino que estava perseguindo. Pelo rádio, o corréu Guilherme afirmou que estava com outro suspeito. Chegou ao local e encontrou o indivíduo encostado no poste e com sintomas de ataque epilético. Quando ele caiu para o lado, determinou que retirassem a algema dele e iniciaram de imediato os primeiros socorros. Guilherme descreveu que, durante a perseguição, o jovem teria tropeçado nas próprias passadas e batido a cabeça no poste. Ligou para o SAMU oito minutos depois de sua entrada pela portaria. Surgiram uma mulher que teria assistido a tudo desde o início e um menino, que acredita ter sido um dos que correram. Guilherme passou a fazer perguntas para esse rapaz, que se levantou e não quis responder, saindo do local. Pouco depois, chegou o irmão da vítima em um carro, perguntando o que tinha acontecido e se o SAMU já havia sido acionado. Ele não quis esperar e resolveu levá-lo ao hospital, mesmo tendo sido avisado que não era esse o procedimento. Foram acompanhando e abrindo caminho com a viatura. Retornaram ao condomínio em seguida porque, anteriormente, alguém havia dito que bateram no ofendido, sendo que a senhora que presenciou tudo, chamada Donina, negou esse fato. Voltaram ao pronto-socorro e deixou seu número de telefone com um primo da vítima, caso precisassem de algo. Os fatos não foram levados para a autoridade policial por ter se tratado de caso em que uma pessoa caiu, passou mal e foi levada ao hospital. Já teve problemas anteriores com Willian. Não sabe o motivo de a vítima ter corrido, já que não estava sendo abordada. Guilherme disse que o ofendido resistiu à abordagem. Afirmou que entraram no condomínio, um local privado, porque uma moradora narrou que ali estava ocorrendo tráfico de drogas. Como ela não

Acesso ao Sumário

identificou o condomínio, entraram no primeiro deles. Quem algemou a vítima foi Guilherme, já que ela correu da abordagem e tentou resistir à revista pessoal (audiovisual).

O acusado Guilherme igualmente negou a veracidade da denúncia. Confirmou a denúncia anônima sobre a traficância na região e a perseguição aos jovens encontrados no condomínio. Disse que, em determinado momento, avistou Wesley correndo, o qual tropeçou a bateu a cabeça no poste. Fez a abordagem no ofendido, que tentou se desvencilhar, mesmo depois de bater a cabeça. Francelino o ajudou a algemá-lo e o colocaram sentado. Avisaram Jucelino, que foi até o local. Nesse momento, a vítima havia sofrido uma convulsão e estavam sendo prestados os primeiros socorros. Jucelino ligou para o SAMU. Depois de algum tempo, chegou o irmão do ofendido, perguntando o que tinha acontecido. Ele decidiu não esperar o SAMU e levá-lo ao hospital em seu carro. Foram com a viatura abrindo caminho. No pronto socorro, fizeram a qualificação de Wesley e seu irmão, além de terem retornado ao condomínio pra a qualificação de uma testemunha. Depois retornaram ao pronto socorro. Não conhecia a vítima ou sua família. Aduziu que o ofendido foi algemado porque tentava se desvencilhar. Acrescentou que a vítima errou a passada na corrida e bateu a cabeça no poste. A convulsão não se iniciou de pronto. Afirmou que a área é particular, mas que houve autorização de uma moradora, que denunciou o tráfico no local. Qualificaram Donina porque ela disse que havia visto todos os fatos e que os guardas não agrediram o ofendido. A vítima não levou soco no rosto (audiovisual).

O réu Francelino também negou os fatos, reiterando, em geral, o que foi dito por seus colegas de farda. Acrescentou que não acionaram a polícia militar, sobre a denúncia de tráfico, porque orientaram a denunciante a fazê-lo. Negou ter xingado a vítima ou pisado em sua cabeça. Foi Guilherme quem filmou o réu em convulsão sobre o pé do interrogado, o que foi feito para que ele apoiasse a cabeça (audiovisual).

Da mesma maneira, o corréu Felipe da Silva Amaral negou os fatos, reforçando, em suma, o que foi dito por seus companheiros de profissão (audiovisual).

Pois bem.

Inicialmente, entendo importante ressaltar, de plano, que a diligência levada a efeito pelos guardas municipais - ao contrário do que pretendem fazer crer as Defesas - era realmente ilegal. A Guarda Civil Metropolitana possui como atribuição a proteção ao patrimônio e serviços municipais, sendo que não foi esta a atuação da equipe no dia dos fatos.

A mera indicação de suposta denúncia anônima sobre a traficância em determinado lugar não é suficiente para a atuação fora de suas atribuições institucionais. Era cabível e exigível que, se fosse o caso, a guarda municipal informasse à polícia os relatos anônimos recebidos. Como muito bem consignado

Acesso ao Sumário

na r. sentença, compete à Polícia Militar o patrulhamento preventivo de crimes. Não suficiente, simplesmente por visualizar jovens correndo, os guardas os perseguiram, em completo desvirtuamento de suas funções.

Não auxilia os réus a alegação defensiva de que havia escola pública próxima ao local dos fatos, porque, como se vê, a diligência nenhuma relação teve com o estabelecimento de ensino municipal mencionado.

De qualquer modo, inexiste nos autos qualquer indício de que o ofendido estivesse praticando crime - o que, de qualquer forma, não justificaria a atuação dos acusados.

A fuga da vítima, nesse contexto, é facilmente explicada pelos diversos relatos existentes no conjunto probatório acerca da repetição de diligências violentas da guarda municipal no local. Configurou-se, como novamente foi bem indicado na r. sentença, exercício regular de um direito por parte de Wesley.

Quanto aos fatos em si, restou incontroverso a partir da prova oral colhida que os réus Francelino e Guilherme, condenados pelo juízo de primeira instância, foram os que chegaram na primeira viatura, avistaram o ofendido correndo e o abordaram - como por eles próprios admitido, ainda que tenha havido certa divergência entre as testemunhas no reconhecimento. A discussão pendente gira em torno de como se deu efetivamente essa abordagem, o que motivou a queda da vítima e o comportamento dos acusados no momento em que ela já estava caída ao solo.

Nesse ponto, é importante ressaltar que as duas testemunhas protegidas narraram, com segurança, que o ofendido foi derrubado pelo guarda que a perseguia com um chute, fazendo com que caísse e batesse a cabeça.

A negativa dos réus, portanto, restou isolada nos autos. Eles próprios afirmaram que a testemunha protegida I assistiu aos fatos desde o início - tanto que retornaram ao condomínio para qualificá-la. E ela, em juízo, reforçou a rasteira dada no ofendido, fazendo com que ele caísse e batesse a cabeça.

Assim, além da perseguição ilegal ao ofendido, restou demonstrado que Francelino o golpeou e fez com que caísse e batesse a cabeça.

Mas a conduta dos guardas não terminou por aí. Com a vítima já caída ao solo, sangrando pelo nariz e ouvido, convulsionando, os guardas a algemaram e a mantiveram assim por considerável período de tempo, mesmo diante de diversos pedidos para que fossem retiradas as algemas e providenciado socorro. Além disso, a testemunha protegida II asseverou que Guilherme desferiu um soco na face de Wesley, quando este já estava caído ao solo.

A colocação das algemas e o soco desferido por Guilherme denotam sua adesão ao comportamento de Francelino, também contribuindo para o resultado morte a que se chegou.

A qualificação dos fatos atribuída pela r. sentença, igualmente, não merece reparos.

Acesso ao Sumário

O conjunto probatório não é suficiente para se extrair o dolo dos acusados em praticar o delito de tortura castigo em face do ofendido. Houve, sim, a prática de lesões corporais dolosas - sendo inegável a vontade livre e consciente de ambos os réus lesionar o ofendido -, sendo que estas ensejaram a morte da vítima, não desejada inicialmente pelos agentes. Dessa forma, trata-se realmente de crime preterdoloso, o que impossibilita a pretendida desclassificação.

As demais contradições apontadas pelas Defesas não infirmam o conjunto probatório reunido. A tentativa de desprestigiar o relato da testemunha protegida I, aliás, é contrariada pelo próprio interrogatório dos réus, os quais afirmaram que ela assistiu aos fatos desde o início, sendo que, por esse motivo, inclusive, teriam retornado ao condomínio para qualificá-la - embora a testemunha tenha dito que essa volta ao local se deu para ameaçá-la.

Como se vê, o conjunto probatório demonstra elementos mais do que suficientes à manutenção da condenação, que era mesmo de rigor.

Passo à dosimetria.

As básicas foram mantidas no piso de 04 anos de reclusão, acertadamente.

Na segunda fase, houve acréscimo de 1/6 nas reprimendas de cada um dos réus, haja vista a incidência da agravante relativa a crime cometido com abuso de poder e violação aos deveres inerentes ao próprio cargo no cometimento do crime, o que restou evidente após a análise do conjunto probatório, conforme acima explicitado. As penas intermediárias dos acusados foram corretamente estabelecidas em 04 anos e 08 meses de reclusão.

À míngua de causas de aumento ou de diminuição, mantenho as penas tais como fixadas pela r. sentença.

O regime intermediário é obrigatório na hipótese, diante da quantidade de pena aplicada, nos termos do artigo 33, §2º, do Código Penal.

Visando o adequado conhecimento a terceiros juridicamente interessados nos fatos que tratam estes autos, **determino ao cartório a extração e encaminhamento de cópia do presente acórdão para:**

1 - o gestor municipal de Sorocaba de forma que tome as providências necessárias e suficientes para que fatos como os descritos nestes autos não mais ocorram, bem como que busque no patrimônio dos réus, ora condenados, eventual ressarcimento pelo prejuízo causado ou que venham a causar ao erário público;

2 - os familiares da vítima (pais), com endereço nos autos, para fins de eventual busca de indenização civil perante a municipalidade.

3 - a Defensoria Pública de Sorocaba, para conhecimento e uso no que lhes interessar.

Ante o exposto, **NEGARAM PROVIMENTO** aos recursos, mantendo-se a r. sentença tal como lançada.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos nesses autos de Apelação Criminal nº 1507132-91.2019.8.26.0576, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é apelante L. E. S. M. J., 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: "Rejeitadas as preliminares, negaram provimento, nos termos que constarão do acórdão. V. U. Sustentou oralmente o Ilmo. Defensor, Dr. Renato Flávio Marcão e usou a palavra o Exmo. Procurador de Justiça, Dr. Márcio Sérgio Christino." de conformidade com o voto de relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 65.470)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (Presidente), EUVALDO CHAIB e CAMILO LÉLLIS.

São Paulo, 30 de abril de 2024

LUIS SOARES DE MELLO, Relator

EMENTA: Lesão corporal praticada no âmbito das relações domésticas (art. 129, § 9º, do Código Penal). Preliminares inconsistentes. Cerceamento de defesa inocorrente. Ampla oportunização de produção de provas às partes. Registros das imagens que não vieram aos autos face ao desaparecimento do equipamento de filmagem. Fato que não pode ser imputado ao Juízo. Contraditório e ampla defesa largamente observados no decorrer da instrução. Pedido de substituição de testemunha. Impossibilidade. Inteligência do art. 451, do Código de Processo Civil. Feito que não padece de quaisquer nulidades. Mérito. Provas seguras de autoria e materialidade. Laudo pericial que dá conta certa e plena das lesões. Palavras coerentes e incriminatórias da vítima. Versão exculpatória inverossímil. Responsabilização inevitável. Condenação imperiosa. Apenamento criterioso. Oportuna concessão de "sursis". Pedido de modificação das condições estabelecidas. Inviabilidade de manifestação de escolha, pelo réu, acerca da sanção imposta. Aplicação da benesse bem fundamentada. Preenchimento dos requisitos legais. Benefício mantido. Possibilidade de renúncia ao favor legal em momento oportuno, ademais, após o trânsito em julgado da condenação.

Acesso ao Sumário

Precedentes. Apelo improvido, rejeitadas as preliminares.

VOTO

Visto.

Ao relatório da sentença douta, que se acolhe e adota, acrescenta-se que **L. E. S. M. J.** saiu **condenado** à pena de **3 meses de detenção (regime aberto)** - *concedida suspensão condicional da pena pelo prazo de 2 anos* -, pela prática da infração penal capitulada no art. 129, § 9º, do Código Penal (lesão corporal praticada no âmbito das relações domésticas).

O apelo da defesa - *f. 613/639* - combate a r. sentença, com matéria preliminar e meritória.

Preliminarmente, pretexta ocorrência de nulidade do processo, por cerceamento de defesa.

No mérito, pretende, essencialmente, a modificação do julgado em sua parte meritória e conclusiva, buscando a improcedência da demanda e consequente inversão do resultado, com absolvição, por ***(i)*** não haver prova da existência do fato e ***(ii)*** defendida insuficiência da prova acusatória.

Subsidiariamente, pleiteia a modificação dos termos do *sursis*.

Anotam-se contrarrazões - *f. 642/648* - que defendem a mantença do decisório.

Autos distribuídos (*f. 650*), foram imediatamente encaminhados à douta Procuradoria de Justiça que, após vista regular, conclui, em parecer respeitável, pelo improvimento do inconformismo recursal - *f. 657/662* -, chegando o feito ao Gabinete do Relator, finalmente, aos ***4.mar.2024*** - *f. 663*.

É o relatório.

Preliminares absolutamente inconsistentes.

O acusado aponta a existência de ***nulidade processual***, pela ausência de apreensão e degravação da câmera de vigilância instalada no apartamento do casal.

Sem qualquer mínima razão, entretanto.

Isto porque o processo seguiu trâmites normais e processuais, **absolutamente regulares**.

Afinal, a origem ***deferiu*** a prova requerida pela defesa (*f. 186*) e as imagens só não vieram aos autos face à não apreensão do equipamento pela Autoridade Policial (*f. 528/529*).

Vale destacar que a vítima também foi intimada a entregar os respectivos registros das filmagens (*f. 486*), no entanto, a prova restou prejudicada, pelo suposto desaparecimento da câmera de vigilância.

Assim, não há como se imputar ao Juízo a falta de produção da prova e eventual cerceamento de defesa.

Acesso ao Sumário

Demais disso e ao contrário do alegado pela defesa, não há mínimos indícios nos autos de que a câmera tenha ficado na posse da vítima, tendo em vista que a documentação trazida à *f. 226/231* indicam a permanência da câmera em favor do acusado.

Portanto, não restou demonstrado prejuízo qualquer suportado pela parte, tendo sido oportunizada à defesa a **ampla produção de provas.**

Importante frisar, ainda, que o Juiz é o destinatário das provas, e este considerou que o feito se encontrava plenamente instruído, tendo as provas produzidas sido suficientes para prolação de sentença e, como se verá quando da análise do mérito, para condenação do acusado.

Desarrazoada, de outro turno, a alegação de que o indeferimento da **substituição da testemunha arrolada pela defesa** constituiu cerceamento de defesa.

Porque, como bem anotou o d. Juízo sentenciante, não restaram comprovadas as hipóteses para tanto.

In casu, diante da modificação do art. 397, do Código de Processo Penal, adota-se o art. 451, do Código de Processo Civil (*art. 3º, do Código de Processo Penal*), que dispõe ser permitida a substituição da testemunha somente nos casos de ***falecimento***, ***enfermidade*** ou ***impossibilidade de localização***.

A decisão que rejeitou a substituição de testemunha o fez bem fundamentadamente, devendo ser mantida, pois.

O que a defesa combate, isto sim, é o **resultado**.

Querer-se-ia, com certeza, solução diferente - *absolutória* - e não a que foi dada.

Daí defender a existência de *'vícios insanáveis' - nulidades alegadas e inexistentes, como se vê* -, vai distância imensa.

Afastam-se, pois e **evidentemente**, as prejudiciais.

Ao fundo.

Lesão corporal praticada no âmbito das relações domésticas (*art. 129, § 9º, do Código Penal*).

Consta da denúncia que, no dia 24 de junho de 2019, por volta das 5h30, na Avenida ..., ..., Bloco ..., Apartamento ..., São José do Rio Preto, o acusado ***L. E.***, por não encontrar a chave de seu veículo, acordou a companheira ***M. de M.*** com gritos e a agrediu com ***socos e apertões nos braços, nas costas e nas pernas.***

Em razão do ataque, a vítima sofreu lesões corporais de natureza leve, dando parte do ocorrido no Distrito Policial.

Estes **os fatos**, em suma.

Condenação acertada.

Elementos mais do que suficientes a garantir autoria e materialidade delitivas.

Acesso ao Sumário

Esta restou amplamente demonstrada no ***(i)*** boletim de ocorrência, *f. 3/6*; e ***(ii)*** exame de corpo de delito comprovando as lesões sofridas pela vítima - *"Apresenta equimose roxa em braço e antebraço esquerdos, edema antebraço direito, equimose amarelada região posterior tórax e equimose arroxeada em perna esquerda."*, *provocadas por "Agente contundente", f. 15.*

Pois bem.

Aduz a defesa que os laudos periciais são imprestáveis, tendo em vista que a vítima é portadora de 'Lúpus Eritematoso Sistêmico' (LES) e de 'plaquetopenia grave'.

Contudo, os exames técnicos acostados à *f. 15, 498/499 (complementar) e 538/541 (complementar)* constituem **instrumentos idôneos e aptos** a comprovar a materialidade do delito imputado ao acusado.

Afinal, os laudos, assinados por médicos legistas, são **conclusivos** ao afirmar que a vítima sofreu lesões corporais de natureza leve.

Nesse sentido, o Laudo Complementar nº 297564/2023, ao enfrentar a série de quesitos, atesta que *"as lesões apresentadas não tem as características das que ocorrem no Lupus Eritematoso Sistêmico." (f. 540)*.

Portanto, inviável cogitar-se na absolvição por não haver prova da existência do fato.

E a **autoria** também é certa. De efeito.

A começar pelas firmes e contundentes **palavras da vítima.**

M. de M. (*f. 275*) confirmou os fatos, apontando a autoria delitiva do acusado.

Declarou que, na ocasião, estava dormindo quando foi surpreendida por ***L. E.***, que lhe atacou com socos e chutes, empurrando-a, ainda, contra a parede.

Evidentemente autêntico o relato.

De sorte que, exatamente como aqui, estando as palavras da vítima absolutamente seguras, fortes, coerentes e harmônicas com o resultado condenatório, solução é emprestar-lhes a credibilidade que merecem, o que resulta na conclusividade única de aceitação das palavras daquela.

O que só pode levar à certeza do quadro.

No vazio, portanto, a versão exculpatória do acusado, verdadeiramente fantasiosa e perdida em si mesma, quando confrontada, não só face sua posição inverossímil, como e principalmente porque improvada.

Ouvido em audiência, ***L. E.*** declarou que, no dia dos fatos, ***M. de M.*** chegou alcoolizada e que discutiu com ela, no entanto, negou tê-la agredido fisicamente (f. 275).

Ora.

Aceitar-se tal versão seria fechar os olhos a uma realidade manifesta e dar costas ao óbvio, em total e completo desapego às normas genéricas da verdade e de bom-senso, que emanam sem nenhuma dúvida dos autos.

Acesso ao Sumário

Nada obstante deva estar o julgador sempre atento e dedicado às teses defensórias, verdade é que há um momento em que as versões não podem ser aceitas, pelo óbvio manifesto que representam sua irrealidade.

O julgador, então, que é e deve ser homem de bom-senso e com preocupação com a realidade ideal, pode e deve sempre afastar as teses sem qualquer cunho de razoabilidade, como aqui.

As testemunhas abonatórias arroladas pela defesa, de outro turno, não presenciaram os fatos, não servindo a isentar ***L. E.*** da responsabilização (f. 275).

E, em que pese ***Ricardo*** ter emitido opinião médica acerca dos ferimentos da vítima - *relacionando-os com "lúpus"* - certo é que não há quaisquer motivos para a desconsideração dos laudos oficiais, como já se disse.

Não há, enfim e nem de longe, fragilidade probatória.

Ela, ao reverso, é plena, categórica.

E nada foi feito ou produzido pela defesa, capaz de invalidar ou diminuir a força probante que os autos revelam.

Condenação, portanto, inevitável.

"Quantum satis".

Apenamento criterioso.

Base fixada e mantida no ***mínimo legal***, nada havendo que alterar.

Regime aberto, o mais benéfico possível.

Não é possível a **substituição** da corporal por restritivas de direitos, uma vez que, tratando-se de delito cometido mediante violência contra a pessoa, a situação é obstada pelo teor do artigo 44, I, do Código Penal.

Ademais, *in casu*, a vedação legal é reforçada pela Súmula nº 588 do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

> *"A prática de crime ou contravenção penal contra a mulher com violência ou grave ameaça no ambiente doméstico impossibilita a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos."*

Por outro lado, presentes os pressupostos legais (*artigo 77, do Código Penal*), oportuna a concessão de ***sursis***, pelo prazo de 2 anos, **com limitação de fim de semana e o comparecimento obrigatório a programas de recuperação e reeducação, durante o primeiro ano do prazo**, nos termos do artigo 78, § 1º, segunda parte, do Código Penal, e art. 152, § único, da L.E.P..

Postula o recurso defensivo, a este respeito, a ***modificação das condições estabelecidas*** para o cumprimento do benefício, argumentando que as medidas restritivas são incompatíveis com a atividade laborativa exercida pelo réu.

Sem qualquer razão, contudo.

Verificando-se presentes os respectivos requisitos legais, acertada a concessão do "sursis", pelo prazo e sob as condições determinadas pelo d. Juízo sentenciante, nos termos dos artigos 77 e 78, do Código Penal.

Ora.

Acesso ao Sumário

A aplicação da suspensão condicional da pena se mostra perfeitamente adequada à hipótese concreta, além de respaldada por adequada fundamentação da origem, e as justificativas oferecidas pela Defesa não se mostram suficientes à alteração do quadro estabelecido pela r. sentença condenatória.

Em primeiro lugar, não se entrevê de que forma o benefício possa ser considerado prejudicial ao acusado.

Notadamente porque, caso cumprisse sua reprimenda no regime aberto, estaria o sentenciado sujeito à regressão prisional.

Demais disso, não cabe ao acusado "escolher" a maneira que deverá cumprir sua pena, tratando-se de determinação que cabe ao Magistrado, ao aplicar ao caso a sanção penal que entende necessária e suficiente para a repressão do fato criminoso.

E não há nada a se modificar nas condições impostas, dês que corretamente operada a imposição do *sursis*.

Com efeito, o artigo 78, § 1º, do Código Penal, ao estabelecer a forma como é aplicado o benefício, prevê que o sentenciado cumprirá, no curso do primeiro ano do respectivo prazo, *a prestação de serviços à comunidade ou a limitação de fim de semana*.

Assim, diversamente do que argumenta a Defesa, não se entrevê **qualquer motivo** apto a justificar a modificação da condição fixada pela origem, que - *é importante frisar mais uma vez* - foi estabelecida em estrita observância do artigo 78, § 1º, do Código Penal.

Acertada, portanto, a opção feita pelo MM. Magistrado de piso, ao considerar suficiente à reprovação e prevenção do delito, no primeiro ano do prazo do benefício, a ***limitação de fim de semana***.

Acerca da impossibilidade de modificação do *sursis*, é reiterada a jurisprudência deste Egrégio Tribunal de Justiça:

> *"VIAS DE FATO DECORRENTE DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA MULHER. IRRESIGNAÇÃO APENAS QUANTO À CONCESSÃO DO SURSIS PENAL. Presentes os requisitos legais, foi concedida a suspensão da reprimenda, sem o estabelecimento de condições. Pedido de afastamento da benesse ao argumento de que a prestação de serviços à comunidade no primeiro ano lhe será mais prejudicial do que o cumprimento de 15 dias de prisão simples.* ***Descabimento. Não cabe ao sentenciado escolher a terapêutica penal que entende ser-lhe mais adequada e sim ao magistrado, em se cuidando de beneplácito****. Precedente. Recurso defensivo desprovido."* (TJSP; Apelação Criminal 0000066-98.2018.8.26.0664; Relator (a): Gilda Alves Barbosa Diodatti; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Votuporanga - 1ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 06/06/2019; Data de Registro: 10/06/2019) (g.n.)

Acesso ao Sumário

"ROUBO materialidade auto de apreensão e prova oral que indica a subtração mediante grave ameaça. ROUBO autoria depoimento de vítima indicando como autor validade reconhecimento em juízo confissão judicial. PENA reprimenda mantida defesa requereu a redução da pena aquém do mínimo legal em razão da atenuante da confissão não acolhimento jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal sobre a proibição de redução aquém do mínimo legal. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO concedida pelo prazo de dois anos ***defesa requer o afastamento do sursis não acolhimento suspensão condicional da pena trata-se de benefício concedido ao réu não cabe ao réu escolher qual pena poderá cumprir, sob pena de perda do caráter sancionatório da pena*** *- negado provimento." (TJSP; Apelação Criminal 0006632-33.2014.8.26.0590; Relator (a): Mens de Mello; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Criminal; Foro de São Vicente - 3ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 16/08/2017; Data de Registro: 18/08/2017) (g.n.)*

"Sursis - Direito subjetivo do réu - Inocorrência Aplicação ante o juízo de apreciação do magistrado - Possibilidade - 'A suspensão condicional da pena não é incidente de execução e tampouco direito subjetivo do réu à liberdade, constituindo, em verdade, medida de caráter sancionatório, desvinculada do sentido de benefício, podendo o juiz, ante o juízo de apreciação, aplicar o 'sursis' se presentes os requisitos, ou deixar de fazê-lo, se ausentes" (Extinto TACrim/SP AC 929.299 Rel. Walter Guilherme).

Esse é o comando da lei e, portanto, dele não se pode fugir.

Inalterável, desta forma, a benesse concedida, medida bem fundamentada, portanto, atendidos os respectivos pressupostos legais.

Ademais, ressalve-se que - *como tem reconhecido o Colendo Superior Tribunal de Justiça* -, é possível ao sentenciado, **em momento oportuno**, suscitar renúncia ao favor legal, perante o d. Juízo da Execução, em audiência admonitória designada após o trânsito em julgado do decreto condenatório:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AMEAÇA. DECISÃO AGRAVADA. IMPUGNAÇÃO SUFICIENTE. RECONSIDERAÇÃO. DOSIMETRIA. AGRAVANTE. QUANTUM QUE NÃO SE AFIGURA DESPROPORCIONAL. SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA. REVOGAÇÃO DO SURSIS. INVIABILIDADE. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. SÚMULA 83/STJ. (...)

3. Acerca da tese de a suspensão condicional da pena ser mais gravosa ao réu, a jurisprudência do STJ é no sentido de que, Tratando-se de benefício facultativo, caso o agravante entenda ser tal benefício mais gravoso do que o desconto da sanção corporal a ele imposta,

Acesso ao Sumário

deverá recusar tal benesse na audiência admonitória a ser designada após o trânsito em julgado do decreto condenatório *(AgRg no AREsp n. 1.361.616/SP, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 19/12/2018). Incidência da Súmula 83/STJ. (...)* (AgRg no AREsp 1865291/SP, Rel. Ministro OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), SEXTA TURMA, julgado em 28/09/2021, DJe 04/10/2021) (g.n.)

Esse entendimento, vale observar, tem sido perfilhado, também, por julgados desta Egrégia Corte (*e.g.: Apelação Criminal nº 1503165-61.2019.8.26.0536, 4ª Câmara de Direito Criminal, Rel. Des. Euvaldo Chaib, j. em 04/10/2021; Apelação Criminal nº 1500204-19.2020.8.26.0341, 1ª Câmara de Direito Criminal, Rel. Des. Andrade Sampaio, j. em 30/03/2022*).

De sorte que, por qualquer ângulo que se veja a questão, não é possível a modificação dos termos do "sursis" imposto pela r. sentença.

Nada se altera na perfeita decisão, pois.

POSTO, ***afastadas*** as preliminares, ***nega-se provimento*** ao apelo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1501834-21.2022.8.26.0445, da Comarca de Pindamonhangaba, em que são apelantes C. A. G., M. M. DA S. J., M. T. I. E E. LTDA. e M. C. E D. E. E. E. LTDA., 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.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20.119)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ALEX ZILENOVSKI (Presidente sem voto), LAERTE MARRONE e FRANCISCO ORLANDO.

São Paulo, 6 de maio de 2024

LUIZ FERNANDO VAGGIONE, Relator

Ementa: Apelação. Sequestro de bens e valores. Pleito de levantamento do sequestro. Impossibilidade. Presença de indícios veementes para decretação da medida. Ausência de irregularidade. Alegação de excesso de prazo. Não verificado. Prazo impróprio. Superação do prazo que não acarreta levamento automático. Complexidade da causa. Precedentes. Recurso impro-

Acesso ao Sumário

vido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de recurso de apelação interposto por **C. A. G., M. M. da S. J, M. G. T. e M. G. M. C. e D. em E. E. LTDA.** contra decisão do MM. Juízo de Direito da Vara Criminal da Comarca de Pindamonhangaba, que indeferiu o pedido de levamento do sequestro e indisponibilidade dos bens e valores apreendidos no curso de procedimento (nº 1501701-76.2022.8.26.0445), que apura prática de crimes de estelionato, apropriação indébita, associação criminosa, além de crimes elencados na Lei de Licitações.

Inconformados, os recorrentes apelaram buscando o levantamento do sequestro dos bens e valores apreendidos das pessoas jurídicas, M. G. T. e M. G. M. C. e D. em E. E. LTDA., e das pessoas físicas, sócios da referida empresa, **C. A. G.** e **M. M. da S. J.** (fls. 417/427).

Contra-arrazoado o apelo (fls. 448/456) e oferecido o r. parecer pela douta Procuradoria Geral de Justiça (fls. 522/527), manifestou-se o Ministério Público, em ambas as instâncias, pelo não provimento do recurso.

Os apelantes, por seus ilustres defensores, manifestaram oposição ao julgamento virtual e interesse na sustentação oral (fl. 469).

É o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso interposto.

Inicialmente, o pedido de concessão de efeito suspensivo ao presente recurso de apelação (fls. 484/491) encontra-se prejudicado, em razão do julgamento do mérito recursal que ora se inicia.

O apelo não comporta provimento.

Em análise aos autos, nota-se que foi instaurada investigação policial para apuração de crimes de estelionato, apropriação indébita, falsificação de documento público, associação criminosa, lavagem de dinheiro e eventuais crimes contra a legislação tributária e licitatória, envolvendo D. C., C. A. C. e J. A. R. (processo nº autos de nº 1501701-76.2022.8.26.0445). Em desdobramento às investigações, foram constatadas possíveis novas fraudes que a empresa vítima, *T. - T. E. de R. I. LTDA.* -, sofreu, supostamente praticadas pelos apelantes, na condição de sócios de empresas concorrentes da primeira. Conforme constou da representação da Autoridade Policial, as investigações se iniciaram após denúncia anônima recebida pelo representante da empresa *T.* e, em apuração, outros fatos foram sendo descobertos. Conforme constou do relatório policial (fl. 08):

"Fatos novos ocorreram, uma vez que no dia 18 de outubro de 2022, em continuação da empreitada criminosa dos investigados, chegou um caminhão proveniente da empresa M. G. T. I. e E. Ltda., com a finalidade de descarregar

óleo para fins de descontaminação, bem como carregar óleo já descontaminado deixado dias antes, ou seja, "descortinou-se" mais duas empresas, através de seus representantes legais, mancomunadas com D. C. para usar os serviços de descontaminação e venda de cobre da empresa vítima T. e não ter que pagar pelos mesmos, assim como a empresa W. P. A. estava realizando!

Assim a empresa T., ao proceder à busca de todos os documentos das relações comerciais mantidas com a empresa em questão, puderam constatar que o serviço de descontaminação, que deveria ter o custo de R$ 9,50 (nove reais e cinquenta centavos) por litro, estava sendo realizado por R$ 1,00 (um real) por litro!! Veja a nota fiscal abaixo, do ano de 2021, já com a prática de subfaturamento do valor do serviço, apenas a título demonstrativo: (...)"

Diante de indícios da participação dos apelantes nas fraudes em apuração, a autoridade policial solicitou a constrição de bens e valores das referidas empresas (fls. 01/21), o que foi deferido pelo Magistrado de primeira instância, em decisão assim fundamentada (fls. 36/40):

"Com efeito, o conjunto probatório já coligido no processo 1501701-76.2022, em trâmite por esta Vara Criminal, ora robustecido com as novas informações carreadas aos autos, indica a possível existência de esquema criminoso que, ao que parece, pretendeu seguir seu curso, nada obstante tenha vindo à tona a investigação, com o cumprimento das diligências ordenadas no mencionado processo, viabilizando a identificação de novos envolvidos, que são alvos da presente cautelar.

Isso resta claro da leitura do relatório da autoridade policial (fls. 08/09): Da participação dos novos investigados, T., através de seu representante legal J. C. G., e M. G. T. e sua filial M. G. M. C. E D. EM E. E. LTDA, através de seus representantes legais C. A. G. e M. M. da S. J., no esquema criminoso. Fatos novos ocorreram, uma vez que no dia 18 de outubro de 2022, em continuação da empreitada criminosa dos investigados, chegou um caminhão proveniente da empresa M. G. T. I. e E. Ltda., com a finalidade de descarregar óleo para fins de descontaminação, bem como carregar óleo já descontaminado deixado dias antes, ou seja, "descortinou-se" mais duas empresas, através de seus representantes legais, mancomunadas com D. C. para usar os serviços de descontaminação e venda de cobre da empresa vítima T. e não ter que pagar pelos mesmos, assim como a empresa W. P. A. estava realizando! Assim a empresa T., ao proceder à busca de todos os documentos das relações comerciais mantidas com a empresa em questão, puderam constatar que o serviço de descontaminação, que deveria ter o custo de R$ 9,50 (nove reais e cinquenta centavos) por litro, estava sendo realizado por R$ 1,00 (um real) por litro!!.

Os documentos apresentados e a prova oral colhida até aqui fornecem indícios relevantes da ocorrência dos crimes de estelionato, apropriação indébita, associação criminosa, lavagem de dinheiro e crimes em licitações, além

Acesso ao Sumário

de, possivelmente, crimes disciplinados nas Lei nº 8.137/90 e 9.279/96, o que confere justa causa aos pedidos.

A gravidade das circunstâncias dos fatos e a indispensabilidade para o curso das investigações, como bem pontuado pela Autoridade Policial e referendado pelo Ministério Público, também revelam fundadas razões e autorizam a concessão das medidas acautelatórias pretendidas pela Autoridade Policial, especialmente aquelas que se destinam a assegurar o ressarcimento da empresa-vítima, em se tratando de delitos com repercussão patrimonial, e a coletar outros indícios probatórios.

(...)"

Os apelantes aduzem, em síntese, que foi bloqueado R$ 1.756.316,17 referente à empresa M. G. M. C. e D. em E. E. LTDA; R$ 2.415.219,25 em relação à empresa M. G. T.; R$1.160.325,56 pertencente à **M.** e R$ 359.997,74 relativo à **C.**, tratando-se, porém, de medida que extrapolou o prazo máximo admitido pela legislação, uma vez que já transcorreu cerca de um ano desde a decretação da medida assecuratória (datada de 26/10/2022) e de sua efetivação, em 09/11/2022 (fls. 135/143), sem que houvesse oferecimento de denúncia. Alega-se, assim, a violação ao artigo 131, inciso I, do Código de Processo Penal.

Nas lições de Renato Brasileiro, o sequestro de bens: *"pode ser compreendido como uma medida cautelar de natureza patrimonial, fundada, precipuamente, no interesse público consubstanciado no ulterior perdimento de bens como efeito da condenação (confisco), e, secundariamente, no interesse privado do ofendido na reparação do dano causado pela infração penal, que recai sobre bens ou valores adquiridos pelo investigado ou acusado com os proventos da infração, podendo incidir sobre bens móveis e imóveis, ainda que em poder de terceiros, valendo ressaltar que, na hipótese de o produto ou proveito do crime não ser encontrado ou se localizar no exterior, também poderá recair sobre bens ou valores equivalentes de origem lícita (CP, art. 91, §§ 1º e 2º, com redação dada pela Lei no 12.694/12)"*[1].

Por se tratar de medida cautelar, sujeita-se à comprovação dos requisitos *fumus comissi delicti* - presença de indícios veementes da proveniência ilícita dos bens - e do *periculum in mora* - perigo na demora da entrega da prestação jurisdicional, ou seja, na necessidade de se garantir a preservação dos bens, direitos ou valores, pois durante a tramitação do processo pode ocorrer a dilapidação do patrimônio do acusado.

No presente caso, conforme farta documentação acostada, em relação aos bens e valores bloqueados, observo a existência de indícios relevantes autorizadores da medida cautelar.

Quanto ao excesso de prazo da medida arguido pela defesa, ressalte-se que o prazo constante do dispositivo legal em comento não é peremptório, de

Acesso ao Sumário

1 Lima, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

modo que sua inobservância não acarreta imediata liberação dos bens apreendidos, sob pena de esvaziar o objetivo primordial da constrição, frustrando o recebimento dos valores pela vítima em caso de sentença condenatória. Tal fato se verifica sobretudo nos procedimentos complexos, que demandam maiores investigações, cuja constrição é essencial para evitar que os investigados continuem auferindo vantagens econômicas ilícitas ou esvaziem patrimônio para evitar futura perda de bens. No caso dos autos, a complexidade da causa e suas peculiaridades, conforme bem constou do relatório da Autoridade Policial, demonstram ser prematuro o levantamento requerido.

Nesse sentido, é o entendimento pacífico do C. Superior Tribunal de Justiça:

> AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSUAL PENAL. SEQUESTRO DE BENS. ALEGAÇÃO NÃO AVENTADA NAS RAZÕES DO RECURSO ANTERIORMENTE INTERPOSTO. INOVAÇÃO RECURSAL. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. ALEGADA VIOLAÇÃO AO PRAZO PREVISTO NO ART. 131, INCISO I, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. EXCESSO DE PRAZO NÃO CONFIGURADO. COMPLEXIDADE DA CAUSA. EXISTÊNCIA DE DÚVIDA FUNDADA SOBRE A ORIGEM LÍCITA. DILAÇÃO PROBATÓRIA. NECESSIDADE. UTILIZAÇÃO. VIA MANDAMENTAL. DESCABIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.
>
> 1. A alegação de que, na hipótese dos autos, até o momento, não houve a devida formalização do sequestro de semoventes, tratando- se de simulação processual, não tendo sido suscitados nas razões do recurso ordinário em mandado de segurança, constitui inovação recursal, descabida no âmbito do presente recurso, pela preclusão consumativa.
>
> **2. In casu, as instâncias ordinárias esclareceram e justificaram devidamente o lapso de tempo de duração do sequestro porque o Agravante é suspeito de liderar organização criminosa complexa, hierarquizada, com divisão de tarefas, divisão de atividades, agindo no País e no exterior, obtendo, por meio dos atos ilícitos e em curto prazo de tempo, expressivo montante de recursos financeiros.**
>
> **3. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça está fixada no sentido de que o princípio da razoabilidade impede que o prazo previsto no art. 131, inciso I, do Código de Processo Penal incida de forma peremptória, devendo ser examinado para esse fim, tal como ocorreu na hipótese dos autos, a complexida-**

Acesso ao Sumário

de e as peculiaridades do caso concreto.

4. Existindo dúvida fundada acerca da origem lícita dos recursos utilizados para a aquisição dos bens sequestrados, a análise do pedido de liberação demandaria dilação probatória, incabível na via mandamental.

5. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no RMS n. 70.218/TO, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 24/4/2023, DJe de 28/4/2023.)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA VOLTADA PARA A PRÁTICA CONTRAVENCIONAL DE JOGOS DE AZAR. LAVAGEM DE DINHEIRO. MEDIDA CAUTELAR. SEQUESTRO DE BENS. MEDIDA FUNDAMENTADA. EMBARGOS DOS ACUSADOS. NECESSIDADE DE AGUARDAR O TÉRMINO DA AÇÃO PENAL. EXTRAPOLAÇÃO DO PRAZO DO ART. 131, I, DO CPP. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. SUPERVENIÊNCIA DA DENÚNCIA. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Tratando-se os embargantes de investigados, posteriormente denunciados, não se vislumbra negativa de prestação jurisdicional por parte do magistrado que posterga o julgamento dos embargos contra cautelar patrimonial para depois do término da ação penal, em clara observância ao disposto no artigo 130, parágrafo único, do CPP. Precedentes.

2. Não há direito líquido e certo evidenciado nos autos, sobretudo quando observada a decretação de medidas cautelares judiciais fundamentadas no sentido da possível proveniência ilícita dos bens e valores constritos.

3. Ainda que "ultrapassado o lapso temporal legal, mostra-se despiciendo o levantamento do sequestro, acaso permaneçam os fundamentos da medida assecuratória, porque esta pode ser reiterada." (REsp 1.057.650/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 16/2/2012, DJe 5/3/2012) 4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no RMS n. 61.513/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 26/5/2020, DJe de 1/6/2020.)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. RECURSO ESPECIAL ADMITIDO NO TRIBUNAL A QUO. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. INAPLICABILIDADE. ERRO INESCUSÁVEL. 1. É firme a jurisprudência do STJ de que não cabe recurso especial contra acórdão do Tribunal de origem denegatório de mandado de segurança,

Acesso ao Sumário

configurando erro inescusável a interposição equivocada do recurso, quando cabível seria o recurso ordinário. SEQUESTRO DE BENS. LEVANTAMENTO. OFERECIMENTO. DENÚNCIA. EXCESSO DE PRAZO NÃO CONFIGURADO. COMPLEXIDADE DA CAUSA. **1. As peculiaridades do caso concreto, em especial a complexidade das investigações, justifica a extrapolação do prazo para oferecimento da denúncia, estabelecido no art. 131, inciso I, do Código de Processo Penal, sem que acarrete ofensa ao citado dispositivo legal ou desfazimento da constrição judicial.**

2. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp n. 1.749.472/SP, relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 4/4/2019, DJe de 6/5/2019.)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO. MEDIDA CAUTELAR. SEQUESTRO. INDÍCIOS VEEMENTES DA ORIGEM ILÍCITA DOS BENS. REEXAME PROBATÓRIO. SUBSTITUIÇÃO ARRESTO. SÚMULA 284/STF. EXCESSO DE PRAZO. CASO COMPLEXO. SÚMULA 83/STJ. IMPROVIMENTO.

1. Para se que seja afastada a existência de fundados motivos e, outrossim, de indícios veementes para a decretação das medidas assecuratórias de sequestro e arresto apontadas no acórdão recorrido seria indispensável o revolvimento de material fático- probatório, inviável em recurso especial.

2. As recorrentes não expuseram suficientemente de que modo os arts. 125 e 126 do Código de Processo Penal foram violados, impedindo a exata compreensão da controvérsia perante a deficiência na fundamentação do recurso, incidindo, por analogia, a Súmula n. 284/STF.

3. Caso o atraso seja justificado pelas peculiaridades da causa, complexa e com pluralidade de autores, justificando-se a dilação do prazo, inexiste ofensa ao art. 131, I, do Código de Processo Penal.

Incidência da Súmula n. 83/STJ. Precedentes do STJ.

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp n. 591.543/SP, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 27/2/2018, DJe de 8/3/2018.)

Assim também entende a doutrina[2]:

"1) Se a ação penal não for intentada no prazo de 60 (sessenta)

2 Idem

Acesso ao Sumário

dias, contado da data em que ficar concluída a diligência (CPP, art. 131, I): em sua redação original, a Lei de Lavagem de Capitais também previa o levantamento do sequestro pelo decurso de certo lapso temporal, porém fixava este prazo em 120 (cento e vinte) dias (Lei nº 9.613/98, antiga redação do § 1º do art. 4º). Ocorre que, ante as alterações produzidas pela Lei nº 12.683/12, a Lei nº 9.613/98 deixou de fazer menção a este prazo. Logo, o levantamento das medidas assecuratórias decretadas em processos referentes ao crime de lavagem de capitais também passará a observar o prazo constante do art. 131, I, do CPP, já que a própria Lei de Lavagem faz referência à aplicação subsidiária do CPP (Lei nº 9.613/98, art. 17-A, com redação dada pela Lei nº 12.683/12). De todo modo, é bom esclarecer que este lapso temporal não tem natureza absoluta. À luz do princípio da razoabilidade, admite-se eventual dilação em casos de complexidade da causa e/ ou pluralidade de acusados. Evidentemente, se o excesso for abusivo, não encontrando qualquer justificativa, deve ser determinada a liberação dos bens. Por isso, em caso concreto em que a constrição dos bens ocorrera em 22/08/2003, com o oferecimento da denúncia depois de transcorrido mais de sete anos do bloqueio, sem previsão para o término do processo, concluiu o STJ que a liberação dos bens seria medida de rigor."

Conforme bem ressaltou o Ministério Público nas contrarrazões recursais (fls. 449/454):

"Como ponto de partida, afirma-se desde logo que não há espaço para o provimento do recurso, vez que NÃO se está diante de um excesso de prazo apto a configurar abusos no poder investigatório.

As investigações, que figura como vítima a sociedade empresária T. E. de R. I. LTDA – T., trata de vários crimes, dentre eles possíveis delitos licitatórios e a importante infração penal de lavagem de dinheiro; além disso, há multiplicidade de investigados e, para agravar ainda mais a situação, alguns deles que se valeram de pessoas jurídicas que controlavam (ou ainda controlam) para delinquir.

Não se trata, pois, de investigação simples, de todo o oposto, é bastante complexa e tal constatação sequer é rechaçada pelos Apelantes quando discriminaram os vários crimes que são alvos de apuração, bem assim porque o recurso é interposto por vários interessados, sendo duas pessoas jurídicas, na esteira do aduzido.

Assim sendo, na linha de manifestações anteriores do Ministério Público, a mera extrapolação do prazo previsto no 131, inciso I, do Código de Processo Penal não traz como consequência imediata o levantamento das constrições

Acesso ao Sumário

patrimoniais, tema este que é pacífico na jurisprudência pátria.

(...)

Alinhando o aludido com as especificidades do caso concreto, tem-se o seguinte panorama em linhas gerais: tanto na investigação objeto do inquérito policial autuado sob o nº 1501701-76.2022.8.26.0445, que figuram como investigados primeiros D. C., C. A. C. e J. Â. R. e que já conta com 1410 laudas (7 volumes, se se considerar o limite de 200 laudas por volume quando os feitos tramitavam por meio físico), quanto na investigação de nº 1505076-30.2022.8.26.0625, que já conta com 2088 laudas (10 volumes, se se considerar o limite de 200 laudas por volume quando os feitos tramitavam por meio físico) e que trata dos investigados agora Recorrentes, C. A., M. M., M. G. M. C. e M. G. T., foram apresentados pedidos de habilitações diversos, com peticionamentos de várias ordens e em números expressivos, o que dificulta (e muito!) o trabalho investigativo; acrescenta-se, ainda, que as investigações demandaram (e ainda demandam) ordens de busca e apreensão diversas e realização de perícias contábeis, tudo isso a título exemplificativo.

Quer-se com isso dizer que, tomando-se por base a complexidade dos atos investigativos envolvendo os inquéritos policiais supramencionados e as inúmeras intercorrências no trâmite das diligências, muitas delas de responsabilidade dos próprios investigados (alguns deles os agora Recorrentes), não se pode alcançar outra conclusão a não ser esta: que o tempo "líquido" destinado ao i. Delegado de Polícia até o momento foi bastante exíguo, fato este que, somado à realidade de pessoal existente nos órgãos investigativos, é suficiente para se afastar a alegação de excesso de prazo para conclusão da persecução penal na seara administrativa.

No mais, com um olhar voltado para a realidade brasileira de que até mesmo inquérito policiais dos mais singelos não são concluídos em prazo menor do que um ano, certeza extrai-se que as presentes investigações, de complexidades exacerbadas, não tramitam por tempo considerável e excessivo.

Outrossim, não se constatam abusos investigativos ou constrições patrimoniais indevidas; tanto é verdade que no decorrer das persecuções penais alguns bens foram liberados, inclusive valores monetários."

Dessa forma, consideradas as circunstâncias indicadas acima, não há que se falar em levantamento do sequestro.

Ademais, como visto, a ação penal ainda não se encerrou, na verdade nem sequer se iniciou, de forma que não sendo inequívoca a licitude do bem, o indeferimento do pedido de restituição foi bem justificado, não merecendo alteração.

Posterior conclusão definitiva acerca da efetiva origem espúria, acarretaria na decretação do perdimento dos bens, conforme expressamente dispõe o artigo 91 do Código Penal.

Ante o exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao recurso, mantendo-se

Acesso ao Sumário

integralmente a r. sentença tal como prolatada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500597-17.2021.8.26.0370, da Comarca de Monte Azul Paulista, em que é apelante CARLOS LEANDRO DOS SANTOS, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 56.071)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente), GRASSI NETO e ALCIDES MALOSSI JUNIOR.

São Paulo, 9 de maio de 2024.

SÉRGIO COELHO, Relator

Ementa: Apelação. Incêndio. Recurso defensivo buscando a absolvição por atipicidade da conduta ou a desclassificação para o crime de dano qualificado. Descabimento. Autoria e materialidade comprovadas. Existência de amplo conjunto probatório, suficiente para sustentar a condenação nos moldes em que proferida. Pena e regime prisional bem fixados e que não comportam reparo. Apelo defensivo não provido.

VOTO

Pela r. sentença de fls. 161/165, cujo relatório fica adotado, **CARLOS LEANDRO DOS SANTOS** foi condenado à pena de 06 (seis) anos de reclusão, no regime inicial fechado, e pagamento de 21 (vinte e um) dias-multa, no piso legal, como incurso no artigo 250, "caput", do Código Penal.

Inconformado, apela o sentenciado buscando a absolvição por atipicidade da conduta e, subsidiariamente, a desclassificação para o crime de dano qualificado (fls. 170/174).

O recurso foi regularmente processado, com contrarrazões (fls. 185/186), manifestando-se a douta Procuradoria Geral de Justiça pelo não provimento do apelo (fls. 205/208).

Este é o relatório.

Não obstante o dedicado esforço da combativa Defesa, a condenação do réu foi bem decretada.

Acesso ao Sumário

Com efeito, a lógica dos fatos, corretamente analisados na r. sentença, indica que no dia 08/10/2020, por volta das 02h20min, na Rua Dora Barbeiro Junqueira Franco nº 180, Residencial Jequitiba, na cidade e comarca de Monte Azul Paulista, Carlos Leandro dos Santos, vulgo "Pastor", causou incêndio em pastagem, expondo a perigo a vida, a integridade física e o patrimônio de Alexandre Barlete Moraes e de sua família, bem como de Luiz Fernando Barbero.

Segundo restou apurado, o acusado ateou fogo em um terreno localizado no endereço acima descrito, imóvel de propriedade de Luiz Fernando Barbero, localizado ao lado da residência da vítima Alexandre Barlete.

As chamas se alastraram rapidamente pelo local e o ofendido Alexandre acordou já com sua residência tomada pela fumaça, quando conseguiu deixar o imóvel rapidamente juntamente com seus familiares.

A Polícia Militar e a Guarda Municipal foram acionadas e caminhões pipa da prefeitura conseguiram conter o fogo antes que atingisse as residências vizinhas.

Pela análise das câmeras de segurança instaladas na residência do ofendido Alexandre, foi possível verificar que o acusado Carlos Leandro foi quem deu início ao incêndio, sendo confirmado por meio de perícia que o fogo expôs a perigo a vida, a integridade física e o patrimônio de outrem (denúncia de fls. 90/91).

Assim resumidos os fatos, tem-se que o apelante, em solo policial, negou a acusação, alegando que somente passou pelo local do incêndio (fls. 76/77). Em Juízo, mudou parcialmente a versão e passou a dizer que sequer passou pelo local dos fatos (mídia).

A prova amealhada aos autos, todavia, é amplamente desfavorável ao acusado.

De fato, os relatos das vítimas e do policial civil, acrescidos dos boletins de ocorrência (fls. 03/04, 05/06 e 07/10), relatório de investigação (fls. 12/18) e laudos periciais (fls. 19/22 e 59/61) servem como prova cabal da materialidade delitiva e também se constituem em importantes elementos de prova para a definição da autoria e formação do juízo de culpabilidade.

Registre-se que a vítima Alexandre Barlete Moraes, ouvida em pretório, afirmou que estava dormindo, quando sentiu um cheiro de fumaça dentro de seu quarto. Levantou-se e constatou que havia muita fumaça dentro da sua residência, inclusive no quarto do seu filho, que contava 08 meses de idade. Disse que foi até a rua e viu que havia um incêndio no pasto ao lado. Acessou as imagens da câmera de segurança e viu o réu colocando fogo no pasto ao lado de sua casa, deixando o local logo em seguida (fls. 56 e mídia).

A vítima Luiz Fernando Barbero, quando ouvida em Juízo, disse que não estava no local no momento do incêndio, mas foi informado sobre o ocorrido pelo vizinho Alexandre, o qual tomou todas as providências necessárias para

Acesso ao Sumário

conter o fogo. No dia seguinte, foi até o local e conversou com a vítima Alexandre, que afirmou que o fogo foi muito alto e, por isso, se sentiu ameaçado. Alexandre também lhe contou que, pelas imagens da câmera de segurança, foi possível ver alguém saindo do local. Esclareceu que o fogo lhe causou prejuízos, porque estragou as cercas e arames do terreno (fls. 57 e mídia).

As palavras das vítimas, evidentemente, merecem crédito, no confronto com as do réu, não sendo preciso citar aqui a torrencial jurisprudência e a lição dos doutrinadores, quanto à validade das palavras das vítimas, mormente quando, como no caso em tela, inexiste motivo para infundada incriminação a inocente.

Mas não é só.

A testemunha Renan Roberto Alves Pereira, policial civil à época dos fatos, confirmou o conteúdo do relatório de investigação e disse que, pelas imagens da câmera de segurança, constatou que o acusado Carlos Leandro estava no local quando o incêndio teve início. Afirmou que o fogo se alastrou rapidamente e somente o réu apareceu nas imagens, uma vez que o incêndio se iniciou durante a madrugada (mídia).

Anote-se que não há razão para se duvidar das palavras do policial, que merece total credibilidade. A presunção *juris tantum* de que agiu escorreitamente no exercício de suas funções não ficou sequer arranhada. Ademais, a jurisprudência dominante tem se inclinado para admitir que os testemunhos de policiais, quanto aos atos de diligência, prisão e apreensão, devem merecer credibilidade desde que não evidenciada a má-fé ou abuso de poder por parte dos agentes do Poder Público, o que não se verifica na hipótese dos autos, tanto assim que nada se comprovou a respeito.

Nesse ponto, acrescento que os laudos periciais de fls. 19/22 e 59/61 atestam que a área queimada fica ao lado de uma residência e expos a perigo a vida, a integridade física e o patrimônio das vítimas.

Assim, restou evidente o dolo na conduta do réu que, deliberadamente, ateou fogo no local, expondo a perigo os moradores vizinhos.

Observo que, sobre o crime de incêndio, Julio Fabbrini Mirabete destaca que: *"Para a existência... é indispensável a prova da ocorrência de perigo efetivo ou concreto para pessoas ou coisas indeterminadas. Não é necessário que pessoas sejam lesadas ou postas em risco... A destruição pelo fogo de coisas determinadas, porém, não constitui crime..."* (Manual de Direito Penal, volume 3: Parte Especial, arts. 235 a 361 do CP. 29ª Ed., São Paulo: Atlas, 2015, p. 57).

E, conforme preleciona Damásio Evangelista de Jesus: *"... O legislador protege a incolumidade pública, i. e., a segurança e tranquilidade de um número indeterminado de pessoas. Pouco importa que, no caso concreto, a vida, a integridade física ou o patrimônio de apenas uma pessoa venham a ser expostos a perigo, se as pessoas que podem ser atingidas pelo perigo não forem*

Acesso ao Sumário

individualmente determinadas de antemão" (Direito Penal, 3º Volume: Parte Especial, 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, pág. 291).

Em suma, o quadro probatório, bem examinado pela r. sentença, convence que o apelante cometeu o crime de incêndio pelo qual se viu condenado, não havendo que se falar em absolvição por atipicidade da conduta.

Tampouco merece acolhimento a pretensão de desclassificação para o crime de dano qualificado. Ora, a conduta do réu se amolda perfeitamente ao delito descrito no artigo 250 do Código Penal, uma vez que atingiu diretamente a incolumidade pública, na medida em que a fumaça do incêndio atingiu a residência vizinha e causou perigo à vida, integridade física e patrimônio de outrem.

Por oportuno, destaco trecho da bem fundamentada sentença monocrática:

Tocante à autoria, pese a negativa do réu, entendo que não há dúvidas de que o autor do incêndio foi o réu, já conhecidíssimo dos meios policiais e deste Juízo. Com efeito, segundo o relatório de fls. 12/18, foi firme ao apontar que: "Nota-se que no curtíssimo lapso temporal compreendido entre 02:28:02 e 02:28:154, momento em que o suspeito ainda aparece na imagem da câmera juntamente ao fogo, a chama teve vigorosa evolução. Tal evento pode ser tomado como referência da evolução do fogo e por fim a quaisquer dúvidas sobre o responsável pelo incêndio, ***visto que dada a rapidez da evolução da chama não haveria como atribui-la a outra pessoa****". Pelas imagens, o réu foi a única pessoa que passou pelo local, e as imagens captadas foram suficientes a sua identificação (fl. 13). Ademais, na fase extrajudicial, ele apontou que realmente passou pelo local, embora tenha negado a autoria do incêndio. Em juízo, alterou a sua versão e negou inclusive tivesse passado pelo local. Aliás, pelo horário, 02 horas da madrugada em dia útil, o trânsito de pedestres na pequena e pacata cidade de Monte Azul Paulista é mesmo diminuto, fato roborado pelas imagens de segurança, que captaram a passagem apenas do réu. Enfim, o relatório e as imagens demonstram o réu se aproximando do local, e, em torno de* ***apenas 12 (doze) segundos****, o incêndio teve início. Logo, de rigor a condenação do réu pelo delito de incêndio.* (fls. 163).

Passo à análise da pena, que, adianto, não comporta reparo.

Na primeira fase do cálculo, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, nos seguintes termos: *"De fato, o réu fora condenado nos processos: n.* ***0005297-23.2021.8.26.0496****, data do fato em* ***01/03/2019****, transitado em julgado aso 17/02/2021, fl. 112; n.* ***1500369-76.2020.8.26.0370****, data do fato em* ***14/06/2020****, trânsito em julgado em* ***31/05/2022****, fl. 113; n.* ***1500371-46.2020.8.26.0370****, data do fato em* ***06/07/2020****, trânsito em julgado em* ***09/06/2022****, fl. 113; n.* ***1500516-39.2019.8.26.0370****, data do fato em* ***18/05/2019****, trânsito em julgado em* ***13/10/2021****, fl.114. Ante a existência de* ***quatro condenações*** *aptas ao reconhecimento dos maus antecedentes, em respeito ao* ***princípio da individua-***

Acesso ao Sumário

lização da pena, *elevo em 2/3 a pena. Além disso, a* ***culpabilidade*** *do réu extravasou aquela ínsita ao tipo penal, já que, sem motivo algum, ateou fogo em propriedade alheia, mesmo tendo ciência de residências vizinhas, colocando em risco a vida de terceiros,* ***inclusive de madrugada, durante o repouso das vítimas e em horário cujo socorro era mais difícil e demorado****, sem olvidar o prejuízo material causado ao proprietário do terreno alvo do incêndio. Os* ***motivos do crime*** *também recomendam a exasperação da pena, já que, segundo consta, não havia absolutamente nenhuma razão para que o réu assim agisse. Por fim, as consequências do crime para as vítimas foram danosas, porque, embora não tenha havido mal maior, a vítima ALEXANDRE disse que o quarto do seu filho de apenas* ***8 (oito) meses de vida estava com muita fumaça, o que, obviamente, poderia ter levado a criança a óbito****. Por todas essas circunstâncias judiciais desfavoráveis, de rigor a elevação de mais 1/3, além dos 2/3 já operados em relação aos maus antecedentes, a fim de se fixar a pena base em 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão e pagamento de 21 (vinte e um) dias-multa. Todavia, considerando-se o limite máximo de pena, a pena base fica limitada a* ***6 (seis) anos de reclusão e pagamento de 21 (vinte e um dia) dias-multa.****"* (fls. 164), o que não merece censura. Com efeito, não há reparo a ser feito, mesmo porque o réu não tem direito público subjetivo à fixação da pena mínima - senão à reprimenda suficientemente justificada, nos limites da cominação, como ocorreu *in casu*. A propósito, conforme já reconheceu o Pretório Excelso, *"a importância de se valorarem as circunstâncias do crime na dosimetria da pena decorre justamente da necessidade de que as sanções sejam proporcionais à lesividade das condutas"* (cf. STF, Segunda Turma, RHC 84.571/RJ, j. 7.12.2004, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 13.5.2005, p. 00031), até porque, a aplicação automática de pena mínima, não encontra amparo na Constituição da República, pois, do contrário, qual a razão da cominação legal adotar uma escala de pena mínima e máxima. Ademais, como o d. Magistrado não afrontou a lei, deve-se respeitar o critério do juiz natural do réu.

Na fase intermediária do cálculo, a pena permaneceu inalterada, a despeito da comprovada reincidência (processo nº 0001003-87.2019.8.26.0498 - fls. 116), tendo o MM. Juiz "a quo" bem observado que *"(...) inexistem atenuantes, mas há a agravante da reincidência (processo n. 0001003-87.2019.8.26.0498, transitado em julgado aos 23/09/2018, fl. 116). Todavia, considerando-se que a agravante não é capaz de ensejar a fixação da pena acima do mínimo legal, mantenho, nessa fase, a pena tal qual fixada na fase anterior."* (fls. 164).

Na derradeira fase, ausentes causas de aumento/diminuição, a pena não sofreu alteração.

Mantenho o regime inicial fechado, bem justificado na reincidência e péssimos antecedentes do réu.

Por todo o exposto, nego provimento ao recurso defensivo, mantida a r.

Acesso ao Sumário

sentença monocrática.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1501761-69.2021.8.26.0482, da Comarca de Presidente Prudente, em que é apelante CREMILDO CAMARGO SOARES, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram parcial provimento ao recurso. V.U. Sustentou oralmente o Ilmo. Defensor Público, Dr. Fábio Jacyntho Sorge 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 18.130)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (Presidente) e EUVALDO CHAIB.

São Paulo, 14 de maio de 2024.

ROBERTO PORTO, Relator

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL – Roubo majorado e extorsão qualificada – Recurso defensivo – Materialidade e autoria demonstradas – Firmes e coerentes depoimentos das vítimas e das testemunhas aptos a justificar o édito condenatório – Inaplicabilidade do artigo 29, § 1º e 2º, do Código Penal – Recorrente que aderiu à conduta dos demais comparsas e teve importante participação na ação criminosa – Impossibilidade de desclassificação para o crime de estelionato – Concurso formal quanto ao crime de roubo, diante da subtração do patrimônio de cinco vítimas – Concurso formal afastado de ofício com relação ao crime de extorsão, praticado contra uma única vítima – Concurso material entre os crimes de roubo e de extorsão – Impossibilidade de reconhecimento de crime único – Readequação das reprimendas de ofício – Regime inicial fechado – Impossibilidade de substituição da pena corporal por restritivas de direitos – Recurso parcialmente provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por **Cremildo Camargo Soa-**

res contra a r. sentença de fls. 994/1070, em que o Juiz de Direito julgou procedente a ação penal para condená-lo ao cumprimento das penas de 20 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento da 48 dias-multa, no patamar mínimo, como incurso no artigo 157, §2º, II e §2º-A, I, por cinco vezes, e no artigo 158, §1º, ambos cumulados com os artigos 29 e 70, na forma do artigo 69, todos do Código Penal, além da reparação de dano material no montante equivalente a R$ 24.400,00 (vinte e quatro mil e quatrocentos reais).

Inconformado, apela o acusado, pugnando pela desclassificação da conduta para o crime de estelionato. Independentemente, pugna pelo reconhecimento da participação dolosamente distinta (art. 29, §2º, do Código Penal). Sucessivamente, ante a ausência de representação das vítimas, requer seja declarada extinta a punibilidade do réu, nos termos do artigo 107, V, do Código Penal. No caso de não acolhimento das teses supra, requer seja aplicada a causa de diminuição de pena da participação de menor importância, em seu patamar máximo; bem como seja afastado o concurso material de crimes e reconhecido o concurso formal entre os delitos de roubo e extorsão, na forma do artigo 70 do Código Penal. Por fim, pleiteia a fixação de regime prisional diverso do fechado (fls. 1089/1097).

Oferecidas contrarrazões (fls. 1100/1107), foram os autos remetidos a esta Corte.

A douta Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo provimento do recurso tão somente para afastar o concurso formal quanto ao crime de extorsão (fls. 1120/1151).

Relatei.

Consta da denúncia que, no dia 26 de abril de 2021, por volta das 07h00min, na residência localizada na Rua ..., nº ..., Bairro ..., na cidade e Comarca de Presidente Prudente, CREMILDO CAMARGO SOARES e Marcos Antônio Borges Filho, em concurso e unidade de propósitos com Veríssimo Cardoso da Silva, já falecido, subtraíram para eles, mediante grave ameaça exercida com o emprego de arma de fogo em face das vítimas J. T., M. E. G. T., A. G. de O., L. T. F. A. e M. J. G. T., 01 (um) aparelho de telefone celular linha ..., pertencente a M. E. G. T., 01 (um) aparelho de telefone celular marca Xiaomi, note 8, pertencente a A. G. de O., 01 (um) aparelho de telefone celular marca Apple, Iphone 7, pertencente a M. E. G. T., 01 (um) aparelho de telefone celular Asus, cor vermelha, pertencente a L. T. F. A., além de diversas folhas de cheque perfazendo o montante aproximado de R$50.000,00 (cinquenta mil reais), a quantia de R$ 20.000,00 (vinte mil reais) em dinheiro, e 01 (um) aparelho de telefone celular marca Xiaomi, note 8, cor preta, pertencentes a J. T..

Consta também que, nas mesmas circunstâncias de tempo e de local de execução, CREMILDO CAMARGO SOARES e Marcos Antônio Borges Filho, em concurso e unidade de propósitos com Veríssimo Cardoso da Silva, já

Acesso ao Sumário

falecido, constrangeram a vítima J. T., mediante grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo, com o intuito de obter para eles, indevida vantagem econômica, a fazer transferências bancárias na ordem de R$17.000,00 (dezessete mil reais).

Consta, também, que, nas mesmas circunstâncias de tempo e de local de execução, Davi Douglas de Souza Judice concorreu materialmente para o crime de extorsão praticado por Cremildo Camargo Soares, Marcos Antônio Borges Filho e Veríssimo Cardoso da Silva, constrangendo a vítima J. T., mediante grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo, com o intuito de obter para eles, indevida vantagem econômica, a fazer transferência bancária na ordem de R$ 7.000,00 (sete mil reais).

Nos termos da acusação, a vítima J. T. mantinha razoável quantia em espécie em sua residência e folhas de cheque, havendo indícios de que se dedicava à prática de mútuo com a cobrança de juros acima do permitido pela legislação. Sabedores da dita prática, CREMILDO se uniu a Marcos Antônio e a Veríssimo Cardoso da Silva, os quais se conheceram durante o cumprimento de pena pela prática de outros ilícitos. Previamente ajustados, deliberam invadir a residência da vítima para obter vantagem patrimonial indevida. Entabularam entre eles que CREMILDO levaria os comparsas até a casa de J. T. e aguardaria do lado externo, não apenas por ser conhecido de referida vítima, mas para vigiar a aproximação de terceiros e auxiliar na subsequente fuga. Marcos Antônio e Veríssimo compareceriam ao local trajados como policiais civis, e anunciariam que havia mandado de busca e apreensão a ser cumprido. Após autorizada a entrada, praticariam a extorsão consistente em transferências bancárias, bem como os roubos de quantias e demais objetos que os interessassem. Paralelamente, entabularam com Davi e terceiro não identificado sobre o fornecimento dos dados de conta bancária para ser realizada transferência bancária da quantia extorquida. Em troca, Davi receberia parte do valor obtido. Após arquitetado, colocaram o plano em prática, rumando em direção ao endereço de J. T.. Assim, no início da manhã do dia dos fatos, CREMILDO assumiu a condução de veículo automotor e transportou Marcos Antônio e Veríssimo, cada qual portando uma arma de fogo, até a residência das vítimas e ficou aguardando nas proximidades o término da ação delituosa. Conforme combinado entre eles, Marcos Antônio e Veríssimo estavam trajados como policiais civis. Ao chegarem na residência da vítima, Marcos Antônio e Veríssimo chamaram J. T. pelo nome, se identificaram como policiais e alegaram possuir mandado de busca e apreensão a ser cumprido no local, motivo pelo qual deveriam entrar. Após franqueada a entrada, ambos portando armas de fogo, adentraram a casa. Enquanto Veríssimo percorreu o interior da residência em busca dos demais moradores, Marcos Antônio permaneceu com J.. Nesta ocasião, a medida em que Veríssimo acordava as vítimas, imediatamente e mediante grave ameaça empregada por meio da

Acesso ao Sumário

arma de fogo que ostentava, subtraía seus respectivos aparelhos de celulares. Somente J. permaneceu com seu aparelho de telefone celular, visto que os estavam interessados na realização das transações bancárias e, portanto, necessitariam do aparelho. Em seguida, separaram as vítimas, sendo certo que A. esposa de J., M. E. e M. J. filhas, e L. sobrinho, foram conduzidos à cozinha por Veríssimo e ali permaneceram até o término da ação delituosa, ao passo que J. foi conduzido aos fundos da moradia por Marcos Antônio, o qual se identificava a todo momento como Delegado de Polícia. Já aos fundos da moradia, Marcos Antônio passou a questionar J. sobre valores que possuía, tanto na casa como em instituições bancárias. A vítima, intimidada pelo suposto mandado de busca e apreensão, armas de fogo e dos indícios de que agia como agiota, mostrou o aplicativo da instituição bancária que possui no seu aparelho celular, com indicação de saldo no valor de R$ 17.000,00 (dezessete mil reais). Neste momento, Marcos Antônio passou a extorquir J., exigindo a transferência de referida quantia. Amedrontado, a vítima atendeu-o. Contudo, a primeira transação não foi completada. Assim, J. efetuou duas transferências; sendo uma no valor de R$10.000,00 (dez mil reais) e outra de R$ 7.000,00 (sete mil reais). Conforme previamente combinado, Davi forneceu seus dados bancários a CREMILDO para que pare a transferência fosse realizada para a sua conta e depois repartiriam o valor. Dessa forma, Davi recebeu certa quantia pela concorrência para a infração penal. Após realizadas as transferências, Marcos Antônio questionou J. sobre a existências de mais valores na residência. Diante da afirmação da vítima, ambos Marcos Antônio e J. - se dirigiram até um dos dormitórios onde estavam os valores. Neste momento, o Marcos Antônio, mediante grave ameaça exercida com o emprego de arma de fogo que portava, subtraiu a quantia de R$ 20.000,00 (vinte mim reais) em dinheiro e cerca de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) em folhas de cheques que J. mantinha no local. Após o apoderamento das quantias acima, mediante grave ameaça exercida com o emprego de armas de fogos, subtraíram o aparelho celular da vítima J., consistente em 01 (um) aparelho da marca Xiaomi e se evadiram do local, com os bens subtraídos.

O processo e respectivos prazos prescricionais foram suspensos com relação a Marcos Antonio Borges Pinheiro e Davi Douglas de Souza Judice (fls. 883).

Pois bem.

A materialidade delitiva está delineada pelos extratos bancários (fls. 09/10); pelas informações do Mercado Pago (fls. 146/158); pelos autos de reconhecimento (fls. 22, 26, 35/39); pelo laudo pericial realizado no local dos fatos (fls. 118/124); pelos relatórios de investigação (fls. 135/140, 141/144, 176 e 177/180); pelo laudo de vínculo genético (fls. 431/441); pelos boletins de ocorrências (fls. 04/06, 23/25,41/68, 81/84 e 106/107), bem como pela prova oral produzida.

Acesso ao Sumário

A autoria é certa.

Aliás, o réu não nega participação na ação criminosa. Pretende, tão-somente, fazer crer que não tinha ciência de que seus comparsas portavam arma de fogo e que sua intenção era apenas aplicar um golpe na vítima J..

Assim, **CREMILDO CAMARGO SOARES**, em Juízo, admitiu que agiu em concurso de pessoas com os corréus Marcos Antônio e Veríssimo, porém, alegou que pretendia praticar crime de menor gravidade (estelionato). Para tanto, os demais corréus ingressariam no imóvel e se passariam por policiais civis para apreender bens e valores das vítimas, pois sabiam que J. atuava como agiota. Não sabia que eles estavam armados.

A versão exculpatória, contudo, não lhe socorre.

Vejamos.

A vítima **J. T.** confirmou, em Juízo, as declarações prestadas em solo policial. Disse que, na data dos fatos, por volta das 07h00, sua filha bateu na porta de seu quarto dizendo que um oficial de justiça estaria no portão. Ao se dirigir ao portão, o indivíduo lhe cumprimentou chamando pelo nome. Quando abriu o portão, um outro indivíduo surgiu, gritando *"perdeu, perdeu polícia, polícia, polícia"* e entraram dentro de casa. Disse que usavam roupas da polícia civil, com distintivo pendurado e armas. Um deles permaneceu dentro da residência com a família e subtraiu os celulares de todos (M. E., A. G., L. e M. J.), o outro ficou na área externa junto com o ofendido e, passando-se por policial, o constrangeu a realizar duas transferências bancárias, uma no valor de R$10.0000,00 e outra de R$7.000,00, saldo total de sua conta bancária. Então, disse que precisava de um documento da vítima. Foram até o quarto e, ao abrir para pegar o documento, havia certa quantia em espécie, além de cheques, que foram subtraídos. Ao final, ele também pegou o celular da vítima, dizendo que seria necessário para "averiguação". Confirmou que fez o reconhecimento fotográfico de Veríssimo e de Marcos Antonio, na delegacia de polícia. Afirmou que conhece CREMILDO e foi seguro ao dizer que não foi ele que entrou na residência.

A vítima **M. E. G. T.**, filha de J., disse, em Juízo, que era por volta das 07h00 da manhã quando bateram palmas e ela avisou o pai para atender. Disse que no portão havia uma pessoa e ao abri-lo um homem teria saído do muro portando uma arma e mandando entrarem na residência. Um deles ficou do lado de fora com o pai e outro dentro da residência com a família. Informou que dentro da residência teve o seu aparelho celular apreendido, juntamente com o da irmã, da genitora, do genitor e do primo. O sujeito armado permaneceu na cozinha com eles, e o outro ficou com o genitor. O indivíduo não deixava que eles se mexessem, então não sabe como se deu a subtração do dinheiro. Reconheceu as duas pessoas na delegacia, Verissimo Cardoso e Marcos Antonio. Não conhece o réu CREMILDO e nem chegou a ver ele no dia dos fatos. Os indivíduos estavam vestidos de policiais, sendo que Verissimo, mais alto, trajava a roupa da

Acesso ao Sumário

polícia civil e Marcos Antônio um distintivo pendurado no pescoço. Falaram que iriam recolher os celulares para investigação.

A vítima **A. G. de O.**, esposa de J., declarou, em Juízo, que no dia dos fatos acordou assustada com a filha dizendo que havia um oficial de justiça na porta. Disse que J. foi atender, mas só estava o Marcos com papeis na mão, porém, quando abriu o portão, Veríssimo saiu do muro armado, falando perdeu. Veríssimo entrou no imóvel, acordou todos e os colocou na cozinha, tendo o marido ficado com Marcos nos fundos do imóvel. Verissimo fez com que L. pegasse todos os celulares, ficando com os objetos na mão. Veríssimo a todo tempo apontava a arma para eles e fez com que a vítima entrasse nas contas bancárias pelo celular. Marcos se dirigiu ao quarto, ocasião em que pegou os cheques e certa quantia em espécie. Afirmou que ouviu o pedido de transferência bancária feito ao marido. O indivíduo disse *"molha a minha mão e não acontece nada"*, momento em que o marido abriu a conta e fez uma transferência PIX no valor de R$ 7.000,00 e o resto em transferência. Disse que recolheram tudo, colocaram na sacola e informaram que ao fim do dia devolveriam. Saíram e os trancaram do lado de dentro. Disse que o sobrinho foi ameaçado, quando não quis obedecer Veríssimo momento em que este tirou do bolso uma porção de maconha.

A testemunha **P. H. de L.**, disse, em Juízo, que, no dia dos fatos, por volta das 08h00, CREMILDO passou em sua residência com mais alguém dentro do carro e disse que tinha feito o caixa do J., de forma que era para o declarante ficar tranquilo porque tinha família e que deveria cooperar. Disse que recebeu mensagens perguntando se J. teria ido à sua loja. Negou conhecer Veríssimo ou Marcos Antonio. CREMILDO foi seu inquilino e o conheceu através de outro cliente.

R. C. da S., investigador de polícia, declarou, sob o crivo do contraditório, que a vítima compareceu à delegacia de polícia e relatou que no dia dos fatos dois indivíduos apareceram em sua residência e se identificaram como sendo policiais civis e falaram que tinham alguma ordem de busca. Disse que recolheram celulares e dinheiro em espécie que e obrigaram J. a realizar duas transações via Pix. Em decorrência isso, realizaram diligências e monitoraram os correntistas. Um deles, o corréu Davi Douglas de Souza Judice, admitiu que recebeu o valor a mando de CREMILDO e como contraprestação recebeu a quantia de mil reais. CREMILDO passou a ser monitorado e acabou sendo preso em flagrante com um carro com placa clonada. Na ocasião, confessou toda a dinâmica dos fatos aqui tratados. Disse que um amigo de codinome "Gaita", sabia que a vítima J. tinha bastante dinheiro em casa. Então, contratou dois amigos, que cumpriram pena junto com ele para entrarem na casa da vítima e ficou no carro esperando para dar fuga.

Acesso ao Sumário

Da análise do conjunto probatório dos autos, conclui-se que os relatos das vítimas e das testemunhas se mostraram firmes e uníssonos, em integral conso-

nância com os termos da denúncia.

Nesse sentido, restou comprovado que CREMILDO e seus comparsas se dirigiram à residência da vítima J. com a finalidade de subtrair bens e extorqui-la, passando-se por policiais, a pretexto de encerrar investigações acerca de suposto envolvimento de J. com agiotagem.

A conduta criminosa deu-se mediante graves ameaças proferidas por Marcos Antonio e Veríssimo por meio de palavras e arma de fogo em punho.

Assim, Marcos Antonio e Veríssimo, previamente ajustados com CREMILDO, chantagearam a vítima J. para que realizasse transferências bancárias de significativas quantias, não havendo que se falar em desclassificação para o delito de estelionato.

Com efeito, o artigo 158, do Código Penal dispõe que extorsão é *"constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, e com o intuito de obter para si ou para outrem indevida vantagem econômica, a fazer, tolerar que se faça ou deixar de fazer alguma coisa"*. A conduta típica, portanto, é forçar alguém, mediante violência ou grave ameaça, a fazer, deixar de fazer ou tolerar que se faça alguma coisa, com o intuito de obter uma vantagem econômica que, evidentemente, é ilícita. A coação moral (grave ameaça) quase sempre está ligada a imputações de fatos contra a honra ou de violação de segredos.

Já a prática do estelionato demanda o induzimento da vítima em erro, mediante ardil ou outro meio fraudulento. Ou seja, o **estelionato** exige que a vítima seja submetida a uma falsa percepção da realidade para **entrega voluntária** da vantagem ao autor, o que não ocorreu na espécie.

Em verdade, a vítima J. somente realizou as transferências bancárias porque se sentiu coagida pelos comparsas de CREMILDO, que se passavam por policiais e o ameaçavam, sob pena de continuarem suposta investigação acerca da agiotagem.

Nesse sentido a doutrina de Victor Eduardo Rios Gonçalves: *"Na hipótese de extorsão em que a vítima é obrigada a entregar algo ao agente, o delito se assemelha ao estelionato porque, também neste crime, é a vítima quem entrega os bens ou valores a ele. A diferença, teoricamente, é simples, pois na extorsão a entrega decorre de temor, na medida em que a vítima sofre violência ou grave ameaça, enquanto no estelionato a entrega decorre de engano, já que a vítima foi ludibriada pelo emprego de uma fraude qualquer"* (Direito Penal Esquematizado Parte Especial, Editora Saraiva. 1ª edição, pág. 376).

Perfeitamente caracterizado, pois, o crime de extorsão.

Da mesma forma, os comparsas de CREMILDO subtraíram 05 (cinco) aparelhos de celular das vítimas M. E., A. G., L., M. J. e J., além de vultuosa quantia em espécie R$20.000,00 (vinte mil reais) e aproximadamente R$50.000,00 (cinquenta mil reais) em cheques, mediante grave ameaça exercida, inclusive, com arma de fogo. A prova testemunhal não deixa dúvidas de que

Acesso ao Sumário

Veríssimo surpreendeu J. no portão com arma de fogo em punho e permaneceu com o artefato durante toda a ação.

Efetivamente, restou comprovado que os delitos de roubo e de extorsão foram cometidos em momentos distintos, não havendo que se falar em crime único. Em verdade, o réu e seus comparsas, mediante mais de uma ação, praticaram dois delitos (roubo e extorsão), com desígnios autônomos, o que impõe o reconhecimento do concurso material entre eles.

Nesse sentido é o posicionamento do C. Superior Tribunal de Justiça:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO. OFENSA AO ART. 226, DO CPP. INEXISTÊNCIA. AUTORIA DELITIVA. COMPROVAÇÃO POR OUTROS MEIOS DE PROVA IDÔNEOS E INDEPENDENTES DO ATO VICIADO. ROUBO MAJORADO E EXTORSÃO QUALIFICADA. CONDUTAS DIVERSAS. DELITOS AUTÔNOMOS. INCABÍVEL O RECONHECIMENTO DE CRIME ÚNICO. APLICAÇÃO DO CONCURSO MATERIAL. PRECEDENTES DO STJ. DOSIMETRIA. TERCEIRA FASE. ALEGAÇÃO DE AUMENTO SEM FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. PRETENSÃO DEFENSIVA RECHAÇADA. ELEMENTOS IDÔNEOS A JUSTIFICAR A ELEIÇÃO DA FRAÇÃO DE EXASPERAÇÃO EM 3/8 (TRÊS OITAVOS). 1. Não há que se falar em nulidade por desobediência ao disposto no art. 226, do CP, se a condenação não foi fundamentada apenas no reconhecimento fotográfico feito pela vítima em sede policial e ratificada em fase judicial, mas também no depoimento de outras testemunhas, tendo a autoria se revelada no conjunto de provas colhidos na instrução criminal, e não apenas no reconhecimento por parte da vítima. 2. Incabível o reconhecimento do crime único, pois consoante a jurisprudência desta Corte Superior, "Os crimes de roubo e extorsão, apesar de serem do mesmo gênero, são espécies delituosas diferentes, admitindo o concurso material quando praticados no mesmo contexto fático. Precedentes' (AgRg no AREsp n. 1.930.118/TO, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 17/5/2022, DJe de 20/5/2022). 3. É de ser mantido o aumento em 3/8 na terceira fase da dosimetria, baseado no fato de o crime ter sido praticado com emprego de arma de fogo e em concurso de agentes, quando justificado pela existência de vários agentes e várias armas de fogo. 4. Agravo improvido" (AgRg no HC n. 758.667/RJ, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), Sexta Turma, julgado em 14/8/2023, DJe de 17/8/2023.)

"Não ocorre bis in idem em razão da condenação dos agravantes, simultaneamente, pelo roubo majorado pelo emprego de arma e pelo concurso de agentes e pela extorsão com a mesma causa de aumento do emprego de

Acesso ao Sumário

arma e do concurso de agentes, pois, no caso, está configurado o concurso material de delitos" (AgRg no HC nº 827.684/SP, rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, j. em 05/09/2023, DJe de 08/09/2023). Este também é o entendimento desta C. Câmara:

"Roubo qualificado por emprego de arma, comparsaria e restrição da liberdade das vítimas, mais extorsão qualificada por restrição da liberdade das vítimas, em concurso material (art. 157, §2º, I, II e V, e art. 158, §3º, na forma do art. 69, todos do Cód. Penal). Provas seguras de autoria e materialidade. Palavras coerentes e incriminatórias das vítimas, com reconhecimento. Depoimento de testemunha Delegado de Polícia, ademais. Versão exculpatória inverossímel. Qualificadoras caracterizadas. **Concurso material entre os crimes de roubo e de extorsão verificado. Impossibilidade de reconhecimento de crime único ou concurso formal.** Responsabilização inevitável. Condenação imperiosa. Apenamento criterioso, impassível de alterações. Regime inicial fechado único possível. Apelos improvidos" (Apelação Criminal nº 0013677-25.2015.8.26.0050, Rel. Luís Soares de Mello, j. em 10/12/2019 - grifei).

A majorante do concurso de pessoas restou sobejamente demonstrada.

Isso porque, para tanto, não é necessário que todos os agentes pratiquem os mesmos atos executivos, bastando o encontro de vontades para a prática do fato punível, como é o caso dos autos. *In casu*, o recorrente, além de participar do planejamento dos crimes, na data dos fatos levou seus comparsas à residência das vítimas e permaneceu do lado de fora dando cobertura, ficando à espera para facilitar a fuga.

Destarte, não comporta acolhimento o pleito da defesa de reconhecimento da participação de menor importância, pois restou comprovado que o apelante efetivamente participou dos crimes, sendo a sua atuação relevante para o desfecho dos resultados.

Ressalte-se que a regra prevista no §1º, do artigo 29, do Código Penal, somente terá aplicação nos casos de instigação e cumplicidade e não naqueles em que houver coautoria. Isso porque, *"coautor é aquele que tem o domínio funcional do fato que lhe fora atribuído pelo grupo, sendo sua atuação, assim, relevante para o sucesso da empreitada criminosa"* (GRECCO, Rogério, *in* Código Penal Comentado 7ª edição pág. 100).

Da mesma forma, não comporta acolhimento o pleito da Defesa de reconhecimento da figura prevista no artigo 29, §2º, do Código Penal, na medida em que restou claramente demonstrado que o réu aderiu à conduta dos demais, que, mediante ameaça e emprego de arma de fogo, extorquiram e subtraíam bens das vítimas, não se podendo afirmar que o apelante quis participar de delito menos grave; ao contrário, a prova dos autos revelam que a participação do apelante foi decisiva para a consecução dos crimes, na medida em que CREMILDO foi

Acesso ao Sumário

quem obteve informações de que a vítima J. guardava quantias em espécie na residência e, desta forma, previamente ajustado com Marcos Antonio e Veríssimo, cada um aderindo à vontade um do outro, arquitetaram o cometimento dos delitos de roubo e de extorsão. Ainda, repita-se: na data dos fatos CREMILDO conduziu seus comparsas ao local dos fatos e ficou dando cobertura do lado de fora, aguardando o momento para facilitar a fuga.

A majorante relativa ao emprego de arma de fogo restou bem caracterizada, pois os ofendidos relataram, de forma inequívoca, que os agentes estavam na posse do artefato, o qual serviu de instrumento para facilitar a empreitada criminosa. O fato de o armamento não ter sido apreendido não inviabiliza a aplicação da causa de aumento, já que suprida pela prova oral.

Vale destacar que a jurisprudência admite o reconhecimento da majorante do emprego de arma de fogo através de comprovação por prova testemunhal. Assim:

> "APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO MAJORADO. IRRESIGNAÇÃO QUANTO À DOSIMETRIA DA PENA. EMPREGO DE ARMA. AUSÊNCIA DE APREENSÃO E PERÍCIA NO ARTEFATO. DESNECESSIDADE. CONCURSO DE PESSOAS. COMPARSA NÃO IDENTIFICADO. COMPROVAÇÃO DO USO DE ARMA E DA PLURALIDADE DE AGENTES POR PROVA TESTEMUNHAL. POSSIBILIDADE. MAJORANTES MANTIDAS. RECURSO NÃO PROVIDO. I - A Terceira Seção do STJ, no julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 961.863/RS, pacificou o entendimento de serem dispensáveis a apreensão da arma e a realização de exame pericial para que incida o aumento na pena por uso de arma em roubo, quando existirem nos autos outros elementos probatórios que levem a concluir pela sua efetiva utilização no crime; II - De igual modo, para a caracterização do concurso de agentes não se mostra necessária a identificação do corréu, sendo suficiente a concorrência de duas ou mais pessoas na execução do crime, circunstância evidenciada no caso, vez que a vítima afirmou que havia dois integrantes na prática delitiva; III - No caso dos autos, a prova testemunhal produzida nos autos revela que o delito foi cometido com tanto com emprego de arma, quanto em concurso de agentes, razão pela qual devem ser mantidas as majorantes aplicadas pelo juízo de piso, nos termos do art. 157, § 2º, inciso I e II do Código Penal" (Apelação nº 20138-47.2013.8.04.0001, Rel. Jomar Ricardo Saunders Fernandes, j. em 21/01/2018, 2ª Câmara Criminal do TJ-AM).

Em suma, o conjunto probatório é robusto, permitindo demonstrar, com segurança, que CREMILDO, previamente ajustado com seus comparsas (Antonio Marcos e Veríssimo), efetivamente praticaram os crimes de extorsão e de roubo em concurso de agentes e com emprego de arma de fogo, de modo que a

Acesso ao Sumário

condenação por estes delitos era mesmo de rigor.

Quanto à dosimetria das penas, pequeno reparo a ser feito.

Diante dos maus antecedentes (ação penal nº 0035585-55.2005.8.26.0482 - fls. 717/718) e personalidade voltada para a prática de crimes patrimoniais, as basilares foram corretamente fixadas 2/8 (dois oitavos) acima do mínimo legal, partindo de 05 (cinco) anos de reclusão e 12 (doze) dias-multa para o **crime de roubo** e 05 (cinco) anos de reclusão e 12 (doze) dias-multa para o **crime de extorsão**.

É cediço que na primeira fase de aplicação da sanção, é concedida ao Magistrado ampla discricionariedade, desde que obedecidos os limites mínimo e máximo para a fixação da pena-base, como ocorreu no presente caso.

Ademais, conforme lição de Guilherme de Souza Nucci, em Código Penal Comentado, 13ª edição, Revista dos Tribunais, página 423, ao discorrer sobre o artigo 59, do Código Penal, afirma *"... é defeso ao magistrado deixar de levar em consideração as oito circunstâncias judiciais existentes no artigo 59, caput, para a fixação da pena-base. Apenas se todas forem favoráveis, tem aplicação da pena no mínimo. Não sendo, deve-se situar-se acima da previsão mínima feita pelo legislador"*.

Desta forma, correta a exasperação das penas acima do patamar mínimo legal.

Na segunda fase, a agravante da reincidência (ação penal nº 1500393-13.2021.8.26.0583 - fl. 721) foi compensada com a atenuante da confissão, sem alteração das reprimendas.

A respeito, saliento que a hipótese não comportava a incidência da atenuante vez que a confissão só pode ser reconhecida como atenuante obrigatória quando se opera de forma completa e movida por um motivo moral, o que não se verifica no presente caso.

Nesse sentido:

"Apelação criminal - Tentativa de roubo majorado pelo concurso de pessoas - Sentença condenatória pelo art. 157, § 2º, inciso II, c.c. art. 14, II, ambos do Código Penal - Recurso defensivo buscando o reconhecimento da circunstância atenuante da confissão espontânea, a fixação do regime inicial aberto, a aplicação do disposto no art. 387, §2º, do Código de Processo Penal e a isenção do pagamento de custas processuais. Mérito - Materialidade e autoria devidamente comprovadas - Réu que, em juízo, admitiu a prática delituosa, alegando, contudo, ter agido sozinho - Depoimento seguro do ofendido (cobrador do ônibus) narrando que o acusado, após ter ingressado no coletivo com outro indivíduo, dizendo estar armado, ordenou-lhe para que colocasse o dinheiro dentro de uma sacola. Após obedecer tal ordem, desconfiou que o réu não estivesse armado, razão pela qual reagiu ao assalto e, com o auxílio de outras pessoas, o

Acesso ao Sumário

detiveram - Declaração do ofendido corroborada pelas demais testemunhas - Condenação que não comporta reparos. Tentativa mantida por ausência de recurso Ministerial - Delito que efetivamente se consumou. Crime de roubo que se consuma com o mero desapossamento. Vedação da reformatio in pejus. Causa de aumento de pena do concurso de pessoas devidamente reconhecida pela segura prova testemunhal. Dosimetria - ***Impossibilidade do reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, eis que parcial*** *- Inviável a aplicação do disposto no art. 387, §2º do Código de Processo Penal. Matéria a ser melhor analisada pelo MM. Juízo das Execuções - Regime inicial semiaberto que se mantém diante do conformismo Ministerial, não comportando acolhimento ao pedido defensivo para fixação de regime inicial aberto - Isenção de custas. Gratuidade que já foi concedida pelo MM. Juízo de Primeiro Grau - Recurso defensivo improvido."* (Apelação nº 0001307-77.2016.8.26.0535, 8ª Câmara de Direito Criminal, Relatora Dra. ELY AMIOKA, j. 23/11/2017 - grifo nosso).

"Roubo impróprio (art. 157, § 1º, do Cód. Penal). Provas seguras de autoria e materialidade. Flagrante inquestionável. Posse da 'res furtiva'. Palavras coerentes e incriminatórias da vítima, com reconhecimento, e de Policiais Militares. Confissão parcial em Juízo, ademais. (...). Inaplicabilidade da atenuante de confissão espontânea. Regime fechado adequado à hipótese. Apelo improvido. (...) O recurso defensivo pleiteia a redução das penas por aplicação da atenuante de confissão espontânea. Sem qualquer razão, todavia. A uma porque a confissão judicial do réu é qualificada, com ressalvas que atenuam a gravidade da sua conduta, negando a prática de qualquer violência contra a vítima, de tal modo que, caso aquelas fossem aceitas pelo julgador, resultariam na desclassificação do delito." (Apelação nº 0001182-75.2017.8.26.0050, 4ª Câmara Criminal, Rel. Des. Luís Soares de Mello, j. 28/05/2019 - grifo nosso).

Contudo, ante a ausência de recurso ministerial, nada há a ser alterado, sob pena de *reformatio in pejus*.

Na terceira fase, presentes as causas de aumento relativas ao concurso de pessoas e de emprego de arma de fogo, as penas foram aumentadas pela metade (1/2), perfazendo 07 (sete) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 18 (dezoito) dias-multa (**crime de roubo**) e 07 (sete) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 18 (dezoito) dias-multa (**crime de extorsão**).

Quanto ao delito de **roubo**, bem reconhecido o concurso formal, tendo em conta a subtração do patrimônio de 05 (cinco) vítimas, a reprimenda foi acrescida de 1/3 (um terço), resultando **10 (dez) anos de reclusão e 24 (vinte e quatro) dias-multa**.

Acesso ao Sumário

O mesmo, contudo, não pode ser reconhecido com relação ao crime de extorsão tendo em conta que, diversamente do crime de roubo, só houve a extorsão do patrimônio de uma vítima (J.). Assim, de ofício, afasta-se o aumento das penas a esse pretexto, mantendo as penas em **07 (sete) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 18 (dezoito) dias-multa (crime de extorsão)**.

Por fim, diante do concurso material de crimes (roubo e extorsão), as penas foram somadas, nos termos do artigo 69, do Código Penal e, assim, são definitivamente fixadas em **17 (dezessete) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 42 (quarenta e dois) dias-multa, no piso.**

O regime fechado é o único admitido à hipótese, diante dos maus antecedentes e da reincidência específica em crimes patrimoniais.

O montante de pena aplicada a cada delito, as circunstâncias judiciais desfavoráveis, a reincidência e, ainda, pelos crimes terem sido cometidos com emprego de grave ameaça, inviável a substituição da pena corporal por restritivas de direitos, não preenchidos os requisitos do artigo 44, do Código Penal.

Ante o exposto, pelo meu voto, **dá-se parcial provimento** ao recurso defensivo, para afastar o concurso material com relação ao crime de extorsão, readequando-se as reprimendas para **17 (dezessete) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 42 (quarenta e dois) dias-multa, no piso**, mantida, quanto ao restante, a r. sentença recorrida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1504615-90.2019.8.26.0228, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado JOSUE CADENGUE DE MELO.

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 31.292)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores IVANA DAVID (Presidente), FERNANDO SIMÃO e MENS DE MELLO.

São Paulo, 15 de maio de 2024.

IVANA DAVID, Relatora

EMENTA: ACUSAÇÃO DA PRÁTICA DO DELITO DE FALSIFICAÇÃO DE PAPÉIS PÚBLICOS (CP, ART. 293, § 1º, I C/C ART. 71) – SENTENÇA ABSOLUTÓRIA COM ARRIMO EM FRAGILIDADE DA

Acesso ao Sumário

PROVA QUANTO À MATERIALIDADE DO DELITO – APELO DO MINISTÉRIO PÚBLICO VISANDO A CONDENAÇÃO NOS EXATOS TERMOS DA DENÚNCIA.
DESCABIMENTO DA IRRESIGNAÇÃO - ACERVO PROBATÓRIO COLHIDO QUE, SEM EMBARGO DA CREDIBILIDADE INERENTE AOS RELATOS DE AGENTES DA LEI, NÃO DEMONSTROU, CUMPRIDAMENTE, MATERIALIDADE DO DELITO - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO SUFICIENTE DE QUE OS VALORES INSERIDOS NO BILHETES ERAM FALSOS - LAUDO PERICIAL QUE CONSTATA A IMPOSSIBILIDADE DE IDENTIFICAÇÃO DA ORIGEM DOS CRÉDITOS, SEM PRODUÇÃO DE PROVA QUE COMPROVE A ILICITUDE - SENTENÇA ABSOLUTÓRIA MANTIDA - RACIOCÍNIO PRESUNTIVO A RESPEITO DE AUTORIA E CULPABILIDADE CRIMINOSAS INSERVÍVEL PARA CONDENAR – PRECEDENTES - RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Ao relatório da r. sentença de fls. 798/803, proferida pela MMª. Juíza de Direito Dra. Fabíola Oliveira Silva, ora fazendo parte integrante deste, acrescenta-se que a ação penal foi julgada improcedente para absolver, com fundamento no artigo 386, VII, do Código de Processo Penal, JOSUÉ CADENGUE DE MELO da acusação de estar incurso no artigo 293, parágrafo 1º, inciso I, por seis vezes, na forma do artigo 71 do Código Penal, vale dizer, falsificação de papéis públicos em continuidade delitiva.

Apelou o Ministério Público. Sustenta em suma que restaram demonstradas materialidade e autoria delitivas, acenando com a suficiência do relatório preliminar, por ser dispensável comprovar toda a movimentação dos bilhetes únicos. Postula assim a reforma do julgado para condenar o réu nos exatos termos da denúncia, procedendo-se à dosagem das reprimendas com estipulação da pena-base acima do mínimo, reconhecida a agravante da reincidência (fls. 810/815).

Processado o recurso com oferta das contrarrazões de fls. 821/841, momento em que se arguiu a nulidade das provas obtidas por ocasião da prisão em flagrante, subiram os autos e a d. Procuradoria Geral de Justiça se manifestou pelo provimento (fls. 854/860), vindo conclusos a esta Relatora em 10 de janeiro de 2024.

Acesso ao Sumário

É o relatório.

Pesem os respeitáveis argumentos, não merece acolhida a irresignação ministerial, cabendo breve relato e alguma digressão.

A acusação que pesou aqui contra o réu foi, em suma, a de que no dia 25 de fevereiro de 2019, em circunstâncias descritas, possuía 06 (seis) bilhetes de metrô contendo recargas ilícitas, a totalizar R$ 7.311,51 (sete mil e trezentos e onze reais e cinquenta e um centavos), da empresa SPTRANS, causando prejuízo ao sistema de transporte público de passageiros.

Segundo a denúncia, diante de notícias sobre a comercialização irregular de passagens, agentes em operação na estação de trem abordaram o denunciado e, após revista pessoal, encontraram em sua posse os cartões de bilhete único, bem como R$170,00, motivo pelo qual efetuaram a prisão em flagrante.

Inicialmente vale destacar que em face desta narrativa de nulidade ou ilicitude da prova não há que se falar, pois eventual irregularidade na informação ao acusado sobre o direito de permanecer em silêncio caracteriza nulidade relativa, e por si, não se constitui em eiva capaz de anular o flagrante, até porque o réu foi efetivamente advertido sobre os seus direitos, optando pelo silêncio ao ser formalmente interrogado na Delegacia (v. fl. 11). Nesse sentido a orientação da jurisprudência (AgRg no AREsp nº 2.465.214/SC, 5ª Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares Fonseca, j. em 23/03/2024), reiterada inclusive (HC nº 557.198/SP, rel. Min. Ribeiro Dantas, j. em 05/03/2020).

No entanto, a materialidade do delito não restou cabalmente comprovada, como se verá.

Permanecendo em silêncio na fase extrajudicial (fl. 11), em juízo, o réu negou a acusação dizendo ser vendedor ambulante, razão pela qual era perseguido pelos policiais. Contou ter em sua posse apenas dois bilhetes únicos, diante da necessidade maior fluxo para vender as mercadorias nos trens. Falou que ao ser abordado os policiais, eles lhe atribuíram a posse de outros cartões.

O policial ouvido em juízo narrou que estava em operação conjunta com os agentes de segurança do metrô, e, observando a movimentação junto à catraca, visualizou o réu oferecer o bilhete único para passageiros, o que motivou a abordagem. Disse que o acusado admitiu informalmente a venda de passagens inseridas de forma fraudulenta. Falou que diante disso acionaram a SPTrans e funcionário verificou a falsidade dos créditos inseridos nos bilhetes.

No mesmo sentido o depoimento do agente de segurança André, que também descreveu a abordagem.

De seu lado Pedro, técnico da SPTRANS, ouvido sob contraditório, confirmou ter realizado a consulta dos cartões que estavam na posse do réu, constatando a inserção de crédito fraudulento.

Sem embargo da inerente credibilidade dos depoimentos de agentes da lei, notadamente quando em consonância com outros indícios probatórios, no

Acesso ao Sumário

caso se observa que apenas foi realizado relatório técnico preliminar pela SPTRANS, que destacou: *"o relatório é apenas preliminar, não apontando toda movimentação do cartão de bilhete único"*, **reputando como necessário o encaminhamento à área técnica que com uso de tecnologia poderia identificar recargas irregulares** (fl. 20). No entanto, o laudo não foi realizado.

Também se observa que laudo pericial elaborado pelo Instituto de Criminalística com equipamentos fornecidos pela própria SPTRANS, constatou que *"os saldos presentes nos cartões constados no relatório preliminar* ***divergem dos verificados*** *pelo dispositivo fornecido"*, **bem como conclui não possuir meios para determinar a natureza dos créditos inseridos, o que poderia ser feito pela SPTRANS por meio do cruzamento de dados entre o cartão e a base de dados** (fls. 70/78), do que não se cuidou no caso.

Essa foi a prova colhida, anotando-se, como bem consignou o MM. Juiz, **não foram produzidas provas suficientes que comprovassem a ilicitude dos créditos inseridos no cartão**, não se desincumbindo a acusação do ônus que lhe cabia de demonstrar a materialidade do delito.

Assim, presunções e indícios não ostentam as qualidades de segurança e certeza e não podem servir de fundamento para uma condenação, restando aqui dúvida razoável.

Destarte, pese a inerente credibilidade dos relatos dos agentes da lei, não se fez demonstração da inserção de valores irregulares, por isso que acertado o decreto absolutório.

Com efeito, pois como há muito já se decidiu nesta e. Corte de Justiça, *"não basta um forte grau de probabilismo sobre ter determinada pessoa cometido o crime. Não se compraz, também, para um razoável édito condenatório, com a alta possibilidade de o sujeito incriminado ter sido o autor do fato típico. Tampouco é servível, para recomendar uma pena, um raciocínio presuntivo a respeito da autoria e da culpabilidade criminosas"* (Apel. nº 0001787-40.2010.8.26.0414, rel. Sydney de Oliveira Jr., j. em 27.6.2013). Entendimento reiterado, inclusive: TJSP, Apelação Criminal nº 1500745-05.2018.8.26.0541, Rel. Des. Cláudio Marques, 15ª Câmara de Direito Criminal, j. em 17/08/2021; TJSP, Apelação Criminal nº 0001715-08.2018.8.26.0306, Rel. Des. Marcos Alexandre Coelho Zilli, 16ª Câmara de Direito Criminal, j. em 19/07/2021.

A absolvição, destarte, fica mantida, não se infirmando o julgado pelas razões recursais, e lembrado aqui o denominado "princípio da confiança no juiz da causa", que por estar mais próximo dos fatos e das pessoas envolvidas, melhor avalia a questão.

Ante o exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao recurso, inalterada a r. sentença por seus próprios fundamentos.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1518633-05.2020.8.26.0577, da Comarca de São José dos Campos, em que é apelante B. A. M., é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª 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 43.390)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DAMIÃO COGAN (Presidente sem voto), GERALDO WOHLERS e CLAUDIA FONSECA FANUCCHI.

São Paulo, 16 de maio de 2024.

PINHEIRO FRANCO, Relator

Ementa: Invasão de dispositivo informático e ameaça. Réu que, ao não aceitar o término do relacionamento com a vítima, invade, sem o consentimento, as redes sociais dela e obtém acesso a fotografias íntimas dela. Acusado que cria perfis falsos da ofendida, comercializando essas fotos. Denunciado que, não satisfeito, ainda ameaça a vítima, caso ela não retomasse o relacionamento. Prova hábil à condenação. Palavras da vítima precisas e coerentes e que estão em sintonia com a prova documental e com o laudo pericial. Condenação pelos dois delitos de rigor. Penas bem dosadas. Regime aberto não impugnado. Apelo improvido.

VOTO

Apelação Criminal contra sentença que condenou **B. A. M.**, como incurso no artigo 154-A, § 3º e § 4º, e no artigo 147, ambos do Código Penal, às penas de 2 anos e 8 meses de reclusão, em regime inicial aberto, e 20 dias-multa (mínimo legal), e de 1 mês e 10 dias de detenção, em regime inicial aberto.

Sustenta o recorrente que a prova não autoriza a condenação. Diz que a própria vítima confirmou que doou seu telefone celular a ele e que o aparelho continha as fotos divulgadas. Não houve qualquer invasão a dispositivo, mas mero acesso a conteúdo fornecido pela ofendida, de sorte que a conduta é atípica. Alega que o tipo penal prevê a elementar do dispositivo alheio e que, no caso, ele era de uso do próprio acusado. Aduz que o verbo "invadir" exige uma

Acesso ao Sumário

proteção ao dispositivo, não presente na hipótese. De outra parte, não há qualquer prova quanto à ameaça, além da palavra da vítima. Daí o pleito de absolvição em relação aos dois delitos (páginas 234/237).

Processado o recurso, com resposta (páginas 241/244), subiram os autos. Parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça pelo desprovimento (páginas 252/260).

É o relatório.

O recorrente foi denunciado por invasão de dispositivo informático e por ameaça (páginas 154/155). Isso porque no dia 30 de agosto de 2020, entre às 13h e 14h, na Cidade de São José dos Campos, B. invadiu dispositivo informático de uso alheio, conectado à rede de computadores, com o fim de obter dados e informações sem autorização expressa da vítima E. C. S. S. X., sendo que da invasão foram obtidos conteúdos de comunicações telefônicas privadas e informações sigilosas, as quais foram divulgadas e comercializadas para terceiros.

Consta, também, que no mês de agosto de 2020, na Cidade de São José dos Campos, o denunciado, por mais de uma vez, ameaçou a vítima E. C. S. S. X., por palavras, de causar-lhe mal injusto e grave.

Conforme apurado, o réu e a vítima mantiveram relacionamento amoroso por menos de dois meses, tendo a relação findado em agosto de 2020. O acusado não aceitou o fim do relacionamento, razão pela qual passou a perseguir a ofendida de forma insistente, inclusive ameaçando-a de divulgar fotos íntimas dela em redes sociais, com seguintes dizeres "vou denegrir sua imagem, vou acabar com sua vida publicando suas fotos". E, ainda, "para mim fazer algo é dois minutos" (sic) e que ia "ferrar" com a vida dela.

Continua a exordial ao narrar que, não satisfeito, em 30 de agosto de 2020, após ter invadido conta da plataforma "Google", de titularidade da vítima, o réu obteve, de forma clandestina, fotos dela e com estas criou três perfis falsos junto à rede social "instagram", a saber... (endereços eletrônicos constam no texto original - página 51).

E mediante tais perfis, B. passou a divulgar e comercializar fotos íntimas da vítima para terceiros, inclusive com anúncio dizendo "vendo pack de fotos". A investigação obteve os IPs dos computadores utilizados para criação dos perfis falsos em nome da vítima e conseguiu apurar que, em todos os casos, o responsável foi o réu (páginas 146/149).

A materialidade das infrações penais restou demonstrada pelo boletim de ocorrência (páginas 3/5), pelos prints e carta do réu perseguindo a vítima (páginas 40/44 e 45/51), pelos perfis falsos em nome da ofendida (páginas 45/51), pelo relatório da perícia apontando que o autor dos perfis falsos era o acusado (páginas 146/149) e pela prova oral colhida.

Ouvido em sede policial, B. alegou que teve relacionamento com a vítima por cerca de um mês e meio e que, após o término, saiu com amigos e amigas.

Acesso ao Sumário

Disse que aparentemente E. não gostou da situação. Não soube informar por que dois dias depois um oficial de justiça foi a sua casa. Negou ter denegrido a imagem da ofendida e não a ameaçou. Não criou perfis falsos da vítima e não teve acesso às fotos dela. A respeito das perseguições, esclareceu que trabalhava em uma padaria e tinha muitas entregas no bairro onde E. trabalhava, sendo inevitável que passasse por lá. Aduziu que ia a trabalho e não com a intenção de vigiar a ofendida (páginas 110/111).

Em juízo, o acusado disse que manteve relacionamento com a vítima por cerca de dois meses e relatou que o término foi complicado, com idas e vindas. Apegou-se demais à ofendida. Admitiu que criou os perfis "fakes", porém negou ter invadido os dispositivos dela, pois, pelo celular, tinha acesso à conta "google", "instagram" e "facebook" da vítima. Aduziu que a ofendida lhe deu o celular de presente. Destacou que tinha acesso a todas essas contas. A vítima nunca lhe deu autorização para acessar as contas dela. Confirmou que, depois do término, tentou conversar com a ofendida. Criou os perfis falsos apenas para chamar a atenção de E.. Não comercializou fotos nuas da vítima. A respeito da acusação de ameaça, lembrou-se apenas da mensagem "pra mim fazer algo é dois minutos", porém explicou que não tinha o intuito de ameaçá-la. Estava perdido e cego (página 208 - mídia digital).

A vítima E. C. S. S. X. declarou que o réu não aceitou o término da relação e, por isso, passou a ameaçá-la e persegui-la. Mesmo após o deferimento de medidas protetivas, o acusado continuou a procurá-la em lugares onde frequentava. Possuía prints de conversas no qual o apelante a ameaçava ao dizer que, se não retomasse a relação, ele iria acabar com a vida dela, com a imagem e o trabalho dela. O denunciado sempre ia à porta do seu trabalho e, diante dessa perseguição, teve que voltar a morar com os pais. Saiu do emprego também por conta do acusado. Mencionou que o réu lhe vendeu um aparelho celular e que deu para ele seu telefone antigo. Salientou que B. invadiu todas suas redes sociais e teve acesso a todas suas fotos. A partir daí, ele criou perfis falsos no "instagram" e, fazendo-se passar pela depoente, começou a vender fotos suas peladas. Além disso, o réu passou a pedir solicitações a amigos seus e pessoas conhecidas. Com a ajuda de amigos, conseguiu fazer com que o "instagram" removesse as contas, porém ele criava outras. Destacou que o denunciado invadiu suas redes, pois teve acesso a fotos que só a depoente tinha. Entrou nas localizações dos emails e constatou que ele apontava lugares que não podia estar, pois estava trabalhando. Registrou os fatos na delegacia e requereu medidas protetivas. Após essa providência, B. parou de cometer os ilícitos. Possuía interesse em manter as medidas protetivas. Esclareceu que, depois de comprar o telefone do réu, cedeu o seu celular para que ele trabalhasse. Frisou, contudo, que tinha formatado o aparelho, motivo pelo qual não havia nenhuma senha salva e nenhuma foto na galeria. Não enviou fotos ao denunciado durante o relacionamento (página 208

Acesso ao Sumário

- mídia digital).

A prova colhida é absolutamente clara e direta, autorizando o reconhecimento da autoria e da materialidade dos crimes. Após o término do relacionamento entre as partes, B., não aceitando o fim, passou a persegui-la no trabalho e em lugares onde ela frequentava, além de enviar mensagens (páginas 40/44 e 53/61). E não bastasse a insistência, o réu também a ameaçou ao dizer que, se não retomasse a relação, ele iria acabar com a vida dela, com a imagem e o trabalho dela. Além disso, o denunciado invadiu as contas de redes sociais da vítima, sem o consentimento dela, e, depois de ter acesso a fotos íntimas, criou perfis falsos da ofendida com tais fotos, com os dizeres "vendo pack de fotos" (páginas 45/51). Ele ainda adicionou amigos e conhecidos da ofendida, provocando grande abalo emocional e psicológico, como se viu no depoimento judicial dela. E após descobrir que era o réu quem tinha acesso as suas contas e fotografias íntimas, ela registrou os fatos na delegacia. E realizada o laudo pericial, o perito atestou que foi o réu quem criou os três perfis falsos (páginas 146/149).

Anote-se que as palavras da vítima se revestem de coerência, robustez e segurança e não demonstram qualquer tendência para o exagero ou o prejuízo injusto do réu, devendo ser aceitas como elementos hábeis à condenação.

Cabe salientar que, diferentemente do alegado pela defesa, a vítima esclareceu que, após comprar o telefone celular do réu, cedeu o aparelho antigo dela, a fim de que B. pudesse trabalhar com ele. Ela destacou que tinha formatado o aparelho e que não havia nenhuma senha de rede social salva e nenhuma foto na galeria. Assim, resta claro que o denunciado invadiu os dispositivos informáticos de E. e obteve acesso às fotos íntimas dela. O delito do artigo 154-A, § 3º e § 4º, portanto, restou bem demonstrado, não havendo se falar em atipicidade da conduta.

De outra parte, a despeito das alegações defensivas, a ameaça restou bem comprovada. Os elementos colhidos, não obstante a negativa do acusado, são claros a indicar que ele a ameaçou caso não retomasse o relacionamento amoroso.

Acesso ao Sumário

Na lição de NELSON HUNGRIA, a ameaça é um crime formal, isto é, consuma-se ainda quando, *in concreto*, não se verifique o resultado (intimidação) visado pelo agente, dês que a ameaça, considerada em si mesma, seja idônea para atemorizar um homem comum (JUTACRIM 100/328).

De mais a mais, em razão da aludida ameaça, a vítima sentiu-se, sim, sobremaneira intimidada, tanto que a noticiou no distrito policial.

A condenação do acusado pelos dois delitos, assim, era medida de rigor.

As penas-base dos dois delitos foram fixadas no mínimo legal. Na segunda fase, presente a agravante do artigo 61, inciso II, alínea "f", do C. Penal, para o delito de ameaça, a reprimenda foi aumentada de 1/3. A seguir, diante

do reconhecimento da majorante do artigo 154-A, § 4º, do Estatuto Repressivo, com o aumento da pena em 1/3, a sanção do crime de invasão de dispositivo informático ficou em **2 anos e 8 meses de reclusão e 20 dias-multa** (mínimo legal), enquanto a de ameaça, em **1 mês e 10 dias de detenção**.

O regime aberto foi o fixado, claramente insuficiente pela intensidade do dolo e reflexos da conduta, com a devida vênia.

Meu voto, pois, **NEGA PROVIMENTO** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0001545-85.2018.8.26.0128, da Comarca de Cardoso, em que são apelantes O. B., A. M. DO P. E., C. R. B., A. M. e C. A. G., é apelado M. P. DO E. DE S. P..

ACORDAM, em 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 41.473)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores IVANA DAVID (Presidente) e MENS DE MELLO.

São Paulo, 22 de maio de 2024.

FREITAS FILHO, Relator

Ementa: Apelação Criminal - Crime: Dar início irregular ao desmembramento e loteamento de solo para fins urbanos Réus condenados. Recursos das Defesas: Inicialmente, não se fala em ausência de individualização da conduta dos acusados ou de fundamentação na r. sentença condenatória - A peça inicial preenche os requisitos do artigo 41 do Código de Processo Penal e contém descrição adequada da conduta típica atribuída aos recorrentes, tanto que lhes propiciou o amplo exercício do direito de defesa - Na r. sentença os motivos que alicerçaram a condenação dos acusados e, portanto, o expresso afastamento das teses defensivas ofertadas, estão expostos, com clareza e objetividade, e não revelam, de forma alguma, qualquer vício, vez que referida decisão encontra respaldo no conjunto probatório trazido aos autos - Eventual inconformismo com o resultado de mérito não significa omissão, ausência de fundamento ou não observância

Acesso ao Sumário

dos ditames legais - A materialidade veio comprovada pela prova oral e pelos diversos documentos juntados aos autos e colhidos ao longo da instrução criminal e, especialmente, do inquérito policial - Apesar do laudo referente ao exame feito na área objeto da presente demanda, não ter atestado qualquer demarcação ou efetivo parcelamento do solo, a conduta imputada aos acusados é a prevista no artigo 50, inciso I, e §único, inciso I, da Lei 6.766/79, o qual se trata de crime de mera conduta, que se perfaz com a simples realização do núcleo do tipo. Além disso, a Lei é expressa em dizer "dar início, de qualquer modo", portanto, o laudo pericial não é o único meio de comprovar a materialidade. A autoria também restou devidamente comprovada, para todos os réus. A tentativa dos acusados de se eximirem de culpa não convence, pois restaram isoladas diante do conjunto de provas carreado aos autos em desfavor deles. Os depoimentos acusatórios colhidos merecem credibilidade e não podem ser desprezados. Ora, para pretender que a venda se tratava de lotes individuais de 20.000mts², os requeridos firmaram contratos particulares de compromisso de venda e compra com apenas três pessoas para dar aparência de que vendiam parcela legal da terra, no entanto, a bem da verdade venderam cerca de trinta lotes individualizados para os grupos de pessoas encabeçados por apenas quem figurou nos contratos. Ainda, após, o acusado A. M. do P. E., representando a empresa G. L. E. I. LTDA., firmava contrato particular de execução e implantação de loteamento e outras avenças (chácara de lazer) com os responsáveis das áreas, por meio da qual prometia a implantação de lotes de aproximadamente 880 m² no local, no entanto, na verdade, ele já havia vendido um lote individualizado para cada pessoa, que compunha os grupos de cada um dos três adquirentes principais. As vítimas ouvidas foram categóricas ao mencionar que a aquisição efetiva foi de lotes muito inferiores aos que constam no instrumento contratual. Inclusive, a vítima E. asseverou que nem teria condições de adquirir a gleba total. Ademais, conforme declarações em juízo, todos

Acesso ao Sumário

participaram ativamente das negociações intermediadas pelo corretor O. B.. Os ofendidos apresentaram depoimentos coerentes e harmônicos, não havendo qualquer indício de que tenham sido mendazes. Ainda, o envolvimento de todos é muito claro. O próprio acusado A. M. do P. E. alegou que todos pensavam e decidiam juntos, como uma sociedade mesmo. Assim, não se fala em participação de menor importância em relação a qualquer réu. E, a respeito do acusado O. B. o mesmo concorreu para a prática criminosa, pois, conforme bem posto pela vítima A. da S. R. O. o mesmo foi quem lhe disse que a gleba seria dividida para 10 pessoas e já seria vendida assim. Dessa forma, uma vez configurado o crime descrito na denúncia, sendo ele típico e punível, o desfecho condenatório era de rigor, posto que a materialidade delitiva e a autoria, de todos os acusados, restaram devidamente incontroversas e comprovadas de forma exaustiva pelos elementos de convicção colhidos ao longo da persecutio criminis. Penas: As iniciais foram determinadas no mínimo legal e se tornaram definitivas. Foi fixado o regime inicial aberto, em caso de descumprimento das penas restritivas de direitos impostas em substituição à pena corporal. De mais a mais, no tocante ao pedido de isenção da pena pecuniária suscitado na apelação do corréu O. B., cabe salientar que a precariedade da situação econômica do condenado não autoriza o acolhimento do pedido, uma vez que esta cominação está expressamente prevista no preceito secundário da norma e, no presente caso, foi determinada no mínimo legal. Desse modo, trata-se de uma consequência automática da condenação e assim, não é possível afastá-la de maneira isolada - Ainda, registra-se que eventual impossibilidade de pagamento da pena pecuniária e das custas processuais deverá ser apurada na fase de execução do julgado, mais adequada para se aferir a real situação financeira do condenado. Negado provimento aos recursos.

Acesso ao Sumário

VOTO

Ao relatório da r. sentença que adoto, acrescento que **A. M. DO P. E., C.**

R. B., A. M. e C. A. G. foram condenados por infringência ao artigo 50, inciso I e parágrafo único, inciso I da Lei nº 6766/79, à pena de 01 ano de reclusão, em regime aberto, além de multa no valor de 05 salários-mínimos, substituída a privativa de liberdade por prestação pecuniária no importe de 05 salários-mínimos. E, **O. B.** foi condenado por infringência ao artigo 51, "caput" da Lei n° 6766/79 a pena de 01 ano de reclusão, em regime aberto, além de multa no valor de 01 salário-mínimo, substituída a privativa de liberdade por prestação pecuniária no importe de 01 salário-mínimo (fls. 989/1000).

Inconformados, apelam os réus:

O apelante A. M. sustentou, em síntese, ausência de individualização, atipicidade da conduta e meros atos preparatórios impuníveis (fls. 1003/1009). Os apelantes A. M. do P. E. e C. A. G. alegaram ausência de individualização da conduta e de fundamentação na sentença, ausência de materialidade delitiva, atipicidade das condutas, bem como inexistência de provas de suas participações (fls. 1034/1052 e 1053/1070, respectivamente). O apelante C. R. B. sustentou ausência de materialidade delitiva, atipicidade da conduta e insuficiência de provas. Subsidiariamente, almeja a pena no mínimo legal, causa de diminuição do §1º do artigo 29 no grau máximo, substituição por pena restritiva de direitos e regime aberto (fls. 1090/1106). Por fim, o apelante O. B. alegou atipicidade da conduta e ausência de provas da intermediação. Subsidiariamente, pleiteou a dispensa da multa e das custas em razão da hipossuficiência econômica (fls. 1107/1115).

Contra-arrazoados os recursos (fls. 1118/1122), sustentando a r. sentença, subiram os autos a este E. Tribunal.

A D. Procuradoria de Justiça ofereceu parecer pelo improvimento dos recursos (fls. 1156/1164).

É o relatório.

Narra a inicial acusatória que, em data e horário imprecisos, mas certamente em meados de 2013, os acusados C. R. B., A. M., C. A. G. e A. MA. DO P. E. deram início a desmembramento e loteamento do solo para fins urbanos de parte de uma área de 56,62,38 hectares denominada "Sítio ..." matriculada originalmente no SRI sob nº 9.970, encravado no imóvel geral Fazenda ..., situado no Município de Mira Estrela, na Comarca de Cardoso, oferecendo à venda pequenas frações de lotes da matrícula nº ... sem que tenha havido o efetivo parcelamento do solo urbano nos termos das leis urbanísticas, por meio de contrato particular de compra e venda, sem autorização do órgão público competente, ou em desacordo com as disposições da Lei 6.766/79.

Consta ainda que, nas mesmas circunstâncias de tempo, no Município de Mira Estrela, na Comarca de Cardoso, o denunciado O. B., vulgo "N. B.", previamente ajustado com os denunciados acima mencionados e com unidade de desígnios, concorreu para a prática do desmembramento ou loteamento do solo

Acesso ao Sumário

para fins urbanos de parte de uma área de 56,62,38 hectares denominada "Sítio ..." matriculada originalmente no SRI sob nº ..., encravado no imóvel geral Fazenda ..., situado no Município de Mira Estrela, na Comarca de Cardoso, intermediando, na condição de corretor, a alienação de parte do imóvel em tamanhos irregulares para as vítimas, sem autorização do órgão público competente, ou em desacordo com as disposições da Lei 6.766/79 e das normas pertinentes do Município.

Apurou-se que, nos anos de 2012 e em 11 de junho de 2013, os requeridos C. R. B., A. M., C. A. G. e A. M. DO P. E. firmaram compromisso para aquisição do imóvel de propriedade do Sr. O. W. P., registrado no CRI sob o nº ... (fls. 125/129), sendo que referida compra se deu já com a intenção de efetuar o parcelamento do solo em lotes, tanto que sequer procederam ao registro imobiliário, o que só ocorreu após as divisões da matrícula originária.

Neste ponto, é bom já deixar claro todo o histórico da matrícula do imóvel, desde a origem para melhor compreensão dos fatos.

De fato, em 24 de março de 2014, o imóvel rural da matrícula ... foi dividido em 7 (sete) imóveis, respeitando-se a fração mínima, com os registros nas matrículas ... a ... (fls. 128). Posteriormente, em 20 de outubro de 2015, no imóvel da matrícula ..., foram feitas seis novas subdivisões, gerando as matrículas de números ... a ....

Em seguida, visando concluir o intento, ainda no ano de 2013, os demandados C. R. B., A. M., C. A. G., A. M. DO P. E. e O. B. iniciaram a venda de lotes no imóvel da matrícula ... sem que tenha havido o efetivo parcelamento do solo urbano nos termos das leis urbanísticas.

Para dissimular que a venda se tratava de lotes individuais, os requeridos C. R. B., A. M., C. A. G. e A. M. DO P. E. firmaram contratos particulares de compromisso de venda e compra com apenas três pessoas para dar aparência de que vendiam parcela legal da terra, no entanto, a bem da verdade venderam cerca de trinta lotes individualizados para os grupos de pessoas encabeçados por apenas quem figurou nos contratos.

De fato, conforme se observa nos instrumentos particulares de compromisso de venda e compra juntado aos autos, esses requeridos, entre os meses de junho e novembro de 2013, prometeram a venda de cinco partes ideais do imóvel objeto da matrícula ... (como visto, subdividido em outros - e, neste feito, fixa-se na matrícula ...), com 2 hectares ou 20.000 metros quadrados para cinco pessoas: J. de C. M. (fls. 06/12), A. da S. R. (fls. 28/33), E. R. S. Z. (fls. 34/39), W. R. F. e V. C. S. (Proc. nº 0003164-89.2014.8.26.0128).

No entanto, em relação a J. de C. M. (fls. 07/12), A. da S. R. (fls. 28/33), E. R. S. Z. (fls. 34/39), a venda foi de cerca de trinta lotes individualizados, conforme relatório policial a fls. 88/91.

Acesso ao Sumário

A promessa de venda se fez mediante pagamento de 10 parcelas de 11.000,00, conforme se observa na cláusula 3ª de todos os compromissos de venda e compra acima mencionados.

No mesmo dia ou já no dia seguinte ao que firmava os instrumentos particulares de compromisso de venda e compra, o requerido A. M. DO P. E., representando a empresa G. L. E. I. LTDA., firmava contrato particular de execução e implantação de loteamento e outras avenças (chácara de lazer) com os adquirentes da área, Srs. A., J. e E., por meio da qual prometia a implantação de lotes de aproximadamente 880 m² no local, no entanto, a bem da verdade, ele vendeu um lote individualizado para cada pessoa, que compunham os grupos de cada um dos três adquirentes acima mencionados.

Veja-se que elaborou, inclusive, um contrato padrão de cessão de direitos de 1/10 sobre o contrato de loteamento, o que deixa ainda mais claro que venderam lotes sem que existisse um loteamento, dissimulando documentalmente a sua existência (fl. 19).

Todas as pessoas ouvidas nos autos confirmaram que, na verdade, adquiriram os imóveis porque havia a promessa dos denunciados de que compravam um lote de 880mts quadrados individualizados (ata de reunião - Processo nº 1001425- 20.2021.8.26.0128 - fls 428/431).

Tais divisões, no entanto, segundo se apurou no inquérito policial que instrui a presente, não obedeceram às normas existentes que se destinam a regular os desmembramentos de áreas rurais.

Ainda, segundo observa-se dos autos, o denunciado O., vulgo "N. B.", tendo pleno conhecimento da irregularidade do parcelamento do imóvel, concorreu diretamente para a prática do delito, uma vez que foi ele quem efetivamente negociou e intermediou a venda dos referidos lotes em favor e em nome dos demais denunciados perante as vítimas, agindo na qualidade de corretor de imóveis.

Cumpre anotar, por fim, que tramita a Ação Civil Pública perante o Juízo Cível da Comarca de Cardoso, em razão dos mesmos fatos, buscando a regularização da área e a indenização de eventuais prejuízos causados em face das vítimas (autos nº 1001425- 20.2021.8.26.0128).

Acesso ao Sumário

Pois bem, inicialmente, não se fala em ausência de individualização da conduta dos acusados ou de fundamentação na r. sentença condenatória.

Isto porque a peça inicial preenche os requisitos do artigo 41 do Código de Processo Penal e contém descrição adequada da conduta típica atribuída aos recorrentes, tanto que lhes propiciou o amplo exercício do direito de defesa.

Aliás, na r. sentença os motivos que alicerçaram a condenação dos acusados e, portanto, o expresso afastamento das teses defensivas ofertadas, estão expostos, com clareza e objetividade, e não revelam, de forma alguma, qualquer vício, vez que referida decisão encontra respaldo no conjunto probatório trazido

aos autos.

A r. sentença foi clara e direta, pontuando expressamente os motivos que embasaram a condenação. Sendo certo que eventual inconformismo com o resultado de mérito não significa omissão, ausência de fundamento ou não observância dos ditames legais.

Superada estas questões, a materialidade veio comprovada pela prova oral e pelos diversos documentos juntados aos autos e colhidos ao longo da instrução criminal e, especialmente, do inquérito policial.

Neste ponto, é importante frisar que, apesar do laudo de fls. 56/62, referente ao exame feito na área objeto da presente demanda, não ter atestado qualquer demarcação ou efetivo parcelamento do solo, a conduta imputada aos acusados é a prevista no artigo 50, inciso I, e §único, inciso I, da Lei 6.766/79, qual seja:

"Art. 50. Constitui crime contra a Administração Pública.

I - dar início, de qualquer modo, ou efetuar loteamento ou desmembramento do solo para fins urbanos, sem autorização do órgão público competente, ou em desacordo com as disposições desta Lei ou das normas pertinentes do Distrito Federal, Estados e Municípios; (...)

Parágrafo único - O crime definido neste artigo é qualificado, se cometido.

I - por meio de venda, promessa de venda, reserva de lote ou quaisquer outros instrumentos que manifestem a intenção de vender lote em loteamento ou desmembramento não registrado no Registro de Imóveis competente."

Sendo assim, trata-se de crime de mera conduta, que se perfaz com a simples realização do núcleo do tipo. Além disso, a Lei é expressa em dizer "dar início, de qualquer modo", portanto, o laudo pericial não é o único meio de comprovar a materialidade.

De outra banda, a autoria também restou devidamente comprovada, para todos os réus. E, em que pesem os entendimentos defensivos, os fatos são típicos e puníveis, senão vejamos.

Interrogado, o acusado A. M. DO P. E. declarou que tem um cliente que ofereceu um imóvel para vender e com interesse de fazer um pequeno desmembramento rural, sendo apresentado essa área, na qual, foi feito o necessário, com documentação e foi feito o desmembramento. Informa que houve 8 (oito) ou 9 (nove) áreas vendidas de 20.000,00 (vinte mil) metros, disse que por ser um especialista da área e conhecer vários loteamentos irregulares, sempre tomou cuidado com os contratos de compra e venda e deixou bem claro aos compradores que não poderiam fazer o parcelamento do solo de maneira ilegal, declarou que dentre os interessados, apareceu os 3 (três) que acabaram adquirindo. A. informa que fazia apenas as formalidades, não fazia negociações, apenas elaborava os contratos e sempre tomando cuidado para justamente evitar um

Acesso ao Sumário

loteamento irregular, pois, a ideia sempre foi fazer o trabalho de regularização e nunca um loteamento irregular, após estes adquirirem, começaram a vir mais pessoas e a vontade deles era adquirir apenas alguns lotes da área, informa que eles tem uma empresa de loteamento e propuseram um novo negócio, na qual, eles fariam o loteamento, os interessados comprariam e pagariam por ela e em seguida os interessados entregariam essa área em parceria para eles e teriam um percentual do resultado, informou que deixou claro aos compradores que eles não podiam parcelar, dividir ou negociar suas partes por ser irregular, disse que propôs o distrato do negócio quando começou a surgir diversos problemas com a CETESBE, resume que por fim, teve 2 (dois) negócios distintos, no primeiro, seria na venda dos 20.000,00 (vinte mil) metros, quando adquiriram a área para desmembramento rural, neste estavam todos juntos, ele, A. M., C. Ar. G. e C. R. B., e no segundo, quem assumiu a obrigação de parcelar mediante pagamento como um negócio foi a empresa I. G. L. dele e de e C. A. G., que era a entrega da área para ser loteada, na época eles estavam fazendo negócios de loteamento em regime de parceria, pegaram por meio da empresa deles onde entregariam o resultado, e a diferença de área também seria loteada e seria para custear as despesas mais o lucro da empresa, por isso eles adquiriram 20.000,00 (vinte mil) metros, disse que fizeram as contas na época para atender aos requisitos legais de arruamento, e que a infraestrutura exigida pelo município não era custosa onde chegaram à conclusão de que dava para acomodar o custo recebendo a área de 20.000,00 (vinte mil) metros e entregar com participação de quem deu a área, 10 (dez) lotes de mais ou menos 880 (oitocentos e oitenta) metros. Esclarece ser algo comum de pessoas que querem ter uma vantagem com uma forma de aplicar o dinheiro, eles adquirem uma área e entregam ela para ser loteada mediante uma parceria, e foi isso que foi feito neste negócio, e para viabilizar o custeio, procuraram pegar as outras áreas de 20.000,00 (vinte mil) metros e iam empreender elas juntas para poder diluir o custeio, entregando para eles, mas chegou um momento em que os interessados deflagraram a situação, tornando uma forma incontrolável, informa que a participação do A. M. foi no primeiro negócio, se recorda que ele quem trouxe o cliente para ser feito o negócio de desmembramento rural, informa que todos pensavam e decidiam juntos, como uma sociedade mesmo, afirmou que A. M. recebeu os pagamentos também, que participou desde os primeiros pagamentos, sobre O. B., informa que este só aproximou as partes para comprar as áreas de 20.000,00 (vinte mil) metros, recebendo o dinheiro de corretagem pela sociedade dos advogados.

Por sua vez, o acusado A. M. declarou que na época, A. M. do P. E., C. A. G. e mais outros que não se recorda o nome, pediram para ele fazer uma gestão de orientação sobre a área, pois o declarante trabalha fazendo uma prospecção de áreas, informa que foi mostrado para ele um mapa de um engenheiro que os referidos já haviam contratado, a fim de saber se havia condições de fazer um

Acesso ao Sumário

loteamento naquele local, informa que o convidaram para ser parte e que ele também seria pago por isso mediante um contrato, aceitou, declarou que não esteve presente no local, que o engenheiro fez um levantamento de como seria, olharam no Google e foram pedir informações para o declarante, informa nunca ter recebido nada e também que essa foi sua única participação sobre os negócios feitos no tocante ao loteamento, disse que após alguns dias, eles falaram que estavam regularizando o local e pediram para ele assinar uns documentos para poder regularizar, ele respondeu que não queria mais fazer parte por não estar envolvido com nada, assim como, nunca recebeu nada, e solicitou a rescisão contratual, com isso, falaram para ele assinar os documentos que eles dariam a rescisão, afirmou ter assinado só que nunca recebeu a rescisão requerida, declarou que não teve participação e nunca recebeu nada e que não há depósito algum em sua conta, informa que teve o contato sobre a gleba quando por meio do A., foi em uma reunião e foi comentado que eles tinham uma área e estavam interessados em fazer um possível parcelamento de glebas de 20.000,00 (vinte mil) metros, afirmou nunca ter recebido nenhuma terra como parte de pagamento, e que, atualmente, trabalha em 7 (sete) empresas e nunca foi processado por loteamento irregular.

Em seu interrogatório o acusado C. R. B. declarou que não vendeu nenhum parcelamento de solo, nunca prometeu fazer parcelamento ou vender solo com alguém, afirmando nunca ter tratado com pessoa nenhuma sobre parcelamento de solo, informa que tem parte apenas na venda nua, em 20.000,00 (vinte mil) metros e documentação totalmente correta, desconhecendo qualquer tipo de negociação de parcelamento de solo, disse que O. B. foi corretor participando das vendas destes lotes de 20.000,00 (vinte mil) metros, no qual, recebeu o valor de sua corretagem.

Na mesma esteira, o acusado C. A. G., ao ser interrogado, ratifica o que já foi falado por A. M. do P. E., que houve 2 (dois) tipos de negociações.

Em seu interrogatório, O. B. informa que somente falava aos interessados sobre a gleba de 20.000,00 (vinte mil) metros que estava a venda e os levava para formalizar o contrato, não tendo participação de rateios, apenas recebia a sua corretagem, declarou que oferecia a gleba e nunca o parcelamento de solo, e no tocante ao parcelamento, ele viu nos contratos dos compradores e estava o nome da empresa I. G. L..

Ocorre que, a tentativa dos réus de se eximirem de culpa não convence, pois restaram isoladas diante do conjunto de provas carreado aos autos em desfavor deles, senão vejamos.

A vítima J. DE C. M. afirmou ter comprado uma porcentagem de dois lotes, informa que “N. B.”, corretor de Mira Estrela, procurou-o e disse que tinha um contrato para assinar, que seria feito um condomínio, no qual, já estava tudo bem planejado, toda a infraestrutura, local em que seria entregue lote para ali-

Acesso ao Sumário

mentação, o corretor o levou para Fernandópolis, em uma advocacia, momento em que fez o pagamento em cheque para eles, parcelado até dar o valor de sua parte que era R$22.000,00 (vinte e dois mil reais), J. diz que eles o entregaram 2 (dois) recibos, no valor de R$11.000,00 (onze mil reais) cada, após esse procedimento, escolheram o declarante para pôr o nome no contrato, ficando responsável de assinar as documentações, alegaram ser mais fácil por ele residir em Mira Estrela. Declara que, de início, não conhecia as outras pessoas que compraram as demais partes dos lotes, apenas 2 (duas), sendo estes seus parentes, mas depois se juntaram e fizeram um grupo, pois como nunca houve a entrega desses lotes, começaram a reagir, ocasião que se juntou com os demais a fim de obter uma solução. Afirma que na advocacia estavam presentes durante a negociação A. M., C. R. B., C. A. G. e A. M. do P. E., sendo este o que mais negociou com a vítima, diz que eles ofereceram 2 (dois) lotes para ele comprar, sendo mostrado no mapa o local onde seriam realizadas as divisões, diz já conhecer o local, pois, "N." B., após mostrar a planta, já havia o levado e mostrado o lugar para o mesmo, dizendo ser naquele local os lotes, e que, o corretor o levou à advocacia para realizar o pagamento, informa não se lembrar do contrato padrão de sessão de direito sobre 1/10 do contrato, informa que toda a elaboração de documentação foi realizada no escritório do M., declara não ter vendido nenhum dos lotes até mesmo por não existirem, informa ter sido o último a comprar os lotes oferecidos, e que, A. e E. ficaram na mesma situação do declarante. J. afirma que, após 5 (cinco) anos, fizeram um grupo no WhatsApp com as demais vítimas, também na mesma situação só que em momentos distintos, tomaram a atitude de procurar um advogado, no tocante à escritura, esclarece que havia um grupo formado por 9 (nove) pessoas, cada um comprou um lote e J. comprou 2 (dois), tomaram a decisão de lavrá-la no nome do declarante, pois como estava no período de pandemia, com medo de dar problemas ao nome do C. R. B., tiveram então essa atitude, concluindo que a mesma não chegou a ser passada para o declarante, não recebeu os valores daquela ação de volta pois fez um acordo e ficou com a gleba integral.

A vítima A. DA S. R. O. afirmou ter conversado com O. B. e disse que sempre teve o sonho de ter um terreno, O. então, disse para A. se reunir no total em 10 (dez) pessoas, mostrou o terreno e disse conhecer o pessoal responsável por aquela gleba que a vende dividindo para as 10 (dez) o valor, com isso, o declarante negociou com o Dr. A. e fez uma parceria com ele, pagava-o todo mês, sendo prometido por este a entrega dos terrenos, foi ao escritório do referido doutor, o qual mostrava no mapa como ficaria os lotes, afirmou que ficou como responsável de pagar pois ninguém dos envolvidos tinha cheque, então, o pagou com cheque de sua esposa, no acordo era uma gleba de 20.000,00 (vinte mil) metros dividida para 10 pessoas, informa que quando assinou o contrato, já havia algumas assinaturas, e que, algumas pessoas do seu grupo já foi ressarcida.

Acesso ao Sumário

Declarou que o valor integral dos lotes era de R$110.000,00 (cento e dez mil reais), se recorda que o C. B. foi em uma reunião na sua casa para tratar sobre a infraestrutura dos loteamentos.

A vítima E. R. S. Z. informa ter tomado conhecimento dos lotes mediante um "converseiro" em sua cidade, ficou sabendo que naquele dia haveria uma reunião na casa do A., referente ao assunto, indo ao local e participando da mesma, afirmou ter comprado 2 (dois) lotes da gleba de 20.000,00 (vinte mil) metros, disse que não se lembra com exatidão quem estava presente, mas se recorda do "N." B., C. R. B. e do corretor M., sendo presidida por este, a reunião tratava-se da gleba, na qual, precisava de 10 (dez) pessoas para cada, ficando cada um responsável por seus terrenos adquiridos dentro da respectiva gleba, disse que precisava de 3 (três) pessoas para ficarem responsáveis, momento em que ela aceitou ser uma destas, mas conclui que, apenas comprou sua parte na gleba, esclarecendo que não tinha condições, assim como os demais, de compra-la de maneira integral, então, por estar em um preço acessível e com boas quantidades de parcelas, 10 (dez) parcelas de R$1.100,00 (mil e cem reais), aceitou à proposta oferecida, pagando R$11.000,00 (onze mil reais) em cada um de seus 2 (dois) lotes, informa que todos os cheques foram passados para o Dr. A. M. do P. E., declarou que foi passando o tempo e as promessas não estavam sendo cumpridas, informa que passava em frente aos lotes, no qual, permaneciam inertes sem modificações, e constou, que havia até gados no local, após notar que não existia loteamento efetivo, afirmou ter ido várias vezes ao escritório do Dr. A. em Fernandópolis, a fim de obter informações, mas ele dizia apenas que iria dar andamento, conclui que C. A. G. estava presente em uma das ocasiões, informa não se lembrar de A. M. em nenhuma das reuniões, e que, os contratos não foram assinados por todos no mesmo momento, pois, quando assinou, faltava algumas a serem assinadas. Disse ter conseguido ser ressarcida do contrato, sobre C. B., informa que o mesmo nunca prometeu nada no tocante a infraestrutura e que apenas vendeu as terras, sendo isso o que ele dizia para os compradores, finaliza dizendo que O. B. nunca foi em nenhuma reunião com eles.

A vítima A. A. DE S. se recorda que comprou um terreno de uma gleba no valor de R$11.000,00 (onze mil reais), afirmou que compraram em 10 (dez) pessoas a gleba, sendo divididos os terrenos para cada um, conforme prometido pelos donos da advocacia, informa que a promessa era de um lote com infraestrutura, ficou sabendo desta gleba por meio de seu primo A., que foi comprador da mesma e por O. B., este que o levou em Fernandópolis, juntamente com o primo do declarante, na advocacia do Dr. A., sendo feitas as negociações neste local, informa que ao assinar o contrato, todas as 10 (dez) pessoas ainda não tinham assinado e que foi ressarcido pelo C. B., o qual, fez uma compra do terreno.

A vítima M. M. DA S. informa que comprou um lote em sociedade com

Acesso ao Sumário

seu sogro e juntamente com E., pagou a metade dele no valor de R$5.500,00 (cinco mil e quinhentos reais), informa que não tinha conhecimento de quem era o dono da gleba que comprou o lote, pois era E. quem estava à frente das negociações, informa que só ouviu falar do nome de A. M. quando descobriu do processo, afirmou que passava o dinheiro à E., a qual entregava para o responsável, disse não ter assinado o contrato de compra e venda, e esclarece que quem o apresentou os lotes e comentou da infraestrutura foi E..

A vítima J. E. DE A. informa que mora em Sumaré, e em 2013, ficou sabendo das vendas dos lotes pelo seu sogro, em Mira Estrela, declarou ter ido atrás e conheceu o "N." B., este o levou até o local do loteamento, mostrando a planta e explicando o plano futuro, o declarante se interessou dizendo que iria ficar com o lote, então, "N." B. o levou até o escritório do Dr. A. em Fernandópolis, local onde foi feito o pagamento de 10 (dez) cheques de R$1.100,00 (mil e cem reais) ao Dr. A., J. recebeu um recibo de comprovante e também o entregou um contrato assinado pelo advogado, a proposta era de ser entregue o lote no prazo de até 2 (dois) anos com infraestrutura, informa ter feito amizade com o responsável do seu grupo da gleba J., e continuou mantendo contato com o mesmo em relação ao lote, afirmou que veio em Fernandópolis, no escritório do Dr. A., em algumas oportunidades para saber como estava o andamento de seu lote, respondendo este, que estava tendo problemas burocráticos e não conseguia resolver no momento, o declarante então aguardou, futuramente informa que fizeram um grupo com os integrantes da gleba, para tratar da demora que estava acontecendo, decidiram procurar um advogado ficando na responsabilidade de J., por estar mais próximo, obtiveram instruções mas não decidiram nada, com o passar do tempo, C. B. procurou o J., perguntando se ele não queria passar a terra para o nome de J., pois já havia sido tudo pago, J. passou ao grupo e com o consentimento de todos, decidiram passar o terreno para o nome dele, afirmou ter conhecido no escritório do Dr. A., o C. B. e C. G., conclui dizendo que seu sogro não comprou nenhum lote, e que, não foi ressarcido, disse não conhecer A. M., e por fim, declarou que na reunião sobre os lotes, C. G. quem fez a maior propaganda de como seria.

Acesso ao Sumário

A vítima E. A. DE B. se recorda que "N." B. o levou no escritório do Dr. A., celebrando o contrato da compra de um lote no valor de R$11.000,00 (onze mil reais), pagou ao referido doutor com 10 (dez) cheques de R$1.100,00 (mil e cem reais), sendo prometido a entrega do lote com a infraestrutura após o término do pagamento, afirmando que nunca foi entregue esse lote, declarou que A. M. participou do loteamento, e segundo "N." B., A. quem era responsável das benfeitorias, informa que C. R. B. é o dono das terras, conversando com este no dia da compra do lote, informa que no dia da celebração do contrato, o assinou e voltou em outro dia para pegar o contrato com as demais assinaturas todas preenchidas, informando não ter sido ressarcido, e que, não participou de

nenhuma reunião, somente comprou o lote.

A testemunha J. M. G. M., investigador de polícia, afirmou que se recorda que foi pedido para ele identificar as demais vítimas do suposto parcelamento de solo, pois no inquérito policial só havia 3 (três) pessoas, sendo A., E. e J., obtendo contato com eles, foi fornecido o nome das outras pessoas que estavam juntos na mesma ocasião, não soube informar se as pessoas compraram lotes que de fato não existiam, dizendo ter apenas constado no relatório para o delegado expedir carta precatória a fim de ouvir as demais vítimas.

Pois bem.

Eis que, diante do acima narrado e das provas juntadas, fica patente a responsabilidade dos acusados.

Os depoimentos acusatórios colhidos merecem credibilidade e não podem ser desprezados.

Não há nenhuma razão para invalidar os apontamentos feitos pelos ofendidos, pois não se observa, no presente caso, qualquer intenção deliberada dos mesmos de prejudicar os recorrentes.

Verifica-se que, para pretender que a venda se tratava de lotes individuais de 20.000mts², os requeridos C. R. B., A. M., C. A. G. e A. M. DO P. E. firmaram contratos particulares de compromisso de venda e compra com apenas três pessoas para dar aparência de que vendiam parcela legal da terra, no entanto, a bem da verdade venderam cerca de trinta lotes individualizados para os grupos de pessoas encabeçados por apenas quem figurou nos contratos.

A promessa de venda se fez mediante pagamento de 10 parcelas de 11.000,00, conforme se observa na cláusula 3ª de todos os compromissos de venda e compra acima mencionados. Ainda, após, o acusado A. M. do P. E., representando a empresa G. L. E. I. LTDA., firmava contrato particular de execução e implantação de loteamento e outras avenças (chácara de lazer) com os responsáveis das áreas, Srs. A., J. e E., por meio da qual prometia a implantação de lotes de aproximadamente 880 m² no local, no entanto, na verdade, ele já havia vendido um lote individualizado para cada pessoa, que compunha os grupos de cada um dos três adquirentes acima mencionados.

As vítimas ouvidas foram categóricas ao mencionar que a aquisição efetiva foi de lotes muito inferiores aos que constam no instrumento contratual. Inclusive, E. asseverou que nem teria condições de adquirir a gleba total.

A conduta dolosa dos acusados C. R. B., A. M., C. A. G. e A. M. do P. E. também está muito bem delineada nos autos, uma vez que todos figuravam nos instrumentos particulares de compromisso de compra e venda como alienantes dos imóveis (fls. 13).

Ademais, conforme declarações em juízo, todos participaram ativamente das negociações intermediadas pelo corretor O., vulgo “N. B.”.

Acesso ao Sumário

Neste ponto, é facilmente percebido que O. B. tinha conhecimento da irregularidade da venda feita do loteamento, oferecendo os lotes a terceiros em tamanho inferior ao módulo rural. Igualmente, ele participou ativamente das negociações, bem como levava clientes até o escritório de A.

Mas não é só.

Ressalta-se que os acusados não lograram produzir qualquer contraprova suficiente para afastá-los da condenação.

A vítima J. de C. M. asseverou que tinha um contrato para assinar, que seria feito um condomínio no qual, já estava tudo bem planejado, toda a infraestrutura. Alegou que foi escolhido para ter seu nome no contrato, ficando responsável por assinar as documentações, sendo que disseram a ele que assim seria mais fácil, por ele residir em Mira Estrela. Declarou que, de início não conhecia as outras pessoas que compraram as demais partes dos lotes, apenas 02. Também relatou que na advocacia durante a negociação estavam presentes A. M., C. R. B., C. A. G. e A. M. do P. E.. Também alegou que foi mostrado no mapa o local onde seriam realizadas as divisões e que o réu O. B., após mostrar a planta, o levou ao local onde seriam os lotes. Esclareceu que havia um grupo formado por 09 pessoas, cada um comprou um lote e J. comprou 2.

A vítima A. da S. R. O. afirmou ter conversado com O. B. e disse que sempre teve o sonho de ter um terreno, O. então, disse para A. se reunir no total em 10 pessoas, mostrou o terreno e disse conhecer o pessoal responsável por aquela gleba que a vende dividindo para as 10 o valor, com isso, o declarante negociou com o Dr. A. e fez uma parceria com ele, pagava-o todo mês, sendo prometido por este a entrega dos terrenos, foi ao escritório do referido doutor, o qual mostrava no mapa como ficaria os lotes. No acordo era uma gleba de 20.000,00 metros dividida para 10 pessoas.

A vítima E. R. S. Z. contou que a reunião se tratava da gleba, na qual, precisava de 10 pessoas para cada, ficando cada um responsável por seus terrenos adquiridos dentro da respectiva gleba, disse que precisava de 3 pessoas para ficarem responsáveis, momento em que ela aceitou ser uma destas, mas conclui que, apenas comprou sua parte na gleba, esclarecendo que não tinha condições, assim como os demais, de comprá-la de maneira integral.

A vítima A. A. de S. afirmou que compraram em 10 pessoas a gleba, sendo divididos os terrenos para cada um, conforme prometido pelos donos da advocacia.

Ou seja, conclui-se que, desde o início, a promessa de venda foi feita já com a gleba dividida em lotes, incidindo, pois, no crime pelo qual os acusados foram condenados.

As vítimas apresentaram depoimentos coerentes e harmônicos, não havendo qualquer indício de que tenham sido mendazes.

Ainda, o envolvimento de todos é muito claro. O próprio acusado A. M.

Acesso ao Sumário

do P. E. alegou que todos pensavam e decidiam juntos, como uma sociedade mesmo. Assim, não se fala em participação de menor importância em relação a qualquer réu.

E, a respeito do acusado O. B. o mesmo concorreu para a prática criminosa, pois, conforme bem posto pela vítima A. da S. R. O. o mesmo foi quem lhe disse que a gleba seria dividida para 10 pessoas e já seria vendida assim.

Dessa forma, uma vez configurado o crime descrito na denúncia, sendo ele típico e punível, o desfecho condenatório era de rigor, posto que a materialidade delitiva e a autoria, de todos os acusados, restaram devidamente incontroversas e comprovadas de forma exaustiva pelos elementos de convicção colhidos ao longo da *persecutio criminis*.

Às penas.

Considerando o disposto no artigo 59 do Código Penal, verifica-se que os réus não ostentam circunstâncias judiciais desfavoráveis capazes de incidir na pena. Ainda, não foram constatadas agravantes ou atenuantes, bem como causas de aumento ou redução das penas.

Portanto, as básicas permanecem no mínimo legal de 01 ano de reclusão, e o pagamento de 01 salário mínimo, para o acusado O. B.; e em 1 ano de reclusão, e o pagamento de 05 salários mínimos, para os demais réus. Penas estas que se tornaram definitivas.

Por fim, foi fixado o regime inicial aberto, em caso de descumprimento das penas restritivas de direitos impostas em substituição à pena corporal, consistentes, para cada réu, em prestação de serviços à comunidade, pelo prazo da condenação, e prestação pecuniária no valor de 01 salário mínimo.

De mais a mais, no tocante ao pedido de isenção da pena pecuniária suscitado na apelação do corréu O. B., cabe salientar que a precariedade da situação econômica do condenado não autoriza o acolhimento do pedido, uma vez que esta cominação está expressamente prevista no preceito secundário da norma e, no presente caso, foi determinada no mínimo legal. Desse modo, trata-se de uma consequência automática da condenação e assim, não é possível afastá-la de maneira isolada.

Ainda, registra-se que eventual impossibilidade de pagamento da pena pecuniária e das custas processuais deverá ser apurada na fase de execução do julgado, mais adequada para se aferir a real situação financeira do condenado, uma vez que existe sempre a possibilidade de alteração após a data da condenação, ficando refutada, desta feita, eventual alegação de ofensa ao artigo 5º, inciso LXXIV, da Carta Magna.

Ante o exposto, pelo meu voto, **NEGO PROVIMENTO** aos apelos defensivos, mantendo-se a r. sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação Criminal nº 1008139-70.2018.8.26.0590, da Comarca de São Vicente, em que são apelantes/apelados A. P. B., A. G. M. J., D. M. P., J. S. DE P. B., L. E. P., L. A. J., O. B. DA S., R. S. DE S. e R. M. B., é apelado W. R. G. F. e Apelado/Apelante M. P. DO E. DE S. P..

ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Não conhecida a questão preliminar arguida, no mérito deram provimento parcial ao apelo ministerial, desprovendo-se os defensivos ajuizados em prol de R.M.B., A.G.M.J., L.A.J., R.S. de S., D.M.P., A.P.B., J.S. de P.B., O.B. da S. e L.E.P., para que, para todos, fiquem mantidas as penas estabelecidas para os delitos reiterados na forma do artigo 1º, "caput" e § 4º, da Lei nº 9.613/98, ficando W.R.G.F. condenado ao cumprimento de 04 (quatro) anos de reclusão, mais a paga de 13 (treze) dias-multa, valorados como na sentença, também por incurso nas penas do artigo 1º, "caput" e § 4º, da Lei nº 9.613/98, e ao cumprimento de 11 (onze) meses e 20 (vinte) dias de prisão simples, por infração aos ditames do artigo 50, da Lei de Contravenções Penais, ambos em regime prisional inicial aberto, julgando-se extinta a punibilidade de todos os corréus com relação a contravenção penal prevista no artigo 50, do Decreto-lei nº 3.688/41, com fulcro nos artigos 109, VI e 110, "caput", ambos do Código Penal, com observações. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 52.411)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MAURICIO VALALA (Presidente) e LUIS AUGUSTO DE SAMPAIO ARRUDA.

São Paulo, 16 de maio de 2024.

MARCO ANTÔNIO COGAN, Relator

Ementa: APELAÇÕES CRIMINAIS – DO MINISTÉRIO PÚBLICO PLEITEANDO QUE TODOS OS RÉUS SEJAM TAMBÉM CONDENADOS NO ART. 2º, *CAPUT*, E §§ 3º E 4º, II, DA LEI 12.850, E QUE AS PENAS DO CRIME DO ART. 1º, *CAPUT*, E § 4º, DA LEI Nº 9.613/98 SEJAM AUMENTADAS EM 2/3, DADA A HABITUALIDADE DELITIVA, FIXADO REGIME PRISIONAL INICIAL MAIS GRAVOSO, E QUE W.R.G.F., SEJA CONDENADO NOS MESMOS TERMOS; DA DEFESA DE R.M.B., PLEITEANDO SUA ABSOLVIÇÃO NO ART. 386, III, DO CPP; SUPLETIVAMENTE A FIXAÇÃO DE PENA MÍNIMA; A REDUÇÃO DO AUMENTO PELA

Acesso ao Sumário

REITERAÇÃO CRIMINOSA EM 1/6.
EM PROL DE A.G.M.J., COM A MESMA ARGUMENTAÇÃO, TODAVIA SEM A TESE SUPLETIVA SUPRARREFERIDA; EM PROL DE L.A.J., DA MESMA FORMA, OU NA FORMA DO ART. 386, VII, DO CPP; PLEITO SUPLETIVO DE FIXAÇÃO DE PENA NO PISO.
EM PROL DE R.S.D.S., PRELIMINARMENTE INVOCANDO INÉPCIA DA DENÚNCIA, E NO MÉRITO PRETENDENDO A ABSOLVIÇÃO, NA FORMA JÁ QUE ANTES REQUERIDA POR L.A.J. PLEITO SUPLETIVO DE AUMENTO DAS PENAS DE NO MÁXIMO 1/6, MANTIDO O REGIME ABERTO.
EM PROL DE D.M.P., DE ABSOLVIÇÃO NA FORMA DO ART. 386, VII, DO CPP; PEDIDO SUPLETIVO DE REDUÇÃO DE PENAS E APLICAÇÃO DO ART. 44, DO CP; EM PROL DE A.P.B., POR FALTA DE PROVAS A INCRIMINÁ-LO E PORQUE LHE FALTOU COMPORTAMENTO ENSEJADOR DA CONTRAVENÇÃO; SUPLETIVAMENTE REQUER FIXAÇÃO DA PENA BASE NO PISO.
EM PROL DE J.S. de P.B., DE ABSOLVIÇÃO QUANTO A LAVAGEM DE CAPITAIS, NO ART. 386, VII, DO CPP; PEDIDO SUBSIDIÁRIO DE REDUÇÃO DE PENAS AO MÍNIMO OU DE AUMENTO EM APENAS EM 1/6 ACIMA DESSE.
EM PROL DE O.B. da S., DE ABSOLVIÇÃO DA CONTRAVENÇÃO NA FORMA DO ART. 386, III, DO CPP, E QUANTO AO CRIME NA FORMA DO INCISO VII, DESSE ARTIGO; PLEITO SUPLETIVO DE FIXAÇÃO DA PENA DO CRIME MENOR NO PISO; DE AUMENTO NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA EM 1/6;
EM PROL DE L.E.P., DE ABSOLVIÇÃO *IN DUBIO PRO REO*.
Questão preliminar que deixa de ser conhecida, vez que preclusa.
No mérito, situação a ensejar parcial provimento ao apelo ministerial, desprovendo-se os defensivos em favor de R.M.B., A.G.M.J., L.A.J., R.S. de S., D.M.P., A.P.B., J.S. de P.B., O.B. da S. e L.E.P., na forma des-

Acesso ao Sumário

tacada, também para W.R.G.F., neste Aresto, com observações.

VOTO

1 - Trata-se de apelações ajuizadas pelo Ministério Público e **L.A.J., A. G.M.J., L.E.P, R.S. de S., A.P.B., R.M.B., J.S. de P.B., D.M.P. e O.B. da S.,** que se viram condenados, respectivamente, ao cumprimento de onze meses e vinte dias de prisão simples, mais quatro anos de reclusão; dez meses de prisão simples e quatro meses de reclusão; dez meses de prisão simples e quatro meses de reclusão; seis meses e vinte dias de prisão simples e quatro anos de reclusão; dez meses de prisão simples e quatro anos de reclusão; dez meses de prisão simples e quatro anos de reclusão; seis meses e vinte dias de prisão simples e quatro anos de reclusão; seis meses e vinte dias de prisão simples e quatro anos de reclusão e seis meses e vinte dias de prisão simples e quatro anos de reclusão, fixado a todos o regime prisional aberto, por incurso, cada qual, no artigo 50, *caput*, do Decreto-lei n.º 3.668/41 (diversas vezes), na forma do artigo 70, do Código Penal, c.c. os artigos 1.º, caput § 4.º, da Lei n.º 9.613/98 e 70, do citado Codex, todos c.c. o artigo 69, do Código Penal, tendo, ainda, todos sido absolvidos da imputação do crime relativo a integrarem organização criminosa, na forma do artigo 2.º, *caput*, e §§ 3.º e 4.º, II, da Lei nº 12.850/13, com fulcro no artigo 386, III, do Código de Processo Penal, e **L.A.J.** ainda na forma do artigo 386, III e VII, desse Estatuto, tendo **W.R.G.F.** sido absolvido de todas as imputações, conforme artigo 386, III, e quanto a integrar organização criminosa, na forma do artigo 386, VII, do Código de Processo Penal (fls. 3096 a 3236).

Pretendem os doutores Promotores de Justiça que todos os réus sejam condenados também como incursos no artigo 2.º, *caput*, mais os §§ 3.º e 4.º, II, da Lei n.º 12.850/13, em razão do conjunto probatório constante nos autos, e que as penas do crime do artigo 1.º, *caput* e § 4.º, da Lei n.º 9.613/98 sejam majoradas em 2/3 para todos, em razão da sua habitualidade delitiva, com consequente fixação de regime prisional inicial mais gravoso, e que **W.R.G.F.** também seja condenado nos mesmos termos, igualmente em razão do conjunto probatório que o incrimina (fls. 3251/3256).

A Defesa da corré **R.M.B.** requer seja ela absolvido "pelo crime de contravenção penal" (fl. 3465), com base no artigo 386, III, do Código de Processo Penal, argumentando que era apenas funcionária que cumpria ordens no estabelecimento. Supletivamente, pleiteia fixação de pena mínima, dado o menor potencial ofensivo do jogo de azar, como ocorreu no crime de lavagem de capitais; em caso de mantença do aumento pela reiteração criminosa, que tal ocorra na fração de 1/6 (fls. 3447/3466).

Nos mesmos termos se deu o apelo ajuizado em prol da corré **A.G.M.J.**, apenas que não abordada, nesse, a tese supletiva de aumento de pena de 1/6,

Acesso ao Sumário

acima destacada (fls. 3491/3513).

Em prol do corréu **L.A.J.**, também é requerida sua absolvição "pelo crime de contravenção penal, com fulcro no artigo 386, III do CPP", ou que seja de toda a imputação absolvido na forma do inciso VII, desse Estatuto. Supletivamente, requer "que a pena seja fixada no mínimo legal" (fl. 3563) (fls. 3514/3563).

A Defesa do apelante **R.S. de S.**, preliminarmente, invoca cerceamento de defesa decorrente da inépcia da denúncia, que não descreve de forma pormenorizada o fato típico a ele imputado, a caracterizar prejuízo, portanto. No mérito, pretende sua absolvição quanto ao crime que foi atribuído, por falta de provas, a teor do artigo 386, VII, do Código de Processo Penal, e pela contravenção na forma do inciso III, desse dispositivo, diante da versão que ele deu dos fatos. Quanto às penas, acrescenta que não há qualquer motivo para sua exasperação, mas que se tal ocorrer, que se dê no mínimo de 1/6, mantido o regime aberto (fls. 3581/3592).

A Defensoria de **D.M.P.** também pretende a sua absolvição, conforme artigo 386, VII, do Código de Processo Penal, diante das dúvidas razoáveis quanto a ter agido com dolo, vez que ele acreditava que a fonte de recursos "do corréu era proveniente do trabalho árduo de comerciante local" fl. (3674). Supletivamente, pleiteia redução de penas e substituição da corporal por restritiva de direitos (fls. 3671/3677).

Apela, ainda a Defesa da corré **A.P.B.**, destacando que pelo seu interrogatório tem-se que lhe faltou comportamento voluntário e pessoal para praticar contravenção penal, tendo ela agido a trabalho mediante comando, atuando na contabilidade e fechamento das casas, não havendo prova, também, que tenha cometido lavagem de dinheiro. Supletivamente, requer fixação da pena-base no piso (fls. 3701/3714).

A Defensoria da corré **J.S. de P.B.** requer sua absolvição quanto ao delito de lavagem de capitais, por nada ter sido contra ela produzido pelo Ministério Público, não se demonstrando, como alegado a fl. 3151, que participava diretamente da arrecadação de valores, havendo que ser, por tal, absolvida, conforme artigo 386, VII, do Código de Processo Penal. Supletivamente, pleiteia redução de reprimendas ao piso, dada sua primariedade, ou, em caso contrário, que o aumento se dê em apenas 1/6, não comprovado o número de atos que praticou, com redução máxima, uma vez que confessou a autoria, não se podendo falar que tenha sido parcial, a teor da Súmula 545, do STJ (fls. 3796/3811).

A Defesa do corréu **O.B. da S.**, repetindo nas fls. 3833 e seguintes, nos mesmos termos, a argumentação antes lançada as fls. 3541, 3550/3556, e dessa lauda até fl. 3563, também pleiteou "DAR PROVIMENTO AOS RECURSOS DEFENSIVOS, para o fim de decretar sua absolvição pelo crime de contravenção penal, com fulcro no artigo 386, III, do Código de Processo Penal", e para

Acesso ao Sumário

"DAR PROVIMENTO TOTAL AOS RECURSOS DEFENSIVOS, para o fim de decretar sua absolvição pelo crime de lavagem de dinheiro, com fulcro no artigo 386, VII, do Código de Processo Penal" (fl. 3850). Também requer, supletivamente, que "a pena do crime de menor potencial ofensivo de jogo de azar seja fixado no mínimo legal" (fl. 3850), como se deu no de lavagem de capitais; aumento na terceira fase da dosimetria, em 1/6 (fls. 3831 a 3851).

A Defensoria do corréu **L.E.P**, invocando o *in dubio pro reo*, igualmente pretende sua absolvição (fls. 3893 a 3898).

Em contrarrazões, a Defensoria de **L.A.J., A.G.M.J., W.R.G.F** e **R.M.B.** mencionou que não há provas a ensejar recepção ao apelo ministerial, vez que o apelido "Gordão", referido a fl. 3262, não se presta a incriminar ninguém, da mesma forma que o trecho interceptado as fls. 3262 a 3268 traz fatos novos após a proclamação da sentença, no mais destacando a justificativa judicial para o não acolhimento do crime do artigo 2.º, *caput*, e § 4.º, II, da Lei n.º 12.850/13, e o não acolhimento da pretensão ministerial de exasperação de lavagem de capitais (fls. 3321/3337).

As Defensorias de **R.S. de S.** (fls. 3353/3362), de **O.B. da S., L.E.P. e L.E.P.** (fls. 3467 a 3489), de **J.S. de P.B.** (fls. 3571/3577) e de **A.P.B.** (fls. 3691/3700) se manifestaram pelo desprovimento do apelo ministerial, enquanto o Ministério Público pleiteou seja negado provimento aos apelos de **R.M.B., A.G.M.J., L.A.J., R.S. de S., D.M.P.** e **A.P.B.** (fls. 3726/3789), e com relação a **J.S. de P.B., L.E.P.** e **O.B. da S.**, se pronunciou no mesmo sentido (fls. 3913/3977).

A fl. 3885 foi julgada extinta a punibilidade do corréu A. R. R., em razão da sua morte.

A fl. 3875, a douta Procuradoria de Justiça se manifestou no sentido de que "as penas inferiores a um ano dos vários réus já estão prescritas", e em seu r. parecer, de fls. 3998/4007, da lavra do doutor Oscar Mellim Filho, pretende o desprovimento dos recursos defensivos, e parcial provimento do ministerial, tão-somente em relação a **W.R.G.F.**, para que seja condenado, nos termos nele lançados (fls. 3998/4007).

Este, em síntese, é o relatório.

2 - Por primeiro, deixa-se de conhecer da questão preliminar arguida, atinente a inépcia da denúncia ofertada, vez que preclusa, não tendo sido antes invocada a qualquer tempo, em Primeiro Grau, mas somente em fase recursal.

Nada há a ser apreciado quanto ao teor da petição juntada a fl. 4010, pelo corréu D.M.P., tal se dando com a petição de fl. 4065, em prol da corré **R.M.B.**.

No mérito, há que se dar parcial provimento ao recurso ministerial, desprovendo-se os defensivos, na esteira do bem lançado parecer do ilustre Procurador de Justiça oficiante.

De saída, não há que se falar na incidência, na espécie, de crime inserido

Acesso ao Sumário

na Lei nº 12.850/13, que taxativamente, no seu artigo 1º, § 1º, estabelece que organização criminosa se constitui na associação de quatro ou mais coautores, de forma organizada e com divisão de tarefas, para obtenção de vantagem mediante prática de infrações penais com penas máximas previstas superiores a quatro anos de reclusão, ou com caráter transnacional, o que, portanto, excluí o caso vertente, atinente a prática de jogos de azar na forma do artigo 50, da Lei das Contravenções Penais, que longe de caracterizar o crime de natureza mais grave, visado pela Lei nº 12.850/13, constitui o denominado "quase crime", qual seja, a imputação menor, prevista do capítulo relativo à Polícia de Costumes, cuja objetividade jurídica são os bons costumes, conforme preleciona Victor Eduardo Rios Gonçalves em sua obra Legislação Penal Especial (op. cit., Vol. 24, Tomo I, 15ª Edição, Saraiva, p. 184, São Paulo, 2019).

No mais, pertinente a mantença da r. sentença, como prolatada, com a observação, ao final, da incidência da prescrição intercorrente para todos os imputados, quanto a imputação contravencional em questão, aliás como destacado pela Procuradoria de Justiça, a fl. 3875, *in fine*.

A par do excelente histórico lançado na r. sentença, as fls. 3119/3123, a respeito da evolução legislativa do tema "crime organizado", é certo que o conjunto probatório oral e documental abordado nesse édito enseja que as reprimendas, para todos os réus, sejam mantidas na forma como nela estabelecidas, observando-se que as imputações devem ser estendidas ao corréu **W.R.G.F.**.

Quanto a **L.A.J.**, o conjunto probatório é firme em denotar que se trata de quem coordenava, inclusive mantendo o comando, do grupo de corréus, e de terceiros, em torno do qual se estabeleceu a exploração e manutenção de jogo de azar, em inúmeros imóveis, de forma disfarçada, nas comarcas de São Vicente e Santos.

Nesse sentido, tem-se, de início, os destacados exames periciais de fls. 1850 *usque* 2015 e 2009/2015, que falam por si, inclusive no que tange à apreensão de numerário, até em moeda estrangeira, além de centenas de máquinas caça-níqueis, e do equipamento eletrônico empregado na sua operação, em seis locais distintos, das duas cidades, todos eles se constituindo em imóveis com aparência discreta, mas preparados para recepcionarem uma infinidade de apostadores, a denotar a forma clandestina como eram empregados, sendo que por suas fotografias já se pode ter nítida impressão do tamanho do aparato em torno do aludido grupo.

Bem destacada na r. sentença a atuação, também, da corré **A.G.M.J.**, vulgo "B.", filha de **L.A.J.**, a amparar seu pai, tomando conta das funções financeiras nessa atividade, no escritório sito na Rua ..., ..., sala ..., em Boqueirão, Santos, local que foi alvo de diligência que resultou na apreensão de inúmeros documentos demonstrativos da sua forma de proceder, bem como de seu genitor, sendo que lá **A.G.M.J.** mantinha contatos telefônicos com terceiros, inclu-

Acesso ao Sumário

sive com causídico, quanto a um contrato de locação no valor de R$ 37.000,00 por mês, que teria a mesma destinação dos imóveis suprarreferidos.

Sintomático o conteúdo da degravação telefônica de fls. 416/418, na medida cautelar número 1004262-25.2018.8.26.0590, referida nas razões ministeriais, que vinculam **W.R.G.F.**, vulgo "Deco", com **L.A.J.**, em tratativas entre ambos, referentes a expressivos valores em dinheiro, e com referências a participação do corréu falecido A. na administração e gerenciamento desses locais de prática de jogo ilícito, ocorrida em 01/06/2018, seguida de conversações igualmente interceptadas, de fls. 418/419, 655/697, e outras, contidas na medida cautelar já citada, denotando os diálogos travados entre **L.A.J.** e **W.R.G.F.**, quanto ao mesmo tema, com referência a **R.S. de S.**, vulgo "Gordo", e diálogos entre **L.E.P.** e A., com a mesma alusão, inclusive com indicação de que **R.S. de S.** deveria contar com escolta no transporte do numerário obtido nessa atividade delituosa, reiterada, uma vez que **L.E.P.** se queixou de ter sido vítima de roubo pouco antes. Dentro desse contexto, acrescente-se, bem destacado as fls. 3274/3275, não há como se deixar de reconhecer tratar-se "Gordo" do corréu suprarreferido, sendo que a genérica alusão feita em seu favor, de expansão do problema da obesidade a nível nacional, longe está de deixar de individualizá-lo nesse contexto específico.

As interceptações telefônicas bem se prestaram, ainda, a indicar **A.P.B.** como integrante do grupo, tanto que em diálogo de fls. 666/668, em 03/07/2018, que manteve com A., ela bem deu conta de ser detentora de informações, juntamente com ele, da ida de policiais a um dos imóveis suprarreferidos, no caso o sito na Rua ..., número ..., em São Vicente, referido a fl. 3097, tendo feito também alusão, conforme reproduzido a fl. 3276, ao imóvel da Rua ..., número ..., na mesma Comarca, afirmando que contrariamente ao que ouviu de A., inclusive quanto ao ponto da Rua ..., ..., nos dois endereços de São Vicente, **A.P.B.** destaca que nunca compareceram policiais.

Ela continuou a se comunicar, em 25/06/2018, agora com L., funcionária de um dos bingos clandestinos, demonstrando interesse em saber sobre falta de numerário, conforme apontado em contabilidade eletrônica, para depois justificar a incidência de erro da máquina, recomendando a L. que "fique esperta que ainda tá na tela". Em outro diálogo, em 07/06/2018, outra vez com a A., e alusão ao endereço do cassino clandestino da Rua ..., número ..., já citado, e quanto a justificativas que dá a **L.A.J.**, nessa atividade, culminando com mais referências a endereços acima já destacados, e quanto a valor expressivo obtido nessa atividade, a ser entregue a "L.", qual seja, **L.E.P.**.

Os documentos reprografados as fls. 3922/3925, juntados aos autos, conforme indicação de fl. 3922, *in fine*, relativos a apreensão feita no escritório já referido, utilizado por **A.G.M.J.**, com indicação de seu nome na imagem inicial da tela de computador, e comprovação de pagamento por cartões de crédito e de

Acesso ao Sumário

débito feitos pelos cassinos em nome da empresa W. C., reforçam a convicção quanto a incidência do crime de lavagem de dinheiro suprarreferido.

Nova degravação, em 19/08/2018, entre **A.G.M.J.** e terceiro de nome Marco, há destaque no diálogo, dando conta de que sua atividade é tão lucrativa porque não pagam impostos, e gera conversa no sentido da inconveniência, para **A.G.M.J.**, de investirem em hotel para usuários desses cassinos, em caso de eventual legalização do jogo no país, ainda tendo ela ressaltado que **L.A.J.** desfrutou de uma viagem a Europa, ficando "num hotel top que tinha tudo", a dar conta, portanto, dos ganhos obtidos com essa atividade criminosa.

Patente, pois, a clara demonstração do gerenciamento promovido por **A. G.M.J.** para **L.A.J.**, com forte atuação dos demais imputados na operacionalidade dessa atividade delituosa, com apreensão posterior, na casa de **A.P.B.**, como decorrência do mandado de busca e apreensão, de farta documentação indicativa da contabilidade do jogo e de mais de R$ 43.000,00, reproduzidas no apenso da medida cautelar, e também a fl. 3933.

R.M.B. foi interceptada em telefonema que recebeu de A., quando esse lhe disse que com J. estava no carro, fazendo o recolhimento do lucro dessa atividade contravencional, e que deveria descer à rua, ao encontro dela, para tal fim, tendo a fl. 472 do apenso da medida cautelar, em 09/06/2018, telefonado para **L.E.P.**, interessada em encontrar R., quando dele recebeu a determinação de promover paga em nome desse corréu, de R$ 650,00, a A., terceiro não identificado, destacando ela, a fl. 805, que gerencia o bingo clandestino da Rua ..., número ..., em São Vicente.

Em conversa com J., posteriormente, em 13/07/2018, demonstrando desespero em decorrência de ordem que recebeu para fechar o cassino que gerencia, e pegar todo fundo de caixa, frisa que conversou com terceiro, "F.", pedindo que ele gerenciasse no seu lugar essa casa de jogos ilegal no domingo seguinte, e que confirmasse que o fundo de caixa estava completo, demonstrando temor quanto a cobrança que lhe foi feita nesse sentido, pedindo a J. que nada fale quanto a tal para A., a dar conta do relacionamento das três nessa empreitada, ainda pedindo a sua interlocutora que reze em seu favor, para que não seja verificada a caixa.

A apreensão de cartas em nome de **L.E.P.** nas casas de J. e **A.P.B.** (fls. 3939), reforça a convicção quanto ao envolvimento dos três na prática do crime de lavagem de capitais.

As degravações telefônicas de **R.S. de S.** com sua mãe, de fl. 346, denotam sua ligação, mais uma vez, com o jogo e com **L.E.P.**, citado nominalmente numa delas.

A fl. 347, **R.S. de S.** dialoga com **L.A.J.**, quanto ao recolhimento do lucro obtido com essa atividade criminosa.

Sintomático o diálogo entre A. e uma mulher não identificada, captada a

Acesso ao Sumário

fl. 369 da medida cautelar, na qual ele afirma que W. irá até São Paulo para se encontrar com alguém que posteriormente ajustará as máquinas caça-níqueis em operação em São Vicente, o que vai de encontro à conversação transcrita as fls. 366/367, inclusive quanto a valor em numerário, de R$ 40.000,00.

Conforme outra degravação, em 18/07/2018, o corréu **D.M.P.**, falando com uma mulher não identificada, determina que ela entregue a A., vez que vai passar um carro previamente identificado por esse interlocutor, R$ 3.000,00, (fl. 768), nos prédios na Rua ..., número ..., e Rua ..., número ..., em Santos, locais onde ocorreram diligências policiais, sendo que no da Rua ... foram apreendidos vários comprovantes da pessoa jurídica **D.M.P.**, CNPJ ..., ativa desde 2014, sem recolher impostos, conforme a Fazenda, entre junho desse ano e junho de 2015, estando essa firma registrada em endereço inexistente, tendo a empresa de cartões de crédito informado que o terminal disponibilizado a essa pessoa jurídica estava instalado há anos justamente no bingo da Rua ..., número ..., em São Vicente, tendo O. sido encontrado no endereço dessa diligência, quando de tal.

Por derradeiro, o documento reproduzido a fl. 3965, destacado na medida cautelar inominada, demonstra, efetivamente, que no endereço já citado, local usado por **A.G.M.J.** para administrar o grupo, sito na Rua ..., há dados de conta bancária de **O.B. da S.**, de maneira a fechar o círculo, a denotar sua plena coautoria na empreitada, fornecendo subsídios para a lavagem de dinheiro em questão.

Sobre o crime em questão, da Lei nº 9.613, preleciona Ricardo Antônio Andreucci:

"Existem inúmeras técnicas de lavagem de dinheiro que se modernizam com o passar do tempo e com o incremento de novas tecnologias, buscando impedir ou dificultar a sua constatação.

Entretanto, ainda subsistem os métodos mais comuns e antigos, tais como: 1) mescla (*commingling*) - o agente da lavagem mistura seus recursos com os recursos legítimos; 2) empresa de fachada - entidade legalmente constituída que participa ou aparente participar de negócios lícitos, mas possui como escopo a lavagem de dinheiro; 3) contrabando de dinheiro, ou seja, transporte físico do dinheiro. Existem, ainda, outras técnicas de lavagem, mencionadas por Marco Antônio de Barros (Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 25), tais como cheques administrativos, cheques pessoais, cyber pagamentos, cyber moeda e cyber cheques, ordens de pagamento, transferência eletrônica de fundos, compra e venda em bolsas de mercadorias, movimentação de capital com cartão de crédito, (...), loterias e bingos" (*in* Legislação Penal Especial, 13ª Edição, Saraiva, p. 481, 2018, São Paulo).

Diante desse cenário, portanto, robusta a demonstração da prática da contravenção em questão, reiteradas vezes, pelos imputados, e do crime, não ha-

Acesso ao Sumário

vendo mínima demonstração de que D. acreditasse que os recursos que recebia eram provenientes de trabalho honesto árduo, nem que A. tenha agido com falta de "comportamento voluntário pessoal para praticar contravenção", mostrando-se patente, ainda, a coautoria de J., diretamente, na arrecadação dos valores ilícitos, no cassino clandestino que administrava, de forma continuada, a denotar, portanto, que confissão alguma incidiu na espécie, senão versão exculpatória editada, na qual procurou fazer crer tratar-se de mera empregada em situação informal, sem registro, que lá comparecia ocasionalmente, apenas para atividade menor, de recepcionista, designada também para efetuar as pagas devidas aos frequentadores.

A coautoria de **W.R.G.F.** na associação que mantinha com **L.A.J.** nos cassinos clandestinos foi destacada em toda argumentação acima já referida, o mesmo se dando com **L.A.J.** e sua filha **A.G.M.J.**.

As reprimendas foram estabelecidas corretamente, havendo **W.R.G.F.** que ser igualmente declarado culpado da prática, em continuidade delitiva, da contravenção do artigo 50, da LCP, e do crime do artigo 1º, *caput* e § 4º, da Lei nº 9.613/98, com fixação das suas reprimendas básicas, com relação a contravenção, em sete meses de prisão simples, mais a paga de vinte e três dias-multa, diante do número de estabelecimentos explorados juntamente com o corréu **L.A.J.**, e quanto ao crime, em três anos de reclusão, além do pagamento de dez dias-multa, mantidas nesses patamares na etapa subsequente, à míngua de circunstâncias agravantes, ou atenuantes.

Na derradeira fase, deve ser reconhecida a continuidade delitiva quanto a contravenção, e a causa de aumento atinente a reiteração das condutas, prevista no § 4º, do artigo 1º, da Lei Especial, exasperando-se as reprimendas da contravenção em 2/3, pelo número de investidas praticadas, e em 1/3 as do crime, considerando-se que, embora reiteradas as condutas por período de tempo prolongado, não se tem nos autos estimativa do seu número, de forma a justificar a exasperação máxima pretendida pelo *Parquet*, quanto a tal.

Quanto aos demais réus, as reprimendas não merecerem reparos.

O regime prisional inicial deve ser o aberto para a contravenção penal, e também para o delito previsto na Lei nº 9.613/98, dada a primariedade dos réus e a natureza dessas imputações.

Observando-se o teor da r. manifestação de fl. 3875, *in fine*, da Procuradoria de Justiça, e levando-se em consideração que a última contravenção elencada na denúncia de 30/08/2018, que o recebimento dessa peça ocorreu em 11/09/2018, que a r. sentença foi publicada em 15/10/2019, e que os embargos de declaração quanto a ela ajuizados não foram recepcionados em 12/02/2020, além do que o primeiro recurso de apelação foi interposto em 19/02/2020, tem-se que incidiu, na espécie, a prescrição intercorrente para todos os apelantes, quanto a parte da imputação atinente ao artigo 50, *caput*, do Decreto-lei nº

Acesso ao Sumário

3.688/41, por várias vezes, na forma do artigo 70, do Código Penal, daí porque, a teor do que dispõe os artigos 109, VI e 110, *caput*, do Estatuto Repressivo, assim há que ser considerado.

Isto posto, não conhecida a questão preliminar arguida, no mérito dá-se provimento parcial ao apelo ministerial, desprovendo-se os defensivos ajuizados em prol de **R.M.B., A.G.M.J., L.A.J., R.S. de S., D.M.P., A.P.B., J.S. de P.B., O.B. da S. e L.E.P.**, para que, para todos, fiquem mantidas as penas estabelecidas para os delitos reiterados na forma do artigo 1º, *caput* e § 4º, da Lei nº 9.613/98, ficando **W.R.G.F.** condenado ao cumprimento de 04 (quatro) anos de reclusão, mais a paga de 13 (treze) dias-multa, valorados como na sentença, também por incurso nas penas do artigo 1º, *caput* e § 4º, da Lei nº 9.613/98, e ao cumprimento de 11 (onze) meses e 20 (vinte) dias de prisão simples, por infração aos ditames do artigo 50, da Lei de Contravenções Penais, ambos em regime prisional inicial aberto, julgando-se extinta a punibilidade de todos os corréus com relação a contravenção penal prevista no artigo 50, do Decreto-lei nº 3.688/41, com fulcro nos artigos 109, VI e 110, *caput*, ambos do Código Penal.

Observa-se que na r. sentença não foram aplicadas penas de multa, quer para o crime recepcionado, quer para a contravenção, para os demais condenados, sem inconformismo ministerial quanto a tal, todavia tal se deu neste Aresto, nos termos da lei, para o condenado **W.R.G.F.**.

Após o trânsito em julgado, observe-se pelo MM. Juiz, o cumprimento, por todos os condenados, das penas corporais no regime prisional inicial aberto estabelecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1501428-26.2021.8.26.0189, da Comarca de Fernandópolis, em que é apelante C. A. G. C., 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 de apelação interposto por C.A.G.C., mantida, na íntegra, a sentença proferida. V.U. Sustentou oralmente o advogado, dr. Roberto Eliezer Cicilio Júnior, 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 33.458)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ALEX ZILENOVSKI (Presidente), ROBERTO SOLIMENE e LUIZ FERNANDO VAGGIONE.

Acesso ao Sumário

São Paulo, 20 de maio de 2024.
ALEX ZILENOVSKI, Relator

Ementa: <u>PRELIMINAR – NULIDADE - Não ocorrência -</u> A Defesa pleiteou seja reconhecida a nulidade do laudo psicossocial e do depoimento especial. O Juízo de origem, em três oportunidades, manifestou-se acerca da alegada nulidade do documento elaborado pelas Experts, afastando, assim, à alegada nulidade e eventual cerceamento de defesa levantada pelo combativo Defensor. Portanto, não há se falar que o Juízo não apreciou o pleito defensivo. Ademais, sobre a mesma matéria, a Defesa impetrou o *habeas corpus* nº 2038641-23.2023.8.26.0000. Esta Colenda 2ª Câmara de Direito Criminal, por Acórdão datado de 10 de abril de 2023, denegou a ordem. Precedentes do Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

<u>ESTUPRO DE VULNERÁVEL</u> - Autoria e materialidade devidamente comprovadas. Não se olvida que, pelo teor dos depoimentos colhidos sob o crivo do contraditório, há entre o pai e mãe da vítima, desavenças, inclusive no que diz respeito à guarda da ofendida, que atualmente é do pai.

Porém, estes desentendimentos e rusgas não são suficientes para afastar a responsabilidade criminal do apelante.

Isso porque a vítima, como se denota do seu depoimento especial gravado, bastante emocionada, relatou que, em diversas oportunidades, o réu, somente de cueca, no período da tarde, enquanto sua genitora não se encontrava na residência, deitava-se na cama, colocando a ofendida em cima dele e ficava se esfregando, dizendo, ainda, que isso era uma forma de carinho e que não poderia contar para ninguém sobre o ocorrido, caso contrário a agrediria (vítima) e agrediria a sua genitora. O réu também dizia que isso era um segredo entre eles.

Não há nos autos indícios de que a vítima tenha sido estimulada ou incentivada a inventar tais fatos, com o intuito de, injustamente, incriminar o apelante, em troca de bens materiais.

Acesso ao Sumário

Nada mais normal do que um pai, que possui condições, dar presentes e conforto à filha.
Não há como afastar a credibilidade da palavra da vítima, que, em casos desses jaez, merece relevância, especialmente quando não trazidos aos autos elementos concretos que afastem a sua veracidade ou credibilidade.
DOSIMETRIA - Na primeira fase da dosimetria, a pena básica foi fixada no mínimo legal previsto, consistente em 08 anos de reclusão.
Na segunda fase, não foram consideradas circunstâncias modificadoras.
Na terceira fase da dosimetria, a pena foi majorada, com fundamento no artigo 226, inciso II, do Código Penal. Porém, apesar de o Juízo de origem aplicar o aumento de ½ (metade), fixou a reprimenda em 09 anos e 04 meses de reclusão, de modo que deixo de corrigir a sentença, a fim de evitar reformatio *in pejus*, já que não houve recurso ministerial.
Ainda na terceira fase dosimetria, levando em conta o elevado número de condutas praticadas pelo apelante, tendo a vítima esclarecido que isso ocorria todos os dias, adequada a majoração da pena de mais 2/3 (dois terços), ancorando a reprimenda em 15 (quinze) anos, 06 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão.
O regime fechado é o único compatível no caso concreto, diante da hediondez do crime e do *quantum* fixado.
Posto isto, NEGA-SE PROVIMENTO ao recurso de apelação interposto por C.A.G.C., mantida, na íntegra, a sentença proferida.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Adotado o relatório da r. sentença atacada (fls. 359/369), e embargos de declaração de fls. 378/379, acrescenta-se que **C.A.G.C.** foi condenado como incurso no artigo 217-A, c.c. artigo 226, inciso II, na forma do artigo 71, caput, todos do Código Penal, ao cumprimento de pena privativa de liberdade de 15 (quinze) anos, 06 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, no regime inicial fechado.

A Defesa, em suas razões de recurso (fls. 391/404), preliminarmente,

pleiteou seja reconhecida a nulidade do laudo psicossocial e do depoimento especial. No mérito, requereu a absolvição por insuficiência de provas. Por fim, pleiteou a desclassificação para o delito previsto no artigo 215-A, do Código Penal, o afastamento da continuidade delitiva e a fixação do regime inicial aberto.

As contrarrazões foram apresentadas (fls. 410/412).

A DD. Procuradoria de Justiça ofereceu o seu parecer (fls. 421/431).

É o relatório.

A preliminar arguida não comporta guarida.

Em síntese, a Defesa sustenta que não foram observadas, quando da elaboração do laudo psicossocial, as recomendações impostas pelo Conselho Federal de Psicologia. Aduz que não houve esclarecimento quanto ao procedimento adotado pelas Experts, e qual o tipo de entrevista foi adotado, o que impediu contraprova por parte do assistente técnico contratado pelo apelante.

Juntou a Defesa o parecer de fls. 208/236. O Expert contratado pela Defesa, em síntese, aduz que o laudo fornecido ao Juízo não observou os rigores formais impostos pelo Conselho Federal de Psicologia, sugerindo, inclusive que a psicóloga nomeada pelo Juízo poderia ter cometido falta ética, já que seriam imprescindíveis a identificação, a descrição da demanda, o procedimento adotado e a conclusão. Também sustenta que o documento não esclareceu quantas entrevistas foram realizadas pelas Experts. Assevera o Expert contratado pela Defesa que as declarações da vítima podem estar maculadas por falsas memórias ou distorções de acontecimentos reais e, até mesmo, que os fatos tenham se iniciado em virtude de conflitos familiares. Concluiu o Expert que foram constatadas falhas na elaboração do documento, o que pode ter redundado em contaminação do depoimento da vítima e que não há como garantir a credibilidade das declarações da ofendida.

As questões relacionadas às apontadas irregularidades no documento apresentado pela Expert nomeada pelo Juízo, foram levantadas pelo causídico em defesa preliminar, oportunidade em que o Juízo de origem fundamentou que: *"Inicialmente, não há que se falar em NULIDADE DE LAUDO PSICOLÓGICO, eis que a peça que a Defesa ora chama de LAUDO, em verdade, é apenas um RELATÓRIO do Setor Técnico, relatório este não obrigatório, ou seja, poderia, inclusive, ser dispensado, servindo como peça de orientação ao próprio Setor Técnico para a realização da oitiva do(a) menor, em depoimento especial. Assim, se se trata de um relatório dispensável, não obrigatório nos autos, e não tendo força de laudo, não há que se falar em vício formal"*.

A Defesa, então, protocolou nos autos o parecer do Expert contratado pelo apelante (fls. 208/236), acima mencionado, oportunidade em que o Juízo *"a quo"* fundamentou que: *"O Magistrado que apreciou a insurgência da Defesa afastou, à ocasião, a alegação de nulidade na decisão proferida às fls. 168/170, sob o fundamento de que o referido laudo se tratava, em verdade, de*

Acesso ao Sumário

relatório não obrigatório, não havendo que se falar, portanto, em vício formal".

Novamente, em alegações finais, a questão acerca da não observância das recomendações do Conselho Federal de Psicologia foi trazida à baila. O Juízo de origem, quando da sentença condenatória, fundamentou que *"A questão relativa à nulidade do relatório psicossocial já foi dirimida por meio da decisão de fls. 168/170, que ora se reitera".*

Ou seja, o Juízo de origem, em três oportunidades, manifestou-se acerca da alegada nulidade do documento elaborado pelas Experts, afastando, assim, à alegada nulidade e eventual cerceamento de defesa levantada pelo combativo Defensor.

Portanto, não há se falar que o Juízo não apreciou o pleito defensivo.

Ademais, sobre a mesma matéria, a Defesa impetrou o *habeas corpus* nº 2038641-23.2023.8.26.0000.

Esta Colenda 2ª Câmara de Direito Criminal, por Acórdão datado de 10 de abril de 2023, denegou a ordem.

Constou no V. Acórdão que:

> *"Com efeito, nos estreitos limites deste remédio constitucional, o apontamento de vícios formais no documento elaborado pelo setor técnico social e psicológico (fls. 18/22 dos autos do Processo nº 1001488-22.2022.8.26.0189), independentemente de sua nomenclatura, não tem o condão de macular a ação penal, eis que é mesmo prescindível para o deslinde processual.*
>
> *Assim caminha a jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça:*
>
> > *AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIMES DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL E SATISFAÇÃO DE LASCIVIA NA PRESENÇA DE CRIANÇA OU ADOLESCENTE PRATICADO EM CONCURSO DE PESSOAS (MÃE E AVÔ) (ARTS. 217-A E 218-A C/C ART. 226, I E II, DO CP). VIOLAÇÃO AO ART. 619 DO CPP.* ***OMISSÃO INEXISTENTE. NULIDADE. LAUDO PSICOLÓGICO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA.*** *DOSIMETRIA. PENA-BASE. ILEGALIDADES. HABEAS CORPUS, DE OFÍCIO.*
> >
> > *1. Inexiste omissão quando o acórdão recorrido aprecia as teses defensivas com base nos fundamentos de fato e de direito que entendeu relevantes e suficientes à compreensão e à solução da controvérsia.*
> >
> > *2. Resolvida a questão com fundamentação satisfatória, embora se tenha firmado entendimento em sentido contrário ao da defesa, acaso a parte não se conforme com as razões declinadas ou considere a existência de algum equívoco ou erro de julgamento, não*

Acesso ao Sumário

são os embargos, que possuem função processual limitada, a via própria para impugnar o julgado ou rediscutir a causa.
3. Não há que se falar em nulidade, ao argumento de não ter sido oportunizada manifestação acerca do laudo psicológico da vítima. De acordo com o acórdão recorrido, o laudo e o relatório psicológico, à época da instrução processual, já estavam anexados aos autos, disponíveis, portanto, para consulta das partes.
4. Ademais, laudos e/ou relatórios psicológicos realizado na vítima são normalmente confeccionados para avaliar os danos sofridos com o abuso sexual, não constituindo prova obrigatória, nem imprescindível para a comprovação do delito ou de sua materialidade, constando, ainda, dos autos que o decreto condenatório não se baseou exclusivamente nos referidos laudos/relatórios, mas sim em um conjunto probatório firme e conclusivo, corroborado por toda a prova oral colhida durante a instrução.
5. Reconhecida as majorantes dos incs. I e II, do art. 226 do Código Penal, que prevêem, respectivamente, o aumento de 1/4 (um quarto) para o crime cometido em concurso de 2 (duas) ou mais pessoas, e de 1/2 (metade) quando o agente for ascendente da vítima, deve ser extirpada a valoração negativa de circunstâncias judiciais com base nos mesmos fundamentos sob pena de bis in idem.
6. Agravo regimental a que se nega provimento. Concessão de habeas corpus, de ofício, para o fim de reduzir a pena da recorrente para 21 (vinte e um) anos e 7 (sete) meses de reclusão.
(AgRg no AREsp 1771179/PR, Quinta Turma, Rel. Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA, j. em 22/06/2021, DJe 25/06/2021) (Grifos da reprodução)
(...)

Como se constata, inclusive com supedâneo em julgamentos dos Tribunais Superiores, os laudos e relatórios realizados na vítima são normalmente confeccionados para avaliar os danos sofridos com o abuso sexual, não constituindo prova obrigatória, nem imprescindível para a comprovação do delito ou de sua materialidade.

Dessa forma, não vislumbrando cerceamento de defesa ou ofensa ao princípio do contraditório, afasta-se a alegação de nulidade arguida em preliminar.

Passa-se, assim, à análise do mérito.

Consta na denúncia que, entre os anos de 2015 e 2016, em datas exatas não esclarecidas, por diversas vezes em dias distintos, na residência nº ... da Av. ..., Jd. Paulista, C.A.G.C. praticou, de forma continuada, ato libidinoso com sua enteada, Y.C.B., menor de 14 anos.

A vítima, em Juízo, disse que está bem melhor, uma vez que o seu pai

Acesso ao Sumário

conseguiu a sua guarda e tinha medo de voltar a morar com a sua mãe. Inicialmente, a psicóloga informou à declarante que esta precisava dizer somente a verdade e que poderia dizer que não se lembrava de algo caso realmente não soubesse responder à pergunta. Disse que atualmente está fazendo cursos de informática. Disse que também fez um curso para sobrancelha. Disse que atualmente mora com o seu pai e com a sua avó. Disse que já morou com a mãe e o padrasto, com uma tia e com a bisavó. Disse que o relacionamento com a sua mãe era bom quando ela (mãe) estava de bom humor, mas que não era bom o relacionamento quando sua mãe estava de mau humor. Disse que o relacionamento onde mora hoje é maravilhoso. Disse que não se recorda exatamente a idade que tinha quando os fatos ocorreram, mas acredita que tinha uns sete ou oito anos. Disse que a sua mãe trabalhava e a declarante estudava à tarde. Disse que a sua mãe na época não vinha almoçar em casa. Disse que almoçava com o padrasto, e geralmente a declarante ficava deitada assistindo à televisão até o padrasto chegar para almoçar, e as coisas aconteciam no horário do almoço. Disse que costumava ficar à vontade em casa e como não tinha *"nada de corpo"* ficava só de calcinha. Disse que eles almoçavam juntos e, depois, o réu colocava a declarante em cima dele, que ficava de cueca e começava a esfregar a declarante em cima dele. Disse que o réu ficava deitado, colocava a declarante sentada em cima dele. Disse que era muito pequena e achava aquilo normal. Disse que o réu chamava isso de abraço gostoso e que dizia que não era para contar para ninguém, pois ele iria bater na mãe da declarante e na declarante. Disse que não tinha ideia do que era aquilo, pois sua mãe nunca havia conversado a respeito. Disse que achava que aquilo era coisa de pai e filha. Disse que isso ocorria todos os dias. Disse que não se recorda quanto tempo durou tudo isso. Disse que o réu falava que não era para contar para ninguém. Disse que, quando tinha 13 anos, que foi ano passado, ficava pensando no que ocorria e começou a perceber que aquilo não era normal. Disse que nunca havia contado isso para ninguém. Disse que ficava pensando nisso. Disse que foram ao Conselho Tutelar e disseram que seria difícil sair da casa da sua mãe, caso não houvesse uma razão, ou algum tipo de agressão. Disse que já estava pensando nos fatos que ocorreram e resolver contar tudo, pois não confiava mais no réu. Disse que não se lembra quantos anos tinha quando esses atos pararam. Disse que percebia que o réu olhava de uma forma anormal para a declarante. Disse que sempre ficava lembrando do que acontecia e sentiu necessidade de contar tudo. Disse que contou para os fatos ao agente do Conselho Tutelar. Disse que foi à Delegacia e que a sua mãe mandou um áudio para o pai da declarante, dizendo que ele (pai da declarante) estava colocando um monte de coisas na cabeça da declarante e que nesse dia a vítima nem conseguiu dormir. Disse que a sua mãe não acredita na declarante e acha que está mentindo. Disse que falou para a sua mãe que tem certeza de que esses fatos ocorreram. Disse que o réu segurava na cintura da declarante e ficava

Acesso ao Sumário

esfregando nele. Disse que, conforme foi crescendo, os olhares do réu começaram a incomodar a declarante. Disse que o réu falava que era um segredo. Disse que começou tratamento com psicóloga e estava indo duas vezes na semana, depois uma vez por semana e passou por sessões de quinze em quinze dias, pois estava bem melhor, e atualmente não sente falta do tratamento psicológico e que consegue fazer as técnicas recomendadas pela psicóloga. Disse que foi ficando cada vez mais ansiosa, chorava do nada e começava a tremer antes do tratamento. Disse que está bem melhor atualmente.

M.U.B., pai da vítima, ouvido como informante, afirmou em Juízo que no dia 12 de julho de 2021 ficou sabendo dos fatos. Disse que via que a vítima não estava contente em ir para a casa da mãe, mas não sabia o real motivo. Disse que estava querendo solicitar a guarda da vítima e foram no conselho tutelar para ver o que poderia ser feito. Disse que, nesse dia, ao entrar no carro com a vítima, esta relatou tudo o que ocorria, chorando. Disse que foram à Delegacia. Disse que a vítima narrou que o réu ficava de cueca e se esfregava na vítima. Disse que a vítima afirmou que não havia penetração e que a vítima não disse antes, porque não tinha coragem. Disse que a vítima tinha uns nove anos de idade quando os fatos ocorriam. Disse que moravam naquela casa a mãe da vítima, o padrasto e a avó da ofendida. Disse que quando ficou sabendo dos fatos ainda estava começando a procurar informações de como obter a guarda da filha. Disse que tentou a guarda da filha, conversando com a mãe da vítima, mas não tinha acordo e por isso pretendia conseguir a guarda judicialmente. Disse que não há qualquer motivo para que a vítima imputasse esses fatos ao réu. Disse que a vítima não mentiria. Disse que a vítima afirmou ao depoente que a mãe não estava acreditando nela. Disse que a vítima contou tudo quando tinha treze anos de idade e passou a fazer tratamento psicológico. Disse que após a notícia dos fatos o depoente e a mãe da vítima se afastaram. Disse que foi ao conselho tutelar, e, após obter as informações, quando já estava indo embora, no carro, a vítima narrou o que havia ocorrido, razão pela qual retornou para conversar com o atendente. Disse que não levou a vítima para fazer exame, pois não foi notificado a respeito.

C.J.C., atual esposa do réu, e ex-esposa de M.U.B., ouvida na condição de informante, em Juízo, disse que só tiveram uma filha (a depoente e M.U.B.), ora vítima. Disse que separou-se de M.U.B. de 2015 para 2016. Disse que quando separou-se de M.U.B., a vítima morou cerca de um mês com ele (M.U.B). e depois a ofendida foi morar com a depoente. Disse que não tem conhecimento dos fatos e ficou sabendo dos fatos somente após a notícia no conselho tutelar. Disse que a vítima nunca contou nada à depoente e eles tinham um bom relacionamento. Disse que a relação da depoente com o pai da vítima nunca foi boa, pois ele sempre quis a guarda dela. Disse que ficou sabendo dos fatos num domingo, quando pediu para ela voltar para casa. Disse que segunda ligou de novo para a

Acesso ao Sumário

vítima e ela não respondeu. Disse que ficou sabendo do ocorrido na delegacia de polícia. Disse que não conversou com a vítima sobre os fatos, pois ficou muito assustada com tudo e não teve coragem de falar com a sua filha. Disse que o réu nega os fatos. Disse que o pai da vítima sempre tentou atingir a depoente, mas nunca imaginou que o pai da vítima fosse atingir a depoente usando outra pessoa. Disse que o pai comprou a vítima, dando presentes, iphone, e por isso é mais conveniente para a vítima morar com o pai em troca de bens materiais. Disse que passou a morar com o réu de 2015 para 2016. Disse que quando começou a morar com o réu, a depoente não trabalhava e ela era quem preparava o almoço e o jantar. Disse que a Y.C.B. não ficava sozinha com o réu no horário de almoço e a depoente estava sempre presente. Disse que voltou a trabalhar em 2018. Disse que a vítima sempre teve carinho com o réu e que nunca houve qualquer reclamação da vítima. Disse que sempre explicava para a vítima questões relacionadas a sexo e comportamento. Disse que em razão dessa acusação, a depoente perdeu a guarda da vítima. Disse que a vítima afirmou que queria dançar em sua festa de quinze anos com o pai dela e com o réu. Disse que após M.U.B. montar o quarto para a vítima, na casa dele, começou todo o problema. Disse que a vítima não aceitava quando não podia ter as coisas que desejava. Disse que a vítima voltava da casa de M.U.B. quieta e não conseguiam conversar. Disse ter certeza de que a vítima foi manipulada. Disse que a vítima afirmou que gostaria que o réu e outro familiar fossem ao batismo dela (da vítima). Disse que era agredida por M.U.B. enquanto estavam casados e que ele era agressivo. Disse que sempre teve medo de M.U.B. e que nunca relatou à polícia por medo dele.

C.J.W., testemunha da Defesa, ouvida em Juízo como informante, disse que é cunhada do réu. Afirmou que frequentava a residência do acusado e da mãe da vítima e que a depoente era apegada à vítima. Disse que perdeu contato com a ofendida após ela ir morar com o pai. Disse que a ofendida contaria à depoente qualquer abuso que tivesse sofrido. Disse que o réu e a mãe da vítima são boas pessoas e que nunca presenciou a ofendida acuada ou com medo da presença do réu. Disse que a vítima é uma pessoa quando está com a família da depoente e outra pessoa quando está com o pai. Disse que M.U.B. dava tudo à vítima e, por essa razão, ela queria morar com ele. Disse que M.U.B. era violento e já ameaçou a depoente, já tendo visto ele armado. Disse que suas filhas têm contato com o réu e que ele é uma pessoa maravilhosa. Disse que as suas filhas nunca relataram algo diferente quando à conduta do réu.

L.J.N., ouvida em Juízo como informante, disse, que é amiga do acusado há mais de dez anos. Disse que frequenta a residência dele e nunca viu a vítima com receio do réu. Disse que a ofendida nunca relatou situação estranha com o relação ao réu. Disse que o réu tratava a vítima como filha.

C., interrogado em Juízo, disse que pretende responder somente às per-

Acesso ao Sumário

guntas formuladas pelo seu advogado. Disse que os fatos não são verdadeiros. Disse que conheceu a mãe da vítima na igreja, enquanto ela ainda mantinha relacionamento com M.U.B. Disse que até 2020, residiam na residência a avó da mãe da vítima e uma tia da mãe da ofendida, além do interrogando e da vítima. Disse que a mãe da vítima não trabalhava à época em que foram morar juntos e ela era quem cuidava da casa, do almoço e que almoçavam juntos todos os dias. Disse que a mãe da vítima voltou a trabalhar em 2018. Disse que a vítima não aceitava o relacionamento do interrogando com a mãe dela, mas com o tempo melhorou e tratava a vítima como se fosse pai dela. Disse que a vítima era muito birrenta e não aceitava quando não possuía o que queria. Disse que M.U.B. casou-se posteriormente com a ex-esposa do interrogando. Disse que M.U.B. usou a própria filha para prejudicar o interrogando e a mãe da vítima. Disse que tudo isso está ocorrendo por vingança. Disse que M.U.B. comprou a vítima para relatar o ocorrido.

Pois bem.

Consta nas considerações finais do apenso (relatório social e psicológico), subscrito pela psicóloga e pela assistente social, que *"Estudo realizado com o objetivo de instruir a presente ação. Para a elaboração foram realizadas leitura dos autos, agendamento das entrevistas, entrevistas presenciais com o genitor e com a adolescente e pesquisa do histórico da família no Setor Técnico para conhecimento da realidade familiar, social e comunitária da família e aproximação com Y. para a realização do depoimento especial. Pelo verificado no presente estudo social e psicológico, Y. continua residindo junto ao pai e à avó paterna, onde possui convivência familiar e comunitária compatível a sua idade e ao seu desenvolvimento. Assim como o pai proporciona atenção à saúde mental da filha por meio de terapia com psicólogo. A adolescente afirma que no lar paterno se sente acolhida, pertencente e é atendida em suas necessidades diárias. Em entrevista com a adolescente, explicamos a metodologia do depoimento especial e Y. atendeu os requisitos para a participação na audiência, apresentando compreensão, capacidade e disponibilidade para sua efetivação. Solicitou que o investigado não assista ao seu depoimento"*.

Como se constata, as provas são robustas e autorizam a manutenção da condenação.

Não se olvida que, pelo teor dos depoimentos colhidos sob o crivo do contraditório, há entre o pai e mãe da vítima, desavenças, inclusive no que diz respeito à guarda da ofendida, que atualmente é do pai.

Porém, estes desentendimentos e rusgas não são suficientes para afastar a responsabilidade criminal do apelante.

Isso porque a vítima, como se denota do seu depoimento especial gravado, bastante emocionada, relatou que, em diversas oportunidades, o réu, somente de cueca, no período da tarde, enquanto sua genitora não se encontrava na

Acesso ao Sumário

residência, deitava-se na cama, colocando a ofendida em cima dele e ficava se esfregando, dizendo, ainda, que isso era uma forma de carinho e que não poderia contar para ninguém sobre o ocorrido, caso contrário a agrediria (vítima) e agrediria a sua genitora. O réu também dizia que isso era um segredo entre eles.

Não há nos autos indícios de que a vítima tenha sido estimulada ou incentivada a inventar tais fatos, com o intuito de, injustamente, incriminar o apelante, em troca de bens materiais.

Nada mais normal do que um pai, que possui condições, dar presentes e conforto à filha.

Não há como afastar a credibilidade da palavra da vítima, que, em casos desses jaez, merece relevância, especialmente quando não trazidos aos autos elementos concretos que afastem a sua veracidade ou credibilidade.

Aliás, como bem ressaltou o Juízo sentenciante, *"Veja-se que, mesmo após acompanhamentos por equipes psicossociais diversas, não se evidenciaram quaisquer indícios de que a vítima estivesse mentindo para prejudicar o padrasto ou para favorecer o genitor. Ao revés, demonstrou-se que, após os fatos criminosos, a vítima passou a nutrir sentimento de medo do réu e receio de ter de voltar a residir casa materna..."*.

A conduta do apelante, assim, configura o crime de estupro de vulnerável, independentemente da ligeireza ou da superficialidade da conduta.

Este é o entendimento do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

> *(...)*
>
> ***6. A Terceira Seção desta Corte Superior, no julgamento dos REsp n. 1.959.697/SC, REsp n. 1.957.637/MG, REsp n. 1.958.862/MG e REsp n. 1.954.997/SC, Relator Ministro RIBEIRO DANTAS, ocorrido em 8/6/2022, DJe de 1°/7/2022, sob a égide dos recursos repetitivos, firmou posicionamento no sentido de que, presente o dolo específico de satisfazer à lascívia, própria ou de terceiro, a prática de ato libidinoso com menor de 14 anos configura o crime de estupro de vulnerável (art. 217-A do CP), independentemente da ligeireza ou da superficialidade da conduta, não sendo possível a desclassificação para o delito de importunação sexual (art. 215-A do CP).***
>
> *7. Agravo regimental não provido.*
>
> *(AgRg no AREsp n. 2.217.839/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 7/2/2023, DJe de 13/2/2023.)*

Portanto, quanto à condenação, nada mais precisa ser dito, não se podendo falar em absolvição ou em desclassificação.

Passa-se, então à dosimetria da pena imposta.

Na primeira fase da dosimetria, a pena básica foi fixada no mínimo legal previsto, consistente em 08 anos de reclusão.

Na segunda fase, não foram consideradas circunstâncias modificadoras.

Acesso ao Sumário

Na terceira fase da dosimetria, a pena foi majorada, com fundamento no artigo 226, inciso II, do Código Penal. Porém, apesar de o Juízo de origem aplicar o aumento de ½ (metade), fixou a reprimenda em 09 anos e 04 meses de reclusão, de modo que deixo de corrigir a sentença, a fim de evitar *reformatio in pejus*, já que não houve recurso ministerial.

Ainda na terceira fase dosimetria, levando em conta o elevado número de condutas praticadas pelo apelante, tendo a vítima esclarecido que isso ocorria todos os dias, adequada a majoração da pena de mais 2/3 (dois terços), ancorando a reprimenda em 15 (quinze) anos, 06 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão.

O regime fechado é o único compatível no caso concreto, diante da hediondez do crime e do *quantum* fixado.

Posto isto, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao recurso de apelação interposto por **C.A.G.C.**, mantida, na íntegra, a sentença proferida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500608-92.2022.8.26.0602, da Comarca de Sorocaba, em que são apelantes/apelados ANDRE FARIA PARODI e JORGE ALBERTO GONÇALVES, é apelado/apelante 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: "Rejeitaram a preliminar, negaram provimento à apelação do Ministério Público e deram parcial provimento à apelação dos réus, para substituir a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade, por igual período, e prestação pecuniária no valor de 10 salários-mínimos, mantida, no mais, a r. sentença. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.713)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ALEXANDRE ALMEIDA (Presidente sem voto), GUILHERME G. STRENGER e XAVIER DE SOUZA.

São Paulo, 5 de junho de 2024.

RENATO GENZANI FILHO, Relator

Ementa: <u>APELAÇÕES</u> – Dois réus – Art. 1º, incisos I e II, da Lei nº 8.137/90, por 23 vezes, na forma do art. 71 do Código Penal – Réus condenados a 4 anos de reclusão, em regime inicial aberto, e 19 dias-multa, no valor unitário de 5 salários mínimos – <u>Preliminar</u>

Acesso ao Sumário

– Nulidade da sentença por ausência de fundamentação – Inocorrência – Sentença que afastou as teses da defesa e expôs os fundamentos da condenação e da dosagem das penas, possibilitando o pleno exercício do contraditório em sede recursal – Preliminar afastada – Mérito – Pedido de absolvição – Afastamento – Autorias e materialidades comprovadas – Réus que, na qualidade de sócios administradores de pessoa jurídica, deixaram de recolher e se creditaram indevidamente de ICMS, no total de R$ 3.166.373,63 – Dolo bem evidenciado pelo teor do Auto de Infração de Imposição de Multa, pelo laudo pericial contábil e pela prova oral produzida em Juízo – Omissão no recolhimento do ICMS que se baseou em aplicação indevida de redutores de base de cálculo do tributo em transações cuja legislação fiscal não autoriza o benefício – Ausência, outrossim, do recolhimento do tributo devido em substituição tributária – Provas dos autos e decisão do Tribunal de Impostos e Taxas do Estado de São Paulo que deram conta da flagrante contrariedade das condutas dos réus à legislação fiscal aplicável – Emprego de informações falsas e inserção de inexatos nas escriturações que são elementos da fraude e que enquadram as condutas à figura típica do art. 1º, inciso II, da Lei nº 8.137/1990 – Creditamento indevido configurado pela escrituração de documentos fiscais em duplicidade, inexistência dos documentos fiscais que embasaram o lançamento dos créditos, lançamento de créditos em mercadorias cujo creditamento é expressamente vedado pela legislação de regência, levantamento da totalidade de créditos à vista, em flagrante inobservância do que expressamente dispõe o RICMS, indevida exclusão dos custos de operação de vendas à prazo da base de cálculo do ICMS, e indevida exclusão do ICMS da base de cálculo do próprio imposto, em flagrante inobservância ao que expressamente dispõe a Lei Kandir (LC 87/1996) – Inocorrência de erro isolado e específico, mas de pluralidade de condutas distintas e praticadas ao longo dos anos de 2011 e 2012, sempre em amplo benefício dos recorrentes – Circunstâncias que inviabilizam a conclusão

Acesso ao Sumário

de que os réus agiram com culpa – Posição de sócios administradores da empresa, com poder de controle dos atos de gestão, que evidencia o vínculo dos réus à reiterada sonegação de tributos – Teoria do domínio do fato – Precedentes – Alegação de que os réus se basearam em parecer de consultoria tributária, o que exclui o dolo – Descabimento – Consulta que abordou questões relativas à constitucionalidade de normas tributárias, sem o condão de autorizar os réus a se imiscuírem no recolhimento dos tributos ou de deles se creditarem em desacordo com determinação legal – Acolhimento da tese defensiva que criaria eficiente álibi para exclusão do dolo daqueles que buscam sonegar impostos – Alegação de atipicidade material de algumas condutas – Afastamento – Crime continuado que gerou vultoso desfalque de mais de três milhões de reais aos cofres públicos – Análise isolada dos delitos que igualmente não autoriza o reconhecimento da bagatela, dada a configuração de habitualidade criminosa – Responsabilização que se impõe – Penas – Readequação – Primeira fase – Ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis – Recurso do Ministério Público visando o reconhecimento da conduta social reprovável – Impossibilidade – Pretensão baseada nas demais condenações dos réus, cujas ações penais ainda se encontram em curso – Aludida circunstância judicial que não pode se basear em práticas ilícitas – Tema 1.077 do c. STJ – Penas-bases mantidas em seus mínimos legais (2 anos de reclusão e 10 dias-multa para cada crime) – Segunda fase – Ausência de circunstâncias agravantes ou atenuantes – Penas-bases inalteradas – Terceira fase – Penas intermediárias exasperadas em 1/3 pela causa de aumento do art. 12, inciso I, da Lei nº 8.137/90 (ocasionar grave dano à coletividade) – Possibilidade – Expressivo valor de tributos não recolhidos que autoriza a incidência da causa de aumento – Precedentes – Fração de aumento fixada no mínimo legal – Alegação de que a causa de aumento não foi capitulada na denúncia – Irrelevância – Réu que se defende dos fatos descritos na peça acusatória, e não da capitulação jurídica dada ao fato

Acesso ao Sumário

– Precedentes – Exasperação de 1/2 pela continuidade delitiva – Manutenção – Fração módica frente ao número de crimes cometidos (ao menos 23 atos) – Ausência de recurso do Ministério Público neste ponto – Alegação de bis in idem – Afastamento – Causa de aumento que baseou no dano à coletividade em razão do montante de imposto sonegado (critério valorativo) – Continuidade delitiva que se baseou na quantidade de crimes cometidos (critério quantitativo) – Penas definitivas mantidas em 4 anos de reclusão e 19 dias-multa para cada réu – Pena pecuniária fixada no valor unitário de 5 salários-mínimos – Manutenção – Sentença bem fundamentada neste ponto – Altos lucros da empresa e expressivo proveito econômico obtido pela prática do crime que justificam o valor da pena – Precedente – Hipossuficiência para adimplemento da multa que pode ser discutida perante o Juízo da Execução – Tema 931 do STJ – Regime aberto bem fixado em razão do "quantum" da pena corporal e da primariedade dos réus – Possibilidade, contudo, de substituição das penas privativas de liberdade por duas penas restritivas de direitos – Presença dos requisitos do art. 44 do Código Penal – Penas privativas que comportam substituição por prestação de serviços à comunidade, por igual período, e prestação pecuniária no valor de 10 salários mínimos – Precedentes – Rejeitada a preliminar, apelação do Ministério Público não provida e apelação dos réus parcialmente provida, nos termos do Acórdão.

VOTO

Vistos.

Trata-se de apelações interpostas pelo **Ministério Público do Estado de São Paulo** e pelos réus **André Faria Parodi** e **Jorge Alberto Gonçalves**, em face da r. sentença de fls. 4.945/4.949, complementada à fl. 4.959, que **julgou procedente** a pretensão punitiva, condenando ambos os réus à pena de **4 anos de reclusão, em regime inicial aberto, e 19 dias-multa, no valor unitário de 5 salários mínimos**, por incursos nas sanções **do art. 1º, incisos I e II, da Lei nº 8.137/90, por 23 vezes, na forma do art. 71 do Código Penal.**

O **Ministério Público** pugna (fls. 4.963/4.966) pela reforma do julgado, sustentando, em suma, que os réus, embora tecnicamente primários, ostentam

outras condenações por idênticas infrações penais, o que deve justificar a elevação das penas-bases pela circunstância judicial de conduta social reprovável e, como consequência, o regime inicial de cumprimento da pena corporal deve ser agravado para o semiaberto.

Requer seja dado provimento ao recurso, para que as penas sejam majoradas e para que o regime inicial seja agravado para o semiaberto.

Os réus, por suas vezes, pugnam (fls. 5.001/5.046) preliminarmente pela anulação da sentença em virtude da ausência de fundamentação, que se baseou em meras generalidades, inviabilizando a compreensão da figura típica, do dolo quanto às figuras imputadas e da responsabilização dos réus.

No mérito sustentem, em síntese, que: as provas produzidas são insuficientes para responsabilizá-los pelo crime que lhe são atribuídos na denúncia; há apenas o auto de infração lavrado em 2014 pela Agente Fiscal de Rendas, a qual, ouvida em Juízo, apenas reproduziu o conteúdo do documento, de modo que a condenação viola o disposto no art. 155 do Código de Processo Penal; não há qualquer prova do dolo na dita supressão de tributos, seja por omissão de informações, seja por fraude, motivo pelo qual a conduta imputada é atípica; houve a ostensiva escrituração contábil das operações tributárias, o que é incompatível com a alegada fraude; o Tribunal de Impostos e Taxas do Estado de São Paulo afirmou categoricamente que não vislumbrou qualquer engodo da pessoa jurídica na tentativa de omitir documentos; o inadimplemento dos tributos decorreram de divergência interpretativa das normas que regem as relações jurídico-tributárias, o que não configura crime; antes do oferecimento da denúncia o Ministério Público requereu a elaboração de laudo pericial contábil para entender qual seria a fraude empregada, sendo certo que o laudo restou inconclusivo sobre essa elementar; as imputações feitas aos réus podem ser agrupadas em erros no cálculo do valor do tributo, inadimplemento tributário e creditamento indevido de ICMS; a própria sentença admitiu que houve erro na base de cálculo do tributo e indicação errônea de valor na guia de recolhimento especial, o que não pode sustentar a condenação, pois erro não é fraude; a sentença também indicou que houve inadimplemento de tributo, o que igualmente não configura, por si só, fraude; a sentença não apontou o porquê de os creditamento de tributos serem indevidos, decorrentes de fraude, omissão ou declaração falsa; além disso, os valores individualmente considerados são inferiores àqueles passíveis de configurar crime contra a ordem tributária, conforme jurisprudência deste Tribunal; os valores não perfazem nem 3% do piso de 1.200 UFESPs de valor de débitos fiscais, estatuído pelo art. 1º da Lei Estadual nº 14.272/10, para ajuizamento de ações; os creditamentos de ICMS foram realizados após consulta jurídica especializada, o que denota a ausência de dolo na conduta; a própria sentença aduziu que os réus agiram sem cautela ou zelo, figuras que somente devem atribuídas às condutas culposas, o que esvazia o fundamento para reconhecimento do dolo;

Acesso ao Sumário

ainda, não há prova de que os réus tenham sido os autores dos verbos nucleares imputados na denúncia, o que não pode ser presumido apenas pela posição de sócio, sob pena de se incorrer em responsabilidade penal objetiva, figura vedada no ordenamento jurídico.

Caso mantida a condenação, a causa de aumento de pena do art. 12, inciso I, da Lei nº 8.137/90 deve ser afastada, pois, além de não constar da denúncia, não há elemento concreto que indique o grave dano à coletividade, circunstância essa que não pode ser presumido. Ainda, o fundamento para reconhecimento da aludida causa de aumento é o mesmo utilizado para aplicação da continuidade delitiva, o que configura *bis in idem*. Outrossim, a quantidade de dias-multas deve considerar os vetores utilizados para fixação da pena-base, a qual, por ter sido fixada no mínimo legal, conduz à aplicação do mínimo legal de dias-multa. Por fim, o valor dos dias-multa foi fixado em demasia e sem fundamentação idônea, restringindo-se à alegada condição econômica dos réus, a qual é muito diferente daquele verificada quando da ocorrência dos fatos, tanto que pessoa jurídica ingressou com recuperação judicial.

Requerem, portanto, seja acolhida a preliminar, anulando-se a sentença. No mérito, pugnam pelo provimento do recurso, para que sejam absolvidos, seja pela atipicidade da conduta, seja pela insuficiência de provas da autoria.

Apresentadas as respectivas contrarrazões (fls. 4.981/4.986 e 5.147/5.150), a d. Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo **provimento do recurso do Ministério Público e pelo não provimento do recurso dos réus** (fls. 5.162/5.176).

Manifestada oposição ao julgamento virtual (fls. 5.179).

É o relatório.

Presentes os requisitos de admissibilidade, conhece-se dos recursos de apelação.

Inicialmente, **afasta-se a preliminar de ausência de fundamentação suscitada pelos réus apelantes**.

Isso porque, da mera leitura da sentença, verifica-se que ela se encontra suficientemente fundamentada, em atenção ao que dispõe ao artigo 93, inciso IX, da Constituição da República.

Verifica-se que todos os elementos da sentença (relatório, fundamento e dispositivo) estão presentes. Na análise probatória relatou-se a prova testemunhal, destacando-se os tópicos que conduzem ao convencimento sobre a materialidade do crime tributário e das autorias dos réus. Na dosagem das penas, expôs com clareza as razões que levaram à aplicação da causa de aumento do art. 12, inciso I, da Lei nº 8.137/90, e a incidência, na espécie, do reconhecimento da continuidade delitiva do art. 71 do Código Penal. Por fim, indicou a pertinência da aplicação do regime inicial aberto, bem como o motivo pelo qual se fez descabida a substituição das penas privativas por restritivas de direitos.

Acesso ao Sumário

Não se vislumbra ausência de fundamentação sobre nenhum ponto.

Enfim, nos termos apresentados, embora concisa, a sentença encontra-se fundamentada, permitindo que os apelantes não apenas conheçam as razões de decidir do Juízo *a quo*, como também as impugnem, **tanto assim que o fizeram através da presente apelação**, não havendo que se falar em nulidade.

Superada a preliminar, passa-se à análise do mérito.

No mérito, **o recurso do Ministério Público não comporta provimento**, ao passo que **o recurso dos réus comporta parcial provimento**, na conformidade da fundamentação a seguir exposta.

Reconheceu-se que entre janeiro de 2011 e dezembro de 2012, nas dependências do estabelecimento comercial United Mills Alimentos LTDA, situada na Rodovia João Leme dos Santos, nº 440, parque Vereda dos Bandeiras, comarca de Sorocaba, os apelantes **André Faria Parodi** e **Jorge Alberto Gonçalves**, suprimiram e reduziram tributos, mediante as condutas de omitir informações, prestar declarações falsas às autoridades fazendárias e fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos e omitindo operações diversas, em documento ou livro exigido pela lei fiscal.

Apurou-se que à época dos fatos os apelantes eram sócios gerentes e administradores da United Mills Alimentos LTDA e, em tais condições, tinham plena ciência e controle das transações e negócios realizados, bem como responsabilidade pela apuração e recolhimento do ICMS devido, além dever de prestar informações fiscais às autoridades fazendárias, sendo, portanto, detentores de poderes gerenciais, de mando, de administração e de representação da referida empresa.

Ocorre que fiscalização fazendária constatou que ao longo de cerca de dois anos os apelantes agiram com a finalidade de não recolher valores do ICMS, bem como de se creditarem indevidamente do tributo, conforme se constatou do minudente relatório fiscal, que concluiu que os apelantes: **I** - deixaram de pagar **R$ 30.854,91** a título de ICMS, referente a janeiro e maio de 2012, por meio de escrituração de notas fiscais eletrônicas com indevida redução da base de cálculo de produtos comercializados e classificados no NCM 2936.90.00, que não eram abrangidos pelo benefício redutor; **II** - deixaram de pagar **R$ 18.118.15** a título de ICMS, de janeiro de 2011 a dezembro de 2012, por meio de escrituração de notas fiscais eletrônicas com indevida aplicação da redução da base de cálculo prevista no art. 39 do Anexo II do RICMS (Decreto Estadual nº 45.490/2000), benefício que não é aplicável aos produtos comercializados, que se tratavam de alimentos destinados a estabelecimentos enquadrados no Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional); **III** - deixaram de pagar, por meio de guias de recolhimentos especiais, **R$ 2.499,95** a título de ICMS, referentes ao período de outubro de 2011 e fevereiro de 2012,

Acesso ao Sumário

através de aplicação de alíquota de 7% nas operações de saídas de mercadorias depositadas em armazém geral localizados em outra unidade da federação e que tinham como destino não contribuintes, o que atrairia a aplicação da alíquota de 18%; **IV** - deixaram de recolher, na posição de substitutos tributários, **R$ 6.956,57** a título de ICMS, referentes ao período de maio de 2011 e fevereiro de 2012, em operações de saída de produtos alimentícios descritos no art. 313-W, § 1º, item 4, alínea *a*, e item 6, alínea a, do RICMS, destinados a estabelecimentos no território paulista; **V** - se creditaram indevidamente de ICMS, no montante de **R$ 595,30**, no período de janeiro de junho de 2012, mediante a escrituração em duplicidade dos documentos fiscais que embasaram as operações; **VI** - se creditaram indevidamente de ICMS, no montante de **R$ 354,31**, no período de janeiro, agosto e dezembro de 2011, mediante a escrituração de documentos fiscais de existência não comprovada; **VII** - se creditaram indevidamente de ICMS, no montante de **R$ 13.590,63**, referente ao período de abril de 2011 a dezembro de 2012, a título de lançamento do crédito relativo a compras de bens para o ativo imobilizado, escriturado através do CFOP 1604, crédito que, contudo, é indevido, já que o ativo permanente não é relacionamento diretamente com o setor de produção do estabelecimento, de materiais de uso e consumo e de materiais aplicados em obras civis; **VIII** - se creditaram indevidamente de ICMS, no montante de **R$ 11.595,99**, nos períodos de janeiro a novembro de 2011, através do lançamento do crédito relativo a compras de bens para o ativo imobilizado, escriturados através do CFOP 1604, cuja existência da operação que embasou o lançamento do crédito não foi comprovada; **IX** - se creditaram indevidamente de ICMS, a título de crédito extemporâneo, no montante de **R$ 252.138,45**, no período de dezembro de 2011 a dezembro de 2012, mediante o lançamento, no campo Ajustes a Crédito do Imposto - Outros Créditos, dos Registros Fiscais da Apuração do ICMS - Operações Próprias, da Escrituração Fiscal Digital (EFD), valor superior ao limite autorizado de 1/48 por mês, e por não haver cumprido os demais requisitos previstos na legislação relativos à aquisição de ativo imobilizado, tratando-se, portanto, de crédito não admitido pela legislação do ICMS; **X** - se creditaram indevidamente de ICMS, no montante de **R$ 327.072,50**, no período de dezembro de 2011 a dezembro de 2012, mediante o lançamento, no campo "Ajustes a Crédito do Imposto - Outros Créditos", dos Registros Fiscais da Apuração do ICMS - Operações Próprias, da Escrituração Fiscal Digital (EFD), de valores a título de crédito extemporâneo relativo a aquisições de material para uso e consumo do próprio estabelecimento, tratando-se, portanto, de crédito não admitido pela legislação do ICMS; **XI** - os apelantes se creditaram indevidamente de ICMS, no montante de **R$ 1.385.420,15**, no período de dezembro de 2011 a dezembro de 2012, mediante o lançamento, no campo "Ajustes a Crédito do Imposto - Outros Créditos", dos Registros Fiscais da Apuração do ICMS - Operações Próprias, da Escrituração Fiscal Digital (EFD), de

Acesso ao Sumário

valores a título de crédito extemporâneo relativo a "Crédito de ICMS oriundo da exclusão do custo financeiro nas vendas a prazo da base de cálculo do ICMS", o qual é indevido em virtude de tais valores integrarem a base de cálculo do imposto, conforme prevê a legislação fiscal; **XII** - os apelantes se creditaram indevidamente do ICMS, no montante de **R$ 987.516,95**, no período de dezembro de 2011 a dezembro de 2012, mediante o lançamento, no campo "Ajustes a Crédito do Imposto - Outros Créditos", dos Registros Fiscais da Apuração do ICMS - Operações Próprias, da Escrituração Fiscal Digital (EFD), de valores a título de crédito extemporâneo relativo a "Crédito de ICMS oriundo da exclusão do ICMS da base de cálculo do ICMS (cálculo por dentro), o qual é indevido em virtude de o montante do imposto integrar a sua base de cálculo; **XIII** - se creditaram indevidamente do ICMS, no montante de **R$ 129.659,67**, no período de janeiro a dezembro de 2011, mediante a escrituração de Conhecimentos de Transporte Rodoviário de Cargas (CTRC) referentes à prestação de serviços prestados por transportadoras enquadradas no Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - "Simples Nacional", e que, portanto, não transferem crédito de ICMS.

Descobertas as **13 manobras supracitadas**, as quais configuraram ao menos **23 práticas ilícitas**, revelou-se que os apelantes possuíam um débito total de **R$ 3.166.373,63, que, acrescidos de multa e encargos, resultaram em R$ 13.274.735,90.**

Lavrado Auto de Infração e Imposição de Multa nº 4.042.307-4 em 14/07/2014 (fl. 1.706), ocorreu a inscrição do débito em dívida ativa (CDA nº 1.274.753.777 - fls. 4.513/4.521). Ainda, não conta pagamento do débito, tampouco parcelamento.

A materialidade delitiva foi comprovada pelo auto de infração e imposição de multa nº 4.042.307-4 (fl. 1.706), pela inscrição do débito em dívida ativa (CDA nº 1.274.753.777 - fls. 4.513/4.521), pelo laudo pericial contábil (fls. 4.494/4.501), e pela prova oral produzida sob o crivo do contraditório, que ratificou os elementos de informação.

As autorias se revelaram inequívocas.

Em Juízo, **os réus se mantiveram em silêncio.**

A **testemunha Ana Cláudia Tostes de Mello, Agente Fiscal de Rendas** responsável pela fiscalização da empresa, confirmou os fatos descritos na denúncia e relatados no AIIM, esclarecendo, sob o crivo do contraditório, que: as infrações, no que interessa à esfera criminal, dividiram-se em atos de inércia no pagamento dos tributos e em atos de creditamento indevido de tributos; no que se refere ao item I, houve uma indevida aplicação de redutor da base de cálculo do imposto que não seria aplicável ao produto comercializado, o que gerou um débito tributário de R$ 30.854,91; quanto ao item II, também houve um erro

Acesso ao Sumário

na determinação da base de cálculo de ICMS, pois as saídas foram à empresas cadastradas no Simples Nacional, caso em que não há previsão de redução de base de cálculo, o que gerou um débito de R$ 18.128,15; quanto ao item III, houve um erro na determinação da alíquota, pois se tratou de saída de mercadorias que estavam depositadas em armazém geral de outra unidade da federação e que se destinavam a não contribuintes, hipótese em que deve ser observada a "alíquota interna" de 18%, e não a alíquota reduzida utilizada, o que gerou um débito de R$ 2.499,00; quanto ao item IV, o estabelecimento deixou de recolher R$ 6.956,00 de ICMS ao dar saída a mercadorias que estavam enquadradas na substituição tributária, deixando de reter o tributo devido em substituição; os demais itens do AIMM referem-se a creditamento indevido de ICMS; quanto ao item V, houve escrituração em duplicidade de documentos que embasaram o crédito, resultando um creditamento indevido de R$ 595,30; quanto ao item VI, o estabelecimento, mesmo notificado, não apresentou os documentos que teriam embasado o lançamento de crédito no valor de R$ 354,00, havendo indevido creditamento desse montante; quanto ao item VII, tratou-se de lançamento de crédito relativo à compra de bens para o ativo imobilizado da empresa, os quais, contudo, não eram relacionados à atividade fim, não gerando, portanto, o creditamento, já que esse somente se justifica aos ativos imobilizados do setor de industrialização e de produção, situação essa que gerou um creditamento indevido de R$ 13.590,00; quanto ao item VIII, a empresa deixou de apresentar os documentos que teriam embasado o lançamento de crédito relativo a bens destinados ao ativo permanente, o que gerou um creditamento indevido de R$ 11.595,00; quanto ao item IX, foi efetuado um lançamento de crédito extemporâneo de anos anteriores, sendo levantado pela empresa todo o valor de uma única vez, não respeitando o limite de 1/48 por mês, gerando um creditamento indevido de R$ 252.138,45; quanto ao item X, a empresa fez lançamento de crédito extemporâneo referente a aquisição de material de consumo, entendendo que tudo que era adquirido como material de uso e consumo também daria direito ao crédito, quando, na verdade, a legislação tributária não permite esse tipo de crédito, o que gerou um creditamento indevido de R$ 327.072,50; quanto ao item XI, tratou-se de um levamento de todas as vendas da empresa, sem distinção de valores, sobres os quais foi excluída o custo financeiro das vendas à prazo, incidindo um percentual que não entraria na base de cálculo do ICMS, tese essa que gerou um creditamento indevido de R$ 1.385.420,15; quanto ao item XII, tratou-se de exclusão de ICMS da própria base de cálculo do ICMS; neste ponto, a legislação prevê que o ICMS compõe a sua própria base de cálculo e a empresa, ao fazer o levantamento dos créditos dos anos anteriores, creditou-se desse valor, excluindo o próprio ICMS da base de cálculo, o que gerou um creditamento indevido de R$ 987.516,95; quanto ao item XIII, foram lançamentos de créditos relativos ao serviço de transportes de empresas enquadradas no

Acesso ao Sumário

Simples Nacional, o que não se admite o creditamento de imposto, o que gerou um creditamento indevido de R$ 129.659,67; no AIMM foi juntado um parecer de consultoria tributária, dando base para os itens IX, X, XI e XII; o Tribunal de Impostos e Taxas refutou todas essas teses.

Note-se que **os relatos da referida testemunha encontram lastro no amplo acervo de elementos de informação dos autos, corroborando as informações ali contidas e esclarecendo pontos de interesse à persecução penal.**

Neste aspecto, verifica-se que **é descabido se falar em insuficiência probatória, tampouco em violação ao art. 155 do Código de Processo Penal**, já que referida prova testemunhal esclareceu os termos do AIIM, de modo a **submetê-lo ao crivo do contraditório**, oportunidade em que foram esclarecidos os meios pelos quais foram praticados os creditamentos indevidos e a abstenção no recolhimento dos impostos devidos nas respectivas operações, possibilitando às partes o devido escrutínio, inclusive sobre a participação dos réus nas ditas sonegações, o que foi bem efetuado.

E estando **documentalmente comprovado o não recolhimento e o creditamento indevido de impostos**, incumbiria aos réus o ônus de fazer prova do devido recolhimento do tributo ou das tratativas em curso para tanto, conforme inteligência do art. 156 do Código de Processo Penal[1], mas não o fizeram, limitando-se a sustentar a infundada tese de ausência de dolo.

Nesse sentido:

> "(...) Mister salientar que **em crimes contra a ordem tributária, o ônus da prova é do contribuinte acusado de fraudar o fisco, com a apresentação dos documentos fiscais necessários para comprovar o pagamento e o recolhimento correto do ICMS apurado como não efetuado**, o que não foi feito pela recorrente" (TJSP, Apelação Criminal nº 0020683-55.2010.8.26.0019, Rel. Des. Aben-Athar de Paiva Coutinho, 11ª Câmara de Direito Criminal, DJe 13/11/2019, *grifamos*).

A tese de **atipicidade da conduta por ausência de dolo** não merece guarida, pois da ficha cadastral completa da pessoa jurídica, juntada às fls. 4.427/4.434, constata-se que **ambos os réus eram sócios administradores da pessoa jurídica**, recaindo sobre eles, à luz da **teoria do domínio do fato**, a responsabilidade pelos atos por ela praticados.

Nesse sentido:

> Não há falar em responsabilidade objetiva, tendo em vista que os recorrentes não foram denunciados apenas por serem sócios da empresa, constando da denúncia que, na condição de administradores, detinham o poder de gerência, o que lhes davam domínio final do fato delituoso" (AgRg no RHC 103.206/PR, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 11/6/2019, DJe

1 Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

Acesso ao Sumário

25/6/2019).

Sobre o tema, impõe-se frisar que os documentos probatórios dos autos dão conta de que os réus, ao tempo dos crimes, não eram simples mandatários dos fatos ocorridos na empresa, mas sim, **eram os únicos administradores da pessoa jurídica, os quais, nessa qualidade, detinham a responsabilidade legal e tributária pelos atos de gestão da empresa**.

É cediço que nos termos da jurisprudência do C. STJ, *"A teoria do domínio do fato funciona como uma ratio, a qual é insuficiente, por si mesma para aferir a existência do nexo de causalidade entre o crime e o agente. É equivocado afirmar que um indivíduo é autor porque detém o domínio do fato se, no plano intermediário ligado à realidade, não á nenhuma circunstância que estabeleça o nexo entre sua conduta e o resultado lesivo. Não há, portanto, como considerar, com base na teoria do domínio do fato, que a posição de gestor, diretor ou sócio administrador de uma empresa implica a presunção de que houve a participação no delito, se não houver, no plano fático-probatório, alguma circunstância que o vincule à prática delitiva"* (AgRg no REsp n. 1.874.619/PE, Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 2/12/2020).

Todavia, pelas circunstâncias fáticas do caso em apreço, e pelo acervo probatório dos autos, **a vinculação dos recorrentes à prática delitiva é cabalmente verificável na espécie, já eram os administradores da empresa, conforme faz prova o documento de fls. 4.427 e seguintes, e, nessa qualidade, tinham controle dos atos de gestão/administração, no que se inclui a responsabilização tributária**.

Nesse sentido, recente julgado do C. STJ, que bem elucida a questão:

> AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. OMISSÕES INEXISTENTES. ADULTERAÇÃO DAS 4 VIAS DE NOTAS FISCAIS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ARTIGO 1º, INCISO III, DA LEI N. 8.137/90. PRESCRIÇÃO NA MODALIDADE RETROATIVA. INOCORRÊNCIA. IMPUGNAÇÃO DO CRÉDITO NA SEARA ADMINISTRATIVA. TERMO A QUO DO PRAZO. NOTIFICAÇÃO DO RESULTADO DO RECURSO. NULIDADE PELO INDEFERIMENTO DA PERÍCIA. **APLICAÇÃO DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO. RACIOCÍNIO DEDUZIDO DA SENTENÇA. INOCORRÊNCIA DE REFORMATIO IN PEJUS. ÚNICO PROPRIETÁRIO, COM PODERES DE GESTÃO E INTERESSADO NO FATO. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.** SÚMULA N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. ANPP. DESCABIMENTO. PRECEDENTES DESTA CORTE. APLICAÇÃO ANALÓGICA DA NORMA

Acesso ao Sumário

PREVISTA NO ART. 9º, § 2º, DA LEI N. 10.684/2003. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. IMPOSSIBILIDADE. NÃO PAGAMENTO INTEGRAL DO DÉBITO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. PRECEDENTES DESTA CORTE. PLEITO DESCLASSIFICATÓRIO. SÚMULA N. 7/STJ. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

[...]

3. O Tribunal Regional, corroborando os termos da sentença, afastou a ocorrência de nulidade pelo indeferimento da perícia adotando a Teoria do Domínio do Fato, consignando que o recorrente seria o único proprietário da empresa, com poderes de gestão/administração, e quem detinha interesse no fato, além de ter ciência do ocorrido. Embora só o colegiado tenha feito referência à Teoria, o raciocínio deduzido da sentença condenatória o corrobora, não havendo falar em ocorrência de reformatio in pejus.

3.1. O Superior Tribunal de Justiça definiu que "A teoria do domínio do fato funciona como uma ratio, a qual é insuficiente, por si mesma para aferir a existência do nexo de causalidade entre o crime e o agente. É equivocado afirmar que um indivíduo é autor porque detém o domínio do fato se, no plano intermediário ligado à realidade, não há nenhuma circunstância que estabeleça o nexo entre sua conduta e o resultado lesivo. Não há, portanto, como considerar, com base na teoria do domínio do fato, que a posição de gestor, diretor ou sócio administrador de uma empresa implica a presunção de que houve a participação no delito, se não houver, no plano fático-probatório, alguma circunstância que o vincule à prática delitiva" (AgRg no REsp n. 1.874.619/PE, Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 2/12/2020).

3.2. Porém, no caso dos autos, se faz presente circunstância que vincula o recorrente à prática delitiva, por ser ele o único proprietário da empresa em que cometida a fraude tributária, com poderes de gestão/administração.

3.3. Não é possível alterar as premissas da Corte originária para considerar a absolvição sob pena de incursão fático-probatória, o que encontra impeço na Súmula n. 7/STJ.

[...]

(AgRg no REsp n. 2.039.074/RN, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 18/3/2024, DJe de 20/3/2024,

Acesso ao Sumário

grifamos)

E na esteira da fundamentação supra, poderiam os réus trazer testemunhas ou provas documentais a corroborar a tese de que não detiveram participação na supressão dos tributos, mas não o fizeram, optando, inclusive, por permanecerem em silêncio em interrogatório, o que tanto não pode ser valorado contra eles como em nada infirma a conclusão de responsabilidade sobre a fraude tributária que foi sustentada na denúncia e ratificadas pelas provas dos autos.

É assente o entendimento jurisprudencial de que para a caracterização dos crimes contra a ordem tributária basta a demonstração do dolo genérico, consubstanciada da vontade livre e consciente de se omitir no recolhimento do tributo no prazo legal. Esse é o atual entendimento predominante do C. STJ, conforme se infere do seguinte aresto

> AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. DELITO DO ART. 1.º, CAPUT, E INCISO I, DA LEI N. 8.137/1990. TESE DE INEXISTÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE DOLO DO AGENTE. DISPENSABILIDADE. SÚMULA N. 83 DESTA CORTE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.
> 1. **"'Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, os crimes de sonegação fiscal e apropriação indébita previdenciária prescindem de dolo específico, sendo suficiente, para a sua caracterização, a presença do dolo genérico consistente na omissão voluntária do recolhimento, no prazo legal, dos valores devidos'** (AgRg no AREsp 469.137/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 5/12/2017, DJe 13/12/2017)." (AgRg nos EDcl no AREsp n. 1.650.790/RN, relator Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 4/8/2020, DJe de 13/8/2020.).
> 2. Agravo regimental desprovido.
> (AgRg no AREsp n. 1.894.753/SP, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 28/2/2023, DJe de 9/3/2023, grifamos)

No caso, **o dolo está suficientemente demonstrado.**

Primeiro porque, quanto aos fatos referentes ao não pagamento de tributos, tratam-se de infrações relativas à **indevida aplicação de redutores de base de cálculo** não previstos para os produtos comercializados (fatos 1 e 3), em **flagrante inobservância do que regulamenta o RICMS/SP** e sem justificativa plausível para o dito "erro"; indevida redução de base de cálculo do ICMS em saída de mercadorias a empresas cadastradas no Simples Nacional (fato 2), o que também é **vedado pelo regulamento**; e **ausência de retenção de tributo devido por substituição tributária** (fato 4), ônus que competia à pessoa jurídica e que também foi **flagrantemente ignorado**.

Acesso ao Sumário

Quanto a esses fatos, **não se sustenta a tese de que houve mero erro de interpretação da legislação tributária,** já que são **circunstâncias e vedações expressamente contidas no RICMS, tal como se verifica do julgado do Tri-**

bunal de Impostos e Taxas do Estado de São Paulo (fls. 4.782/4.789), não se justificando que os recorrentes, que inclusive teriam tomado auxílio de assessoria contábil, não tenham observado referidas vedações.

De fato, verifica-se dolo na conduta dos réus, utilizando-se **informações falsas** e **inserção de inexatos nas escriturações** (elementos da fraude, diga-se), sempre com o fito de se apropriarem de tributos, **o que se enquadra com perfeição à figura do art. 1º, inciso II, da Lei nº 8.137/1990.**

Em relação aos demais fatos, verifica-se que houve o **creditamento indevido de ICMS**, o que ocorre, de igual modo, mediante fraude e omissão de informação, o que também atrai a figura do inciso I do mesmo dispositivo legal supracitado.

Com efeito, tratam-se de imputações relativas à **escrituração de documentos fiscais em duplicidade, gerando indevidos créditos tributários** (fato V); **inexistência dos documentos fiscais que embasaram lançamento de créditos** de ICMS (fatos VI e VIII); lançamento de crédito pela aquisição de ativos imobilizados, o que é **flagrantemente indevido por se tratar de bens não ligados à atividade da empresa**, tais como ***"a exemplo de ar condicionado, aparelho para coletar dados printpoint e diversos outros ligados à manutenção predial"* (fl. 4.786), e por se tratar de mercadorias destinadas ao uso e consumo, tudo contando com vedação expressamente consignada no art. 66, incisos I e V, do RICMS/SP (fatos VII e VIII)**; levantamento de crédito extemporâneo de **uma única vez**, em flagrante inobservância do que taxativamente dispõe o art. 61, § 10, do RICMS, que dispõe que o levamento deve ocorrer na proporção de 1/48 ao mês (fato IX); indevido lançamento extemporâneo de crédito relativo a material de consumo, materiais esses que não geram referidos créditos (fato X); indevida **exclusão dos custos financeiros das vendas à prazo da base de cálculo do ICMS**, o que viola a legislação fiscal e, inclusive, atenta contra a súmula 395 do STJ[2], não havendo qualquer justificar para não se aplicar o entendimento consolidado (fato XI); **exclusão do ICMS da base de cálculo do tributo** (fato XII), o que vai de encontro ao que claramente dispõe o art. 13, § 1º, inciso I, da Lei Complementar 87/1996 (Lei Kandir); e creditamento integral de ICMS decorrente da tomada de serviço de transporte de empresa enquadrada no Simples nacional, o que é vedado pela Lei Complementar 123/2006 (fato XIII).

Ainda no que se refere ao dolo, verifica-se que a alegação de que os recorrentes teriam se valido de assessoria tributária, o que afastaria o dolo, não se sustenta pela detida análise dos autos.

Isso porque, consta de fls. 2.321/2.336 que **a solução da consulta realizada pela pessoa jurídica se restringiu a teses de inconstitucionalidade de dispositivos legais relativos ao creditamento e à base de cálculo do ICMS**, o que, embora possam ser úteis para eventuais disputas judiciais sobre a exigi-

Acesso ao Sumário

2 Súmula 395: O ICMS incide sobre o valor da venda a prazo constante da nota fiscal.

bilidade de tributos da espécie, não teria o condão de automaticamente eximir os réus dos deveres tributários sustentados na Lei vigente e em entendimentos vinculantes, sob pena de se configurar odioso álibi para se mascarar o dolo na sonegação.

Ademais, sobre o tema:

> **Assim, ainda que os acusados tenham sido auxiliados por consultoria jurídica, são eles os titulares da empresa que exercem o domínio do fato (domínio da conduta ou domínio final da ação), sendo, repita-se, os principais beneficiários da fraude ou sonegação fiscal.**
> (TJSP; Apelação Criminal 1500443-79.2021.8.26.0602; Relator (a): Luis Soares de Mello; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Sorocaba - 4ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 19/09/2023; Data de Registro: 27/09/2023, *grifamos*)

Derradeiramente sobre o tema, relevante destacar que **o dolo dos réus também se evidencia pela pluralidade de condutas distintas e praticadas ao longo dos anos de 2011 e 2012, não se tratando de um erro isolado, mas de "erros" sucessivos e sempre em amplo benefício dos recorrentes, que, no total, obtiveram como proveito dos crimes a vultosa cifra de R$ 3.166.373,63**.

Por fim, descabida a tese de **atipicidade material da conduta (insignificância)**, pois a soma do crédito tributário sonegado resulta em **mais de três milhões de reais e, ainda que consideradas individualmente as condutas, haveria a configuração de habitualidade criminosa pela pluralidade de condutas praticadas ao longo de quase dois anos**, o que também impediria a aplicação do instituto supralegal.

Portanto, devidamente comprovadas as autorias e as materialidades dos crimes imputados, **de rigor as responsabilizações dos réus**.

Passa-se à dosagem das penas.

Na primeira fase, ausentes circunstâncias judiciais desfavoráveis, as penas-bases foram fixadas no mínimo legal: 2 anos de reclusão e 10 dias-multa para cada crime.

A insurgência recursal do **Ministério Público** não comporta acolhimento, pois se pretende valorar como conduta social reprovável condenações outras não passiveis de configurar reincidência ou maus antecedentes.

Ocorre que as condenações dos réus se referem a **ações que ainda estão em trâmite em grau de recurso**, não podendo ser valoradas em seu desfavor, sob pena de vulneração ao princípio da não culpabilidade.

Para além, a circunstância judicial de conduta social **não pode se basear no histórico criminoso do acusado**. Esse é o entendimento que restou adotado pelo c. STJ quando do julgamento do REsp 1.794.854/DF **(Tema 1.077)**, onde foi consignado que ***"referida circunstância diz respeito à avaliação do comportamento do agente no convívio social, familiar e laboral, perante a coleti-***

Acesso ao Sumário

***vidade em que está inserido"*, não se considerando nessa análise as práticas criminais anteriores do réu**.

Nesse sentido, conforme mencionado no julgado supra, nos leciona a doutrina[3]:

> Os antecedentes traduzem o passado criminal do agente, a conduta social deve buscar aferir o seu comportamento perante a sociedade, **afastando tudo aquilo que diga respeito à prática de infrações penais**.

Portanto, mantém-se inalteradas as penas-bases.

Na segunda fase, ausentes circunstâncias agravantes ou atenuantes, as penas-bases ficaram inalteradas.

Na terceira fase, presente a causa de aumento do art. 12, inciso I, da Lei nº 8.137/1990, as penas intermediárias foram exasperadas na fração mínima de **1/3**, o que também **não comporta alteração**, já que, conforme exposto, os réus sonegaram vultosa cifra, notadamente a quantia de **R$ 3.166.373,63, que, acrescidos de multa e encargos, hoje totaliza R$ 13.274.735,90**, valor suficiente para exasperação da sanção penal.

Sobre o tema:

> PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIME DE SONEGAÇÃO FISCAL. ABSOLVIÇÃO E APLICAÇÃO DA CONTINUIDADE DELITIVA. ALTERAÇÃO DO JULGADO. INVIABILIDADE. SÚMULA 7/STJ. **CAUSA DE AUMENTO DO GRAVE DANO À COLETIVIDADE. NÃO OCORRÊNCIA DE BIS IN IDEM. ELEVADO VALOR SONEGADO.** AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.
>
> [...]
>
> 3. A aplicação da causa especial de aumento prevista no artigo 12, inciso I, da Lei 8.137/90 foi fundamentada em razão do elevado valor do crédito tributário, de R$ 76.539.826,78 (atualizado no valor de R$ 97.173,162,62 - fl. 894), o que está em consonância com a jurisprudência dessa Corte, segundo a qual **"o não recolhimento de expressiva quantia de tributo atrai a incidência da causa de aumento prevista no art. 12, inciso I, da Lei n. 8.137/90, pois configura grave dano à coletividade. Precedentes"** (AgRg no AREsp 1437412/ES, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 28/5/2019, DJe 5/6/2019).
>
> 4. **A rigor, a causa de aumento de pena relativa ao grave dano à coletividade "restringe-se a situações de especialmente relevante dano, valendo, analogamente, adotar-se para tributos federais [como no caso] o critério já administrativamente aceito na definição de créditos prioritários, fixado em R$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), do art. 14, caput, da Portaria 320/PGFN"** (REsp n. 1.849.120/SC, relator Ministro NEFI

3 Curso de Direito Penal, 18.ª ed., Rio de Janeiro: Impetus, 2016, pp. 683-684.

Acesso ao Sumário

> CORDEIRO, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 11/3/2020, DJe 25/3/2020), considerando-se, ainda, que **"o dano tributário é valorado considerando seu valor atual e integral, incluindo os acréscimos legais de juros e multa"** (AgRg no REsp 1.849.662/PR, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 6/10/2020, DJe 13/10/2020).
> 5. Agravo regimental desprovido.
> (AgRg no AREsp n. 2.149.591/RS, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 25/10/2022, DJe de 4/11/2022, *grifamos*)

Ainda, descabida a pretensão de afastamento da aludida causa de aumento em virtude da suposta violação ao princípio da congruência, haja vista que, conforme orientação jurisprudência dominante, o juiz pode reconhecer causa de aumento que não foi capitulada na denúncia, desde que os fatos relativos a essa causa estejam descritos na peça acusatória, haja vista que **o réu não se defende das capitulações jurídicas, mas dos fatos descritos** (STF, HC 120.587/SP).

Assim, mantem-se a exasperação de **1/3**, resultando em 2 anos e 8 meses de reclusão e 13 dias-multa.

Pela continuidade delitiva, foi aplicada a pena de apenas um crime, com exasperação de **1/2**, o que, na ausência de impugnação do Ministério Público neste ponto, **não comporta alteração**, pois, considerando que se trataram de ao menos **23 fatos**, caberia a aplicação da fração de **2/3**, ao teor da Súmula 659 do STJ: *"A fração de aumento em razão da prática de crime continuado deve ser fixada de acordo com o número de delitos cometidos, aplicando-se 1/6 pela prática de duas infrações, 1/5 para três, 1/4 para quatro, 1/3 para cinco, 1/2 para seis e 2/3 para sete ou mais infrações."*.

Não há que se falar em *bis in idem*, pois a causa de aumento foi fixada pelo dano causado à sociedade em razão do montante da sonegação (critério valorativo), e a continuidade delitiva, que é uma ficção jurídica que visa beneficiar o acusado, foi fixada pela quantidade de crimes cometidos, ignorando o valor dos tributos devidos (critério quantitativo).

Portanto, **fica a pena definitiva mantida em 4 anos de reclusão e 19 dias-multa**.

O valor unitário da pena pecuniária, fixado em 5 salários mínimos, deve ser mantido, pois há suficiente fundamentação da r. sentença para sustentá-lo, que considerou que os réus são empresários de empresa de grande porte, com provas de altos lucros decorrentes de suas atividades, que se apropriaram de **vultosa cifra sonegada**, sendo presumível, a princípio, a capacidade de adimplir o débito. Outrossim, **em igual patamar foi a pena pecuniária fixada aos mesmos réus em caso análogo**: TJSP, Apelação Criminal 1500443-79.2021.8.26.0602, Relator Luis Soares de Mello, 4ª Câmara de Direito Criminal, Data do Julgamento: 19/09/2023.

Acesso ao Sumário

Não obstante, a alegada alteração dos padrões financeiros dos réus pode ser levado ao conhecimento do Juízo da Execução para parcelamento do débito ou, até mesmo, para extinção da punibilidade sem pagamento, à luz do entendimento vinculante do c. STJ **(Tema 931)**.

Por fim, **presentes os requisitos legais do art. 44 do Código Penal, impõe-se a substituição da pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos,** consistentes em prestação de serviços à comunidade, pelo período da pena corporal, e prestação pecuniária fixada em **dez salários-mínimos**, em atenção à sanção pecuniária já fixada e à luz de precedentes desta Corte[4], tudo com esteio no art. 44, § 2º, do Código Penal[5].

Ante o exposto, **rejeitada a preliminar, NEGA-SE PROVIMENTO à apelação do Ministério Público e DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO à apelação dos réus**, para substituir a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade, por igual período, e prestação pecuniária no valor de 10 salários-mínimos, mantida, no mais, a r. sentença.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1502077-65.2021.8.26.0132, da Comarca de Catanduva, em que é apelante FLAVIO CARDOSO DE FARIA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.816)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente) e GRASSI NETO.

São Paulo, 13 de maio de 2024.

CÉSAR AUGUSTO ANDRADE DE CASTRO, Relator

Ementa: Apelação da Defesa - Incêndio - Provas suficientes à condenação - Consistentes declarações da vítima e do policial civil - Confissão parcial em Juí-

Acesso ao Sumário

4 TJSP, Apelação Criminal 1501017-63.2018.8.26.0358, Relator: Tetsuzo Namba, 11ª Câmara de Direito Criminal, 22/11/2023; TJSP, Apelação Criminal 0011223-83.2016.8.26.0229, Relator Xavier de Souza, 11ª Câmara de Direito Criminal, 18/05/2022; TJSP, Apelação Criminal 0009881-28.2011.8.26.0224, Relator Paiva Coutinho, 11ª Câmara de Direito Criminal, 18/09/2019.

5 § 2º Na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos.

zo - Laudo pericial a comprovar os danos provocados no automóvel incendiado em frente ao imóvel habitado - Incêndio de grandes proporções, que colocou em risco a incolumidade pública e os imóveis vizinhos - A pena-base foi fixada em 1/3 acima do mínimo legal com fundamento nos maus antecedentes e nas consequências no delito - Compensação parcial entre as circunstâncias agravante da reincidência e atenuante da confissão espontânea, a despeito da parcialidade da conduta, ante o conformismo do representante do Ministério Público - Na terceira etapa houve a elevação da pena em razão da incidência da causa de aumento correspondente ao "crime de incêndio em casa destinada à habitação" - Regime inicial fechado mantido, à luz da pregressa do réu - Recurso de apelação desprovido.

VOTO

Vistos.

FLAVIO CARDOSO DE FARIA foi condenado a cumprir a pena de 05 anos, 05 meses e 10 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento do valor correspondente a 16 dias-multa em seu valor mínimo unitário, por infração ao disposto no artigo 250, parágrafo 1º, inciso II, 'a', do Código Penal.

Os autos foram desmembrados em relação ao acusado Wilton Roberto da Silva.

Inconformado o réu Flávio apela, buscando a sua absolvição, sob o argumento de insuficiência probatória. Alternativamente pugna pela fixação de regime prisional mais brando, com a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos.

Recurso bem processado, com resposta.

A Procuradoria de Justiça opinou pelo desprovimento do apelo.

Decorrido o prazo para que as partes se manifestassem acerca de eventual oposição ao julgamento virtual, nos termos do artigo 1º, da Resolução nº 549/2011, com redação estabelecida pela Resolução nº 772/2017, ambas do Colendo Órgão Especial deste Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, não houve oposição a essa forma de julgamento.

É o relatório.

Consta da denúncia que em 06 de janeiro de 2021, por volta das 24,00 horas, na Rua Brasília nº 193, cidade de Catanduva, **FLAVIO CARDOSO DE FARIA** e Wilton Roberto da Silva causaram incêndio em veículo em frente à casa habitada, expondo a perigo o patrimônio de Jociel Camargo Lopes.

Acesso ao Sumário

Segundo o apurado, os acusados foram à residência da vítima, sob o pretexto de cobrança de uma dívida, e valendo-se de uma "garrafa pet" e de uma substância inflamável, atearam fogo no veículo Hyundai/Tucson de propriedade do ofendido, então estacionado em frente à casa.

A vítima então foi avisada do ocorrido por vizinhos, que a auxiliaram a conter o incêndio.

Consta que o incêndio se alastrou, provocando a perda total do automóvel, e que por meio das imagens obtidas pelo sistema de segurança instalado no local houve o registro de toda a ação criminosa, possibilitando identificar os acusados como os autores do delito.

Os réus foram indiciados e interrogados pela autoridade policial, oportunidade em que ambos admitiram que foram ao local dos fatos e afirmaram que o acusado Wilton foi quem causou o incêndio, versão que o apelante Flávio repetiu em Juízo.

Contudo, nas duas oportunidades em que foi ouvido, o ofendido confirmou os fatos descritos na denúncia, esclarecendo que já havia trabalhado com os acusados, mas que não existia qualquer dívida a ser "quitada" entre eles. Disse que por ocasião dos fatos seu veículo estava estacionado em frente à sua casa, quando foi informado por vizinhos acerca do incêndio, que provocou a perda total do automóvel.

Ainda de acordo com as declarações da vítima, por meio das imagens obtidas pelo sistema de segurança instalado no local, houve o registro de toda a ação criminosa, possibilitando identificar os acusados, dentre eles o apelante, como os autores do delito.

A seu turno, o policial civil Emilio Carlos Damasceno, ouvido nas duas fases da persecução penal, esclareceu que a investigação levada a efeito culminou com a identificação dos acusados como os autores do delito.

Portanto, parece não haver dúvidas a respeito da materialidade e autoria do crime de incêndio, ante a robusta prova coligida aos autos pela acusação.

Além disso, o laudo pericial foi bastante a constatar que o incêndio causou a perda total do veículo.

Aliás, as circunstâncias dos autos bem demonstram que o incêndio efetivamente causou perigo comum; as proporções das chamas não apenas destruíram o patrimônio do ofendido, como colocaram em risco as residências vizinhas, posto que se tratava de área habitada.

Ainda que as chamas não tenham se alastrado para os imóveis próximos, tratando-se de crime de perigo, é desnecessária a ocorrência do resultado naturalístico, bastando que a conduta exponha o bem jurídico tutelado ao risco previsto pela norma penal.

Vale consignar que o réu conta com maus antecedentes, e é reincidente, de modo que seu passado não o recomenda.

Acesso ao Sumário

A pena-base foi fixada em 1/3 acima do mínimo legal, com fundamento nos maus antecedentes e nas consequências do delito, considerada a "perda total do veículo", em 04 anos de reclusão e 13 dias-multa em seu valor mínimo unitário.

Na segunda etapa, houve a elevação da pena em 1/6, eis que compensadas parcialmente as circunstâncias agravantes da reincidência e atenuante da confissão espontânea, resultando em 04 anos e 08 meses de reclusão e 15 dias-multa em seu valor mínimo unitário.

E sequer era a hipótese de reconhecer a circunstância atenuante da confissão espontânea, pois o acusado negou ter provocado o incêndio, limitando-se a apresentar versão fantasiosa, divorciada da realidade dos fatos, entretanto, ante o conformismo do representante do Ministério Público, tal circunstância atenuante fica mantida.

Na terceira etapa, incidiu a causa de aumento prevista no parágrafo 1º, inciso I, 'a', do artigo 250 do Código Penal, eis que o crime foi cometido em veículo defronte à casa destinada à habitação, de modo que a pena foi exasperada em 1/3, resultando em 05 anos, 05 meses e 10 dias de reclusão e 16 dias-multa em seu valor mínimo unitário.

É certo que houve erro aritmético quanto ao cálculo da pena, que deveria resultar em 06 anos, 02 meses e 20 dias de reclusão e 20 dias-multa em seu valor mínimo unitário, mas fica mantida tal como lançada na r. sentença, mesmo porque não houve recurso do representante do Ministério Público.

De outra face, o regime prisional fechado para o início do cumprimento da pena deve prevalecer em razão da gravidade concreta da conduta e da vida pregressa do acusado.

ASSIM, PELO MEU VOTO, NEGO PROVIMENTO AO APELO.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1537122-51.2022.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é apelante B. A. S. S. e Interessado H. V. R. F., é apelado M. P. DO E. DE S. P..

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V. U. Determinada a comunicação ao CADCRIM.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 44.297)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (Presidente sem voto), EDISON BRANDÃO e ROBERTO PORTO.

São Paulo, 4 de junho de 2024
CAMILO LÉLLIS, Relator

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL. DECISÃO QUE MANTEVE O BLOQUEIO DE PERFIS EM REDE SOCIAL - Pretende-se o desbloqueio de contas de perfis em rede social "Instagram", os quais restam bloqueados no curso dos autos de inquérito policial que versa sobre a suposta prática do crime de lavagem de bens e associação criminosa. Impossibilidade - Indícios de utilização de seus perfis na rede mundial de computadores para perpetrar referidos crimes, mormente valendo-se da rede social "Instagram" - Cognição sumária, calcada em juízo de probabilidade, que autoriza a manutenção dos bloqueios indigitados. Cautelaridade que visa a obstar a continuidade delitiva, valendo-se o recorrente do alcance virtual para atingir mais e mais apostadores, mormente até o deslinde das investigações e da persecução penal. Liberdade de expressão e o livre exercício de atividade profissional que são balizados pelo binômio: liberdade e responsabilidade - Marco Civil da Internet - Lei 12965/2014, art. 2ª, incisos V e VI. Função social na utilização da rede mundial de computadores e tutela aos usuários e consumidores. Alegação defensiva consubstanciando que o bloqueio das contas dos perfis resultaria em efetivos prejuízos ao apelante, eis que exerce atividade de influenciador digital, aludindo, ainda, que o excesso de prazo na conclusão do inquérito policial interferirá diretamente em seu meio de subsistência. Desacolhimento. Recorrente que continua no exercício da atividade de "influencer digital", tendo em vista a criação de novo perfil em rede social, o qual já soma mais de 8 milhões de seguidores. Ausência de prejuízo demonstrado pela combativa defesa, com espeque no princípio da "pass de nulllité sans grief", art. 563 do Código de Processo Penal - excesso de prazo para a conclusão de inquérito policial também não evidenciado - situação complexa que está a exigir minucioso cotejo do material arrecadado na investigação, com a apuração de possíveis delitos per-

Acesso ao Sumário

petrados em ambiente virtual. Juízo de origem que vem diligenciando de maneira razoável e proporcional para o deslinde das investigações. Recurso desprovido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de apelação interposta por **B. A. S. S.** contra r. decisão a fls. 112/115, na qual foi deferido parcialmente o pleito defensivo visando ao desbloqueio de contas em perfis de rede social (Instagram), efetivado nos autos do inquérito policial nº 1506787-49.2022.8.26.0050, no qual se apura a suposta prática do crimes de associação criminosa, lavagem de dinheiro e jogo de azar, resultando na revogação do bloqueio somente de H. L. P., acerca dos perfis: (...), com a manutenção do bloqueio dos perfis relacionados ao apelante, quais sejam: (...).

Inconformada, apela a defesa, pleiteando o desbloqueio dos perfis alhures indigitados, ao argumento que a medida cautelar imposta é excessiva e desproporcional, tendo em vista que perdura por mais de 06 meses. Destarte, aduziu, ainda, que as contas dos perfis na rede social "Instagram" não são utilizadas para fins ilícitos, eis que há apenas a divulgação do cotidiano dos usuários, ainda que com caráter de ostentação, bem como a divulgação de cursos sobre apostas *on-line*, o que não teria vedação legal no país. Consigna que o apelante trabalha como influenciador digital e faz-se necessário o devido funcionamento de suas contas em perfis virtuais como modo de subsistência.

Contrariado o recurso (fls. 222/226), subiram os autos, tendo o douto Procurador de Justiça, Dr. Fernando Augusto de Mello, opinado pelo desprovimento do recurso (fls.273/276).

É o relatório.

Extrai-se que, instaurado inquérito policial para apurar eventuais delitos de associação criminosa, lavagem de dinheiro e jogo de azar, nos autos do processo 1506787-49.2022.8.26.0050, foi deferido mandado de busca e apreensão e bloqueados perfis em rede social do apelante, a que se pretendem os desbloqueios.

Segundo consta dos autos 1506787-49.2022.8.26.0050: *"[...] o relatório ofertado pelos Srs. Investigadores, relata que em investigações realizadas, constataram que oportunistas com anseio de ganhar dinheiro ilegalmente se utilizam das redes sociais digitais como "instagram" e "facebook", redes sociais "online" de compartilhamento de fotos e vídeos para realização de sorteios e rifas, sem comunicação, portanto sem autorização dos órgãos competentes, inclusive com premiação em dinheiro, o que demonstra claramente o meio de contravenção penal digital "jogo do bicho por meio digital". Em relato mi-*

Acesso ao Sumário

nucioso, discorre a forma com que os investigados iniciam os sorteios os quais se dão por meio das redes sociais, onde os interessados/participantes acessam um "link" disponibilizado pelos mesmos, onde constarão os dados bancários para que, caso queiram participar, realizar o depósito via transferência ou pix, o que é proibido por Lei. Desta feita, a prática delituosa se soma a lavagem de dinheiro e associação criminosa, pelo interesse de ocultar bens ou valores de origem criminosa" (fls. 6 - SAJ).

A autoridade Policial no bojo do inquérito policial (autos nº 1506787-49.2022.8.26.0050), representou pelo bloqueio de diversas páginas de redes sociais, devidamente especificadas (fls. 03).

Em r. decisão de fls. 29/31 foi deferida a representação policial, determinando o bloqueio imediato dos perfis detalhados, dentre os quais o do apelante.

Pois bem.

Cumpre registrar, de proêmio, que no bojo do caderno investigativo, apura-se a prática dos delitos de exploração de jogos de azar, lavagem de dinheiro e associação criminosa. Insta consignar que no curso da investigação inferiu-se que **B.** utilizava-se de seus perfis na rede mundial de computadores para perpetrar referidos crimes, mormente valendo-se das redes sociais "Facebook" e "Instagram".

Nessa senda, ao menos em cognição sumária e calcado em juízo de probabilidade, vislumbra-se que o apelante realiza sorteios e rifas contendo premiações em dinheiro e veículos luxuosos, em desacordo com órgãos competentes e regulamentares. Destarte, apura-se a provável utilização dos numerários amealhados com os jogos, na ocultação e dissimulação por meio de atos de lavagens de capitais, bem como a divulgação de conteúdo altamente persuasivo para aliciar futuros clientes para as atividades alhures mencionadas, com a ostentação de lucrativo estilo de vida para atrair novos usuários.

Nesse jaez, em que pese o quanto alegado pela combativa defesa, as condutas aparentemente perpetradas pelo apelante encontram subsunção aos delitos provisoriamente capitulados, o que justifica a necessária cautelaridade na manutenção dos bloqueios dos três perfis da rede social "Instagram", até mesmo como forma de obstar a continuidade delitiva, valendo-se do alcance virtual para atingir mais e mais apostadores.

Com efeito, na apuração de eventuais condutas tidas como ilícitas, em âmbito de cognição exauriente, na ação penal que se avizinha, certamente, os pressupostos constitucionais do contraditório e da ampla defesa serão assegurados pelo juízo de origem, o qual poderá debruçar-se sobre o conjunto probatório amealhado.

Insta consignar que a liberdade de expressão e o livre exercício de atividade profissional são balizados pelo binômio: liberdade e responsabilidade, mormente que seu exercício não pode ser utilizado de forma a caracterizar ver-

Acesso ao Sumário

dadeiro escudo de tutela para prática de ilícitos, não se confundindo a liberdade de expressão com impunidade para eventual transgressão. Destarte, vislumbrando-se desvirtuado o exercício da liberdade de expressão, a Carta Magna, bem como a legislação infraconstitucional autorizam o uso de medidas repressivas, sejam civis ou penais, ainda que de natureza cautelar, como no caso dos autos.

Soma-se a isso, a Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet), corrobora que o uso da *internet* no país tem como preceito fundamental o respeito à liberdade de expressão. Em seus arts. 2º e 3º aduzem que: *"Art. 2º A disciplina do uso da internet no Brasil tem como fundamento o respeito à liberdade de expressão, bem como"; "[....] Art. 3º A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios: [...] I - garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal".*

Contudo, a utilização da rede mundial de computadores não pode ser efetivada para a propagação de conteúdos eventualmente ilícitos, subvertendo a função social do uso da *internet* e a tutela da defesa do consumidor, também apregoadas na Lei 12.965/2014, art. 2ª, incisos V e VI.

Demais disso, o recorrente não apresentou qualquer argumento minimamente apto a desconstituir os óbices apontados, limitando-se a aduzir que somente republica postagens de conteúdo contravencional, o que se revelaria suficiente para, ao menos, aderir à conduta de prática de jogos de azar, restando o bloqueio das contas razoável e proporcional.

Demais disso, ainda que tenha a defesa informado que **B.** atue como "influencer" digital e seu trabalho restaria prejudicado em decorrência dos bloqueios efetivados, aludindo que o excesso de prazo na conclusão do inquérito policial interferirá diretamente em seu meio de subsistência. Conforme bem pontuado pelo d. Procurador de Justiça, Dr. Fernando Augusto de Mello, em judicioso parecer, em consulta na rede social "Instagram", observa-se que o apelante utiliza-se de nova conta (...) (com mais de 8 milhões de seguidores) e, aparentemente, continua a publicar seu estilo de vida, sem que as restrições dos seus três perfis, objeto das investigações, tenham impactado de modo significativo em sua subsistência.

Nessa senda, não logrou a combativa defesa indicar qualquer prejuízo que tenha o apelante sofrido.

Ausente, nesta toada, demonstração de prejuízo, não há qualquer nulidade, à luz do brocardo *pas de nullité sans grief*, positivado no art. 563, do Código de Processo Penal.

Em pertinência ao tema, já se manifestou a Colenda 8.ª Câmara de Direito Criminal:

> *"Ademais, também é princípio basilar, em tema de nulidades, que nenhum vício deve ser declarado se não tiver trazido prejuízo a qualquer das partes (pás de nullité sans grief). No caso vertente, a d. Defesa se-*

quer apontou qual seria o prejuízo suportado pelo réu, de sorte que fica rejeitada a questão preliminar" (Ap. nº 9174723-30.2009.8.26.0000, Rel. Amado de Faria, j. em 04.10.2012).

"Como sabido e consabido, cumpria aos apelantes, além de comprovar a existência da alegada nulidade, demonstrar a ocorrência de efetivo prejuízo dela decorrente, o que não ocorre na espécie, a tornar, pois, imprescindível trazer a lume a norma do artigo 563 do Código de Processo Penal, que dispõe: "Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa". É a consagração do princípio pas de nulitté sans grief" (Ap. nº 0000753-85.2008.8.26.0095, Rel. Moreira da Silva, j. em 30.09.2012).

Ademais, no que concerne ao alegado excesso de prazo para a conclusão das investigações, consigna-se que a situação é complexa e está a exigir minucioso cotejo do material arrecadado na investigação, com a apuração de possíveis delitos perpetrados em ambiente virtual, mostrando-se, na verdade, prematuro e temerário o acolhimento do pedido da defesa.

Em que pese o recorrente esteja cumprindo as cautelares indigitadas em lapso temporal razoável, não se revela necessário reconhecer a existência de retardo abusivo e injustificado para o deslinde das investigações, de modo a caracterizar o desproporcional excesso de prazo no cumprimento da medida.

Destarte, em consulta aos autos de inquérito policial, observa-se que, atualmente, aguarda-se o cumprimento, pela I. Autoridade Policial, de diligências requeridas pelo Ministério Público, consistentes em esclarecimentos sobre as investigações para a apuração do crime de lavagem de capitais, descrevendo as condutas dos indiciados que demonstrem a ocultação e/ou dissimulação da origem ilícita do dinheiro, revelando que o d. representante do *parquet*, atuante junto ao juízo de origem, vem diligenciando, de modo razoável e proporcional, para a conclusão das investigações. (fls. 1548/1549 - Autos nº 1506787-49.2022.8.26.0050).

Nessa linha de precedentes, o Colendo Supremo Tribunal Federal:

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. DESCAMINHO. MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO. RETENÇÃO DO PASSAPORTE E PROIBIÇÃO DE DEIXAR O PAÍS. ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE PRAZO. RAZOABILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. O habeas corpus não pode ser utilizado como substitutivo de recurso próprio, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, com a exceção de quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício. 2. No caso, não se trata de imposição tardia de medidas cautelares, mas da manutenção de medidas menos gravosas que a prisão

Acesso ao Sumário

decretadas com a presença de fundamentos concretos e contemporâneos aos fatos imputados. 3. Conforme ressaltado pela Corte de origem as circunstâncias do caso concreto, em que a paciente é acusada de reiteradamente internalizar mercadorias importadas, de alto valor, sem o correspondente pagamento de tributos, no contexto de transnacionalidade, justificam a manutenção da medida cautelar de retenção do passaporte. 4. ***Conquanto a paciente esteja cumprindo as referidas medidas cautelares há tempo considerável, não é possível se reconhecer a existência de retardo abusivo e injustificado, de forma a caracterizar desproporcional excesso de prazo no cumprimento da medida. 5. Vale destacar que não há disposição legal que restrinja o prazo das medidas cautelares diversas da prisão, as quais podem perdurar enquanto presentes os requisitos do art. 282 do Código de Processo Penal, devidamente observadas as peculiaridades do caso e do agente.*** *6. Agravo regimental a que se nega provimento. Tendo em vista o tempo decorrido e o quantitativo/regime de pena fixados, recomenda-se que o Juízo a quo reexamine a cautelar imposta, no prazo de quinze dias, a contar da comunicação correspondente". (AgRg no HABEAS CORPUS Nº 737.657 - PE (2022/0117121-0) - 14/06/2022. REL.: MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA). - Grifos nossos.*

No mesmo sentido:

"PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. PECULATO. ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA. TRANCAMENTO DO INQUÉRITO. CARÊNCIA DE JUSTA CAUSA NÃO EVIDENCIADA. MOROSIDADE NO DESFECHO DAS INVESTIGAÇÕES. PRAZO PARA ENCERRAMENTO DO INQUÉRITO FIXADO. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...] 8. ***Conquanto a Constituição Federal consagre a garantia da duração razoável do processo, o excesso de prazo na conclusão do inquérito policial somente poderá ser reconhecido caso venha a ser demonstrado que as investigações se prolongam de forma desarrazoada, sem que a complexidade dos fatos sob apuração justifiquem tal morosidade.*** *Por outro lado, ainda que não tenha sido decretada a sua custódia preventiva ou a qualquer outra medida cautelar, inegável reconhecer que o prosseguimento do inquérito por prazo indefinido traz inegável constrangimento ao investigado, máxime se ele houver sido formalmente indiciada". (AgRg no HC 491.639/MA, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 30/05/2019, DJe 04/06/201) grifos nossos.*

Em arremate, como se viu, os elementos constantes desses autos trazem indícios suficientes da utilização de contas em rede social para a prática de jogos

Acesso ao Sumário

de azar, no contexto de associação criminosa, bem como, repise-se, a divulgação de conteúdo altamente persuasivo para aliciar futuros clientes para as atividades alhures mencionadas, de maneira que persiste a necessidade da manutenção do bloqueio dos perfis até o deslinde das investigações e da persecução penal.

Incensurável, portanto, a decisão ora vergastada.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500485-69.2023.8.26.0696, da Comarca de Fernandópolis, em que é apelante/apelado A. H. D. M., é apelado/apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por unanimidade, negaram provimento ao apelo de A. H. D. M. e deram provimento ao recurso do Ministério Público para alçar suas penas a 02 anos, 09 meses e 18 dias de reclusão e 14 dias-multa para o delito de intolerância por orientação sexual e a 01 mês e 12 dias de detenção para o delito de ameaça.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.301(2))**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MAURICIO VALALA (Presidente), JUSCELINO BATISTA e LUIS AUGUSTO DE SAMPAIO ARRUDA.

São Paulo, 11 de junho de 2024.

MAURICIO VALALA, Relator

Ementa: Ameaça e Intolerância por orientação sexual – Conjunto probatório harmônico e coeso – Manutenção da condenação.

Pena-base – Circunstâncias judiciais desfavoráveis – Exasperação – Necessidade – Fração de 1/6 consentânea. Agravante do crime perpetrado contra descendente e confissão espontânea – Compensação – Impossibilidade – Réu que faz uso de mera estratégia tendente a mitigar sua responsabilidade criminal – Cancelamento – Necessidade – Majoração sob a fração de 1/6 com respaldo na agravante, remanescente. Indenização – 'Quantum' pleiteado na inicial – Atendimento – Instrução probatória específica – Desnecessidade.

Acesso ao Sumário

Regime prisional aberto – Subsistência.
Apelo defensivo improvido e acusatório provido.

VOTO

A r. sentença de fls. 128/132, do d. juízo de direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Fernandópolis, cujo relatório se adota, julgou procedente a presente ação, condenando A. H. D. M., como incurso no artigo 2º-A, caput, da Lei nº 7.716/89 c/c artigo 147, "caput", c/c artigo 69, ambos do Código Penal, respetivamente às penas de 02 anos de reclusão e 10 dias-multa, no piso legal, e 01 mês de detenção, sob regime prisional aberto, além do pagamento de indenização de 10.000 reais em favor da vítima por danos morais.

Apelou, o representante do Ministério Público, bradando pelo recrudescimento das penas sob os vieses da necessidade de aumento da pena-base e de cancelamento da atenuante da confissão espontânea.

Apelou, o inculpado, pela D. Defesa, pugnando, em suas razões, pela absolvição por insuficiência de provas.

O recurso foi regularmente processado.

Parecer da Ilustrada Procuradoria Geral de Justiça pelo não provimento do apelo.

É o relatório.

A respeitável decisão recorrida, do Dr. Vinícius Castrequini Bufulin, deu adequada solução à lide, analisando, com propriedade, as provas produzidas, bem assim enfrentando todos os temas suscitados, de modo que, na forma do permissivo constante do artigo 252 do Regimento Interno deste Tribunal, em essência, ficam ratificados seus fundamentos.

Materialidade e autoria delitivas comprovadas com o boletim de ocorrência, auto de exibição e apreensão, relatório de degravação que revela inúmeras e intensas ameaças e injúrias preconceituosas, homofóbicas, e com a prova oral colhida nos autos.

Em sua oitiva, a vítima sublinhou que o acusado sempre foi um pai agressivo, o que lhe provocava temor, levando-a a crise de ansiedade de ter de ir ao local do depoimento. Tamanho seu temor que não compareceu ao casamento de sua tia, haja vista a promessa de agressão a ele e a seu namorado pelo denunciado.

O informante Luís, irmão da vítima e filho do réu confirmou que o genitor de ambos sempre teve discurso homofóbico.

Interrogado, o acusado admitiu o ocorrido. Agiu porque seu filho, ora vítima, afirmou que ele contribuíra para a morte do avô.

Nada há que infirme a imputação que pesa contra o ora apelante, restando incontestável sua responsabilidade.

O crime perpetrado envolve violência contra descendente com especial

Acesso ao Sumário

relevo à intolerância a ele voltada por conta de sua orientação sexual, subsumindo-se, a conduta do acusado, ao ameaçar a vítima, seu filho, de represálias, buscando minar sua autoestima com respaldo em sua orientação sexual, que mereceria desprezo, ao tipo penal previsto no artigo 147 do Código Penal e ao tipo penal inserto no artigo 2º-A, caput, da Lei nº 7.716/89, combinados; o ofendido é filho do acusado.

A vítima sentiu-se atemorizada, levando os fatos à Delegacia de Polícia, o que basta à configuração do crime de ameaça; viu-se tomar de receio em comparecer em Juízo a fim de ofertar sua versão sobre o triste episódio.

Os elementos de prova trazidos aos autos dão clareza meridiana aos fatos, depreendendo-se das trocas de mensagens mantidas entre pai e filho, denunciado e vítima, respectivamente, as ameaças pelo primeiro proferidas e as injúrias, intensas e descabidas, dirigidas ao seu primogênito por conta de sua orientação sexual.

Emerge dos autos o histórico de desavenças, entremeado de ressentimento a perder-se no tempo, mantido entre réu e vítima, o que não se presta - e nem poderia ser diferente - a respaldar as palavras dirigidas pelo genitor ao seu filho, emolduradas em preconceito inconcebível em qualquer tempo, sobretudo nos atuais, de tantas iniciativas e tamanhos avanços no campo dos direitos humanos.

Não é o gênero ou a condição sexual que define o caráter de uma pessoa, mas seu protagonismo como quem professa os valores éticos e humanos necessários à mantença e à evolução da sociedade.

De rigor, pois, a condenação.

Não se vislumbra a menor possibilidade de desclassificação para a prática insculpida no artigo 140, § 3º, do Código Penal.

Vale trazer excertos do bem lançado parecer, ora adotados como razão de decidir:

"(...) Não merece acolhimento o pleito defensivo de desclassificação para o artigo 140, §3º, do Código Penal.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADO 26, concluiu que até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989. E a conduta do réu, nas mensagens enviadas, não deixa dúvidas quanto ao dolo, sua vontade de discriminar e intimidar a vítima por meio de ameaças.

Registra-se que a lavratura do boletim de ocorrência deixa claro o ânimo

Acesso ao Sumário

da vítima de que o acusado fosse denunciado e responsabilizado pelas ilícitas práticas, o que basta ao regular seguimento do feito.

Não obstante, as penas merecem redimensionamento.

As circunstâncias judiciais desfavoráveis, com realce à culpabilidade acentuada do réu e às nefastas consequências de seu desatino estão a autorizar a exasperação na primeira fase do cálculo dosimétrico, ora se elegendo a fração de 1/5 a esse título, alçando-se as penas do delito de ameaça a 01 mês e 06 dias de detenção e do delito de intolerância por orientação sexual a 02 anos, 04 meses e 24 dias de reclusão e 12 dias-multa.

Descabido o discurso do denunciado no sentido de que não poderia haver espaço para pessoas de orientação diversa da heterossexual 'à mesa' de uma família tipicamente católica.

Nefastas as consequências do discurso homofóbico, em especial quando dirigidas pelo pai ao seu filho, caso dos autos.

O acusado provocou intenso sofrimento à vítima, quem sublinhou haver prestado o primeiro depoimento sob forte crise de ansiedade, com receio de encontrar com o réu, seu genitor, de quem, inclusive, oculta seu atual endereço por medo de represálias

A corroborar o dito o fato de que a vítima, a final não compareceu ao casamento de ente familiar por receio do desfecho do triste e reprovável episódio.

Na segunda fase da dosimetria, sopesada a agravante do crime praticado contra descendente e dando-se ensejo à majoração à conta da sexta parte a esse título, perfazem-se as penas finais de 01 mês e 12 dias de detenção para a ameaça e de 02 anos, 09 meses e 18 dias de reclusão e 14 dias-multa, no menor valor unitário, tornadas definitivas, ausentes circunstâncias outras a serem sopesadas.

Não era caso de se reconhecer a confissão espontânea, que ora se cancela.

A versão do réu mostrou-se mera estratégia de defesa tendente a empalidecer sua responsabilidade criminal.

Valendo-se de posicionamento adotado pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, havendo pedido expresso na prefacial, a fixação do 'quantum' indenizatório a esse título prescinde de instrução probatória específica.

Na exordial, expresso o pleito de indenização em favor da vítima, em atendimento aos ditames do artigo 387, IV, do Código de Processo Penal, sem prejuízo da possibilidade de condenação ao pagamento de valor excedente na esfera cível.

De qualquer modo, questões atinentes à hipossuficiência do apelante a redundarem na isenção ou na mitigação do pagamento da indenização deverão ser deduzidas em sede de execução, campo fértil para discussões mais pormenorizadas a esse título.

O *quantum* da pena e a primariedade do apelante estão a demonstrar que apropriado o regime prisional aberto para o cumprimento da carcerária, aten-

Acesso ao Sumário

dendo-se ao binômio suficiência e adequação.

Inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos por expressa vedação legal. Essa a inteligência do artigo 17 da Lei 11.304/06.

Bem assim benesse outra de qualquer natureza, tal como a suspensão condicional da pena.

Diante do exposto, **nega-se provimento** ao apelo de A. H. D. M. e se **dá provimento ao recurso** do Ministério Público para alçar suas penas a 02 anos, 09 meses e 18 dias de reclusão e 14 dias-multa para o delito de intolerância por orientação sexual e a 01 mês e 12 dias de detenção para o delito de ameaça; mantida, no mais, por seus bem deduzidos fundamentos, a sentença recorrida.

Comunique-se.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1501549-73.2023.8.26.0548, da Comarca de Campinas, em que são apelantes/apelados BRUNO COSTA GONÇALVES DA SILVA e RODOLFO DA SILVA, é apelado/apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 13ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos dos réus e do Ministério Público, ficando mantida a r. sentença. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 12756)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MOREIRA DA SILVA (Presidente) e AUGUSTO DE SIQUEIRA.

São Paulo, 27 de junho de 2024.

XISTO RANGEL, Relator

Ementa: Ação Penal. Roubo de carga com emprego de arma de fogo, restrição de liberdade e concurso de pessoas. Sentença condenatória. Insurgência das partes. Recursos defensivos visando a absolvição e a redução da pena. Reconhecimento dos réus que não é a única prova capaz de incriminá-los, de modo que a inobservância das formalidades do artigo 226 do CPP, não interfere no desfecho da ação penal. Negativa de autoria dos réus que não se sustenta por qualquer elemento de prova. Despicienda a apreensão e a perícia da arma de fogo, para a incidência da majorante do § 2º-A, I, do art. 157 do CP, quando existirem, nos au-

Acesso ao Sumário

tos, outros elementos de prova que evidenciem a sua utilização no roubo. Precedentes. Dosimetria. Alegação de bis in idem. Inocorrência. Qualificadoras do concurso de agentes e da restrição de liberdade da vítima que foram consideradas como circunstâncias judiciais desfavoráveis. Aumento de 2/3 em decorrência da utilização da arma de fogo para a prática do roubo que foi aplicado na terceira fase. Inalteradas as frações pelo agravamento das penas em virtude da reincidência dos acusados. Pleito do ministério público para a incidência de todas as causas de aumento na terceira fase. Não acolhimento. Inteligência do art. 68, par. único, CP. Forma e percentuais aplicados com razoabilidade e que ficam aqui mantidos. Inexistência de crime único. Concurso formal que merece ser mantido, ante a violação de patrimônios distintos. Regime fechado. Pedido de incidência do instituto da detração penal que deverá ser formulado pelo juízo das execuções criminais. Recursos não providos.

VOTO

Vistos.

Ao relatório de fls. 135 e seguintes acrescento a r. sentença ter julgado procedente a ação penal para condenar os réus **BRUNO COSTA GONÇALVES DA SILVA**, às penas de 14 (catorze) anos e 07 (sete) meses de reclusão em regime fechado e ao pagamento de 35 (trinta e cinco) dias-multa, no valor unitário mínimo, e o réu **RODOLFO DA SILVA**, às penas de 12 (doze) anos, 05 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão em regime fechado e ao pagamento de 29 (vinte e nove) dias-multa, no valor unitário mínimo, como incursos nos artigos 157, §2º, II e V, e §2º-A, inciso I, por duas vezes, na forma do artigo 70, ambos do Código Penal.

Isto porque ao que se extrai da denúncia de fls. 01/03:

Consta do incluso inquérito policial que no dia 28 de abril de 2023, por volta das 9h20, na Rodovia Bandeirantes, nesta cidade e comarca, BRUNO COSTA GONÇALVES DA SILVA, qualificado a fls.19/20, e RODOLFO DA SILVA, qualificado a fls. 41/42, agindo em concurso e com identidade de propósitos com pelo menos mais dois indivíduos ainda não identificados, cada qual fazendo sua ação a do outro, mediante grave ameaça à vítima B. H. e S. B., exercida com emprego de arma de fogo, mantendo a vítima em poder deles, restringindo-lhe a liberdade, subtraíram, para todos, o veículo Fiat/Fiorino, placas (...), pertencente à vítima B. H., e a respectiva carga contendo cigarros, pertencentes

Acesso ao Sumário

à empresa Souza Cruz Tabacos Ltda., conforme auto de exibição, apreensão e entrega a fls. 17.

Segundo apurado, na data dos fatos, os denunciados e seus cúmplices ainda não identificados decidiram subtrair a carga da empresa Souza Cruz Ltda., para tanto, utilizaram dois veículos Fiat/Siena, um da cor prata, placas OUJ2J5, e outro branco, placas não identificadas.

Por volta das 9 horas, rumaram até a Rodovia dos Bandeirantes, próximo ao bairro Vila União, sentido interior, quando os dois ocupantes do veículo Siena branco interceptaram a trajetória do veículo Fiat/Fiorino, ocupado pela vítima e, do lado esquerdo, parou o veículo Siena prata, conduzido pelo denunciado RODOLFO, tendo como passageiro o denunciado BRUNO.

Na sequência, enquanto o denunciado RODOLFO permanecia ao volante do veículo Siena prata, o denunciado BRUNO desceu e, sob ameaça da arma de fogo que portava, anunciou o assalto, ordenou que a vítima desembarcasse, BRUNO tomou a direção do veículo Fiorino e determinou que a vítima entrasse no veículo Siena branco, onde estavam os outros dois roubadores ainda não identificados. Desse modo, mantendo a vítima em poder deles, restringindo-lhe a liberdade, os infratores seguiram em direção desconhecida.

Ocorre que, acionados, policiais militares receberam as informações que o monitoramento de câmeras do município de Hortolândia apontou a passagem da Fiorino roubada e do Siena prata. Diante das informações, intensificaram o patrulhamento na região citada, avistaram o veículo Siena prata e deram ordem de parada.

O veículo era conduzido pelo denunciado RODOLFO e tinha como passageiro o denunciado BRUNO.

Durante a abordagem, ao sair do veículo, BRUNO retirou o aparelho celular do bolso e o quebrou dizendo "tem coisa aqui que pode me comprometer".

Na delegacia, a vítima reconheceu o denunciado BRUNO como o indivíduo que desceu do veículo Siena prata portando uma arma de fogo e anunciou o assalto, e o denunciado RODOLFO como o indivíduo que conduzia o referido veículo.

Consta que o veículo Fiat Fiorino de placas (...) e a respectiva carga de cigarros foram localizados e restituídos à vítima (auto de fls. 17).

Os acusados foram processados e condenados nos termos da denúncia.

Inconformado com a sentença, o **réu Bruno** interpôs recurso de apelação (fls. 491/504). Visa a reforma do *decisum* sob alegação de ausência de elementos para embasamento do decreto condenatório. Subsidiariamente, requer o reconhecimento da participação de menor importância, fixação da pena-base no mínimo legal, redução da fração de aumento pela reincidência, afastamento das majorantes, abrandamento do regime prisional e a incidência do instituto da detração penal. Tece considerações acerca da ocorrência de *bis in idem* pois

Acesso ao Sumário

as majorantes foram consideradas na primeira e na terceira fase da dosimetria. Aduz, ainda, que não houve apreensão de nenhum artefato, de modo que a causa de aumento relativa ao emprego de arma de fogo deve ser afastada.

De seu turno, o **réu Rodolfo** apresentou recurso de apelação (fls. 509/522). Busca sua absolvição sustentando fragilidade do conjunto probatório. Aduz que o reconhecimento realizado em solo policial violou a norma estabelecida no art. 226 do Código de Processo Penal. Subsidiariamente, pleiteia a redução da pena imposta e a fixação de regime mais brando para o cumprimento inicial da reprimenda. Por fim, postula o direito de recorrer em liberdade.

O representante do MP apresentou recurso de apelação (fls. 538/540). Visa a correção da dosimetria para que todas as causas de aumento (concurso de agentes, restrição de liberdade e emprego de arma de fogo) incidam cumulativamente na última fase.

Contrarrazões (fls. 542/555, 558/574 e 575/579).

A D. Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo desprovimento dos recursos (fls. 595/605).

De conformidade com o art. 1º, da Resolução nº 772/17, houve oposição ao julgamento virtual (fls. 587 e 592 - réu Bruno).

É o relatório.

A materialidade restou devidamente comprovada, conforme se verifica do boletim de ocorrência (fls. 1/19), auto de exibição, apreensão e entrega (fls. 22/23), bem como da prova oral coligida aos autos.

A autoria igualmente.

No interrogatório, o **réu Bruno** negou a prática delitiva. Disse que estava na loja de conserto de radiadores e pegou uma carona com Rodolfo. Ato contínuo, foram abordados. Os policiais começaram a tirar sua foto, alegando que tinha ocorrido um roubo de carga de cigarros. A sua foto foi enviada para a vítima. No celular tinha grupos de trânsito e por estar com a habilitação vencida, acabou quebrando o celular. Negou ter confessado informalmente o crime aos policiais.

O **réu Rodolfo** negou o roubo. Disse que pegou o carro emprestado. Recebeu uma ligação de Bruno pedindo uma carona. Foram abordados pelos policiais e levados à delegacia para averiguação. Não chegou a ficar em pé junto com outras pessoas para fazer o reconhecimento.

A vítima B. declarou que trafegava pela Rodovia Bandeirantes, quando um Siena prata, com duas pessoas o enquadrou com uma arma de fogo e pediu para parar o veículo Fiorino no acostamento. Ato contínuo, um indivíduo armado o retirou do carro e o fez entrar em outro veículo, sendo levado para o Campo Belo. Foi subtraída a carga de cigarros pertencente à empresa Souza Cruz, bem como seu veículo, que foram recuperados posteriormente. Ficou cerca de 40 minutos em poder dos assaltantes. Fez o reconhecimento pessoal na delegacia.

Acesso ao Sumário

Havia apenas os dois suspeitos. Reconheceu Bruno, que o abordou com a arma de fogo, e Rodolfo que estava na condução do veículo. Esclareceu que foi cercado por 04 indivíduos, duas pessoas em cada automóvel. Em juízo, confirmou novamente que tem quase certeza de que o outro réu que estava no veículo junto com Bruno é o Rodolfo. Foi abordado pelo Siena prata, sendo colocado no Siena branco que vinha logo atrás.

As testemunhas Davi e Luano (policiais militares), relataram que estavam em patrulhamento quando foram informados via COPOM que dois veículos tinham efetuado o roubo de uma carga de cigarros, com retenção de vítima pela rodovia bandeirantes, sentido Campinas. O Copom informou o emplacamento apenas do Siena prata (OUJ2J35), mas noticiou o envolvimento do Siena branco na prática delitiva. Deslocaram-se até a divisa entre as cidades e conseguiram avistar o Siena prata. Devido ao trânsito, conseguiram abordar os réus. Ao abrir a porta do automóvel, o réu Bruno quebrou o celular dizendo que havia conversas que iriam prejudicá-lo. Segundo informação recebida, o veículo que abordaram (Siena prata) estava escoltando o veículo em que estava a vítima, um Siena branco. Não tiraram fotos dos acusados. O reconhecimento na DP foi acompanhado pelo delegado. Não sabem se foram colocadas pessoas ao lado dos réus.

A priori, impossível acolher a tese formulada pela defesa acerca da inobservância das formalidades do artigo 226 do CPP no que diz respeito ao reconhecimento dos acusados em sede policial, inclusive porque existem outras provas contundentes que formam um conjunto coeso e firme, suficiente para manter a condenação dos réus pelo crime de roubo descrito na denúncia, tal como bem decidido e fundamentado na r. sentença de primeiro grau, cujos argumentos merecem ser encampados, nos termos do artigo 252 do RITJSP.

Conquanto a defesa sustente que na fase inquisitiva não foram colocadas outras pessoas juntamente com os acusados para o reconhecimento pessoal, necessário ressaltar que, ao chegar na delegacia de polícia, a vítima, de plano, reconheceu os roubadores, afirmando que "Bruno era o assaltante armado de compleição mais gorda e que Rodolfo era o condutor do veículo Siena prata". Assim, a vítima não titubeou, reconhecendo de imediato as pessoas que a abordaram naquele mesmo dia.

Além disso, vale dizer que os acusados foram detidos pelos militares logo após o assalto, no interior do automóvel (Siena prata), indicado pelo monitoramento da carga e, ainda, pelo monitoramento das câmeras existentes na saída de Hortolândia, que constatou a passagem do veículo Fiorino sendo escoltado por um Siena branco.

Pois bem.

Ainda que o procedimento contido no art. 226, CPP não tenha sido observado com exatidão, vale dizer que o reconhecimento pessoal não se trata da única prova da autoria, sendo certa a existência de outros elementos probatórios,

Acesso ao Sumário

produzidos sob o crivo do contraditório, independentes e robustos para embasamento do decreto condenatório dos réus.

Acerca da questão posta, confira-se o entendimento perfilhado pelo Col. STJ:

EMENTA: PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. ABSOLVIÇÃO. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO. PRESENÇA DE OUTROS ELEMENTOS DE PROVA QUE PERMITEM A MANTENÇA DA CONDENAÇÃO. AGRAVO DESPROVIDO. 1. Nos termos do reconhecido na decisão ora impugnada, o habeas corpus não se presta para a apreciação de alegações que buscam a absolvição do paciente, em virtude da necessidade de revolvimento do conjunto fático-probatório, o que é inviável na via eleita. 2. ***Em julgados recentes, ambas as Turmas que compõem a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça alinharam a compreensão de que "o reconhecimento de pessoa, presencialmente ou por fotografia, realizado na fase do inquérito policial, apenas é apto, para identificar o réu e fixar a autoria delitiva, quando observadas as formalidades previstas no art. 226 do Código de Processo Penal e quando corroborado por outras provas colhidas na fase judicial, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa"*** *(HC 652.284/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 27/4/2021, DJe 3/ 5/2021). 3.* ***No caso dos autos, a autoria delitiva não tem, como único elemento de prova, o reconhecimento fotográfico, o que demonstra haver distinguishing em relação ao acórdão paradigma da alteração jurisprudencial, considerando a presença de outros elementos de convicção hígidos, pois o ofendido foi surpreendido em posse do capacete da vítima, além de ter sido reconhecido extrajudicialmente por testemunha. Tudo isso, deveras, demonstra a existência de um cabedal probatório apto a justificar a mantença da condenação do réu, em que pese a ofensa ao art. 226 do CPP.*** *4. Se a instância ordinária, de forma motivada e com fundamento no contexto probatório dos autos, entendeu que existe prova suficiente da autoria delitiva, a via do writ não se mostra adequada para infirmar tal conclusão. 5. Agravo desprovido.* (AgRg no HC 860053 / PE RELATOR Ministro RIBEIRO DANTAS - ÓRGÃO JULGADOR T5 - QUINTA TURMA - DATA DO JULGAMENTO 04/03/2024 - DATA DA PUBLICAÇÃO/FONTE DJe 07/03/2024).

Desta forma, o reconhecimento pessoal efetuado na delegacia de polícia sem observância das formalidades previstas no art. 226 do Código de Processo Penal pode ser admitido como prova, pois, além de amparado em outros elementos capazes de sustentar a autoria do delito, foi realizado quase que imediatamente após os fatos e renovado em juízo.

Por outro lado, a negativa de autoria ficou isolada nos autos.

Como dito, o ofendido reconheceu tanto na fase inquisitiva quanto em juízo, os acusados Bruno e Rodolfo como dois dos quatro agentes que efetuaram

Acesso ao Sumário

o roubo de seu veículo Fiorino e da carga de cigarros da empresa Souza Cruz.

O ofendido confirmou que foi abordado pelos réus, que estavam no Siena prata. Na sequência foi colocado em outro veículo (Siena branco) e permaneceu subjugado por aproximadamente 40 minutos.

A alegação da defesa acerca de suposta inconsistência nas declarações da vítima não se sustenta.

Explica-se.

Na fase inquisitiva, o ofendido relatou que seu veículo Fiorino foi fechado pelo "Siena branco", enquanto em juízo disse que foi fechado pelo "Siena prata".

Mas cumpre observar que, bem ou mal, em ambas as fases a vítima apontou os dois automóveis em sua abordagem, afirmando que os acusados estavam no Siena prata, do qual Bruno desembarcou com uma arma de fogo e o fez sair de seu automóvel e ingressar no Siena branco.

Ou seja, não há contradição importante.

Prossegue o ofendido dizendo que ficou em poder dos ocupantes do Siena branco por cerca de 40 minutos.

Ainda que o veículo fosse insulfilmado, reconheceu o réu Rodolfo como a pessoa que estava junto com Bruno no Siena prata, nada havendo de impossível nisso.

Além disso, vale ressaltar que os acusados foram detidos pelos militares, logo após o assalto, no interior do automóvel (Siena prata) indicado pelo monitoramento da carga e, ainda, pelo monitoramento das câmeras existentes na saída de Hortolândia, que inclusive constatou a passagem do veículo Fiorino sendo escoltado por um Siena branco.

Logo, não se vislumbra qualquer inconsistência na declaração prestada pela vítima, de modo que não há razão para não lhe reputar a devida credibilidade.

A palavra da vítima nos delitos patrimoniais é de extrema relevância quando coerente com os demais elementos de convicção.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO MAJORADO. TESE DE ABSOLVIÇÃO. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. PALAVRA DA VÍTIMA. RELEVÂNCIA. ALEGAÇÃO DE QUE O DEPOIMENTO DO OFENDIDO SERIA INIDÔNEO. INOVAÇÃO RECURSAL. DOSIMETRIA. INEXISTÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. PENA -BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. VIOLÊNCIA EXCESSIVA. NÚMERO DE VÍTIMAS. FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, DESPROVIDO. 1. A tese de absolvição não comporta acolhimento, pois, em regra, tendo as instâncias ordinárias concluído pela presença de provas sufi-

Acesso ao Sumário

cientes quanto à autoria, a inversão do julgado, de maneira a fazer prevalecer o pleito absolutório do Agravante, demandaria revolvimento das provas e fatos que instruem o caderno processual, inviável na via eleita. 2. ***A conclusão adotada pelo Tribunal estadual encontra-se em harmonia com a jurisprudência desta Corte, segundo a qual "em crimes contra o patrimônio, cometidos na clandestinidade, em especial o roubo, a palavra da vítima tem especial importância e prepondera, especialmente quando descreve, com firmeza, a cena criminosa" (HC 581.963/SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 22/03/2022, DJe 28/03/2022).*** *Ademais, não se pode olvidar que o veículo subtraído foi encontrado na posse do próprio Agravante, razão pela qual, dentro dos estreitos limites da via de habeas corpus, não se vislumbra ilegalidade flagrante a ensejar a absolvição do Sentenciado. 3. Não é passível de conhecimento a alegação defensiva de que o "depoimento da vítima não possui idoneidade, em razão de acontecimentos passados" entre esta e o Sentenciado, por se tratar de indevida inovação recursal. 4. Inexiste ilegalidade na avaliação desfavorável das circunstâncias do delito, tendo em vista a quantidade de vítimas atingidas (três, sendo duas de idade mais avançada) e a violência excessiva empregada pelos autores do crime, que desferiram coronhadas e socos no ofendido sem que ele apresentasse qualquer reação. 5. Agravo parcialmente conhecido e, nessa extensão, desprovido.* (AgRg no HC n. 647.779/PR, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 24/5/2022, DJe de 31/5/2022).

Também a tese formulada pela defesa de que não foram localizadas as digitais do acusado Bruno no veículo Fiorino se mostra inócua, ante a robustez dos elementos de convicção que apontam o envolvimento dos réus na prática delitiva. Mesmo porque o laudo pericial não atestou a inocência de quem quer que seja, já que concluiu que *os fragmentos de impressões papilares não apresentam condições de aproveitamento papiloscópico, ou seja, não possuem elementos individualizados de uma impressão papilar em quantidade e qualidade suficientes para a comprovação de sua identidade* (fls. 389).

Como se não bastasse, causa estranheza que os réus não tenham arrolado qualquer pessoa que trabalhasse na loja de conserto de radiadores, a fim de comprovar suas narrativas, ou seja, de que eles estavam na referida oficina no momento da presente ocorrência. Sendo inclusive bastante estranho que Bruno tenha quebrado seu telefone, visto que, não estivesse comprometido com o crime, fatalmente isso se revelaria no exame de seus arquivos.

Por outro lado, não há se falar em participação de menor importância do acusado Bruno, tendo em vista que ele foi reconhecido pela vítima como o agente que exibiu a arma de fogo e anunciou o roubo.

Desse modo, os elementos reunidos ao feito evidenciam que os réus foram coautores voluntários da empreitada criminosa, atuando em conjunto com comparsas não identificados, cada qual com uma função previamente definida.

Acesso ao Sumário

Mesmo que algum deles só estivesse dirigindo um dos veículos, não teria sua responsabilidade, só por isso, diminuída.

Nesse sentido:

ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PRETENDIDO RECONHECIMENTO DA PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA. INAPLICABILIDADE AOS COAUTORES. CONVERGÊNCIA DE VONTADES [...] Na esteira do entendimento desta Corte, o prévio ajuste de vontades para a prática do delito praticado impõe, a princípio, a responsabilização de todos os envolvidos, haja vista ser o resultado desdobramento ordinário da conduta criminosa em que todos contribuem para prática do evento típico. In casu, o Tribunal de origem destacou que a clara divisão de tarefas, na hipótese, revela que ***a atuação do agravante como condutor do veículo que deu suporte à conduta criminosa foi relevante para a consumação do delito, de modo a responder em coautoria pelo roubo circunstanciado*** (AgRg no AREsp 1277586/RN, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 06/12/2018, DJe 14/12/2018).

Com relação às causas de aumento, restou caracterizado nos autos que a empreitada criminosa contou com quatro agentes - dois em cada veículo -, sendo certo que a vítima permaneceu subjugada por aproximadamente 40 minutos, de modo que as majorantes relativas ao concurso de pessoas e restrição de liberdade incidem na espécie.

Ademais, a causa de aumento prevista no art. 157, §2º-A, inc. I, CP, também ficou configurada, vez que o ofendido suportou grave ameaça exercida com a arma de fogo em poder de um dos roubadores, sendo irrelevante a apreensão e realização de perícia no artefato para a incidência de tal majorante.

Nessa toada:

A Terceira Seção desta Corte Superior, por ocasião do julgamento dos Embargos de Divergência 961.863/RS, firmou o entendimento de que ***é despicienda a apreensão e a perícia da arma de fogo, para a incidência da majorante do revogado inciso I do § 2º do art. 157 do CP (atual §2º-A, I, do mesmo art. 157), quando existirem, nos autos, outros elementos de prova que evidenciem a sua utilização no roubo****, tal como ocorrido na hipótese, em que a vítima "relatou que saiu do trabalho, no jornal, e se dirigiu para a motocicleta, nisso o réu chegou ao seu lado, lhe abordou e apresentou a arma, em grave ameaça (...)"* (STJ, AgRg no REsp 2083974 / MG, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 07/03/2024).

Destarte, a condenação dos réus era mesmo de rigor.

Passa-se à dosimetria.

Bruno Costa Gonçalves da Silva e Rodolfo da Silva

A pena-base foi fixada acima do mínimo legal, considerando *o concurso de no mínimo três agentes, a restrição de liberdade da vítima e a natureza dos bens subtraídos, dentre eles veículo de carga, bem de expressivo valor econô-*

Acesso ao Sumário

mico.

No caso concreto, as qualificadoras do concurso de agentes e da restrição de liberdade das vítimas serviram para aumentar a pena como circunstâncias desfavoráveis. Anote-se, ainda, que se trata de roubo de um veículo utilitário e de carga de significativo valor (R$ 19.000,00), que obviamente exigiu maior audácia e prévio planejamento de um grupo criminoso, que inclusive contou com o apoio de dois automóveis para a empreitada criminosa.

Assim, em razão das circunstâncias negativas, a pena base para cada delito foi fixada acima do mínimo legal em 1/4 para Bruno e em 1/3 para Rodolfo, em virtude também dos maus antecedentes (Processo nº 0003032-40.2015.8.26.0505), não merecendo qualquer correção.

Na fase intermediária, incidiu a agravante de multirreincidência para o réu Bruno (Processos nº 0003268-77.2017.8.26.0548 - Execução nº 7000618-42.2018.8.26.0114 - furto com extinção da pena pelo cumprimento aos 30/09/2022; nº 0013753-61.2009.8.26.0114 - Execução nº 7004624-10.2009.8.26.0114 roubo com extinção da pena pelo cumprimento aos 08/06/2022; nº 0025796-20.2015.8.26.0114 - Execução nº 7001793-08.2017.8.26.0114 furto com extinção da pena pelo cumprimento aos 22/07/2022; nº 0033610-25.2011.8.26.0114 - Execução nº 7004736-08.2011.8.26.0114 receptação com extinção da pena pelo cumprimento aos 08/06/2022; nº 0058538-06.2012.8.26.0114 - Execução nº 7002291-46.20113.8.26.0114 furto com extinção da pena pelo cumprimento aos 11/10/202 - fls. 309/317), na fração de ½, e a agravante de dupla reincidência para o réu Rodolfo (Processos nº 011604-43.2019.8.26.0502 furto com trânsito em julgado para a defesa aos 16/04/2019 e nº 1500792-55.2018.8.26.0548 furto com trânsito em julgado para defesa aos 16/04/2019 fls. 339/345), na fração de 1/5.

Na terceira fase, *aplica-se ao delito de roubo, como já fundamentado, as majorantes previstas no artigo 157, §2º, incisos II e V (concurso de pessoas e restrição de liberdade da vítima) e §2º-A, inciso I (emprego de arma de fogo), do Código Penal. No entanto, conforme o artigo 68, parágrafo único, do Código Penal, limito o aumento à majorante de maior fração, qual seja, a pertinente ao emprego de arma de fogo, sendo as circunstâncias referente ao concurso de pessoas e da restrição da liberdade da vítima sopesadas na pena base, razão pela qual aumento a pena em 2/3.*

Acesso ao Sumário

O pleito formulado pelo representante do ministério público para a incidência de todas as causas de aumento na terceira etapa, bem como o pedido do réu Bruno para o afastamento das majorantes em razão do alegado *bis in idem* na primeira e na terceira fase da dosimetria, não merecem acolhimento.

Em que pese o entendimento do órgão ministerial a respeito da possibilidade de aplicação cumulativa das causas de aumento de pena previstas na parte especial, cumpre salientar que de acordo com o previsto no art. 68, parágrafo

único, do Código Penal, no concurso de duas ou mais causas de aumento previstas na parte especial, o juiz aplicou apenas uma delas e escolheu aquela que mais aumentou a pena.

Desta forma, com o intuito de evitar uma punição excessiva, fica mantida na terceira fase somente a majorante relativa ao emprego de arma de fogo, na fração de 2/3, na forma efetuada na r. sentença.

A propósito, confira-se o parecer da d. PGJ, *poder-se-ia cogitar da incidência de todas as causas de aumento de pena na terceira fase da dosimetria, como pleiteado pelo combativo Promotor de Justiça, entretanto, a forma e os percentuais aplicados parecem bem razoáveis.*

Não há bis in idem uma vez que as circunstâncias utilizadas na primeira fase foram afastadas na terceira.

Por outro lado, descabe o pedido de afastamento do concurso formal de crimes.

Não há como reconhecer a existência de crime único, pois ainda que mediante uma só conduta, os réus subtraíram bens móveis pertencentes a pessoas diversas, ou seja, a carga (mercadorias) da empresa "Souza Cruz", bem como o veículo Fiorino pertencente ao ofendido B..

Assim, em razão do concurso formal entre os dois crimes de roubo a pena foi aumentada em 1/6, resultando em 14 anos e 07 meses de reclusão e 35 dias-multa para o réu Bruno, e em 12 anos, 05 meses e 10 dias de reclusão e 29 dias-multa ao réu Rodolfo.

O regime fechado foi fixado corretamente em virtude da gravidade do delito praticado mediante ameaça exercida com emprego de arma de fogo, restrição de liberdade da vítima e em concurso de agentes. Acrescente-se, ainda, que os réus são reincidentes e que o montante da pena extrapola oito anos (art. 33, par. 2º, alínea "a", do Código Penal.

O pleito de detração, a fim de que os réus cumpram as penas no regime mais brando, deverá ser formulado pelo juízo das execuções criminais.

Finalmente, não há possibilidade de os réus aguardarem o julgamento do recurso em liberdade, tendo em vista que permaneceram presos, motivadamente, durante toda a instrução processual para a garantia da ordem pública. Ainda mais agora com a confirmação da sentença que os condenou como incursos no art. 157, §2º, II e V, e §2º-A, inciso I, por duas vezes, na forma do artigo 70, ambos do Código Penal.

Em face do exposto, **nega-se provimento aos recursos dos réus e do ministério público**, ficando mantida a r. sentença.

Acesso ao Sumário

Habeas Corpus

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus Criminal nº 2066275-57.2024.8.26.0000, da Comarca de Tatuí, em que é paciente LUIS AMÉRICO ORTENSE DA SILVA e Impetrante JORGE URBANI SALOMÃO.

ACORDAM, em 2ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Denegaram a ordem. V. U. Sustentou oralmente o advogado, dr. Jorge Urbani Salomão, e usou da palavra o Exmo. Sr. Procurador de Justiça, dr. Norberto Jóia.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.045)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ALEX ZILENOVSKI (Presidente) e FRANCISCO ORLANDO.

São Paulo, 29 de abril de 2024.

LAERTE MARRONE, Relator

Ementa: "Habeas corpus" em que se hostiliza decisão proferida em processo penal em que o paciente responde pelo crime de estelionato. 1. Alegação de extinção da punibilidade pela decadência. Não se afigura possível, desde logo, considerando os limites de cognição do "habeas corpus", assentar que houve a decadência do direito de representação. 2. Interpretação teleológica da norma que estabelece o termo inicial do prazo de decadência. Vítimas induzidas em erro pelo ato fraudulento do agente. O escopo da lei, ao estabelecer um prazo para a vítima representar manifestando a vontade de que seja promovida a persecução penal em face do agente, é de evitar que o direito de perseguir o ofensor se prolongue indefinidamente, de sorte a tutelar a paz social. Trata-se de sancionar a inércia do ofendido - que, tendo condições de declarar se deseja que o autor do crime seja punido, deixa de fazê-lo - com a perda do direito de representação. Com efeito, a inação do ofendido, enquanto fato a acarretar a perda do direito subjetivo de representar, pressupõe que tenha a compreensão de que fora, efetivamente, vítima de um delito. Somente após a vítima ter essa consciência é que se enceta o prazo decadencial, não

Acesso ao Sumário

antes. Nos casos em que o delito é perpetrado mediante fraude, em que a vítima é enganada, o termo inicial nem sempre coincide com a data da infração penal. É possível que a vítima, embora represente com quem está mantendo relação jurídica (o possível autor do crime), ignore, por se achar em estado de erro induzido pelo agente, que foi cometido um ilícito penal contra sua pessoa. Neste passo, a expressão legal autor do crime (enquanto dado a desencadear o prazo de representação) significa que a vítima não somente conheça o autor do fato (enquanto dado da realidade), mas tenha a percepção de que se trata de um crime. 3. Dentro deste contexto, não se pode assentar que as vítimas, induzidas a erro pela fraude do paciente e demais acusados, desde logo, perceberam que foram sujeitos passivos do crime de estelionato, de sorte que a representação feita ao Ministério Público (fls. 72/85) veio a destempo, ou seja, quando já se operara a decadência. Inviável, nesta via (considerando, insista-se, o apertado campo de conhecimento do "habeas corpus"), definir quando encetado o prazo decadencial, ou seja, quando as vítimas ficaram cientes de que foram sujeitos passivos do crime de estelionato. 4. Além disso, na Assembleia Geral Ordinária dos promissários compradores, permutantes e adquirentes de unidades autônomas do empreendimento "Condomínio em Construção do Edifício Acqua Tatuí", realizada em 10 de março de 2020, constam, aproximadamente, "50 (cinquenta) adquirentes" adimplentes, ou seja, há, no mínimo, cerca de cinquenta vítimas do crime de estelionato. Não há, assim, como saber, desde logo, se configurada alguma exceção à regra da ação penal pública condicionada à representação (artigo 171, par. 5º, incisos I a IV), ou seja, se presente uma situação em que a ação penal é pública incondicionada, quadro em que não se poderia falar em decadência. 5. O deslinde das questões acima postas postula um exame detido de fatos, que desborda do âmbito de conhecimento do "writ". 6. Não caracterização de constrangimento ilegal. Ordem denegada.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Trata-se de "habeas corpus", com pedido de liminar, impetrado por Jorge Urbani Salomão em favor de Luis Américo Ortense da Silva.

Alega, em suma, que o paciente, denunciado pela suposta prática de crime de estelionato, sofre de constrangimento ilegal porquanto extinta a punibilidade em razão da decadência do direito de representação, alegação deduzida na resposta à acusação e repelida pelo magistrado.

Busca liminarmente o sobrestamento do feito até o julgamento definitivo do "writ". No mérito, requer o reconhecimento da extinção da punibilidade do paciente, com sua consequente absolvição sumária.

O pedido de liminar foi deferido, determinando-se a suspensão da ação penal até o julgamento do "writ" pelo órgão colegiado (fls. 91/92).

A d. autoridade judicial prestou informações (fls. 99/111).

Manifestou-se a d. Procuradoria Geral de Justiça pela denegação da ordem (fls. 114/121).

É o relatório.

2. Inconsistente a impetração.

3. O paciente foi denunciado nos seguintes termos (fls. 21/25):

*"Consta dos inclusos autos de inquérito policial que, durante os anos de 2014 e 2019, nesta cidade e comarca de Tatuí, **WILSON FERREIRA DA SILVA FILHO**, com dados qualificadores a fls. 99, **NEWTON JOSÉ DE OLIVEIRA PEREZ**, com dados qualificadores a fls. 355/358, **FERNANDO PATUCCI RODRIGUES**, com dados qualificadores a fls. 355/358, **LUIZ AMÉRICO ORTENSE DA SILVA**, com dados qualificadores a fls. 80, e **JOÃO GUILHERME SIMÕES DE OLIVEIRA PEREZ**, com dados qualificadores a fls. 79, agindo em concurso, com unidade de desígnios e identidade de propósitos, visando ao resultado comum, obtiveram, em proveito comum, mediante meio fraudulento a seguir descrito, vantagem ilícita que ultrapassa a quantia de R$ 5.971.878,00 (cinco milhões, novecentos e setenta e um mil e oitocentos e setenta e oito reais), em prejuízo dos integrantes da associação formada pelos condôminos lesados, denominada 'Condomínio do Edifício em Construção Acqua Club Tatuí'.*

*Apurou-se que o denunciado **WILSON** era sócio administrador da pessoa jurídica 'La Rioja Construções e Incorporações LTDA' (fls. 321/325), bem como **NEWTON** e **FERNANDO** eram proprietários da sociedade empresária 'Ferpel Engenharia e Construções LTDA' (fls. 355/358), da qual **LUIZ AMÉRICO** e **JOÃO GUILHERME** eram advogados (fls. 79 e 80).*

As empresas em questão atuavam no ramo da construção civil e, portanto, celebravam contratos em que assumiam a obrigação de construir empreendimentos e revendê-los diretamente a interessados.

Em data não apurada, anterior ao ano de 2014, os denunciados decidiram unir esforços para a prática de crimes de estelionato, por meio de frau-

Acesso ao Sumário

de consistente em celebrar com terceiros compromissos de venda e compra de apartamentos na 'planta', porém sem a intenção de realizarem a obra, com o que, os pretensos adquirentes pagavam pelo imóvel, mas não os recebiam.

*Assim, por meio da pessoa jurídica 'La Rioja', **WILSON** anunciou à venda apartamentos 'na planta' de empreendimento que se denominava de 'Edifício Acqua Club Tatuí'.*

*Induzidas ao erro, as vítimas (que posteriormente formaram a associação denominada 'Condomínio em Construção do Edifício Acqua Tatuí'), então celebraram contrato com a empresa de **WILSON** e adquiriram os apartamentos oferecidos que, no entanto, nunca lhes seriam entregues.*

*No final do ano de 2014 e início do ano de 2015, após cumprir apenas o equivalente a 4% (fls. 24) das obras, o denunciado **WILSON** - já previamente mancomunado com os demais denunciados - abandonou a construção do empreendimento em questão, caracterizando o artifício fraudulento gerador do prejuízo patrimonial.*

Diante disso, os adquirentes dos imóveis formaram a associação denominada 'Condomínio em Construção do Edifício Acqua Tatuí', no intuito de retomarem o empreendimento.

*Nesse contexto, os advogados **LUIZ AMÉRICO** e **JOÃO GUILHERME**, dando continuidade à fraude, procuraram os representantes do 'Condomínio em Construção do Edifício Acqua Tatuí' e ofereceram-lhes os serviços de construção civil da 'Ferpel', de propriedade de **NEWTON** (que é pai de **JOÃO GUILHERME**) e **FERNANDO**, com a promessa de retomada e conclusão das obras (fls. 24). Na ocasião, para convencê-los, afirmou que a 'Ferpel' era construtora idônea, atuante há mais de uma década no ramo da construção, inclusive já havia assumido outro empreendimento abandonado pela 'La Rioja', na cidade de Sorocaba.*

*Novamente induzidas ao erro, desta vez mediante a fraude empregada por **LUIZ AMÉRICO** e **JOÃO GUILHERME**, as vítimas, representadas pelo 'Condomínio em Construção do Edifício Acqua Tatuí' firmaram contrato com a 'Ferpel Engenharia e Construções LTDA', em 17 de agosto de 2016, administrada diretamente por **NEWTON** e **FERNANDO**, para retomada da obra abandonada (cópia do instrumento de contrato de empreitada a fls. 24/35).*

*Na mesma ocasião, ainda de forma ardilosa, **LUIZ AMÉRICO** e **JOÃO GUILHERME** convenceram os representantes dos lesados a firmarem com eles contrato de prestação de serviços advocatícios, prometendo-lhes prestar todo o amparo jurídico necessário, inclusive pelo inadimplemento da 'La Rioja', bem como assisti-los no que diz respeito à 'Ferpel', no entanto estavam, na verdade, patrocinando os interesses destas empresas.*

*Segue-se que, depois de firmado o contrato, os denunciados **NEWTON** e **FERNANDO**, por meio da pessoa jurídica que lhes pertencia, a pretexto de*

Acesso ao Sumário

que estavam dando continuidade às obras (que, inclusive, estavam em desacordo com as exigências legais), passaram a cobrar dos lesados por serviços desnecessários e pela aquisição de equipamentos que já pertenciam à empresa (e, portanto, incluídos no contrato de prestação de serviços), tudo conforme detalhado em planilha apresentada pelos representantes dos lesados (fls. 19/21).

Durante as assembleias condominiais, sempre que questionados pelos promitentes compradores, os investigados ***LUIZ AMÉRICO*** *e* ***JOÃO GUILHERME*** *os mantinham em erro, de modo ardiloso, passando informações distintas da realidade, fazendo com que os adquirentes continuassem a pagar os aportes.*

Houve que, em meados de 2019, ***NEWTON*** *e* ***FERNANDO*** *abandonaram as obras 'Edifício Acqua Club Tatuí', ao que os representantes dos lesados procuraram os* ***LUIZ AMÉRICO*** *e* ***JOÃO GUILHERME*** *que, contudo, não tomaram quaisquer medidas contra nenhuma das empresas.*

No ano de 2021, as vítimas perceberam que haviam sido vítimas de outro golpe e procuraram pelo Ministério Público, relatando todos os fatos (cf. representação acostada a fls. 4/18).

O prejuízo sofrido pelos lesados ultrapassa a quantia de R$ 5.971.878,00 (cinco milhões, novecentos e setenta e um mil e oitocentos e setenta e oito reais).

É evidente que os denunciados, mancomunados, agindo com dolo e de forma fraudulenta, fizeram com que terceiros, induzidos em erro, contratassem com as empresas em questão e pagassem por aquilo jamais receberiam.

Os lesados, representados por Adriano José de Lima, ofereceram representação (fls. 715).

(...)".

4. Inicialmente, cabe observar que a denúncia foi ofertada em 11 de setembro de 2023. E, a partir da entrada em vigor da Lei n.º 13.964/2019 (23 de janeiro de 2020), a ação penal no crime de estelionato, com algumas exceções, passou a ser pública condicionada à representação (artigo 171, par. 5º, do Código Penal).

E, como assentou o **Supremo Tribunal Federal**, tratando-se de **norma híbrida** (que também gera reflexos na pretensão punitiva do Estado, não ficando os efeitos restritivos à área processual), aplica-se retroativamente em benefício do acusado, *in verbis*:

"HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSO PENAL. RETROATIVIDADE DO § 5º DO ART. 171, INCLUÍDO NO CÓDIGO PENAL PELA LEI N. 13.964/2019. ALTERAÇÃO DA NATUREZA DA AÇÃO PENAL PARA O CRIME DE ESTELIONATO COMUM. INCLUSÃO DE CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE. NORMA DE NATUREZA HÍBRIDA. RETROAÇÃO EM BENEFÍCIO DO ACUSADO. MÁXIMA EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. INC. XL DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. NECESSIDADE DE INTIMAÇÃO DA VÍTIMA PARA PROSSEGUIMENTO

Acesso ao Sumário

DA AÇÃO. PRECEDENTES. ORDEM CONCEDIDA" (HC 208817 AgR, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 13/04/2023, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 28-04-2023 PUBLIC 02-05-2023).

No caso em tela, a representação ocorreu em **10 de junho de 2021** (fls. 72/85).

Ressalte-se que o ato de representação não exige forma específica.

Conforme anota **DAMÁSIO DE JESUS**, forte em orientação jurisprudencial, o ato de representação prescinde de rigor formal, podendo ser inferido do próprio comportamento da vítima ou de seu representante legal, como, por exemplo, do teor de suas manifestações na persecução penal (Código de Processo Penal Anotado, Saraiva, 25º edição pág. 77).

De fato, **"a representação, nos crimes de ação penal pública condicionada, é ato que dispensa maiores formalidades, bastando a inequívoca manifestação de vontade da vítima, ou de quem tenha vontade de representá-la, no sentido de ver apurados os fatos acoimados de criminosos" (STF, Inquérito nº 3.438, rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 11-11-2014, DJe-027 DIVULG 09-02-2015 PUBLIC 10-02-2015).** Na mesma linha: **STF, RHC nº 99.086, rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgado em 03-08-2010, DJe-154 DIVULG 19-08-2010 PUBLIC 20-08-2010; STJ, EDcl no RHC n. 184.347/SP, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), Sexta Turma, julgado em 19/3/2024, DJe de 21/3/2024; AgRg no RHC n. 185.018/SP, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 25/9/2023, DJe de 28/9/2023; RHC n. 53.130/RJ, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 1/12/2015, DJe de 11/12/2015; HC n. 213.571/MG, relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 22/10/2013, DJe de 5/11/2013; HC n. 155.520/SP, relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 3/2/2011, DJe de 25/4/2011.**

5. Pois bem, não é o caso de reconhecer, **desde logo, notadamente nesta via sumária,** a extinção da punibilidade do paciente pela decadência.

Como se sabe, o "habeas corpus" constitui ação de rito sumaríssimo, em que a cognição é estreita, de sorte a não se afigurar instrumento processual adequado quando o desate da questão reclame o exame aprofundado de provas e fatos, conforme tem assentado a doutrina (cfr., por exemplo, **GUILHERME DE SOUZA NUCCI**, Código de Processo Penal Comentado, RT, 9ª edição, pág. 1.045) e a jurisprudência (cfr., por exemplo, **STF, HC nº 103.149, rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 25-05-2010, DJe-105 DIVULG 10-06-2010 PUBLIC 11-06-2010**). Reclama prova **pré-constituída** da indevida lesão ao direito de liberdade **(STF, RHC nº 117.982, rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 20-08-2013, DJe-173 DIVULG 03-09-2013 PUBLIC 04-09-2013; HC nº 88.718, rel. Min. Celso de Mello,**

Acesso ao Sumário

Segunda Turma, julgado em 15-08-2006, DJe-067 DIVULG 11-04-2013 PUBLIC 12-04-2013, entre outros).

Vale dizer, o trancamento da ação penal em relação ao crime em que supostamente houve a decadência do direito de representação exige um **quadro indisputável** da efetiva ocorrência da extinção da punibilidade.

E não se tem um cenário deste tipo, pelo menos por ora.

Nos termos das regras estampadas no artigo 103, do Código Penal, e no artigo 38, do Código de Processo Penal, o direito de representação do ofendido deve ser exercido dentro do lapso temporal de 06 (seis) meses, cujo termo inicial é a data em que a vítima ou o seu representante legal toma ciência de quem é o autor do delito.

Na interpretação da regra, todavia, há que se atentar para a **finalidade da lei (o elemento teleológico)**, que sobreleva uma análise puramente gramatical do texto.

Sabe-se que a moderna Ciência do Direito proclama o primado da interpretação teleológica (cfr. **CANARIS**, Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito, Fundação Calouste Gulbenkian, 2ª edição, págs. 159/160; **MENEZES CORDEIRO**, Tratado de Direito Civil Português, Parte Geral, tomo I, Livraria Almedina, 2ª edição, pág. 116), na linha, aliás, do que preceitua o artigo 5º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (**FRANCISCO AMARAL**, Direito Civil, Introdução, Renovar, 5ª edição, págs. 88/89; **JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO**, O Direito, Introdução e Teoria Geral, Renovar, 2ª edição, págs. 430/431).

Neste sentido, o escopo da lei, ao estabelecer um prazo para a vítima representar - manifestando a vontade que seja promovida a persecução penal em face do agente, é de evitar que o direito de perseguir o ofensor se prolongue indefinidamente, de sorte a tutelar a paz social (**SEBASTIÃO OSCAR FELTRIN** e **PATRÍCIA CRISTINA KURKI**, Código Penal e Sua Interpretação, Doutrina e Jurisprudência, coordenadores Alberto Silva Franco e Rui Stoco, RT, 8ª edição, pág. 505). Como ponderado por **ANIBAL BRUNO, "não se poderia fazer pesar indefinidamente sobre o culpado a ameaça do processo ou da pena"** (Direito Penal, Parte Geral, tomo III, 4ª edição, pág. 218).

Trata-se de sancionar a **inércia do ofendido** - que, tendo condições de declarar se deseja que o autor do crime seja punido, deixa de fazê-lo - com a **perda do direito de representação.**

Com efeito, a **inação** do ofendido, enquanto fato a acarretar a perda do direito subjetivo de representar, pressupõe que tenha a **compreensão** de que fora, efetivamente, vítima de um delito. Somente após a vítima ter essa **consciência** é que se enceta o prazo decadencial, não antes. Nos casos em que o delito é perpetrado mediante fraude, em que a vítima é enganada, o termo inicial nem sempre coincide com a data da infração penal. É possível que a vítima,

Acesso ao Sumário

embora represente com quem está mantendo relação jurídica (o possível autor do crime), **ignore**, por se achar em estado de erro induzido pelo agente, que foi cometido um **ilícito penal contra sua pessoa**.

Neste passo, a expressão legal autor do crime (enquanto dado a desencadear o prazo de representação) significa que a vítima não somente conheça o autor do fato (enquanto dado da realidade), **mas tenha a percepção de que se trata de um crime**.

Pois, se a vítima não tem a intelecção de que perpetrado um ilícito penal contra sua pessoa, carece de condições de aquilatar a conveniência de que seja incoada a persecução penal, de sorte que a seu imobilismo ainda não ativa a fluência do prazo decadencial.

Segundo leciona **ROGÉRIO GRECO, "pode acontecer que a vítima tenha sofrido uma lesão corporal de natureza culposa, após ter se submetido a uma intervenção médica qualquer, produzida em razão da imperícia do profissional, que, a todo custo, tentou ocultá-la. Mais tarde, mesmo depois de decorridos seis meses da primeira intervenção na qual ocorreram as lesões, a vítima descobriu o suposto erro médico. A partir desse instante é que se tem por iniciado o prazo decadencial. Caso contrário, teríamos a situação absurda de o próprio médico tentar encobrir por durante seis meses seu erro, determinando o sucessivo retorno da vítima ao seu consultório, para conseguir, ao final, fazer com que esta última perdesse o seu direito de representar, em virtude da ocorrência da decadência"** (*Curso de Direito Penal - Parte Geral, volume I*, 17ª edição, Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2015, p. 789).

Dentro deste contexto, **não se pode assentar que as vítimas, induzidas a erro pela suposta fraude do paciente e demais acusados, desde logo, perceberam que foram sujeitos passivos do crime de estelionato, o que permitiria um juízo peremptório, já nesta sede, sempre considerando o apertado campo de conhecimento do "habeas corpus", de que houve a decadência (ou seja, que a representação feita ao Ministério Público foi a destempo).**

É certo constar da denúncia que o crime de estelionato ocorreu durante os anos de 2014 a 2019.

É fato também que, na representação, os integrantes da associação denominada "Condomínio do Edifício em Construção Acqua Club Tatuí" narraram que o relacionamento com os advogados **LUIZ AMÉRICO** e **JOÃO GUILHERME**, assim como com a **"FERPEL ENGENHARIA E CONSTRUÇÕES LTDA. - EPP"**, administrada diretamente por **NEWTON** e **FERNANDO**, terminou no final do ano de 2019 (fls. 74).

Em 10 de março de 2020, **contudo**, na Assembleia Geral Ordinária dos promissários compradores, permutantes e adquirentes de unidades autônomas do empreendimento "Condomínio em Construção do Edifício Acqua Tatuí",

Acesso ao Sumário

consta que **"o Sr. Fernando, da construtora, solicitou a palavra. Foi dito por ele que a realidade do empreendimento hoje está bem complicada e a Ferpel vem mantendo o que é possível para ela, mesmo sofrendo prejuízo"** (fls. 711/715 dos autos n.º 1504961-46.2021.8.26.0624).

Ou seja, **afigura-se possível** que as vítimas não tiveram a percepção da ocorrência do crime de estelionato logo quando do fato (ou seja, que preenchidas todas as elementares previstas no artigo 171, do Código Penal), pois, aparentemente, continuaram mantendo uma boa relação com **FERNANDO**, administrador da **"FERPEL ENGENHARIA E CONSTRUÇÕES LTDA. - EPP"**, mesmo após o ocorrido.

Aliás, segundo a denúncia, os ofendidos perceberam que haviam sido vítimas de um "golpe" no ano de 2021 (fls. 05 dos autos n.º 1504961-46.2021.8.26.0624).

E somente a partir do momento em que as vítimas se conscientizaram que foram sujeitos passivos de um crime é, insista-se, que se se iniciou (na linha do que se explanou) o prazo decadencial, não estando demonstrado que não houve representação oportuna.

Não se está a proclamar - cumpre deixar bem vincado este ponto - **que não houve decadência**. Apenas que **um juízo definitivo sobre a questão reclama um exame mais detido das circunstâncias fáticas, que não combina com o procedimento do "habeas corpus".**

6. Registre-se, ainda, que o artigo 171, par. 5º, do Código Penal, dispõe que o crime de estelionato somente se procede mediante representação, salvo se a vítima for: I - a Administração Pública, direta ou indireta; II - criança ou adolescente; III - pessoa com deficiência mental; ou IV - maior de 70 (setenta) anos de idade ou incapaz. Vale dizer, nas situações acima indicadas, a ação penal é pública incondicionada.

Na Assembleia Geral Ordinária dos promissários compradores, permutantes e adquirentes de unidades autônomas do empreendimento "Condomínio em Construção do Edifício Acqua Tatuí", realizada em 10 de março de 2020, constam, aproximadamente, "50 (cinquenta) adquirentes" adimplentes, ou seja, há, no mínimo, cerca de cinquenta vítimas do crime de estelionato (fls. 711/715 dos autos n.º 1504961-46.2021.8.26.0624).

Não há, assim, como saber se, no caso em tela, se faz presente alguma das exceções - ou seja, situação em que a ação penal é pública incondicionada, quadro em que não se poderia falar em decadência.

7. A bem da verdade, o deslinde das questões acima postas postula um exame detido de fatos, que desborda do âmbito de conhecimento do "writ".

8. Em poucas palavras, inexiste, na espécie, constrangimento ilegal a ser sanado pela concessão do "writ".

9. Ante o exposto, **denego a ordem, cassando a liminar concedida.**

Acesso ao Sumário

Comunique-se.

Recursos em Sentido Estrito

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal nº 2130218-82.2023.8.26.0000, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é peticionário GUILHERME MEUCCI SOARES.

ACORDAM, em 6º Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria de votos, deferiam a revisão criminal para anular o julgamento realizado pelo Tribunal do Júri, vencidos o Relator sorteado e o Revisor que a indeferiam. Acórdão com o 8º Juiz e fará declaração de voto vencido o Relator. Expeça-se urgente contramandado de prisão, cumprindo-se imediatamente, antes mesmo do v. acórdão.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 47.230)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores VICO MAÑAS, vencedor, PAIVA COUTINHO, vencido, PAULO ROSSI (Presidente), AMABLE LOPEZ SOTO, ALEXANDRE ALMEIDA, SÉRGIO MAZINA MARTINS, RENATO GENZANI FILHO, NOGUEIRA NASCIMENTO, GUILHERME G. STRENGER e XAVIER DE SOUZA.

São Paulo, 25 de abril de 2024

VICO MAÑAS, Relator Designado

Ementa: Revisão criminal – procedimento do júri – homicídio de trânsito – arguição de nulidade pela não formulação de quesito sobre tese desclassificatória da conduta suscitada pela defesa – ocorrência – quesito obrigatório, nos termos do art. 483, § 4º, do CPP – indagação autônoma, que deve se situar antes de teses da acusação e não ser implicitamente abrangida por outros quesitos – nulidade absoluta, nos termos do art. 564, III, "k", do CPP, e da Súmula 156 do STF – precedentes do STJ – pedido revisional deferido para anulação do julgamento pelo júri.

VOTO

Guilherme Meucci Soares foi condenado pelo Tribunal do Júri da Comarca de São José do Rio Preto a 06 (seis) anos de reclusão, em regime inicial

Acesso ao Sumário

semiaberto, como incurso no art. 121, "caput", do Código Penal.

Réu e Ministério Público apelaram.

A C. 3ª Câmara Criminal deste E. Tribunal, por unanimidade, rejeitou preliminar de nulidade por não formulação de quesito referente à desclassificação para homicídio culposo e, no mérito, negou provimento ao recurso (fls. 182/192).

Ainda insatisfeito, suscita novamente nulidade do julgamento, pois não formulado quesito específico acerca da desclassificação da conduta para homicídio culposo, única tese suscitada pela defesa.

A D. Procuradoria da Justiça opina pelo não conhecimento ou pelo indeferimento do pedido.

É o relatório.

1. O pedido comporta conhecimento.

Procura o requerente demonstrar que afrontado o art. 483, § 4º, do CPP, o que equivale a dizer que se revela a decisão contrária a texto expresso de lei, uma das hipóteses em que se admite a revisão.

Nem se afirme que o peticionário apenas repisa as mesmas ponderações já deduzidas no curso do processo, pois o que a lei veda é a mera reiteração do próprio pedido revisional, conforme dispõe o art. 622, parágrafo único, do Código de Processo Penal, e não a repetição das alegações já apreciadas, ainda que em grau de recurso.

2. Guilherme foi denunciado e pronunciado pela prática de homicídio de trânsito, praticado com dolo eventual, porque, enquanto conduzia automóvel na contramão de direção, embriagado e em alta velocidade, colidiu frontalmente com outro veículo que trafegava regularmente, provocando a morte do motorista.

Na sessão do júri, realizada em 03 de outubro de 2019, a defesa pleiteou "ao Conselho de Sentença que reconheça a tese da desclassificação para homicídio culposo na direção de veículo automotor" (fl. 104)

Formulados três quesitos para julgamento, nos seguintes termos (fl. 120):

"1) No dia 21 de abril de 2012, por volta das 2h20min, na Rodovia Washington Luiz, km 432+500m, Bairro Vila Toninho, nesta cidade e comarca de São José do Rio Preto, o réu Guilherme Meucci Soares, conduzindo o veículo automotor marca Volkswagen, Space Fox, colidiu com o veículo Fiat, Uno Vivace, conduzido pela vítima Rodrigo Fernandes Pereira, causando-lhe as lesões e morte descritas no laudo de fls. 61/63?

2) O réu estava ciente do risco de produzir o resultado morte da vítima e assumiu o risco ao dirigir seu veículo na contramão de direção, em alta velocidade, provavelmente sob a influência de álcool, na Rodovia Washington Luiz, uma das mais importantes vias da região, e colidiu com o veículo conduzido pela vítima, causando sua morte?

3) O jurado absolve o réu?

Acesso ao Sumário

De imediato, o advogado impugnou as indagações, "alegando que a tese da desclassificação é a única apresentada pela defesa e deve anteceder a tese do Ministério Público, nos termos do art. 483, § 4º, do CPP, assim, o quesito da desclassificação deve ser formulado como segundo quesito" (fl. 105).

A Juíza afastou o questionamento, esclarecendo "que os quesitos foram formulados de acordo com a tese apresentada, estando o quesito da desclassificação abrangido pelo 2º quesito, na medida em que, uma vez respondido negativamente o referido quesito, haveria o afastamento do dolo e a consequente desclassificação da conduta, cessando a competência do Conselho de Sentença para o presente julgamento" (fl. 105).

Na sequência, precedeu-se à votação, com o primeiro e o segundo quesitos sendo respondidos afirmativamente e o terceiro, negativamente, pela maioria (fl. 121).

Logo, o requerente foi condenado a 06 (seis) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, como incurso no art. 121, "caput", do CP (fls. 123/125).

Na apelação, suscitada preliminar de nulidade por não formulação do quesito obrigatório da desclassificação, a 3ª Câmara de Direito Criminal rejeitou-a, por entender que a resposta "sim" ao segundo quesito afastou a tese defensiva de desclassificação, como pontuara a Magistrada (fls. 186/187).

A decisão transitou em julgado após insucesso de recurso especial interposto (fl. 1190 dos autos originais).

Como visto, nesta revisão a defesa insiste na nulidade do julgamento pela não formulação de quesito obrigatório.

E com razão.

O art. 483 do CPP, que trata dos quesitos a serem levados ao Conselho de Sentença, determina em seu § 4º que "Sustentada a desclassificação da infração para outra de competência do juiz singular, será formulado quesito a respeito, para ser respondido após o 2º (segundo) ou 3º (terceiro) quesito, conforme o caso" (grifos nossos).

A redação do dispositivo não deixa dúvidas de que indispensável a elaboração do quesito desclassificatório, quando arguido.

Entende-se que, se a tese desclassificatória for a única veiculada pela defesa, ela virá logo depois das perguntas obrigatórias sobre a materialidade e a autoria ou participação. Se for subsidiária, figurará em seguida à indagação indispensável sobre a possibilidade de absolvição.

Na hipótese, como constou da impugnação do causídico em plenário, a tese desclassificatória para homicídio culposo deveria figurar expressamente e autonomamente depois dos quesitos sobre materialidade e autoria.

Descabido, como sustentado pela Juíza e corroborado pela Câmara Criminal, que estivesse implicitamente contida no quesito sobre atuação com dolo eventual, tese esta do Ministério Público. Como se já não bastasse, o quesito em

Acesso ao Sumário

questão peca pela prolixidade, com emissão de juízos de valor ("provavelmente sob a influência de álcool", "uma das mais importantes vias da região") aptos a influenciar no veredito.

Tal procedimento configurou patente cerceamento de defesa, porque a exclusiva tese defensiva, a rigor, nem ao menos foi posta, de forma clara, para avaliação dos jurados, os quais em momento algum foram indagados sobre a desclassificação. Repita-se que tal tese, por força legal e por óbvio, não poderia estar abrangida por tendencioso quesito que trata de tese da acusação. Deveria ser elaborada de forma independente e anteriormente à pergunta acerca do dolo eventual.

Nessa linha, o Superior Tribunal de Justiça:

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. TRIBUNAL DO JÚRI. TESES DE ABSOLVIÇÃO E DESCLASSIFICAÇÃO. ORDEM DE FORMULAÇÃO DOS QUESITOS. INVERSÃO. NULIDADE. DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO PARA A ACUSAÇÃO. 1. Prevendo o artigo 483, § 4º, do Código de Processo Penal a possibilidade de formular quesitos quanto à tese de desclassificação após o 2º ou 3º quesitos, cabe às instâncias de origem analisar qual seria a tese principal e subsidiária da defesa. 2. Se a defesa sustentar a desclassificação da conduta do réu, o § 4º do art. 483 do CPP prevê que o seu quesito deverá ser respondido após o segundo (autoria/participação) ou o terceiro quesito (absolvição), conforme o caso. A primeira hipótese ocorrerá quando a principal tese defensiva for a desclassificatória; a segunda, quando a defesa sustentar, primordialmente, a absolvição do acusado. (REsp 1849862 / RS, Relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 28/09/2020). 3. Se houver inversão da ordem dos quesitos, em dissonância com a orientação desta Corte Superior a respeito do art. 483, § 4º, do CPP, será necessário verificar se foi oportunizado aos jurados analisar as teses de absolvição e desclassificação, a fim de concluir pela ocorrência de prejuízo que justifique a anulação do julgamento. 4. Na hipótese, o Tribunal de origem destacou que a defesa havia sustentado a desclassificação como tese principal, conforme ata da sessão plenária. E reconheceu a nulidade na inversão da ordem dos quesitos, em razão de a tese de desclassificação, a despeito de ser a principal tese defensiva, não ter sido perguntada aos jurados após o segundo quesito (referente a autoria ou participação), senão após o terceiro quesito (absolvição), o que implicou prejuízo à acusação, a justificar a anulação do julgamento. 5. Agravo regimental improvido" (AgRg no HC n. 722.251/RS, relator Ministro Olindo Menezes, Sexta Turma, julgado em 18/10/2022, DJe de 21/10/2022).

No mesmo sentido, Recurso Especial nº 1.509.504 - SP (2015/0014 842-1), Relatora Maria Thereza de Assis Moura, j. 27.10.2015.

E em caso semelhante, ainda que sob a égide da legislação anterior à reforma processual penal:

"APONTADA INVERSÃO DA ORDEM DOS QUESITOS. AVENTADA NÃO ELABORAÇÃO DE QUESTIONÁRIO REFERENTE À TESE DA DE-

Acesso ao Sumário

FESA. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO NO MOMENTO OPORTUNO. NÃO OCORRÊNCIA DE PRECLUSÃO. NULIDADE ABSOLUTA. SÚMULA 156 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. NECESSIDADE DE ELABORAÇÃO DE QUESTÃO ESPECÍFICA SOBRE A DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME. MÁCULA CARACTERIZADA. 1. Conquanto a defesa não tenha impugnado a votação dos quesitos na sessão de julgamento, a falta de formulação de quesito referente à tese da defesa caracteriza nulidade absoluta, motivo pelo qual não há que se falar em preclusão, devendo o tema ser apreciado por esta Corte Superior de Justiça, notadamente por ter sido arguido em sede de apelação, e examinado pelo Tribunal de origem. 2. De acordo com o inciso III do artigo 484 do Código de Processo Penal, na redação anterior à Lei 11.689/2008, vigente à época em que o paciente foi submetido a julgamento, se a defesa do réu apresentar fato ou circunstância que enseje a desclassificação do delito, deve ser elaborado o quesito correspondente, a ser indagado imediatamente após as perguntas referentes ao fato principal. 3. No caso dos autos, de acordo com a ata da sessão de julgamento, a defesa pleiteou como "tese principal a desclassificação para um delito menos gravoso e alternativamente pelo afastamento das qualificadoras com o reconhecimento de circunstâncias atenuantes em favor do acusado". 4. Da leitura do questionário apresentado aos jurados, percebe-se que a tese desclassificatória não foi objeto de quesitação, tendo a autoridade apontada como coatora sustentado que "a tese do disparo acidental está incluída na primeira pergunta do questionário", ao passo que "a ausência de ânimo homicida (...) poderia ter sido reconhecida com os jurados dizendo 'não', quando indagados sobre o segundo quesito". 5. Contudo, ao contrário do que sustentado no aresto objurgado, a resposta afirmativa à segunda pergunta, referente à prática da tentativa de homicídio, não exclui a necessidade de se formular questão referente à tese defensiva, que só será submetida à apreciação dos jurados caso a anterior, relativa ao homicídio, seja respondida negativamente. Precedente. 6. Desse modo, não tendo sido formulado quesito obrigatório relativo à tese da defesa, impõe-se o reconhecimento da nulidade do julgamento pelo Tribunal do Júri. 7. Anulado o Conselho de Sentença, resta prejudicada a análise da suposta mácula no julgamento do recurso de apelação interposto pela defesa do paciente, que teria sido examinado por órgão colegiado comporto por um juiz de primeiro grau. 8. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para anular o julgamento do paciente pelo Tribunal do Júri, determinando-se que outro se realize, devendo ser formulado quesito referente à tese defensiva" (HC n. 183.737/SP, relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 4/12/2012, DJe de 18/12/2012.).

Por conseguinte, conforme o art. 564, III, "k", do CPP, e a Súmula 156 do STF, o caso é de nulidade absoluta da sessão de julgamento do júri, pela falta de quesito obrigatório.

3. Frente ao exposto, defere-se o pedido para anular o julgamento ocorrido em 03.10.2019 nos Autos nº 0029149-45.2012.8.26.0576, do Tribunal do Júri da Comarca de São José do Rio Preto, determinando-se que outro seja realizado, com adequada formulação de quesitos. Expeça-se contramandado de

Acesso ao Sumário

prisão em favor do réu.

DECLARAÇÃO DE VOTO DIVERGENTE

(Voto nº 54.248)

Com todo respeito à douta Maioria, o subscritor diverge da decisão do v. Acórdão para indeferir o pedido revisional.

Pois bem.

Trata-se de **revisão criminal** requerida por **Guilherme M.S.**, condenado por sentença em razão de fato ocorrido em 21 de abril de 2017, como incurso no **art. 121, § 2º, incisos III e IV, do Código Penal**, à pena de *14 anos de reclusão, em regime inicial fechado* (fls. 677/679 dos autos principais), e que teve a preliminar de nulidade de erro de quesitação rejeitada e o apelo desprovido pela Colenda 3ª Câmara de Direito Criminal deste e. Tribunal de Justiça, que em 6 de fevereiro de 2018 manteve a condenação (fls. 726/736 dos autos principais).

Após o insucesso dos recursos interpostos neste e. Tribunal e perante o Colendo Superior Tribunal de Justiça (fls. 1180/1189 dos autos principais), o peticionário, sob o fundamento de que a decisão foi contrária à texto expresso de lei penal, perseguindo a anulação do julgamento pelo júri por erro de quesitação, sustentando nulidade diante da inversão da ordem dos quesitos, porque o quesito de desclassificação do delito de homicídio doloso (dolo eventual) para o de homicídio culposo na direção de veículo automotor, por se a única tese defensiva, deveria ter sido questionado antes do quesito "de redação tendenciosa" da acusação.

Verifica-se, pois que, o peticionário não se insurgiu contra o mérito, apenas sustentou nulidade visando um novo julgamento pelo Tribunal do Júri.

Contudo, a nulidade suscitada foi, da mesma forma, reclamada em apelação e não acolhida pelo v. acórdão. E já foi também devidamente rechaçada em 1º de agosto de 2022 pelo Ministério Público Federal (fls. 1165/1168 dos autos principais) em resposta ao Agravo em Recurso Especial interposto no colendo Superior Tribunal de Justiça, a despeito deste não ter sido conhecido (fls. 1180/1189 dos autos principais).

Daí que, para o subscritor, não há dúvida de que a tese defensiva e a nulidade reclamadas não foram acolhidas em nenhuma das instâncias.

Ora, conforme se verifica da ata de Julgamento pelo Tribunal do Júri da comarca de São José do Rio Preto, ocorrido em 4 de julho de 2017 (fls. 625/631 dos autos principais), a defesa apresentou tese única de desclassificação do crime de homicídio qualificado por dolo eventual para o de homicídio culposo na direção de veículo automotor e o afastamento das qualificadoras do perigo comum e do recurso que impossibilitou a defesa da vítima. Após os debates, a defesa impugnou a formulação dos quesitos, insistindo que a tese desclassifi-

Acesso ao Sumário

catória deveria ser formulada no 2º quesito, antes da tese acusatória. A douta juíza presidente, então, esclareceu que a tese defensiva já estava incluída no 2º quesito, pois se os jurados não reconhecessem o dolo eventual, consequentemente haveria a desclassificação para o crime de homicídio culposo na direção de veículo automotor.

A ver da ata que, após tais esclarecimentos, a defesa nada mais requereu, vindo a se insurgir contra a questão somente em apelação, após a condenação, podendo se considerar, inclusive, preclusa a nulidade suscitada.

De qualquer maneira, como bem ressaltado pelo il. Ministério Público Federal integrante do Colendo Superior Tribunal de Justiça, e assim como também constou da ata, a d.juíza presidente esclareceu os quesitos aos jurados, explicando detalhadamente as consequências da concordância ou não de cada quesito, principalmente em relação ao quesito 2º, pois dependendo da resposta o peticionário poderia ser condenado pelo crime de homicídio qualificado doloso com pena muito maior ou pelo crime de homicídio culposo na direção de veículo automotor de reprimenda corporal menor.

E, com todo o respeito ao entendimento contrário do peticionário e da douta Maioria, não houve formulação tendenciosa de quesitação da acusação ao descrever os fatos, pois foi explanado perante o Júri que em 21 de abril de 2017 o peticionário dirigiu em alta velocidade pela contramão da rodovia abalroando de frente o automóvel guiado pela vítima Rogério F.P., que faleceu em decorrência do acidente.

Ao reconhecer que o peticionário agiu com dolo eventual e não de forma apenas culposa (sem intenção de matar) com tal conduta acima descrita, o Conselho de Sentença acabou por condená-lo por crime de homicídio duplamente qualificado.

Assim, para o subscritor, não há falar em anulação do julgamento por nulidade de quesitação, muito menos em novo julgamento.

Há que se considerar ainda o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, verbis:

> *"**No âmbito do processo penal, não se deve declarar nulidades quando não resultar prejuízo comprovado para a parte que a alega...** O Supremo Tribunal Federal acolhe entendimento de que o princípio geral norteador das nulidades em processo penal - pas de nulitte sans grief - é igualmente aplicável em casos de nulidade absoluta (HC 85.155-SP, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 363.06). Os automotismos devem ser evitados em sede de processo penal... **Ofende a lógica do razoável, em prejuízo da efetiva atuação jurisdicional, a pretendida declaração de nulidade, em todos os casos, com a repetição dos atos processuais, sem um mínimo de alegação ou demonstração objetiva do prejuízo**"* (HC 90411-SP, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIS FILHO, Quinta Tur-

Acesso ao Sumário

ma, j. 26.02.08, DJ 17.03.08, grifo nosso).

Destarte, para o subscritor e para o il. Revisor, o pedido não comporta deferimento.

Importa anotar, mais uma vez, que o peticionário não se insurgiu contra a condenação mas, sim, contra a tipificação da mesma. De qualquer forma, a análise e valoração aprofundada da prova em vista do princípio da soberania dos veredictos somente seria cabível, no julgamento em plenário. Em sede recursal é limitada à verificação de eventual contrariedade entre a solução do julgamento em plenário com os elementos de prova colhidos ao longo da persecução penal.

Ademais disso, a reforma de veredicto proferido pelo Tribunal do Júri com fundamento na disposição do art. 593, inciso III, letra "d" do Código de Processo Penal, só deve ocorrer quando a decisão for "manifestamente contrária" à prova dos autos, a respeito de tal locução não existindo dúvida sobre o significado de arbitrariedade ou distorção da função de julgar.

Portanto, para o subscritor e o il. Revisor, não prospera a pretensão resolutiva do v. acórdão.

Do exposto, pelo o meu voto e pelo voto do il. Revisor, **indefere- se a revisão criminal**.

ABEN-ATHAR DE PAIVA COUTINHO, Relator Sorteado Vencido

Revisões Criminais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal nº 2130218-82.2023.8.26.0000, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é peticionário GUILHERME MEUCCI SOARES.

ACORDAM, em 6º Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria de votos, deferiam a revisão criminal para anular o julgamento realizado pelo Tribunal do Júri, vencidos o Relator sorteado e o Revisor que a indeferiam. Acórdão com o 8º Juiz e fará declaração de voto vencido o Relator. Expeça-se urgente contramandado de prisão, cumprindo-se imediatamente, antes mesmo do v. acórdão.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 47.230)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores VICO MAÑAS, vencedor, PAIVA COUTINHO, vencido, PAULO ROSSI (Presidente), AMABLE LOPEZ SOTO, ALEXANDRE ALMEIDA, SÉRGIO MAZINA MARTINS, RENATO GENZANI FILHO, NOGUEIRA NASCIMENTO, GUILHERME G. STRENGER e XAVIER DE SOUZA.

Acesso ao Sumário

São Paulo, 25 de abril de 2024
VICO MAÑAS, Relator Designado

Ementa: Revisão criminal – procedimento do júri – homicídio de trânsito – arguição de nulidade pela não formulação de quesito sobre tese desclassificatória da conduta suscitada pela defesa – ocorrência – quesito obrigatório, nos termos do art. 483, § 4º, do CPP – indagação autônoma, que deve se situar antes de teses da acusação e não ser implicitamente abrangida por outros quesitos – nulidade absoluta, nos termos do art. 564, III, "k", do CPP, e da Súmula 156 do STF – precedentes do STJ – pedido revisional deferido para anulação do julgamento pelo júri.

VOTO

Guilherme Meucci Soares foi condenado pelo Tribunal do Júri da Comarca de São José do Rio Preto a 06 (seis) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, como incurso no art. 121, "caput", do Código Penal.

Réu e Ministério Público apelaram.

A C. 3ª Câmara Criminal deste E. Tribunal, por unanimidade, rejeitou preliminar de nulidade por não formulação de quesito referente à desclassificação para homicídio culposo e, no mérito, negou provimento ao recurso (fls. 182/192).

Ainda insatisfeito, suscita novamente nulidade do julgamento, pois não formulado quesito específico acerca da desclassificação da conduta para homicídio culposo, única tese suscitada pela defesa.

A D. Procuradoria da Justiça opina pelo não conhecimento ou pelo indeferimento do pedido.

É o relatório.

1. O pedido comporta conhecimento.

Procura o requerente demonstrar que afrontado o art. 483, § 4º, do CPP, o que equivale a dizer que se revela a decisão contrária a texto expresso de lei, uma das hipóteses em que se admite a revisão.

Nem se afirme que o peticionário apenas repisa as mesmas ponderações já deduzidas no curso do processo, pois o que a lei veda é a mera reiteração do próprio pedido revisional, conforme dispõe o art. 622, parágrafo único, do Código de Processo Penal, e não a repetição das alegações já apreciadas, ainda que em grau de recurso.

2. Guilherme foi denunciado e pronunciado pela prática de homicídio de trânsito, praticado com dolo eventual, porque, enquanto conduzia automóvel na

Acesso ao Sumário

contramão de direção, embriagado e em alta velocidade, colidiu frontalmente com outro veículo que trafegava regularmente, provocando a morte do motorista.

Na sessão do júri, realizada em 03 de outubro de 2019, a defesa pleiteou "ao Conselho de Sentença que reconheça a tese da desclassificação para homicídio culposo na direção de veículo automotor" (fl. 104)

Formulados três quesitos para julgamento, nos seguintes termos (fl. 120):

"1) No dia 21 de abril de 2012, por volta das 2h20min, na Rodovia Washington Luiz, km 432+500m, Bairro Vila Toninho, nesta cidade e comarca de São José do Rio Preto, o réu Guilherme Meucci Soares, conduzindo o veículo automotor marca Volkswagen, Space Fox, colidiu com o veículo Fiat, Uno Vivace, conduzido pela vítima Rodrigo Fernandes Pereira, causando-lhe as lesões e morte descritas no laudo de fls. 61/63?

2) O réu estava ciente do risco de produzir o resultado morte da vítima e assumiu o risco ao dirigir seu veículo na contramão de direção, em alta velocidade, provavelmente sob a influência de álcool, na Rodovia Washington Luiz, uma das mais importantes vias da região, e colidiu com o veículo conduzido pela vítima, causando sua morte?

3) O jurado absolve o réu?

De imediato, o advogado impugnou as indagações, "alegando que a tese da desclassificação é a única apresentada pela defesa e deve anteceder a tese do Ministério Público, nos termos do art. 483, § 4º, do CPP, assim, o quesito da desclassificação deve ser formulado como segundo quesito" (fl. 105).

A Juíza afastou o questionamento, esclarecendo "que os quesitos foram formulados de acordo com a tese apresentada, estando o quesito da desclassificação abrangido pelo 2º quesito, na medida em que, uma vez respondido negativamente o referido quesito, haveria o afastamento do dolo e a consequente desclassificação da conduta, cessando a competência do Conselho de Sentença para o presente julgamento" (fl. 105).

Na sequência, precedeu-se à votação, com o primeiro e o segundo quesitos sendo respondidos afirmativamente e o terceiro, negativamente, pela maioria (fl. 121).

Logo, o requerente foi condenado a 06 (seis) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, como incurso no art. 121, "caput", do CP (fls. 123/125).

Na apelação, suscitada preliminar de nulidade por não formulação do quesito obrigatório da desclassificação, a 3ª Câmara de Direito Criminal rejeitou-a, por entender que a resposta "sim" ao segundo quesito afastou a tese defensiva de desclassificação, como pontuara a Magistrada (fls. 186/187).

A decisão transitou em julgado após insucesso de recurso especial interposto (fl. 1190 dos autos originais).

Como visto, nesta revisão a defesa insiste na nulidade do julgamento pela não formulação de quesito obrigatório.

Acesso ao Sumário

E com razão.

O art. 483 do CPP, que trata dos quesitos a serem levados ao Conselho de Sentença, determina em seu § 4º que "Sustentada a desclassificação da infração para outra de competência do juiz singular, será formulado quesito a respeito, para ser respondido após o 2º (segundo) ou 3º (terceiro) quesito, conforme o caso" (grifos nossos).

A redação do dispositivo não deixa dúvidas de que indispensável a elaboração do quesito desclassificatório, quando arguido.

Entende-se que, se a tese desclassificatória for a única veiculada pela defesa, ela virá logo depois das perguntas obrigatórias sobre a materialidade e a autoria ou participação. Se for subsidiária, figurará em seguida à indagação indispensável sobre a possibilidade de absolvição.

Na hipótese, como constou da impugnação do causídico em plenário, a tese desclassificatória para homicídio culposo deveria figurar expressamente e autonomamente depois dos quesitos sobre materialidade e autoria.

Descabido, como sustentado pela Juíza e corroborado pela Câmara Criminal, que estivesse implicitamente contida no quesito sobre atuação com dolo eventual, tese esta do Ministério Público. Como se já não bastasse, o quesito em questão peca pela prolixidade, com emissão de juízos de valor ("provavelmente sob a influência de álcool", "uma das mais importantes vias da região") aptos a influenciar no veredito.

Tal procedimento configurou patente cerceamento de defesa, porque a exclusiva tese defensiva, a rigor, nem ao menos foi posta, de forma clara, para avaliação dos jurados, os quais em momento algum foram indagados sobre a desclassificação. Repita-se que tal tese, por força legal e por óbvio, não poderia estar abrangida por tendencioso quesito que trata de tese da acusação. Deveria ser elaborada de forma independente e anteriormente à pergunta acerca do dolo eventual.

Nessa linha, o Superior Tribunal de Justiça:

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. TRIBUNAL DO JÚRI. TESES DE ABSOLVIÇÃO E DESCLASSIFICAÇÃO. ORDEM DE FORMULAÇÃO DOS QUESITOS. INVERSÃO. NULIDADE. DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO PARA A ACUSAÇÃO. 1. Prevendo o artigo 483, § 4º, do Código de Processo Penal a possibilidade de formular quesitos quanto à tese de desclassificação após o 2º ou 3º quesitos, cabe às instâncias de origem analisar qual seria a tese principal e subsidiária da defesa. 2. Se a defesa sustentar a desclassificação da conduta do réu, o § 4º do art. 483 do CPP prevê que o seu quesito deverá ser respondido após o segundo (autoria/participação) ou o terceiro quesito (absolvição), conforme o caso. A primeira hipótese ocorrerá quando a principal tese defensiva for a desclassificatória; a segunda, quando a defesa sustentar, primordialmente, a absolvição do acusado. (REsp 1849862 / RS, Relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma,

Acesso ao Sumário

DJe 28/09/2020). 3. Se houver inversão da ordem dos quesitos, em dissonância com a orientação desta Corte Superior a respeito do art. 483, § 4º, do CPP, será necessário verificar se foi oportunizado aos jurados analisar as teses de absolvição e desclassificação, a fim de concluir pela ocorrência de prejuízo que justifique a anulação do julgamento. 4. Na hipótese, o Tribunal de origem destacou que a defesa havia sustentado a desclassificação como tese principal, conforme ata da sessão plenária. E reconheceu a nulidade na inversão da ordem dos quesitos, em razão de a tese de desclassificação, a despeito de ser a principal tese defensiva, não ter sido perguntada aos jurados após o segundo quesito (referente a autoria ou participação), senão após o terceiro quesito (absolvição), o que implicou prejuízo à acusação, a justificar a anulação do julgamento. 5. Agravo regimental improvido" (AgRg no HC n. 722.251/RS, relator Ministro Olindo Menezes, Sexta Turma, julgado em 18/10/2022, DJe de 21/10/2022).

No mesmo sentido, Recurso Especial nº 1.509.504 - SP (2015/0014 842-1), Relatora Maria Thereza de Assis Moura, j. 27.10.2015.

E em caso semelhante, ainda que sob a égide da legislação anterior à reforma processual penal:

"APONTADA INVERSÃO DA ORDEM DOS QUESITOS. AVENTADA NÃO ELABORAÇÃO DE QUESTIONÁRIO REFERENTE À TESE DA DEFESA. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO NO MOMENTO OPORTUNO. NÃO OCORRÊNCIA DE PRECLUSÃO. NULIDADE ABSOLUTA. SÚMULA 156 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. NECESSIDADE DE ELABORAÇÃO DE QUESTÃO ESPECÍFICA SOBRE A DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME. MÁCULA CARACTERIZADA. 1. Conquanto a defesa não tenha impugnado a votação dos quesitos na sessão de julgamento, a falta de formulação de quesito referente à tese da defesa caracteriza nulidade absoluta, motivo pelo qual não há que se falar em preclusão, devendo o tema ser apreciado por esta Corte Superior de Justiça, notadamente por ter sido arguido em sede de apelação, e examinado pelo Tribunal de origem. 2. De acordo com o inciso III do artigo 484 do Código de Processo Penal, na redação anterior à Lei 11.689/2008, vigente à época em que o paciente foi submetido a julgamento, se a defesa do réu apresentar fato ou circunstância que enseje a desclassificação do delito, deve ser elaborado o quesito correspondente, a ser indagado imediatamente após as perguntas referentes ao fato principal. 3. No caso dos autos, de acordo com a ata da sessão de julgamento, a defesa pleiteou como "tese principal a desclassificação para um delito menos gravoso e alternativamente pelo afastamento das qualificadoras com o reconhecimento de circunstâncias atenuantes em favor do acusado". 4. Da leitura do questionário apresentado aos jurados, percebe-se que a tese desclassificatória não foi objeto de quesitação, tendo a autoridade apontada como coatora sustentado que "a tese do disparo acidental está incluída na primeira pergunta do questionário", ao passo que "a ausência de ânimo homicida (...) poderia ter sido reconhecida com os jurados dizendo 'não', quando indagados sobre o segundo quesito". 5. Contudo, ao contrário do que sustentado no aresto objurgado, a resposta afirmativa à segunda per-

Acesso ao Sumário

gunta, referente à prática da tentativa de homicídio, não exclui a necessidade de se formular questão referente à tese defensiva, que só será submetida à apreciação dos jurados caso a anterior, relativa ao homicídio, seja respondida negativamente. Precedente. 6. Desse modo, não tendo sido formulado quesito obrigatório relativo à tese da defesa, impõe-se o reconhecimento da nulidade do julgamento pelo Tribunal do Júri. 7. Anulado o Conselho de Sentença, resta prejudicada a análise da suposta mácula no julgamento do recurso de apelação interposto pela defesa do paciente, que teria sido examinado por órgão colegiado comporto por um juiz de primeiro grau. 8. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para anular o julgamento do paciente pelo Tribunal do Júri, determinando-se que outro se realize, devendo ser formulado quesito referente à tese defensiva" (HC n. 183.737/SP, relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 4/12/2012, DJe de 18/12/2012.).

Por conseguinte, conforme o art. 564, III, "k", do CPP, e a Súmula 156 do STF, o caso é de nulidade absoluta da sessão de julgamento do júri, pela falta de quesito obrigatório.

3. Frente ao exposto, defere-se o pedido para anular o julgamento ocorrido em 03.10.2019 nos Autos nº 0029149-45.2012.8.26.0576, do Tribunal do Júri da Comarca de São José do Rio Preto, determinando-se que outro seja realizado, com adequada formulação de quesitos. Expeça-se contramandado de prisão em favor do réu.

DECLARAÇÃO DE VOTO DIVERGENTE

(Voto nº 54.248)

Com todo respeito à douta Maioria, o subscritor diverge da decisão do v. Acórdão para indeferir o pedido revisional.

Pois bem.

Trata-se de **revisão criminal** requerida por **Guilherme M.S.**, condenado por sentença em razão de fato ocorrido em 21 de abril de 2017, como incurso no **art. 121, § 2º, incisos III e IV, do Código Penal**, à pena de *14 anos de reclusão, em regime inicial fechado* (fls. 677/679 dos autos principais), e que teve a preliminar de nulidade de erro de quesitação rejeitada e o apelo desprovido pela Colenda 3ª Câmara de Direito Criminal deste e. Tribunal de Justiça, que em 6 de fevereiro de 2018 manteve a condenação (fls. 726/736 dos autos principais).

Após o insucesso dos recursos interpostos neste e. Tribunal e perante o Colendo Superior Tribunal de Justiça (fls. 1180/1189 dos autos principais), o peticionário, sob o fundamento de que a decisão foi contrária à texto expresso de lei penal, perseguindo a anulação do julgamento pelo júri por erro de quesitação, sustentando nulidade diante da inversão da ordem dos quesitos, porque o quesito de desclassificação do delito de homicídio doloso (dolo eventual) para o de homicídio culposo na direção de veículo automotor, por se a única tese de-

Acesso ao Sumário

fensiva, deveria ter sido questionado antes do quesito "de redação tendenciosa" da acusação.

Verifica-se, pois que, o peticionário não se insurgiu contra o mérito, apenas sustentou nulidade visando um novo julgamento pelo Tribunal do Júri.

Contudo, a nulidade suscitada foi, da mesma forma, reclamada em apelação e não acolhida pelo v. acórdão. E já foi também devidamente rechaçada em 1º de agosto de 2022 pelo Ministério Público Federal (fls. 1165/1168 dos autos principais) em resposta ao Agravo em Recurso Especial interposto no colendo Superior Tribunal de Justiça, a despeito deste não ter sido conhecido (fls. 1180/1189 dos autos principais).

Daí que, para o subscritor, não há dúvida de que a tese defensiva e a nulidade reclamadas não foram acolhidas em nenhuma das instâncias.

Ora, conforme se verifica da ata de Julgamento pelo Tribunal do Júri da comarca de São José do Rio Preto, ocorrido em 4 de julho de 2017 (fls. 625/631 dos autos principais), a defesa apresentou tese única de desclassificação do crime de homicídio qualificado por dolo eventual para o de homicídio culposo na direção de veículo automotor e o afastamento das qualificadoras do perigo comum e do recurso que impossibilitou a defesa da vítima. Após os debates, a defesa impugnou a formulação dos quesitos, insistindo que a tese desclassificatória deveria ser formulada no 2º quesito, antes da tese acusatória. A douta juíza presidente, então, esclareceu que a tese defensiva já estava incluída no 2º quesito, pois se os jurados não reconhecessem o dolo eventual, consequentemente haveria a desclassificação para o crime de homicídio culposo na direção de veículo automotor.

A ver da ata que, após tais esclarecimentos, a defesa nada mais requereu, vindo a se insurgir contra a questão somente em apelação, após a condenação, podendo se considerar, inclusive, preclusa a nulidade suscitada.

De qualquer maneira, como bem ressaltado pelo il. Ministério Público Federal integrante do Colendo Superior Tribunal de Justiça, e assim como também constou da ata, a d.juíza presidente esclareceu os quesitos aos jurados, explicando detalhadamente as consequências da concordância ou não de cada quesito, principalmente em relação ao quesito 2º, pois dependendo da resposta o peticionário poderia ser condenado pelo crime de homicídio qualificado doloso com pena muito maior ou pelo crime de homicídio culposo na direção de veículo automotor de reprimenda corporal menor.

E, com todo o respeito ao entendimento contrário do peticionário e da douta Maioria, não houve formulação tendenciosa de quesitação da acusação ao descrever os fatos, pois foi explanado perante o Júri que em 21 de abril de 2017 o peticionário dirigiu em alta velocidade pela contramão da rodovia abalroando de frente o automóvel guiado pela vítima Rogério F.P., que faleceu em decorrência do acidente.

Acesso ao Sumário

Ao reconhecer que o peticionário agiu com dolo eventual e não de forma apenas culposa (sem intenção de matar) com tal conduta acima descrita, o Conselho de Sentença acabou por condená-lo por crime de homicídio duplamente qualificado.

Assim, para o subscritor, não há falar em anulação do julgamento por nulidade de quesitação, muito menos em novo julgamento.

Há que se considerar ainda o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, verbis:

> *"**No âmbito do processo penal, não se deve declarar nulidades quando não resultar prejuízo comprovado para a parte que a alega...** O Supremo Tribunal Federal acolhe entendimento de que o princípio geral norteador das nulidades em processo penal - pas de nulitte sans grief - é igualmente aplicável em casos de nulidade absoluta (HC 85.155-SP, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 363.06). Os automotismos devem ser evitados em sede de processo penal... **Ofende a lógica do razoável, em prejuízo da efetiva atuação jurisdicional, a pretendida declaração de nulidade, em todos os casos, com a repetição dos atos processuais, sem um mínimo de alegação ou demonstração objetiva do prejuízo**"* (HC 90411-SP, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIS FILHO, Quinta Turma, j. 26.02.08, DJ 17.03.08, grifo nosso).

Destarte, para o subscritor e para o il. Revisor, o pedido não comporta deferimento.

Importa anotar, mais uma vez, que o peticionário não se insurgiu contra a condenação mas, sim, contra a tipificação da mesma. De qualquer forma, a análise e valoração aprofundada da prova em vista do princípio da soberania dos veredictos somente seria cabível, no julgamento em plenário. Em sede recursal é limitada à verificação de eventual contrariedade entre a solução do julgamento em plenário com os elementos de prova colhidos ao longo da persecução penal.

Ademais disso, a reforma de veredicto proferido pelo Tribunal do Júri com fundamento na disposição do art. 593, inciso III, letra "d" do Código de Processo Penal, só deve ocorrer quando a decisão for "manifestamente contrária" à prova dos autos, a respeito de tal locução não existindo dúvida sobre o significado de arbitrariedade ou distorção da função de julgar.

Portanto, para o subscritor e o il. Revisor, não prospera a pretensão resolutiva do v. acórdão.

Do exposto, pelo o meu voto e pelo voto do il. Revisor, **indefere- se a revisão criminal**.

ABEN-ATHAR DE PAIVA COUTINHO, Relator Sorteado Vencido

Acesso ao Sumário

ÓRGÃO ESPECIAL

Ações Diretas de Inconstitucionalidade

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2284144-83.2023.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE MARÍLIA, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE MARÍLIA.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 55.056)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDO TORRES GARCIA (Presidente), RICARDO DIP, FIGUEIREDO GONÇALVES, COSTABILE E SOLIMENE, LUCIANA BRESCIANI, LUIS FERNANDO NISHI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, SILVIA ROCHA, NUEVO CAMPOS, CARLOS MONNERAT, RENATO RANGEL DESINANO, MELO BUENO, BERETTA DA SILVEIRA, FRANCISCO LOUREIRO, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, EVARISTO DOS SANTOS, VICO MAÑAS, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM e FÁBIO GOUVÊA.

São Paulo, 17 de abril de 2024.

MATHEUS FONTES, Relator

Assinatura Eletrônica

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI ORDINÁRIA Nº 8.742, DE 08 DE NOVEMBRO DE 2021, DO MUNICÍPIO DE MARÍLIA, QUE "DISPÕE SOBRE A RESERVA DE VAGAS NOS ESTACIONAMENTOS PÚBLICOS E PRIVADOS DO MUNICÍPIO, ÀS PESSOAS COM TRANSTORNO DO ESPECTRO AUTISTA, E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS" – MATÉRIA INSERIDA NA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA PRIVATIVA DA UNIÃO, BEM COMO NA COMPETÊNCIA CONCORRENTE ESTABELECIDA NO ART. 24, XIV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – INEXISTÊNCIA DE INTERESSE LOCAL PREDOMINAN-

Acesso ao Sumário

TE – OFENSA AOS ARTIGOS 22, INCISO XI, 24, INCISO XIV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, E 144 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL – AÇÃO PROCEDENTE, TORNADA DEFINITIVA A LIMINAR CONCEDIDA.

VOTO

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Prefeito do Município de Marília em face da Lei Municipal nº 8.742, de 08 de novembro de 2021, que "Dispõe sobre a reserva de vagas nos estacionamentos públicos e privados do município, às pessoas com transtorno do espectro autista, e dá outras providências".

Em síntese, sustenta o autor vício de iniciativa do Legislativo Municipal para elaboração do ato normativo impugnado, porquanto o tema nele regulado envolve matéria de competência concorrente da União e dos Estados, violando o princípio federativo; não se observaram as balizas já determinadas pela União por meio da Lei nº 13.146/2015 – Estatuto da Pessoa com Deficiência –, Lei Federal nº 12.764/2012 (alterada pela Lei nº 13.977/2020), que instituiu a Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista e ainda a Lei Estadual nº 17.158/2019; instituíram-se comandos que claramente impactam na organização administrativa, adentrando na seara de conveniência e oportunidade do chefe do Poder Executivo; necessidade de indicação da fonte de custeio para suportar as despesas decorrentes da sua execução; inexistência de estudo de estimativa e impacto orçamentário e financeiro, em total afronta, também, ao art. 113, do ADCT da Constituição Federal; violação aos artigos 1º, 5º, 25, 47, incisos II, XI, XIV alínea "a" e 144, todos da Constituição Bandeirante.

Postula concessão de liminar para suspensão da eficácia da Lei nº 8.742, de 08 de novembro de 2021, do Município de Marília; no mérito, procedência da ação para que seja declarada sua inconstitucionalidade.

A liminar foi concedida (fls. 34/36).

A Procuradoria-Geral do Estado, embora tenha sido citada, não se manifestou (fls. 45).

O Presidente da Câmara Municipal também deixou transcorrer o prazo para apresentar informações (fls. 46).

A Procuradoria de Justiça opinou pela procedência (fls. 51/60).

É o Relatório.

A Lei Municipal nº 8.742, de 08 de novembro de 2021, do Município de Marília, que "dispõe sobre a reserva de vagas nos estacionamentos públicos e privados do Município, às pessoas com transtorno do espectro autista, e dá outras providências", de iniciativa parlamentar, tem o seguinte teor:

Acesso ao Sumário

"Art. 1º. Os estacionamentos de veículos públicos ou privados deverão reservar 1% (um por cento) das vagas, garantida no mínimo uma vaga, próximo à entrada principal ou ao elevador, aos veículos que transportem pessoas com transtorno de espectro autista.

§ 1º. As vagas deverão ser devidamente sinalizadas com símbolo que identifica pessoa com autismo, caracterizado por uma fita colorida em formato de quebra cabeça e com a frase: 'VAGA PARA PESSOA COM AUTISMO'.

§ 2º. As vagas devem estar demarcadas conforme especificações técnicas de desenho e traçado de acordo com os padrões e normas da ABNT (Associação Brasileira de Normas Técnicas), respeitando a Lei de Acessibilidade.

Art. 2º. O descumprimento ao disposto na presente Lei acarretará ao infrator:

I – notificação;

II – multa no valor de 15 (quinze) UFESPs - Unidade Fiscal do Estado de São Paulo em caso de reincidência;

III – multa no valor de 30 (trinta) UFESPs - Unidade Fiscal do Estado de São Paulo no caso de segunda reincidência;

IV – suspensão do alvará de funcionamento na terceira reincidência, até regularização do estabelecimento aos preceitos desta Lei.

Parágrafo único. As autuações terão interstício mínimo de 60 (sessenta) dias.

Art. 3º. O Executivo Municipal, por meio do órgão competente, deverá emitir e fornecer gratuitamente, a credencial do estacionamento em vaga para pessoa com autismo, conforme normas de trânsito vigente.

Art. 4º. O Poder Executivo regulamentará a presente Lei, no que couber.

Art. 5º. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação".

A norma impugnada teve origem em projeto de lei de autoria do vereador Eduardo Duarte do Nascimento. O projeto foi primeiramente aprovado pela Câmara Municipal, enviado ao prefeito municipal para sanção, e posteriormente promulgado pelo seu Presidente da Câmara Municipal, ante o decurso do prazo, transformando-se em lei.

Acesso ao Sumário

Não cria nem extingue Secretarias e órgãos do Poder Executivo Municipal; não cria ou extingue cargos, funções ou empregos públicos, e não fixa a respectiva remuneração; igualmente não dispõe sobre servidores públicos e tampouco sobre os respectivos regimes jurídicos.

Como bem salientou o ilustre Subprocurador Geral de Justiça em seu parecer:

"As regras federais do processo legislativo são de observância obrigatória, e a lei local em análise não ventila em seu conteúdo a disciplina da organização e do funcionamento da Administração Pública ou de serviço público nem a atribuição de órgãos do Poder Executivo ou atos de gestão ordinária.

Regra é a iniciativa legislativa pertencente ao Poder Legislativo; exceção é a atribuição de reserva a certa categoria de agentes, entidades e órgãos, e que, por isso, não se presume. Corolário é a devida interpretação restritiva às hipóteses de iniciativa legislativa reservada.

Tampouco se capta competência privativa do Chefe do Poder Executivo. O art. 47 da Constituição do Estado consagra a atribuição de governo do Chefe do Poder Executivo, traçando suas competências próprias de administração e gestão que compõem a denominada reserva de Administração, pois veiculam matérias de sua alçada exclusiva, imunes à interferência do Poder Legislativo".

Não se sustenta, portanto, o argumento de que a matéria disposta na lei impugnada estaria inserida dentre aquelas sujeitas à iniciativa reservada do Executivo Municipal.

Ausência de previsão de dotação orçamentária na lei, por si só, não autoriza declaração de sua inconstitucionalidade, impedindo apenas sua eficácia no exercício financeiro respectivo (ADI nº 3.599/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 14.09.2007; ADI nº 1.585/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 03.04.1998).

Portanto, não há que se falar, ao menos em princípio, em ofensa ao princípio da separação de poderes, à iniciativa legislativa reservada ou à reserva da administração, tampouco contrariedade ao ordenamento por criação de despesa pública não prevista no orçamento.

Entrementes, considerando que a causa de pedir na ação direta de inconstitucionalidade é aberta, o que permite confronto da legislação impugnada com dispositivos constitucionais não suscitados na petição inicial (Tribunal Pleno, ADI nº 2.914/ES, Relatora Ministra Cármem Lúcia, DJe 01.06.2020), nota-se que a lei impugnada, em que pese a nobreza de propósito da ideia contida, violou o princípio da separação entre os poderes na medida em que lei de iniciativa da Câmara Municipal, ao dispor sobre reserva de vagas nos estacionamentos públicos e privados do município, às pessoas com transtorno do espectro autista atentou contra o princípio federativo, na exata medida em que regeu situação que pertence à única esfera de competência da União – art. 22, inciso XI, da CF, aplicável aos Municípios por força do artigo 144 da Constituição Bandeirante.

Ademais, a matéria objeto da lei em questão já foi disciplinada pela Lei (Federal) nº 13.146/15 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), que no artigo 47 cuidou de fixar percentual de vagas para pessoas com deficiência, categoria na qual se insere a pessoa com transtorno do espectro autista – TEA, conforme § 2º do art. 1º da Lei (Federal) nº 12.764/12 e da Lei (Estadual) nº 17.158/19, que disciplinam as políticas federal e estadual de proteção, não havendo qualquer peculiaridade local que justifique a regulação da matéria, havendo, portanto, violação à competência concorrente estabelecida no art. 24, XIV, da Constituição de 1988, de modo a vulnerar o pacto federativo constitucionalmente previsto.

Acesso ao Sumário

No sentido há precedentes desta Corte em casos análogos: Direta de Inconstitucionalidade nº 2060539-34.2019.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, Rel. Des. Beretta da Silveira, j. 21.08.2019; Direta de Inconstitucionalidade nº 2215379-60.2023.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, Rel. Des. Luis Fernando Nishi, j. 06.03.2024; Direta de Inconstitucionalidade nº 2159410-60.2023.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, Rel. Des Luciana Bresciani, j. 22.11.2023; Direta de Inconstitucionalidade nº 2029718-42.2022.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, Rel. Des. Jacob Valente, j. 27.07.2022; Direta de Inconstitucionalidade nº 2169606-60.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, Des. Rel. Moacir Peres, j. 27.04.2022.

Pelo exposto, julgo procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da Lei Ordinária nº 8.742, de 08 de novembro de 2021, do Município de Marília, tornando definitiva a liminar.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2333262-28.2023.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE TREMEMBÉ, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE TREMEMBÉ.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO IMPROCEDENTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 57.127)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDO TORRES GARCIA (Presidente), LUCIANA BRESCIANI, LUIS FERNANDO NISHI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, SILVIA ROCHA, NUEVO CAMPOS, CARLOS MONNERAT, RENATO RANGEL DESINANO, MELO BUENO, GOMES VARJÃO, ÁLVARO TORRES JÚNIOR, CORREIA LIMA, BERETTA DA SILVEIRA, FRANCISCO LOUREIRO, DAMIÃO COGAN, VICO MAÑAS, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, MATHEUS FONTES e RICARDO DIP.

São Paulo, 8 de maio de 2024.

ROBERTO SOLIMENE, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Tremembé. ADI do Prefeito. Lei n. 5.767, de 10/11/2023, que garante acesso aos usuários das repartições de saúde daquele município à rede *wi-fi* da internet. Precedentes que afastam reserva de inicia-

tiva do Prefeito e princípio da separação de poderes. Eventual ausência de recursos que não compromete sua constitucionalidade, mas a eficácia da norma no exercício orçamentário. Direito social à inclusão digital. Não ofende a separação de poderes, previsão, em lei de iniciativa parlamentar, de encargo inerente ao Poder Público a fim de concretizar direito social posto na Constituição. Ação improcedente.

VOTO

Cuida-se de ADI do Prefeito de Tremembé em face da Lei local n. 5.767, de 10/11/2023, que garante aos usuários das repartições de saúde do município acesso via *wi-fi* à internet (fls. 34, 61 e 62).

Alega-se violação à reserva de iniciativa do Chefe do Executivo, ofensa ao princípio da separação de poderes, ao conteúdo do Tema 917 do col. STF, bem como ao disposto nos arts. 5º; 24, § 2º, 1 e 4; 47, II, XIV e XIX, letra A; e 144 da Constituição Estadual, porque o cumprimento da norma obrigará contratação de servidores e imposição de obrigações à Administração.

Este relator deferiu, em 10/12/2023, liminar para suspender temporariamente a eficácia da norma, enquanto não julgada a questão pelo col. Órgão Especial (fls. 39/42).

A PGE e a Edilidade local ficaram em silêncio (fls. 54/55).

Ao final, o parecer da d. Subprocuradoria Geral de Justiça é pela improcedência (fls. 60/65).

É o relatório.

Voto n. 57.127.

Inicialmente, transcrevo a norma impugnada (fls. 61/62):

"Art. 1º – Fica estabelecida no Município da Estância Turística de Tremembé, a liberação do acesso à internet via rede sem fio (WI-FI) para os usuários das Unidades Municipais de Saúde, Unidades de Pronto Atendimento, Postos de Saúde.

Art. 2º – No cumprimento desta Lei, poderão ser adotadas as seguintes medidas:

I – limitar o acesso de usuários à internet via rede sem fio, segundo os horários de funcionamento;

II – exigir prévio cadastro dos usuários como condição para liberação da senha de acesso;

III – restringir a liberação das senhas de acesso aos usuários que estiverem aguardando qualquer tipo de atendimento;

IV – restringir o acesso a determinados sites e endereços virtuais em razão de seu conteúdo.

Acesso ao Sumário

Art. 3º – Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação".

Da leitura objetiva do texto normativo acima posto **não advém nenhuma interferência direta na administração**, pois tão-só libera o acesso à internet para usuários da rede de saúde, criando, quando muito, possibilidade d'algumas restrições que ficarão a cargo do gestor.

'Per se', a ausência de previsão de despesas no âmbito orçamentário não induz à inconstitucionalidade, tão-só torna o diploma ineficaz durante o respectivo exercício orçamentário, como assim destacado recorrentemente em julgados do col. STF e deste Órgão Especial, confira-se:

"(...) inclina-se a jurisprudência no STF no sentido de que a inobservância por determinada lei das mencionadas restrições constitucionais não induz à sua inconstitucionalidade, impedindo apenas a sua execução no exercício financeiro respectivo (...)" (STF, ADIn 1585-DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 3/4/1998).

E mais:

STF, ADIn 1478 SC, rel. Min. Maurício Corrêa; RTJ 137/1067, Min. Célio Borja.

Recentemente mesma orientação repercutiu neste colegiado em voto da e. Des. Silvia Rocha, ADI n. 2252384-19.2023.8.26.0000, em 21/2/2024:

"O Supremo Tribunal Federal já decidiu que 'a ausência de dotação orçamentária prévia em legislação específica não autoriza a declaração de inconstitucionalidade da lei, impedindo tão-somente a sua aplicação naquele exercício financeiro' (...)".

E outro, do e. Des. Xavier de Aquino, na sessão de 24/11/2021, ADI 2259407-21.2020.8.26.0000:

"Ausência de dotação orçamentária que não induz à inconstitucionalidade da norma" (verbis).

Vale dizer, não se há falar em ofensa ao Tema 917 do col. STF, cuja tese igualmente reproduzo a seguir:

"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)".

A norma cria despesa, mas as circunstâncias não conduzem à inconstitucionalidade, repito, tão apenas à sua ineficácia.

Quanto ao mais, tanto o STF quanto este Órgão Especial tiveram oportunidade de examinar a mesma questão, inviável, então, ausente qualquer circunstância nova, nos apartarmos dos antecedentes, sem que isso não violasse a uniformização pretoriana, base da segurança jurídica, consoante assim dispõem os arts. 489, § 1º, VI, 926 e 927, todos do CPC-2015.

Vale repetir, a mesma situação deve ser regrada da mesma forma.

Acesso ao Sumário

Confira-se neste Órgão Especial:

"Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei 2.890, de 14/9/2021, de Itapecerica da Serra, que dispõe sobre o 'programa conecta Itap' nas praças, parques, pontos turísticos em todos os espaços públicos de Itapecerica da Serra, promulgada pelo Poder Legislativo do Município de Itapecerica da Serra. Procedência em parte. Acolhimento apenas para declarar inconstitucional a expressão 'por intermédio de convênios e parcerias público-privadas (P.P.P)', do parágrafo 1º., do artigo 1º., bem como dos artigos 3º a 6º, da Lei nº 2.890, de 14 de setembro de 2021, do município de Itapecerica da Serra. Edilidade que, especificamente nestes pontos, invadiu as esferas de competências constitucionais do Poder Executivo e de sua respectiva chefia, afrontando a cláusula de separação de poderes" (ADI 2232093-66.2021.8.26.0000, de minha relatoria, j. 9/2/2022).

A respeito do julgado acima traço duas observações: (i) a lei de Itapecerica da Serra ia além desta de Tremembé, pois levava o Prefeito a estabelecer convênios etc., o que aqui, neste caso, de Tremembé, não se há falar; e (ii) no mais, existem coincidências porque se tratava, no julgado anterior, de acesso à internet a cargo da Prefeitura e, tocante a isso, ainda consta daquele mesmo voto (verbis):

"(...) não se há dizer inconstitucional o texto só porque, através dele, ao que se deduz do seu artigo 2º, o Poder Legislativo local buscou materializar política pública que está nacionalmente consagrada no artigo 7º do Marco Civil da Internet [lei federal n. 12.965, de 23/4/2014] (...) ***pode sim o Poder Legislativo estabelecer políticas públicas****, porém, contudo, desde que respeite a delimitação constitucional de separação de poderes. A situação ficou bem esclarecida quando da edição da tese de repercussão geral, por ocasião do Tema 917 do Excelso Pretório (...)".*

A propósito, recentemente repetiu-se a mesma orientação neste colegiado, no voto do e. Des. Figueiredo Gonçalves, em 13/3/2024, que deu pela improcedência de ADI que envolvia situação idêntica, apenas que relativa a Piracicaba:

"(...) Na hipótese em tela, a norma combatida 'dispõe sobre o acesso à internet sem fio (*WI-FI*) para os usuários das unidades de saúde do Município' e, assim, não viola o princípio constitucional da separação dos Poderes, tampouco os dispositivos da Constituição Estadual, uma vez que a matéria tratada na norma objurgada não constitui reserva legal do Chefe do Poder Executivo ou reserva da Administração.

(...)

a lei ora questionada não diz respeito a organização e funcionamento da Administração, nem impõe atribuições, além das já existentes, aos órgãos públicos, estabelecendo, unicamente, a possibilidade de acesso à Internet via rede sem fio (WI-FI) para os usuários das Unidades de Saúde, especialmente as Uni-

Acesso ao Sumário

dades Básicas de Saúde UBS's e as Unidades de Pronto Atendimento UPA's no Município de Piracicaba.

Ademais disso, não se olvide a novel necessidade de implementação de políticas públicas de inclusão digital posta no Marco Civil da Internet, Lei nº 12.965/2014.

(...)

a lei local está completamente afinada ao quanto disposto na Lei n. 12.965/2014 (Marco Civil da Internet), que assim dispõe:

Art. 4º A disciplina do uso da internet no Brasil tem por objetivo a promoção:

I – do direito de acesso à internet a todos;

.....

Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:

.....

Art. 24. Constituem diretrizes para a atuação da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios no desenvolvimento da internet no Brasil:

.....

II – promoção da racionalização da gestão, expansão e uso da internet, com participação do Comitê Gestor da internet no Brasil;

.....

Art. 27. As iniciativas públicas de fomento à cultura digital e de promoção da internet como ferramenta social devem:

I – promover a inclusão digital;

II – buscar reduzir as desigualdades, sobretudo entre as diferentes regiões do País, no acesso às tecnologias da informação e comunicação e no seu uso;

(...)

Portanto, não se pode acolher o pedido de declaração de inconstitucionalidade da Lei 9.968, de 10 de agosto de 2023, aprovada pela Câmara Municipal de Piracicaba, por qualquer de seus fundamentos" (verbis).

Na ocasião, o Órgão Especial proclamou um **direito social à inclusão digital**.

Importa considerar que, em casos iguais, foram afastadas as reservas de iniciativa dos Prefeitos ou eventual vilipêndio à separação dos poderes.

Relevante, já em termos de conclusão, dar conta de que o col. STF, no julgamento da ADI 4723 AP, rel. Min. Edson Fachin, j. 22/6/2020, predicou 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" (verbis).

Em suma, a Lei em discussão não trata nem da estrutura ou da atribuição dos órgãos municipais, muito menos do regime jurídico de servidores públicos.

Acesso ao Sumário

Proclama um direito social à inclusão digital.

Se o Município não dispuser de condições, a ponto de inserir recursos na lei orçamentária, o comando remanescerá tão apenas ineficaz no período.

Os argumentos de tão honrada fonte, qual seja, o Autor, não condizem com a jurisprudência do STF e deste Órgão Especial, razão pela qual se cancela a liminar.

Nesses termos, proponho que a ação seja julgada improcedente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2282746-04.2023.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE MARTINÓPOLIS, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE MARTINÓPOLIS.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE EM PARTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 56545)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDO TORRES GARCIA (Presidente), GOMES VARJÃO, ÁLVARO TORRES JÚNIOR, CORREIA LIMA, BERETTA DA SILVEIRA, FRANCISCO LOUREIRO, DAMIÃO COGAN, VICO MAÑAS, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, MATHEUS FONTES, RICARDO DIP, ROBERTO SOLIMENE, LUCIANA BRESCIANI, LUIS FERNANDO NISHI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, SILVIA ROCHA, NUEVO CAMPOS, CARLOS MONNERAT e RENATO RANGEL DESINANO.

São Paulo, 8 de maio de 2024.

MELO BUENO, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei nº 3.391/2023, do Município de Martinópolis, que dispõe sobre a obrigatoriedade de divulgação de alerta sobre racismo e injúria racial em eventos esportivos – Lei de iniciativa parlamentar – Ausência de vício de iniciativa – Matéria que não se insere em nenhuma daquelas previstas no rol taxativo do artigo 24, § 2º da Constituição Estadual – Falta de indicação de fonte de custeio, que não traduz infringência ao disposto no artigo 25 da Constituição

Acesso ao Sumário

Estadual, mas apenas inexequibilidade da norma no ano em que foi aprovada – Inconstitucionalidade, contudo, dos artigos 2º, parágrafo único, 3º e 6º, da norma impugnada, ao impor à Administração Pública os meios e forma para execução da lei, além de impor a destinação dos valores arrecadados com as multas pelo descumprimento da norma – Violação aos princípios da reserva da Administração e da separação dos poderes – Reconhecimento – Ação direta de inconstitucionalidade parcialmente procedente.

VOTO

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Prefeito do Município de Martinópolis em face da Lei de iniciativa parlamentar nº 3.391/2023, de 16 de outubro de 2023, do Município de Martinópolis, que **"Torna obrigatória a divulgação de alerta sobre racismo a injúria racial em eventos esportivos no Município de Martinópolis, e dá outras providências"**.

O autor busca o reconhecimento de inconstitucionalidade da norma impugnada, por vício de iniciativa, pois o Parlamento local legislou sobre matéria de competência exclusiva do Poder Executivo, obrigando a divulgação de alerta sobre racismo e injúria racial em eventos esportivos no município, sob pena de incidência de multa à organização do evento, pela omissão.

Aduz violação aos artigos 5º; 25; 47, incisos II, XIV e XIX da Constituição Estadual, por invadir atribuições exclusivas e constitucionalmente atribuídas ao Poder Executivo. Requer o recebimento e processamento desta, com deferimento de liminar para suspender a eficácia do diploma legal, até a decisão final nesta ação, quando deverá ser declarada inconstitucional a lei ora questionada.

Deferido o pedido liminar e determinado o processamento da ação, o Presidente da Câmara Municipal e a Procuradoria Geral do Estado deixaram transcorrer *"in albis"* o prazo para manifestação, a d. Procuradoria Geral de Justiça opinou pela procedência parcial do pedido (fls.75/81).

É o relatório.

A Lei nº 3.391, de 16 de outubro de 2023, do Município de Martinópolis, que **"Torna obrigatória a divulgação de alerta sobre racismo a injúria racial em eventos esportivos no Município de Martinópolis e dá outras providências."**, dispõe que:

"**Art. 1º** – Todos os eventos esportivos oficiais ficam obrigados a divulgar alerta sobre a tipificação penal de racismo a injúria racial.

Parágrafo único. Considera-se evento esportivo oficial para fins desta Lei todo aquele organizado pelas entidades integrantes do Sistema Na-

Acesso ao Sumário

cional do Desporto, conforme definidas no art. 13 da Lei nº 9.615, de 24 de março de 1998.

Art. 2º – O alerta deverá ser divulgado em telão ou sistema de alto-falantes, ficando a organização do evento liberada desta obrigação caso não possua qualquer dessas duas tecnologias, mas obrigada em afixar placa (com a medida mínima de 1,5 mts x 2 mts), conforme o art. 3º da presente lei.

Parágrafo único. A divulgação do alerta de que trata a presente Lei deverá ser feita na abertura e, quando existente, no intervalo de todos os eventos esportivos.

Art. 3º – O alerta referido no art. 1º deverá ser exibido em telão ou sistema de alto-falantes com os seguintes dizeres: *'Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro, em razão de raça, cor, etnia ou procedência nacional É CRIME, com pena de reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa. A pena é aumentada de metade se o crime for cometido mediante concurso de 2 (duas) ou mais pessoas'*.

Art. 4º – Na hipótese de não cumprimento desta Lei, fica a organização do evento esportivo sujeito à:

I – multa em valor equivalente a 100 (cem) UFESPS;

II – multa em dobro do valor estipulado, em caso de reincidência.

Art. 5º – A fiscalização do disposto na presente Lei será feita mediante regulamentação pelo Poder Executivo.

Art. 6º – Os valores arrecadados com as multas serão revertidos para o Fundo Social do município.

Art. 7º – Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário."

Com efeito, o caso é de procedência parcial da ação.

O C. STF, ao definir o Tema 917 de repercussão geral, fixou a tese de que, **"Não usurpa competência privativa do Chefe do Poder Executivo lei que, embora crie despesa para a Administração, não trata da sua estrutura ou da atribuição de seus órgãos nem do regime jurídico de servidores públicos (art. 61, § 1º, II,'a', 'c' e 'e', da Constituição Federal)."**[1]

A matéria abordada na lei municipal impugnada não está dentre aquelas reservadas exclusivamente ao Chefe do Poder Executivo (§ 2º do art. 24 da Constituição Bandeirante). Não versa sobre gestão ou organização administrativa, não havendo falar em inconstitucionalidade formal por vício de iniciativa.

E, também não se verifica inconstitucionalidade na ausência de dotação orçamentária. A falta de indicação da fonte de custeio implica que a lei será inexequível no exercício em que publicada, sendo incluída no orçamento do exercício seguinte.

Deste modo, fica rejeitada a pretensa declaração de inconstitucionalidade dos artigos 1º, parágrafo único, 4º, 5º e 7º, os quais não usurpam hipótese de iniciativa legislativa do chefe do executivo municipal e não contém imposição

Acesso ao Sumário

1 ARE 878.911 RG, Rel. Min. GILMAR MENDES, Plenário Virtual, j. em 29/09/2016.

de atribuições a órgãos públicos, interferência na Administração do Município ou fixação de prazos, de modo a não se vislumbrar fundamento na assertiva de haver ofensa ao princípio da Reserva da Administração (art. 47, incisos II, XI, XIV e XIX, da Constituição Estadual).

Todavia, verifica-se dos artigos 2º, parágrafo único, 3º e 6º, que estes padecem de inconstitucionalidade na medida em que impõem à Administração Pública os critérios e meios para cumprimento da obrigação imposta no artigo 1º da norma impugnada, em violação aos princípios da Reserva da Administração e da Separação dos Poderes (artigos, 5º, 24, § 2º e 47, II, XI, XIV e XIX, "a", aplicáveis aos Municípios por força do artigo 144, todos da CE/89).

Pois, ao determinar os meios (telão ou sistema de alto-falantes) e a forma de divulgação do alerta de que trata a lei questionada (na abertura e, quando existente, no intervalo de todos os eventos esportivos), seu teor (texto código penal) e as dimensões da placa informativa (com a medida mínima de 1,5 mts x 2 mts), além da destinação das multas aplicadas (revertidos para o Fundo Social do município), tais dispositivos (artigos 2º, parágrafo único, 3º e 6º) interferem no funcionamento e na prática da gestão administrativa, usurpando a competência reservada ao Chefe do Executivo e violando o princípio da separação dos poderes.

Como consignado pela d. Procuradoria Geral de Justiça, a lei municipal questionada é de extrema importância para o combate de um mal que assola o país, o crime de racismo, sendo lícito ao Poder Legislativo instituir políticas públicas, desde que não invada o núcleo da reserva de iniciativa legislativa do Chefe do Poder Executivo ou da reserva da Administração, salientando que: **"Em outras palavras, ao Poder Legislativo será consentido estabelecer o que (o Poder Executivo) pode ou deve fazer, mas não como fazê-lo, porque, salvo competências constitucionalmente vinculadas, remanesce ao Poder Executivo, como órgão de governo, a escolha dos meios de cumprimento das obrigações fixadas pelo Parlamento, e que se rende ao âmbito de sua discricionariedade (escolhas, opções, alternativas) – simples ou técnica – à luz da realidade e da possibilidade da medida dos recursos (humanos, materiais) disponíveis, da influência da técnica, da ciência e da tecnologia, das condicionantes do ordenamento jurídico inteiro, e dos aspectos econômicos, financeiros e orçamentários.**

Assim sendo, soa coerente com esse discurso que ao Poder Legislativo será lícito inscrever em regra jurídica o direito ao desporto, mas não a especificação do modo pelo qual essa diretriz será implementada, a menos que se trate, em linha de princípio, de competência constitucional vinculada.

(...).

Seria lícito, a meu juízo, a lei, de iniciativa parlamentar, prever apenas a alerta em eventos esportivos sobre a tipificação penal de racismo e injúria racial, em cariz genérico, deixando à Administração Pública a

Acesso ao Sumário

definição, em sede regulamentar, definir o modo pelo qual cumpriria essa prestação.

A fórmula normativa adotada ceifa a possibilidade de escolha que cabe à Administração Pública do melhor meio de cumprimento de um dever – enfim, do atendimento ao *dovere di buonna amministrazzione*.

Penso, por isso mesmo, e com a devida vênia de ilustres entendimentos contrários, que, no caso em foco, o legislador municipal invadiu as esferas de competências constitucionais do Poder Executivo e sua respectiva chefia, afrontando a cláusula de separação de poderes."

Ressalte-se, ainda que, especificamente em relação ao artigo 6º, que trata da destinação dos valores arrecadados com as multas pelo descumprimento da lei impugnada, por se cuidar de matéria orçamentária, reservada ao Chefe do Poder Executivo, nos termos do artigo 174, §§ 1º e 4º, 1, da Constituição Estadual, aplicável aos Municípios, por força do artigo 144 da mesma Constituição, é vedado ao Poder Legislativo impor a destinação do montante arrecadado, restando, assim, configurada a violação ao princípio da separação dos poderes.

A propósito do tema, confiram-se precedentes deste C. Órgão Especial:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI Nº 5.707, DE 11 DE AGOSTO DE 2023, DO MUNICÍPIO DE TREMEMBÉ, QUE 'DETERMINA A AFIXAÇÃO DE CARTAZ INFORMANDO OS NÚMEROS DE TELEFONE, O SITE E O ENDEREÇO DO CONSELHO TUTELAR, NOS ESTABELECIMENTOS PÚBLICOS E PRIVADOS NO MUNICÍPIO DA ESTÂNCIA TURÍSTICA DE TREMEMBÉ' – LEI DE INICIATIVA PARLAMENTAR – CONFORMIDADE AOS ARTIGOS. 5º, 24, § 2º, 47, INCISOS II, XI, XIV E XIX, E 144 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SÃO PAULO – VÍCIO DE INICIATIVA NÃO CARACTERIZADO, POIS A NORMA IMPUGNADA NÃO VERSA SOBRE A ESTRUTURA OU ORGANIZAÇÃO DE ÓRGÃOS DO EXECUTIVO OU REGIME JURÍDICO DOS SERVIDORES PÚBLICOS – TESE FIXADA EM REPERCUSSÃO GERAL NO ÂMBITO DO C. STF – TEMA Nº 917 – ARE. 878.911/RJ – PRESTÍGIO À PUBLICIDADE ADMINISTRATIVA E ACESSO À INFORMAÇÃO – NORMA, ADEMAIS, QUE CONVERGE A DISPOSIÇÕES DA LEGISLAÇÃO FEDERAL (LEI Nº 12.527/2011) – PRECEDENTES DO C. ÓRGÃO ESPECIAL – DISPOSIÇÕES PONTUAIS, TODAVIA, DOS ARTIGOS 2º (POR PRATICAR ATO TÍPICO DE ADMINISTRAÇÃO) E 6º (POR IMPOR À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PRAZO PARA CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO), QUE SE MOSTRAM INCONSTITUCIONAIS – TESE DE CRIAÇÃO DE DESPESAS SEM PREVISÃO DE FONTE DE CUSTEIO QUE NÃO VINGA – PRETENSÃO PROCEDENTE EM PARTE."[2]

"Constitucional – Administrativo – Ação Direta de Inconstitucionalidade – Município de Santo André – Lei n. 10.520, de 8 de junho de 2022 que institui no âmbito do Município de Santo André, a obrigatoriedade de afixação de placa informativa com

2 ADIN nº 2222492-65.2023.8.26.0000, Rel. Des. FRANCISCO CASCONI, j. em 21/02/2024.

o número do 'Disque Direitos Humanos – Disque Denúncia contra ameaça e violações de Direitos contra crianças e adolescentes – "Disque 100" – O parâmetro de controle de constitucionalidade de norma municipal é unicamente a Constituição Estadual, afastando-se a análise da ação quanto a normas infraconstitucionais. Artigos 1º, 2º, 3º, 5º e 8º da norma impugnada que apenas enalteceram o princípio da publicidade e da transparência dos atos da administração pública, buscando incentivar a comunicação sobre eventuais violações a direitos humanos – Exegese do artigo 111 da Constituição Estadual, aplicável aos Municípios por força do artigo 144 da mesma Carta, não tendo havido invasão da matéria relacionada ao funcionamento da Administração Pública – Princípio da publicidade prestigiado pelos dispositivos impugnados – Constitucionalidade dos dispositivos reconhecida. Artigos 4º, 'caput' e parágrafo único, 6º e 7º – Imposição ao Executivo local do dever de seguir os critérios elencados na lei de iniciativa parlamentar para determinar o dever de seguir os critérios elencados na lei de iniciativa parlamentar ao especificar o teor e as dimensões da placa informativa (artigo 4º, 'caput' e parágrafo único), a destinação das multas aplicadas pela não observância da lei (artigo 6º) e o prazo para a adaptação dos estabelecimentos às imposições contidas na norma (90 dias, a contar da sua publicação). – Violação do princípio da separação dos poderes – Invasão da reserva da administração ou iniciativa legislativa reservada ao chefe do Poder Executivo – Configuração de vício de iniciativa nos dispositivos mencionados – À Administração compete escolher o meio adequado e eficiente para a execução da lei – Ingerência do Poder Legislativo na gestão administrativa – Exegese dos artigos 5º, 24, § 2º e 47, incisos II, XI, XIV e XIX, 'a', da Constituição do Estado, aplicáveis aos Municípios por força do artigo 144 da mesma Constituição Bandeirante. Artigo 7º – Determinação do prazo de 90 dias para que os 'estabelecimentos especificados no art. 1º' se adaptem às determinações legais, sem ter excluído da sua incidência os 'prédios comerciais e ocupados por órgãos e serviços públicos' descritos no inciso IX do caput do artigo 1º – Declaração de inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto. Alegação de ausência de indicação de dotação orçamentária como fator para reconhecimento da inconstitucionalidade – Rejeição – O Supremo Tribunal Federal possui entendimento consolidado de que a 'ausência de dotação orçamentária prévia em legislação específica não autoriza a declaração de inconstitucionalidade da lei, impedindo tão-somente a sua aplicação naquele exercício financeiro' (ADI 3.599/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes). Inconstitucionalidade reconhecida dos artigos 4º, 'caput' e parágrafo único, e 6º e declaração de inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, do artigo 7º, para o fim de excluir de sua aplicação os prédios ocupados por

Acesso ao Sumário

órgãos e serviços públicos, mencionados no inciso IX do 'caput' do artigo 1º, todos da Lei n. 10.520, de 8 de junho de 2022, do Município de Santo André – Ação julgada procedente em parte."[3]

"Ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo procurador geral de justiça do estado de são paulo contra os arts. 5º e 6º da Lei municipal 6.525/2022 que dispõe sobre a obrigatoriedade de afixação, no âmbito do Município de Pindamonhangaba, de avisos com o número do Disque 100 Racismo. Procedência que é de rigor. 1. art. 5º da referida norma que disciplina o destino do valor arrecadado com as multas decorrentes do descumprimento ao disposto na referida norma. Matéria orçamentária, que é reservada ao chefe do poder executivo, nos termos do art. 174, § 4º, I, da Constituição do Estado de São Paulo. inconstitucionalidade configurada. Ofensa ao princípio da separação de poderes. 2. Alegação de inconstitucionalidade parcial do art. 6º da referida norma em relação à determinação de que os prédios ocupados por órgãos e serviços públicos, referidos no inciso VIII do caput do art. 1º, da Lei nº 6.525, de 25 de março de 2022, do Município de Pindamonhangaba, também se adaptem à mencionada lei, no prazo de 90 dias. Ocorrência de inadmissível Violação ao disposto nos arts. 5º, 47, II e XIV da Constituição bandeirante. 3. demanda julgada procedente, para declarar a inconstitucionalidade do art. 5º e a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, do art. 6º para excluir de sua aplicação os prédios ocupados por órgãos e serviços públicos, referidos no inciso VIII do caput do art. 1º, da Lei nº 6.525, de 25 de março de 2022, do Município de Pindamonhangaba."[4]

Deste modo, competindo à Administração Pública escolher o meio adequado e eficiente para execução da lei, acolhe-se parcialmente o pedido, para o fim de declarar a inconstitucionalidade dos artigos 2º, parágrafo único, 3º e 6º, da Lei nº 3.391, de 16 de outubro de 2023, do Município de Martinópolis.

Ante o exposto, **julga-se parcialmente procedente a presente ação direta de inconstitucionalidade.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2196199-58.2023.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE BRAGANÇA PAULISTA e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE BRAGANÇA PAULISTA.

Acesso ao Sumário

3 ADIN nº 2303542-50.2022.8.26.0000, Rel. Des. MARCIA DALLA DÉA BARONE, j. em 21/06/2023.

4 ADIN nº 2235869-40.2022.8.26.0000, Rel. Des. CAMPOS MELLO, j. em 08/03/2023.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE, COM MODULAÇÃO E RESSALVA. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 46.940)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDO TORRES GARCIA (Presidente), ROBERTO SOLIMENE, LUIS FERNANDO NISHI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, NUEVO CAMPOS, CARLOS MONNERAT, RENATO RANGEL DESINANO, MELO BUENO, GOMES VARJÃO, ÁLVARO TORRES JÚNIOR, CORREIA LIMA, PAULO ALCIDES, FLAVIO ABRAMOVICI, BERETTA DA SILVEIRA, FRANCISCO LOUREIRO, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, EVARISTO DOS SANTOS, VICO MAÑAS, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM e MATHEUS FONTES.

São Paulo, 15 de maio de 2024.

AROLDO VIOTTI, Relator

Ementa: Ação Direta de Inconstitucionalidade. Emenda à Lei Orgânica nº 37, de 03 de maio de 2023, do Município de Bragança Paulista, dispositivo que "altera a redação do parágrafo único do artigo 109 da Lei Orgânica do Município de Bragança Paulista/SP". Normativa que passa a permitir a contratação por prazo determinado, pelo período máximo de 02 (dois) anos, para os empregos da área médica, quando não houver possibilidade através de concurso público e, nas mesmas circunstâncias, da área de educação, para professores em substituição de titulares de cargo em afastamento de qualquer tipo, pelo prazo de 01 (um) ano, prorrogável por até mais 01 (um) ano, a critério da Administração. Vício de constitucionalidade material. Hipótese de contratação temporária que não atende aos requisitos constitucionais. Necessidade de definição clara pelo legislador da necessidade temporária e excepcionalidade do interesse público. Lei municipal que contém previsões excessivamente genéricas, referentes a situações sob o controle da administração pública ou desvinculadas de necessidade transitória ou interesse público excepcional. Impossibilidade de utilização da contratação temporária como meio de compensação de deficiências de organização. Contratação que não se volta ao atendimento

Acesso ao Sumário

de "necessidade temporária de excepcional interesse público", tampouco é precedida de "processo seletivo simplificado". Violação aos artigos 111 e 115, II e X, ambos da Constituição Estadual. Precedentes deste Órgão Especial. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente, com modulação e determinação de irrepetibilidade dos valores percebidos de boa fé.

VOTO

I. Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada pelo PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, impugnando a Emenda à Lei Orgânica nº 37, de 03 de maio de 2023, do Município de Bragança Paulista, dispositivo que "altera a redação do parágrafo único do artigo 109 da Lei Orgânica do Município de Bragança Paulista/SP". Segundo a inicial, a emenda impugnada, ao permitir a contratação temporária pelo período máximo de 02 (dois) anos, para os empregos da área médica, quando ***"não houver possibilidade através de concurso público"*** e, nas mesmas circunstâncias, da área de educação, para professores em substituição de titulares de cargo em ***"afastamento de qualquer tipo"***, pelo prazo de 01 (um) ano, prorrogável por até mais 01 (um) ano, a critério da Administração, violou os arts. 111 e 115, X, da Constituição Estadual, aplicáveis aos Municípios por força do seu art. 144. De acordo com a exordial, ***"a jurisprudência do Órgão Especial afirma que estão ausentes a configuração de situação extraordinária, imprevisível e emergencial nas hipóteses genéricas e extremamente amplas para contratação de serviço temporário, sem haver compatibilização com o delineio de situação excepcional de interesse público e circunstâncias rotineiras da Administração Pública, passíveis de previsibilidade e ordenação"*** (textual – fls. 06). Faz menção a julgados e ao Tema 612 de Repercussão Geral no C. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 658.026-MG. Aduz que os prazos permitidos para a contratação temporária de que trata a emenda ***"não ostentam qualquer razoabilidade, e confirmam, ademais, nítida intenção de subversão à regra da investidura permanente e efetiva em cargo ou empregos públicos mediante aprovação em prévio concurso público"*** (textual – fls. 09). Traz julgados. Requer a procedência da ação para ser declarada a inconstitucionalidade da emenda objurgada.

A Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, em sua manifestação de fls. 217/219, absteve-se de se pronunciar no tocante às normas municipais impugnadas, ***"tendo em vista que a forma como cada ente disciplina a matéria, à luz dos dispositivos constitucionais, é assunto de interesse exclusivamente local"*** (textual – fls. 219.

A Sra. Presidente da Câmara Municipal de Bragança Paulista prestou in-

Acesso ao Sumário

formações às fls. 224/233, defendendo a constitucionalidade da norma impugnada.

O autor se manifestou às fls. 326/327, requerendo a concessão de medida liminar para suspender os efeitos da Emenda à Lei Orgânica nº 37/2023 do Município de Bragança Paulista.

O Sr. Prefeito Municipal prestou informações às fls. 335/357, pela improcendência da ação.

A D. Procuradoria-Geral de Justiça emitiu parecer no sentido da procedência da ação (fls. 430/440).

Este, em síntese, o relatório.

II. A ação é procedente.

Reproduz-se o teor integral da impugnada Emenda à Lei Orgânica nº 37, de 03 de maio de 2023, do Município de Bragança Paulista, dispositivo que "altera a redação do parágrafo único do artigo 109 da Lei Orgânica do Município de Bragança Paulista/SP", "verbis" (fls. 195):

"Art. 1º – O parágrafo único do artigo 109 da Lei Orgânica do Município de Bragança Paulista passa vigorar com a seguinte redação:

"Art. 109. ...

Parágrafo único. Fica permitida a contratação por prazo determinado, pelo período máximo de 02 (dois) anos, para os empregos da área médica, quando não houver possibilidade através de concurso público e, nas mesmas circunstâncias, da área de educação, para professores em substituição de titulares de cargo em afastamento de qualquer tipo, pelo prazo de 01 (um) ano, prorrogável por até mais 01 (um) ano, a critério da Administração." (NR)

Art. 2º – Esta Emenda à Lei Orgânica entra em vigor na data de sua publicação".

Assiste razão ao autor.

A Emenda à Lei Orgânica nº 37, de 03 de maio de 2023 do Município de Bragança Paulista nada mais fez senão instituir uma espécie de contratação temporária, sem atender, contudo, aos requisitos impostos pela Constituição Federal e, por simetria, pela Constituição Estadual, quais sejam: situação extraordinária de interesse público expressamente prevista e definida na lei, temporariedade da contratação e – como regra nos casos de contratação temporária – prévia realização de processo seletivo simplificado.

Referido diploma contém vício de inconstitucionalidade material, por afronta aos artigos 111 e 115, II e X, ambos da Constituição Estadual, dispositivos do seguinte teor:

"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, motiva-

Acesso ao Sumário

ção, interesse público e eficiência." (redação dada pela EC 21, de 14.02.2006)

"Artigo 115 – Para a organização da administração pública direta e indireta, inclusive as fundações instituídas ou mantidas por qualquer dos Poderes do Estado, é obrigatório o cumprimento das seguintes normas:

(...)

II – a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia, em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão, declarado em lei, de livre nomeação e exoneração;

(...)

X – a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado, para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;"

As hipóteses de contratação temporária de servidores pela Administração Pública, a par de serem necessariamente estabelecidas em lei, devem subordinar-se ao requisito primordial da *"necessidade temporária de excepcional interesse público"*, isto é, precisam ser justificadas por situação emergencial e pelo ***"propósito de evitar solução de continuidade no serviço público"*** (STF, Pleno, ADI 3.721-CE, j. 09.06.2016, Rel. o Min. TEORI ZAVASCKI). Compete ao legislador infraconstitucional a definição clara e assertiva dos casos excepcionais, não se admitindo previsões genéricas que possam autorizar contratações abusivas.

E nesta linha, ainda que possível, em tese, a contratação temporária de professores e profissionais de saúde, **no caso em apreço as hipóteses específicas previstas na emenda objurgada**, quais sejam (i) *para os empregos da área médica*, quando não houver possibilidade através de concurso público e, (ii) nas mesmas circunstâncias, da área de educação, *para professores em substituição de titulares de cargo* em afastamento de qualquer tipo; **são demasiadas genéricas e não atendem aos requisitos constitucionais, uma vez que não correspondem a necessidades transitórias ou interesse público excepcional, além de estarem inteiramente sob controle da Administração.**

A matéria foi objeto de apreciação por parte do Col. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Tema nº 612 de Repercussão Geral (RE nº 658.026), fixando-se parâmetros a serem observados na contratação temporária: ***"Nos termos do art. 37, IX, da Constituição Federal, para que se considere válida a contratação temporária de servidores públicos, é preciso que: a) os casos excepcionais estejam previstos em lei; b) o prazo de contratação seja predeterminado; c) a necessidade seja temporária; d) o interesse público seja excepcional; e) a contratação seja indispensável, sendo vedada para os serviços ordinários permanentes do Estado que estejam sob o espectro das contingências normais da Administração. Obs: Redação da tese aprovada nos termos do item 2 da Ata da 12ª Sessão Administrativa do STF, realizada em 09/12/2015."***

Acesso ao Sumário

(Rel. o Min. DIAS TOFFOLI, j. 09.04.2014 – g.n).

Destaca-se que, no julgado acima citado, o i. Ministro Relator didaticamente ilustra o que se deve entender por **'excepcionalidade'**. Conforme lá consignado: ***"... o fato é que o texto normativo municipal regulou a contratação temporária de profissionais da área da educação, atividade essencial e permanente, sem descrever situações excepcionais e transitórias (como seria o caso de calamidade pública, surtos endêmicos que tenham atingido os profissionais da educação, demissões ou exonerações em massa, situações de greve dos profissionais da educação que perdurem por tempo irrazoável ou de greve que tenha sido considerada ilegal pelo Poder Judiciário etc.), o que não se coaduna com as exigências constitucionais".***

No dizer de julgado deste Órgão Especial: ***"... o regime especial de contratação temporária deve atender a três pressupostos constitucionais: a determinabilidade temporal da contratação, a temporariedade da função a ser exercida e, por fim, a previsão legal dos casos de excepcional interesse público que ensejam a contratação de novos servidores temporários, nos termos do artigo 37, inciso IX, da Constituição Federal"***. (ADI nº 2027404-65.2018.8.26.0000, Des. o Rel. RICARDO ANAFE, j. 05.09.2018).

Sobre o tema, no âmbito federal, foi editada a Lei nº 8.745, de 09 de dezembro de 1993, a qual elenca as hipóteses de contratação temporária em seu artigo 2º; e estabelece, em seu artigo 3º, que o recrutamento do pessoal será feito *"mediante processo seletivo simplificado sujeito a ampla divulgação"*, excetuadas as contratações decorrentes de calamidade pública, de emergência ambiental e de emergências em saúde pública.

Essa legislação deve servir de norte para o regramento da matéria pelos Estados e Municípios. É a lição de HELY LOPES MEIRELLES: ***"No âmbito federal essa contratação encontra-se regulada pela Lei 8.745, de 9.12.93, alterada pela Lei 9.849, de 26.10.99. Esta lei federal deve servir de norte para Estados e Municípios disporem sobre a matéria. Os casos relacionados pela aludida lei, exemplificativamente, são: a) assistência a situações de calamidade pública; b) combate a surtos endêmicos; c) admissão de professor substituto e professor visitante; d) admissão de professor e pesquisador visitante estrangeiro; e e) atividades especiais nas organizações das Forças Armadas para atender à área industrial ou a encargos temporários de obras e serviços de Engenharia. O seu art. 3º estabelece como regra geral o recrutamento mediante processo seletivo simplificado, prescindindo, portanto, de concurso público. Todavia, a contratação para atender a situação de calamidade pública dispensa o processo seletivo e a prevista nas letras 'e' e 'f', acima, poderá ser efetivada à vista de notória capacidade técnica ou científica do profissional, mediante análise do curriculum vitae (cf. §§ 1º e 2º do art. 3º). Com a finalidade de evitar fraude à regra do tempo determinado, a lei veda a prorrogação***

Acesso ao Sumário

dos contratos, só a admitindo nos casos e nos prazos ali estabelecidos (art. 4º e §§ 1º e 2º).” (HELY LOPES MEIRELLES, “Direito Administrativo Brasileiro”, Malheiros Ed., 36ª edição, pág. 467 – sublinhou-se).

Nesta linha, é cristalino que a contratação prevista na Emenda à Lei Orgânica nº 37, de 03 de maio de 2023, do Município de Bragança Paulista não se volta ao atendimento de *“necessidade temporária de excepcional interesse público”*, tampouco se enquadra em hipótese de dispensa do processo seletivo simplificado e, desta forma, a investidura em cargo público não prescinde de aprovação em concurso público (art. 37, II, da Constituição Federal).

O diploma legal impugnado, como visto, não atende aos mencionados pressupostos constitucionais e afronta os artigos 111 e 115, incisos II e X, todos da Constituição Estadual, o que implica a procedência da presente ação.

A matéria tem sido objeto de inúmeros precedentes deste Órgão Especial destacando-se:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI Nº 1.633, DE 08 DE MARÇO DE 2019, DO MUNICÍPIO DE LUIZ ANTONIO – PROGRAMA EMERGENCIAL DE AUXÍLIO-DESEMPREGO – PAGAMENTO DE BOLSA AUXÍLIO EM CONTRAPRESTAÇÃO À PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE INTERESSE COLETIVO – BURLA À REGRA DO CONCURSO PÚBLICO – INCONSTITUCIONALIDADE – RECONHECIMENTO. Lei do Município de Luiz Antônio que instituiu Programa Emergencial de Auxílio-Desemprego, pelo qual mão-de-obra local em situação de vulnerabilidade presta serviços de interesse coletivo, frequenta cursos profissionalizantes e de alfabetização, e recebe uma bolsa auxílio. Entendimento formado por este Colegiado de que programas emergenciais que pagam auxílio em contraprestação a um serviço prestado são inconstitucionais por violarem a regra do concurso público. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente, com modulação de efeitos.” (ADI nº 2102443-63.2021.8.26.0000, Rel. o Des. DÉCIO NOTARANGELI, j. 18.05.2022, v.u.)

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI Nº 2.994, DE 02 DE JANEIRO DE 2018, COM A ALTERAÇÃO PROMOVIDA PELA LEI Nº 3.210, DE 21 DE DEZEMBRO DE 2020, E DECRETO Nº 1.516, DE 19 DE FEVEREIRO DE 2018, TODOS DO MUNICÍPIO DE EMBU DAS ARTES – DIPLOMAS NORMATIVOS QUE, A DESPEITO DO ALEGADO CARÁTER ASSISTENCIAL, PREVEEM A COMPOSIÇÃO DE FRENTE DE TRABALHO COM ATÉ 1.500 (MIL E QUINHENTOS) TRABALHADORES, DESTINADA A ABSORVER MÃO DE OBRA DESEMPREGADA, COM ADMISSÃO DE PESSOAL POR TEMPO DETERMINADO PARA REALIZAÇÃO DE SERVIÇOS DE LIMPEZA PÚBLICA, REPAROS, CONSERVAÇÃO DE ÁREAS VERDES, PRAÇAS, ATIVIDADES COMUNITÁRIAS JUNTO À POPULAÇÃO CARENTE E OUTROS SERVIÇOS AFINS –

Acesso ao Sumário

IMPOSIÇÃO DE JORNADA DE 35 HORAS SEMANAIS DESTINADAS À PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE INTERESSE DA COMUNIDADE PARA FAZER JUS À 'BOLSA AUXÍLIO DESEMPREGO' NO VALOR MENSAL DE R$ 1.000,00 (MIL REAIS) E AO FORNECIMENTO DE CESTA BÁSICA, ESTABELECENDO VERDADEIRA HIPÓTESE DE CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA – INADMISSIBILIDADE – TEMA Nº 612 DA REPERCUSSÃO GERAL (RE Nº 658.026/MG) – PREVISÃO GENÉRICA E ABRANGENTE PARA ADMISSÃO DE PESSOAL POR TEMPO DETERMINADO PARA CONSECUÇÃO DE ATIVIDADES DE CARÁTER ESSENCIAL E PERMANENTE DA ADMINISTRAÇÃO, SEM QUALQUER CONOTAÇÃO EXCEPCIONAL OU IMPREVISÍVEL – DESRESPEITO AO POSTULADO DO CONCURSO PÚBLICO OU À REGRA DO PROCESSO LICITATÓRIO PARA CONTRATAÇÃO DE OBRAS E SERVIÇOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – PRECEDENTES – VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 111, 115, INCISOS II E X, E 117 DA CARTA BANDEIRANTE – INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA – AÇÃO PROCEDENTE, COM MODULAÇÃO DOS EFEITOS, NOS TERMOS DO ART. 27 DA LEI Nº 9.868/1999". "Qualquer forma de contratação que evidencie o desempenho de funções regulares e perenes, próprias da gestão administrativa, da consecução de atividades fim ou da organização interna do ente público, desvinculadas dos pressupostos da excepcionalidade e da temporariedade, jamais pode ensejar a dispensa de licitação, do recrutamento pelo sistema de mérito e tampouco autoriza a admissão de forma precária". "É defeso ao legislador local prever hipóteses abrangentes e genéricas, nem deixar sem definição, ou em aberto, os casos de contratação temporária". (ADI nº 2197942-74.2021.8.26.0000, Rel. o Des. RENATO SARTORELLI, j. 06.04.2022, v.u.)

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Lei nº 9.667, de 27.02.18, do Município de São José dos Campos, e Decreto nº 17.760, de 23.03.18, da mesma localidade, que tratam do denominado 'Programa Pró-Trabalho' voltado a '... proporcionar aos munícipes que estejam em situação de desemprego e vulnerabilidade a chance de recolocação e qualificação para sua reintegração no mercado de trabalho.'. Inequívoca hipótese de contratação temporária em descompasso à regra geral do concurso público. Desemprego não serve ao pretexto de excepcionar tal lógica. Legislação não delimita quais serviços serão objeto de prestação pelos participantes do programa, mas apenas menciona a '... realização de atividades de interesse da comunidade local', sem trazer qualquer especificação nesse sentido. Serviços ordinários fazem parte do espectro das contingências normais da Administração. Inconstitucionalidade (art. 115, II, CE). Efeitos ex tunc, observada a não repetição dos valores recebidos de boa-fé pelos servidores temporários. Procedente a ação, com observação." (ADI nº 2154421-79.2021.8.26.0000, Rel. o Des.

Acesso ao Sumário

EVARISTO DOS SANTOS, j. 01.12.2021, v.u.)

"Ação direta de inconstitucionalidade. Estrela D'Oeste. Lei Municipal n. 2.853, de 04 de abril de 2017, que 'Cria o programa de auxílio ao desempregado denominado Frentes de Trabalho' e respectivo decreto regulamentador. Natureza dos cargos a serem providos excepcional e temporariamente. Previsão genérica para atendimento de necessidades perenes da Administração. Casos em que a admissão deve se dar mediante regular concurso público. Excepcionalidade não verificada. Inconstitucionalidade caracterizada. Tema objeto de julgamento nos autos da Repercussão Geral 612 (RE 658.026), em que o Supremo Tribunal Federal manifestou entendimento no sentido de ser 'vedada a contratação para os serviços ordinários permanentes do Estado'. Vulneração aos princípios da moralidade e razoabilidade e aos artigos 111 e 115, II e X, da Constituição Estadual. Precedentes do Órgão Especial. Ação julgada procedente." (ADI nº 2078311-73.2020.8.26.0000, Rel. o Des. ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, j. 11.11.2020, v.u.)

Ainda: ADI nº 2042918-82.2023.8.26.0000, Rel. a Des. MARCIA DALLA DÉA BARONE, j. 26/07/2023, v.u; ADI nº 2110805-25.2019.8.26.0000, Rel. o Des. FRANCISCO CASCONI, j. 27.11.2019, v.u.; ADI nº 2137230-26.2018.8.26.0000, Des. o Rel. JOÃO CARLOS SALETTI, j. 12.12.18, v.u.; ADI nº 2248988-44.2017.8.26.0000, Rel. o Des. ALEX ZILENOVSKI, j. 06.06.2018, v.u.; ADI nº 2228637-50.2017.8.26.0000, Rel. o Des. JOÃO NEGRINI FILHO, j. 04.04.2018, v.u.; ADI 2046647-29.2017.8.26.0000, Rel. o Des. TRISTÃO RIBEIRO, j. 13.09.2017, v.u..

Acolhido o pedido, é caso de modular os efeitos desta decisão, em atenção ao art. 27 da Lei nº 9.868/99. Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade da Emenda à Lei Orgânica nº 37, de 03 de maio de 2023, do Município de Bragança Paulista far-se-ão produzir ao término do prazo de cento e vinte (120) dias contados de 01.01.2025, por estar este julgamento sendo realizado em ano eleitoral, consoante orientação deste Órgão, assentando-se a irrepetibilidade dos valores recebidos de boa fé pelos beneficiários da emenda, diante de seu caráter alimentar.

III. Por todo o exposto, julga-se procedente a presente ação, para declarar a inconstitucionalidade da Emenda à Lei Orgânica nº 37, de 03 de maio de 2023, do Município de Bragança Paulista, com modulação e irrepetibilidade, como acima explicitado.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2287621-17.2023.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que

é autor PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE ITÁPOLIS e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE ITÁPOLIS.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO IMPROCEDENTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 51.869)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDO TORRES GARCIA (Presidente), CARLOS MONNERAT, RENATO RANGEL DESINANO, MELO BUENO, GOMES VARJÃO, ÁLVARO TORRES JÚNIOR, CORREIA LIMA, PAULO ALCIDES, FLAVIO ABRAMOVICI, BERETTA DA SILVEIRA, FRANCISCO LOUREIRO, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, EVARISTO DOS SANTOS, VICO MAÑAS, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, MATHEUS FONTES, AROLDO VIOTTI, ROBERTO SOLIMENE, LUIS FERNANDO NISHI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE e TASSO DUARTE DE MELO.

São Paulo, 15 de maio de 2024.

NUEVO CAMPOS, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – § 1º DO ARTIGO 67 DA LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO DE ITÁPOLIS – ALEGADA VIOLAÇÃO AOS ARTS. 115, V, E 144 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL.
RESERVA DE 10% (DEZ POR CENTO) DOS CARGOS DE PROVIMENTO EM COMISSÃO PARA PREENCHIMENTO POR SERVIDORES DE CARREIRA – INEXISTÊNCIA DE PARÂMETRO OBJETIVO PARA O EXAME DA CONSTITUCIONALIDADE – ANÁLISE DO CASO CONCRETO QUE NÃO SE MOSTRA DESARRAZOADO OU DESPROPORCIONAL – CONSTITUCIONALIDADE DA LEI LOCAL – AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE.

VOTO

Vistos.

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, objetivando a declaração de inconstitucionalidade por omissão parcial do § 1º do art. 67, da Lei Orgânica do Município de Itápolis.

Acesso ao Sumário

Sustenta, a propósito, que a fixação de percentual mínimo de 10% de cargos de provimento em comissão a serem preenchidos por servidores de carreira descumpre parcialmente a Constituição Estadual.

Sustenta, nesse sentido, a violação ao disposto nos arts. 115, V, e no art. 144, da Constituição do Estado de São Paulo.

Sem pedido de liminar, foram os autos processados (fls. 511/512).

A D. Procuradoria-Geral do Estado, nos termos do art. 90, § 2º, da Constituição Estadual, manifestou-se, defendendo que a Constituição Federal não estabeleceu parâmetros a serem observados pelo legislador infraconstitucional para fixar percentuais mínimos de cargos em comissão reservados para servidores efetivos (fls. 521/531).

A Municipalidade de Itápolis, representada por seu DD. Prefeito Municipal, em suas informações, defendeu a constitucionalidade do dispositivo impugnado (fls. 535/542).

O DD. Presidente da Câmara Municipal de Itápolis apresentou informações também no sentido da defesa da constitucionalidade do dispositivo em análise (fls. 548/557).

A D. Procuradoria-Geral de Justiça ofertou parecer opinando pela procedência da ação (fls. 630/633).

A ementa do parecer ministerial tem o seguinte teor:

"CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. § 1º DO ARTIGO 67 DA LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO DE ITÁPOLIS. FIXAÇÃO DE PERCENTUAL MÍNIMO DE 10% DOS CARGOS DE PROVIMENTO EM COMISSÃO A SEREM PREENCHIDOS POR SERVIDORES DE CARREIRA. DESCUMPRIMENTO PARCIAL DA CONSTITUIÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 115, V, E 144 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL.

1. Reconhecimento de inconstitucionalidade por omissão parcial do § 1º do artigo 67 da Lei Orgânica do Município de Itápolis, no tocante ao percentual estipulado.

2. Assinalar a metade do total de cargos de provimento em comissão como o mínimo proficiente para satisfação do parâmetro constitucional é medida racional e objetiva e, portanto, de elevado grau de razoabilidade e proporcionalidade, pois baseia-se na presunção de que, à míngua de indicação precisa de percentual na Constituição, 50% (cinquenta por cento) é o mínimo.

3. Violação aos arts. 115, inciso V, e 144 da Constituição Estadual.

4. Procedência do pedido."

É, em síntese, o relatório.

A presente ação direta de inconstitucionalidade dever ser julgada improcedente.

A lei local reserva 10% (dez por cento) do total dos cargos de provimento em comissão para preenchimento exclusivo por servidores de carreira, nos se-

Acesso ao Sumário

guintes termos:

"Art. 67. Os auxiliares diretos do Prefeito serão sempre nomeados em comissão, farão declaração pública de bem, no ato da posse e no término do exercício do cargo, e terão os mesmos impedimentos dos Vereadores, enquanto neles permanecerem.

§ 1º Os cargos em comissão a serem preenchidos exclusivamente por servidores de carreira corresponderão ao percentual mínimo de 10% (dez por cento) em relação à totalidade dos cargos de comissão. (NR) (parágrafo com redação estabelecida pela Emenda à Lei Orgânica nº 021, de 05.10.2016)".

Importa considerar, a propósito, que o art. 115, V, da Constituição Estadual, reprodução do art. 37, V, da Constituição Federal, com o propósito de conferir efetividade aos princípios da moralidade, da impessoalidade e da eficiência, ao dispor que parte dos cargos em comissão devem ser preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, não estabeleceu parâmetro objetivo para o exame da constitucionalidade da lei, no que tange ao percentual, do que decorre que tal percentual deve ser aferido, pelo julgador, sob o prisma da razoabilidade e da proporcionalidade, pela relação, em cada caso concreto, entre o número de cargos efetivos e o número de cargos em comissão existentes.

Nesse sentido, o Excelso Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 1.041.210/SP, *leading case* em que se deu a fixação da Tese do Tema 1.010 de Repercussão Geral, reafirmou sua jurisprudência dominante no sentido de que "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; **c) o número de cargos comissionados criados deve guardar proporcionalidade com a necessidade que eles visam suprir e com o número de servidores ocupantes de cargos efetivos no ente federativo que os criar;** e d) as atribuições dos cargos em comissão devem estar descritas, de forma clara e objetiva, na própria lei que os instituir.". (destaquei)

Acesso ao Sumário

No caso concreto, mesmo na inicial, não há elementos suficientes para demonstrar eventual desproporcionalidade entre o número de cargos efetivos e o número de cargos em comissão existentes, consideradas as circunstâncias do município.

Portanto, na linha do entendimento de que deve ser analisado cada caso concreto, não há demonstração de incompatibilidade da lei local com o sistema constitucional, não se mostrando, pelo que consta dos autos, desarrazoada ou desproporcional a reserva de 10% (dez por cento) do total de cargos de provimento em comissão aos servidores ocupantes de cargos efetivos.

Nesse sentido:

"Ação direta de inconstitucionalidade em face da omissão parcial constante no artigo 4º, da Lei Complementar nº 91, de 24 de março de 2017, do Município de Santa Rita do Passa Quatro – Ato normativo que reserva 10% (dez por cento) dos cargos de provimento em comissão aos servidores ocupantes de cargos efetivos – Percentual que, dentro da estrutura do Município (com 1.048 cargos de provimento efetivo e apenas 48 cargos em comissão), não se revela desarrazoado ou imoral, nem se afasta do princípio da proporcionalidade – Ação julgada improcedente." (TJSP, Órgão Especial, ADI 2089163-54.2023.8.26.0000, Rel. Vianna Cotrim, j. em 9/8/2023).

De rigor, portanto, julgar a ação improcedente.

Face ao exposto, nos termos ora deduzidos, meu voto é no sentido da improcedência da ação direta de inconstitucionalidade.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2326349-30.2023.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE DOLCINÓPOLIS, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE DOLCINÓPOLIS.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM EXTINTO O PROCESSO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 50.786)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDO TORRES GARCIA (Presidente), VICO MAÑAS, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, 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 e XAVIER DE AQUINO.

São Paulo, 5 de junho de 2024.

DAMIÃO COGAN, Relator

Ementa: Ação Direta de Inconstitucionalidade. Município de Dolcinópolis. Ação proposta pelo Prefeito do Município em face dos artigos 62, Incisos I, II, III, IV, 63, §§ 1º E 2º, 64 e Parágrafo único, 65 e Parágrafo único, 67 e Incisos I, II, III, IV, V e §§ 1º, 2º, 3º e 4º,

Acesso ao Sumário

68 e Parágrafo único, 69 e §§ 1º, 2º, 3º, Incisos I e II, 70 e §§ 1º, 2º, 3º e 4º, 72, §§ 1º, 2º e 3º, 77 e parágrafo único, todos da Lei Complementar nº 06, de 17 de dezembro de 2012, do Município de Dolcinópolis, que "dispõe sobre o Estatuto dos Funcionários Públicos Municipais de Dolcinópolis". Arguição de inconstitucionalidade por afronta aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, interesse público, finalidade e razoabilidade. Violação aos artigos 111, 128 e 144 da Constituição Estadual.

Perda superveniente do objeto ante o julgamento de ações direta de inconstitucionalidade que reconheceram a inconstitucionalidade dos dispositivos ora impugnados. Ação extinta, sem resolução do mérito, nos termos dos arts. 485, V e VI, 493, do Código de Processo Civil.

VOTO

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Prefeito do Município de Dolcinópolis em face dos artigos 62, Incisos I, II, III, IV, 63, §§ 1º e 2º, 64 e parágrafo único, 65 e parágrafo único, 67 e Incisos I, II, III, IV, V e §§ 1º, 2º, 3º e 4º, 68 e parágrafo único, 69 e §§ 1º, 2º, 3º e Incisos I e II 70 e §§ 1º, 2º, 3º e 4º, 72, §§1º, 2º e 3º, 77 e parágrafo único, todos da Lei Complementar nº 006, de 17 de dezembro de 2012, do Município de Dolcinópolis, que "dispõe sobre o Estatuto dos Funcionários Públicos de Dolcinópolis".

Sustenta que a previsão de concessão de gratificações por formação educacional e profissional, de aniversário, de encargos especiais, adicional por tempo de serviço, são vantagens pessoais que não atendem ao interesse público e às exigências do serviço e, portanto, ofende os princípios da legalidade, impessoalidade moralidade, razoabilidade, finalidade e interesse público, em violação aos artigos 111 e 128 da Constituição Estadual.

Pugna pela procedência do pedido para declarar a inconstitucionalidade dos artigos 62, Incisos I, II, III, IV, 63, §§ 1º e 2º, 64 e Parágrafo único, 65 e Parágrafo único, 67 e Incisos I, II, III, IV, V e §§ 1º, 2º, 3º e 4º, 68 e Parágrafo único, 69 e §§ 1º, 2º, 3º e Incisos I e II 70 e §§ 1º, 2º, 3º E 4º, 72, §§ 1º, 2º e 3º, 77 e parágrafo único, da Lei Complementar nº 006, de 17 de dezembro de 2012, do município de Dolcinópolis.

O pleito liminar foi parcialmente deferido para suspender o artigo 62, incisos II, III e IV, da Lei Complementar nº 006, de 17 de dezembro de 2012, do Município de Dolcinópolis (fls. 582/588).

A Câmara Municipal prestou informações a fls. 597/604 arguindo a com-

Acesso ao Sumário

petência do Município para legislar sobre assuntos locais, com respaldo no art. 30, I e 61 § 1º, alínea "a", da Constituição Federal, bem como nos termos do art. 50, I, da Lei Orgânica do Município de Dolcinópolis. Informou que em 29/11/2012 foi protocolado projeto de lei que dispõe sobre o Estatuto dos Funcionários Públicos Municipais de Dolcinópolis, o qual foi submetido ao Plenário da Casa, restando aprovado por unanimidade no dia 04 de dezembro de 2012. Argumentou pela constitucionalidade dos dispositivos questionados, com exceção ao art. 62 da Lei Complementar nº 06/2012, afirmando que o adicional de insalubridade e periculosidade são direitos garantidos na Lei Orgânica do Município e em Lei Federal.

A Procuradoria Geral do Estado, devidamente citada, deixou transcorrer *in albis* o prazo para manifestar-se, conforme certidão de fls. 595.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça a fls. 619/633 opinou pela extinção do processo sem resolução do mérito, conforme ementa:

> CONSTITUCIONAL. PROCESSO CIVIL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTS. 62, I, II, III E IV, 63, §§ 1º E 2º, 64, CAPUT E PARÁGRAFO ÚNICO, 65, CAPUT E PARÁGRAFO ÚNICO, 67 E INCS. I, II, III, IV E V E §§ 1º, 2º, 3º E 4º, 68, CAPUT E PARÁGRAFO ÚNICO, 69 E §§ 1º, 2º E 3º E INCS. I E II, 70, CAPUT E §§ 1º, 2º, 3º E 4º, 72, §§ 1º, 2º E 3º, E 77 E PARÁGRAFO ÚNICO, TODOS DA LEI COMPLEMENTAR Nº 006, DE 17 DE DEZEMBRO DE 2012, DO MUNICÍPIO DE DOLCINÓPOLIS (ESTATUTO DOS FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS). QUESTÕES PRELIMINARES. COISA JULGADA. JULGAMENTO DAS AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE AJUIZADAS EM FACE DO ART. 69 DA LEI COMPLEMENTAR Nº 006, DE 17 DE DEZEMBRO DE 2012, DE DOLCINÓPOLIS (ADI Nº 2003783-39.2018.8.26.0000), E, POSTERIORMENTE, DE TODOS OS DISPOSITIVOS ORA IMPUGNADOS (ADI Nº 2184667-63.2018.8.26.0000). ART. 70, § 3º. INCORPORAÇÃO DA "GRATIFICAÇÃO DE ANIVERSÁRIO" PARÂMETROS: EMENDA CONSTITUCIONAL FEDERAL Nº 103/2019 E EMENDA CONSTITUCIONAL ESTADUAL Nº 49/2020. NORMA ANTERIOR À CONSTITUIÇÃO. NÃO RECEPÇÃO. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO.
>
> 1. Há coisa julgada em razão do julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade em face do art. 69 da Lei Complementar nº 006, de 17 de dezembro de 2012, de Dolcinópolis (ADI nº 2003783-39.2018.8.26.0000), e, posteriormente, em face de todos os dispositivos ora impugnados (ADI nº 2184667-63.2018.8.26.0000).
>
> 2. Ainda que assim não fosse, apenas em complemento, haveria falta de interesse de agir com relação ao art. 70, § 3º, da Lei Complementar nº 006, de 17 de janeiro de 2012, de Dolcinópolis, que instituiu o direito à incorporação de vantagem transitória. É descabido o contencioso abstrato, concentrado e objetivo de constitucionalidade por ação direta de lei ou ato normativo anteriores à Constituição, no caso, à Emenda Constitucio-

Acesso ao Sumário

nal Federal nº 103/2019 e à Emenda Constitucional Estadual nº 46/2020.
3. Extinção do processo sem exame do mérito.
É o relatório.
Os dispositivos legais impugnados assim dispõem:

LEI COMPLEMENTAR Nº 006, DE 17 DE DEZEMBRO DE 2012

Dispõe sobre o Estatuto dos Funcionários Públicos Municipais de Dolcinópolis.

(...)

Seção III

Das Gratificações

Art. 62. Será concedida a gratificação:
I- pela execução de trabalho insalubre, perigoso ou penoso;
II- por formação educacional e profissional;
III- de aniversário;
IV- gratificação de encargos especiais;
V- Décimo Terceiro Salário.

Subseção I

Da Gratificação Pela Execução de Trabalho Insalubre, Perigoso ou Penoso

Art. 63. Serão consideradas atividades ou operações insalubres, perigoso, ou penoso, aquelas que, por sua natureza, condições ou métodos de trabalho, exponham os servidores públicos a agentes nocivos a saúde.
§ 1º Serão definidos conforme laudo de Insalubridade elaborado por Médico do Trabalho, os cargos ou funções nocivos.
§ 2º O exercício de trabalho e, condições insalubres, acima dos limites de tolerância estabelecidos pelo Ministério do Trabalho, assegura a percepção de adicional respectivamente de 40% (grau máximo), 20% (grau médio) e 10% (grau mínimo) sobre o valor do vencimento inicial do servidor público.
Art. 64. Serão consideradas atividades ou operações perigosas, aquelas que, por sua natureza ou método de trabalho, impliquem no contato permanente com inflamáveis ou explosivos, em condições de risco acentuado.
Parágrafo único. O trabalho em condições de periculosidade assegura ao servidor público um adicional de 20% (vinte por cento) sobre o vencimento.
Art. 65. Serão consideradas operações penosas, aquelas que, por sua natureza ou método de trabalho, exponham o servidor público a esforço físico permanente, acentuado e desgastante mediante laudo técnico do Perito do Estado.
Parágrafo único. O trabalho em condições penosas assegura ao servidor público um adicional de 20% (vinte por cento) sobre o vencimento.
(...)

Subseção II

Da Gratificação por Formação Educacional e Profissional

Acesso ao Sumário

Art. 67. Será concedida gratificação, por formação educacional e profissional aos servidores que possuírem formação nos seguintes níveis além dos requisitos para admissibilidade:
I- técnico;
II- universitário;
III- pós-graduação;
IV- mestrado e;
V- doutorado.
§ 1º A gratificação estipulado no "caput" deste artigo, será acrescida por nível de formação:
I- 5% (cinco por cento) para o nível técnico;
II- 10% (dez por cento) para o nível universitário;
III- 15% (quinze por cento) para o nível pós-graduação;
IV- 15% (quinze por cento) para o nível mestrado e;
V- 15% (quinze por cento) para o nível doutorado.
§ 2º O Servidor Municipal terá direito a uma gratificação para cada nível de formação.
§ 3º Para concessão do adicional, o interessado deverá apresentar cópia do diploma ou atestado de conclusão de curso, não sendo beneficiado os cursos em andamentos.
§ 4º O requerimento solicitando a concessão do adicional previsto neste artigo deve vir instruído com a cópia autenticada do diploma ou atestado de conclusão, devidamente registrado no órgão competente.
Art. 68. Terá uma gratificação de 5% (cinco por cento) do salário base do servidor público que participar de cursos condizentes com a área de atuação, palestras de aprimoramento do serviço público, congressos toda vez que comprovar a somatória de 80 (oitenta) horas de participação nessas atividades.
Parágrafo único. Quando a comprovação não especificar a quantidade de horas, será considerado 8 (oito) horas por dia de curso.

Subseção III
Gratificação de Aniversário

Art. 69. Ao servidor público municipal titular de cargo efetivo ou em comissão que contar com 1 (um) ano de serviço ou vínculo funcional, aposentados e pensionistas, no mês correspondente ao seu aniversário de nascimento, será concedida gratificação.
§ 1º O valor da gratificação a que se refere este artigo será correspondente a 50% (cinquenta por cento) do valor da referência "1" e do padrão "A" da escala de vencimentos do Município de Dolcinópolis.
§ 2º A fração igual ou superior a 15 (quinze) dias de trabalho será computado como mês integral para efeitos da concessão do benefício.
§ 3º Perderá o direito a gratificação de que trata este artigo o servidor público que no período aquisitivo de 01 (um) ano:
I- registrar processo administrativo disciplinar que resultar punição de advertência ou suspensão;

Acesso ao Sumário

II- ter se afastado para tratar de interesses particulares no período.

Subseção IV

Gratificação de Encargos Especiais

Art. 70. Será devida a gratificação de encargos especiais de 10% (dez por cento) de seus vencimentos para cada atribuição feita ao servidor público que participar de banca examinadora, comissões ou de sindicância, desenvolver trabalho técnico AUDESP, SICONV e similares, ou ainda, exercer atribuição definida que não seja própria do cargo.

§ 1º O servidor público será remunerado em 10% (dez por cento) sobre o seu vencimento básico mensal, durante o período de designação, para exercício da função de membro de Comissão de Avaliação de Desempenho, Comissão de Licitação, Comissão de Concurso Público, Comissão de Sindicância, Processo Administrativo Disciplinar, Equipe de apoio de Pregão ou seu auxiliar.

§ 2º O servidor público que exercer a função de Presidente, Pregoeiro, Leiloeiro ou Responsável, durante o período de designação, será remunerado em 15% (quinze por cento) sobre o seu vencimento básico mensal.

§ 3º O recebimento da gratificação que se trata neste artigo gerará direito para o servidor público designado, em incorporar, aos seus vencimentos, em 01/10 (um décimo) por semestre ou grupo de 6 (seis) meses de exercício do valor recebido, somando-se eventuais designações no período de até 05 (cinco) anos consecutivos ou não, até o limite de 10/10 (dez décimos).

§ 4º O pagamento da gratificação de encargos especiais exclui o direito por serviços extraordinários.

(...)

Seção IV

Dos Adicionais por Tempo de Serviço e da Sexta-Parte

Art. 72. O servidor público, após cada período de 3 (três) anos contínuos de efetivo desempenho de suas atribuições no serviço público municipal, perceberá adicional por tempo de serviço, calculados a razão de 5% (cinco por cento), ao qual se incorporará para todos os efeitos.

§ 1º O adicional é devido a partir do dia imediato aquele em que o servidor público completar o tempo de serviço exigido.

§ 2º O servidor público efetivo que estiver designado para cargo de chefia ou em comissão terá direito ao adicional calculado sobre o vencimento de maior monta.

§ 3º O tempo de serviço exercido na municipalidade será incorporado para efeito de concessão de adicional por tempo de serviço.

(...)

Seção VIII

Do Adicional Por Serviço Extraordinário

Art. 77. O servidor público municipal ocupante de cargo de provimento efetivo, quando convocado para trabalhar em horário diverso de seu ex-

Acesso ao Sumário

pediente normal, terá direito ao adicional por tempo de serviço extraordinário.

Parágrafo único. O serviço extraordinário será remunerado com acréscimo de 50% (cinquenta por cento) em relação à hora normal de trabalho.

A Procuradoria-Geral de Justiça propôs a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2003783-39.2018.8.26.0000 em face do Art. 69 da Lei Complementar nº 006, de 17 de dezembro de 2012, do Município de Dolcinópolis, por afronta ao art. 111 e 128 da Constituição do Estado de São Paulo, tendo este C. Órgão Especial, por votação unânime, declarado a inconstitucionalidade do referido artigo conforme ementa:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Art. 69 da Lei Complementar nº 006, de 17 de dezembro de 2012, do Município de Dolcinópolis, que dispõe sobre a Gratificação de Aniversário ao servidor – Ofensa aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, razoabilidade, finalidade e interesse público – Inconstitucionalidade reconhecida – Violação aos artigos 111 e 128 da constituição estadual – Ação procedente. (TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2003783-39.2018.8.26.0000; Relator: Antonio Carlos Malheiros; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 13/06/2018; Data de Registro: 14/06/2018)

Como visto, referida ação foi julgada em junho de 2018, certificado o trânsito em julgado em 31/08/2018.

O Prefeito do Município de Dolcinópolis propôs a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2184667-63.2018.8.26.0000 em face do art. 62, incisos I, II, III, IV, art. 63, §§ 1º e 2º, art. 64 e parágrafo único, art. 65 e parágrafo único, art. 67, incisos I, II, III, IV, V e §§ 1º, 2º, 3º e 4º, art. 8º e parágrafo único, art. 69, §§ 1º, 2º, 3º e incisos I e II, art. 70 e §§ 1º, 2º, 3º e 4º, art. 72, §§ 1º, 2º e 3º, e, por fim, art. 77 e parágrafo único, todos da Lei Complementar nº 06, de 17 de dezembro de 2012, do Município de Dolcinópolis, por afronta ao art. 111 e 128 da Constituição do Estado de São Paulo, tendo este C. Órgão Especial, por votação unânime, julgado a ação parcialmente procedente para declarar a inconstitucionalidade do artigos 62, inciso III, que confere interpretação aos artigos 62, inciso II, e 67, da Lei Complementar nº 06, de 17 de dezembro de 2012, do Município de Dolcinópolis, conforme ementa:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Artigo 62, inciso III, que confere interpretação aos artigos 62, inciso II e 67, da Lei Complementar nº 06, de 17 de dezembro de 2012, do Município de Dolcinópolis – Ofensa aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, razoabilidade, finalidade e interesse público – Inconstitucionalidade reconhecida – Violação aos artigos 111 e 128 da constituição estadual – Ação procedente, em parte. (TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2184667-63.2018.8.26.0000; Relator: Antonio Carlos Malheiros; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julga-

Acesso ao Sumário

mento: 28/11/2018; Data de Registro: 29/11/2018)

Na ocasião reconheceu-se a constitucionalidade das gratificações previstas no art. 63, §§ 1º e 2º, art. 64 e parágrafo único, art. 65 e parágrafo único, 68, art. 70 e §§ 1º, 2º, 3º e 4º, art. 72, §§ 1º, 2º e 3º e art. 77, parágrafo único, todos da Lei Complementar nº 06, de 17 de dezembro de 2012, do Município de Dolcinópolis.

Foram opostos Embargos de Declaração, que foram acolhidos para constar na parte dispositiva da decisão: "declarar a inconstitucionalidade dos artigos 62, inciso III e 69 da Lei Complementar nº 06/12, imprimindo-se interpretação conforme a Constituição Federal ao artigo 67 da mesma lei, todas do Município de Dolcinópolis".

A decisão transitou em julgado em 03/05/2019.

Dessa forma, tendo em vista a declaração de inconstitucionalidade dos artigos 69, 62, inciso III, e a determinação de interpretação conforme a Constituição Federal ao art. 62, II e 67 da Lei Complementar nº 006/2012, de rigor o reconhecimento da coisa julgada com relação a estes artigos.

Do mesmo modo, com relação aos dispositivos já declarados constitucionais: art. 62, I e IV, art. 63, §§ 1º e 2º, art. 64 e parágrafo único, art. 65 e parágrafo único, 68, art. 70 e §§ 1º, 2º, 3º e 4º, art. 72, §§ 1º, 2º e 3º e art. 77, parágrafo único, todos da Lei Complementar nº 06, de 17 de dezembro de 2012, do Município de Dolcinópolis, necessário o reconhecimento da perda do interesse de agir.

Como bem pontuado pelo E. Procurador-Geral de Justiça:

> Quanto aos dispositivos que foram considerados constitucionais, é cediço que a decisão no controle abstrato, concentrado e objetivo de constitucionalidade, via ação direta, tem caráter dúplice, de tal sorte que a improcedência em ação direta de inconstitucionalidade implica a declaração de constitucionalidade do ato normativo atacado. É o que enuncia a Lei n. 9.868/99, *verbis*:
>
> *Art. 24 – Proclamada a constitucionalidade, julgar-se-á improcedente a ação direta ou procedente eventual ação declaratória; e, proclamada a inconstitucionalidade, julgar-se-á procedente a ação direta ou improcedente eventual ação declaratória.*

Assim, ante a anterior manifestação expressa deste Tribunal acerca dos dispositivos legais ora questionados, de rigor o reconhecimento da coisa julgada e seu efeito de inviabilizar novo pronunciamento judicial.

Sobre o tema, Barroso pondera:

> Por fim, cabe destacar em relação à própria coisa julgada duas modalidades de eficácia a ela associadas. A primeira é a denominada eficácia preclusiva: a matéria coberta pela autoridade da coisa julgada não poderá ser objeto de novo pronunciamento judicial. Já a segunda modalidade, a eficácia vinculativa, significa que a autoridade da coisa julgada deverá prevalecer na solução de qualquer lide que esteja logicamente subordi-

Acesso ao Sumário

nada à questão já resolvida. (...) Conforme já estudado, vige no Brasil, como regra geral, o entendimento de que se trata de decisão declaratória (v., supra), que não inova na ordem jurídica. Assim, o acórdão que julga procedente o pedido limita-se a constatar a existência de um vício e a conferir certeza jurídica a esse fato, proclamando a invalidade da norma. E a decisão que julga o pedido improcedente contém em si a afirmação judicial de que o autor da ação não foi capaz de elidir a presunção de constitucionalidade da norma, que permanecerá no sistema jurídico, válida e eficaz. Repassadas essas noções, cumpre agora aprofundar algumas questões.

(...)

Como visto, o limite objetivo da coisa julgada é a matéria decidida, tal como expressa na parte dispositiva da decisão. O dispositivo do acórdão que acolhe a pretensão em ação direta de inconstitucionalidade terá, como regra, teor análogo ao que segue: "O Tribunal, por maioria (ou por unanimidade), julgou procedente o pedido formulado na ação direta, para declarar a inconstitucionalidade da Lei n. X/00 (ou o art. n da Lei)". Por força da eficácia preclusiva da coisa julgada, já não será possível o ajuizamento de outra ação direta para obter nova manifestação do Tribunal acerca da inconstitucionalidade (ou da constitucionalidade) do mesmo dispositivo. No primeiro caso, nem sequer haveria interesse em agir, porque não há sentido em o mesmo órgão declarar duas vezes a mesma coisa. No segundo caso – o do pedido de declaração de constitucionalidade –, não seria possível ressuscitar a lei já fulminada. Relembre-se que a autoridade da coisa julgada impede qualquer novo pronunciamento acerca da matéria já decidida, seja ele ratificador ou não da decisão anterior. Já pela eficácia vinculativa, juízes e tribunais, ao decidir questão a eles submetida, não poderão desconsiderar, como premissa necessária, que a lei objeto da decisão do Supremo Tribunal Federal é inconstitucional, sob pena de ofensa à coisa julgada. Cabe agora indagar se é possível falar na formação de coisa julgada na hipótese de improcedência do pedido de inconstitucionalidade. O dispositivo do acórdão, nesse caso, terá normalmente teor análogo a este: "O Tribunal, por unanimidade (ou por maioria), julgou improcedente o pedido (cujo objeto era a declaração de inconstitucionalidade dos arts. x e y da Lei XY/00), nos termos do voto do relator". Relembre-se que a Lei n. 9.868/99 trata a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade como duas faces de uma mesma unidade conceitual, como se fossem ações em tudo idênticas, apenas com "sinal trocado". Desse modo, pela lógica da lei, julgar uma ação direta improcedente equivale a declarar que a lei é constitucional; e julgar uma ação declaratória improcedente equipara-se a declarar a inconstitucionalidade da lei (desde que, naturalmente, obtido o quorum de maioria absoluta). (BARROSO, Luís Roberto. O controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. 8ed. Saraivajur)

Ademais, cabe anotar que a ação que questionou a constitucionalidade

Acesso ao Sumário

dos dispositivos ora questionados foi proposta pelo mesmo legitimado da presente, o Prefeito do Município de Dolcinópolis, Senhor Américo Ribeiro do Nascimento, não sendo cabível a propositura de ações diretas sem fim com o objetivo de obter nova manifestação do Tribunal acerca da inconstitucionalidade dos mesmos dispositivos.

Assim, ainda que se entenda possível o questionamento dos dispositivos que foram declarados constitucionais, tal questionamento só será válido se elaborado por outro legitimado, com base em novos argumentos ou novos fatos.

No mesmo sentido é o posicionamento deste C. Órgão Especial:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Questionamento de validade de dispositivos da Lei Complementar n. 820, de 20 de dezembro de 2018, com a redação atualizada pela Lei Complementar n. 831, de 15 de abril de 2019, do Município de Limeira, que dispõe sobre a Estrutura da Administração direta. Alegação de ofensa às disposições dos artigos 98, 99, 100, 111, 115, incisos II e V, e 144 da Constituição Estadual. Normas impugnadas, entretanto, que foram revogadas pela Lei n. 880, de 20 de maio de 2021. Perda de objeto. **Conforme lição de Luís Roberto Barroso, "a revogação ou o exaurimento dos efeitos da lei impugnada fazem com que a ação perca seu objeto ou, mais tecnicamente, levam à perda superveniente do interesse processual, haja vista que a medida deixou de ser útil e necessária"**. Precedentes do STF. Ação julgada extinta, com fundamento no artigo 485, inciso VI, do Código de Processo Civil. (TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2177119-79.2021.8.26.0000; Relator: Ferreira Rodrigues; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 01/09/2021; Data de Registro: 30/09/2021).

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI Nº 159, DE 28 DE AGOSTO DE 2015, DO MUNICÍPIO DE SÃO SEBASTIÃO DA GRAMA – CRIAÇÃO DE CARGO COMISSIONADO INTEGRANTE DA ESTRUTURA FUNCIONAL DA CÂMARA MUNICIPAL – NOTÍCIA DE REVOGAÇÃO DO DIPLOMA NORMATIVO IMPUGNADO NO CURSO DA DEMANDA – PERDA SUPERVENIENTE DO OBJETO – PROCESSO EXTINTO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, NOS TERMOS DO ART. 485, INCISO VI, DO CPC". "Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento do mérito, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a decisão (artigo 493 do CPC)". "A revogação ou o exaurimento do ato normativo impugnado na ação direta de inconstitucionalidade conduzem à perda superveniente do interesse processual". (TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2089309-66.2021.8.26.0000; Relator: Renato Sartorelli; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 22/09/2021; Data de Registro: 23/09/2021)

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Alínea 'd' do artigo

Acesso ao Sumário

67 e do inciso IV do artigo 68, da Lei Complementar nº 138, de 12 de março de 2010, na redação dada pela Lei Complementar nº 291, de 10 de dezembro de 2015, que 'dispõe sobre a reestruturação do Regime Próprio de Previdência Social - RPPS, dos servidores públicos do Município de Embu e dá outras providências' e, por arrastamento, do Decreto Municipal nº 953, de 02 de junho de 2015, do Município de Embu das Artes – **Dispositivos revogados pela Lei Complementar nº 330, de 09 de junho de 2017, do Município de Embu das Artes** – **Perda superveniente do objeto da ação e, por consequência, do interesse de agir** – Eventuais efeitos concretos dos dispositivos revogados deverão ser examinados pela via própria – Carência superveniente reconhecida, dada a perda do objeto – Extinção do processo, sem exame de mérito, nos termos do artigo 485, inciso VI, do Código de Processo Civil. Processo extinto sem resolução de mérito." (TJ/SP. Órgão Especial. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2055397-20.2017.8.26.0000, Rel. Des. RICARDO ANAFE, j. em 09 de agosto de 2017).

De rigor, portanto, a extinção do processo sem exame do mérito, em razão da coisa julgada e consequente perda do interesse de agir, além da ausência de legitimidade.

Isso posto, **julgo extinto o processo, sem resolução de mérito, nos termos dos artigos 485, V e VI, e 493, do Código de Processo Civil.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2308084-77.2023.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SALTO, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SALTO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator que integra este Acórdão. **(Voto nº 37146)**

O julgamento teve a participação dos Exmos Desembargadores FERNANDO TORRES GARCIA (Presidente), 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, ROBERTO SOLIMENE e LUCIANA BRESCIANI.

São Paulo, 12 de junho de 2024.

LUIS FERNANDO NISHI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei nº 4.076, de 18 de outubro de 2023, do Município de Salto, que dispõe sobre o dever dos estabelecimentos que comercializam produtos alimentícios a fornecerem gratuitamente ao consumidor que adquiriu e constatou produto exposto à venda com prazo de validade vencido e dá outras providências – Competência legislativa concorrente entre a União, os Estados e o Distrito Federal para dispor sobre produção e consumo (art. 24, V, da CF/88) – Normas gerais que já estabelecem sanções penais e administrativas para os fornecedores que comercializarem produtos vencidos (art. 7º, IX, da Lei nº 8.137/90 e art. 18, caput, § 1º, I, III, e III e § 6º, I, do CDC) – Ato normativo impugnado que não dispõe sobre matéria de interesse predominantemente local (art. 30, I, da CF/88) – Extrapolação da competência suplementar do Município (art. 30, II, da CF/88) – Violação ao pacto federativo (arts. 1º e 18 da CF/88 e art. 1º da Constituição Estadual) – Ação procedente.

VOTO

Vistos.

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo **PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SALTO**, tendo por objeto a Lei nº 4.076, de 18 de outubro de 2023, do Município de Salto, que dispõe sobre o dever dos estabelecimentos que comercializam produtos alimentícios a fornecerem gratuitamente ao consumidor que adquiriu e constatou produto exposto à venda com prazo de validade vencido e dá outras providências.

Aduz que compete aos Municípios legislar de forma complementar em matéria de "consumo", por se tratar de competência legislativa concorrente (art. 24, V, da CF/88), o que evidencia a inadequação do ato normativo impugnado, tendo em vista que tanto a Lei nº 8.137/90 (art. 7º, IX) quanto o Código de Defesa do Consumidor (art. 18, § 6°, I) estabelecem sanções penais e administrativas para a comercialização de produtos vencidos. Assevera que igualmente não se trata de assunto de interesse local, vez que seu conteúdo transcende os consumidores locais, ressalvando que a dubiedade dos dispositivos legais da norma impugnada gera insegurança jurídica, além de impor um ônus adicional e desproporcional aos fornecedores e um bônus injustificado aos consumidores.

O pedido liminar foi deferido (fls. 16/20).

Acesso ao Sumário

A Mesa da Câmara Municipal de Salto foi intimada e prestou informações, defendendo a constitucionalidade formal e material do ato normativo impugnado (fls. 27/36).

A ilustre Procuradoria-Geral do Estado foi citada (fl. 25), mas não se manifestou nos autos (fl. 56).

Remetidos os autos à D. Procuradoria Geral de Justiça, opinou o Subprocurador-Geral de Justiça pela procedência do pedido (fls. 61/66).

É o relatório, passo ao voto.

I – Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo **PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SALTO**, tendo por objeto a Lei nº 4.076, de 18 de outubro de 2023, do Município de Salto, que *"dispõe sobre o dever dos estabelecimentos que comercializam produtos alimentícios a fornecerem gratuitamente ao consumidor que adquiriu e constatou produto exposto à venda com prazo de validade vencido e dá outras providências"*, *in verbis*:

> "**Art. 1º** Os supermercados, hipermercados, padarias e estabelecimentos similares que comercializam produtos alimentícios no município da Estância Turística de Salto, devem além de trocar, fornecer gratuitamente ao consumidor que adquiriu produto exposto à venda com prazo de validade vencido, o direito a receber outro produto idêntico ou similar, à sua escolha e dentro do prazo de validade para consumo.
>
> **Parágrafo único.** Caso o estabelecimento não possua produto idêntico ou similar dentro do prazo de validade, o consumidor poderá escolher qualquer produto de igual valor para substituí-lo, gratuitamente, ou de valor superior, cabendo ao consumidor, neste caso, pagar a diferença, sem prejuízo das demais disposições constantes no art. 18 do Código de Defesa do Consumidor.
>
> **Art. 2º** Os estabelecimentos citados no *caput* do artigo 1º, devem afixar cartazes e/ou informações acerca das disposições, em favor dos consumidores, estabelecidas nesta Lei dentro do prazo de 180 (cento e oitenta) dias;
>
> **Parágrafo único.** Decorrido o prazo do caput e verificado o descumprimento, o estabelecimento se sujeitará às seguintes penalidades:
>
> I – Notificação para regularização no prazo de 30 (trinta) dias corridos;
>
> II – Em caso de descumprimento, multa de 50 (cinquenta) vezes o valor nominal da Unidade Fiscal do Estado de São Paulo (UFESP) vigente.
>
> **Art. 3º** O Poder Executivo regulamentará esta lei no que couber, correndo eventuais despesas em dotação orçamentária própria.
>
> **Art. 4º** Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação."

II – A autonomia político-administrativa dos entes federados é reconhecida expressamente pela Constituição Federal de 1988 (arts. 1º e 18), o que confere aos Municípios autonomia legislativa, observadas as balizas constitucionais de âmbito estadual e federal, nos termos dos arts. 29 e 30 da Constituição Fede-

Acesso ao Sumário

ral e art. 144 da Constituição Estadual.

Assim, a independência legislativa municipal, por força da norma estadual de caráter remissivo (art. 144), deve agir dentro dos limites da competência constitucional atribuída ao ente federativo, observando ainda os princípios estabelecidos nas Constituições Estadual e Federal.

O art. 24, V, da CF/88 estabelece que compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre produção e consumo, já existindo no ordenamento jurídico nacional normas de caráter geral estabelecendo sanções penais e administrativas para a comercialização de produtos vencidos (Lei nº 8.137/90 e Lei nº 8.078/80).

No âmbito da competência legislativa concorrente, compete à União Federal estabelecer normas gerais e aos Estados competência suplementar (art. 24, §§ 1º e 2º, da CF/88), sendo vedado ao Município inovar o ordenamento jurídico a pretexto de suplementação de tais normas.

Na hipótese dos autos, as normas federais citadas anteriormente já estabelecem sanções penais e administrativas para os fornecedores que comercializarem produtos vencidos (art. 7º, IX, da Lei nº 8.137/90 e art. 18, caput, § 1º, I, III, e III e § 6º, I, do CDC), sendo vedado o estabelecimento de nova sanção por meio de Lei Municipal (fornecimento de um segundo produto idêntico ou similar, à escolha consumidor, dentro do prazo de validade para consumo), por não se tratar de assunto de interesse estritamente local (art. 30, I e II, da CF/88).

Nesse sentido:

> "Em matéria de produção e consumo, aos Municípios cabe suplementar a legislação federal e estadual 'no que couber' (art. 30, II, CF). E o que lhes cabe, pelo princípio da preponderância são os assuntos de interesse local." (**ADI nº 2188592-33.2019.8.26.0000, Rel. Des. Décio Notarangeli, j. em 15/03/2023**)

> "AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei nº 6.555, de 20-5-2019, do Município de Sertãozinho, que 'dispõe sobre a exibição de aviso nos supermercados e rede de mercados de produtos produzidos exclusivamente no âmbito do município de Sertãozinho e dá outras providências' – Produção e consumo – Incompatibilidade com o art. 24, V, e § 1º, 30, I e II, da CF/88. I – Usurpação de competência. Produção e consumo. Competência concorrente. Questão que envolve interesse nacional, regional e local. Competência legislativa da União para estabelecer normas gerais e dos Estados e Municípios para suplementar a legislação federal, no que couber. Legislação suplementar que deve apenas complementar, suprir as diretrizes gerais instituídas pela União. Art. 24, V, § 1º. Inconstitucionalidade. Ocorrência." (**ADI nº 2203456-76.2019.8.26.0000, Rel. Des. Carlos Bueno, j. em 29/01/2020**)

> "DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei Municipal nº 4.551, de 29 de agosto de 2001, do município de Ribeirão Pires, que 'altera a redação do artigo 19, da Lei Municipal 4.111/97, a fim de proibir a venda

Acesso ao Sumário

de bebidas alcoólicas nos postos de abastecimento de combustíveis'. Competência legislativa concorrente entre a União, os Estados e o Distrito Federal para dispor sobre produção e consumo (CF, art. 24, V). Edição da Lei estadual nº 16.927/2019 versando sobre a matéria. Não há espaço para inovações naquilo que a União e o Estado já definiram no exercício de suas competências legislativas, sob pena de violação ao princípio federativo. Utilização de argumento de interesse local para restringir ou ampliar determinações em texto normativo de âmbito nacional e estadual. Competência municipal suplementar inexistente. Restrição ao comércio não prevista na legislação federal ou estadual. Violação ao pacto federativo (artigo 144 da CE). Precedentes deste C. Órgão Especial. Ação procedente, nos termos do v. acórdão." (**ADI nº 2003833-31.2019.8.26.0000, Rel. Des. Péricles Piza, j. em 14/08/2019**)

Veja-se, inclusive, que este **E. Órgão Especial** já declarou a inconstitucionalidade de norma que garantia ao consumidor a substituição gratuita de produto ou serviço, com prazo de validade vencido, o que se assemelha à hipótese dos autos:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei nº 3.056, de 05 de outubro de 2018, do Município de Martinópolis, que 'garante ao consumidor a troca gratuita de produto ou serviço, com prazo de validade vencido, no âmbito do Município de Martinópolis, na forma que indica, e dá outras providências' – Competência concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal para legislar sobre direito consumerista (artigo 24, incisos V e VIII, da Constituição Federal) – Competência legislativa municipal suplementar – Diploma que não dispõe sobre matéria de interesse predominantemente local, a autorizar a competência suplementar do Município (artigo 30, incisos I e II, da Constituição Federal) – Afronta ao princípio federativo (artigos 1º e 144, da Carta Bandeirante). Pedido procedente." (**ADI nº 2228777-50.2018.8.26.0000, Rel. Des. Ricardo Anafe, j. em 24/04/2019**)

Assim, como bem consignado pelo I. Subprocurador-Geral de Justiça em seu parecer (fl. 65), não se extrai da norma impugnada qualquer peculiaridade local que justifique a regulação da matéria. Há, portanto, violação à competência concorrente estabelecida no art. 24, V, da CF/88, de modo a vulnerar o pacto federativo constitucionalmente previsto (arts. 1º e 18 da CF/88 e art. 1º da Constituição Estadual).

Nessas condições, de rigor a declaração da inconstitucionalidade do ato normativo impugnado.

III – Ante o exposto, e pelo meu voto, **JULGO PROCEDENTE a ação para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 4.076, de 18 de outubro de 2023, do Município de Salto**.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2332426-55.2023.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE CAIABU e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE CAIABU.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE, COM EFEITOS 'EX NUNC' E RESSALVA. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.589)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDO TORRES GARCIA (Presidente), 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 ALMEIDA PRADO BRESCIANI, Relatora

Ementa: 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

Acesso ao Sumário

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.

VOTO

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO objetivando a declaração de inconstitucionalidade 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 20 horas semanais, mantida a remuneração. O autor alega, em resumo, que a redução da carga horária sem a respectiva diminuição da remuneração viola os princípios constitucionais da moralidade, da razoabilidade e da finalidade, pois equivale a vantagem pecuniária concedida sem observância do interesse público e das exigências do serviço, contrariando o disposto nos artigos 111 e 128 da Constituição Estadual. Não foi postulada a concessão de medida cautelar.

Não foram apresentadas informações em nome do Prefeito, mas o Município de Caiabu contestou o feito argumentando, em resumo, que a redução da jornada de trabalho para os cargos especificados foi pautada pela necessidade de adequação às peculiaridades das funções desempenhadas pelos profissionais de Engenharia, buscando otimizar a prestação dos serviços públicos, garantindo, ao mesmo tempo, a eficiência na administração dos recursos humanos disponíveis (fls. 91/93).

A d. Procuradoria Geral do Estado e a Mesa da Câmara Municipal de Caiabu não apresentaram manifestação (fls. 96).

A d. Procuradoria Geral de Justiça opinou pela procedência do pedido (fls. 101/106).

É o relatório.

A ação é procedente.

A Lei Complementar Municipal n.º 105/2020, que renumerou o parágrafo único e acrescentou o § 2.º ao artigo 46 da Lei Complementar Municipal n.º 2/2006, possui a seguinte redação (grifei):

Art. 1º – A Lei Complementar nº 02/2006 de 28 de abril de 2006, em seu Art. 46, passa a vigorar com os seguintes parágrafos:

Art. 46 – O horário normal de trabalho de cada cargo ou função é o estabelecido na legislação trabalhista, ressalvados os cargos que se vinculam a legislação específica.

§ 1º – A jornada de trabalho de cargos vinculados ao Magistério Público Municipal será estabelecida de acordo com o Estatuto do Magistério.

Acesso ao Sumário

§ 2º – A jornada de trabalho dos cargos de "Engenheiro Agrônomo" e "Engenheiro Civil", fica fixada em 20(vinte) horas semanais.

Art. 2º – Fica vedada a redução da remuneração.

Art. 3º – Esta lei entra em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Não obstante a autonomia outorgada aos Municípios para dispor sobre a remuneração dos servidores e a instituição de vantagens, o exercício dessa competência legislativa é conformado pela necessária observância do interesse público e das exigências do serviço, além do impositivo atendimento dos princípios que regem a Administração Pública, conforme estabelecido nos artigos 111 e 128 da Constituição Estadual, adiante transcritos:

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.

Verifica-se da exposição de motivos do projeto de lei complementar apresentado pelo Prefeito, copiada nas fls. 48/50, que a propositura decorreu da constatação de que a Legislação Municipal não especificava a carga horária dos cargos de Engenheiro Civil e de Engenheiro Agrônomo, relegando o suprimento da lacuna à legislação trabalhista. O Executivo alegou a necessidade de fixação de jornada trabalho para os cargos por meio de Lei, *"... a fim de cumprir mandamento constitucional e estabilizar as relações trabalhistas entre a Administração e os servidores"*. Consta ainda que, utilizando a legislação referente ao piso salarial da categoria como parâmetro, *"... chega-se à conclusão de que a jornada de trabalho compatível a ser fixada diante de lacuna legislativa para os cargos de 'Engenheiro Civil' e 'Engenheiro Agrônomo', é de 20 (vinte) horas semanais, tendo em vista que atualmente a remuneração destes cargos é de R$ 2.754,66 (dois mil e setecentos e cinquenta e quatro reais e sessenta e seis centavos)"*.

Desde logo é possível constatar o vício de motivação, pois o Prefeito, a pretexto de suprir uma lacuna inexistente – na medida em que suprida pelas regras da Consolidação das Leis do Trabalho – na prática concedeu reajuste de 100%, por hora de trabalho, aos profissionais indicados. Tanto é assim, que a Procuradoria Jurídica da Câmara consignou em seu parecer que o projeto *"... busca de fato a redução da jornada de trabalho... sem redução da remuneração ao argumento de que a mesma não se encontra fixada em lei"* (fs. 58).

Não se olvida a possibilidade da concessão de acréscimo remuneratório

Acesso ao Sumário

diferenciado a determinada categoria de servidores, ante a constatação de eventual defasagem ou mesmo com o objetivo de incentivar a produtividade e o aprimoramento dos profissionais. Ocorre que o expediente adotado pelo Município de Caiabu concede aumento indireto, mediante redução da jornada de trabalho, sem nenhuma consideração a respeito da efetiva necessidade do serviço. O projeto de Lei foi apresentado sem qualquer tipo de estudo do volume de trabalho atribuído aos engenheiros ou da viabilidade da consecução de suas atividades na jornada reduzida, a revelar um completo descolamento com o interesse público e às exigências do serviço.

A concessão de aumento indireto não traz qualquer vantagem à Administração, tampouco resulta na otimização da prestação dos serviços públicos com garantia da eficiência na administração dos recursos humanos disponíveis. Cuida-se apenas de uma vantagem concedida sem transparência ou motivação legítima. Relevante destacar, ademais, que o ajuizamento da presente ação direta decorreu de representação formulada por munícipe que, ao buscar atendimento para sanar uma dúvida, foi informado que o Engenheiro só trabalhava meio período (fls. 16).

Ante o exposto, evidenciada a inconstitucionalidade do dispositivo impugnado, conforme reiterados pronunciamento deste C. Órgão Especial sobre a matéria, todos por votação unânime:

Ação Direta de Inconstitucionalidade – Município de Mococa – Lei Complementar n. 523/2019 que estabeleceu a redução da jornada de trabalho de parte de seus servidores de 40 horas semanais para 30 horas, sem a proporcional redução salarial – Inadmissão do Sindicado dos Trabalhadores Municipais de Mococa como assistente simples ou, subsidiariamente, como "amicus curiae" – Inteligência dos artigos 138 do Código de Processo Civil, bem como o artigo 7º, § 2º da Lei 9.868/1999 – Entidade que não pode compor a lide para a defesa de direitos subjetivos – Pedido afastado – Mérito – Medida que atenta contra o interesse público e os princípios administrativos – Ofensa aos artigos 111, 128 e 144 da Constituição do Estado de São Paulo – Ação julgada procedente (Direta de Inconstitucionalidade n.º 2301242-81.2023.8.26.0000; Relatora: Marcia Dalla Déa Barone; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo; Data do Julgamento: 24/04/2024; Data de Registro: 26/04/2024).

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – EXPRESSÃO "PASSA A TER CARGA HORÁRIA PARA 20 HORAS SEMANAIS, CRIANDO-SE A REFERÊNCIA 20-A E ALTERANDO-SE O ANEXO II, CONSTANTE DA LEI Nº 805, DE 08 DE FEVEREIRO DE 2022" DO CAPUT DO ARTIGO 2º, DA LEI Nº 836, DE 30 DE NOVEMBRO DE 2022, BEM COMO DO ARTIGO 2º DA LEI Nº 838, DE 30 DE NOVEMBRO DE 2022, AMBAS DO MUNICÍPIO DE PARIQUERA-AÇU/SP – REDUÇÃO DA CARGA HORÁRIA DOS CARGOS DE PROCURADOR JURÍDICO DO MUNICÍPIO E PROCURADOR DA CÂMARA MUNICIPAL – REVOGAÇÃO SUPERVENIENTE DA LEI Nº 838, DE 30

Acesso ao Sumário

DE NOVEMBRO DE 2022, QUE ENSEJA A PERDA DO OBJETO E CONSEQUENTE EXTINÇÃO PARCIAL DO FEITO (ARTIGO 485, INCISO VI, DO CPC) – PROCEDÊNCIA DA PRETENSÃO, NO MAIS, EM RELAÇÃO AO CARGO DE PROCURADOR JURÍDICO DO MUNICÍPIO – REDUÇÃO DA CARGA HORÁRIA COM ELEVAÇÃO DOS VENCIMENTOS – PROPOSITURA NORMATIVA QUE ABALA OS PRINCÍPIOS DA MORALIDADE, FINALIDADE, INTERESSE PÚBLICO, RAZOABILIDADE E NÃO ATENDE ÀS EXIGÊNCIAS DO SERVIÇO (ARTIGOS 111 E 128 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL) – IMPOSSIBILIDADE – PRECEDENTES – EXTINÇÃO PARCIAL DO FEITO EM RELAÇÃO À LEI MUNICIPAL Nº 838/2022 E PROCEDÊNCIA DO PEDIDO, COM RESSALVA, EM RELAÇÃO À LEI MUNICIPAL Nº 836/2022 (Direta de Inconstitucionalidade n.º 2016024-69.2023.8.26.0000; Relator: Francisco Casconi; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo; Data do Julgamento: 06/12/2023; Data de Registro: 11/12/2023).

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – lei nº 4.793, de 30 de junho de 2020, do Município de Mococa, que reduziu a carga horária do emprego permanente de Diretor Escolar de 40 horas semanais para 30 horas semanais, em períodos alternados, sem a redução proporcional do valor dos vencimentos – INTERVENÇÃO DE TERCEIRO – Pedido de ingresso do Sindicato dos Trabalhadores do Serviço Público Municipal de Mococa como assistente simples – Impossibilidade – Vedação legal expressa (art. 7º, caput, da Lei nº 9.868/99) – Pedido subsidiário de ingresso como "amicus curiae" que igualmente deve ser indeferido – Interesse manifesto do Sindicato em atuar na defesa dos interesses subjetivos de seus sindicalizados, inclusive requerendo o julgamento de improcedência da ação, e não propriamente de contribuir para o julgamento da causa mediante o fornecimento de subsídios úteis – REDUÇÃO GRATUITA DA JORNADA DE TRABALHO DOS DIRETORES ESCOLARES – Medida que não atende ao interesse público e às exigências do serviço (art. 128 da Constituição Estadual), violando os princípios gerais estabelecidos no art. 111 da Constituição Estadual, além de causar prejuízo financeiro ao erário – Ação procedente, com ressalva dos valores recebidos de boa-fé (Direta de Inconstitucionalidade n.º 2122220-63.2023.8.26.0000; Relator: Luis Fernando Nishi; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo; Data do Julgamento: 22/11/2023; Data de Registro: 24/11/2023).

Acesso ao Sumário

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo que pretende a declaração de inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 580, de 14 de agosto de 2017 e Lei Municipal nº 655, de 11 de abril de 2019, ambas do Município de Barra Do Turvo. Remuneração de servidor público. Redução da carga horária dos médicos municipais, sem justificativa, e com manutenção do salário anterior. Benefício equivalente a vantagem pecuniária. Situação que não atende ao interesse público, bem como aos princípios constitucionais da moralidade, razoabilidade, proporcionalidade, finalidade e interesse público. Ofensa aos arts. 111 e 128, ambos da Constituição Estadual. Precedentes deste Colendo Órgão Especial. Ação direta julgada procedente, com modulação dos efeitos da decisão, para assegurar a irrepeti-

bilidade dos valores recebidos de boa-fé pelos agentes públicos municipais até a data do julgamento desta ação (Direta de Inconstitucionalidade n.º 2211123-11.2022.8.26.0000; Relator: Fábio Gouvêa; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo; Data do Julgamento: 02/08/2023; Data de Registro: 03/08/2023).

Ação Direta de Inconstitucionalidade em face da lei complementar n. 957, de 21/3/2019, de Catanduva, que, sem mexer nos vencimentos, gratificação ou qualquer das demais vantagens, reduziu de 20 para 10 horas semanais a jornada de trabalho dos médicos ali identificados. Violação dos artigos 111 e 128 c.c. 144, todos da Constituição Estadual. Divórcio verificado em relação aos princípios da moralidade, razoabilidade, eficiência e interesse público, patente que o resultado da medida é restrição no atendimento da população local. Ação procedente em conformidade com a jurisprudência atinente ao tema (Direta de Inconstitucionalidade n.º 2229464-85.2022.8.26.0000; Relator: Costabile e Solimene; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 22/03/2023; Data de Registro: 23/03/2023).

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Serrana. Art. 44 e Anexos da LCM nº 301, de 30 de março de 2012. Redução de carga horária e aumento desproporcional de vencimentos do cargo de Médico do Trabalho. Ofensa aos princípios da moralidade, finalidade, interesse público, impessoalidade e razoabilidade. Benefício dissociado das exigências do serviço. Desvio de poder do ato legislativo. Violação aos art. 111, 128 e 144 da CE. – 1. Redução de carga horária. Aumento de vencimentos. Violação de princípios constitucionais. A previsão constitucional (art. 111 e 128 da CE) veda a criação de vantagens dissociadas do interesse público e das exigências do serviço. O art. 44 e Anexos da LCM nº 301, de 30 de março de 2012 implicam em aumento salarial e redução de carga horária especificamente para o cargo de Médico do Trabalho, em valores desproporcionais; o dispositivo não indica qualquer característica especial do trabalho ou da função exercida pelo profissional ocupante do cargo que justifique o tal aumento e redução de carga horária. As especificidades do caso indicam que a alteração do padrão de vencimentos e carga horária para o cargo em questão atende interesse pessoal do Chefe do Poder Executivo que encaminhou o projeto de lei, titular de um dos cargos beneficiados, nada agregando à Administração Pública ou ao bom desempenho das funções, em afronta aos princípios da razoabilidade, da finalidade e do interesse público. O vício de motivação e a ausência de justificativa para o aumento salarial e a redução da carga horária especificamente em relação ao cargo de médico do trabalho implica na inconstitucionalidade do dispositivo impugnado. O Município e a Câmara Municipal não indicam a elaboração de estudos que recomendassem as alterações feitas, ausente comprovação de atendimento efetivo ao interesse público e às exigências do serviço. Afronta aos art. 111 e 128 da Constituição do Estado. Violação aos princípios da moralidade, finalidade, interesse público, impessoalidade e razoabilidade. Precedentes do Órgão Especial. 2. Modulação dos efeitos. A inconstitucionalidade ora reconhecida implica no enquadramento dos médicos do trabalho em uma das cargas horárias e vencimento indicados

Acesso ao Sumário

no dispositivo e anexo ora analisados, a justificar a modulação que o Órgão Especial tem adotado em outros casos. – Ação procedente para declarar a inconstitucionalidade do art. 44 e Anexos da LCM nº 301/12 do município de Serrana, na parte em que altera o padrão de vencimento e a carga horária do cargo de Médico do Trabalho, com modulação de 120 dias (Direta de Inconstitucionalidade n.º 2253218-90.2021.8.26.0000; Relator: Torres de Carvalho; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 23/11/2022; Data de Registro: 25/11/2022).

Ação direta de inconstitucionalidade – Lei nº 1.471, de 05 de novembro de 2015, do Município de Tarabai – Redução da carga horária de alguns cargos públicos, mantida a remuneração – Diminuição da jornada de trabalho sem justificativa – Benefício equivalente a vantagem pecuniária que não atende ao interesse público, bem como às exigências do serviço – Ofensa aos princípios da moralidade, razoabilidade, proporcionalidade, finalidade e interesse público – Violação aos artigos 111 e 128 da Carta Estadual – Precedentes deste C. Órgão Especial – Inconstitucionalidade configurada – Necessidade de modulação dos efeitos da declaração, tendo em vista razões de segurança jurídica, com o fim de salvaguardar os pagamentos já realizados e os recebimentos efetivados de boa-fé – Declaração que deve produzir seus efeitos a partir da prolação do Acórdão – Ação procedente (Direta de Inconstitucionalidade n.º 2034799-06.2021.8.26.0000; Relator: Ademir Benedito; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo; Data do Julgamento: 18/05/2022; Data de Registro: 20/05/2022).

Por fim, ressalva-se a irrepetibilidade das verbas recebidas de boa-fé pelos servidores beneficiados até a data do julgamento, impondo-se a atribuição de efeitos *ex nunc* à declaração de inconstitucionalidade.

Ante o exposto, pelo meu voto, julgo procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade do § 2.º do artigo 46 da Lei Complementar Municipal n.º 2/2006.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2349869-19.2023.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE JUNDIAÍ, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE JUNDIAÍ.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 57.892)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDO TORRES GARCIA (Presidente), ROBERTO SOLIMENE, LUCIANA BRESCIANI, LUIS FERNANDO NISHI, MARCIA DALLA DÉA BA-

RONE, 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 e RICARDO DIP.

São Paulo, 12 de junho de 2024.

FIGUEIREDO GONÇALVES, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei Municipal nº 10.043, de 18 de outubro de 2023, do Município de Jundiaí, a qual "assegura circulação de animais domésticos nas áreas comuns de condomínios residenciais". Ofensa ao pacto federativo. Usurpação da competência privativa da União para legislar sobre Direito Civil. Afronta ao art. 144 da CE e art. 22, I, da CF. Pedido julgado procedente.

VOTO

Cuidam estes autos de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo **PREFEITO DO MUNICÍPIO DE JUNDIAÍ**, tendo por objeto a Lei Municipal nº 10.043, de 18 de outubro de 2023, do Município de Jundiaí, a qual "assegura circulação de animais domésticos nas áreas comuns de condomínios residenciais".

Aduz que a lei impugnada ofende o pacto federativo, pois invade a competência privativa da União para legislar sobre assuntos relacionados a Direito Civil, contrariando diretamente o art. 22, I, da Constituição Federal, bem como os arts. 111 e 114 da Carta Estadual. Assevera que a referida norma excede os limites da competência municipal para legislar sobre interesse local ou suplementar, no que couber, a legislação federal e estadual, conforme disposto no art. 30, incisos I e II, da Constituição Federal. Requer, assim, a concessão de liminar, para que seja suspensa a eficácia da norma impugnada até o julgamento final da ação.

A liminar foi deferida (fls. 22/24).

A Câmara Municipal de Jundiaí prestou informações (fls. 28/30).

Citada, a Procuradoria-Geral do Estado optou por não se pronunciar (fls. 77).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela procedência da ação (fls. 82/88).

É o relatório.

A arguição de inconstitucionalidade recai, como visto, sobre a Lei Muni-

Acesso ao Sumário

cipal nº 10.043, de 18 de outubro de 2023, a qual "assegura circulação de animais domésticos nas áreas comuns de condomínios residenciais", a qual abaixo se transcreve:

"Lei Municipal nº 10.043

Art. 1º. É assegurada, nos condomínios residenciais, a circulação de animais domésticos nas áreas de uso comum, desde que:

I – acompanhados de seus tutores;

II – mediante utilização de guias e coleiras e, se for o caso, focinheira, em cumprimento ao disposto na Lei Estadual n° 11.531/2003;

III – não se caracterize prejuízo ao sossego, à salubridade ou à segurança dos condôminos.

Art. 2º. O descumprimento desta lei implica:

I – notificação para imediata regularização;

e

II – desatendida a notificação, multa no valor de 3 (três) Unidades Fiscais do Município – UFMs, dobrada na reincidência.

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

Como se pode observar, a norma municipal em análise define regras gerais de Direito Civil, de competência privativa da União, tal como prevê o art. 22, I, da 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 c. 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).

Na hipótese em questão, discute-se justamente alegada ofensa ao pacto

Acesso ao Sumário

federativo, e, consequentemente, do artigo 144 da Constituição do Estado de São Paulo.

Não obstante a Constituição Federal, nos moldes dos artigos 1º e 18, garanta autonomia político-administrativa aos entes federados, dentre eles o Município, para organizar a sua estrutura funcional, o que abrange a autonomia legislativa, tal independência não ostenta caráter absoluto.

A autonomia dos entes federados, sobretudo dos Municípios, deve observar as balizas constitucionais, dispostas nos artigos 29 e 30 da Constituição Federal, bem como no artigo 144 da Constituição do Estado de São Paulo. Com efeito, transcreve-se o disposto no artigo 30 da Constituição Federal:

"Art. 30. CF. Compete aos Municípios:

I – legislar sobre assuntos de interesse local;

II – suplementar a legislação federal e a estadual no que couber";

Nos moldes do artigo 22, inciso I da Constituição Federal, é de competência privativa da União legislar sobre direito processual, com efeito:

"Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

I – direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;"

Assim, por força do art. 144 da Constituição Paulista, o qual diz "Os Municípios, com autonomia política, legislativa, administrativa e financeira se auto-organizarão por Lei Orgânica, atendidos os princípios estabelecidos na Constituição Federal e nesta Constituição.", houve violação ao princípio do pacto federativo.

Na hipótese em tela, o ato normativo impugnado dispôs sobre regras gerais de Direito Civil, cuja competência privativa é conferida à União.

Inegável, pois, a infringência ao pacto federativo.

Diante do exposto, julga-se procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 10.043, de 18 de outubro de 2023, do Município de Jundiaí.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2346440-44.2023.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE MAUÁ, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE MAUÁ.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE EM PARTE, COM EFEITO 'EX TUNC'. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 51.473)**

Acesso ao Sumário

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDO TORRES GARCIA (Presidente), FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, AROLDO VIOTTI, RICARDO DIP, FIGUEIREDO GONÇALVES, ROBERTO SOLIMENE, LUCIANA BRESCIANI, TASSO DUARTE DE MELO, SILVIA ROCHA, NUEVO CAMPOS, CARLOS MONNERAT, GOMES VARJÃO, DÉCIO NOTARANGELI, LUIZ ANTONIO CARDOSO, FLAVIO ABRAMOVICI, BERETTA DA SILVEIRA, FRANCISCO LOUREIRO, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, VICO MAÑAS, ADEMIR BENEDITO e CAMPOS MELLO.

São Paulo, 19 de junho de 2024.

VIANNA COTRIM, Relator

Ementa: Ação Direta de Inconstitucionalidade – Lei n.º 5.542, de 19 de novembro de 2019, que "institui o 'cadastro municipal de doadores de sangue e medula óssea' no município de Mauá, e dá outras providências".

1. Vício de iniciativa – Inexistência – Ato normativo de origem parlamentar que trata do direito à saúde – Legislação local que, em sua essência, não interfere na gestão do Município e tampouco veicula tema de iniciativa privativa do Prefeito – Matéria que não se insere em nenhuma daquelas previstas no rol taxativo do artigo 24, § 2º, da Carta Bandeirante – Ausência de especificação de fonte de custeio que, por si só, não traduz infringência ao disposto no artigo 25 da Constituição Estadual – Constitucionalidade, ademais, da concessão de isenção da taxa de concurso público a doadores de sangue e medula óssea – Precedentes do STF e deste C. Órgão Especial.

2. Artigo 3º e expressão "mediante a solicitação dos mesmos ao Secretário Municipal de Saúde" prevista no artigo 4º – Imposição de atribuições à Secretaria Municipal de Saúde – Inadmissibilidade – Inconstitucionalidade, por se tratar de matéria inserida na reserva de iniciativa legislativa exclusiva do Chefe do Poder Executivo – Tema 917 da Repercussão Geral (ARE nº 878.911/RJ) – Violação ao princípio da reserva de administração e da separação dos poderes.

3. Artigos 5º e 6º – Usurpação de competência da União, dos Estados e do Distrito Federal para legislar

Acesso ao Sumário

sobre regra geral de proteção e defesa da saúde – Violação ao pacto federativo – Inexistência de interesse meramente local do Município – Afronta também ao princípio da isonomia – Ofensa aos artigos 1º, 47, incisos II, XIV, e XIX, letra "a", 111 e 144, todos da Constituição do Estado de São Paulo e ao artigo 24, XII, da Constituição Federal.
4. Ação parcialmente procedente, sem modulação dos efeitos.

VOTO

Ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Prefeito do Município de Mauá em face da Lei n.º 5.542, de 19 de novembro de 2019, que institui o cadastro municipal de doadores de sangue e medula óssea, apontando violação aos artigos 5º, 24, parágrafo 2º, item 2, 25, *caput*, 47, incisos II, XI, e XIV, 144 e 176, inciso I, todos da Constituição do Estado de São Paulo.

Sustenta o requerente, em síntese, que a norma impugnada estabeleceu obrigações à Prefeitura Municipal e interferiu na gestão administrativa da Secretaria de Saúde, sendo que, a pretexto de instituir cadastro municipal de doadores de sangue e de medula óssea, criou diretrizes e obrigações a órgão do Poder Executivo, malferindo, com isso, o princípio da separação de poderes. Aduz, outrossim, que a norma objurgada violou o princípio da igualdade ao incluir os doadores regulares de sangue nos grupos prioritários de vacinação, apontando, no mais, ofensa aos artigos 25, *caput*, e 176, inciso I, da Constituição Paulista, porquanto o ato normativo implica ampliação dos gastos públicos sem indicação da respectiva fonte de custeio. Busca, por isso, a procedência da ação direta.

Sem pedido liminar, o Presidente da Câmara Municipal e a Procuradora Geral do Estado deixaram transcorrer, *in albis*, o prazo para manifestação (cf. fls. 45 e 46).

A douta Procuradoria Geral de Justiça, em seu parecer, opinou pela procedência parcial da ação (fls. 51/71).

É o relatório.

A ação é de ser julgada parcialmente procedente.

O texto impugnado tem o seguinte teor:

"LEI Nº 5.542, DE 19 DE NOVEMBRO DE 2019.

INSTITUI O 'CADASTRO MUNICIPAL DE DOADORES DE SANGUE E MEDULA ÓSSEA' NO MUNICÍPIO DE MAUÁ, E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS.

Art. 1º Institui no Município de Mauá o 'Cadastro Municipal de Doadores de Sangue e Medula Óssea'.

Parágrafo único. O cadastro deverá conter o nome completo do doador, data de nascimento, endereço residencial, tipo sanguíneo, te-

Acesso ao Sumário

lefone, e-mail, e outros dados necessários para a complementação e efetivação do mesmo.

Art. 2º Os munícipes interessados em integrar o cadastro, se comprometem a:

I – preencher o formulário com todos os dados médicos;

II – assinar termo de consentimento concordando em:

a) se submeter a avaliação médica para comprovar se está clinicamente apto para a doação;

b) autorização para a realização do exame HLA (estudo de teste de compatibilidade de medula óssea);

c) autorização para a divulgação dos dados junto aos equipamentos de saúde municipais;

Parágrafo único. A avaliação a que se refere o inciso II, será realizada apenas no ato da doação, e será de responsabilidade do Equipamento de Saúde que realizar a coleta, sem custo ao doador.

Art. 3º O 'Cadastro Municipal de Doadores de Sangue e Medula Óssea' ficará sob a responsabilidade da Secretaria Municipal de Saúde, para:

I – Coordenar a elaboração e atualização deste cadastro;

II – fazer campanhas de divulgação e de esclarecimento sobre a doação de sangue e medula óssea, incentivando esta doação.

Parágrafo único. A secretaria de saúde deverá encaminhar periodicamente ao Hospital de Clínicas Dr. Radamés Nardini ou outro hospital público que vier a ser implantado no município, cópia atualizada do cadastro municipal de doadores de sangue e medula óssea.

Art. 4º O cadastro poderá ser compartilhado com outros Equipamentos de Saúde que não os do Município de Mauá, mediante a solicitação dos mesmos ao Secretário Municipal de Saúde.

Art. 5º Fica o doador regular de sangue incluído nos grupos prioritários para receber gratuitamente todas as vacinas das campanhas de vacinação, na rede pública do município de Mauá.

Art. 6º A prioridade de vacinação fica condicionada a comprovação de pelo menos 02 (duas) doações feitas no período de 12 (doze) meses anteriores a vacinação pretendida.

Parágrafo único. A vacinação pretendida deverá obedecer a disponibilização de vacinas ofertadas no âmbito público.

Art. 7º Fica autorizado a isenção de taxa de concurso ou processo seletivo para doadores de sangue integrantes do cadastro que se trata essa lei.

Art. 8º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação".

De início, cumpre ressaltar que a matéria central regulada pela norma impugnada (criação de cadastro de doadores de sangue e de medula), prevista nos artigos 1º e 2º, não se insere na iniciativa exclusiva do Chefe do Poder Executivo e tampouco veicula tema relacionado à reserva de Administração.

Com efeito, a lei vergastada dispõe sobre defesa da saúde, não se encon-

Acesso ao Sumário

trando, assim, entre as matérias expressamente elencadas nos artigos 24, § 2º, 47, 166 e 174, todos da Constituição Bandeirante, cuja iniciativa 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 Carta Paulista) devem ser interpretadas restritivamente, inexistindo óbice à iniciativa parlamentar de projeto de lei que não trata da sua estrutura ou da atribuição de seus órgãos, nem do regime jurídico de servidores públicos, porquanto o constituinte não restringiu o âmbito de sua titularidade, cuidando-se, isto sim, de competência legislativa concorrente.

Na verdade, impõe-se ao poder público o dever de assegurar o direito fundamental à saúde, incumbindo a todas as pessoas políticas uma atuação administrativa conjunta e permanente (artigo 23, inciso II, da Constituição Federal), cabendo à União, aos Estados e ao Distrito Federal a competência legislativa concorrente para dispor sobre proteção e defesa da saúde (artigo 24, inciso XII, da Constituição Federal) de acordo com o princípio da predominância de interesses.

Dentro do sistema de repartição vertical de competências, a atuação da União circunscreve-se à edição de normas gerais (artigo 24, § 1º, da CF), cabendo aos Estados e ao Distrito Federal suplementar a legislação federal, expedindo normas específicas de acordo com as peculiaridades regionais.

Demais disso, o constituinte federal conferiu 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), devendo suas leis guardar compatibilidade com as normas editadas pelos demais entes da federação.

No caso, tenho para mim que o tema, de inegável relevância, atendeu ao comando da Lei Federal n.º 7.649/1988, que estabelece a obrigatoriedade do cadastramento dos doadores de sangue, compatibilizando-se, além disso, com o Registro Brasileiro de Doadores Voluntários de Medula Óssea mantido pelo Instituto Nacional do Câncer.

Neste ponto, portanto, a edilidade exerceu sua capacidade de legislar com base no interesse local, não havendo que se falar em usurpação de competência ou ofensa à separação dos poderes mormente por não se tratar de questão relativa à política de governo ou ato de gestão, inexistindo, ademais, ingerência em questões administrativas.

Por outro lado, a ausência de especificação de fonte de custeio, por si só, não traduz infringência ao disposto no artigo 25 da Constituição Estadual, conduzindo apenas à inexequibilidade da norma no ano em que foi aprovada (ADI nº 3.599/DF, Relator Ministro Gilmar Mendes), inexistindo, ainda, inconstitucionalidade na lei que concede isenção da taxa de concurso público a doadores

Acesso ao Sumário

de sangue e medula óssea (STF – RE n.º 919.366, Rel. Min. Cármen Lúcia, TJ/SP – ADI n.º 2019799-29.2022.8.26.0000; Rel. Des. Francisco Casconi; e ADI 2270886-79.2018.8.26.0000; Rel. Des. Cristina Zucchi), de modo que o artigo 7º do ato normativo impugnado não padece de qualquer irregularidade.

Únicas ressalvas, porém, devem ser feitas quanto aos artigos 3º, 5º, 6º e à expressão "mediante a solicitação dos mesmos ao Secretário Municipal de Saúde" prevista no artigo 4º, que impuseram obrigação a órgão do Município (Secretaria Municipal de Saúde) e conferiram prioridade de vacinação a grupo específico de munícipes, o que extrapola os limites da iniciativa parlamentar.

Como se sabe, a competência da Câmara Municipal se circunscreve à edição de normas gerais e abstratas, ficando a cargo do Chefe do Poder Executivo a direção superior da administração, disciplinando situações concretas e adotando medidas específicas de planejamento, organização e execução de serviços públicos.

A edilidade, contudo, muito além de veicular preceitos impessoais e abstratos de interesse da coletividade e longe de estabelecer norma de conteúdo programático, impôs atribuições à Secretaria Municipal de Saúde por meio do artigo 3º e parte do artigo 4º, afrontando, com isso, o disposto no artigo 47, incisos II, XIV e XIX, letra "a", da Constituição Estadual, isso sem falar que usurpou do Alcaide a prerrogativa de deliberar a propósito da conveniência e oportunidade de ato eminentemente administrativo.

Em outras palavras, lei objurgada instituiu diretrizes específicas e obrigações à Secretaria Municipal de Saúde, órgão do Poder Executivo, a quem incumbiria coordenar a elaboração e atualização do cadastro de doadores e o encaminhamento periódico de cópia aos hospitais locais, além de ser compelida a compartilhar os dados com outros equipamentos de saúde, que não os do Município de Mauá, mediante solicitação.

Cumpre destacar que não se trata de simples instituição de campanha de incentivo à doação de sangue e medula, mas de verdadeira disciplina para execução da norma. Com isso, os atos normativos mencionados (artigos 3º e expressão "mediante a solicitação dos mesmos ao Secretário Municipal de Saúde" do artigo 4º) avançaram em matéria de planejamento e gestão, impondo atribuições a órgão municipal de saúde, estabelecendo a forma de atuação e interferindo diretamente no funcionamento e na rotina dos serviços públicos.

Acesso ao Sumário

Essa questão, aliás, foi objeto do Tema nº 917 da Repercussão Geral, tendo o E. Supremo Tribunal Federal consolidado, *contrario sensu*, a seguinte tese:

> "Recurso extraordinário com agravo. Repercussão geral. 2. Ação Direta de Inconstitucionalidade estadual. Lei 5.616/2013, do Município do Rio de Janeiro. Instalação de câmeras de monitoramento em escolas e cercanias. 3. Inconstitucionalidade formal. Vício de iniciativa. Competência privativa do Poder Executivo municipal. Não ocorrência. Não usurpa a competência privativa do chefe do Poder Executivo lei que, embora

crie despesa para a Administração Pública, não trata da sua estrutura ou da atribuição de seus órgãos nem do regime jurídico de servidores públicos. 4. Repercussão geral reconhecida com reafirmação da jurisprudência desta Corte. 5. Recurso extraordinário provido" (ARE nº 878.911 RG/RJ, Relator Ministro Gilmar Mendes – grifei).

No mesmo sentido:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Pretensão em desfavor dos arts. 3º, 5º e 6º da Lei nº 1.637, de 10 de novembro de 2021, do Município de Nazaré Paulista, que 'institui o Dia Municipal do Doador Voluntário de Sangue, a Semana Municipal de Incentivo à Doação de Sangue e dá outras providências'. Artigos 3º e 5º da lei em discussão. Apesar do uso dos termos 'fica autorizado', impõe ao Executivo 'estabelecer e organizar, calendário de atividades a serem desenvolvidos durante a semana' municipal de incentivo à doação de sangue, como também outorga ao Departamento Municipal de Saúde a produção de material de divulgação da Semana Municipal de Incentivo à Doação de Sangue e do Dia Municipal do Doador Voluntário de Sangue', além de determinar a criação do cadastro de doadores de sangue. Imposição de atribuições específicas ao Executivo, especialmente ao Departamento Municipal de Saúde. Incumbências vinculadas à organização, planejamento, gestão e execução de serviços públicos a serem prestados por órgão da administração. Matéria reservada ao Chefe do Executivo. Vulneração ao princípio da separação dos Poderes. Infringência aos artigos 5º; e 47, II e XIX, 'a', da Constituição Estadual. Art. 6º da lei em discussão. Concessão de meia-entrada aos doadores regulares de sangue, em todos os locais públicos de cultura, esporte e lazer mantidos, ou que tenham parceria, da administração pública de Nazaré Paulista. Direito econômico. Inteligência do art. 24, I, da Constituição Federal. Competência concorrente da União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Presença do interesse local e atuação normativa suplementar da legislação federal e estadual. Artigos 30 e 31 da CF Ausência de ofensa ao pacto federativo. Precedentes do STF e deste Órgão Especial. Ação parcialmente procedente, para declarar a inconstitucionalidade dos arts. 3º e 5º da Lei nº 1.637, de 10 de novembro de 2021, do Município de Nazaré Paulista, que 'institui o Dia Municipal do Doador Voluntário de Sangue, a Semana Municipal de Incentivo à Doação de Sangue e dá outras providências" (Ação Direta de Inconstitucionalidade 3001930-02.2023.8.26.0000; Rel. Des. James Siano; j. 23/08/2023).

Mas não é só. Por outro fundamento também se impõe a declaração de inconstitucionalidade dos artigos 5º e 6º do diploma legal combatido, cabendo não perder de vista que no âmbito da ação direta vigora o princípio da causa *petendi* aberta.

Na verdade, os mencionados dispositivos da lei objurgada, ao conferir prioridade de vacinação a grupo específico de munícipes, usurpou a competên-

Acesso ao Sumário

cia da União para dispor sobre regra geral de proteção e defesa da saúde (art. 24, inciso XII).

No caso, ainda que o artigo 23, inciso II, da Carta da República assegure competência comum a todos os entes da Federação para cuidar da saúde e assistência pública, a definição dos grupos prioritários de vacinação faz parte do Programa Nacional de Imunizações e Vacinações, elaborado pelo Ministério da Saúde, (Lei n.º 6.259/1975 e no Decreto n.º 78.231/1976), complementado eventualmente pelos planos estaduais.

Na hipótese, o legislador municipal estabeleceu nova hipótese de grupo prioritário de vacinação, ultrapassando, assim, os limites da competência meramente suplementar do Município, malferindo, também, o princípio da impessoalidade, corolário do princípio da isonomia, implicando a norma hostilizada transgressão aos artigos 1º, 111 e 144 da Constituição Bandeirante e ao artigo 24, inciso XII, da Carta da República.

Vale lembrar, aliás, que o C. Supremo Tribunal Federal, ao analisar a inclusão de policiais nos grupos prioritários de vacinação no âmbito da pandemia de Covid-19, confirmou incumbir à União, por parte do Ministério da Saúde, a alteração da regra de prioridade vacinal, por se tratar de questão técnica. Destaco, a propósito, o seguinte excerto do voto de relatoria do Min. Ricardo Lewandowski:

> "Assim, apesar da relevância da pretensão veiculada na petição subscrita pelo Advogado-Geral da União, entendo que não cabe a esta Suprema Corte definir a alteração da ordem de prioridade dos grupos a serem vacinados, já que o atendimento da demanda exigiria a prévia identificação e quantificação das pessoas potencialmente atingidas pela medida, com o consequente estabelecimento de novas prioridades, relativamente a outros grupos identificados como preferenciais, já incluídos nos planos nacional e estaduais de imunização contra o novo coronavírus, providências que demandariam avaliações técnicas mais aprofundadas e estudos logísticos de maior envergadura, incompatíveis com uma decisão de natureza jurisdicional, especialmente de cunho cautelar" (ADPF 754 j. 01.03.2021).

Logo, os artigos 3º, 5º e 6º e a expressão "mediante a solicitação dos mesmos ao Secretário Municipal de Saúde" prevista no artigo 4º, da norma vergastada, traduzem infringência aos artigos 1º, 47, incisos II, XIV, e XIX, letra "a", 111 e 144, todos da Constituição do Estado de São Paulo, e ao artigo 24, inciso XII, da Carta da República, o que conduz ao decreto de procedência parcial desta ação direta.

Por derradeiro, não vislumbro razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social que justifiquem a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade parcial, impondo-se conferir ao julgado efeitos retroativos.

Acesso ao Sumário

Pelo exposto, por esses fundamentos, julgo parcialmente procedente a presente ação para declarar a inconstitucionalidade dos artigos 3º, 5º e 6º e da expressão "mediante a solicitação dos mesmos ao Secretário Municipal de Saúde" prevista no artigo 4º, todos da Lei n.º 5.542, de 19 de novembro de 2019, do Município de Mauá, com efeito *ex tunc*, comunicando-se oportunamente à Câmara Municipal, nos termos do artigo 25 da Lei nº 9.868/99.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2244219-80.2023.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO TURISMO – CNTUR, são réus ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO e GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "POR MAIORIA DE VOTOS, JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE. VENCIDOS OS EXMOS. SRS. DES. FIGUEIREDO GONÇALVES (COM DECLARAÇÃO), BERETTA DA SILVEIRA, FRANCISCO LOUREIRO, VICO MAÑAS, SILVIA ROCHA, CARLOS MONNERAT, GOMES VARJÃO E LUIZ ANTONIO CARDOSO. SUSTENTARAM ORALMENTE OS ADVS. DRS. EDUARDO H. O. YOSHIKAWA E YURI CARAJELESCOV.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.757)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDO TORRES GARCIA (Presidente), TASSO DUARTE DE MELO, SILVIA ROCHA, NUEVO CAMPOS, CARLOS MONNERAT, GOMES VARJÃO, DÉCIO NOTARANGELI, LUIZ ANTONIO CARDOSO, FLAVIO ABRAMOVICI, BERETTA DA SILVEIRA, 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 e ROBERTO SOLIMENE.

São Paulo, 19 de junho de 2024.

LUCIANA BRESCIANI, Relatora

Ementa: Ação Direta de Inconstitucionalidade – Lei Estadual nº 17.747/2023 que "obriga bares, restaurantes, lanchonetes, padarias e estabelecimentos similares a servirem de água potável filtrada à vontade aos clientes" – Regularização da representação pro-

Acesso ao Sumário

cessual – Legitimidade ativa da autora já reconhecida por este C. Órgão Especial por ocasião do julgamento do agravo interno oposto contra o deferimento da liminar – Inexistência de vício de iniciativa – Ocorrência, contudo, de vício material, consistente na violação ao princípio da razoabilidade (art. 111, CE), da livre iniciativa e do livre exercício da atividade econômica, insculpidos nos arts. 1º, IV, e 170, caput e parágrafo único, da CF – Determinação de disponibilização gratuita de água potável a estabelecimentos que possuem tal bebida em sua gama de produtos comercializados, sem qualquer contrapartida – Intervenção do Estado desproporcional – Determinação que acarreta custo ao comerciante, com potencial de redução de receita na venda de bebidas em geral – Inconstitucionalidade reconhecida – Ação julgada procedente.

VOTO

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta por CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO TURISMO CNTUR objetivando a declaração de inconstitucionalidade da Lei Estadual nº 17.747, publicada em 13 de setembro de 2023, que *"obriga bares, restaurantes, lanchonetes, padarias e estabelecimentos similares a servirem de água potável filtrada à vontade aos clientes"* (fls. 47), sob alegação de que a norma viola o princípio da razoabilidade, vez que representa "intromissão do Estado no exercício de atividade econômica privada/livre iniciativa", além de ser desproporcional a imposição de fornecimento de modo gratuito. Salienta a consequente diminuição do consumo de água mineral e até outras bebidas, o que atinge a receita dos estabelecimentos.

Deferida a medida liminar para suspender os efeitos da lei até o julgamento do mérito (fls. 54/55), a Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo opôs agravo interno, ao qual foi negado provimento (fls. 255/262).

A Procuradoria Geral do Estado de São Paulo prestou informações a fls. 73/80, reiteradas pelo Governador do Estado (fls. 85/86).

Informações da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo acostadas a fls. 93/130, arguindo, preliminarmente, ilegitimidade ativa da autora. No mérito defendeu que não há ofensa à livre iniciativa nem ao princípio da razoabilidade. Argumentou a respeito do direito à vida digna e saudável, proteção ao consumidor e meio ambiente.

A D. Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pela improcedência do pedido (fls. 275/291).

É o relatório.

Acesso ao Sumário

O pedido comporta acolhimento.

Para melhor análise da matéria, transcrevo a lei impugnada:

LEI Nº 17.747, DE 12 DE SETEMBRO DE 2023 *Obriga bares, restaurantes, lanchonetes, padarias e estabelecimentos similares a servirem de água potável filtrada à vontade aos clientes*

O GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO:

Faço saber que a Assembleia Legislativa decreta e eu promulgo a seguinte lei:

Artigo 1º – Os bares, restaurantes, lanchonetes, padarias e estabelecimentos similares ficam obrigados a servir, de forma gratuita, aos seus clientes, água potável filtrada à vontade aos clientes.

§ 1º – Reputar-se-á água potável filtrada para os efeitos dessa lei, a água proveniente da rede pública de abastecimento que, para melhoria da qualidade, tenha passado por dispositivo filtrante.

§ 2º – Todo estabelecimento da espécie mencionada no "caput" deste artigo fica obrigado a afixar, em local visível aos clientes, cartaz e cardápio informando sobre a gratuidade da água potável filtrada.

Artigo 2º – Ao Poder Executivo caberá definir o órgão fiscalizador do cumprimento desta lei, bem como as penalidades a serem aplicadas aos infratores.

Artigo 3º – Os estabelecimentos que descumprirem a presente lei estarão sujeitos às sanções da Lei Federal nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 – Código de Defesa do Consumidor.

Artigo 4º – Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Palácio dos Bandeirantes, 12 de setembro de 2023

Inicialmente, regularizada a representação processual, com apresentação de procuração com poderes específico e indicação do ato normativo impugnado (fls. 299), na esteira do entendimento consolidado pelo C. Supremo Tribunal Federal na ADI 2187/BA e ADI 4409/SP.

A legitimidade da parte autora já foi reconhecida por este C. Órgão Especial por ocasião do julgamento do agravo interno oposto contra o deferimento da liminar (fls. 255/262).

A norma não padece de vício de iniciativa, tendo em vista que não aborda as matérias previstas no § 2º do artigo 24 da Constituição Estadual.

Há, contudo, inconstitucionalidade na medida em que violados os princípios da razoabilidade, livre exercício de atividade econômica e livre iniciativa, previstos nos artigos 111 da Constituição Estadual e artigo 1º, inciso IV e artigo 170, *caput* e parágrafo único da Constituição Federal:

Artigo 111 – *A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes do Estado, obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, finalidade, motivação, interesse público e eficiência*

Art. 1º *A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em*

Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

...

***IV –** os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;*

***Art. 170.** A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:*

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

A norma impugnada obriga bares, restaurantes, lanchonetes, padarias e estabelecimentos similares a fornecerem gratuitamente água potável a seus clientes. Todavia, é notório que tal imposição acarreta custos para os estabelecimentos (na aquisição da água propriamente dita, ainda que com custo reduzido; na compra e manutenção de filtros e na disponibilização e reposição de jarras e copos).

Ademais, tal obrigação tem potencial de provocar redução na receita da venda não somente de água mineral, como outras bebidas, salientando-se que as bebidas em geral são parte importante da gama de produtos comercializados nos estabelecimentos alcançados pela norma.

Portanto, trata-se de um encargo imposto pelo Estado a estabelecimentos privados, sem qualquer contraprestação, agravada pela possibilidade de redução de parte substancial de suas receitas, o que viola os princípios da razoabilidade, proporcionalidade, livre iniciativa e livre exercício de atividade econômica.

Na doutrina de Walber de Moura Agra[1]: *No que se refere ao setor privado, a intervenção estatal é menor, haja vista que mesmos as interferências estatais na economia devem respeitar a propriedade privada e a livre iniciativa.*

Na lição de Edilson Pereira Nobre Júnior[2]:

... a intervenção diretiva do Poder Público sobre a economia, manifestada no propósito de resguardar o interesse da coletividade, embora premissa irrefutável, mesmo sob a aura do denominado Estado mínimo, não assoma à ribalta irrestrita. Diversamente, haverá de pautar-se pela trilha do princípio da proporcionalidade (e suas elementares necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito), não podendo privar o empresário da obtenção de uma margem mínima de lucro, indispensável à subsistência de sua atividade. Com essa não suprimível cautela, resguarda-se a contento o substrato essencial do direito ou liberdade fundamental atingida.

No caso em tela, trata-se de uma intervenção Estatal desproporcional,

Acesso ao Sumário

1 AGRA, Walber de Moura. Curso de Direito Constitucional. 9ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 819.

2 NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira Nobre. Domínio Econômico. Intervenção Estatal. Livre Iniciativa. Intervenção estatal sobre o domínio econômico, livre iniciativa e proporcionalidade (céleres considerações). Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 225, p. 179-193, jul/set 2001. Disponível em https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/47572/44899. Acesso em 23.05.2024.

invadindo o exercício do negócio.

O professor Luís Roberto Barroso, hoje eminente Ministro do C. Supremo Tribunal Federal, em artigo publicado na Revista de Direito Administrativo[3] afirmou:

Como se pode singelamente constatar, o regular exercício de suas atividades pelas empresas privadas – como tal entendido o que observa os princípios de funcionamento da ordem econômica – já viabiliza uma parte importante do bem-estar social. ***O que o Estado não pode pretender, sob pena de subverter os papéis, é que a empresa privada, em lugar de buscar o lucro, oriente suas atividades para a consecução dos princípios-fins da ordem econômica como um todo, com sacrifício da livre-iniciativa.*** *Isto seria um dirigismo, uma opção por um modelo historicamente superado. O Poder Público não pode supor, e.g., que uma empresa esteja obrigada a admitir um número x de empregados, independentemente de suas necessidades, apenas para promover o pleno emprego. Ou ainda que o setor privado deva compulsoriamente doar produtos para aqueles que não têm condições de adquiri-los, ou que se instalem fábricas obrigatoriamente em determinadas regiões do País, de modo a impulsionar seu desenvolvimento.*

Ao Estado, e não à iniciativa privada, cabe desenvolver ou estimular práticas redistributivistas ou assistencialistas. É do Poder Público a responsabilidade primária.

Evidentemente que o objetivo da norma é louvável e muitos comerciantes oferecem tal cortesia. A questão é torná-la obrigatória a todos os estabelecimentos elencados na lei, sejam de grande ou pequeno porte.

A ALESP afirmou que o custo seria insignificante, mas *"custo esse que é potencialmente repassável ao consumidor"* (fls. 108) Em outro ponto alegou que a lei tem potencial para fazer reduzir o preço da água mineral (fls. 111), o que evidencia a intervenção no mercado.

A disponibilização de água potável gratuita somente nestes estabelecimentos não garantiria a dignidade, saúde e bem-estar dos consumidores de modo geral.

Cabe citar a doutrina de Alexandre Santos de Aragão[4], para quem:

O princípio da proporcionalidade é, assim, o guia por excelência das escolhas públicas a serem feitas, que, se por um lado, devem atender ao interesse público, por outro devem fazê-lo da maneira menos constritiva à livre iniciativa.... Não se trata sob qualquer hipótese de colocar o interesse público em segundo plano, mas, outrossim, de zelar para que não se busque alcançá-lo por meios desnecessariamente onerosos aos valores da livre iniciativa, também albergados na Constituição Federal.

Acesso ao Sumário

3 BARROSO, Luís Roberto. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 226, p. 187-212, out/dez 2001. Disponível em https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/47240/44652 Acesso em 22.05.2024.

4 Aragão, Alexandre Santos de. O princípio da proporcionalidade no direito econômico. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 223, p. 199-230, jan/mar 2001. Disponível em https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/48318/46640. Acesso em 23.05.2024.

A violação ao princípio livre iniciativa foi um dos fundamentos para a procedência da ADI nº 2342591-64.2023.8.26.0000, julgada por este C. Órgão Especial em 12.06.2024, por votação unânime, em que se questionava a constitucionalidade de lei estadual que obrigava shopping centers a manterem departamento médico, com prestação gratuita e serviços de primeiros socorros, além de ambulâncias. O v. acórdão, de relatoria do Desembargador Campos Mello, contou com a seguinte ementa:

1. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE PROPOSTA PELA ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE SHOPPING CENTERS (ABRASCE), CONTRA OS ARTS. 194 E 195 DA LEI ESTADUAL N. 17.832/2023, QUE ESTIPULAM A OBRIGAÇÃO DE QUE SHOPPING CENTERS MANTENHAM DEPARTAMENTOS MÉDICOS, COM PRESTAÇÃO GRATUITA DE SERVIÇOS DE PRIMEIROS SOCORROS E DE TRANSPORTE EM AMBULÂNCIAS. 2. LEGITIMIDADE ATIVA. AUTORA QUE É ENTIDADE DE CLASSE DE ÂMBITO NACIONAL E VERIFICADA A PERTINÊNCIA TEMÁTICA. 3. IRREGULARIDADE DE REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL NÃO CONFIGURADA, VISTO QUE CONFERIDOS NO INSTRUMENTO DO MANDATO PODERES EXPRESSOS PARA REPRESENTAR A INCONSTITUCIONALIDADE DOS DISPOSITIVOS INDICADOS NA INICIAL. 4. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL VERIFICADA. MATÉRIA QUE SE INSERE NO ÂMBITO DA COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE DIREITO DO TRABALHO E DIREITO COMERCIAL. 5. VÍCIO MATERIAL TAMBÉM CONFIGURADO. RESTRIÇÃO DESPROPORCIONAL AO PRINCÍPIO DA LIVRE INICIATIVA, CONSOANTE JULGAMENTO DO STF EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. 6. AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE.

Ainda que se alegue a preocupação com meio ambiente e redução de resíduos, na questão pontual da disponibilização de água pelos estabelecimentos elencados, merece destaque maior, considerando o presumível reduzido reflexo e alternativas mais efetivas para alcançar esse objetivo, a proteção à livre iniciativa, já que não há qualquer contrapartida para os contribuintes, ao revés, há ônus e possível perda de receitas. De fato, não parece que a questão ambiental será tão favorecida a ponto de convencer de sua adequação em cotejo com os prejuízos dos estabelecimentos alvos da norma, mais ainda o ônus é imposto apenas a uma categoria e não a toda sociedade, sequer praticado, pelo equivalente, ou seja, substituição de garrafa pet por jarras e disponibilização de água para todos que solicitarem, pelos próprios réus.

Acesso ao Sumário

Lei similar do Município de São Paulo foi debatida por este C. Órgão Especial:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Pretensão em face da Lei nº 17.453/2020, de 09 de setembro de 2020, do Município de São Paulo, que "dispõe sobre a oferta gratuita de Água da Casa nos estabelecimentos comerciais que especifica. Norma impugnada impõe a bares, hotéis, restaurantes, lanchonetes, padarias, cafeterias e estabelecimentos congêneres que

comercializam água engarrafada na Cidade de São Paulo a obrigação de servirem gratuitamente água filtrada a seus clientes, sempre que solicitada, sob pena de multa que pode atingir R$ 8.000,00. Alegação de ofensa aos princípios da razoabilidade e da livre iniciativa.

Preliminares suscitadas pela Câmara Municipal de ilegitimidade ativa. Autora é entidade sindical de categoria econômica com objetivo de "representar, no plano nacional, os direitos e interesses das categorias econômicas de empresa de turismo, hotéis, apart-hotéis e demais meios de hospedagem, restaurantes comerciais e coletivos, bares, casas de diversões e de lazer e demais empresas de gastronomia, empresas organizadoras de eventos, parques temáticos e demais empresas de turismo" (item I do art. 3º do Estatuto Social). Entidade postulante representa o ramo de empresas que comercializam bebidas e alimentos, além do setor de hotéis e turismo, sendo aquelas nitidamente alcançadas pela norma impugnada, o que lhe consente a discutida pertinência temática. Atuação nacional como consequência de sua constituição na forma de confederação, associação sindical de grau superior (art. 533 da CLT), não significa empecilho para o reconhecimento de sua legitimidade no âmbito estadual ou municipal em defesa do interesse jurídico de seus agremiados. Maior abrangência espacial pela natureza própria da entidade não pode ser considerada como fator restritivo da sua legitimação.

Representação processual. Advogada subscritora da inicial é registrada na seccional da OAB de outro Estado. Irrelevância. Nada obsta o efetivo exercício da advocacia em território nacional. Eventual irregularidade administrativa não prejudica a capacidade postulatória.

Ausência de procuração de advogada peticionante no curso da ação.

Mera irregularidade. Acolhida pelo Relator a manifestação do órgão ministerial no sentido de concessão de prazo para sanação do vício, nos termos do art. 76, caput, do CPC, o que restou providenciado pela parte interessada. Mérito. Arguição de ofensa aos princípios da razoabilidade (art. 111 da Constituição Estadual) e da livre iniciativa (art. 1º, inciso IV, e 170 da Constituição Federal). Controle concentrado de constitucionalidade de leis municipais em face de princípios e normas da Constituição Federal, desde que haja repetição obrigatória na Carta Estadual. Tese firmada pelo STF no Tema 484, pela técnica da repercussão geral. Art. 144 da Constituição Bandeirante determina aos municípios a observância dos princípios estabelecidos também na Constituição Federal.

Norma impugnada impõe aos estabelecimentos destinatários a oferta gratuita de um produto (água filtrada), que possui custo, sem qualquer contrapartida estatal, e ao mesmo tempo obriga o empresário a abrir mão de parte da receita com a venda de águas engarrafadas e outras bebidas.

Se nem mesmo o Estado oferece gratuitamente água filtrada aos cidadãos, exigir dos comerciantes tal comportamento, alguns de pequeno porte financeiro, configura modelo desproporcional e irrazoável às exigências regulares da atividade econômica, em desapreço ao princípio da livre iniciativa.

Intromissão estatal na atividade econômica em desconformidade com o

Acesso ao Sumário

princípio da razoabilidade, imbricado com a proporcionalidade, e também com o primado da livre iniciativa.

Apesar dos precedentes citados nas informações prestadas, quanto ao reconhecimento da constitucionalidade de leis semelhantes pelos Tribunais de Justiça do Distrito Federal e do Rio de Janeiro, tem-se que em outros dois Estados, Espírito Santo e Minas Gerais, normas com o mesmo escopo foram reputadas inconstitucionais.

Precedentes deste Órgão Especial reconheceram a inconstitucionalidade de leis que impõem a estabelecimentos comerciais o fornecimento gratuito de produto ou com relevante desconto do preço da alimentação para determinados frequentadores.

Ação procedente. (TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2201038-97.2021.8.26.0000; Relator: James Siano; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 08/06/2022; Data de Registro: 15/06/2022)

No precedente citado o Desembargador Relator mencionou decisões semelhantes do Tribunal de Justiça do Espírito Santo e de Minas Gerais:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE MÉRITO LEI MUNICIPAL N.º 4.768/2018 DO MUNICÍPIO DA SERRA OBRIGAÇÃO DOS ESTABELECIMENTOS QUE MENCIONA EM FORNECER, GRATUITAMENTE, ÁGUA POTÁVEL FILTRADA AOS CONSUMIDORES INEXISTÊNCIA DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LIVRE INICIATIVA E DA LIVRE CONCORRÊNCIA AFRONTA AO POSTULADO DA PROPORCIONALIDADE PEDIDO JULGADO PROCEDENTE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL COM EFICÁCIA ERGA OMNES E EFEITOS EX TUNC. 1 Ação direta de inconstitucionalidade ajuizada em face da Lei Municipal n.º 4.768/2018, que obriga os bares, lanchonetes, restaurantes, hotéis, shopping centers e estabelecimentos similares a fornecer, gratuitamente, água potável e filtrada para consumo imediato pelo consumidor. 2 Inexistência de inconstitucionalidade formal porque os Municípios possuem competência para suplementar a legislação federal no tocante às normas de consumo, adaptando-as aos interesses locais. Precedentes do e. STF. 3 Toda norma legal, em maior ou menor grau, quase sempre irá afetar o Poder Executivo. Assim, a mera determinação de expedição de regulamentos para fiel cumprimento de lei emanada do Poder Legislativo não é capaz de ensejar interferência indevida de um Poder nas atribuições de outro, sob pena de tornar qualquer norma do Poder Legislativo inconstitucional no seu nascedouro, esvaziando a atribuição conferida pela Constituição às Casas Legislativas. Precedente do e. TJES. 4 A lei questionada revela-se violadora dos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência consagrados no art. 170, caput e inciso IV, da CF (por remissão normativa do art. 20 da Constituição Federal). Primeiro, porque transfere ao particular obrigação precípua do Poder Público, isto é, de salvaguardar a dignidade da pessoa humana e de garantir o consumo de bem essencial à vida humana. Segundo, porque gera despesas que, ao fim e ao cabo, irá afetar os pequenos empresários, que terão que se adaptar à norma para concorrer com

Acesso ao Sumário

os centros comerciais de massa, que já fornecem hodiernamente água potável gratuitamente, como conveniência e para competir no mercado, aos seus consumidores. 5 Também há violação ao princípio da proporcionalidade em pelo menos duas de suas três dimensões (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito). 6 A norma não é adequada porque não traz benefício à grande massa de consumidores (que se concentram mais nos grandes centros de compra, que já fornecem água gratuita), por aumentar o custo dos demais produtos e, ainda, por gerar prejuízo ou aumento de despesa justamente para o empresário que mais precisa de incentivo para concorrer com as grandes empresa. 7 – Desproporcional porque, em último caso, é capaz de acarretar o cancelamento do alvará de licenciamento das atividades do estabelecimento, isso sem prejuízo da multa já imposta, o que também atinge o princípio da livre iniciativa e, sobretudo, da livre concorrência. 8 Pedido julgado procedente. 9 Lei impugnada declarada inconstitucional com eficácia erga omnes e efeitos ex tunc. (TJES, Classe: Direta de Inconstitucionalidade, 100180053512, Relator: ARTHUR JOSÉ NEIVA DE ALMEIDA, Órgão julgador: TRIBUNAL PLENO, Data de Julgamento: 18/07/2019).

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – NORMA CONSTITUCIONAL ESTADUAL REMISSIVA – PARÂMETRO NORMATIVO IDÔNEO PARA A REALIZAÇÃO DE CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO – PRELIMINAR REJEITADA – LEI MUNICIPAL QUE IMPÕE A INSTALAÇÃO DE BEBEDOUROS EM DANCETERIAS E CASAS NOTURNAS – INVALIDADE – VIOLAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA, ANALISADA COMO UM TODO HARMÔNICO E COERENTE.

– As normas constitucionais estaduais remissivas são parâmetros normativos idôneos para a realização de controle abstrato de constitucionalidade das leis e atos normativos estaduais e municipais pelos tribunais de justiça dos estados.

– A boa exegese das normas constitucionais que comandam a nossa vida político-econômica depende não só de uma análise agregadora das disposições sobre a matéria, mas também da ponderação de uma ampla gama de fatos econômicos e sociais.

– Se o benefício que determinada norma, restritiva do preceito constitucional da livre iniciativa, traz para a saúde dos consumidores claramente não compensa os entraves por ela gerados na busca pela realização dos desígnios do desenvolvimento econômico estadual e do pleno emprego, o reconhecimento da sua invalidade é medida de rigor. (TJMG, Classe: Direta de Inconstitucionalidade, 0909252-14.2013.8.13.0000, Relator: Cássio Salomé, Órgão julgador: TRIBUNAL PLENO, Data de Julgamento: 25/06/2014).

Diante do exposto, pelo meu voto, julgo procedente o pedido formulado para declarar a inconstitucionalidade da Lei Estadual nº 17.747/23.

Acesso ao Sumário

DECLARAÇÃO DE VOTO DIVERGENTE

(Voto nº 59.251)

Adoto o relatório lançado no voto da Digna Relatora, nestes autos.

O julgamento colegiado versou sobre apontada inconstitucionalidade da Lei Estadual nº 17.747, de 12 de setembro de 2023, que: *"Obriga bares, restaurantes, lanchonetes, padarias e estabelecimentos similares a servirem de água potável filtrada à vontade aos clientes"*.

Por decisão da maioria dos componentes deste Órgão Especial, conduzida pelo respeitável voto da Digna Relatora, Des. Luciana Bresciane, entendeu-se inconstitucional o texto de lei, porque, embora não incorresse em vício de iniciativa, estaria tisnado de vício material, consistente: **1-** na violação ao princípio da razoabilidade (art. 111 da CE); **2-** da livre iniciativa e do livre exercício da atividade econômica (arts. 1º, IV e 170 *caput* e § único da CF); **3-** constituindo-se em intervenção desproporcional do Estado na atividade comercial, uma vez que acarreta custo ao comerciante, com potencial redução de receita na venda de bebidas em geral.

Analisam-se os argumentos.

O princípio da livre iniciativa não é absoluto. O parágrafo único do Artigo 170 da Carta Política Federal, estabelece ser: *"assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, **salvo nos casos previstos em lei**"*. Portanto, havendo previsão legal, é possível estabelecer-se limites e obrigações para o exercício de qualquer atividade econômica. Assim, limitações às relações de consumo no Código de Defesa do Consumidor ou as prescrições sobre higiene e saúde pública nas legislações municipais e estadual, vigorantes para esses estabelecimentos mencionados.

Por óbvio, tais limitações e obrigações não dependem unicamente da discricionaridade do legislador. De acordo com a Constituição do Estado, segundo o seu 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"*.

Acesso ao Sumário

O respeitável voto condutor do V. Acórdão deste Órgão Especial, ao dispor sobre a lei ora em questão, acentuou que ela ofenderia o **princípio da razoabilidade**.

Não vejo, contudo, com a devida licença dos entendimentos contrários, ofensa a esse princípio, na determinação legal para que se sirva água filtrada, aos clientes daqueles estabelecimentos.

Conforme publicação no Diário Oficial do Estado[5] o custo do fornecimento de 10 metros cúbicos (10.000 litros) de água tratada pela SABESP, para os estabelecimentos comerciais, resulta numa tarifa de R$ 143,96. Um litro de

5 DOE de 7.4.2023, tarifa vigente a partir de 10.5.2023.

água equivale a 5 copos de 200ml, significando que, por esse custo, podem ser servidos 50.000 copos de água. Se em cada refeição forem fornecidos 2 copos d'água, isso representará serviço para 25.000 refeições. No movimento de um restaurante, servidas 400 refeições diárias, levar-se-ia mais de 2 meses para o consumo dessa água. Certamente, a despesa é irrisória, ante o lucro obtido nessas ocasiões.

Ademais disso, a possibilidade de fornecimento aos clientes, não significa que todos irão trocar as bebidas que usualmente consomem, por água. Consumidores de bebidas alcoólicas (vinho, cerveja, batidas ou caipirinhas) por certo não farão essa substituição. Apreciadores de refrigerantes, sucos e quaisquer outros líquidos saborizados, raramente. Nem mesmo todo consumidor de água mineral o fará. Assim, portanto, sequer os poucos centavos acima calculados serão dispendidos nesse fornecimento. Em suma, o acréscimo à conta de água para esses estabelecimentos será irrisório, insignificante. Simples uso racionalizado, de molde a evitar desperdícios nas torneiras da cozinha, ou nos banheiros, compensarão com sobras essa mínima adição.

Nem se alegue que os estabelecimentos deverão instalar filtros e adquirir copos e jarras para atendimento da lei. Eles já os possuem. Por certo as pessoas que trabalham, ou dirijam aqueles, não matam a sede com água mineral. Haverá sempre um filtro em cada um para o consumo diário dessas pessoas. Dessa mesma fonte sairá a água a ser fornecida aos clientes.

Ademais, isso sequer demandará aquisições de novos copos e jarras. Aqueles existentes em cada casa de alimentos, usados para servir os sucos, vendidos diariamente, servirão para o fornecimento de água.

Portanto, não se pode concluir que haverá despesas extraordinárias, com redução de parte substancial das receitas, significativas para o equilíbrio da atividade econômica desses estabelecimentos, tornando desproporcional ou desarrazoada a determinação da lei, que implicaria em privar o empresário de uma margem mínima de lucro. Longe disso, como se viu.

Ademais, há na lei questionada, *finalidade adequada, motivação suficiente e interesse público justificante*.

Por certo ela atenderá a parcela menos favorecida, daqueles que se veem compelidos a tomar refeições fora de casa, diariamente. Normalmente não onerariam a conta do consumo com bebidas, ainda que água mineral. Mas poderiam consumir, agora, essa simples água filtrada. Não haverá sensível alteração da qualidade de suas refeições, mas a ingestão de água contribuirá para a hidratação corporal, assim, ao melhor funcionamento dos intestinos, contribuindo para o sistema digestório.

Embora cuidar do bem-estar das pessoas, seja função primeira do Estado, a solidariedade social, princípio constitucional expresso (art. 3º, I, da CF), permite que pequenos gestos e ações sejam exigidos da atividade privada. Preocu-

Acesso ao Sumário

pada com isso, a lei ora em exame é dotada de finalidade adequada e interesse público justificante. Ainda, tem preocupações ambientais, visto que a maioria das embalagens das águas minerais servidas em restaurantes e similares, são garrafas de material sintético, plástico, que trazem preocupações e danos ao meio-ambiente. Isso seria, ainda ligeiramente, minorado pelo consumo da água filtrada.

Portanto, a lei pode interferir, minimamente, no livre exercício da atividade econômica, pois isso não representa, consoante se examinou, qualquer redução significativa do lucro do empresário, ou restrição exorbitante dos limites adequados à livre iniciativa.

Nem se alegue que este Órgão Especial tem precedente firmado no julgamento de 12.06.2024, da ADI nº 2342591-64.2023.8.26.0000, quando se entendeu inconstitucional a lei estadual que obrigava *shopping centers* a manterem departamento médico, com prestação gratuita de serviços de primeiros socorros. Isso exigiria ter, em cada centro comercial, uma unidade de atendimento médico -ambulatorial, com aparelhagem adequada para os atendimentos emergenciais; equipes de médicos e enfermeiros que se revessassem durante os dias e finais de semanas; além de ambulância equipada, com motoristas e socorristas, também em sistema de revezamentos. Ademais, o ambulatório deveria ser preparado com medicamentos necessários ao pronto-atendimento de eventuais pessoas com problemas médicos. Tudo isso demandaria alto investimento que, em hipótese alguma possa ser comparado com o simples fornecimento de copos d'água em refeições. Na situação dos *Shoppings*, haveria sim desmedida intervenção na atividade econômica, com restrição desproporcional ao princípio da livre iniciativa, inexistente naquilo que se determina na lei ora sob exame.

Portanto, inaplicável o precedente ao caso que aqui se cuida. Não há equivalência ou similitude nas situações.

Finalmente, o fornecimento de água filtrada nos estabelecimentos onde servidas refeições, não é criação de um desmedido *gênio tupiniquim* com devaneios socialistas. Replica exemplos existentes, há anos, em países capitalistas, onde se presa e se vela pela livre iniciativa e a atividade econômica privada, como os países europeus (França, Inglaterra, Itália, Alemanha etc.) e outros americanos (como os Estados Unidos, México e Argentina). Jamais se percebeu, nessas terras, qualquer sinal de invasão do sistema de livre iniciativa, pelo singelo fornecimento de água filtrada durante refeições, para eventuais clientes que a demandem.

Portanto, com a devida licença dos respeitáveis entendimentos diversos, não há ônus desmedido para os agentes da atividade econômica, com qualquer prejuízo significativo aos estabelecimentos-alvos da norma ora examinada.

Em face de tais razões, por meu voto, não via eu qualquer inconstitucionalidade na lei aqui questionada e, portanto, optei pela declaração de improce-

Acesso ao Sumário

dência desta ADI.
FIGUEIREDO GONÇAVES, Desembargador

Agravos Internos

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 2014425-61.2024.8.26.0000/50000, da Comarca de Cafelândia, em que é requerente TIRSO FERNANDES SOBREIRO JÚNIOR, são agravados ELTON FRANCISCO DE BRITO e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE JÚLIO MESQUITA.

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 39.314)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDO TORRES GARCIA (Presidente), BERETTA DA SILVEIRA, FRANCISCO LOUREIRO, DAMIÃO COGAN, VICO MAÑAS, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, MATHEUS FONTES, RICARDO DIP, ROBERTO SOLIMENE, LUCIANA BRESCIANI, LUIS FERNANDO NISHI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, SILVIA ROCHA, NUEVO CAMPOS, CARLOS MONNERAT, RENATO RANGEL DESINANO, MELO BUENO, GOMES VARJÃO, ÁLVARO TORRES JÚNIOR e CORREIA LIMA.

São Paulo, 8 de maio de 2024.

FERNANDO TORRES GARCIA, Presidente e Relator

Ementa: Agravo interno – Suspensão dos efeitos da liminar indeferida – Decisão proferida em mandado de segurança a determinar que o Presidente da Câmara Municipal de Júlio de Mesquita promovesse, impreterivelmente na sessão ordinária a ser realizada em 4/12/2023, a declaração da extinção do mandato do prefeito municipal em exercício e a imediata convocação do vice-prefeito para a posse – Decisão hostilizada escorada na existência de condenação criminal do prefeito, com os direitos políticos cassados – Circunstância apta a legitimar a medida à luz do artigo 20 da

Acesso ao Sumário

Lei nº 8.429/1992 – "Fumus boni juris" da postulação comprometido – Agravo não provido.

VOTO

Inconformado com o teor da decisão que indeferiu o pedido de suspensão dos efeitos da liminar concedida nos autos do mandado de segurança nº 1001661-73.2023.8.26.0104, da Vara Única da Comarca de Cafelândia, Tirso Fernandes Sobreiro Junior interpôs agravo interno.

Em síntese, o agravante sustenta que, mesmo existindo condenação criminal transitada em julgado, sua permanência no comando do Poder Executivo não acarretará prejuízos, haja vista sua expertise na Administração Pública.

Contraminuta está a fls. 31/44.

É o relatório.

O agravo interno não comporta provimento.

Em suas razões, o agravante não apresentou novos argumentos, além dos que foram apreciados na decisão recorrida em que, por sua vez, concluiu não estarem presentes os pressupostos legais para o deferimento do pedido de suspensão dos efeitos da decisão prolatada em primeiro grau de jurisdição.

Conforme fixado na decisão agravada, no caso em testilha, observa-se que o requisito contido no artigo 20 da Lei nº 8.429/1992 estava presente na decisão de primeiro grau, da qual se extraiu, para além de qualquer dúvida, que a determinação de extinção do mandato do prefeito foi calcada em decisão criminal transitada em julgado, na qual também foram cassados os direitos políticos do Prefeito, que foi comunicada à Câmara Municipal, sem que fosse dado o devido cumprimento.

Nesse sentido, ademais, a decisão proferida pelo relator do agravo de instrumento interposto contra a decisão cuja suspensão da eficácia se perseguia (processo nº 2340618-74.2023.8.26.0000), culminando por indeferir a atribuição do almejado efeito suspensivo ao agravo.

Daí, ainda que o cerne do pedido de suspensão não esteja no mérito da demanda, mas sim na potencialidade lesiva aos interesses referidos, cumpre ressaltar que a Presidência da Corte tem exigido a presença de ***fumus boni iuris*** – caracterizado, na hipótese, pela probabilidade de reversão da decisão pelas vias recursais ordinárias – como condição necessária para o deferimento de tais solicitações. Como bem observado pelo Min. Sepúlveda Pertence, no clássico voto proferido no SS nº 1149 AgR, "não há regra nem princípio segundo os quais a suspensão da segurança devesse dispensar o pressuposto do 'fumus boni juris' que, no particular, se substantiva na probabilidade de que, mediante o futuro provimento do recurso, venha a prevalecer a resistência oposta pela entidade estatal à pretensão do impetrante.". E nem poderia ser diferente, tendo em vista a função tipicamente cautelar do instituto, que funciona como medida

Acesso ao Sumário

de contracautela com vistas a salvaguardar o efeito útil do êxito provável do recurso do ente estatal, em caso de risco de grave lesão a interesse público relevante (CÂMARA, Alexandre Freitas. Manual do Mandado de Segurança, 2ª Ed., Atlas, p. 295-96).

Com efeito, à vista dos elementos probatórios considerados pelo juiz de primeiro grau de jurisdição, corroborados em análise preliminar do relator do agravo de instrumento interposto, estava evidentemente comprometida a plausibilidade da situação jurídica que perseguia o postulante na excepcional medida incidental. É dizer, estava afastado o mencionado ***fumus boni iuris***.

Além disso, destacou-se o ***periculum in mora*** inverso da postulação posta à apreciação, considerando os riscos de manter-se o postulante à frente da gestão municipal, uma vez que já houve comunicação ao TRE da condenação criminal transitada em julgado, com suspensão dos direitos políticos.

Diante do exposto, nego provimento ao agravo interno.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 2065682-28.2024.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante SAMUEL LUCAS LUCIANO, é agravado PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM PREJUDICADO O RECURSO. 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 21.203)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores BERETTA DA SILVEIRA (Presidente), RENATO RANGEL DESINANO, MELO BUENO, GOMES VARJÃO, ÁLVARO TORRES JÚNIOR, CORREIA LIMA, PAULO ALCIDES, FRANCISCO LOUREIRO, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, VICO MAÑAS, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, MATHEUS FONTES, AROLDO VIOTTI, FIGUEIREDO GONÇALVES, ROBERTO SOLIMENE, LUIS FERNANDO NISHI, JARBAS GOMES, TASSO DUARTE DE MELO, SILVIA ROCHA e NUEVO CAMPOS.

São Paulo, 22 de maio de 2024.

CARLOS MONNERAT, Relator

Ementa: AGRAVO INTERNO. Indeferimento de liminar.

Acesso ao Sumário

MANDADO DE SEGURANÇA. Negativa de posse no cargo de escrevente técnico judiciário. Liminar indeferida. Julgamento do presente agravo em conjunto com o mérito do mandado de segurança, onde proferida a decisão combatida.
RECURSO PREJUDICADO.

VOTO

Trata-se de agravo interno, com pedido de liminar, interposto por *SAMUEL LUCAS LUCIANO* em face da r. decisão proferida pelo eminente Desembargador *Paulo Alcides* (fl. 12 – autos principais), cujo teor indeferiu a liminar requerida nos autos do mandado de segurança impetrado contra ato do Excelentíssimo Senhor Desembargador Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que negou a posse do impetrante, ora agravante, no cargo de escrevente técnico judiciário, por violação ao artigo 47, inciso V, da Lei nº 10.261/68.

Sustenta que o r. *decisum* agravado violou o princípio da presunção de inocência e afrontou requisito essencial do ato administrativo, vez que ausente fundamentação ou motivação. Requer a reforma da r. decisão, a fim de que lhe seja permitida a posse imediata ao cargo de escrevente técnico judiciário (fls. 01/07).

O i. Desembargador *Paulo Alcides* manteve o r. *decisum*, reiterando a ausência dos requisitos previstos no artigo 995, parágrafo único, do Código de Processo Civil (fls. 09/10).

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo apresentou contraminuta, reiterando a higidez da decisão que negou a posse do impetrante. Aduz motivação idônea e suficiente para a medida adotada em virtude, notadamente, do não preenchimento do requisito da boa conduta do impetrante, ora agravante, diante de processo criminal em curso e de processo administrativo junto à Guarda Municipal de Itatiba, por transgressão disciplinar de nível grave durante o curso de formação (fls. 17/30 e documentos de fls. 18/320).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela manutenção da decisão monocrática, afirmando não haver nos autos comprovação dos elementos necessários à concessão da liminar, sobretudo porque a ausência de boa conduta está fundamentada para além do processo criminal em que figura como réu. Assevera, outrossim, inexistir perigo na demora, uma vez que as consequências de se dar a imediata posse ao impetrante podem ser mais danosas ao interesse social do que seu indeferimento, anotando que, na hipótese de concessão da segurança, não haverá perecimento do direito (fls. 325/333).

Os autos aportaram em meu gabinete de trabalho em 15/05/2024.

Acesso ao Sumário

É o relatório.

Resta prejudicado o presente agravo interno.

Isso, porque seu julgamento é realizado em conjunto com o mérito do Mandado de Segurança nº 2065682-28.2024.8.26.0000, no qual foi proferida a decisão de indeferimento da liminar ora combatida e que encerrará a discussão.

Saliente-se ser cabível o julgamento conjunto do agravo interno e do *mandamus*, em razão da unicidade da matéria impugnada e do pleno exercício do contraditório e da ampla defesa pelas partes.

Ante o exposto, pelo meu voto, julgo prejudicado o recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 2347139-35.2023.8.26.0000/50001, da Comarca de São Paulo, em que é agravante PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO PAULO, é agravado DIRETÓRIO ESTADUAL DO PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE (PSOL-SP).

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Votos nºs 29.858/2024 e 29.859/2024)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDO TORRES GARCIA (Presidente), MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, NUEVO CAMPOS, CARLOS MONNERAT, RENATO RANGEL DESINANO, MELO BUENO, GOMES VARJÃO, ÁLVARO TORRES JÚNIOR, CORREIA LIMA, PAULO ALCIDES, FLAVIO ABRAMOVICI, BERETTA DA SILVEIRA, FRANCISCO LOUREIRO, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, EVARISTO DOS SANTOS, VICO MAÑAS, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, MATHEUS FONTES, AROLDO VIOTTI, ROBERTO SOLIMENE e LUIS FERNANDO NISHI.

São Paulo, 15 de maio de 2024.

JARBAS GOMES, Relator

Ementa: PROCESSUAL CIVIL. Recurso. Agravo Interno. Razões destituídas de força para abalar os fundamentos que determinaram a concessão de liminar em ação direta de inconstitucionalidade, na qual é questionada a Lei nº 18.040/2023 que "altera a Lei nº 16.703, de 4 de outubro de 2017, que disciplina as concessões e permissões de serviços, obras e bens públicos

Acesso ao Sumário

que serão realizadas no âmbito do Plano Municipal de Desestatização – PMD, para o fim de autorizar a cessão onerosa de direito à denominação de equipamentos públicos municipais pelo Poder Executivo na Cidade de São Paulo (Naming Rights)". Presença dos requisitos necessários à concessão da medida cautelar. Decisão mantida.
RECURSOS NÃO PROVIDOS.

VOTO

São dois agravos internos interpostos contra a decisão de fls. 17-24 (dígito 00000), que deferiu a suspensão dos efeitos da Lei Municipal nº 18.040, de 12 de dezembro de 2023, que *"Altera a Lei nº 16.703, de 4 de outubro de 2017, que disciplina as concessões e permissões de serviços, obras e bens públicos que serão realizadas no âmbito do Plano Municipal de Desestatização – PMD, para o fim de autorizar a cessão onerosa de direito à denominação de equipamentos públicos municipais pelo Poder Executivo na Cidade de São Paulo (Naming Rights)"*.

O primeiro deles foi interposto pelo *PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO* (dígito 50000), que sustenta, em síntese, ausência dos requisitos para concessão da medida cautelar, bem como configuração de "periculum in mora inverso". Discorrendo sobre o "naming rights" e sua aplicação na denominação de bens públicos, ressalta os benefícios econômicos e sociais do instituto. Alega que a edição de lei para regulamentação das concessões é opção política de cada ente estatal e rebate os argumentos deduzidos na ação direta de inconstitucionalidade (dígito 50000).

O outro recurso foi apresentado pelo *PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL* (dígito 50001). Defende que a norma impugnada é compatível com os princípios consagrados pelos artigos 37 da Constituição Federal e 111 da Constituição do Estado de São Paulo. Destaca os possíveis ganhos econômicos, além o aumento da qualidade dos serviços oferecidos à população, e refuta o argumento sobre a exigência de licitação para a concessão dos "naming rights". Subsidiariamente, aponta para a possibilidade de interpretação conforme a Constituição, no sentido de serem observados os requisitos de transparência e impessoalidade. Por fim, alega que não estão presentes os requisitos para a suspensão da lei, requerendo a revogação da medida cautelar.

Os recursos foram processados, transcorrendo *in albis* o prazo para resposta (fl. 17, dígito 50000; fl. 188, dígito 50001).

A D. Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela manutenção do *decisum* (fls.24-32, dígito 50000; fls. 195-203, dígito 50001).

É o breve relato.

Acesso ao Sumário

Como sabido, na concessão de medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade, é imprescindível que estejam conjugados a relevância da matéria debatida que detenha *"especial significado para a ordem social e a segurança jurídica"* (artigo 12 da Lei nº 9.868/1999) e o risco de que uma decisão tardia infirme o conteúdo da solução definitiva.

Os argumentos deduzidos pelos agravantes não infirmaram os fundamentos expostos na decisão hostilizada, que reconheceu a presença de *fumus boni iuris* e a necessidade de cautela na análise da lei impugnada, sobretudo considerando a complexidade da matéria em questão, *in verbis*:

> *"Dada a relevância dos fundamentos deduzidos na inicial, a partir dos quais foi formulado o pedido liminar (fumus boni iuris), em especial, quanto aos possíveis efeitos que podem decorrer de sua vigência, considerando, também, a alegada necessidade de adequado processo licitatório para a efetivação dos chamados 'Naming Rights' na esfera pública, bem como, ainda, a complexidade da matéria em questão, concedo a liminar, para suspender a vigência da Lei Municipal 18.040, de 12 de dezembro de 2023, do Município de São Paulo.*
>
> *O caso em tela versa sobre uma forma de exploração comercial de bem intangível, que pode agregar à Administração Pública valores positivos ou negativos, ou mesmo responsabilidades de espécies diversas.*
>
> *Assim, não se vislumbrando, em tese, na legislação ora questionada, explicitação ou forma de explicitação dos critérios políticos e jurídicos a nortear, inclusive, eventual concorrência entre interessados, de rigor a concessão da liminar, em atenção às regras e princípios constitucionais incidentes na espécie".*

Presente, também, o perigo da demora, uma vez que a norma impugnada produziria efeitos a partir de sua publicação (12.12.2023), ensejando a celebração de contratos fundados em norma supostamente inconstitucional, circunstância que repercutiria negativamente sobre o erário.

Destarte, presentes os requisitos para concessão de medida cautelar, curial a manutenção da decisão agravada.

Isto posto, nega-se provimento aos recursos.

Acesso ao Sumário

Agravos Regimentais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental Cível nº 2047690-54.2024.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante SÔNIA REGINA MUFFATO, são agravados ISRAEL GÓES DOS

ANJOS (DESEMBARGADOR), ERNANI DESCO FILHO (DESEMBARGADOR) E DEMAIS DESEMBARGADORES DA 18ª 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: "NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39.323)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDO TORRES GARCIA (Presidente), BERETTA DA SILVEIRA, FRANCISCO LOUREIRO, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, VICO MAÑAS, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, MATHEUS FONTES, AROLDO VIOTTI, FIGUEIREDO GONÇALVES, ROBERTO SOLIMENE, LUIS FERNANDO NISHI, JARBAS GOMES, TASSO DUARTE DE MELO, SILVIA ROCHA, NUEVO CAMPOS, CARLOS MONNERAT, RENATO RANGEL DESINANO, MELO BUENO, GOMES VARJÃO, ÁLVARO TORRES JÚNIOR, CORREIA LIMA e PAULO ALCIDES.

São Paulo, 22 de maio de 2024.

FERNANDO TORRES GARCIA. Presidente e Relator

Ementa: Agravo Interno – Arguição de suspeição e impedimento – Desembargadores da 18ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça – Não cabimento da arguição de forma coletiva – Inexistência de fato concreto a macular a imparcialidade dos agravados – Rol taxativo das hipóteses de suspeição – Agravo não provido.

VOTO

Sônia Regina Muffato interpôs agravo interno contra a decisão que, fundamentada no artigo 113 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo, determinou o arquivamento da arguição de suspeição formulada nos autos do agravo de instrumento nº 2068190-78.2023.8.26.0000 contra os Desembargadores Ernani Desco Filho e Israel Góes dos Anjos, bem como em relação aos demais integrantes da 18ª Câmara de Direito Privado deste Tribunal de Justiça.

Em síntese, aponta a agravante prejulgamento e presunção de amizade íntima, bem como frisa que já houve o reconhecimento de suspeição por outro magistrado. Pede o reconhecimento de impedimento ou suspeição de toda a turma julgadora.

É o relatório.

O recurso em tela não comporta provimento.

De efeito, nos termos indicados na decisão agravada, é incabível a argui-

Acesso ao Sumário

ção voltada contra o colegiado, mormente se fundada em meras suposições de fatos que ocasionariam a suspeição dos arguidos, sem mínima demonstração das hipóteses do artigo 145 do Código de Processo Civil.

Por outro lado, decisões contrárias ao interesse da parte não são suficientes à caracterização de suspeição. Aliás, a narrativa da agravante, ao abordar o processo judicial de seu interesse e ao destacar a existência de prevenção deste ou daquele magistrado, deixa evidente que o foco é apenas o conteúdo das decisões judiciais. Nesse sentido, constou da decisão agravada:

> *"De início, anoto ser incabível a arguição de suspeição apresentada de forma coletiva, é dizer, em relação a determinado colegiado.*
> *E, não bastasse, não prosperam meras suposições de suspeição dos arguidos, despidas de elementos concretos que respaldem as imputações, lançadas sem a necessária correspondência fática a alguma das hipóteses previstas no artigo 145 do Código de Processo Civil. Ademais, decisões contrárias ao interesse da parte não são suficientes à caracterização da suspeição do relator e dos demais integrantes da Câmara.*
> *Com efeito, as arguições de suspeição e de impedimento envolvem a verificação de eventual ausência de capacidade subjetiva ou objetiva do magistrado para, em caso positivo, afastá-lo da relação jurídica processual. As hipóteses de suspeição estão previstas no artigo 145 do Código de Processo Civil, sem prejuízo da possibilidade do seu reconhecimento por motivo de foro íntimo.*
> *(...)*
> ***In casu**, não configuradas as situações previstas no referido dispositivo legal, o incidente, conforme já se depreende, acaba por envolver apenas o inconformismo da arguente em relação a decisão contrária a suas pretensões. Em outras palavras, esta arguição de suspeição decorre do conteúdo de decisão judiciais, impugnáveis por meio de recurso próprio e nas quais não é possível identificar qualquer sinal de parcialidade dos julgadores.*
> *Oportuno considerar que o afastamento de magistrado da condução de processo judicial é medida drástica, que, também por isso mesmo, exige a demonstração do efetivo comprometimento de sua capacidade subjetiva para o julgamento, no caso, inexistente. Do contrário, abrir-se-ia perigoso precedente apto a possibilitar que a parte escolhesse seu julgador, seja por conta de decisões que lhe foram desfavoráveis no próprio processo em curso, seja por já conhecer posicionamentos jurídicos adotados pelo magistrado em feitos semelhantes.*
> *E, a despeito do elevado alcance da arguição de suspeição em prol da tutela de predicado indispensável à prestação jurisdicional – a imparcialidade do magistrado –, o fato é que tal via processual deve ficar restrita*

Acesso ao Sumário

ao seu específico objeto, afastada a utilização voltada a substituir a via recursal adequada. Nesse sentido, tem aplicação a Súmula nº 88 desta Corte:

'Reiteradas decisões contrárias aos interesses do excipiente, no estrito exercício da atividade jurisdicional, não tornam o juiz excepto suspeito para o julgamento da causa'.

Por outro lado, as hipóteses hábeis ao comprometimento da capacidade objetiva do julgador estão previstas no artigo 144 do Código de Processo Civil:

(...)

No mesmo sentido, esclarecem Nelson e Rosa Nery[1]:

'Os motivos indicadores do impedimento do juiz são de natureza objetiva, caracterizando presunção iuris et de iuri, absoluta, de parcialidade do magistrado'.

No caso, é manifesto o não cabimento da arguição de impedimento.

O fato propulsor do alegado comprometimento da imparcialidade dos arguidos repousa sobre a suspeita de amizade, nem minimamente justificada. Somente a amizade profunda, fraterna e afetuosa gera a suspeição." (fls. 45/50 dos autos principais).

Insta mais uma vez registrar que os artigos 144 e 145 do Código de Processo Civil veiculam **rol taxativo** de hipóteses que devem ser comprovadas para que seja reconhecido o efetivo comprometimento da imparcialidade dos julgadores, o que não ocorreu neste caso concreto. Nesse diapasão, o seguinte julgado:

"RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. FALHA NA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INEXISTÊNCIA. SUSPEIÇÃO. MAGISTRADO. HIPÓTESES. ROL TAXATIVO. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. CONFRONTO ANALÍTICO. SIMILITUDE FÁTICA. AUSÊNCIA.

1. O acórdão impugnado pelo recurso especial foi publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ).

2. O Tribunal de origem enfrentou fundamentadamente as matérias apresentadas, inexistindo falha na prestação jurisdicional.

3. Nos termos da iterativa jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, as hipóteses de suspeição são taxativas e devem ser interpretadas restritivamente, de modo a não comprometer a independência funcional do magistrado.

4. A contratação de prestação de serviços advocatícios por magistrado,

Acesso ao Sumário

1 NERY JÚNIOR, Nelson. Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante. Nelson Nery Júnior, Rosa Maria de Andrade Nery. 9ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 345

mormente se o vínculo já se extinguiu antes mesmo do ajuizamento do processo em que o causídico atua e no qual se alega a existência de favorecimento, não está entre as causas de suspeição do artigo 145 do Código de Processo Civil de 2015.

5. Não se mostra suficiente para comprovar a existência de amizade íntima entre o juiz e o advogado de uma das partes o fato de o causídico ter prestado em momento anterior serviços de advocacia para o magistrado.

6. Para a comprovação adequada do dissídio jurisprudencial é insuficiente a mera transcrição de ementas dos paradigmas, sem a realização do necessário cotejo analítico entre os acórdãos impugnado e paradigma, demonstrando a similitude fática entre as decisões confrontadas.

7. Recurso especial parcialmente conhecido e não provido." (REsp nº 1783015/AM, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª T., j. 12.05.2020, DJe 18.05.2020).'

Por derradeiro, vale ponderar que o reconhecimento de suspeição por parte de um magistrado não acarreta efeitos em relação a outros julgadores, tendo em vista a natureza pessoal de tal reconhecimento.

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

Arguições de Inconstitucionalidade

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade Cível nº 0003242-64.2023.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante 15ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO e interessado LCR CONSULTORES ASSOCIADOS S/S LTDA.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "INDEFERIRAM OS PEDIDOS DE SUSTENTAÇÃO ORAL POR FALTA DE PREVISÃO LEGAL E REGIMENTAL, E ACOLHERAM A ARGUIÇÃO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 58.326)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDO TORRES GARCIA (Presidente), COSTABILE E SOLIMENE, LUCIANA BRESCIANI, LUIS FERNANDO NISHI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, SILVIA ROCHA, NUEVO CAMPOS, CARLOS MONNERAT, RENATO RANGEL DESINANO, MELO BUENO, BERETTA DA SILVEIRA, FRANCISCO LOUREIRO, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO

Acesso ao Sumário

COGAN, EVARISTO DOS SANTOS, VICO MAÑAS, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES e RICARDO DIP.

São Paulo, 17 de abril de 2024.

FIGUEIREDO GONÇALVES, Relator

Ementa: Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade. Artigo 13 da Lei nº 17.719/2022, do Município de São Paulo. Acolhimento. Declarada a inconstitucionalidade do referido artigo.

VOTO

Julgando apelação interposta em sede de Mandado de Segurança, a Colenda 15ª Câmara de Direito Público suscitou o presente incidente de inconstitucionalidade.

Infere-se dos autos que a sociedade impetrante se voltou preventivamente contra as faixas instituídas pela Lei n. 17.719, de 26 de novembro de 2021, do Município de São Paulo para o cálculo do imposto sobre serviços de qualquer natureza – ISS prestados por sociedades uniprofissionais. Em síntese, argumentou que o regime progressivo baseado na receita bruta presumida dessas sociedades violou os princípios constitucionais que regem o poder de tributar, como o da legalidade, da capacidade contributiva e da isonomia, além de ter sido instituída por matéria reservada a lei complementar. Por tais razões, pugnou pela abstenção de tributação pelo Município de São Paulo, considerando tais modificações (fls. 1-16).

A segurança foi concedida (fls. 116-120). Interposta apelação (fls. 135-160), e contrarrazoada (fls. 166-176), a Colenda 15ª Câmara de Direito Público suscitou incidente de inconstitucionalidade relativo à Lei n. 17.719, de 26 de novembro de 2021, do Município de São Paulo, e, em especial, ao seu art. 13 (fls. 189-198), sob os argumentos assim ementados (fl. 190):

"REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO CÍVEL – MANDADO DE SEGURANÇA – ISS ALÍQUOTA PROGRESSIVA – MUNICÍPIO DE SÃO PAULO – SOCIEDADE UNIPROFISSIONAL – ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELA LEI MUNICIPAL 17.719/21 QUE ESTABELECE PRESUNÇÃO DE FATURAMENTO COM BASE NO NÚMERO DE PROFISSIONAIS DA SOCIEDADE UNIPROFISSIONAL – INOBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 9º, §§ 1º E 3º, DO DECRETO-LEI 406/68 – CONTROVÉRSIA QUE DEVE SER SUBMETIDA AO ÓRGÃO ESPECIAL DESTA COL. CORTE – INTELIGÊNCIA DO ART. 97 DA CF E SÚMULA VINCULANTE 10 DO STF – REMESSA DOS AUTOS PARA O COLENDO ÓRGÃO ESPECIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA PARA APRECIAÇÃO SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DA NORMA".

Acesso ao Sumário

Admitido como *amicus curiae*, o Centro de Estudos das Sociedades de Advogados – CESA aduz que o presente incidente não deve ser conhecido, "(...) *com fulcro no disposto no parágrafo único do art. 949 do CPC e na jurisprudência do STF firmada em sede de repercussão geral (ARE 914.045/Tema 856), diante da perfeita subsunção do caso em exame ao Tema 918 da repercussão geral do STF; e (ii) caso submetida a julgamento de mérito, deve ser julgada procedente, com a consequente declaração da inconstitucionalidade in totum do art. 13 da Lei Municipal 17.719/21*." (fls. 228-249).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo acolhimento do incidente, declarando-se a inconstitucionalidade do art. 13 da Lei n. 17.719, de 26 de novembro de 2021, do Município de São Paulo, conquanto entenda não ser o caso de aplicação do Tema 918 à espécie (fls. 209-225).

É o relatório.

Analisando-se a matéria, verifica-se que o artigo 15 da Lei n. 13.701, de 24 de dezembro de 2003, do Município de São Paulo, que "*altera a legislação do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISS*", prescrevia o seguinte:

> Art. 15 – Adotar-se-á regime especial de recolhimento do Imposto:
> I – (Revogado pela Lei n. 14.865, de 29 de dezembro de 2008).
> II – quando os serviços descritos nos subitens 4.01, 4.02, 4.06, 4.08, 4.11, 4.12, 4.13, 4.14, 4.16, 5.01, 7.01 (exceto paisagismo), 17.13, 17.15, 17.18 da lista do "caput" do artigo 1º, bem como aqueles próprios de economistas, forem prestados por sociedade constituída na forma do parágrafo 1º deste artigo, **estabelecendo-se como receita bruta mensal o valor de R$ 800,00 (oitocentos reais) multiplicado pelo número de profissionais habilitados.**
> § 1º – As sociedades de que trata o inciso II do "caput" deste artigo são aquelas cujos profissionais (sócios, empregados ou não) são habilitados ao exercício da mesma atividade e prestam serviços de forma pessoal, em nome da sociedade, assumindo responsabilidade pessoal, nos termos da legislação específica.
> § 2º – Excluem-se do disposto no inciso II do "caput" deste artigo as sociedades que:
> I – tenham como sócio pessoa jurídica;
> II – sejam sócias de outra sociedade;
> III – desenvolvam atividade diversa daquela a que estejam habilitados profissionalmente os sócios;
> IV – tenham sócio que delas participe tão-somente para aportar capital ou administrar;
> V – explorem mais de uma atividade de prestação de serviços.
> VI – terceirizem ou repassem a terceiros os serviços relacionados à atividade da sociedade; (Incluído pela Lei nº 15.406, de 8 de julho de 2011)
> VII – se caracterizem como empresárias ou cuja atividade constitua elemento de empresa; (Incluído pela Lei nº 15.406, de 8 de julho de 2011)
> VIII – sejam filiais, sucursais, agências, escritório de representação ou

Acesso ao Sumário

contato, ou qualquer outro estabelecimento descentralizado ou relacionado a sociedade sediada no exterior. (Incluído pela Lei nº 15.406, de 8 de julho de 2011)

§ 3º – Os prestadores de serviços de que tratam os incisos I e II do "caput" deste artigo ficam dispensados da emissão e escrituração de documentos fiscais.

§ 4º – Para os prestadores de serviços de que tratam os incisos I e II do "caput" deste artigo, o Imposto deverá ser calculado mediante a aplicação da alíquota determinada no artigo 16, sobre as importâncias estabelecidas nos incisos I e II do "caput" deste artigo.

§ 5º – As importâncias previstas nos incisos I e II do "caput" deste artigo serão atualizadas na forma do disposto no artigo 2º e seu parágrafo único da Lei nº 13.105, de 29 de dezembro de 2000.

§ 6º – Aplicam-se aos prestadores de serviços de que trata este artigo, no que couber, as demais normas da legislação municipal do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISS.

§ 7º. Para fins do disposto no inciso VII do § 2º deste artigo, são consideradas sociedades empresárias aquelas que tenham por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito à inscrição no Registro Público das Empresas Mercantis, nos termos dos arts. 966 e 982 do Código Civil. (Incluído pela Lei nº 15.406, de 8 de julho de 2011)

§ 8º. Equiparam-se às sociedades empresárias, para fins do disposto no inciso VII do § 2º deste artigo, aquelas que, embora constituídas como sociedade simples, assumam caráter empresarial, em função de sua estrutura ou da forma da prestação dos serviços. (Incluído pela Lei nº 15.406, de 8 de julho de 2011)

§ 9º. Os incisos VI e VII do § 2º e os §§ 7º e 8º deste artigo não se aplicam às sociedades uniprofissionais em relação às quais seja vedado pela legislação específica a forma ou características mercantis e a realização de quaisquer atos de comércio. (Incluído pela Lei nº 15.406, de 8 de julho de 2011)

§ 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. (Incluído pela Lei nº 16.240, de 22 de julho de 2015)

§ 11. O contribuinte poderá recorrer do desenquadramento de que trata o § 10 deste artigo, na forma, condições e prazos estabelecidos em regulamento. (Incluído pela Lei n° 16.240, de 22 de julho de 2015)

O artigo 13, da Lei n.º 17.719/21, ao dispor sobre a matéria, passou a estabelecer o seguinte:

Art. 13. O art. 15 da Lei nº 13.701, de 2003, passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 15. Adotar-se-á regime especial de recolhimento do Imposto quando

Acesso ao Sumário

os serviços descritos nos subitens 4.01, 4.02, 4.06, 4.08, 4.11, 4.12, 4.13, 4.14, 4.16, 5.01, 7.01 (exceto paisagismo), 17.13, 17.15, 17.18 da lista do caput do art. 1º, bem como aqueles próprios de economistas, forem prestados por sociedade constituída na forma do § 1º deste artigo, ***observadas as faixas de receita bruta mensal previstas no § 12 deste artigo.***

(...)

§ 12. As faixas de receita bruta mensal são:

I – R$ 1.995,26 (mil novecentos e noventa e cinco reais e vinte e seis centavos) multiplicados pelo número de profissionais habilitados, até 5 (cinco) profissionais habilitados;

II – R$ 5.000,00 (cinco mil reais) multiplicados pelo número de profissionais habilitados, para o número de profissionais que superar 5 (cinco), até 10 (dez) profissionais habilitados;

III – R$ 10.000,00 (dez mil reais) multiplicados pelo número de profissionais habilitados, para o número de profissionais que superar 10 (dez), até 20 (vinte) profissionais habilitados;

IV – R$ 20.000,00 (vinte mil reais) multiplicados pelo número de profissionais habilitados, para o número de profissionais que superar 20 (vinte), até 30 (trinta) profissionais habilitados;

V – R$ 30.000,00 (trinta mil reais) multiplicados pelo número de profissionais habilitados, para o número de profissionais que superar 30 (trinta), até 50 (cinquenta) profissionais habilitados;

VI – R$ 40.000,00 (quarenta mil reais) multiplicados pelo número de profissionais habilitados, para o número de profissionais que superar 50 (cinquenta), até 100 (cem) profissionais habilitados;

VII – R$ 60.000,00 (sessenta mil reais) multiplicados pelo número de profissionais habilitados, para o número de profissionais que superar 100 (cem).

§ 13. A apuração do imposto devido decorrerá do somatório progressivo dos produtos entre as faixas de receita bruta obtidas e a alíquota incidente sobre o serviço prestado.

De outro lado, a Constituição da República, ao dispor sobre o sistema tributário, enunciou o seguinte:

"Art. 146. Cabe à lei complementar:

(...)

III – estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes;

(…)

Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:

(...)

III – serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II,

Acesso ao Sumário

definidos em lei complementar."

Analisando-se o ora questionado texto legal, infere-se ter havido por parte do legislador paulistano a adoção de novo critério, pelo qual se optou por um escalonamento, que leva em consideração a quantidade de sócios, em prejuízo da então vigente incidência da alíquota sobre um valor fixo, multiplicado pelo número de profissionais.

Em que pesem as razões erigidas pela municipalidade, esta nova lei ressente-se de flagrante violação aos princípios da isonomia (art. 5º da CF) e da capacidade contributiva (art. 145, § 1º, da CF), sem olvidar, ademais, o comando contido no Decreto-Lei n.º 406/68, o qual, à luz de seu artigo 9º, §§ 1º e 3º, assevera que a base de cálculo do serviço será, quando a prestação de serviço se der de forma pessoal, calculada em relação a cada profissional habilitado. Veja-se:

"Art. 9º. A base de cálculo do imposto é o preço do serviço.

§ 1º. Quando de 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 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, que preste serviços em nome da sociedade, embora assumindo responsabilidade pessoal, nos termos da lei aplicável."

Cumpre salientar que a jurisprudência do STF se firmou no sentido da recepção do Decreto-Lei n.º 406/1968 pela ordem constitucional vigente, assim como pela prevalência do cálculo do imposto por meio de alíquotas fixas, com base na natureza do serviço, não compreendendo a importância paga a título de remuneração do próprio labor. A esse respeito, veja-se a ementa do *leading case* dessa construção pretoriana, o RE 220.323, de relatoria do Ministro Carlos Velloso, Tribunal Pleno, DJ 18.05.2001:

"CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. ISS. SOCIEDADE PRESTADORA DE SERVIÇOS PROFISSIONAIS: BASE DE CÁLCULO. D.L. 406, de 1968, art. 9º, §§ 1º e 3º. C.F., art. 150, § 6º, redação da EC nº 3, de 1993. I. – As normas inscritas nos §§ 1º e 3º, do art. 9º, do DL 406, de 1968, não implicam redução da base de cálculo do ISS. Elas simplesmente disciplinam base de cálculo de serviços distintos, no rumo do estabelecido no caput do art. 9º. Inocorrência de revogação pelo art. 150, § 6º, da C.F., com a redação da EC nº 3, de 1993. II. – Recepção, pela CF/88, sem alteração pela EC nº 3, de 1993 (CF, art. 150, § 6º), do art. 9º, §§ 1º e 3º, do DL. 406/68. III. – R.E. não conhecido."

Trazidas tais ponderações ao presente caso, exsurge que o cálculo, na

Acesso ao Sumário

forma proposta pela nova legislação – que faz incidir a alíquota com base no número de profissionais e no faturamento das sociedades – está em total descompasso com as normas regentes da matéria, porquanto incabível lei municipal instituidora de ISS dispor de modo divergente sobre base de cálculo do tributo, por ofensa direta ao artigo 146, inciso III, "a", da Constituição da República, bem como no recepcionado Decreto-Lei n.º 406/1968.

Neste viés, como bem registrado no acórdão da Câmara suscitante, "(...) *ao instituir a progressividade com base no faturamento da sociedade, o Município desconsidera o já mencionado art. 9º, § 1º, do Decreto-Lei 406/68, tendo em vista que afasta a pessoalidade típica dos serviços prestados por tais sociedades e adota parâmetro de faturamento que só seria cabível para sociedades empresariais.*" (fl. 197).

Ademais, adotado o *discrímen* visto – número de sócios – o texto legal se ressente de violação aos princípios da capacidade contributiva e da isonomia tributária, uma vez que estabelece diferenciação para a presunção de receita bruta das sociedades uniprofissionais, em sentido oposto ao mandamento constitucional e legal, o que faria sentido para o caso de sociedades empresariais.

Pede-se vênia, neste ponto, para transcrever o quanto consignado no parecer ministerial:

> *"Se é válida a fixação de base de cálculo em função da quantidade de profissionais habilitados que prestem serviços na sociedade – fórmula inscrita, inclusive, na norma geral do § 4º do art. 9º do Decreto-Lei n. 406/1968 –, inexiste finalidade legítima na fixação de receita bruta presumida que vá de R$ 1.995,26 (mil novecentos e noventa e cinco reais e vinte e seis centavos) a R$ 60.000,00 (sessenta mil reais) multiplicados pelo número de profissionais habilitados.*
>
> *Isso porque o fato gerador do imposto em debate é a prestação de serviços constantes da lista traçada pelo legislador local, cuja base de cálculo deve quantificar a riqueza decorrente da atividade do prestador, grandeza essa que não pode distinguir profissionais*
>
> *Nota-se, assim, que a lei paulistana instituiu parâmetro de desigualdade dissociado dos princípios da isonomia e da capacidade contributiva e que parte do pressuposto de que a mera quantidade de profissionais habilitados corresponderia a receita bruta superior. Como destacou o ilustre Desembargador Amaro Thomé no acórdão que suscitou o incidente, a norma ignora 'a pessoalidade típica dos serviços prestados por tais sociedades e adota parâmetro de faturamento que só seria cabível para sociedades empresariais' (fl. 197)."* (fls. 222-223).

De outro lado, não se olvida que o Eg. Supremo Tribunal Federal fixou recentemente a tese nº 918 de repercussão geral, que assim assentou: "*É inconstitucional lei municipal que estabelece impeditivos à submissão de sociedades profissionais de advogados ao regime de tributação fixa em bases anuais na forma estabelecida por lei nacional.*".

Acesso ao Sumário

Em que pese isso, o caso ora posto concretamente, como bem obtemperou a instância suscitante, comporta distinção, pois, pesem os argumentos da parte vistos na inicial do mandado de segurança, não há na espécie a criação de condições legais que dificultem o ingresso ou permanência das sociedades uniprofissionais ao regime especial de tributação fixa, mas sim o estabelecimento de faixas discrepantes de presunção de receita bruta para o cálculo do ISS, em violação aos artigos 144, 160, § 1º, 163, inciso II, da Constituição Estadual, e aos artigos 145, § 1º, 146, inciso III, alínea "a", e 150, inciso II, da Constituição Federal.

Assim, acolhe-se este incidente, para declarar a inconstitucionalidade do artigo 13, da Lei n.º 17.719, de 26 de novembro de 2021, do Município de São Paulo.

Conflitos de Competência

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0010717-37.2024.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante 26ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO, é suscitada 2ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 2ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U. IMPEDIDOS OS EXMOS. SRS. DES. VIANNA COTRIM E LUCIANA BRESCIANI.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 37138)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDO TORRES GARCIA (Presidente sem voto), NUEVO CAMPOS, CARLOS MONNERAT, RENATO RANGEL DESINANO, MELO BUENO, GOMES VARJÃO, ÁLVARO TORRES JÚNIOR, CORREIA LIMA, BERETTA DA SILVEIRA, FRANCISCO LOUREIRO, DAMIÃO COGAN, VICO MAÑAS, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, MATHEUS FONTES, RICARDO DIP, ROBERTO SOLIMENE, LUIS FERNANDO NISHI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE e TASSO DUARTE DE MELO.

São Paulo, 8 de maio de 2024.

SILVIA ROCHA, Relatora

Acesso ao Sumário

Ementa: Conflito de competência – Apelação – Ação de reparação de danos – Processo que discute a responsabilidade civil de servidora pública perante o Estado, por acidente de trânsito que causou danos a viatura policial conduzida por ela – Prévia sindicância administrativa – Ausência de discussão sobre a responsabilidade civil do Estado em face de terceiro – Controvérsia estabelecida entre Estado e servidora pública é matéria de direito público (artigo 3º, I.1, da Resolução nº 623/2013, do Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo) – Competência da Câmara suscitada – Precedentes do C. Órgão Especial – Conflito procedente.

VOTO

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pela 26ª Câmara da Seção de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo em face da 2ª Câmara da Seção de Direito Público, instalado em apelação interposta pelo Município de São Paulo contra sentença proferida em ação indenizatória ajuizada pelo apelante contra H.R.T. (Processo nº 0012203-59.2005.8.26.0053), que reconheceu a prescrição e extinguiu o processo, nos termos do artigo 487, IV, do Código de Processo Civil (fls. 312/314).

O apelo foi distribuído, por prevenção, à 2ª Câmara de Direito Público, relator o Em. Desembargador CARLOS VON ADAMEK, que não o conheceu, sob a premissa de que o processo trata de "reparação de dano causado em acidente de veículo, em que não se discute a ineficácia ou falha do serviço público", que é matéria da competência das Câmaras que compõem a 3ª Subseção da Seção de Direito Privado (fls. 340 e 428/433).

O apelo, então, foi redistribuído à 26ª Câmara de Direito Privado, relator o Em. Desembargador MORAIS PUCCI, que, por sua vez, suscitou o presente conflito, sustentando que, embora o dano relatado na inicial decorra de acidente de trânsito, o que se discute nos autos é possível transgressão disciplinar de servidora pública, que teria sido imprudente no exercício da sua função e causado danos a viatura policial, conduta já apurada na esfera administrativa, o que se insere na órbita de competência da Seção de Direito Público (fls. 444/450).

Dispensada manifestação da Procuradoria-Geral de Justiça, por o caso não se amoldar às hipóteses do artigo 178 do Código de Processo Civil.

Conforme o parágrafo único do mencionado dispositivo, "A participação da Fazenda Pública não configura, por si só, hipótese de intervenção do Ministério Público".

É o relatório.

Acesso ao Sumário

O artigo 103 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo dispõe que "A competência dos diversos órgãos do Tribunal firma-se pelos termos do pedido inicial, ainda que haja reconvenção ou ação contrária ou o réu tenha arguido fatos ou circunstâncias que possam modificá-la".

A petição inicial narra que a ré é policial militar e, no dia 12.12.1997, enquanto conduzia veículo da autora, na cidade de São Paulo, realizou conversão indevida e colidiu com outro veículo.

A colisão ocasionou danos ao veículo oficial, já apurados em procedimento administrativo, que a autora pretende ver ressarcidos, motivo pelo qual propôs a ação.

O Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo tem jurisprudência pacífica apontando que, em casos como o dos autos, a competência para conhecer do recurso recai sobre uma das Câmaras da Seção de Direito Público, já que não se discute o acidente de trânsito, em si, ou a responsabilidade do Estado por ele, diante de terceiro (para o que a 3ª Subseção de Direito Privado poderia ser competente), mas a conduta da servidora pública que, em princípio, o provocou perante o próprio Estado, objeto de prévio processo administrativo, situação que se encaixa na competência das Câmaras de números 1 a 13, da Seção de Direito Público, conforme o disposto no artigo 3º, I.1, da Resolução nº 623/2013, do Órgão Especial desta Corte: "Ações relativas a concursos públicos, servidores públicos em geral, questões previdenciais e ações fundadas na Lei Estadual nº 4.819/1958".

A súmula 165 do Tribunal de Justiça de São Paulo ("Compete à Seção de Direito Público o julgamento dos recursos referentes às ações de reparação de dano, em acidente de veículo, que envolva falta ou deficiência do serviço público"), não se aplica ao caso, porque, repita-se, o processo em tela nem sequer cuida da responsabilidade civil do Estado, muito menos por alegada falta ou deficiência de serviço público.

Fica reconhecida, então, a competência da 2ª Câmara de Direito Público, para o julgamento do recurso, com base no artigo 3º, I.1, da Resolução nº 623/2013, do Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Acesso ao Sumário

Nesse sentido, há vários precedentes deste Órgão Especial, em casos em tudo semelhantes a este, como, por exemplo, os seguintes:

> CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. Agravo de Instrumento. Cumprimento de sentença. PEDIDO E CAUSA DE PEDIR. Ação ajuizada pela Fazenda Pública do Estado de São Paulo em face de servidor público, policial civil, objetivando o ressarcimento ao Estado por danos materiais à viatura oficial, em razão de acidente de trânsito causado por sua imprudência e imperícia. Pedido julgado procedente. DEFINIÇÃO DA COMPETÊNCIA. Não se discutiu, in casu, a responsabilidade do Estado por acidente de trânsito praticado por servidor público contra terceiro, o que atrairia a competência da Seção de Direito Privado. Analisou-

se, na presente ação, a responsabilidade do servidor público, precedida de sindicância administrativa, perante o Estado. Aplicação do disposto no artigo 3º, I.1, da Resolução O.E. nº 623/2013. Competência atribuída à Seção de Direito Público. Precedentes deste C. Órgão Especial. CONFLITO CONHECIDO PARA DECLARAR A COMPETÊNCIA DA C. 13ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO, SUSCITADA. (CC nº 0030029-33.2023.8.26.0000, rel. Des. Carlos Monnerat, j. 01.11.2023) (g.n.);

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Ação de indenização. Ajuizamento pelo Estado contra servidora (Sd PM) por danos causados em viatura oficial. Artigo 5º, III.15, da Resolução n. 623/2013. Inaplicabilidade. Embora os prejuízos tenham sido causados em acidente de trânsito, o desfecho da ação não exige ou envolve discussão sobre eventual "responsabilidade civil do Estado" em contraposição com eventual conduta culposa do motorista do outro veículo. O que está em discussão, em verdade, é somente a conduta da servidora (Sd PM), ou seja, o Estado propôs a ação com base exclusivamente em fatos apurados em procedimento administrativo, indicando "transgressão disciplinar" (fl. 156), pois a servidora teria sido imprudente (no exercício de sua função), causando danos à viatura, ao efetuar conversão proibida fora das situações excepcionais previstas para veículos da polícia em atendimento de emergências (artigo 29, inciso VII, do Código de Trânsito Brasileiro). Controvérsia estabelecida entre Estado e servidora. Matéria de direito público. Precedentes. Conflito procedente. Competência da 2ª Câmara de Direito Público. (CC nº 0017270-37.2023.8.26.0000, rel. Des. Ferreira Rodrigues, j. 31.05.2023) (g.n.);

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. 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, ao teor do art. 103 do Regimento Interno desta Corte. Ação em que se discute a reparação de danos causados por servidor público em viatura oficial, quando no exercício de seu mister. Discussão que não abarca a colisão de veículos, mas, sim, a conduta do policial militar que causou danos ao erário, conduta essa que foi objeto inclusive de prévia apuração em processo administrativo. Competência da C. Câmara Suscitante, 4ª Câmara de Direito Público, ao teor do que dispõe a Res. 623/2013, art. 3º, I.11. Conflito procedente. (CC nº 0014356-97.2023.8.26.0000, rel. Des. Xavier de Aquino, j. 24.05.2023) (g.n.);

Conflito negativo de competência instaurado entre a C. 35º Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo e a C. 8º Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo – Ação de reparação de danos decorrentes de falta funcional cometida por policial militar que acarretou prejuízo ao erário ao colidir a viatura oficial que conduzia contra uma árvore – Causa de pedir que não trata de acidente de trânsito envolvendo dois veículos – Demanda que discute apenas a conduta do servidor perante a Administração Pública, objeto de prévia apuração em

Acesso ao Sumário

processo administrativo – Matéria que se enquadra no âmbito de competência da Seção de Direito Público – Inteligência do art. 3º, inciso I, item I.1 da Resolução nº 623/2013 deste Órgão Especial – Conflito procedente, reconhecida a competência da Câmara suscitada (8ª Câmara de Direito Público). (CC nº 0016127-47.2022.8.26.0000, rel. Des. Vianna Cotrim, j. 10.08.2022) (g.n.);

Conflito de Competência Cível. Responsabilidade civil do servidor público no exercício funcional. Danos em viatura oficial. Fazenda do Estado demandando contra policial que a conduzia em serviço. Competência da Seção de Direito Público. Precedente recentíssimo deste colendo Órgão Especial. (CC nº 0036591-29.2021.8.26.0000, rel. Des. Costabile e Solimene, j. 20.10.2021).

Diante do exposto, julgo procedente o conflito de competência, para fixar a competência da Câmara suscitada, a C. 2ª Câmara de Direito Público, relator o Em. Desembargador CARLOS VON ADAMEK, para o processamento e julgamento do recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0013558-05.2024.8.26.0000, da Comarca de Duartina, em que é suscitante 4ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO, é suscitada 15ª 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 15ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.548)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDO TORRES GARCIA (Presidente sem voto), DAMIÃO COGAN, VICO MAÑAS, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, MATHEUS FONTES, AROLDO VIOTTI, FIGUEIREDO GONÇALVES, ROBERTO SOLIMENE, LUIS FERNANDO NISHI, JARBAS GOMES, TASSO DUARTE DE MELO, SILVIA ROCHA, NUEVO CAMPOS, CARLOS MONNERAT, RENATO RANGEL DESINANO, MELO BUENO, GOMES VARJÃO, ÁLVARO TORRES JÚNIOR, CORREIA LIMA, PAULO ALCIDES, BERETTA DA SILVEIRA e FRANCISCO LOUREIRO.

São Paulo, 22 de maio de 2024.

XAVIER DE AQUINO, Relator

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Agravo

Acesso ao Sumário

de instrumento tirado de ação de Manutenção de Posse, apontando o Autor esbulho possessório praticado pelo Réu. Pretensão que não tem caráter ambiental, não envolvendo interesses diretamente ligados ao meio ambiente. Questão ambiental que não integra a causa de pedir, nem resulta em pedido deduzido na peça inicial. Ação possessória. Competência atribuída pela Resolução 623/2013 à Seção de Direito Privado II. Precedentes.
Conflito procedente, competente a C. Câmara suscitada, 15ª Câmara de Direito Privado.

VOTO

Trata-se de Conflito de Competência suscitado pela 4ª Câmara de Direito Público desta Corte, tirado de Agravo de Instrumento ofertado nos autos de AÇÃO DE MANUTENÇÃO DE POSSE/INTERDITO PROIBITÓRIO CUMULADA COM PEDIDO DE TUTELA DE URGÊNCIA ANTECIPADA, em face da r. decisão que deferiu a tutela de urgência para determinar a reintegração do réu na posse da área objeto de litígio, com a determinação de que a autora se abstenha de qualquer atividade de extração de minério de areia no local, no prazo de 10 (dez) dias, sob pena de multa diária de R$ 500,00, limitada a R$ 10.000,00.

Os autos foram distribuídos à C. 15ª Câmara de Direito Privado que não conheceu do recurso ao fundamento de que *"conforme se depreende da petição inicial e contestação (fls. 01/09 e fls. 169/181 dos autos originários), o réu agravado sustenta em reconvenção que a empresa autora continua a extrair areia, nas margens do Córrego Congonhas, dentro da Área de Preservação Permanente, na parte que confronta e está dentro da sua propriedade, sem autorização, devastando a vegetação local. Dessa forma, por tratar-se de ação de manutenção de posse de imóvel que se encontra parcialmente inserido em Área de Preservação Permanente, falece a esta Câmara competência para a sua apreciação e respectivo julgamento, já que a competência recursal se firma pelo critério ratione materiae. Nos termos do artigo 3º, item I.11, da Resolução nº 623/2013, do Órgão Especial deste Tribunal de Justiça, a competência acerca da matéria é da 1ª a 13ª Câmaras de Direito Público desta Corte, a quem compete apreciar e julgar as "Ações de apossamento administrativo, de desistência de desapropriação e de uso e ocupação e de reivindicação de bem público"*.

Redistribuídos à 4ª Câmara de Direito Público, foi suscitado o presente Conflito ao argumento de que nos termos do art. 5º, II, II.7, da Resolução nº 623/2013 do Órgão Especial, compete à Segunda Subseção da Seção de Direito Privado o julgamento da matéria, eis que no presente caso cinge-se a contro-

Acesso ao Sumário

vérsia acerca da existência de esbulho praticado por pessoa física em imóvel de propriedade de pessoa jurídica de direito privado, bem como delimitação territorial da área sob litígio.

Tendo em vista 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 C. Câmara suscitada.

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).

No caso presente, consultando os autos principais donde originado o inconformismo recursal, processo nº 1000661-37.2023.8.26.0169, verifica-se cuidar de Ação de Manutenção de Posse/interdito proibitório cumulada com Pedido de Tutela de Urgência Antecipada, ajuizado por empresa que tem como sua atividade empresarial a extração e o beneficiamento de areia, minério este que, consoante a inicial, foi objeto de processo administrativo, que requereu e deferiu o registro minerário à autora, sob nº 48402.821290/2014-35 (em anexo), junto ao antigo Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM). Hoje, as atribuições antes exercidas pelo DNPM são feitas pela Agência Nacional de Mineração (ANM). Aponta a empresa-autora da ação turbação e esbulho praticados pelo Requerido que, na qualidade de possuidor do sítio das Congonhas, colocou estacas ao longo da margem do Córrego das Congonhas, visando ampliar seu território e, assim, inviabilizar a atividade de extração da Empresa; afirma que consoante laudo técnico emitido e acostado aos autos constata-se não se cuidar área de proteção permanente (APP), amparando seu pedido no artigo 926 do Código de Processo Civil, formulando-o no sentido de que: *"...b) Em sede de caráter de tutela de urgência antecipada, determine ao réu que retire as estacas colocadas à margem do córrego, que certamente servirão para a construção de cerca, a qual construída ampliará o limite territorial da propriedade esbulhadora, ilegalmente, bem como fechará estrada, e acarretará inviabilização de*

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.

atividade de extração pela autora; c) Requer-se a aplicação de pena de multa diária em desfavor do réu, por descumprimento de decisão liminar, ou qualquer decisão judicial favorável à autora, no importe de R$ 1.000,00 (um mil reais) por dia de descumprimento, após sua intimação; d) Requer-se também, que o processo administrativo o qual concede a poligonal de extração à autora, seja declarado válido e regular em todos os seus efeitos, para que o réu não mais admoesta e conteste a atividade empresarial realizada pela Empresa; e) Requer-se, liminarmente, a manutenção da posse de terra ocupada pela Empresa à margem do Córrego das Congonhas, para assegurar seu direito possessório e de exploração de atividade econômica; f) Requer-se que cesse todo e qualquer ato de esbulho, turbação e de ameaça de turbação, por parte do réu, sob pena de multa diária, sendo deferido mandado proibitório contra o réu, na área litigada;...”

Observa-se, portanto, que ainda que haja referência nos autos a Área de Proteção Permanente (APP) – o que foi afastado pelo laudo técnico de fls. 160/175 –, este não é o objeto do pedido, cuja demanda, entre particulares, busca afastar esbulho possessório de imóvel, questão que, consoante a Resolução 623/2013, é de competência da Segunda Seção de Direito Privado, consoante se pode verificar, ***in verbis***:

> *“Art. 5º. A Seção de Direito Privado, formada por 19 (dezenove) Grupos, numerados ordinalmente, cada um deles integrado por 2 (duas) Câmaras, em ordem sucessiva, é constituída por 38 (trinta e oito) Câmaras, também numeradas ordinalmente, e subdividida em 3 (três) Subseções, assim distribuídas:*
> *(...)*
> *II – Segunda Subseção, composta pelas 11ª a 24ª Câmaras, e pelas 37ª e 38ª, com competência preferencial para o julgamento das seguintes matérias:*
> *(...)*
> *II.7 – Ações possessórias de imóveis, excluídas as derivadas de arrendamento rural, parceria agrícola, arrendamento mercantil e ocupação ou uso de bem público;...”*

Neste sentido, confira-se julgados deste C. Órgão Especial:

“Conflito de competência. Ação de reintegração de posse cumulada com pedido de antecipação de tutela e demolição de construção. ***A celeuma reflete controvérsia relativa a pleito de reintegração de posse de imóvel encravado em área de preservação permanente, sendo que a questão ambiental ventilada surge apenas como tema secundário e indireto****. Observância da regra da Resolução 623/2013 artigo 5º, inciso II, item I1.7, culminando com a competência da 17ª Câmara de Direito Privado para o julgamento dos recursos afetos à ação sub judice. Conflito procedente.”* (Conflito de competência 0012132-65.2018.8.26.0000; Relator SERGIO RUI; Data do Julgamento: 23/05/2018; Data de Regis-

Acesso ao Sumário

tro: 25/05/2018);

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA – Agravo de instrumento tirado de ação de reintegração de posse – ***Pretensão que não tem caráter ambiental, posto não envolver interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos diretamente ligados ao meio ambiente – O objetivo da ação é apenas a reintegração na posse de área que a autora diz lhe pertencer e que estaria encravada em área de preservação permanente – Questão ambiental apenas assinalada, mas que não integra a causa de pedir, nem resulta em pedido deduzido na peça inicial*** *– Ação possessória, simplesmente – Competência atribuída pela Resolução 623/2013 à Seção de Direito Privado II – Conflito julgado procedente e competente a Câmara suscitada (37ª Câmara de Direito Privado)"* (Conflito de competência 0077290-72.2015.8.26.0000; Relator: JOÃO CARLOS SALETTI; Data do julgamento: 16/12/2015; Data de registro: 19/12/2015).

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA Município de Suzano. Ação de reintegração de posse de imóvel privado, instaurada entre particulares. ***Esbulho possessório alegadamente configurado após encerramento de comodato. Competência recursal ratione materiae – Estabelece-se pelo pedido contido na inicial. Em ação de reintegração de posse de imóvel privado instaurada entre particulares cabe apreciação pela Seção de Direito Privado (art. 5º, II.7 da Resolução nº 623/2013). Questão ambiental – Secundária, incidental, mediata e interessa apenas indiretamente ao deslinde da controvérsia. O fato de o imóvel se encontrar próximo à área de preservação permanente (APP), bem como o possível descumprimento de normas ambientais, não interferem diretamente na solução do caso. Ausentes quaisquer elementos a justificar a competência de Seção de Direito Público ou das Câmaras Reservadas ao Meio Ambiente.*** *Precedentes deste Eg. Órgão Especial. Competência da Colenda 22ª Câmara de Direito Privado. Conflito procedente, competente a Câmara Suscitada"* (Conflito de competência 0041150-68.2017.8.26.0000; Relator: EVARISTO DOS SANTOS; Data do Julgamento: 04/10/2017; Data de Registro: 05/10/2017).

Portanto, de rigor o reconhecimento da competência da Câmara suscitada.

Diante do exposto, **JULGO PROCEDENTE** o presente conflito, declarando a competência da C. 15ª Câmara de Direito Privado, suscitada, para processar e julgar o recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0008690-81.2024.8.26.0000, da Comarca de Mogi das Cruzes, em que é

suscitante 13ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO, é suscitada 28ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "POR VOTAÇÃO UNÂNIME, JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E, POR MAIORIA DE VOTOS, COMPETENTE A 13ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. ACÓRDÃO COM O EXMO. SR. DES. RENATO RANGEL DESINANO. VENCIDOS OS EXMOS. SRS. DES. JARBAS GOMES (COM DECLARAÇÃO), BERETTA DA SILVEIRA, XAVIER DE AQUINO, VIANNA COTRIM, AROLDO VIOTTI, ROBERTO SOLIMENE, NUEVO CAMPOS E CARLOS MONNERAT. IMPEDIDOS OS EXMOS. SRS. DES. DAMIÃO COGAN E LUIS FERNANDO NISHI.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38.602)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDO TORRES GARCIA (Presidente sem voto), RENATO RANGEL DESINANO, vencedor, JARBAS GOMES, vencido, TASSO DUARTE DE MELO, SILVIA ROCHA, NUEVO CAMPOS, CARLOS MONNERAT, MELO BUENO, GOMES VARJÃO, ÁLVARO TORRES JÚNIOR, CORREIA LIMA, PAULO ALCIDES, BERETTA DA SILVEIRA, FRANCISCO LOUREIRO, XAVIER DE AQUINO, VICO MAÑAS, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, MATHEUS FONTES, AROLDO VIOTTI, FIGUEIREDO GONÇALVES e ROBERTO SOLIMENE.

São Paulo, 28 de maio de 2024.

RENATO RANGEL DESINANO, Relator Designado

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA – Cancelamento de diploma universitário – Pedido de suspensão do ato de cancelamento do registro de seu diploma de graduação em ensino superior e a condenação das rés a tornar válido o registro – Recurso de apelação inicialmente distribuído à 28ª Câmara de Direito Privado, que declinou da competência – Conflito negativo de competência suscitado pela 13ª Câmara de Direito Público – A pretensão veiculada pela autora é de verdadeira desconstituição do ato administrativo que cancelou o ato anterior, de registro de seu diploma de graduação – Ausência de discussão sobre obrigações irradiadas do contrato de prestação de serviços educacionais celebrado entre as partes – Cancelamento do registro do diploma que ocorreu muito após o encerramento do vínculo contratual entre as partes – A

Acesso ao Sumário

discussão estabelecida nos autos está relacionada "a controle e cumprimento de atos administrativos" e "a ensino em geral" (artigo 3º, itens I.2 e I.6, da Resolução nº 623/2013 deste E. Tribunal de Justiça) – Competência da Seção de Direito Público desta E. Corte – CONFLITO PROCEDENTE, para declarar a competência da 13ª Câmara de Direito Público, ora suscitante.

VOTO

Trata-se de conflito de competência suscitado pela C. 13ª Câmara de Direito Público nos autos da Apelação Cível nº 0005366-09.2020.8.26.0361, interposta contra sentença proferida em *"ação declaratória com pedido de tutela antecipada"*, em que figura como suscitada a C. 28ª Câmara de Direito Privado.

O recurso foi, inicialmente, distribuído à C. 28ª Câmara de Direito Privado, que, em acórdão de relatoria da Eminente Desembargadora Berenice Marcondes Cesar, não conheceu do recurso e declinou da competência, sob o fundamento de que a ação versa sobre *"controle e cumprimento de atos administrativos de expedição e validação de diploma universitário"* (fl. 505), matéria que estaria inserida na competência da Seção de Direito Público deste E. Tribunal de Justiça, conforme previsão do artigo 3º, inciso I, itens I.2 e I.6, da Resolução n° 623/2013 desta E. Corte (fls. 503/506).

O processo foi redistribuído à C. 13ª Câmara de Direito Público, que suscitou conflito de competência, sob o fundamento de que a matéria debatida nos autos é de competência preferencial e comum da Segunda e Terceira Subseções de Direito Privado deste E. Tribunal de Justiça, uma vez que envolve *"obrigações irradiadas de contratos de prestação de serviços escolares"*, conforme previsão do artigo 5º, § 1º, da Resolução nº 623/2013 desta E. Corte.

A D. Procuradoria Geral de Justiça ofereceu parecer, opinando pelo reconhecimento da competência da C. 28ª Câmara de Direito Privado (fls. 532/537).

É o relatório.

PASSO A VOTAR.

Trata-se de conflito negativo de competência originado de apelação interposta contra sentença proferida em *"ação declaratória com pedido de tutela antecipada"*, ajuizada MICHELE DOS SANTOS BENTO contra ASSOCIAÇÃO DE ENSINO SUPERIOR NOVA IGUAÇU e CENTRO DE ENSINO ALDEIA DE CARAPICUÍBA LTDA – EPP, entidade mantenedora de FACULDADE DA ALDEIA DE CARAPICUÍBA – FALC, objetivando a condenação das rés a revalidar o diploma de ensino superior da autora.

O artigo 103 do Regimento Interno deste E. Tribunal de Justiça estabelece que: *"A competência dos diversos órgãos do Tribunal firma-se pelos termos do*

Acesso ao Sumário

pedido inicial, ainda que haja reconvenção ou ação contrária ou o réu tenha arguido fatos ou circunstâncias que possam modificá-la".

A autora narrou, na petição inicial, que em 13/06/2014, concluiu o curso de Licenciatura em Pedagogia na FACULDADE DA ALDEIA DE CARAPICUÍBA (FALC). Afirmou que, no verso do diploma expedido pela ré UNIVERSIDADE DE NOVA IGUAÇU (UNIG), constam informações do registro do documento. Aduziu que, no entanto, no ano de 2019 foi surpreendida com a informação de que o registro de seu diploma havia sido cancelado pela ré UNIG. Mencionou que, segundo a universidade requerida, o cancelamento teve como justificativa o Protocolo de Compromisso firmado pela instituição de ensino, em 10/07/2017, com o Ministério da Educação, com a interveniência do Ministério Público Federal.

Ainda na petição inicial, a requerente consignou que o Protocolo de Compromisso em questão foi celebrado em razão de Portaria que, com fundamento na Nota Técnica nº 93/2017/CGSO/TÉCNICOS/DISUP/SERES do Ministério da Educação, suspendeu cautelarmente a autonomia administrativa da instituição de ensino superior, impedindo-a de registrar diplomas. Salientou que, no entanto, seu diploma foi registrado em 2015, momento em que não havia restrição legal ou administrativa quanto à autonomia da instituição de ensino para efetivar o registro do diploma. Defendeu que o cancelamento do registro do diploma, sem comunicação prévia, *"viola a garantia fundamental do direito adquirido e do ato jurídico perfeito"* (fl. 08 dos autos do processo nº 0005366-09.2020.8.26.0361). Destacou, também, que a Secretaria de Regulação e Supervisão da Educação Superior do Ministério da Educação publicou, em 27/12/2018, a Portaria nº 910/2018, por meio do qual reconheceu que a universidade ré cumpriu o já mencionado Protocolo de Compromisso e determinou que a instituição de ensino regularizasse eventuais inconsistências nos 65.173 diplomas que tiveram seus registros cancelados.

Nesse contexto, requereu a suspensão do ato de cancelamento do registro de seu diploma e a condenação das rés a tornar válido o registro do documento.

Portanto, a pretensão veiculada pela autora é de verdadeira desconstituição do ato administrativo que cancelou o ato anterior, de registro de seu diploma de graduação.

Desse modo, respeitado o entendimento diverso, a matéria debatida nos autos não diz respeito ao adimplemento de obrigações decorrentes da relação contratual privada estabelecida entre a autora e as rés.

Realmente, discute-se, por meio da presente demanda a regularidade de ato administrativo que, segundo alegou a autora na petição inicial, produziu efeitos retroativos sobre ato administrativo anterior, culminando com o cancelamento de seu diploma de graduação.

Assim, ainda que se trate de demanda que remonta à relação contratual

Acesso ao Sumário

estabelecida entre a autora e as rés, a matéria em debate não está relacionada propriamente a *"obrigações irradiadas de contratos de prestação de serviços escolares"*, matéria de competência preferencial e comum à Segunda e Terceira Subseções de Direito Privado (artigo 5º, § 1º, da Resolução nº 623/2013 deste E. Tribunal de Justiça).

Nesse passo, é oportuno ressaltar que, no momento em que cancelado o registro do diploma da autora, em tese, há muito já havia se encerrado o contrato de prestação de serviços educacionais celebrado entre as partes, haja vista que o diploma foi expedido em 13/06/2014 e registrado em 08/07/2015 (fls. 20/21 e 25 dos autos do processo nº 0005366-09.2020.8.26.0361), ao passo que o ato de cancelamento está fundado em Protocolo de Compromisso celebrado pela universidade ré no mês de julho de 2017.

Portanto, a discussão estabelecida nos autos está relacionada *"a controle e cumprimento de atos administrativos"* e *"a ensino em geral"* (artigo 3º, itens I.2 e I.6, da Resolução nº 623/2013 deste E. Tribunal de Justiça), matérias inseridas na esfera de competência da Seção de Direito Público desta E. Corte.

Nesse sentido, confira-se precedente deste Colendo Órgão Especial:

*"Conflito negativo de competência. Assis. Ação de obrigação de fazer com pedido de antecipação de tutela de urgência. Pretensão de efetuar rematrícula para o curso de Fisioterapia independentemente da apresentação do certificado de conclusão do ensino médio, cuja validade se discute em mandado de segurança correlato. **Tema relativo ao 'ensino em geral', que não envolve as obrigações decorrentes do contrato de prestação de serviços escolares celebrado entre as partes. Objeto preponderante da ação que se insere na competência da Seção de Direito Público desta Corte. Inteligência do art. 3º, I, item I.6, da Resolução n. 623/2013, deste Tribunal de Justiça**. Conflito procedente. Competência da 5ª Câmara de Direito Público.*

(...)

*No caso destes autos, trata-se de **ação de obrigação de fazer ajuizada por aluno do primeiro ano do curso de Fisioterapia mantido pela requerida, com vistas a compeli-la a efetivar a sua rematrícula para o segundo semestre do ano de 2017, pelo tempo necessário, até decisão definitiva do mandado de segurança em que se discute a validação do diploma de ensino médio** (...).*

***A análise do pedido permite concluir que a controvérsia se cinge a questões de ordem administrativa e acadêmica, isto é, de ensino em geral, sem envolver qualquer discussão acerca de adimplemento contratual decorrente de prestação de serviços escolares regida pelo Direito Privado (artigo 5º, § 1º, da Resolução nº 623/2013)**.*

Por essa razão, é imperioso concluir que cabe à C. 5ª Câmara de Direito Público o exame do recurso em voga, uma vez que o artigo 3º, I.6, da Resolução n. 623/2013 deste Órgão Especial atribui às Câmaras numeradas entre 1ª a 13ª da Seção de Direito Público o julgamento das

Acesso ao Sumário

'ações relativas a ensino em geral, ressalvado o disposto no § 1º do art. 5º desta Resolução'." (TJSP; Conflito de competência cível 0035394-44.2018.8.26.0000; Relator: Antonio Celso Aguilar Cortez; Órgão Julgador: Órgão Especial; Foro de Assis – 3ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 19/09/2018; Data de Registro: 20/09/2018, grifo nosso)

Sendo assim, e mais uma vez respeitado o entendimento em sentido contrário, o presente caso se enquadra na previsão contida no artigo 3º, itens I.2 e I.6, da Resolução nº 623/2013 deste E. Tribunal de Justiça (*"Ações relativas a controle e cumprimento de atos administrativos"* e *"Ações relativas a ensino em geral"*).

Ante o exposto, pelo meu voto, julgo procedente o conflito para reconhecer a competência da 13ª Câmara de Direito Público deste E. Tribunal de Justiça para processar e julgar a apelação.

DECLARAÇÃO DE VOTO

(Voto nº 29.821/2024)

Respeitado o entendimento da douta maioria, representado pelo voto do Il. Des. Renato Rangel Desinano, entendo que outra solução deveria ser conferida ao caso concreto.

A ação que desencadeou o presente incidente encerra pretensão de reconhecimento da validade do diploma de graduação em licenciatura plena do curso superior de Pedagogia, expedido pela Universidade Iguaçu – UNIG (mantida pela corré Associação de Ensino Superior de Nova Iguaçu).

Julgada improcedente a demanda, sobreveio o apelo que não foi conhecido pela C. 28ª Câmara de Direito Privado ao argumento de que a disputa envolveria *"controle e cumprimento de atos administrativos de expedição e validação de diploma universitário."* (fl. 505).

A C. 13ª Câmara de Direito Público, suscitante, por sua vez, invocou a tese de que *"como a obrigação, na espécie, também decorre de contrato de prestação de serviços educacionais, assumidas entre pessoa física e pessoas jurídicas de direito privado, sem envolver típica matéria de direito público, de sorte a afastar, consequentemente, a competência desta A. Seção de Direito Público"* (fl. 522).

Pois bem.

O artigo 103 do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça estabelece que *"a competência dos diversos órgãos do Tribunal firma-se pelos termos do pedido inicial, ainda que haja reconvenção ou ação contrária ou o réu tenha arguido fatos ou circunstâncias que possam modificá-la"* (grifamos).

E o exame da causa de pedir e do pedido postos na inicial revela que a questão trazida ao Judiciário não encerra aspectos relacionados à Administração Pública; antes, diz respeito a relação contratual firmada entre pessoa física e

Acesso ao Sumário

pessoa jurídica de direito privado e sob a égide das normas de direito privado.

Como bem destacou a decisão proferida no âmbito da Justiça Federal, destacada pela C. Câmara suscitante, *"ademais, não está em debate na causa a ausência ou a existência de qualquer obstáculo ao credenciamento de instituição de ensino particular pela União. A discussão posta na lide diz respeito a eventuais irregularidades no registro dos diplomas a cargo das próprias instituições de ensino, não sendo o caso de aplicar a tese firmada no RESP repetitivo 1344771/PR. (...) Logo, entendo que a questão versa estritamente interesses privados, a discussão em questão deriva de contrato de prestação de serviços educacionais firmado pela autora com instituição privada de ensino superior. Não se vislumbra interesse jurídico capaz de atrair o interesse da União Federal, de modo a justificar sua inclusão no polo passivo, e a consequente competência deste Juízo"* (fl. 520).

A partir dessas premissas, é possível inferir que a discussão instalada atrai a competência das Câmaras de Direito Privado desta Corte – da C. 28ª Câmara, no caso – consoante dispõe o artigo 5º, § 1º, da Resolução nº 623/2013, editada por este C. Órgão Especial, *in verbis*:

> *"Artigo 5º. A Seção de Direito Privado, formada por 19 (dezenove) Grupos, numerados ordinalmente, cada um deles integrado por 2 (duas) Câmaras, em ordem sucessiva, é constituída por 38 (trinta e oito) Câmaras, também numeradas ordinalmente, e subdividida em 3 (três) Subseções, assim distribuídas:*
>
> *[...]*
>
> *1º. Serão da competência preferencial e comum às Subseções Segunda e Terceira, compostas pelas 11ª a 38ª Câmaras, as ações relativas a locação ou prestação de serviços, regidas pelo Direito Privado, inclusive as que envolvam obrigações irradiadas de* ***contratos de prestação de serviços escolares*** *e de fornecimento de água, gás, energia elétrica e telefonia"* (destacamos)

A solução ora preconizada tem lastro na *ratio* exposta nos julgados deste Colegiado em situações idênticas envolvendo a mesma instituição de ensino:

> ***"Conflito de competência. Agravo de Instrumento interposto em face de decisão que indeferiu tutela antecipada requerida em ação de obrigação de fazer, em que a autora pleiteia a regularização do registro do seu diploma universitário em face de instituições particulares de ensino. Questão relativa a descumprimento contratual decorrente de prestação de serviços. Matéria afeta à competência da Seção de Direito Privado. Inteligência da Resolução nº 623/13 deste E. Tribunal de Justiça, art. 5º, § 1º. Conflito procedente, reconhecida a competência da Câmara suscitada (11ª Câmara de Direito Privado)".***
>
> (Conflito de Competência nº 0007323-61.2020.8.26.0000, rel. Des. Cristina Zucchi, j. em 6.5.2020);

Acesso ao Sumário

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA – Ação de Obrigação de Fazer c.c Reparação por Danos Materiais e Morais – cancelamento do registro do diploma universitário – obrigação irradiada de contrato de prestação de serviços educacionais – Previsão expressa artigo 5º, § 1º, da Resolução n. 623/2013, desta Corte – Dúvida acolhida, reconhecida a competência da Câmara Suscitada 36ª Câmara de Direito Privado".

(Conflito de Competência nº 0033634-26.2019.8.26.0000, rel. Des. Antonio Carlos Malheiros, j. em 25.9.2019);

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Ensino Superior. Regularização de registro de diploma de graduação em Pedagogia por instituição universitária. Obrigação irradiada de contrato de prestação de serviços escolares. Aplicabilidade à espécie do Artigo 5º, § 1º, da Resolução nº 623/2013, ditada pelo C. Órgão Especial deste Augusto Tribunal bandeirante. Conflito conhecido, firmada a competência da DD. 29ª Câmara de Direito Privado, suscitante".

(Conflito de Competência nº 0023552-33.2019.8.26.0000, rel. Des. Geraldo Wohlers, j. em 28.8.2019);

A mesma solução foi adotada em casos semelhantes:

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Ação de Obrigação de Fazer c/c Indenização por Danos Materiais e Morais, consistente no registro, pela instituição de ensino requerida, de Certificado de Conclusão de Curso nos órgãos competentes. Causa de pedir que se insere na competência de uma das Câmaras de Direito Privado de 11ª a 38ª (Resolução nº 623/2013, artigo 5º, § 1º). Jurisprudência pacífica deste C. Órgão Especial. Conflito julgado procedente, competente a Câmara suscitada (18ª Câmara de Direito Privado)".

(Conflito de Competência nº 0017178-93.2022.8.26.0000, rel. Des. Xavier de Aquino, j. em 29.6.2022);

"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. OBRIGAÇÕES DECORRENTES DE CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EDUCACIONAIS. CONTRATO CELEBRADO ENTRE PARTICULARES. Discussão quanto ao cumprimento de obrigações que decorrem do contrato de prestação de serviços celebrado entre as partes. A Resolução nº 623/2013 conferiu às Subseções Segunda e Terceira, compostas pelas 11ª a 38ª Câmaras, a competência para julgamento das ações relativas à locação ou à prestação de serviços, regidas pelo Direito Privado, inclusive as que envolvam obrigações irradiadas de contratos de prestação de serviços escolares. Conflito procedente, competente a 24ª Câmara de Direito Privado para conhecer e julgar o recurso".

(Conflito de Competência nº 0030594-65.2021.8.26.0000, rel. Des. Moacir Peres, j. em 6.10.2021).

Isto posto, pelo meu voto, julgaria procedente o conflito para declarar a competência da C. 28ª Câmara da Seção de Direito Privado, suscitada, para a

Acesso ao Sumário

apreciação do recurso.
JARBAS GOMES, Desembargador, Relator Sorteado vencido

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0013887-17.2024.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante 15ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é suscitada TURMA RECURSAL CRIMINAL DO COLÉGIO RECURSAL DOS JUIZADOS ESPECIAIS.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE O COLÉGIO RECURSAL DOS JUIZADOS ESPECIAIS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 47.291)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDO TORRES GARCIA (Presidente sem voto), ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, FÁBIO GOUVÊA, 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, MELO BUENO, GOMES VARJÃO, DÉCIO NOTARANGELI, LUIZ ANTONIO CARDOSO, PAULO ALCIDES, BERETTA DA SILVEIRA, FRANCISCO LOUREIRO, XAVIER DE AQUINO e DAMIÃO COGAN.

São Paulo, 12 de junho de 2024.
VICO MAÑAS, Relator

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – conflito entre Câmara do Tribunal e Colégio Recursal – competência residual do OE para apreciar a questão, consoante o art. 13, II, "e", do RITJSP, e as jurisprudências do STF, do STJ e deste OE – habeas corpus contra decisão de Juiz do JECrim que recebeu queixa-crime – impetração em que se alega incompetência do Juizado Especial, uma vez que a pena máxima cominada para o delito imputado supera o limite do art. 61 da Lei 9.099/95 – Juiz de Colégio Recursal que declarou a própria incompetência para apreciar o "writ" – Desembargador da 15ª Câmara Criminal que invocou os arts. 14 da LC 851/98 e 1º

Acesso ao Sumário

do Provimento CSM nº 1335/07 e declinou da competência desta Corte – competência do Colégio Recursal (a qual compreende a homologação do pedido de desistência do "writ", formulado pelo impetrante), segundo os dispositivos mencionados pelo suscitante e o art. 84, § 1°, da Constituição Estadual e o art. 1º da Resolução nº 896/23 deste OE – Precedentes do STJ e do TJSP – impossibilidade de se julgar prejudicado o conflito, dada a declinação de competência pelo JECRim para apreciar o HC – necessidade de definição do juízo responsável para ratificação da desistência – conflito julgado procedente para declarar a competência do Colégio Recursal dos Juizados Especiais, suscitado, para homologar a desistência do Habeas Corpus nº nº 0104546-49.2024.8.26.9061 (renumerado na 15ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça para 0012363-82.2024.8.26.0000).

VOTO

Trata-se de Conflito de Competência suscitado, em decisão monocrática, pelo Desembargador Christiano Jorge, da 15ª Câmara Criminal deste Tribunal de Justiça, em face do Colégio Recursal dos Juizados Especiais, em sede de "habeas corpus" impetrado por I.S.F., presidente da (...), contra decisão do Juizado Especial Criminal da Comarca de São Paulo que recebeu a Queixa-Crime nº (...), em que a ele imputada, pela empresa "(...)", a prática de difamação, por seis vezes, nos termos do art. 139, c.c. art. 141, III, na forma do art. 71, todos do Código Penal.

No writ, I. sustentou incompetência do JECrim, sob o argumento de que a pena máxima cominada para o delito, em sua forma majorada e em continuidade, supera o limite do art. 61 da Lei 9.099/95, deslocando a competência, assim, para a Justiça Comum.

Em decisão monocrática, Juiz do Colégio Recursal acolheu a tese da defesa. Todavia, ao revés de declarar a incompetência do Juizado Especial Criminal, como era de se esperar, declinou, de ofício, da própria competência para julgamento do "writ", determinando a remessa dos autos à Seção Criminal desta Corte, entendendo que "prejudicada a análise do mérito" do "habeas corpus", não obstante tenha apreciado integralmente o objeto da impetração (fls. 920/922).

Uma vez neste Tribunal, o Desembargador Christiano Jorge, relator da 15ª Câmara Criminal para o qual distribuído o HC nº 0104546-49.2024.8.26.9061, também em decisão monocrática, suscitou conflito negativo de competência, dado que, nos termos do art. 14 da Lei Complementar Estadual nº 851/98, do art.

Acesso ao Sumário

1º do Provimento nº 1335/07 do Conselho Superior da Magistratura, e segundo compreensão do STJ e desta Corte, a competência para julgamento de "habeas corpus" contra atos de Juizados Especiais Criminais é do Colégio Recursal (fls. 942/947).

Configurado o conflito de competência e encaminhados os autos a este Órgão Especial, peticionaram os advogados, postulando, com fulcro no art. 201 do RITJSP, a suspensão do processo de origem, Queixa-Crime nº (...), a fim de se possibilitar o julgamento do presente conflito de competência antes da realização de audiência designada para o dia 06.06.2024. Pleitearam o mesmo em relação à Queixa-Crime nº (...), proposta pela "(...)", em que I. igualmente figura como querelado, mais uma vez, por difamação (fls. 968/970).

A empresa "(...)", por seu turno, postulou o indeferimento do requerimento da defesa de I. (fls. 986/988).

Este relator, às fls. 989/991, determinou o sobrestamento do trâmite da Queixa-Crime nº (...), mas indeferiu a suspensão da Queixa-Crime nº (...).

Cumpridas as comunicações e diligências ordenadas, tornaram os autos conclusos para resolução do conflito de competência.

Nesse ínterim, nos autos da Queixa-Crime nº (...), a empresa "(...)" e a (...), representada por I., em petição assinada pelos procuradores de ambos, informaram que assinaram "memorando de intenções" em que se comprometem, entre outros itens, a manter a boa relação entre as instituições. Como corolário, a querelante renunciou ao seu direito de queixa.

Diante disso, os defensores de I. informaram que desistiram do HC nº 0104546-49.2024.8.26.9061 (renumerado na 15ª Câmara Criminal para 0012363-82.2024.8.26.0000) e pediram que se compreenda prejudicado o conflito de competência (fls. 998/1002).

Nesta data, ainda não havia manifestação do Juízo do JECrim e da 15ª Câmara Criminal a respeito da renúncia do direito de queixa e da desistência do "writ".

É o relatório.

1. De partida, consigne-se que, embora não instalado o conflito nos exatos termos do art. 13, I, "e", do RITJSP, isto é, entre Câmaras de Seções distintas desta Corte, mas entre Câmara e Colégio Recursal, a competência para solução da questão permanece sendo deste Órgão Especial, ainda que residualmente, consoante o art. 13, II, "e", do RITJSP.

Essa a compreensão que se tem adotado após o julgamento do RE nº 590.409/RJ pelo STF, como bem explicado no seguinte aresto deste OE:

"Primeiramente, vale salientar que o conflito em tela se instalou entre Turma do Colégio Recursal da Capital e a 9ª Câmara de Direito Público. A competência para o julgamento desses conflitos sempre foi atribuída ao Superior Tribunal de Justiça, nos termos do artigo 105, I, alínea 'd', da Constituição Federal. No entanto, após o julgamento do RE nº 590.409/RJ, da Relatoria do Min.

Acesso ao Sumário

Ricardo Lewandowski, que reconheceu a competência do Tribunal Regional Federal para o julgamento de conflito negativo de competência entre Juizado Especial Federal e Juízo Federal de Primeira Instância, o STJ mudou sua orientação passando a não conhecer de conflitos como o presente, determinando sua remessa aos Tribunais de Justiça dos respectivos Estados (Conflito de Competência nº 138.026 RS, Rel. Min. Marga Tessler; Conflito de Competência nº 136.064-RS, Rel. Min. Sérgio Kukina). Assim sendo, conhece-se do presente conflito de competência, passando-se ao seu julgamento" (Órgão Especial, Conflito de Competência Cível nº 0039004-83.2019.8.26.0000, Rel. Ferraz Arruda, j. 06.11.2019).

No mesmo sentido:

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA ENTRE A C. 11ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DESTE TRIBUNAL E A 5ª TURMA DA FAZENDA PÚBLICA DO COLÉGIO RECURSAL DA CAPITAL – COMPETÊNCIA RESIDUAL DO C. ÓRGÃO ESPECIAL PARA CONHECER DO CONFLITO – ARTIGO 13, INCISO II, ALÍNEA 'E', DO REGIMENTO INTERNO – CONFLITO CONHECIDO" (Órgão Especial, Conflito de Competência nº 0052874-35.2018.8.26.0000, Relator Renato Sartorelli, julgado em 13.02.2019).

2. Cumpre lembrar que o que aqui se decide é a competência para análise do HC nº 0104546-49.2024.8.26.9061 (renumerado na 15ª Câmara Criminal para 0012363-82.2024.8.26.0000), – mais exatamente, para homologar o pedido de desistência formulado – impetrado por I. contra o recebimento da Queixa-Crime nº (...) pelo JECrim.

Frise-se que a necessidade de enfrentamento do conflito de competência permanece mesmo depois de pleiteada a desistência do "writ". Afinal, o Colégio Recursal afirmou que incompetente para analisar o HC, embora, como se verá, a ele caiba tal tarefa, inclusive no que tange à homologação da desistência. Se o presente conflito fosse julgado prejudicado, o pedido de desistência ficaria indefinidamente pendente de ratificação.

Enfim, a questão é facilmente resolvida pelo teor dos arts. 14 da Lei Complementar Estadual nº 851/98 e 1º do Provimento nº 1335/07 do Conselho Superior da Magistratura, invocados pelo Desembargador suscitante:

"Art. 14 da LC 851/98 – À Turma Recursal compete, além do julgamento dos recursos referidos no artigo anterior, o dos mandados de segurança e de 'habeas corpus', quando a autoridade coatora for Juiz do Sistema dos Juizados Especiais, e correições parciais, quando relacionadas a decisão também emanada do Sistema".

"Art. 1º do Provimento CSM nº 1335/07 – O Colégio Recursal dos Juizados Especiais, Cíveis e Criminais é competente para julgamento dos recursos, habeas corpus, mandados de segurança e revisão criminal relativos às decisões proferidas nos Juizados Especiais Cíveis e Criminais de todo o Estado, bem como as exceções de suspeição, impedimento e incompetência dos juízes do sistema dos juizados".

Acesso ao Sumário

Ampara ainda a competência do Colégio Recursal na hipótese o art. 84, § 1º, da Constituição Estadual, segundo o qual "as Turmas de Recursos constituem-se em órgão de segunda instância, cuja competência é vinculada aos Juizados Especiais e de Pequenas Causas", e o art. 1º da Resolução nº 896/23 deste OE, que dispõe que "O Colégio Recursal dos Juizados Especiais do Estado de São Paulo é competente para julgamento dos recursos, habeas corpus, revisões criminais, mandados de segurança, bem como outras ações que a lei lhe atribuir competência, relativos às decisões proferidas nos Juizados Especiais Cíveis, Criminais e de Fazenda Pública de todas as Comarcas do Estado". Possível lembrar igualmente do art. 39 do Provimento CSM nº 2.203/2014.

Logo, a competência para julgamento de habeas corpus impetrado contra ato de Juizado Especial Criminal, bem como para ratificação de eventuais pedidos de desistência, como no caso, é do Colégio Recursal.

Nessa linha, a compreensão do Superior Tribunal de Justiça:

"PROCESSUAL PENAL – PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO – CRIME DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO – LEI 10.259/2001 – JULGAMENTO DE RECURSO DEVE SER REALIZADO POR TURMA RECURSAL – PRELIMINAR ACOLHIDA. – Esta Corte Superior de Justiça já firmou entendimento no sentido de que compete às Turmas Recursais (no caso, ao Colégio Recursal) processar e julgar os habeas corpus impetrados contra ato de magistrado de primeiro grau que oficia nos Juizados Especiais. – Tendo sido o mandamus levado a julgamento quando já vigorava a Lei n.º 10.259/2001, que ampliou o rol dos delitos de menor potencial ofensivo, a competência para julgar o referido recurso é da Turma Recursal. – Recurso provido para cassar o acórdão impugnado, determinando a remessa dos autos ao Colégio Recursal do Juizado Especial Criminal do Estado de São Paulo, a quem cumpre examinar o writ" (RHC n. 14.006/SP, relator Ministro Jorge Scartezzini, Quinta Turma, julgado em 18/3/2004, REPDJ de 09/08/2004, p. 267, DJ de 10/5/2004, p. 300.).

E também desta Corte:

"Habeas Corpus – Difamação e injúria – Pretensão visando à declaração da extinção da punibilidade, pela decadência, em virtude de defeito na representação não corrigido no prazo legal NÃO CONHECIMENTO – Competência de Colégio Recursal ou Turma Recursal. O Habeas corpus contra ato do âmbito de competência de Juizado Especial Criminal deve ser dirigido ao respectivo Colégio Recursal ou à Turma Recursal, consoante as normas inscritas na Lei nº 9.099/95 e no Provimento nº 2.203/2014 do Colendo Conselho Superior da Magistratura. Writ não conhecido" (TJSP; Habeas Corpus Criminal 2252499-40.2023.8.26.0000; Relator: Moreira da Silva; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Criminal; Foro Regional VIII – Tatuapé – 1ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 27/09/2023; Data de Registro: 27/09/2023).

Acesso ao Sumário

Em suma, como caberia ao Colégio Recursal apreciar e julgar o habeas corpus contra a decisão do JECrim que recebeu a queixa-crime, – ainda que fosse apenas para declarar a incompetência do JECrim para analisar a ação penal privada, recordando-se que o suscitado não o fez – também ao Colégio Recursal

incumbe a homologação da desistência do "writ".

3. Frente ao exposto, julga-se procedente o conflito para declarar a competência do Colégio Recursal dos Juizados Especiais, suscitado, para homologar a desistência do Habeas Corpus nº 0104546-49.2024.8.26.9061 (renumerado na 15ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça para 0012363-82.2024.8.26.0000).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0010177-86.2024.8.26.0000, da Comarca de Mogi das Cruzes, em que é suscitante CÂMARA ESPECIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é suscitada 5ª 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 5ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U. IMPEDIDOS OS EXMOS. SRS. DES. BERETTA DA SILVEIRA E XAVIER DE AQUINO.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 36.244)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDO TORRES GARCIA (Presidente sem voto), TASSO DUARTE DE MELO, SILVIA ROCHA, NUEVO CAMPOS, CARLOS MONNERAT, DÉCIO NOTARANGELI, LUIZ ANTONIO CARDOSO, FRANCISCO LOUREIRO, DAMIÃO COGAN, VICO MAÑAS, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES, AROLDO VIOTTI, RICARDO DIP, FIGUEIREDO GONÇALVES, ROBERTO SOLIMENE, LUCIANA BRESCIANI e LUIS FERNANDO NISHI.

São Paulo, 5 de junho de 2024.

MARCIA DALLA DÉA BARONE, Relatora

Ementa: Conflito de competência – Ação de obrigação de fazer ajuizada por criança em face da Caixa Beneficente da Polícia Militar do Estado de São Paulo (autarquia estadual) ante a negativa de tratamento médico – Questão que versa sobre direito administrativo, afetando reflexamente os direitos individuais atinentes à infância e adolescência – Competência da Col. 5ª Câmara de Direito Público, com fulcro no artigo 3º, incisos I.1 e I.13 da Resolução n. 623/2013 – Conflito de competência julgado procedente – Com-

Acesso ao Sumário

petência da 5ª Câmara de Direito Público.

VOTO

Vistos,

Cuida-se de conflito de competência suscitado pela Col. Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo em face da Col. 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, nos autos do agravo de instrumento (...), interposto contra a decisão de fls. 126 que nos autos da ação de obrigação de fazer, indeferiu a tutela provisória de urgência, objetivando a autorização e o custeio do tratamento médico consistente na terapia multidisciplinar intensiva mediante o Método de Integração Global – MIG.

O recurso foi inicialmente distribuído perante a Col. 5ª Câmara de Direito Público, a qual não conheceu do recurso por entender que a competência recursal para o julgamento do feito seria atribuída à Câmara Especial, nos moldes do artigo 33, parágrafo único, inciso IV do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo, já que se trata de processo envolvendo matéria de Infância e Juventude.

O feito foi redistribuído à Col. Câmara Especial, a qual suscitou conflito de competência perante este Col. Órgão Especial, sob o fundamento de que, nos moldes do artigo 148, inciso IV do Estatuto da Criança e do Adolescente compete ao juízo especializado "as ações civis fundadas nos interesses individuais, difusos ou coletivos afeitos à criança e ao adolescente". Ainda, ressalta que o artigo 208 do mesmo diploma estabelece que "Regem-se pelas disposições constantes desta Lei as ações de responsabilidade por ofensa aos direitos assegurados à criança e ao adolescente, referentes ao não oferecimento ou oferta irregular" (caput) "do acesso às ações e serviços de saúde". Narra que a matéria não se enquadra no artigo 98 do Estatuto da Criança e do Adolescente, já que se trata de questão administrativa, calcada na negativa de fornecimento de tratamento médico por parte da autarquia estadual.

É o relatório.

Nos moldes do artigo 103 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo *"A competência dos diversos órgãos do Tribunal firma-se pelos 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, os autores ajuizaram ação de obrigação de fazer objetivando a autorização e o custeio do tratamento médico, consistente em terapia multidisciplinar intensiva mediante o Método de Integração Global – MIG.

Nos termos dos artigos 148, inciso IV, 208, inciso VII e 209, do Estatuto da Criança e do Adolescente, a Justiça da Infância e da Juventude é competente para conhecer as ações civis embasadas em interesses coletivos, difusos e individuais das crianças e adolescentes.

Acesso ao Sumário

Ademais, prescreve o artigo 98 do Estatuto da Criança e do Adolescente que:

> "Art. 98. As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados:
> I – por ação ou omissão da sociedade ou do Estado;
> II – por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável;
> III – em razão de sua conduta.

Contudo, na hipótese dos autos, a controvérsia está calcada no fornecimento de tratamento de saúde a criança cuja assistência à saúde seria de responsabilidade da Caixa Beneficente da Polícia Militar do Estado de São Paulo – CBPM, o que não obstante corresponda a direitos individuais vinculados à criança e adolescente, atinge apenas reflexamente os temas tratados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Deve-se pontuar, por oportuno, que o processo principal tramita perante a Vara da Fazenda Pública da Comarca de Mogi das Cruzes e não em Varas Especializadas da Infância e Juventude.

Neste contexto, colacionam-se precedentes deste Col. Órgão Especial em casos similares ao presente:

> "CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Apelação Cível. Ação de regresso movida por ente municipal contra ente estadual. Despesa com fornecimento de medicamento decorrente de ação judicial anterior, movida por criança munícipe. Causa de pedir fundada nas normas de repartição de responsabilidades entre os entes federados nas prestações de saúde. Pretensão de natureza predominantemente administrativa, com tutela de interesse exclusivamente fazendário. Ausência de interesses individuais, difusos ou coletivos afetos à criança e ao adolescente. Competência da Seção de Direito Público. Precedente. Conflito procedente, reconhecida a competência da 6ª Câmara de Direito Público" **(Conflito de competência n.º 0013889-21.2023.8.26.0000; Rel. Des. Fábio Gouvêa; j. 14/06/2023).**
>
> Conflito de Competência. Agravo de instrumento interposto nos autos de ação de obrigação de fazer movida contra o Estado de São Paulo e o IAMSPE objetivando o fornecimento de tratamento para criança portadora de Transtorno do Espectro Autista. Pretensão inicial na obrigação de prestação de serviço público de saúde, e/ou em questão previdenciária, por ser o autor, filho de servidor público estadual, beneficiário do IAMSPE, réu na ação. Recurso não conhecido pela C. 13ª Câmara de Direito Público deste Tribunal ao fundamento de se cuidar de autor menor de idade, com declinação da competência para a C. Câmara Especial, que, de seu turno, suscitou o presente conflito de competência. Hipótese em que não têm aplicação as disposições protetivas do Estatuto da Criança e do Adolescente. Ausência de interesses individuais, difusos ou coletivos afetos à criança e ao adolescente. Conflito procedente, declarada

Acesso ao Sumário

competente a Câmara suscitada.

(TJSP; Conflito de competência cível 0030729-43.2022.8.26.0000; Relator: Aroldo Viotti; Órgão Julgador: Órgão Especial; Foro de Duartina – Vara Única; Data do Julgamento: 09/11/2022; Data de Registro: 10/11/2022)

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA Declinada a competência pela Eg. 4ª Câmara de Direito Público. Redistribuiu-se. A C. 6ª Câmara de Direito Privado suscitou dúvida perante o Órgão Especial, entendendo tratar-se de matéria de Direito Público. Ação de obrigação de fazer de beneficiário do Instituto Municipal de Assistência à Saúde do Funcionalismo IMASF pretendendo o reembolso de tratamento médico realizado em seu filho, menor impúbere e dependente no plano citado. Responsabilidade civil da autarquia municipal pela prestação de assistência à saúde aos servidores municipais e seus dependentes. Precedentes recentes deste Eg. Órgão Especial versando sobre a mesma relação jurídica ora debatida. Resolução nº 623/2013. Competência preferencial das 1ª a 13ª Câmaras de Direito Público. Competência da Eg. 4ª Câmara de Direito Público (Art. 201 do RITJ). Conflito procedente, competente a Câmara Suscitada"

(Conflito de competência n.º 0041862-53.2020.8.26.0000; Rel. Des. Evaristo dos Santos; j. 10/02/2021)

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – APELAÇÃO EM AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – PRETENSÃO DEDUZIDA POR MENOR, DEVIDAMENTE REPRESENTADO, NA CONDIÇÃO DE DEPENDENTE DE ASSOCIADA À CAIXA DE ASSISTÊNCIA AO SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL DE SANTOS – CAPEP-SAÚDE, ENVOLVENDO COBERTURA DE TRATAMENTO MÉDICO (SESSÕES DE FONOAUDIOLOGIA) – MATÉRIA QUE NÃO ENFRENTA DIREITO DE CRIANÇA OU ADOLESCENTE EM SITUAÇÃO DE RISCO (ART. 148 DA LEI 8069/90), A JUSTIFICAR COMPETÊNCIA DA C. CÂMARA ESPECIAL, NOS MOLDES DO ART. 33, IV, DO RITJ/SP – PLEITO QUE ENVOLVE DEBATE SOBRE DIREITO DECORRENTE DA RELAÇÃO INSTITUCIONAL MANTIDA ENTRE AS PARTES – CONTINGÊNCIA DA MENORIDADE IRRELEVANTE 'IN CASU' – RESOLUÇÃO Nº 623/2013 DESTE TRIBUNAL DE JUSTIÇA – PROCEDÊNCIA PARA FIRMAR A COMPETÊNCIA DA C. 5ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO, SUSCITADA.

(TJSP; Conflito de competência cível 0036652-55.2019.8.26.0000; Relator: Francisco Casconi; Órgão Julgador: Órgão Especial; Foro de Santos – 2ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 09/10/2019; Data de Registro: 11/10/2019)

Portanto, tem-se que a presente lide volta-se a discussão administrativa da obrigação de custeio de tratamento médico a seus beneficiários, apenas tangenciando os direitos atinentes à criança e adolescente, tem-se que a competência recursal para o julgamento do feito é atribuída à 5ª Câmara de Direito Público, nos moldes do artigo 3º, incisos I.1 e I.13 da Resolução 623/2013.

Acesso ao Sumário

Em face do exposto, pelo voto, julgo procedente o conflito declarando competente a Col. 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Exceções da Verdade

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Exceção da Verdade nº 0001817-02.2023.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é excipiente LUIS ALEXANDRE CARDOSO DE MAGALHÃES, é excepto MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM IMPROCEDENTE A EXCEÇÃO DA VERDADE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 47.202)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDO TORRES GARCIA (Presidente sem voto), CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, MATHEUS FONTES, AROLDO VIOTTI, FIGUEIREDO GONÇALVES, ROBERTO SOLIMENE, LUIS FERNANDO NISHI, JARBAS GOMES, TASSO DUARTE DE MELO, SILVIA ROCHA, NUEVO CAMPOS, CARLOS MONNERAT, RENATO RANGEL DESINANO, MELO BUENO, GOMES VARJÃO, ÁLVARO TORRES JÚNIOR, CORREIA LIMA, PAULO ALCIDES, BERETTA DA SILVEIRA, FRANCISCO LOUREIRO, XAVIER DE AQUINO e DAMIÃO COGAN.

São Paulo, 22 de maio de 2024.

VICO MAÑAS, Relator

Ementa: EXCEÇÃO DA VERDADE – oposição no curso de processo por calúnia praticada pelo excipiente contra o excepto, promotor de justiça – veracidade das alegações feitas pelo excipiente não demonstrada em contraditório específico nos autos da exceção – oitiva das partes e de única testemunha, que afirmou não ter presenciado os supostos fatos – precariedade da prova produzida – exceção da verdade julgada improcedente, prosseguindo-se com o andamento da ação penal por calúnia contra o excepto, em primeira instância.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de Exceção da Verdade oposta por Luís Alexandre Cardoso de Magalhães em face do Promotor de Justiça Roberto Victor Anelli Bodini.

O primeiro, ora excipiente, auditor fiscal municipal, figura como réu na Ação Criminal nº 0032897-38.2017.8.26.0050, que tramitou perante a 21ª Vara Criminal do Foro Central da Comarca de São Paulo. Naqueles autos, apura-se a prática, por Luís Alexandre e outros, dos delitos de associação criminosa, concussão e lavagem de dinheiro, supostamente cometidos entre os anos de 2005 a 2012, condutas estas inseridas no quadro da chamada "Máfia dos Fiscais" da Prefeitura de São Paulo.

Em linhas gerais e no caso específico de tal feito, funcionários da fiscalização tributária municipal, como o excipiente, receberiam propina de responsáveis por shopping center para pagamento de valor menor de IPTU, em detrimento dos cofres públicos.

Ocorre que, durante audiência no processo, instaurado por denúncia elaborada por Promotores do Grupo de Repressão aos Delitos Econômicos, entre os quais o excepto, Luís Alexandre afirmou que Roberto Victor o teria ameaçado, ao ser preso, de perder a guarda do filho se não colaborasse com ele. Em outra ocasião, o membro do Ministério Público o teria coagido a fazer acordo de delação premiada indesejado.

Por conta disso, o promotor representou pela propositura de ação por calúnia contra o funcionário municipal. Em 22 de junho de 2022, este foi denunciado como incurso no art. 138, caput, c.c. art. 141, II e III, por duas vezes, c.c. os arts. 69 e 145, parágrafo único, todos do Código Penal (Autos nº 1511043-35.2022.8.26.0050, da 2ª Vara Criminal do Foro Central da Comarca de São Paulo).

Juntamente com resposta à acusação, Luís Alexandre apresentou a presente exceção da verdade (Incidente nº 0028100-43.2022.8.26.0050), em que procura demonstrar a veracidade de suas alegações em relação ao Promotor Roberto Victor.

Acesso ao Sumário

Admitido em 16 de novembro de 2022, nos termos do art. 216 do RITJSP, o incidente foi remetido a esta Corte, dada a prerrogativa de foro por função do excepto (fls. 80/82).

Este relator determinou o retorno dos autos à primeira instância, uma vez que, consoante o art. 217 do RITJSP, a instrução da exceção compete à origem (fls. 327/328).

Assim feito, procedeu-se à oitiva do excipiente, do excepto e de única testemunha, o Juiz Ulisses Augusto Pascolati Jr. Após, apresentadas alegações finais (fls. 334/343), o feito regressou a este Tribunal.

A D. Procuradoria de Justiça opinou por se jugar improcedente a exceção,

baixando-se os autos à primeira instância para enfrentamento do mérito da ação penal (fls. 351/358).

É o relatório.

Na petição inicial desta exceção da verdade, o excipiente invoca, como prova do imputado comportamento inadequado do promotor, a) manifestação de advogado do corréu Carlos Amaral, no caso da "Máfia dos Fiscais", segundo o qual Roberto Victor procurava insistentemente o cliente preso para "prestação de declarações na própria cadeia pública, a saber, se tem ou não a pretensão de partir para denominada colaboração premiada" (fl. 05); b) entrevista de outro coacusado, Ronilson Rodrigues, ao jornal Folha de São Paulo, no sentido de que o membro do MP "queria colocar palavras na [sua] boca" e que intimidara outro fiscal (fls. 05/06); c) depoimento de Mário Ricca, advogado de Luís Alexandre no Processo nº 0032897-38.2017.8.26.0050, extraído daqueles autos, relatando que o fiscal celebrara acordo de delação premiada "pelo filho", para não perder a guarda da criança (fls. 07/09); e d) declarações de Iris Noronha Ferreira, que mantivera relação amorosa com o excipiente, referindo "excessos do Ministério Público" e que o excepto lhe prometera "várias coisas e não cumpriu" e que "foi uma pessoa muito falsa" (fls. 09/10).

No entanto, não arrolada qualquer dessas pessoas como testemunha neste feito. Elencado apenas o Magistrado Ulisses Augusto Pascolati Jr., da 4ª Vara Criminal da Comarca de Osasco (fl. 13), único, além das partes, aqui inquirido.

Ora, conforme o despacho à fl. 326 e como disposto nos arts. 216 e 217 do RITJSP, oposta e admitida exceção da verdade em relação a vítima que tem assegurado foro especial, como na hipótese, o Tribunal será competente exclusivamente para o seu julgamento, cabendo o processamento, incluindo a coleta de provas, à primeira instância, observado, por óbvio, o contraditório.

Isto é: a instrução da exceção da verdade é independente da produção de provas dos autos principais, descabendo aproveitamento de elementos de convicção deste, se inexistir requerimento deferido para tanto, como aqui se verifica e foi destacado pelo "Parquet" em memoriais na ação de calúnia, reproduzidos, no que interessa, às fls. 354/355.

Logo, imprestáveis todas as informações, depoimentos e relatos das pessoas citadas na peça vestibular. Afinal, não foram aqui ouvidas e, portanto, não corroboraram, sob contraditório específico, o teor de suas falas anteriores, obtidas em contexto diverso, de ação penal diferente, no que toca a Mário, Íris e ao advogado do corréu Carlos Amaral, que somente se pronunciou por escrito naquele feito. Quanto à entrevista de Ronilson Rodrigues a jornal, nada significa em termos de prova.

De qualquer forma, frise-se que o advogado Mário, a rigor, não atesta veementemente as atribuídas ameaças de Roberto Victor a Luís Alexandre. Na verdade, disse que o acordo de delação premiada "é o que tinha pro dia", "que

Acesso ao Sumário

não tinha alternativa", ou seja, era a escolha que melhor se mostrava para o excipiente. Não se pode olvidar que o defensor estava presente no momento da celebração do acordo e poderia perfeitamente intervir em favor do cliente se entendesse pela ocorrência de pressão para firmar ato não proveitoso, orientando-o, inclusive, sobre a impossibilidade de promotor de justiça decidir a respeito da guarda de criança. O causídico Mário, aliás, foi igualmente corréu no Processo nº 0032897-38.2017.8.26.0050, ao fim condenado por crimes contra a ordem tributária e por lavagem de dinheiro.

Já Íris, que também usa o nome de Vanessa Caroline Alcântara Ferreira e tem outras condenações criminais, pontuou em seu depoimento não repetido nestes autos que só dispunha da própria palavra para acusar Roberto Victor.

Quanto ao colhido especificamente neste feito, o excepto negou intimidações contra Luís Alexandre. O acordo de delação premiada foi ofertado ao excipiente, na presença de dois advogados. Ante o quadro a ele desfavorável, o fiscal anuiu com a cooperação. A condição de colaborador perdurou por vários anos, e Luís Alexandre trouxe dois colegas para também procederem a delações premiadas. Descobriu-se mais tarde, entretanto, que os fiscais valiam-se da cooperação para fins escusos, extorquindo empresas e outros auditores para não serem mencionados. Como corolário, o benefício foi cancelado em 2015. Com segundo advogado assumindo o caso, pleito de nova delação premiada foi apresentado e negado. Após, a postura da defesa mudou, surgindo, então, os ataques à sua atuação.

O excipiente confirmou as intimidações pelo promotor, na linha de perder a guarda do filho e de indiciar também sua ex-esposa se não cooperasse com delação premiada. A coação se deu em sala reservada de delegacia, onde estava com o advogado Mário e outra defensora. Logo que o excepto deixou o recinto, o causídico recebeu telefonema de assistente social/conselheira tutelar informando que precisavam revisar os termos da guarda do menino. Diante disso, posteriormente concordou em colaborar, com depoimento prestado na sede do Ministério Público.

Em audiência, o Juiz Ulisses esclareceu ter atuado por dois anos em varas especializadas em crimes tributários e lavagem de dinheiro da Comarca de São Paulo. Cuidou de vários processos pertinentes à "Máfia dos Fiscais" e já ouviu Luís Alexandre em diversas oportunidades. Ele sempre se portava de forma respeitosa e colaborativa. Recorda-se de episódio em que o excipiente mencionara pressões do MP para aceitar acordo de delação premiada, sob ameaça de perder a guarda do filho se não o fizesse. Nunca presenciou intimidações, porém.

Em suma, de válido amealhado nestes autos só há as declarações acima, que delineiam panorama probatório extremamente frágil, incapaz de demonstrar com a convicção necessária a propalada veracidade das imputações feitas por Luís Alexandre contra Roberto Victor. Afinal, as acusações do primeiro são

rechaçadas pelo segundo, inexistindo motivo nos autos para que as palavras de um se sobreponham às do outro.

Veja-se que o Juiz Ulisses, exclusiva testemunha arrolada, somente ratificou o fato, notório no processo, de que o excipiente, em audiência, atribuiu condutas reprováveis ao excepto, contudo nada presenciou do ocorrido em si. Seu depoimento, portanto, em nada socorre o auditor fiscal.

No mais, os documentos acostados pela defesa às fls. 385/397 dos autos da ação de calúnia, em primeiro grau (cópia do depoimento prestado por Vanessa/Íris a Roberto Victor; cópia do trecho extraído de sentença prolatada pela magistrada da 21ª Vara Criminal; e extratos do sistema E-saj) não têm o condão de comprovar as alegações de Luís Alexandre.

Assim, a hipótese é de improcedência da exceção da verdade, porque não demonstrada a veracidade das afirmações do excipiente em contraditório específico, ônus que lhe competia, prosseguindo-se com o andamento da ação por calúnia em primeira instância.

Nesse sentido, a compreensão do STJ:

"REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CALÚNIA. EXCEÇÃO DA VERDADE. CONDUTA CRIMINOSA NÃO CARACTERIZADA. 1. Essa Corte entende que a ausência de elementos capazes de demonstrar a prática de conduta criminosa por parte do excepto impõe a improcedência da exceção da verdade e, por via de consequência, o prosseguimento da ação penal relativa à prática do crime de calúnia" (AgRg no AREsp n. 1.068.510/RS, relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 26/9/2017, DJe de 6/10/2017).

"A Exceção da Verdade não é admitida na hipótese de o Excipiente não demonstrar serem verossímeis as condutas atribuídas ao Excepto. Exceção da Verdade improvida" (ExVerd n. 50/SP, relator Ministro Luiz Fux, Corte Especial, julgado em 21/3/2007, DJ de 21/5/2007, p. 528.).

Frente ao exposto, julga-se improcedente a exceção da verdade, prosseguindo-se com o andamento da ação por calúnia em primeira instância.

Habeas Corpus

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* Cível nº 0006330-76.2024.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante/paciente ANDRÉ GIVAGO SCHAEDLER PACHECO, são impetrados TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL e ORDEM DOS ADVOGADOS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL.

Acesso ao Sumário

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DENEGARAM A ORDEM, NA PARTE CONHECIDA. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 55.165)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDO TORRES GARCIA (Presidente sem voto), AROLDO VIOTTI, ROBERTO SOLIMENE, LUIS FERNANDO NISHI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, NUEVO CAMPOS, CARLOS MONNERAT, RENATO RANGEL DESINANO, MELO BUENO, GOMES VARJÃO, ÁLVARO TORRES JÚNIOR, CORREIA LIMA, PAULO ALCIDES, FLAVIO ABRAMOVICI, BERETTA DA SILVEIRA, FRANCISCO LOUREIRO, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, EVARISTO DOS SANTOS, VICO MAÑAS, CAMPOS MELLO e VIANNA COTRIM.

São Paulo, 15 de maio de 2024.

MATHEUS FONTES, Relator

Ementa: HABEAS CORPUS – AÇÃO CONSTITUCIONAL QUE VISA A PROTEGER O DIREITO DE LOCOMOÇÃO DO PACIENTE – ARTIGO 5º, INCISO LXVIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E ARTIGO 647 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – AUSÊNCIA, NO CASO, DE ATO DE RESTRIÇÃO OU AMEAÇA DE RESTRIÇÃO AO DIREITO DE IR, VIR E FICAR DO PACIENTE – HABEAS CORPUS INCABÍVEL – DENEGAÇÃO DA ORDEM NA PARTE CONHECIDA.

VOTO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado por André Givago Schaedler Pacheco em seu favor a fim de obter salvo-conduto para o exercício da advocacia no Estado de São Paulo, expedição de carteira da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional São Paulo, e retificação de cadastro junto ao Tribunal de Justiça de São Paulo.

Diz o impetrante que tem direito de exercer a atividade de advogado no Estado de São Paulo, porém, foi tolhido desse direito no Fórum da Barra Funda, por ato da supervisora de protocolo e de outro servidor dessa repartição, sob alegação de que existe em seu nome anotação de óbice ao exercício da advocacia decorrente de condenação em processos administrativos e de decisão da Justiça Federal, todas com trânsito em julgado.

Ocorre que, conforme certidões expedidas pelo STJ, não existe qualquer condenação por infrações previstas no artigo 37 da Lei nº 8.906/1994 e jamais

Acesso ao Sumário

foi condenado em processos administrativos ou intimado de decisão de juiz federal.

Além disso, eventual pena de suspensão do exercício da advocacia somente vigora por um ano e, no momento, já estaria prescrita.

Afirma que houve coação ilegal, remediável por meio de **habeas corpus**.

Postula, liminarmente, expedição da salvo-conduto para o exercício da advocacia, oficiando-se à OAB/SP; retificação de seu cadastro junto ao Tribunal de Justiça de São Paulo e reconhecimento da prescrição da pena de suspensão do exercício da profissão de advogado.

No mérito, concessão da ordem com ratificação da liminar.

A ação foi distribuída ao Órgão Especial.

Negada liminar e dispensadas informações, a Procuradoria de Justiça opinou pela denegação da ordem (fls. 26/28).

É o Relatório.

Como o impetrante aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de São Paulo, em razão de ato praticado por servidores do setor de protocolo do Fórum da Barra Funda, e pede retificação de dados no sistema de automação judicial desta Corte, conheço do pedido exclusivamente em relação ao Tribunal de Justiça de São Paulo e, nessa parte, denego a ordem postulada por inexistir ato atentatório à liberdade de locomoção do paciente, não servindo o **habeas corpus** para os fins postulados pelo impetrante.

Com efeito.

O **habeas corpus** será concedido sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder, nos termos do artigo 5º, inciso LXVIII, da Constituição Federal.

Assim também dispõe o artigo 647 do Código de Processo Penal.

De acordo com o Supremo Tribunal Federal, o **habeas corpus** visa a proteger a liberdade de locomoção – liberdade de ir, vir e ficar – por ilegalidade ou abuso de poder, não podendo ser utilizado para proteção de outros direitos (HC 82.880 AgR/SP, Relator Ministro Carlos Velloso, DJ 16.06.2003; HC 206.188 AgR/SP, Relator Ministro Gilmar Mendes, DJ 27.10.2021).

Segundo o Superior Tribunal de Justiça, inexistindo restrição ou ameaça ilegal ao direito de ir e vir do paciente, incabível a utilização do **habeas corpus** (AgRg no HC 830.387/SP, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 30.06.2023; AgRg no HC 804.435/PE, Relator Ministro Joel Ilan Paciornik, DJe 19.04.2023; HC 569.253/SP, Relator Ministro Felix Fischer, DJe 17.06.2020; HC 302.141/RS, Relator Ministro Ribeiro Dantas, DJe 03.05.2016; AgRg no HC 740.462/MG, Relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, DJe 19.05.2022; AgRg no HC 405.543/SC, Relator Ministro Jorge Mussi, DJe 28.11.2017; AgInt no HC 746.714/SP, Relator Ministro Benedito Gonçalves, DJe 16.02.2023;

Acesso ao Sumário

AgInt nos EDcl no HC 701.685/SP, Relator Ministro Francisco Falcão, DJe 13.12.2022; AgRg no RHC 167.228/SP, Relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF da 1ª Região), DJe 25.11.2022; AgRg no HC 463.628/SP, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 03.09.2018; REsp 1.639.643/RS, Relator Ministro Herman Benjamin, DJe 18.04.2017; HC 322.655/SP, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 15.04.2016; AgRg no RHC 64.127/RJ, Relator Ministro Nefi Cordeiro, DJe 19.11.2015; AgRg no HC 255.198/RJ, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 17.09.2013; AgRg no RHC 34.644/SP, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, DJe 25.03.2013).

No caso, o ato de que se queixa o impetrante não causa restrição ou ameaça ao direito de locomoção do paciente, razão pela qual não tem cabimento o uso do **habeas corpus**.

Quanto ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, não conheço do pedido, pois esta Corte não tem competência para rever decisões proferidas por aquele tribunal.

No que tange à Ordem dos Advogados do Rio Grande do Sul e de São Paulo, também não conheço do pedido, pois o impetrante não aponta quais os atos que tenham sido praticados por estas instituições e o **habeas corpus**, como decidido acima, serve apenas para proteção do direito de locomoção do paciente, devendo a obtenção da carteira da ordem dos advogados e a revisão de pena de suspensão do exercício da advocacia serem pleiteadas pelas vias adequadas, judiciais ou administrativas.

Pelo exposto, denego a ordem na parte conhecida.

Mandados de Segurança

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança Cível nº 2327180-78.2023.8.26.0000, da Comarca de Mogi das Cruzes, em que é impetrante ANTONIO CESAR XAVIER CAETANO, interessados FERNANDO SEBASTIAN BORACINI, ANDRESSA AZEVEDO BORACINI e YURI CHRISTIANINI CAETANO, é impetrada 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. IM-

PEDIDOS OS EXMOS. SRS. DES. FERNANDO TORRES GARCIA E BERETTA DA SILVEIRA. JULGAMENTO PRESIDIDO PELO EXMO. SR. DES. DAMIÃO COGAN.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 83210)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores DAMIÃO COGAN (Presidente), VIANNA COTRIM, MATHEUS FONTES, RICARDO DIP, ROBERTO SOLIMENE, LUCIANA BRESCIANI, LUIS FERNANDO NISHI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, SILVIA ROCHA, NUEVO CAMPOS, CARLOS MONNERAT, RENATO RANGEL DESINANO, MELO BUENO, GOMES VARJÃO, ÁLVARO TORRES JÚNIOR, CORREIA LIMA, FRANCISCO LOUREIRO, VICO MAÑAS e ADEMIR BENEDITO.

São Paulo, 8 de maio de 2024.

CAMPOS MELLO, Relator

Ementa: 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. ATO APONTADO COMO COATOR QUE 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. AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTO PROCESSUAL CARACTERIZADA. EXTINÇÃO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO (ART. 485, IV, DO C.P.C.), COM CONSEQUENTE DENEGAÇÃO DA ORDEM.

VOTO

Trata-se de mandado de segurança 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 negou seguimento a recurso especial.

Alega o impetrante que a decisão é ilegal, pois houve aplicação indevida

Acesso ao Sumário

de precedente firmado em julgamento de recurso repetitivo. Entende que há direito líquido e certo ao processamento do recurso especial interposto. Sustenta que foi de boa-fé a aquisição do imóvel objeto dos embargos de terceiro ajuizados pelos ora interessados. Pede a concessão da ordem.

Processou-se sem liminar (cf. fls. 1.269), foram prestadas informações pela autoridade coatora (cf. fls. 1.278/1.279) e os interessados não se manifestaram (cf. certidão a fls. 1.282). Após, a Procuradoria Geral de Justiça se manifestou pela denegação da ordem (cf. fls. 1.287/1.295).

É o relatório.

A segurança deve ser denegada, pelas razões a seguir expostas.

No caso em tela, nos autos dos embargos de terceiro ajuizados pelos ora interessados, foi interposto recurso especial (cf. fls. 251/261), mas o Des. Beretta da Silveira, no exercício da Presidência da Seção de Direito Privado, não o admitiu, com base no art. 1.030, I, "b", do C.P.C. (cf. fls. 299/303). Então, contra essa decisão, foram interpostos agravos internos (cf. fls. 306/308 e 313/325), requerida a reforma da decisão que negou seguimento ao aludido recurso especial. Os agravos internos foram desprovidos pelo Acórdão a fls. 363/368, prolatado pela Câmara Especial de Presidentes desta Corte. Inconformado, o ora impetrante ajuizou o presente mandado de segurança alegando violação de direito líquido e certo ao processamento do recurso especial.

Em tais circunstâncias, é forçoso concluir não dispor este e. Órgão Especial de competência para o exame da impetração. É que é inviável a utilização do Mandado de Segurança na hipótese, visto que o juízo de admissibilidade de Recurso Especial pela autoridade coatora é ato praticado no exercício de funções próprias das Cortes Superiores e apenas delegadas aos Presidentes das Seções deste Tribunal. Então, o controle dessa atividade delegada está evidentemente atribuído ao ente delegante.

Aliás, assim já foi decidido reiteradamente por este Órgão Especial (cf. Mandado de Segurança 2081940-26.2018, de São Paulo, Rel. João Carlos Saletti, j. em 19.2.2020; Mandado de Segurança 2020061-47.2020 de São Paulo, Rel. Álvaro Passos, j. em 11.3.2020; Mandado de Segurança 2145570-85.2020, de São Paulo, Rel. Moreira Viegas, j. em 15.7.2020; Mandado de Segurança 2078564-61.2020, de Ribeirão Preto, Rel. Claudio Godoy, j. 12.8.2020, Mandado de Segurança 0037347-72.2020, de São Paulo, Rel. James Siano, j. 16.2.2020 e recentemente Mandado de Segurança 2221038-55.2020, de Itapevi, Rel. Evaristo dos Santos, j. 19.5.2021)

Pelo exposto, julgo extinto o feito com fundamento no art. 485, IV, do C.P.C. e, em consequência, denego a ordem (art. 6º, § 5º, da Lei nº 12.016/09). Custas pelo impetrante.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança Criminal nº 2041127-44.2024.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante CAIO MACHADO BARBOSA, 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. SUSTENTOU ORALMENTE O ADV. DR. LUIZ FERNANDO ULHÔA CINTRA.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 54547)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDO TORRES GARCIA (Presidente sem voto), CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, MATHEUS FONTES, RICARDO DIP, ROBERTO SOLIMENE, LUCIANA BRESCIANI, LUIS FERNANDO NISHI, JARBAS GOMES, MARCIA DALLA DÉA BARONE, TASSO DUARTE DE MELO, SILVIA ROCHA, NUEVO CAMPOS, CARLOS MONNERAT, RENATO RANGEL DESINANO, MELO BUENO, GOMES VARJÃO, ÁLVARO TORRES JÚNIOR, CORREIA LIMA, BERETTA DA SILVEIRA, FRANCISCO LOUREIRO, DAMIÃO COGAN e VICO MAÑAS.

São Paulo, 8 de maio de 2024.

ADEMIR BENEDITO, Relator

Ementa: Mandado de segurança criminal – Impetração contra ato do Procurador-Geral de Justiça, que ratificou recusa de acordo de não-persecução penal pelo Promotor de Justiça oficiante no caso concreto – Constrangimento ilegal a exigir o cabimento de habeas corpus – Impetração de ação mandamental – Inadequação da via eleita – Natureza de ação subsidiária – CF, art. 5º, LXIX e Lei nº 12.016/2009 – Precedente deste C. Órgão Especial (MS nº 2175713-23.2021.8.26.0000, Rel. Des. Carlos Bueno) – Outrossim, a oferta de ANPP é prerrogativa institucional do titular da ação penal pública, não se constituindo em direito subjetivo do acusado – Requisitos legais para a oferta de acordo (CPP, art. 28-A), ademais, não preenchidos, ausente confissão formal e circunstanciada – Ação penal iniciada com prolação de sentença condenatória antes da vigência da Lei nº 13.964/2019 (STF, 1ª Turma, HC 233147, de Rel. do e. Ministro Alexandre de Moraes, julgado em 7.11.2023) – Recu-

Acesso ao Sumário

sa devidamente fundamentada, ausente ilegalidade manifesta – Incabível alteração pelo Judiciário – Precedentes deste C. Órgão Especial – Denegação da ordem.

VOTO

Trata-se de **Mandado de Segurança Criminal** impetrado por ***Caio Machado Barbosa*** contra ato do ***Procurador Geral de Justiça do Estado de São Paulo***, que, em sede de reexame ministerial prevista no artigo 28-A, § 14 do CPP, manteve decisão pela recusa de oferta do acordo de não persecução penal ao impetrante (fls. 13/22).

Sustenta o autor, em resumo, que foi condenado como incurso no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, à pena de 01 ano e 08 meses de reclusão, em regime inicial aberto, e a pagamento de 166 dias-multa, no patamar mínimo, sendo a pena privativa de liberdade substituída pela restritiva de direitos.

Diz que, no curso da ação penal, sobreveio a Lei nº 13.964/2019, instituindo o Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), e por ter conteúdo penal benéfico, foi pleiteada sua aplicação ao caso.

Diz, também, que no julgamento do Agravo em Recurso Extraordinário nº 1.463.604/SP, o e. Supremo Tribunal Federal reconheceu o efeito retroativo do artigo 28-A do CPP ao caso do impetrante, a despeito de haver título judicial transitado em julgado.

Consigna que, não obstante isso, o Ministério Público em primeiro grau recusou a oferta do ANPP em vista de ter havido a prescrição da pretensão executória, e pugnou pela extinção da punibilidade do agente, o que motivou o pedido de remessa dos autos à instância revisora do MPSP (CPP, art. 28-A, § 14 c.c. art. 28), que manteve a recusa, por entender haver óbice à celebração do acordo, qual seja, o esgotamento da jurisdição de primeiro grau, com a prolação de sentença penal condenatória.

Digressa que a referida negativa afronta a decisão proclamada pelo STF (ARE nº 1.463.604/SP), que reconheceu o efeito retroativo do artigo 28-A do CPP ao caso em questão.

Argumenta que o ANPP, por incidir sobre a pretensão punitiva estatal, antecede o próprio processo, e, por consequência, a pretensão executória da pena; e que por se tratar de norma penal de conteúdo benéfico tem o condão de sustar os efeitos da sentença condenatória, e até de rescindir aquela já atingida pela coisa julgada (CP, art. 2º, par. único).

Defende que o ANPP é mais benéfico ao acusado, pois conserva seus bons antecedentes (CPP, art. 28-A, § 12), enquanto o reconhecimento da prescrição da pretensão executória, embora extinga a possibilidade de o Estado executar a pena corporal, não atinge seus efeitos secundários, com destaque para a

Acesso ao Sumário

perda da primariedade, que continuará a produzir reflexos negativos na vida do condenado.

Entendendo demonstrada a violação a seu direito líquido e certo, com a negativa do benefício do Acordo de Não Persecução Penal, pede a concessão da segurança para que seja determinada nova remessa dos autos à Procuradoria-Geral de Justiça para reanálise, com oferecimento da proposta, sob pena de violação ao decidido no ARE nº 1.463.604/SP, pelo Supremo Tribunal Federal.

Ausente pedido de liminar, o feito foi processado.

Vieram informações da autoridade apontada como coatora (fls. 17/29), dando conta da inviabilidade do acordo em vista de que o impetrante já se encontra condenado.

É o relatório.

A denegação da ordem é medida que se impõe.

Consoante precedente deste E. Tribunal, em julgamento do qual tive a honra de participar, nos autos do Mandado de Segurança nº 2175713-23.2021.8.26.0000, de Relatoria do e. Desembargador Carlos Bueno, julgado na data de 15.9.2021, em caso análogo a este que ora se examina, de recusa de oferecimento de acordo de não persecução penal por parte do Ministério Público, entendeu-se, na ocasião, por unanimidade, pela inadequação da via mandamental.

A propósito, colaciona-se a ementa do Julgado:

"MANDADO DE SEGURANÇA – Procurador-Geral de Justiça – Recusa em propor a não persecução penal, art. 28-A do CPP – Inadequação da via eleita – Discussão de eventual constrangimento ilegal – Cabimento de habeas corpus – Natureza subsidiária do mandado de segurança – Inteligência do art. 5º, LXIX, da CF/88 e do art. 1º da Lei nº 12.016, de 7-8-2009 – Segurança denegada." (Mandado de Segurança Criminal nº 2175713-23.2021.8.26.0000 – Relator: Carlos Bueno – Comarca: São Paulo – Órgão julgador: Órgão Especial – Data do julgamento: 15/09/2021 – Data de publicação: 23/09/2021)

Do excerto é possível extrair o seguinte trecho sobre a natureza subsidiária da ação mandamental em relação ao *habeas corpus*:

"(...)

De acordo com o art. 5º, LXIX, da CF/88, 'conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas-corpus ou habeas-data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público'.

Em consonância com o texto constitucional, estabelece o art. 1º da Lei nº 12.016, de 7-8-2009, que 'Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica

Acesso ao Sumário

sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça."

Assim, reportando-se aos fundamentos ali adotados, dos quais este Relator comunga e que se aplicam ao caso, entende-se que a ação mandamental é a via inadequada para a pretensão posta pelo autor, que deveria ter se valido da impetração de *habeas corpus*.

Ainda que assim não se entendesse, de igual forma, a denegação da ordem se impõe, pois ausente direito líquido e certo do autor.

O ato da autoridade impetrada ao recusar oferta de acordo de não persecução penal está devidamente fundamentado, ausente ilegalidade manifesta, pelo que não pode ser imposto pelo Judiciário.

O ANPP é instrumento de política criminal e por se apresentar como solução alternativa ao processo penal a ele se antecede, consistindo em prerrogativa institucional do Ministério Público, enquanto órgão acusador e titular exclusivo da ação penal pública (CF, art. 129, I).

O acordo tem cabimento quando, e se, seu representante entender ser a medida necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime (CPP, art. 28-A), o que não se evidenciou na hipótese; não se constitui em direito subjetivo do acusado.

Ao que consta das informações da autoridade impetrada, os requisitos legais para a oferta do acordo não se fizeram presentes, notadamente a confissão formal e circunstanciada pelo agente da prática da infração penal a ele imputada, no caso, tráfico de entorpecente; o impetrante, aliás, já tem formado contra si o título executivo judicial consubstanciado na sentença penal condenatória passada em julgado.

Veja-se recentes julgamentos desta Casa quanto à matéria, nessa mesma direção:

habeas corpus. impetração em virtude de recusa à oferta de acordo de não persecução penal pelo parquet. ordem denegada. Recusa devidamente fundamentada. acordo que é prerrogativa do ministério público e não direito subjetivo do acusado. precedentes desta corte em casos análogos. ordem denegada. (Habeas Corpus Criminal 2322853-90.2023.8.26.0000 – Relator: Campos Mello – Comarca: São José dos Campos – Órgão julgador: Órgão Especial – Data do julgamento: 28/02/2024 – Data de publicação: 29/02/2024)

HABEAS CORPUS – PROPOSTA DE ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL (ANPP) – RECUSA DE OFERTA DO ACORDO – 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. Procuradoria-Geral de Justiça que manteve a recusa (artigo 28, § 14, CPP), em manifestação devidamente fundamentada, baseada

Acesso ao Sumário

no descabimento do benefício. Atribuição privativa do MP. Inexistência de ilegalidade, abuso de poder ou constrangimento ilegal ofensivo ao direito de liberdade. Ordem denegada. (Habeas Corpus Criminal 2298052-13.2023.8.26.0000 – Relator: Décio Notarangeli – Comarca: São Paulo – Órgão julgador: Órgão Especial – Data do julgamento: 21/02/2024 – Data de publicação: 22/02/2024)

HABEAS CORPUS. Acordo de não persecução penal. Ato do Procurador-Geral de Justiça que ratificou a recusa. Do oferecimento do acordo previsto no artigo 28-A, do Código de Processo Penal. Manutenção. Prerrogativa exclusiva do titular da ação penal. Decisão da autoridade impetrada que está devidamente fundamentada. Solução negocial que, no caso concreto, não se mostra necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime. Inexistência de constrangimento ilegal ou abuso de poder. Exame da jurisprudência. ORDEM DENEGADA. (Habeas Corpus Criminal 2266652-78.2023.8.26.0000 – Relator: Jarbas Gomes – Comarca: Campinas – Órgão julgador: Órgão Especial – Data do julgamento: 06/12/2023 – Data de publicação: 07/12/2023)

Outrossim, em acréscimo, e conforme apontado pela autoridade impetrada, o e. Supremo Tribunal Federal, por sua 1ª Turma, no julgamento do HC 233147, de Rel. do e. Ministro Alexandre de Moraes, em 7.11.2023, decidiu por unanimidade que: *"...no mérito, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental e fixou entendimento no sentido de que, nas ações penais iniciadas antes da entrada em vigor da Lei 13.964/2019, é viável o acordo de não persecução penal, desde que não exista sentença condenatória e o pedido tenha sido formulado na primeira oportunidade de manifestação nos autos após a data de vigência do art. 28-A do CPP, nos termos do voto do Relator. Presidência do Ministro Alexandre de Moraes. Primeira Turma, 7.11.2023."* g.n.

No caso em exame, quando se deu a vigência da Lei nº 13.964/2019, a sentença penal condenatória em desfavor do impetrante já estava proferida, cf. fls. 243/247 destes autos.

Assim, em que pese os defensáveis argumentos trazidos pela parte interessada, e por qualquer ângulo que se analise a questão, não se verifica o afirmado direito líquido e certo.

Pelo exposto, denega-se a ordem.

Não há condenação em honorários advocatícios (Súmula nº 105 do e. STJ; Súmula nº 512 do e. STF e art. 25 da Lei n. 12.016/09).

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança Cível nº 0005985-13.2024.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante SUPER SERVIÇOS EIRELLI EPP, é impetrado PRESIDENTE DO TRIBU-

NAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DENEGARAM A SEGURANÇA. V.U. IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. FERNANDO TORRES GARCIA. JULGAMENTO PRESIDIDO PELO EXMO. SR. DES. BERETTA DA SILVEIRA.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 36.168)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores BERETTA DA SILVEIRA (Presidente), TASSO DUARTE DE MELO, NUEVO CAMPOS, CARLOS MONNERAT, RENATO RANGEL DESINANO, MELO BUENO, GOMES VARJÃO, ÁLVARO TORRES JÚNIOR, CORREIA LIMA, PAULO ALCIDES, FLAVIO ABRAMOVICI, FRANCISCO LOUREIRO, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, EVARISTO DOS SANTOS, VICO MAÑAS, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, MATHEUS FONTES, AROLDO VIOTTI, ROBERTO SOLIMENE, LUIS FERNANDO NISHI e JARBAS GOMES.

São Paulo, 15 de maio de 2024.

MARCIA DALLA DÉA BARONE, Relatora

Ementa: Mandado de segurança – Impetração por empresa desabilitada no certame público para seleção de empresa para a prestação de "serviços de limpeza, asseio e conservação predial, visando à obtenção de adequadas condições de salubridade e higiene, com a disponibilização de mão-de-obra, saneantes domissanitários, materiais e equipamentos, para o prédio que abriga o Complexo Judiciário Ministro Mário Guimarães, e nas condições deste Edital e seus Anexos." – Inabilitação por não cumprimento dos requisitos do edital – Empresa que não demonstrou experiência atual no ramo de serviços objeto do certame – Atestados apresentados datam de 2009 a 2012 – Empresa que permaneceu inativa por cerca de 3 anos, tendo havido a troca de sua diretoria no ano corrente – Ausência de direito líquido e certo – Ordem denegada.

VOTO

Vistos,

Cuida-se de mandado de segurança impetrado por Super Serviços de Limpeza Ltda. em face do ato praticado durante o pregão eletrônico n. 2023/116113, processo n. 275/2023, visando a contratação de empresa especializada para a prestação de "serviços de limpeza, asseio e conservação predial, visando à ob-

Acesso ao Sumário

tenção de adequadas condições de salubridade e higiene, com a disponibilização de mão-de-obra, saneantes domissanitários, materiais e equipamentos, para o prédio que abriga o Complexo Judiciário Ministro Mário Guimarães, e nas condições deste Edital e seus Anexos.", que inabilitou a impetrante e adjudicou o objeto do certame à empresa Vin Service Serviços Especializados Ltda., que figurada como interessada neste feito.

Argumenta que o ato normativo foi fundamentado no não cumprimento do item "qualificação técnica" previsto no edital, com o qual não concorda, uma vez que aduz ter sido surpreendida com exigências que não estavam previstas no edital, tendo cumprido todas as exigências delineadas. Aduz que a segunda ilegalidade no ato administrativo reside na fundamentação de que a empresa impetrante não teria comprovado habilidade da atual diretoria na gestão de pessoas, obrigação esta que acredita não estar prevista expressamente no Edital. Alega que a proposta por si apresentada foi mais vantajosa do que a vencedora, o que acarretou um prejuízo no importe de R$ 434.522,40 para a Administração Pública. Pugna pela concessão da liminar, nos moldes do artigo 7º, da Lei n. 12.016/2009.

A decisão inicial indeferiu o pedido liminar (fls. 526/528).

Informações prestadas pela autoridade impetrada (fls. 533/559).

Manifestação da Fazenda Pública do Estado de São Paulo (fls. 666).

Parecer da D. Procuradoria Geral de Justiça pela denegação da segurança (fls. 371/376).

É o relatório.

O presente mandado de segurança se volta contra o ato supostamente ilegal praticado pelo D. Presidente deste E. Tribunal de Justiça de São Paulo, que inabilitou a impetrante no Pregão Eletrônico n. 2023/116113, objeto do processo administrativo 275/2023, que visava a contratação de empresa especializada para a prestação de serviços de limpeza, asseio e conservação predial para o Complexo Judiciário Ministro Mário Guimarães e adjudicou o objeto do certame à empresa Vin Service Serviços Especializados Ltda.

Alega a impetrante, em síntese, que a decisão teria violado os princípios da vinculação ao ato convocatório, legalidade e seleção da melhor proposta, tendo em vista que os atestados apresentados durante o certame são documentos hígidos à comprovação de sua qualidade técnica.

A segurança deve ser denegada.

Nos moldes do subitem 5.1.2 do Edital de Convocação:

5.1.2. Qualificação Técnica:

5.1.2.1. A licitante deverá· comprovar que já prestou satisfatoriamente serviço similar ao objeto licitado, com quantidade de, no mínimo, 50% dos(as) funcionários(as) ou da área total previstos nos Anexos II e III, e por período continuado de, no mínimo, 12 (doze) meses, mediante apresentação de atestado e/ou declaração expedida por pessoa jurídica de

Acesso ao Sumário

direito público ou privado.

5.1.2.1.1. Para efeito de comprovação da quantidade de funcionários(as) ou áreas, será admitido o somatório de atestados e/ou declarações que se enquadrem na regra acima e desde que se refiram a serviços prestados em períodos concomitantes.

Denota-se que a exigência contida em referido dispositivo edilício se volta a assegurar a demonstração de experiência anterior por parte da licitante que a qualifique para os termos da contratação, o que deverá ser demonstrado por meio de atestados de capacidade técnica.

Não obstante a impetrante tenha apresentado tais atestados, restou constatado, através de diligências realizadas no curso do procedimento de licitação, não estar mais presente a estrutura organizacional da empresa, a qual foi vendida, permaneceu inoperante por um período considerável (ao menos três anos), tendo sido vendida em 21.12.2023, ocasião em que atravessou mudanças em sua diretoria.

Registre-se, ainda, que os atestados dizem respeito ao período de 2009 a 2012 (fls. 621/623), não tendo sido demonstrada a experiência da atual direção da empresa impetrante no ramo dos serviços objeto do pregão.

Neste contexto, os atestados por ela apresentados, por serem antigos e não refletirem a estrutura organizacional atual, não são capazes de atestar a exigência de experiência para o desempenho da atividade descrita no edital.

Imperioso consignar que referida exigência tem o escopo de aferir a capacidade técnica operacional que habilite a empresa ao desempenho do serviço e a exclusão da impetrante do certamente se deu justamente em atendimento aos princípios da vinculação ao ato convocatório, legalidade e seleção da melhor proposta.

Assim, não se evidencia o direito líquido e certo alegado pelo impetrante a justificar a concessão do "mandamus", motivo pelo qual a ordem deve ser denegada.

Em face do exposto, pelo voto, Denega-se a ordem.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança Cível nº 0010611-75.2024.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante CONSÓRCIO QUEIROZ GALVÃO – GALVÃO ENGENHARIA (ROMA), são impetrados PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO e SECRETÁRIO DA SECRETARIA MUNICIPAL DE INFRAESTRUTURA URBANA.

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, CASSA-

DA A LIMINAR. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 62.146)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores BERETTA DA SILVEIRA (Presidente), 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, FRANCISCO LOUREIRO, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, VICO MAÑAS, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, MATHEUS FONTES e AROLDO VIOTTI.

São Paulo, 5 de junho de 2024.

RICARDO DIP, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DO PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO QUE NÃO CONCEDEU EXPRESSAMENTE EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO INTERPOSTO EM PROCESSO ADMINISTRATIVO. EFEITO SUSPENSIVO, ENTRETANTO, QUE POSSUÍA PREVISÃO DE AUTOMATICIDADE EM DECRETO MUNICIPAL. FALTA DE INTERESSE DE AGIR.

– Mandado de segurança impetrado perante juízo incompetente. Correta redistribuição nos termos da regra do § 3º do art. 64 do Código de Processo civil.

– Eficácia *ipso facto* de suspensividade de decisões pendentes de recurso administrativo nos termos da normativa paulistana de regência.

– Segurança sem objeto real. Falta de interesse de agir.

Extinção do processo, sem resolução de mérito.

RELATÓRIO:

Versam os autos mandado de segurança impetrado pelo Consórcio Queiroz Galvão – Galvão Engenharia (Roma) contra ato do Prefeito do Município de São Paulo e do Secretário Municipal de Infraestrutura Urbana de São Paulo.

Historia o impetrante que, em 16 de dezembro de 2011, celebrou com a Municipalidade paulistana o contrato 184/SIURB/11, sagrado que fora vencedor do lote 04 da concorrência 019890100, cujo objeto era a *"contratação de empresa ou consórcio de empresas nacionais para a execução das obras e serviços do prolongamento da Avenida Jornalista Roberto Marinho, da Avenida*

Acesso ao Sumário

Lino de Moraes Leme até a Rodovia dos Imigrantes".

Instaurado, por apontada inexecução parcial do contrato quanto às obras das denominadas "Habitações de Interesse Social – =HIS 27 e 41", o processo administrativo 7910.2019/000643-6, o impetrante apresentou defesa prévia, que, por despacho, foi indeferida, sendo-lhe aplicada a penalidade de multa de R$ 2.844.198,97, calculada em 10% da parcela contratual que se disse não adimplida.

Sustenta que, a despeito da interposição de recurso administrativo, com requerimento expresso para concessão de efeito suspensivo e parecer favorável do Procurador da Assessoria da Secretaria de Infraestrutura Urbana de São Paulo, recebeu boleto para pagamento da multa com vencimento em 27 de dezembro de 2023. Diz, por fim, que o pedido de atribuição de efeito suspensivo ao recurso interposto sequer foi apreciado pelo Prefeito paulistano, em manifesta lesão de direito líquido e certo consistente na garantia da ampla defesa em processo administrativo de conteúdo materialmente penal, sujeitando-se, desse modo, à imediata execução de sanção desproporcional e de extrema gravidade.

Distribuiu-se a demanda à 13ª Vara da Fazenda Pública da Capital de São Paulo.

Deferiu-se a medida liminar postulada para *"suspender a exigibilidade e cobrança da multa indicada na inicial, cumprindo à Administração abster-se de sua cobrança ou executar atos de coerção com a finalidade de sua satisfação, até a prolação de decisão de acolhimento ou rejeição do efeito suspensivo ao recurso manejado pelo impetrante"* (*e*-págs. 259-60 e 353-4).

O Prefeito do Município de São Paulo e o Secretário Municipal de Infraestrutura Urbana de São Paulo apresentaram informações, indicando, em preliminar, a competência deste Tribunal de Justiça para análise e processamento do *mandamus*, nos termos do inciso III do art. 74 da Constituição paulista, uma vez que a impetração se deu contra ato do Prefeito do Município de São Paulo. No mérito, arguiram a falta de interesse processual, na medida em que, muito embora o cogitado efeito suspensivo não tenha sido formalmente deferido pela autoridade impetrada, sua concessão é automática, ante o que dispõe o art. 55 do Decreto local 44.279/2003 (de 24-12). Asseveraram, outrossim, que o procedimento previsto no âmbito municipal não prevê a cobrança da multa enquanto não houver decisão final sobre o recurso interposto, sendo desnecessário que o efeito suspensivo em tela seja declarado por qualquer autoridade que atue no processo (*e*-págs. 366-9).

A Promotoria pública da Comarca opinou pela remessa dos autos a este Tribunal, sustentando a incompetência do M. Juízo de origem para processar e julgar este *writ* (*e*-págs. 395-9).

Redistribuídos os autos ao Órgão Especial (*e*-pág. 406), ensejou-se vista à douta Procuradoria-Geral de Justiça (*e*-pág. 407), cujo parecer é pela denegação

da ordem, perante a falta de interesse processual (*e*-págs. 415-20).

É o relatório do necessário.

VOTO:

1. Trata-se de mandado de segurança cujo escopo é o de atribuir efeito suspensivo a recurso interposto em processo administrativo, recurso esse que visa à reforma de decisão que aplicou ao consórcio impetrante penalidade de multa no importe de R$ 2.844.198,97 por apontada inexecução de parcela de contrato celebrado com o Município de São Paulo, com expedição de boleto para pagamento exigível em 27 de dezembro de 2023.

2. O M. Juízo de origem observou a regra do § 3º do art. 64 do Código de processo civil – *"Caso a alegação de incompetência seja acolhida, os autos serão remetidos ao juízo competente"* –, encaminhando o feito a este Órgão Especial para observância do que dispõe o inciso III do art. 74 da Constituição do Estado de São Paulo.

3. Cabe aqui apreciar e decidir a existência de uma condição da ação: a do **interesse de agir**.

Há nos autos indicações de que a discutida penalidade de multa só é cobrada *(i)* se não interposto o recurso no prazo legal ou *(ii)* após a decisão que, eventualmente, negue provimento ao recurso, sendo, pois, de toda a sorte, desnecessária, quanto à disputada eficácia suspensiva, a manifestação das autoridades que atuam no processo.

Lê-se em manifestação constante dos autos

"muito embora o efeito suspensivo não tenha sido deferido formalmente pela autoridade a quo, *este (efeito) decorre automaticamente do procedimento previsto na norma municipal que regulamenta o procedimento em questão"* (e-págs. 370-1).

4. Dispunha, com efeito, o art. 55 do Decreto paulistano 44.279/2003 que: *"Aplicada a pena e* ***transcorrido o prazo recursal sem interposição de recurso ou denegado provimento ao recurso interposto****, executar-se-á a penalidade aplicada"* (a ênfase gráfica não é do original).

Esse decreto foi revogado em 27 de dezembro de 2022, antes, portanto, da interposição do versado recurso administrativo. Todavia, o Decreto local revogador – 62.100/2022 – possui redação símile à do anterior:

"Art. 145 – As penalidades administrativas são aquelas previstas na legislação federal, impondo-se, para sua aplicação, a observância dos seguintes procedimentos:

(...)

§ 1º – ***Aplicada a pena e transcorrido o prazo sem interposição de recurso ou denegado seu provimento, executar-se-á a penalidade aplicada****"* (ainda uma vez o realce gráfico não é da origem).

Frise-se que a mera expedição de boleto para pagamento da penalidade

objeto não constitui elemento idôneo para *(i)* afastar disposição normativa ou *(ii)* caracterizar ofensa a direito líquido e certo do impetrante, salientada a falta de indicação de outra providência alguma por parte da autoridade impetrada para a cobrança da multa infligida.

5. Assim, considerando que, *ipso facto*, tinha já efeito suspensivo o recurso interposto no processo administrativo 7910.2019/000643-6, **não há (nem antes houve) interesse de agir** a autorizar a vertente impetração.

ISSO POSTO, meu voto sugere, cassada a medida liminar, extinguir-se o processo, denegando-se a segurança, sem resolução de mérito, por ausente objeto real da lide e consequente falta de interesse de agir.

Sem condenação em honorários advocatícios. Custas e despesas processuais pelo impetrante.

É como voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança Cível nº 0216990-39.2010.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são impetrantes S.J.P. (ESPÓLIO), P.A.P. (ESPÓLIO) e Y.Y.P. (INVENTARIANTE), é impetrado PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DENEGARAM A SEGURANÇA, EM JUÍZO DE RETRATAÇÃO. V.U. IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. FERNANDO TORRES GARCIA. JULGAMENTO PRESIDIDO PELO EXMO. SR. DES. BERETTA DA SILVEIRA.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 40089)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores BERETTA DA SILVEIRA (Presidente), SILVIA ROCHA, NUEVO CAMPOS, CARLOS MONNERAT, DÉCIO NOTARANGELI, LUIZ ANTONIO CARDOSO, 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, LUIS FERNANDO NISHI e MARCIA DALLA DÉA BARONE.

São Paulo, 5 de junho de 2024.

TASSO DUARTE DE MELO, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA. Precatório. Sequestro de rendas. Novo exame. Inteligência do

Acesso ao Sumário

art. 1.040, inc. II, do CPC. Superveniente julgamento do RE 659.172-SP, com repercussão geral, que reconheceu a eficácia do regime especial de pagamento previsto na EC nº 62/09 entre a sua promulgação e 01.02.20, inclusive aos precatórios expedidos antes de sua vigência. Efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário. Exegese do art. 927, inc. III, do CPC. Doutrina. Extinção do pedido de sequestro de rendas. Regularidade. Ilegalidade ou abuso de poder. Inexistência. Segurança denegada.
Acórdão modificado.

VOTO

Trata-se de novo julgamento de mandado de segurança (fls. 2/14) impetrado pelo ESPÓLIO DE S.J.P. E OUTROS, nos termos do art. 13, *b*, do RITJSP, contra ato do PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO que extinguiu o pedido de sequestro de rendas, na conformidade da Emenda Constitucional n.º 62/09, que instituiu regime especial de pagamento de precatórios pelos Estados, Distrito Federal e Municípios.

O *writ* foi distribuído ao e. Des. José Renato Nalini, em substituição ao e. Des. Penteado Navarro (fl. 60), que indeferiu a liminar (fl. 61).

Foram prestadas informações (fls. 64/66).

A D. Procuradoria Geral de Justiça se manifestou pela concessão da segurança (fls. 68/83).

O MUNICÍPIO DE SÃO PAULO requereu seu ingresso (fls. 97/100 e 110/111).

Em sessão realizada em 16.03.11, o C. Órgão Especial concedeu a segurança (fls. 128/131), conforme o seguinte:

> "MANDADO DE SEGURANÇA. IMPETRAÇÃO PELO CREDOR CUJO PEDIDO DE SEQÜESTRO FORA DEFERIDO E ANTE A VIGÊNCIA DA EMENDA CONSTITUCIONAL 62/2009. CABIMENTO. O SEQÜESTRO JÁ FORA DEFERIDO ANTES DA PROMULGAÇÃO E VIGÊNCIA DA EMENDA CONSTITUCIONAL. DIREITO ADQUIRIDO DO CREDOR À CONSTRIÇÃO JUDICIAL. ORDEM CONCEDIDA. PRECEDENTES DO ÓRGÃO ESPECIAL DO TJSP."
> (TJSP, Órgão Especial, MS 0216990-39.2010.8.26.0000, Rel. Des. José Renato Nalini, unânime, j. 16.03.11)

O MUNICÍPIO DE SÃO PAULO interpôs recurso extraordinário (fls. 136/154), com contrarrazões (fls. 161/177).

A D. Procuradoria Geral de Justiça se manifestou pelo não provimento do recurso (fls. 196/208).

Foi negado seguimento ao RE (fls. 209/210).

Acesso ao Sumário

Sobreveio a interposição de agravo contra decisão denegatória de recurso extraordinário (fls. 213/222), com contrarrazões (fls. 225/233).

Foi deferido o efeito suspensivo (fls. 240/241, Item 1), sobrevindo manifestação (fls. 244/264).

O então DD. Presidente deste E. Tribunal de Justiça, e. Des. Ivan Sartori, determinou a suspensão do processamento do recurso até o julgamento do RE 659.172-SP (fls. 269/270), cuja tese fixada foi "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" (Tema n.º 519 – fls. 286/288).

Os autos foram devolvidos para novo julgamento (fl. 295), nos termos do art. 1.040, inc. II, do CPC.

O mandado de segurança foi redistribuído ao e. Des. Jarbas Gomes (fl. 301), que reconheceu o seu impedimento, nos termos do art. 144, inc. I, do CPC (fl. 302).

O mandado de segurança foi mais uma vez redistribuído (fl. 306).

É o relatório.

A hipótese é de MS impetrado por credores de precatório vencido e não pago, contra ato do PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO que extinguiu o pedido de sequestro de rendas, na conformidade da Emenda Constitucional n.º 62/09, que instituiu regime especial de pagamento de precatórios pelos Estados, Distrito Federal e Municípios.

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).

Acesso ao Sumário

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. No julgamento do RE 659.172-SP, com repercussão geral, foi fixada a tese que "**O regime especial de precatórios trazido pela Emenda Constitucional nº 62/2009 aplica-se aos precatórios expedidos anteriormente a sua promulgação, observados a declaração de inconstitucionali-**

dade parcial quando do julgamento da ADI nº 4.425 e os efeitos prospectivos do julgado" (Tema n.º 519 – fls. 286/288, destacou-se).

O v. acórdão foi assim ementado:

"Recurso extraordinário. Repercussão geral. Tema nº 519. Direito constitucional. Regime especial de precatórios da EC nº 62/2009. Artigo 97 do ADCT. Inconstitucionalidade reconhecida pelo STF. Questão de ordem. Efeitos prospectivos. Aplicação a precatórios já expedidos na vigência da EC nº 30/2000 (art. 78 do ADCT). Recurso extraordinário prejudicado em razão da quitação integral do débito. Perda superveniente de objeto recursal.

1. No julgamento da ADI nº 4.357/DF, o Tribunal Pleno declarou a inconstitucionalidade do regime 'especial' de pagamento de precatórios criado pela EC nº 62/09 destinado aos estados e aos municípios, por violação do princípio da separação de poderes, do postulado da isonomia, da garantia do acesso à justiça, da efetividade da tutela jurisdicional, do direito adquirido e da coisa julgada.

2. **Por força da tese prevalecente na apreciação da Questão de Ordem suscitada na ADI nº 4.425/DF, a declaração de inconstitucionalidade somente produziu efeito a partir de 1º de fevereiro de 2020, motivo pelo qual, no período entre a data da promulgação da EC nº 62/2009 e 1º de fevereiro de 2020, o sequestro de verbas públicas para pagamento de precatórios anteriores à referida emenda estava autorizado, desde que enquadrado nas novas hipóteses constitucionais que autorizavam o sequestro de verbas públicas, que eram excepcionais e incidiam exclusivamente para os casos nela especificados.**

3. No caso concreto, o procedimento de sequestro foi extinto em razão da quitação integral do débito, o que acarreta a prejudicialidade do recurso extraordinário, em razão da perda superveniente do objeto recursal.

4. Recurso extraordinário julgado prejudicado, fixando-se a seguinte tese para o Tema nº 519 de Repercussão Geral: **'O regime especial de precatórios trazidos pela EC nº 62/09 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'**."

(STF, Pleno, RE 659-172-SP, Rel. Min. Dias Toffoli, maioria, j. 25.09.23, destacou-se)

Ora, a declaração de inconstitucionalidade parcial – modulação de efeitos para emprestar eficácia do regime especial de pagamento previsto na EC nº 62/09 entre a sua promulgação e 01.02.20, inclusive aos precatórios expedidos antes de sua vigência – tem observância obrigatória (*i.e.* efeito vinculante) em relação aos órgãos do Poder Judiciário, a despeito de ter sido realizado em controle difuso (concreto) de constitucionalidade, na medida em que os Tribunais devem observar os acórdãos em julgamento de recurso extraordinário repetiti-

Acesso ao Sumário

vo, *ex vi* do art. 927, inc. III, do CPC.

Nesta medida, a conclusão do v. acórdão ora reexaminado, no sentido de que "os preceitos da EC 62/2009 não atingem situações consolidadas" (fl. 130) deve ser modificada, pois firmada a tese, em recurso repetitivo, de que "**O regime especial de precatórios trazidos pela EC nº 62/09 aplica-se aos precatórios expedidos anteriormente a sua promulgação**" (fls. 287/288, destacou-se).

Sobre o tema, a lição de Teresa Arruda Alvim Wambier *et. al.*:

"**Art. 927. (...) 4. Acórdãos proferidos em incidente de assunção de competência ou IRDR, REsp e RE repetitivos e enunciados de súmula do STF e do STJ – inciso III. O inc. III traz hipóteses também da obrigatoriedade, no sentido forte – são os acórdãos proferidos em incidente de assunção de competência, resolução de demandas repetitivas, julgamento de recurso especial ou extraordinários repetitivos.** (...)

4.1 O objetivo destes institutos ou, se se preferir, destes regimes diferenciados de julgamento de recursos, ou destes incidentes, IRDR, e IAC, é justamente o de gerar segurança e previsibilidade. Não teria sentido algum se não tivessem de ser respeitados. Sua razão de ser seria brutalmente desrespeitada e sua finalidade inteiramente comprometida."

(Teresa Arruda Alvim Wambier *et. al. Primeiros comentários ao Código de Processo Civil*: artigo por artigo. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, livro eletrônico, destacou-se)

Também, a lição de Luiz Guilherme da Costa Wagner Junior:

"(...) **é forçoso admitir que apenas às hipóteses referidas nos três primeiros incisos do *caput* se atribua o caráter vinculante do pronunciamento, não se podendo evitar a aplicação do entendimento fixado previamente**, senão na hipótese do *distinguish*, quando couber, se o caso, mediante audiência pública e concurso de órgãos e entidades que possam contribuir para o enriquecimento do debate sobre a tese.

Assim, **a expressão 'observarão' contida no *caput* do art. 927 do CPC significará que juízes e tribunais aplicarão o entendimento previamente fixado nas hipóteses:** das decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade, por força do § 2º do art. 102 da CF; dos enunciados de súmula vinculante, por força do art. 103-A da CF; e dos acórdãos em incidentes de assunção de competência, por força do art. 947 do próprio CPC, e **dos recursos especiais e extraordinários repetitivos, por força do art. 985 do CPC.**"

(Silas Silva Santos *et. al. Comentários ao Código de Processo Civil*: perspectivas da magistratura. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, livro eletrônico, destacou-se)

Em outras palavras, "Art. 1.039. (...) 2. Caráter vinculativo da decisão do recurso representativo. Tendo em vista a vinculatividade própria da decisão tomada em relação a recursos especiais ou extraordinários repetitivos (CPC

Acesso ao Sumário

927 III) para os juízes e tribunais inferiores, tais órgãos deverão pronunciar-se perante os demais recursos, de acordo com a decisão proferida" (Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery. *Código de Processo Civil comentado*. 21ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023, livro eletrônico, destacou-se).

Assim, inexistindo ilegalidade ou abuso de poder, deve ser denegada a segurança.

Segurança denegada.

Diante do exposto, reexaminando a matéria nos termos do art. 1.040, inc. II, do CPC, denega-se a segurança.

Representações Criminais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Representação Criminal/Notícia de Crime nº 2088342-16.2024.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é representante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é representado (...) (PROCURADOR DE JUSTIÇA).

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DETERMINARAM O ARQUIVAMENTO DOS AUTOS. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 51.247)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDO TORRES GARCIA (Presidente sem voto), 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: REPRESENTAÇÃO CRIMINAL/NOTÍCIA DE CRIME. Proposta de arquivamento dos autos pela Procuradoria Geral de Justiça. Acolhimento que é medida de rigor. Representação arquivada, nos termos do art. 3º, inc. I, da Lei nº 8.038/90, com as

Acesso ao Sumário

ressalvas do art. 18, do Código de Processo Penal.

VOTO

Vistos.

Trata-se de promoção de arquivamento apresentada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em relação à representação criminal formulada por W.S. em face do Dr. (...), (...) Procurador de Justiça da Procuradoria de Justiça Criminal do Ministério Público do Estado de São Paulo, autuada sob a SEI nº (...), na qual, em apertada síntese, atribuía-se ao mencionado Procurador a prática dos crimes de calúnia, injúria e abuso de autoridade, cometidos por este durante a elaboração de parecer juntado aos autos do processo nº (...).

O Procurador de Justiça Mario Antonio de Campos Tebet requereu o arquivamento do feito, diante da atipicidade dos fatos narrados.

É o relatório.

No caso em tela, manifestou-se o Parquet pelo arquivamento das peças de informação, observando que (fls. 04/06):

"A presente representação merece pronto arquivamento, ante a atipicidade dos fatos narrados.

Registre-se, de início, que, nos termos do que dispõe o artigo 222 da Lei Complementar Estadual 734/931, mesmo nos crimes de ação penal privada, quando a autoria é imputada a membros do Ministério Público, cabe com exclusividade ao Procurador-Geral de Justiça a colheita de subsídios aptos a sustentar a iniciativa do querelante, no curso de procedimento investigatório próprio, cuja instauração se condiciona à presença de justa causa.

Daí os motivos pelos quais se faz aqui a análise sobre a atipicidade dos fatos, inclusive no que toca aos delitos contra a honra imputados ao representante pelo representado.

Note-se que o representado proferiu as expressões consideradas ofensivas pelo representante por ocasião da elaboração de manifestação processual, no legítimo exercício de suas funções, amparado, portanto, pela imunidade judiciária conferida aos membros do Parquet.

Como se sabe, 'constituem prerrogativas dos membros do Ministério Público, no exercício de sua função', 'gozar de inviolabilidade pelas opiniões que externar ou pelo teor de suas manifestações processuais ou procedimentos, nos limites de sua independência funcional' (art. 41, inciso V, da Lei nº 8.625/93).

Significa que o órgão de execução do Ministério Público (assim como os magistrados e advogados) não comete crime contra honra quando, nos limites do debate da causa e no exercício de suas funções, se manifesta em juízo.

Acesso ao Sumário

Ademais, não se pode olvidar que para a configuração dos crimes descritos nos artigos 138, 139 e 140 do Código Penal se exige que a conduta do sujeito ativo seja impulsionada pelo dolo de dano, consubstanciado na vontade livre e consciente de macular a honra do sujeito passivo, caluniando-o, difamando-o ou injuriando-o (animus calumniandi, diffamandi vel injuriandi), o que, evidentemente, não ocorreu no caso sob lentes, pois o representando agiu imbuído pelo exclusivo propósito de revelar seu convencimento jurídico sobre os fatos debatidos nos autos.

Ausente, portanto, elemento subjetivo especial dos tipos mencionados, não há que se falar em crime contra honra.

O mesmo se diga em relação à imputação relacionada ao crime de abuso de autoridade.

Superficial análise do parecer firmado pelo representado é o suficiente para a constatação de que o seu subscritor não agiu com a finalidade específica de beneficiar ou prejudicar quem quer que seja, muito menos, por mero capricho ou para a satisfação pessoal, o que elide a tipicidade subjetiva de seu comportamento sob o enfoque do abuso de autoridade, em razão da ausência do elemento subjetivo especial exigido para a configuração de todo o crime de abuso de autoridade, nos termos do artigo 1º, § 1º, da Lei n. 13.869/2019.".

Ante tal quadro, como é sabido, não cabe recusa por parte deste Tribunal com relação à manifestação de arquivamento. Trata-se de promoção vinculativa, visto que oriunda do *dominus litis*. É nesse sentido o entendimento já consolidado há muito no Supremo Tribunal Federal (cf. Questão de Ordem na Ação Penal Originária nº 371-MG, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 12.05.2004) e no âmbito deste Egrégio Órgão Especial (v.g., Representação Criminal nº 2128691-32.2022, Rel. Des. Campos Mello, j. 27.07.2022).

Sendo assim, o arquivamento da presente representação criminal é medida de rigor.

Por esses motivos, acolhendo o parecer da douta Procuradoria, determino o arquivamento dos autos, nos termos do art. 3º, I, da Lei nº 8.038/90, ressalvado o disposto no art. 18 do Código de Processo Penal, fazendo-se as devidas anotações e comunicações de praxe.

Acesso ao Sumário

CÂMARA ESPECIAL

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1002937-82.2023.8.26.0123, da Comarca de Capão Bonito, em que é apelante A.D.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: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 40.654)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores BERETTA DA SILVEIRA (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e XAVIER DE AQUINO (DECANO).

São Paulo, 6 de maio de 2024.

CAMARGO ARANHA FILHO, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: APELAÇÃO – INFÂNCIA E JUVENTUDE – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ELEIÇÃO PARA CARGO DE CONSELHEIRO TUTELAR – Sentença que reconheceu que o requerido não preenche os requisitos legais exigidos para exercer o cargo de membro do Conselho Tutelar e determinou a cassação da sua candidatura – Pedido recursal visando ao reconhecimento da falta de interesse processual e reforma da sentença – Inadmissibilidade – Presente o interesse de agir, tanto em relação à necessidade de controle jurisdicional, quanto no que toca à idoneidade da via eleita. Legitimidade ativa do Ministério Público para a tutela de interesses coletivos – Não preenchidos os requisitos legais estabelecidos na Lei Complementar do Município e no Edital de abertura de do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente para a candidatura e exercício do cargo de Conselheiro – Sentença mantida – RECURSO DESPROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de apelação interposta por A.D.O. contra a r. sentença de fls. 112/117, proferida pelo MM. Juízo da 2ª Vara da Comarca de Capão Bonito, que julgou procedente pedido formulado nos autos da *ação civil pública* ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo para reconhecer que o requerido A.D.O., ora apelante, não preenche os requisitos legais exigidos para exercer o cargo de membro do Conselho Tutelar e, consequentemente, determinar a cassação de sua candidatura e anular a sua eleição, ficando vedada a sua nomeação e posse, com a nomeação, em sua substituição, do respectivo suplente.

O apelante aduz, em síntese, que não haveria se cogitar de impedimento de participar no processo de escolha dos membros do Conselho Tutelar, porque não houve violação das disposições normativas de sua parte, pontuando não mais subsistir condenação anterior que o destituiu do cargo, por suposta inidoneidade moral. Por outro lado, sustenta que a eleição para o cargo de conselheiro tutelar é realizada sob o comando de um Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, desvinculado da estrutura da Justiça Eleitoral e do sistema político, e que a decisão do recurso, favorável ao recorrente, tem autonomia e eficácia, não podendo ser invalidada, carecendo interesse de agir ao apelado.

Argumenta possuir idoneidade moral para a candidatura a membro do conselho tutelar, conforme o disposto no artigo 133, I, do Estatuto da Criança e do Adolescente, considerando que exerceu função de conselheiro por 2 (duas) vezes, sendo eleito por quatro vezes ao cargo de conselheiro, o que demonstra ser uma pessoa irrepreensível.

A par desses argumentos, pugna pela reforma da r. sentença, para que seja julgado improcedente o pedido (fls. 124/128).

O apelado apresentou contrarrazões (fls. 135/137) e a Douta Procuradoria-Geral de Justiça se manifestou pelo não provimento do recurso (fls. 141/145).

É o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso de apelação para, no mérito, negar-lhe provimento.

Em primeiro lugar, em que pesem os argumentos do apelante, não há que se falar em ausência de interesse processual do apelado, porque, *in casu*, delineia-se tanto o *interesse-necessidade*, condizente com a inevitabilidade do controle jurisdicional, quanto o *interesse-adequação*, caracterizado pela idoneidade da via processual eleita.

Em linha argumentativa, tampouco há se cogitar de ilegitimidade ativa *ad causam*, porque avulta o poder constitucional conferido ao Ministério Público de promoção da ação civil pública para a tutela de interesses difusos e coletivos, como se extrai do artigo 129, III, da Constituição, que irradia os seus efeitos para uma série de regras infraconstitucionais, com destaque para o artigo 25,

Acesso ao Sumário

IV, *a*, da Lei Ordinária Nacional do Ministério Público; o artigo 1º, IV, da Lei 7.347/1985 ("Lei da Ação Civil Pública"); e o artigo 201, V, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Aliás, a circunstância de a Lei Complementar 125/2023 do Município de Guapiara/SP imbuir ao Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente o dever de regulamentar o processo de escolha dos membros dos Conselhos Tutelares, atribuindo-lhe as funções de órgão consultivo, deliberativo e fiscalizador do certame, como estabelecem os seus artigos 11 e seguintes (fls. 26/60), em nada afeta, em absoluto, o poder-dever de controle da legalidade constitucional atribuído ao Ministério Público, como, aliás, reconhece o próprio artigo 12, da referida lei municipal (fl. 30).

Superada essa questão, quanto ao cerne, é irretocável a r. sentença, que bem analisou as questões postas sob julgamento e lhes conferiu adequado tratamento jurídico, como se observa, *in verbis*:

> *Vale ressaltar que os requisitos constantes na Lei Municipal constaram de forma expressa no item 3.1 do Edital n. 01/2023/CMDCA (fls. 62), o qual abriu as inscrições para o processo de escolha de membros do Conselho Tutelar de Guapiara/SP em que foi eleito o ora requerido.*
>
> *De fato, restou comprovado nos autos, pelo documento de fls. 9/18, que o requerido foi anteriormente destituído do cargo de membro de Conselho Tutelar por sentença transitada em julgado, proferida nos autos da Ação Civil Pública nº 1000501-58.2020.8.26.0123, não podendo, portanto, concorrer ao mesmo cargo por não preencher o requisito previsto no inciso VI, da Lei Municipal nº 09/2023.*
>
> *De mais a mais, nos autos da Ação Civil Pública nº 1000501-58.2020.8.26.0123, o requerido foi condenado em razão da prática de boca de urna no dia da eleição, conduta expressamente vedada e que demonstrou a inidoneidade moral do candidato. Aqui ressalto que a idoneidade moral também é requisito para concorrer ao cargo em discussão, nos termos do art. 133, I, do ECA e art. 16, I, da Lei Municipal nº 09/2023.*
>
> *Com efeito, não obstante o Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente do Município de Guapiara/SP tenha acatado o recurso do requerido, deferindo sua candidatura, é evidente que tal decisão deu-se em dissonância com o estabelecido na lei e no Edital n. 01/2023/CMDCA.*
>
> *É sabido que o controle judicial sobre os atos da Administração é exclusivamente de legalidade, restrito à verificação da conformidade do ato com a norma legal que o rege não podendo o Judiciário substituir a Administração nos pronunciamentos que lhe são privativos, em especial adentrar o exame do mérito do ato administrativo.*
>
> *Nessa linha, não compete ao Poder Judiciário intervir no mérito do ato administrativo impugnado, exceto quando constatadas ilegalidade ou abusividade. Esse é o caso dos autos.*

Acesso ao Sumário

Com efeito, o requerido não preencheu os requisitos previstos no art. 133, I, do ECA, no art. 16, I, da Lei Municipal nº 09/2023 e no item 3.1 do Edital n. 01/2023/CMDCA, de forma que não estava apto a concorrer ao cargo de membro do Conselho Tutelar. No entanto, a Comissão Eleitoral, em desrespeito às normas e ao estabelecido no edital, decidiu pelo deferimento da candidatura.

A procedência da pretensão inicial é, pois, medida de rigor.

Inexiste razão para se alterar o conteúdo da r. sentença, porque, decerto, o apelante não reunia os requisitos indispensáveis à candidatura a membro do Conselho Tutelar. O artigo 16, VII, da referida lei complementar municipal estabelece que o interessado a concorrer ao cargo de Conselheiro Tutelar terá que comprovar que não foi destituído ou suspenso do cargo de membro do Conselho Tutelar em mandato anterior, por decisão administrativa ou judicial (fl. 33). No mesmo sentido é a exigência constante do item 3.1, VII, do edital do certame (fl. 62).

A par dessa normativa, à evidência o apelante não satisfaz tais requisitos, em razão da anterior perda do cargo de Conselheiro Tutelar, por força da prática da conduta de "boca de urna", que redundou no reconhecimento de sua inidoneidade moral (Processo 1000501-58.2020.8.26.0123, fls. 9/18).

Referida regra não é flexibilidade por, por desatender a requisito de ordem objetiva, que não é relevado por decisão administrativa do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente (fls. 19/20), cuja discricionariedade não obsta o exercício de controle jurisdicional de legalidade, especialmente, do cumprimento dos requisitos de natureza objetiva, sob a pena de violação à própria garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional, prevista no artigo 5º, XXXV, da Constituição da República.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO AO RECURSO**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1500073-73.2024.8.26.0189, da Comarca de Fernandópolis, em que é apelante G.N.R. (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 61859)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores BERETTA DA SILVEIRA (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e CAMARGO ARANHA FILHO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

Acesso ao Sumário

São Paulo, 10 de maio de 2024.

HERALDO DE OLIVEIRA, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: APELAÇÃO. INFÂNCIA E JUVENTUDE. Ato infracional equiparado ao crime de tráfico de drogas (artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/06). Materialidade e autoria suficientemente demonstradas. Cabimento da medida de internação. Necessidades pedagógicas, condições pessoais, circunstâncias e gravidade concreta da infração consideradas. Indicativos de significativo envolvimento do adolescente com a prática de tráfico de drogas. Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de apelação interposta contra a sentença de fls. 152/168, que julgou procedente representação oferecida pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO** contra o adolescente **G.N.R.**, reconhecendo a prática do ato infracional equiparado ao delito de tráfico de drogas (artigo 33 da Lei n. 11.343/06), com aplicação da medida socioeducativa de internação.

Por sua defesa, apela o representado, sustentando, em síntese, ausência de provas para a condenação, tendo em vista que o apelante não foi encontrado traficando e não foi presenciada venda ou entrega de drogas. Requer a absolvição do apelante e, subsidiariamente, a aplicação de medida socioeducativa de semiliberdade, haja vista que o jovem estaria em situação de trabalho infantil (fls. 190/195).

Apresentadas contrarrazões (fls. 210/214), subiram os autos e a Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo desprovimento do recurso (fls. 224/227).

É O RELATÓRIO.

Consta da representação que, no dia (...), por volta das (...), na (...), altura do n. (...), (...), na cidade de (...), o adolescente G.N.R. guardava, para fins de tráfico, 0,66g de cocaína na forma de "crack", substância entorpecente capaz de causar dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Segundo apurado, policiais militares realizavam patrulhamento pela cidade na madrugada dos fatos, quando, próximo ao estabelecimento "Bar (...)", região conhecida por ocorrência de tráfico de drogas, avistaram três pessoas reunidas no canteiro central da avenida, estando dois deles em pé em frente ao terceiro indivíduo. Ante referida situação suspeita, indicativa da traficância de entorpecentes, iniciou-se tentativa de abordagem deles, tendo os dois indivíduos que estavam em pé empreendido fuga e o ado-

Acesso ao Sumário

lescente G. permanecido no local. Em buscas, na grade de um bueiro próximo do local onde o representado estava sentado, foi encontrada uma porção de "crack", além de apreendida no bolso da bermuda dele a quantia de R$ 240,00, cuja origem G. confirmou ser da venda de drogas, acrescentando que adquiriu entorpecentes na cidade de (...), na quantidade aproximada de 4g, pelo valor de R$ 100,00, tendo-a fracionado e vendido em porções menores (fls. 32/35).

Encerrada a instrução processual, sobreveio sentença de procedência, reconhecendo a autoria e a materialidade do ato infracional equiparado ao delito de tráfico de drogas (artigo 33 da Lei n. 11.343/06), aplicando a medida socioeducativa de internação ao adolescente (fls. 152/168).

A materialidade infracional está demonstrada pelo boletim de ocorrência alusivo aos fatos (fls. 04/06), pelo auto de exibição e apreensão (fls. 09), pelo laudo pericial (fls. 11/15) e pelas demais provas produzidas no feito.

A autoria, da mesma forma, é inquestionável.

Perante a autoridade policial, informalmente, consta do Boletim de Ocorrência, o jovem confirmou ter adquirido a droga em (...) na manhã do dia anterior aos fatos (fls. 04/06), pelo auto de exibição e apreensão (fl. 9), pelo laudo pericial (fls. 137/139) e pela prova oral.

Em juízo, o adolescente alegou que a droga não era dele e que teria confessado após agressão (fl. 197).

Ouvido em juízo, o policial militar *V.L.C.* confirmou o quanto declarado em solo policial, afirmando que, em patrulhamento, próximo ao "Bar (...)", avistaram três indivíduos reunidos no canteiro central da avenida (...), dois dos quais estavam em pé em frente ao terceiro indivíduo que estava sentado na guia, em situação que sugeria que estavam negociando entorpecente, oportunidade em que decidiram pela abordagem dos suspeitos. Os dois que estavam em pé empreenderam fuga, e o terceiro, adolescente apelante, permaneceu no local. Na grade de um bueiro ali existente, uma porção de crack foi apreendida. Em busca pessoal, também localizaram R$ 240,00, em espécie, que estava no bolso da bermuda do adolescente, o qual confirmou ser proveniente de venda de droga, acrescentando que adquiriu entorpecente em (...), na quantidade de 4g, pelo valor de R$ 100,00; que o teria fracionado e vendido em porções menores (fls. 01/03 e 197).

No mesmo sentido foi a fala do policial militar *E.V.S.* Disse que, na data dos fatos, patrulhava pelas imediações do local, quando se deparou com o adolescente em atividade de tráfico (fls. 01/03 e 197).

Em que pese G.N.R. tenha negado a prática do ato infracional em juízo, sua versão está isolada nos autos e foi infirmada pelas provas produzidas no feito. Pontue-se, inclusive, que a alegação de que fora agredido a fim de que confessasse a prática do ato infracional não encontra respaldo na declaração de fl. 17, que atestou que o adolescente não apresentava lesão.

Acesso ao Sumário

A imputação de autoria que recai sobre o apelante está em consonância com os relatos firmes e precisos dos policiais militares ouvidos durante a instrução. Ambos salientaram, ainda, que o adolescente confessou a prática do ato infracional no momento da abordagem, dando inclusive informações sobre a aquisição da droga em outra cidade. Assim, não há qualquer razão para não se conferir credibilidade aos seus depoimentos, na medida em que não haja interesse pessoal em imputar, falsamente, a prática de infração grave ao adolescente. Ademais, cuida-se de agentes públicos que gozam de presunção de idoneidade no exercício da função.

A propósito do depoimento dos agentes públicos, policiais ou guardas civis, não é demais ressaltar já ter decidido o Egrégio Superior Tribunal de Justiça que *"o depoimento de policiais constitui meio de prova idôneo a embasar o édito condenatório, mormente quando prestado ou corroborado em Juízo, no âmbito do devido processo legal"*[1].

Também não há dúvidas de que se tratou de conduta equiparada ao crime de tráfico de drogas, diante das circunstâncias da apreensão. Desse modo, considerando todo o conjunto probatório que consta dos autos, a autoria do adolescente está bem provada, de modo que a procedência da representação era mesmo de rigor.

No que tange à medida socioeducativa de internação, a sentença também não merece reparos.

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, bem como os 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"*.

Acesso ao Sumário

Não há como ignorar a gravidade em concreto do ato infracional praticado, análogo ao crime de tráfico de drogas, equiparado àqueles considerados hediondos (artigo 2º da Lei nº 8.072/90) e, portanto, inafiançável e insuscetível de graça ou anistia. O tráfico de drogas é atividade organizada, cujo controle é disputado com extrema violência e gravíssimas ameaças, inclusive contra usuários. E quem participa dessa cadeia dela se beneficia, havendo inequívoca relação entre o ato de traficar e a violência que sua prática exige. A gravidade concreta da infração, que envolve substância de alto poder viciante e destrutivo ("Crack"), pode e deve ser levada em conta quando da fixação da medida socioeducativa. Assim, é perfeitamente possível a internação em caso de ato

1 Superior Tribunal de Justiça, 5ª Turma, *Habeas Corpus* 261.170/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, Data de julgamento: 01 de abril de 2014.

infracional equiparado a crime de tráfico de entorpecentes, pois tal prática expõe o adolescente às violências física e psicológica do meio delitivo, justamente no período de formação de sua personalidade.

O relatório polidimensional indica envolvimento com más companhias, com o meio infracional, consumo de maconha desde os 14 anos e amparo familiar fragilizado (fls. 143/148)

Além disso, as condições pessoais do apelante também recomendam a medida socioeducativa de internação aplicada, haja vista que o adolescente é reincidente específico e recebera antes medida de liberdade assistida (fls. 19 e 22/30).

Assim, diante gravidade da infração e das condições pessoais do adolescente, a medida de internação é a mais adequada ao recorrente.

Não se pode perder de vista que as medidas socioeducativas, por força da doutrina da proteção integral, preconizada pelo art. 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente, têm o escopo primordial de ressocialização. 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. 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.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1003264-92.2023.8.26.0554, da Comarca de Santo André, em que é apelante N.C.S.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: "Negaram provimento ao apelo. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº AC-0510/24-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, 5 de junho de 2024.

TORRES DE CARVALHO, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Acesso ao Sumário

Ementa: AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. Sentença procedente. Insurgência da genitora. Descabido o recebimento do recurso em duplo efeito (art. 199-B, ECA). No mérito: Criança acolhida logo após o nascimento em razão do contexto familiar permeado por vulnerabilidade. Genitora viciada em entorpecentes, com histórico de prisão e abandono de prole. Situação de risco comprovada. Conjunto probatório favorável à destituição familiar indica a incapacidade protetiva da genitora. Ausência de família extensa em condições de amparar a infante. A menor não pode passar a sua infância e adolescência à espera de que a genitora reúna as condições para assumir as suas responsabilidades parentais. Infante mais protegida e com os direitos preservados sob a guarda de família substituta apta a adotá-la. Preservação do Princípio da Proteção Integral e do Melhor Interesse da criança e do adolescente – Recurso não provido.

VOTO

1. A sentença de fls. 375/380 julgou procedente a ação de destituição do poder familiar ajuizada peço **MINISTÉRIO PÚBLICO** em face de **N.C.S.O.**, genitora da menor **M.S.O.**, nascida em (...).

Apela a genitora alegando, em síntese, que o tratamento do vício em álcool e entorpecentes não é simples. Aduz que a apelante demonstrou proatividade na busca pelo tratamento no CAPS-AD; destaca o teor do art. 19, do ECA, concernente ao direito à convivência familiar, preferencialmente, na família de origem; a falta de fundamento legal para a destituição do poder familiar e a possibilidade da manutenção da menor junto à mãe, cujo empenho e desejo de melhorar de vida são notórios. Justifica ter sido presa pelo fato de ser pobre e vulnerável e destaca a crueldade do sistema judiciário que prefere tirar a criança da mãe a reintegrá-la ao seio familiar. Pleiteia à concessão do efeito suspensivo e, ao final, pugna pelo provimento do apelo (fls. 386/396).

Foi o recurso respondido (fls. 400/404). Opinou a douta Procuradoria Geral da Justiça pela manutenção da r. sentença hostilizada (fls. 420/426). Não houve oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

2. Descabido o recebimento do recurso em duplo efeito. O art. 199-B do Estatuto da Criança e do Adolescente é claro ao dispor que *"A sentença que destituir ambos ou qualquer dos genitores do poder familiar fica sujeita a ape-*

Acesso ao Sumário

lação, que deverá ser recebida apenas no efeito devolutivo". O dispositivo tem o escopo de assegurar os direitos de prioridade absoluta e proteção integral estabelecidos pela Constituição e pela Lei nº 8.069/90, mormente, em casos como o presente, com histórico de acolhimento institucional e evidente privação do menor ao direito fundamental à convivência familiar. A genitora está proibida de exercer o poder familiar desde o início do feito – e nascimento do infante – razão pela qual seria inapropriado e incoerente, nesse momento, a concessão do direito de visitas requerido.

3. Fatos. Infere-se dos presentes autos e da ação correlata, de acolhimento institucional (proc nº *(...)*) que a menor em tela – sem paternidade reconhecida – foi acolhida logo após o nascimento, em razão da constatada ausência de condições da genitora para o exercício dos deveres inerentes ao poder familiar.

Ao que consta, por ocasião do nascimento de M., a genitora confirmou o uso de substâncias psicoativas e álcool durante a gestação, referiu se encontrar em situação de rua e não soube indicar familiares que pudessem se responsabilizar pela criança, daí o acolhimento emergencial, efetivado em 09.08.2022 e, ulteriormente, ratificado pelo MM. Juízo (fls. 24/25 – proc nº *(...)*).

Segundo a exordial, a apelante contatou o SAT do Hospital para obter informações sobre a filha, oportunidade em que afirmou estar residindo com sua genitora e ter buscado atendimento do CAPS-AD, manifestando o interesse em assumir os cuidados da filha. Todavia, de acordo com o relatório do CAPS-AD, não houve adesão aos encaminhamentos propostos.

Extrai-se do PIA (fls. 216/224 – proc nº *(...)*), que a despeito do empenho da rede socioassistencial no sentido de fortalecer os vínculos parentais entre mãe e filha e auxiliar na superação das condições de drogadição, a apelante não demonstrou efetivo comprometimento para se reestruturar; verbalizou as dificuldades de se manter equilibrada e confessou o contínuo uso de entorpecentes:

> *"Devido à pouca idade de M., a criança não manifesta vínculo afetivo com a mãe, nas visitas permanece no colo da genitora sem estranhamentos ou incômodos. Observamos que as visitas da genitora no SAICA, além de ocorrer com atrasos a Sra. N. sempre chega agita, com perfume forte, ao segurar M. no colo a mãe a balança bastante, tendo a equipe técnica orientar sobre os cuidados com os movimentos para não afetar a saúde da criança. Em reunião com a rede socioassistencial realizada na data de 20/01/2023, foi compreendido que a genitora não tem realizado os acompanhamentos e o plano de metas realizado anteriormente, não reunindo condições para o trabalho de desacolhimento de M., assim, houve um acordo entre as equipes que seria viável a suspensão das visitas da Sra. N. no SAICA.*
>
> *A genitora foi informada da suspensão pela equipe técnica do SAICA na data de 24/01/2023, no momento a Sra. N. se demostrou frustrada mas*

Acesso ao Sumário

confirmou não comparecer nos atendimentos do CREAS I, CRAS, CAP-Sad, Defensoria Pública e nos agendamentos do Poupatempo, ocorrendo uma reflexão a respeito do que vinha fazendo para o desacolhimento da filha e que mesmo com a suspensão ela poderia procurar os equipamentos, desde então a Sra. N. não procurou mais essa equipe."

Nesse contexto, foi proposta a presente demanda. O pedido liminar de suspensão do poder familiar e proibição de visitas foi deferido (fls. 213/215). A genitora foi, inicialmente, citada por edital (fls. 255) e transcorrido o prazo para oferecimento de contestação (fls. 260), foi-lhe nomeado curador de ausentes (fls. 265). A Defensoria Pública apresentou contestação por negativa geral (fls. 274/278), noticiando que N. estava reclusa no CDP Feminino de Franco da Rocha e requereu a improcedência da ação. Posteriormente foi realizada a citação pessoal de N. na aludida Penitenciária (fls. 317), continuando a Defensoria Pública a representá-la.

O estudo psicológico realizado no bojo do presente feito (fls. 335/339) indicou o contexto de vida permeado por vulnerabilidade, sobretudo pelo uso contumaz de drogas, concluindo favoravelmente à destituição do poder familiar:

"N. contou que foi presa em 28 de junho pp., após ter roubado produtos higiênicos de uma farmácia com a intenção de vendê-los ou os trocar para o uso de 'crack' (...)

N disse que ganhou um terreno das pessoas da comunidade (...) e os estava reformando, mas que, atualmente, escreveu cartas à mãe, sendo que o irmão respondeu positivamente, onde solicitava o retorno à residência materna. Ocorre que a mãe de N sofreu um AVC e está com as funções limitadas, motivo pelo qual não teria condições para exercer a guarda da neta, ao contrário, demandava cuidados especializados.

Relatou que a filha possui uma madrinha, que poderia permanecer com a guarda da menina até que finalizasse sua obrigação com o Estado.

Sra. N foi amplamente orientada por este Serviço Auxiliar, que independentemente da decisão da MMªJ, o caminho para recuperação é longo e demanda disciplina (...)

Parecer Técnico:

Esclarece-se que a Sra. N faz uso há muitos anos (de entorpecentes), tem um filho, o qual estava sob a guarda de seu progenitor, visto as dificuldades que sempre apresentou em função da dependência química.

Quando a Sra. N esteve em atendimento neste Setor encontrava-se com sinais nítidos do uso, ou seja, magreza, pele ressecada e envelhecida, agitação, baixa tolerância a frustração e crítica prejudicada. Contudo, durante seu encarceramento foi obrigada a ser afastar do consumo e disse 'ter feito um voto com Deus' para não usar mais crack e ter a vida de volta. (...)

Acesso ao Sumário

Contudo, durante todo o tempo em que a Sra. N foi atendida e acompanhada pela rede municipal de serviços associados à garantia de direitos deste município, verificou-se que permaneceu vulnerável ao consumo de SPA, instável e pouco responsiva as orientações e encaminhamentos, sendo a possível recuperação um longo percurso, a começar pela sensibilização.

Em se tratando da suposta madrinha, salientamos que muitas pessoas aproximam-se de pessoas dependentes e/ou em situação de risco e vulnerabilidade, para, posteriormente, adotar irregularmente seus bebês (...) não havendo garantias de que a mãe terá convivência ou voltará a exercer a maternidade protetiva e consciente.

Ocorre que estamos tratando da vida de uma criança que infelizmente não possui poder de decisão e família extensa que possa promover segurança e atenção às demandas para seu franco desenvolvimento enquanto a genitora procura desenvolver recursos para lidar com o consumo sistemático e problemático do SPA.

Este serviço é desfavorável a M. aguardar o 'tempo' de recuperação da genitora, o qual não sabemos qual será, ante as escolhas, instabilidade e ambiguidade apresentadas por N até esse momento, passando os primeiros anos de vida e, mais importantes para o desenvolvimento saudável, em instituição de acolhimento."

Em cumprimento ao disposto pelo art. 161, § 4º, do ECA, a apelante, sob custódia do Estado, foi ouvida em Juízo, ocasião em que corroborou os fatos narrados pela inicial e demonstrados pela prova técnica (fls. 320/321):

"Já fui outras vezes presa... Minha filha foi acolhida pela minha dependência química... Fazia uso de 'crack'. (...) Eu tenho minha mãe que sofreu AVC e ela não fala e, o lado direito é comprometido. (...) Eu tenho outro irmão que já foi preso, saiu em dezembro e também não pode ficar com a guarda da minha filha. Eu acredito que é porque ele cuida da minha mãe. Acho que seria muita coisa para ele. (...) O pai da criança é falecido faz quatro meses (...) Sei que perdi minha filha por causa do 'crack', do uso, da minha dependência química e sei que não corri atrás. (...) Cheguei passar pelo CAPS, mas não dei continuidade. Fiz uso de drogas por alguns anos. Comecei com 'cocaína' e depois fui para o 'crack'. (...) Tenho 35 anos e nunca fiz nada. Passei muito tempo presa. (...) Já usei muita droga, fiz muita coisa. (...) Usei 'crack' o período em que fiquei na rua, usei dois anos, depois eu fiquei um ano e três meses na rua. Usei ao total cinco anos 'crack'...".

4. À luz dos elementos de convicção existentes nos autos, verifica-se que a manutenção dos termos da r. sentença vai ao encontro dos interesses da criança e é medida incontornável.

Acesso ao Sumário

No decorrer do acompanhamento foram amealhadas provas que, além de outros fatores, retrataram a incontroversa falta de condições da genitora para o exercício dos deveres parentais. Para além do histórico de drogadição e do envolvimento com o crime, N. tem outro filho que também não se encontra sob sua responsabilidade. A genitora necessita de auxílio para o próprio autocuidado e reorganização, o que não ocorre em razão da resistência em aderir às proposições da rede protetiva.

Não se ignora a situação de extrema vulnerabilidade e, tampouco, que a genitora poderá se recuperar e superar o vício, todavia, o tempo da criança é outro. É essencial que se viabilize o pleno desenvolvimento da menor, em lar sadio e que lhe assegure todos os seus direitos fundamentais.

No mais, não se vislumbrou possibilidade de colocação da criança em família extensa, haja vista, conforme menção supra, a frágil condição de saúde da progenitora, a qual demanda cuidados. Também não foram localizados outros familiares dispostos e em condições de assumir a guarda da criança, lembrando que a menina não conta com pai registral.

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 art. 1.638, inciso II, do Código Civil, e do art. 24 do ECA.

Incabível aguardar indefinidamente a reorganização da genitora, para que a filha possa viver dignamente, mormente, quando a mãe não se empenhou, suficientemente, nesse sentido, a despeito das oportunidades oferecidas.

Na mesma linha, ponderou a D. Procuradoria Geral de Justiça:

"Diante da frustração de todas as estratégias de para garantir a reestruturação de N., e consenso das equipes de atendimento pela colocação da menor em família substituta (fls. 172/179, 199/203, 207/209), é que se ajuizou a presente ação de destituição do poder familiar, posto a ausência de qualquer perspectiva de desenvolvimento de aptidão para assumir os cuidados da prole em curto prazo, somado à nova prisão ocorrida em junho/2023, por furto em farmácia para consumo de crack (fls. 346/350, 335/339), sem perspectiva de soltura em curto prazo, graças às condenações e prisões anteriores.

Apesar dos esforços realizados, não se localizou nenhum familiar apto para assumir os cuidados da infante, posto a fragilidade da condição de saúde da avó materna e incapacidade dos irmãos de N., considerando que um deles saiu da prisão há pouco tempo, mas estaria se dedicando aos cuidados da mãe.

Assim, a discordância de N. com a destituição do poder familiar apresentada em juízo (fls. 320), resta isolada diante do conjunto probatório amealhado (...)

Para além de todo o exposto, consta dos autos próprios, que tramitam

em segredo de justiça, que a infante se encontra inserida em família substituta interessada e apta à adoção desde janeiro de 2024. A menina está sendo assistida e protegida ampla e integralmente pelos pretendentes à adoção, em exercício do direito à convivência familiar (art. 19 do ECA), conferindo-lhe o amparo estrutural e emocional apropriados (fls. 427 – proc nº *(...)*).

5. Posto isso, com fundamento no que dispõe o Estatuto da Criança e Adolescente, tem-se que a solução adotada pela r. sentença atende ao Princípio da Proteção Integral e ao Superior Interesse da menor, preceitos resguardados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

O voto é pelo **desprovimento** do apelo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1048129-60.2022.8.26.0224, da Comarca de Guarulhos, em que são apelantes R.B.S. e D.N.P., é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Não conheceram do apelo de D.N.P e negaram provimento ao recurso de R.B.S. V.U. Sustentou oralmente o advogado Dr. Rafael Pires de Souza. Fez uso da palavra o representante do Ministério Público, Procurador Dr. João Antonio Bastos Garreta Prats", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36.549)**

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 junho de 2024.

XAVIER DE AQUINO, Decano e Relator

EMENTA: APELAÇÃO – ECA – DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR – Sentença que julgou procedente ação de destituição do poder familiar dos genitores – Apelo alegando, em síntese, preliminar de cerceamento de defesa e, no mérito, não-configuração das hipóteses autorizadoras da destituição do poder familiar – Da análise da admissibilidade recursal do apelo do genitor, verifica-se a intempestividade, como bem anotado, preliminarmente, no parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça – Intempestividade

Acesso ao Sumário

manifesta – Existência de provas suficientes e seguras quanto a situação de risco das crianças – Acervo probatório apto a demonstrar o descumprimento dos deveres inerentes ao poder familiar – Situação fática que perdura ao longo do tempo – Estudos técnicos juntados e tidos por suficientes – Comprovação da hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o artigo 22, do Estatuto da Criança e do Adolescente e artigo 1.638, II, do Código Civil – Observância aos Princípios da Prioridade Absoluta e do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente – Recurso não conhecido de D.N.P e Recurso não provido de R.B.S.

VOTO

Trata-se de recursos de apelação interposto por R.B.S. e D.N.P., genitores das crianças D.S.B.S. (d.n. (...)) e P.H.S.P. (d.n. (...)), contra a respeitável sentença de fls. 803/807, que julgou procedente a ação de destituição de poder familiar ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo com fundamento no abandono realizado às crianças.

Em grau de recurso, apela a genitora R.B.S., por meio de curadora especial, para o recebimento do recurso em seu duplo efeito, pleiteando, em preliminar, a nulidade ante o cerceamento de defesa, vez que não deferido seus pedidos para estudo psicossocial, com os infantes e o Requerente, bem como a realização de exame de investigação da paternidade da infante D., com o consequente retorno dos autos à origem. No mérito, nos termos do art. 488 do NCPC, requer a reforma da r. sentença, para julgar improcedente a pretensão autoral. (fls. 813/824).

Opostos embargos de declaração por D.N.P. (fls. 840/850), esses foram rejeitados em decisão de fls. 853.

Inconformado, apelou, também, D.N.P., genitor de P.H.S.P., alegando ser o pai de D.S.B.S. e pleiteando a reforma da r. sentença, de modo que a guarda das crianças voltem a ele, legítimo pai dos mesmos e também para que os avós paternos tenham convívio com os netos. (fls. 860/874).

Apresentadas as contrarrazões, requereu o Ministério Público a manutenção da sentença, conforme proferida, sustentando em suma que todos os elementos de provas coligidos, o que melhor atende aos superiores interesses dos infantes é a destituição do poder familiar, (fls. 829/835 e fls. 878/882).

Bem processado o recurso e mantida a r. sentença (fl. 836 e f. 884), nesta instância, manifestou-se a douta Procuradoria-Geral de Justiça pelo não provimento do apelo (fls. 1189/1197).

Acesso ao Sumário

É o relatório.

O pedido de concessão de efeito suspensivo à apelação resta prejudicado em virtude da análise e do julgamento do presente recurso.

Preliminarmente, aprecio a admissibilidade recursal.

O recurso interposto por D.N.P. não comporta conhecimento, visto que interposto quando já escoado o prazo.

"Ab initio", há de se observar, como é de direito e de rigor, o disposto no artigo 198, inciso II, do Estatuto da Criança e do Adolescente, que estabelece que: *'em todos os recursos, salvo nos embargos de declaração, o prazo para o Ministério Público e para a defesa será sempre de 10 (dez) dias'*.

A propósito, tem-se assentado o entendimento neste Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, com a edição da Súmula 113, a aplicação apenas aos procedimentos contidos entre os artigos 152 e 157, do ECA:

"Súmula 113: O prazo previsto no artigo 198, inciso II, do ECA, aplica-se apenas aos procedimentos previstos nos artigos 152 a 197 do mesmo diploma legal."

Nesse contexto, por se tratar de Ação de Regularização de Acolhimento Institucional, Aplicação de Medidas Protetivas, c.c. Destituição de Poder Familiar, há que se acolher a preliminar arguida pela d. Procuradoria Geral de Justiça, apresentada às fls. 1191.

De fato, conforme se extrai da certidão de fls. 854, considerando-se a data de publicação em 24 de novembro de 2023, primeiro dia útil subsequente à data de disponibilização da decisão de embargos de declaração, o prazo para recorrer teve início no dia 27 de novembro e a apelação foi interposta somente no dia 13 de dezembro de 2023, a indicar manifesta intempestividade.

Saliento que às fls. 38/39, juntada de certidões de nascimento das crianças. Anoto que D.N.P. consta como genitor somente de P.H.S.P. (d.n. (...)).

Seja como for, *ex vi legis*, é extemporânea a irresignação e, como a tempestividade é requisito de admissibilidade recursal, não é possível conhecer-se do recurso.

Nesse sentido:

"MEDIDAS PROTETIVAS E GUARDA. DEMANDA PROPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO EM RAZÃO DA SUPOSTA SITUAÇÃO DE RISCO DE ADOLESCENTE. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA, CONCEDENDO A GUARDA DA MENOR À TIA MATERNA E PERMITINDO O CONTATO DO GENITOR COM A FILHA. INCONFORMISMO DA GENITORA. INTEMPESTIVIDADE RECURSAL CONFIGURADA. RECURSO NÃO CONHECIDO. 1. Matéria que contempla as hipóteses previstas no artigo 98 do Estatuto da Criança e do Adolescente, a qual, por seu turno, se submete à previsão do artigo 148, parágrafo único, alínea "b", para fixar a competência da Justiça da Infância

Acesso ao Sumário

e Juventude, está a demanda sujeita, portanto, à aplicação do prazo recursal de 10 (dez) dias, nos moldes do artigo 198, inciso II, do mesmo diploma legal. 2. Ressalta-se, ainda, que referido prazo será contado em dias corridos, excluído o do começo e incluído o dia do vencimento, nos moldes do artigo 152, § 2º, da Lei Menorista. 3. No caso concreto, contatou-se que a apelação foi protocolada extemporaneamente, circunstância que inviabiliza sua apreciação. 4. E ainda que fosse, em razão da relevância da matéria, o caso de se conhecer do apelo, o inconformismo da genitora, baseado em suposta ocorrência de vício processual, não prosperaria. Frise-se que o processo foi devidamente munido por elementos probatórios para a formação da convicção do Juízo sentenciante. Como destinatário das provas, o magistrado pode muito bem rejeitar a produção de provas requeridas pelas partes, caso entenda serem irrelevantes à resolução da lide. 5. Recurso não conhecido." (Apelação nº 1006877-97.2018.8.26.0004, Relator Desembargador Luis Soares de Mello, Vice-Presidente, j. 30.09.2021).

"Infância e Juventude. Apelação. Ação de Destituição do Poder Familiar. Sentença de procedência. Questão de ordem pública, arguida em preliminar pela apelante, analisada de ofício, em atendimento à proteção integral da genitora, ao tempo adolescente, evitando-se futuras alegações de nulidade do julgamento – Citação da genitora relativamente incapaz, na ausência de representante legal, sem nomeação de curador especial – Nulidade do processo não reconhecida – Genitora que compareceu espontaneamente nos autos, representada por advogado conveniado à Defensoria Pública, em razão de contato realizado pela entidade de acolhimento institucional para atuar na defesa dela – Dirigente da entidade de acolhimento que se compara como guardião para efeitos legais – Atuação efetiva do guardião, em favor da adolescente acolhida – Ausência de prejuízo – Progenitora materna (representante legal da requerida, por ela ter se evadido posteriormente da instituição) que também participou da ação, sendo inclusive ouvida pelo juízo em audiência – Nulidade processual não reconhecida. Questão de ordem pública afastada." Recurso de apelação que está sujeito aos procedimentos previstos nos artigos 152 a 197 do ECA. Entendimento deste E. Tribunal de Justiça, consolidado na Súmula 113. Prazo para interposição de recurso que é de dez dias, contado em dias corridos, nos termos dos artigos 152, § 2º, e 198, II, da Lei nº 8.069/90. Apelação interposta fora do prazo legal. Intempestividade configurada. Precedentes desta C. Câmara Especial. Recurso não conhecido" (Apelação nº 1003871-36.2020.8.26.0320, Relatora Doutora Ana Luiza Villa Nova, j. 5.04.2022).

Ato contínuo, em análise do recurso de R.B.S., afasta-se a preliminar sus-

Acesso ao Sumário

citada de cerceamento de defesa e inobservância do estudo psicossocial, com os infantes e o Requerente e a realização de exame de investigação da paternidade.

As provas carreadas aos autos são adequadas para resolver a questão em análise e forneceram ao juiz os elementos necessários para formar sua convicção, conforme previsto nos artigos 370 e 371 do Código de Processo Civil. Cabe ao juiz rejeitar provas desnecessárias ou protelatórias, seguindo o princípio do livre convencimento motivado, que o orienta na tomada de decisão.

Quanto a alegação de nulidade, inclusive já antevendo tal situação processual, verificou-se a seguinte decisão:

"Quanto à tutela de urgência pleiteada, imperioso consignar que, como bem observado pelo ST e pelo MP, as crianças ficaram por quase 60 dias em situação de acolhimento sem que, contudo, fossem procuradas pelos familiares, demonstrando certo abandono. É muito tempo sem o pai ter notícia de seus filhos o que impede qualquer tomada de providências. Inobstante, tem-se que o requerido sequer chegou a registrar a criança D., constando como pai registral apenas do menor P.. A colocação em família substituta foi realizada de modo a primar por aquilo que melhor atende aos interesses dos menores, situação que se mantém. Tudo isso posto, indefiro a tutela de urgência provisória pleiteada pela Defesa do requerido D.. Ademais, a fim de evitar futura arguição de nulidade, defiro a realização de estudo psicossocial com o genitor na Comarca em que reside no Estado da Bahia. Depreque-se, com urgência, a realização do estudo." (fls. 362).

Observa-se, também, que o relatório psicossocial foi realizado pelo Poder Judiciário do Estado da Bahia, comarca de Porto Seguro e juntado às fls. 434/435.

No mais, o Setor Técnico do Juízo em estudo Psicológico informou que:

"Respeitosamente informamos a Vossa Excelência ciência sobre a entrevista realizada com o genitor de P., ao qual, dentre outros, expôs que fora comunicado do acolhimento das crianças, pela genitora, sem que isso decorresse em qualquer movimentação de sua parte, considerando que os fatos deram-se em setembro de 2022 e a presente em maio de 2023. No mais, D. ainda não havia nascido e já encontra-se com um ano e três meses, indicando um lapso significativo entre os fatos, impactando diretamente no entendimento do que seria o melhor interesse dos irmãos." (fl. 573).

Superada a preliminar, passa-se ao mérito do recurso, o qual, adianta-se, não deve ser acolhido.

Os elementos dos autos, em especial os estudos técnicos realizados adiante mencionados, mostram com clareza que o recurso de R.B.S. não comporta provimento, merecendo a r. decisão recorrida ser mantida pelos seus próprios e jurídicos fundamentos.

Convém ressaltar que a ação de destituição do poder familiar é um proce-

Acesso ao Sumário

dimento que merece toda cautela, pois busca a ruptura dos liames jurídicos entre pais e filhos, possibilitando até a adoção como forma de inserção da criança ou adolescente em família substituta. E, por esse motivo, a análise dos fatos reclama sempre uma interpretação cuidadosa.

Deste modo, com proficiência, asseverou o ilustre magistrado:

"Apesar das alegações do requerido de que ficou impossibilitado de buscar informações sobre seus filhos, o tempo que perdurou de acolhimento das crianças, por mais de sessenta dias sem notícia de qualquer familiar mostrou-se desarrazoado, motivo pelo qual foram encaminhadas à família substituta. O genitor alegou ter afeto pela criança, porém, conforme se depreende dos estudos apresentados no procedimento específico, ambas crianças passavam por sofrimento emocional por experimentarem o abandono em diversas oportunidades de suas vidas, o que motivou a sugestão de encaminhamento à família substituta. Fato é que o genitor poderia buscar informações nos órgãos protetivos locais para que conseguisse informações sobre os filhos, e não esperar por tempo indeterminado alguém encontrá-lo para só então questionar se teria interesse em seus filhos. O genitor deixou seu filho em estado de abandono e não buscou, por todos seus meios possíveis, encontrá-lo. Quanto à genitora, atualmente em local incerto ou não sabido, foram realizados encaminhamentos e acompanhamentos e os Técnicos verificaram laços afetivos fragilizados, inexistindo cenário favorável no trabalho de fortalecimento. Inexiste, de outro bordo, família extensa. A requerida não cumpriu os deveres inerentes ao poder familiar em relação aos seus filhos, uma vez que deixou as crianças em estado de abandono, em diversas oportunidades. A agravar está o fato de furtar-se dos atendimentos e do processo, não informando sua localização e não comparecendo mais para manifestar-se nos autos. Diante todo o exposto acerca dos fatos, certo é que as situações das crianças não podem perdurar uma vez que potencialmente danosas à sua saúde física e psíquica."

Assim, de acordo com os dados apurados, a genitora negligenciou os cuidados dos filhos, não fazendo nenhuma visita no período de acolhimento institucional, após serem deixados na escola e assim abandonados. Além disso, no estudo Psicológico, realizado pelo Setor Técnico, foi observado que: *"a ausência da requerida ao estudo social e psicológico apenas consta nos autos apensos, inclusive com a indicação técnica de colocação dos irmãos em família por adoção. Assim, transcorridos quase sessenta dias de acolhimento, sem a procura por nenhum familiar e a não localização da genitora, ..."*. (fl. 63).

Observa-se, assim, que inexistindo perspectiva de desacolhimento a curto, médio ou longo prazos, os Técnicos que atendem o caso sugeriram a colocação em família substituta, para que as crianças não permaneçam por tempo indeterminado institucionalizada. Foi deferida a inclusão dos infantes em família substituta, concedendo-lhes, inclusive, a guarda em favor dos pretendentes à

Acesso ao Sumário

adoção, sendo essa a medida que melhor atende aos interesses das crianças, de acordo com o conjunto probatórios dos autos.

Portanto, vislumbra-se como único caminho e oportunidade para que as crianças tenham uma vida digna o encaminhamento à família substituta (como já realizado), devendo os genitores, consequentemente, serem destituídos do poder familiar.

Acrescenta-se, ainda, que foi instaurado o processo de execução do acolhimento institucional (autos n. (...)) e nesse expediente os irmãos foram desacolhidos para casal em aproximação em 16/01/2023, conforme r. sentença de fls. 182 dos referidos autos.

Dessa forma, reputo caracterizada as hipóteses previstas no art. 1638, do Código Civil, dos apelantes em relação aos infantes.

Assim, quanto ao melhor interesse das crianças, consideram-se que os infantes possuem o direito de crescerem em família que os ampare e promova o pleno desenvolvimento de todas as suas habilidades emocionais e cognitiva.

Deste modo, a destituição do poder familiar dos apelantes atenderá aos melhores interesses dos infantes. Os elementos informativos de convicção constantes dos autos comprovam, à suficiência, a imperiosa necessidade da destituição, consubstanciada nos termos acima.

Ressalte-se, desde logo que a Carta Magna, em seu artigo 227, caput, em primeiro lugar determina competir à família assegurar à criança os direitos que lhe são inerentes, sendo que tal diretriz é repetida no artigo 1.634, e incisos, do Código Civil.

Não se desconhece que a Constituição Federal também determina que o poder público também deverá assegurar a proteção da família.

Todavia, na hipótese ora *sub judice*, evidentemente, não cumpriram com esta obrigação, como é de direito e de rigor.

Como se não bastasse, conforme bem ressaltado pelo Exmo. Sr. Procurador de Justiça:

"Destaque-se que, por suspeita de que o recorrente pudesse ser pessoa a quem a genitora acusava como autor de violência doméstica em relato à Casa de Passagem Feminina 'Dando um tempo', em ocasião anterior (conforme relatórios de fls. 46/59 e 60/72 dos autos de execução n.º (...)), foi deferido sigilo dos endereços em que a genitora poderia ser encontrada à fl. 400. Neste tocante, assim constou do referido relato: 'P. e D., acolhidos com a genitora, frutos de seu segundo relacionamento, do qual alega ter sido vítima de violência doméstica, tanto que D. fora concebida após abuso perpetrado por seu ex-companheiro (sic). Sobre isso, R. mencionou a lavratura de Boletim de Ocorrência e a concessão de Medida Protetiva. Porém, o agressor a perseguia constantemente (sic) e por este motivo rumou para Niterói-RJ, para residir com sua genitora e diante da perseguição insistente do ex-companheiro, saiu do estado do Rio

Acesso ao Sumário

de Janeiro para São Paulo onde residiria com uma irmã, no município de São Bernardo do Campo. Contudo, mudou-se para a cidade de Jandira, interior de São Paulo. E, novamente, o agressor descobriu sua localização (sic). Assim, a genitora procurou os equipamentos CRAS e CREAS da região e foi encaminhada para um serviço de acolhimento provisório da região central de São Paulo. Posteriormente, encaminhada para o serviço de acolhimento sigiloso de Ermelino Matarazzo/SP (...)' (fls. 55 daqueles autos). Quanto à recorrente, frise-se que ela sequer foi encontrada para realização de estudo psicossocial, não demonstrando interesse pelos infantes, que foram acolhidos após ela não ter ido buscá-los na escola e não mais ser encontrada, deixando-os em flagrante situação de abandono. Apesar de afirmar-se contrário a destituição, o genitor não buscou efetivamente informações sobre os filhos. Com bem estabelecido na r. sentença combatida: (...). Ocorre que as atitudes dos genitores, marcadas por conflitos, instabilidade emocional e negligência quanto aos devidos cuidados parentais prestados aos infantes, resultaram na situação de abandono observada e descrita nos autos. Isso levou, inclusive, à colocação das crianças em uma família substituta em novembro de 2022. Logo, considerando a tenra idade do filho, P.H.S.P. , e de sua irmã, respectivamente, com 04 e 02 anos atualmente, é de se esperar que os laços afetivos com a família de origem tenham se rompido totalmente, além de reconhecerem a família substituta como o seu verdadeiro lar. Assim, entendo que a destituição é medida que se impõe para ambos os recorrentes porque atende aos superiores interesses dos menores envolvidos (as crianças estão em família substituta, expedido termo de guarda e responsabilidade para fins de adoção consoante fls. 182 e 192 dos autos n.º (...))."

Portanto, em que pese a respeitável argumentação recursal, restou sobejamente comprovado que os apelantes não reúnem condições mínimas para bem e fielmente exercer o múnus a eles atribuídos, tendo incidido em hipótese ensejadora da perda do poder familiar, prevista no art. 1.638, do Código Civil.

Anote-se, que indispensável sempre, permitir a melhor proteção a crianças, em especial quando em notória situação de risco.

Importante destacar, a propósito de remate, que a destituição do poder familiar está fundamentada no descumprimento dos deveres inerentes ao poder familiar, não havendo relação com a falta ou carência de recursos materiais.

Sob essa perspectiva, pautam-se as decisões que cuidam da Infância e Juventude pelo princípio da proteção integral, previsto pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, de forma a priorizar o bem estar, o desenvolvimento saudável, a educação e a dignidade das crianças e dos adolescentes.

Assim já se pronunciou o Colendo SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA:

'Direito de Família. Recurso especial. (...) Melhores condições. Prevalência do interesse da criança. Impõe-se, relativamente aos processos que

Acesso ao Sumário

envolvam interesse de menor, a predominância da diretriz legal lançada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente ECA, de proteção integral à criança e ao adolescente como pessoa humana em desenvolvimento e como sujeito de direitos civis, humanos e sociais, garantidos, originariamente, na Constituição Federal CF. Devem, pois, as decisões que afetem a criança ou o adolescente em sua subjetividade, necessariamente, pautar-se na premissa básica de prevalência dos interesses do menor. Nos processos em que se litiga pela guarda de menor, não se atrela a temática ao direito da mãe ou do pai, ou ainda de outro familiar, mas sim, e sobretudo, ao direito da criança a uma estrutura familiar que lhe confira segurança e todos os elementos necessários a um crescimento equilibrado'. (...) (STJ, 3ª Turma, REsp n. 916.350 (RN), Rel. Min. Nancy Andrighi, unânime).

No mesmo sentido, tem decidido esta Colenda CÂMARA ESPECIAL:

"APELAÇÃO. Destituição do Poder Familiar. Sentença de procedência. Preliminar de nulidade da citação por edital afastada. Paradeiro desconhecido da genitora. Citação por edital válida. Inteligência do artigo 158, § 4º do ECA. Endereços constantes dos autos diligenciados. Situação de abandono configurada. Histórico de uso abusivo de drogas, situação de rua e abandono do filho ainda no hospital, quando do seu nascimento, conduta que também praticou contra outros cinco filhos. Ausência de família extensa em condições e interessada em acolher a criança. Estudo psicossocial realizado nos autos do processo de execução de medida protetiva de acolhimento institucional da criança, que indica a sua colocação em família substituta como medida a assegurar a convivência familiar e comunitária, em atendimento ao direito ao pleno e adequado desenvolvimento. Melhor interesse da criança que deve prevalecer, destituindo-se, de pronto, a genitora que deixou o filho à própria sorte. Julgado que considerou todas as provas produzidas nos autos, e que mostram a inaptidão da recorrente para o exercício da maternidade responsável. Sentença de procedência que não comporta modificação. Recurso não provido". (Ap. nº 1006169-43.2022.8.26.0348, Cam. Esp. Rel. Des. Ana Luiza Villa Nova. j. 18.7.23)

APELAÇÃO. INFÂNCIA E JUVENTUDE. DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. Sentença de procedência. Recurso da genitora. Preliminar. Cerceamento de defesa. Inocorrência. Provas suficientes para análise do pedido. Oitiva obrigatória e participação da criança. Efetivada na ação de acolhimento. Mérito. Destituição do poder familiar. Cabimento. Violação dos deveres inerentes ao poder familiar. Abandono. Ausência de interesse em exercer os cuidados com a filha. Sentença que deferiu o pedido de destituição do poder familiar mantida. Recurso não provido. (TJSP; Apelação Cível 1014134-97.2023.8.26.0005; Relatora: Silvia Sterman; Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro Regional V – São Miguel Paulista – Vara da Infância e da Juventude; Data do Julgamento: 08/04/2024; Data de Registro: 08/04/2024)

Acesso ao Sumário

Outros fundamentos são dispensáveis, diante da adoção integral dos que foram deduzidos na r. sentença, e aqui expressamente adotados para evitar inútil e desnecessária repetição, nos termos do art. 252 do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal de Justiça.

Outrossim, considero prequestionados todos os dispositivos invocados pela apelante. Cumpre assinalar que, para efeito de prequestionamento, está claro que inexistiu violação a qualquer norma invocada. Depois, julgador não está obrigado a mencionar todos os dispositivos constitucionais e legais elencados.

Pelo exposto, **não se conhece** do apelo de D.N.P **e nega-se provimento** ao recurso de R.B.S..

Conflitos de Competência

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 2112933-42.2024.8.26.0000, da Comarca de São Caetano do Sul, em que é suscitante RODOLITA EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA., Interessados MARCELO DE CASTRO FERREIRA, CLÉLIA VALERIANA DOS SANTOS, VIANA NEGÓCIOS IMOBILIÁRIOS LTDA., APARECIDO VIANA IMÓVEIS EIRELI e BELLHOUSE IMÓVEIS LTDA., são suscitados JUÍZO DA 1ª VARA DE FALÊNCIAS E RECUPERAÇÕES JUDICIAIS DO FORO CENTRAL DA CAPITAL DO ESTADO DE SÃO PAULO e JUÍZO DA 4ª VARA CÍVEL DO FORO DE SÃO CAETANO DO SUL DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NÃO CONHECERAM do conflito de competência. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 40.939)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores BERETTA DA SILVEIRA (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e XAVIER DE AQUINO (DECANO).

São Paulo, 3 de maio de 2024.

CAMARGO ARANHA FILHO, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Acesso ao Sumário

Ementa: CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA – Cumprimento de sentença – Empresa executada em recuperação judicial – Plano de recuperação

judicial homologado – Decisão que determina o prosseguimento de cumprimento de sentença, proferida por juízo diverso da recuperação judicial – Inexistência de decisões que indiquem assunção da competência para processar o mesmo feito – Conflito positivo de competência não configurado – Precedentes desta Colenda Câmara Especial – CONFLITO NÃO CONHECIDO.

VOTO

Trata-se de conflito positivo de competência suscitado por Alpinia Desenvolvimento Imobiliário Ltda. em face do MM. Juízo de Direito da 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais e Conflitos Relacionados à Arbitragem do Foro Central Cível da Comarca de São Paulo e do MM. Juízo de Direito da 4ª Vara Cível da Comarca de São Caetano do Sul, no cumprimento de sentença movido por Marcelo de Castro Ferreira e outra em face da Suscitante e outros (Proc. nº 4000408-23.2013.8.26.0565).

Narra a Suscitante, em síntese, que tramita perante o primeiro Juízo Suscitado o procedimento de recuperação judicial ajuizado pela Suscitante e demais empresas integrantes do denominado "Grupo Rossi" (Proc. nº 1101129-56.2022.8.26.0100). Por outro lado, aponta a existência, perante o segundo Juízo Suscitado, de processo em fase de cumprimento de sentença, promovido por Marcelo de Castro Ferreira e outra contra a Suscitante e outros, cujo crédito possui fato gerador constituído em data anterior àquela em que se apresentou judicialmente o pedido de soerguimento, de modo que se submete ao quanto previsto no artigo 49 da Lei nº 11.101/2005.

Assim, a Suscitante peticionou nos autos requerendo a suspensão do feito e a proibição de qualquer forma de constrição judicial ou extrajudicial sobre os bens dos devedores (fls. 878/881 e 930/933 dos autos de origem), pedidos esses que foram indeferidos pelo 2º Juízo Suscitado (fls. 926/927 e 1010 dos autos de origem).

Alega que o segundo Suscitado ignorou por completo os ditames legais decorrentes da Lei nº 11.101/2005 e desacolheu o pedido de suspensão do processo, determinado, inclusive o levantamento de valores constritos pela parte exequente (fls. 1216 e 1234, dos autos de origem).

A Suscitante compreende, outrossim, que há ocorrência de conflito positivo de competência, pois ambos os Juízos Suscitados se declararam competentes para apreciar a mesma matéria relativa a créditos sujeitos ao regime de recuperação judicial, o que, segundo sua ótica, está gerando instabilidade jurídica, econômica e social a todas as partes envolvidas no juízo recuperacional. Dessa forma, pleiteia:

Acesso ao Sumário

7.2) Seja deferida a medida liminar, inaudita altera parte, para que seja sobrestado o processo nº 4000408-23.2013.8.26.0565, em trâmite perante o Juízo da 4ª Vara Cível do Foro de São Caetano do Sul/SP, nos termos do caput do artigo 955 do Código de Processo Civil, até julgamento final deste Conflito de Competência.

7.3) Analogamente, e via de consequência, seja nomeado o MM. Juízo da 1ª Vara de Recuperações Judiciais e Falências da Comarca de São Paulo – SP como único competente para julgar eventuais medidas urgentes atreladas à supra indicada execução.

7.4) Que em nenhuma hipótese seja suspensa a Recuperação Judicial movida pelas Suscitantes e as demais empresas do Grupo Rossi, autos nº 1101129-56.2022.8.26.0100, junto à 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais do Foro Central de São Paulo/SP, haja vista o interesse público e coletivo do processo, e o interesse e milhares de credores na aprovação e cumprimento do Plano de Recuperação.

7.5) Seja intimado o Juízo da 4ª Vara Cível do Foro de São Caetano do Sul/SP, Segundo Suscitado, para que se manifeste nos termos do art. 954 do Código de Processo Civil, bem como o Ilustre representante da Procuradoria Geral do Estado.

7.6) Ao final, seja conhecido o presente conflito de competência, declarando-se que o Juízo da 1ª Vara de Recuperações Judiciais e Falências da Comarca de São Paulo/SP, 1º Suscitado, é único competente para determinar a prática de medidas constritivas ao patrimônio das Suscitantes, nos termos do art. 49 e 59 c/c 6º e 52, III, todos da Lei nº 11.101/2005, considerando ter havido ainda a novação de valores por ocasião de sua devida habilitação efetivada pelas Suscitantes.

7.7) Via de consequência, sejam declaradas nulas todas as decisões proferidas pelo MM. Juízo Segundo suscitado, desde o deferimento do pedido de Recuperação Judicial, ou seja, 29 de setembro de 2.022, ficando a cargo do Juízo da 1ª Vara de Recuperações Judiciais e Falências da Comarca de São Paulo/SP o eventual aproveitamento de cada um dos atos decisórios.

7.8) Que todos os bloqueios, penhoras, arrestos e sequestros de bens e direitos das Suscitantes, sejam imediata e incondicionalmente, levando-se em conta a competência absoluta do juízo universal da Recuperação Judicial para deliberar sobre o tema.

7.9) Que seja extinto o processo autuado sob o n. 4000408-23.2013.8.26.0565, em trâmite perante o Segundo Suscitado, uma vez que além de o crédito exequendo sujeitar-se ao procedimento da recuperação judicial nos termos do art. 49 da Lei nº 11.101/2.005, operou-se a sua novação por força da correspondente habilitação na Recuperação Judicial, isto com base no art. 59 do mesmo diploma legal especializado (fls. 1/24).

Acesso ao Sumário

É o relatório.

Não conheço do conflito de competência.

Não há, na hipótese tratada neste incidente, decisões proferidas por ambos os Juízos suscitados que representam assunção da competência para processar o cumprimento de sentença nº 4000408-23.2013.8.26.0565.

O questionamento que se apresenta, concretamente, é que o MM. Juízo de Direito da 4ª Vara Cível da Comarca de São Caetano do Sul, em cumprimento ao quanto determinado pelo v. acórdão proferido em recurso agravo de instrumento nº 2225519-56.2023.8.26.0000 (fls. 1186/1214, dos autos originários), determinou a expedição de ordem de pagamento de valores em favor da parte exequente (fls. 1216 e 1234, dos autos originários), enquanto o MM. Juízo de Direito da 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais homologou o plano de recuperação judicial da aludida empresa, reconhecendo seu efeito novador quanto aos créditos nele descritos (fls. 53/112 destes autos).

Entende a suscitante que é o Juízo da Recuperação Judicial – e não o que processa o cumprimento de sentença – que pode deliberar sobre qualquer forma de constrição judicial sobre os bens dos devedores.

Sem adentrar ao mérito dessas alegações, é certo não se verifica a caracterização de qualquer conflito de competência, na medida em que não há abarcamento ou sobreposição de competência, mas, sim, discussão sobre a legalidade da decisão proferida pelo MM. Juízo de Direito da 4ª Vara Cível da Comarca de São Caetano do Sul.

Como é cediço, o conflito de competência se estabelece quando dois ou mais Juízos se declararam competentes ou incompetentes para o julgamento da mesma demanda, exigindo-se, nos termos do artigo 66, I e II, do Código de Processo Civil, decisões de dois Juízos distintos, reconhecendo-se competentes, no caso de conflito positivo, ou incompetentes, no caso de conflito negativo, o que viabilizaria o conhecimento do conflito e seu julgamento por esta C. Câmara Especial.

Ocorre que disso não se trata, de sorte que não é o caso de se conhecer do conflito.

Consigne-se, por oportuno, que, na hipótese de recuperação judicial de empresa, diversamente da falência, não há que se falar em nenhum tipo de *vis atractiva* do juízo recuperacional sobre as ações e execuções que tramitam contra a empresa beneficiada pela novação legal dos débitos. Há, tão somente, suspensão do andamento das ações e execuções contra a recuperanda no período que antecede a homologação do plano, o que jamais poderia significar a alteração da competência para o conhecimento daquelas ações.

Essa questão, contudo, deve ser resolvida por decisão proferida pelo Juízo da Recuperação ou via recurso apropriado na hipótese de indeferimento, sem que se verifique qualquer conflito de competência.

Não está configurado, portanto, conflito positivo de competência, porquanto não há decisões judiciais que reflitam a assunção da competência de um

Acesso ao Sumário

juízo sobre o outro, sendo, ademais, inadmissível o conhecimento deste incidente como sucedâneo recursal.

Nesse sentido é o entendimento pacificado desta Colenda Câmara Especial em casos análogos:

"AGRAVO INTERNO – Interposição contra decisão monocrática pelo não conhecimento de conflito positivo de competência suscitado pela parte – Execução de título extrajudicial a tramitar em um Juízo e recuperação judicial em curso em outro Juízo – Ausência de divergência de competência entre os Juízos suscitados para o processamento de uma mesma causa, ou seja, da execução – Requisitos do art. 66, I e II, do CPC, não atendidos – Irresignação da suscitante, ora agravante, em verdade, dirigida contra os atos de constrição havidos no processo da execução, que demandaria outra providência – Conflito *que, versando sobre competência, não pode ser utilizado como sucedâneo de recurso – RECURSO NÃO PROVIDO"* (Agravo Regimental n 2213846-66.2023.8.26.0000 – Rel. Jorge Quadros – Órgão Julgador: Câmara Especial – Data do Julgamento: 25/04/2024 – Data de Registro: 25/04/2024)

"CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. – Incidente suscitado pela parte. Recuperação Judicial em trâmite na 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais e Conflitos Relacionados à Arbitragem do Foro Central da Capital. Cumprimento de sentença em trâmite na 4ª Vara Cível da Comarca de São Caetano do Sul. Parte suscitante busca o reconhecimento da competência exclusiva do Juízo Recuperatório sobre a disposição dos bens da Recuperanda. Conflito não configurado. Ausência das hipóteses previstas no artigo 66 do Código de Processo Civil. Mero inconformismo. Inadequação da via eleita. Conflito de competência não conhecido" (Conflito de Competência n 2322931-84.2023.8.26.0000 – Rel. Silvia Sterman – Órgão Julgador: Câmara Especial – Data do Julgamento: 08/04/2024 – Data de Registro: 08/04/2024)

"AGRAVO INTERNO – Interposição contra decisão monocrática que não conheceu do conflito de competência – Incidente que apenas pode ser instaurado com a manifestação expressa de todos os órgãos jurisdicionais envolvidos no caso – Conflito não conhecido pela não configuração de qualquer das hipóteses elencadas no artigo 66, do Código de Processo Civil – Decisão mantida – Precedentes – Agravo Regimental não provido." (Agravo Regimental n 2320234-90.2023.8.26.0000 – Rel. Xavier de Aquino (Decano) – Órgão Julgador: Câmara Especial – Data do Julgamento: 11/04/2024 – Data de Registro: 11/04/2024)

Ante o exposto, **NÃO CONHEÇO** do conflito de competência.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cí-

Acesso ao Sumário

vel nº 0014254-41.2024.8.26.0000, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA VARA REGIONAL EMPRESARIAL E DE CONFLITOS RELACIONADOS À ARBITRAGEM DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO, interessados ELIZABETE COLLE ZANETTE – ME e F.A. CLÍNICA DE ESTÉTICA – EIRELI, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 3ª VARA CÍVEL DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram procedente o conflito, competente o MM. Juízo Suscitado (MM. Juiz de Direito da 3ª Vara Cível de São José do Rio Preto). V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº CC-0160/24-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, 3 de maio de 2024.

TORRES DE CARVALHO, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – Ação resilição contratual cumulada com restituição de valores – Juízo da 3ª Vara Cível que declinou da competência – Redistribuição à Vara Empresarial de Competência Empresarial e de Conflitos Relacionados à Arbitragem – Impossibilidade – Inadimplemento contratual – Obrigações assumidas se inserem dentre o Direito das Obrigações (Livro I da Parte Especial do Código Civil) – Matéria não incluída no rol de competência definido na Resolução OE n. 877/2022 do TJSP (artigo 3º) – Normas definidoras da especialização de varas que devem ser interpretadas restritivamente, a fim de evitar indiscriminada ampliação da competência – Precedentes – Procedente o conflito – Competência do MM. Juízo Suscitado.

VOTO

1. Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo MM. JUIZ DE DIREITO DA VARA REGIONAL EMPRESARIAL E DE CONFLITOS RELACIONADOS À ARBITRAGEM DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO – FORO ESPECIALIZADO DAS 2ª, 5ª E 8ª RAJS em face do MM. JUIZ DE DI-

Acesso ao Sumário

REITO DA 3ª VARA CÍVEL DA MESMA COMARCA, em ação de resilição contratual cumulada com restituição de valores ajuizada por Elizabete Colle Zanette-Me e outro contra F.A. Clínica de Estética Eirelli (proc. nº 1061167-19.2023.8.26.0576). A ação foi distribuída livremente ao MM. Juízo Suscitado, que declinou da competência, em virtude da instalação da Vara especializada (fls. 87, proc. de origem). Contemplado pela redistribuição, o MM. Juízo Suscitante discordou, após considerar ser contrato de natureza civil sem cunha empresarial, posto que sequer foi constituída sociedade em comum para o exercício de atividade empresária em conjunto (fls. 196/202, proc. de origem).

É o relatório.

2. O conflito negativo de competência está configurado, porquanto todos os Juízos declinaram da competência para conhecer, processar e julgar o pedido (art. 66, II, do CPC).

Respeitado posicionamento diverso, assiste razão ao MM. Juízo Suscitante.

3. Elizabete Colle Zanette-Me ajuizou contra F.A. Clínica de Estética Eirelli ação de resilição contratual cumulada com restituição de valores, sob o relato de ter firmado com a ré, em 29/04/2022, contrato de uso de direito e administração filial, com a finalidade específica de atuar legalmente na área de bronzeamento artificial, cuja pretensão foi despertada pelo fato de a ré ostentar em suas redes sociais uma suposta decisão judicial que conferia às suas filiais a possibilidade de trabalhar de forma legalizada e definitiva com o referido produto; ficou avençado que a autora arcaria com o total de R$ 27.342,25 para usufruir do direito da ré. Contudo, desde a formalização do contrato constatou-se a inobservância, por parte da ré, de suas obrigações contratuais inerentes à disponibilização de documentos dispensáveis ao regular funcionamento da autora/filial, constituindo-se em verdadeira má-fé, com consequentes prejuízos à requerente. Após discorrer acerca de inobservância das cláusulas contratuais pactuadas, pois não pode, de forma segura e legal, operar com sua clínica de bronzeamento, pede a restituição total dos valores pagos, além de multa contratual (fls. 01/18, proc. de origem).

Acesso ao Sumário

4. Competência Vara Cível. A pretensão da parte autora é de natureza obrigacional, regulamentada pelo Direito das Obrigações (Livro I da Parte Especial do Código Civil). Não há qualquer discussão relacionada ao direito empresarial, mas sim do inadimplemento imputado à ré, que deixou de cumprir o estabelecido no contrato, matéria não incluída no rol de competência definido na Resolução OE nº Resolução OE n. 877/2022 do TJSP, a saber:

> "Art. 3º – As Varas Empresariais e de Conflitos relacionados à Arbitragem criadas nos artigos 1º e 2º terão competência para as ações principais, acessórias e conexas, relativas à matéria prevista no Livro II, Parte Especial do Código Civil (art. 966 a 1.195) e na Lei nº 6.404/1976 (sociedades anônimas), bem como a propriedade industrial e concorrência

desleal, tratadas especialmente na Lei nº 9.279/1996, a franquia (Lei nº 8.955/1994), as falências, recuperações judiciais e extrajudiciais, principais, acessórios e seus incidentes, disciplinados pela Lei nº 11.101/2005, incluídas as ações penais (artigo 15 da Lei estadual nº 3.947/83), assim como as ações decorrentes da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996), e, ainda, para as ações principais, acessórias e conexas relativas à matéria prevista nos artigos 13 a 24 da Lei nº 14.193/2021."

Quanto ao tema, esta C. Câmara Especial:

"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. Ação condenatória em obrigação de fazer cumulada com pedido indenizatório e tutela inibitória. Distribuição à 15ª Vara Cível do Foro Central da Comarca da Capital. Determinação de remessa dos autos para uma das Varas Empresariais e Conflitos de Arbitragem da Capital. Descabimento. Demanda calcada no inadimplemento de cláusulas contratuais. Discussão regida pelo direito das obrigações (Livro I da Parte Especial do Código Civil), e que não se amolda a qualquer das matérias arroladas no artigo 2º da Resolução nº 763/2016 do Órgão Especial deste E. Tribunal de Justiça. Conflito julgado procedente. Competência do Juízo da 15ª Vara Cível do Foro Central da Comarca da Capital, ora suscitado." (TJSP; Conflito de competência cível 0010293-63.2022.8.26.0000; Relator: Issa Ahmed; Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro Central Cível – 2ª VARA EMPRESARIAL E CONFLITOS DE ARBITRAGEM; Data do Julgamento: 07/04/2022; Data de Registro: 07/04/2022);

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Demanda que versa sobre ação de obrigação de fazer e não fazer cumulada com pedido de indenização. Matéria não inserida na competência da Vara especializada, criada pela Resolução nº 877/2022 do TJSP. Controvérsia a ser dirimida pelas regras e princípios do direito das obrigações. Precedente. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo Suscitante, MM. Juiz de Direito da 7ª Vara Cível da Comarca de Ribeirão Preto." (TJSP; Conflito de competência cível 0001284-09.2024.8.26.0000; Relator: Claudio Teixeira Villar; Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro de Ribeirão Preto – 7ª Vara Cível; Data do Julgamento: 08/02/2024; Data de Registro: 08/02/2024).

As normas definidoras da especialização de Varas devem ser interpretadas restritivamente a fim de evitar indiscriminada ampliação da competência e, no caso específico das Varas Empresariais, deve haver simetria com as atribuições das Câmaras Reservadas de Direito Empresarial. Como a matéria versada nos autos em curso na origem não é de competência da Câmara Reservada de Direito Empresarial deste Tribunal, inegavelmente a competência para o processamento perante o Primeiro Grau de jurisdição não deve ser igualmente atribuída à Vara Empresarial.

O voto é pela **procedência do conflito, competente o MM. Juízo Suscitado (MM. Juiz de Direito da 3ª Vara Cível de São José do Rio Preto).**

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0015962-29.2024.8.26.0000, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA VARA REGIONAL DE COMPETÊNCIA EMPRESARIAL E DE CONFLITOS RELACIONADOS À ARBITRAGEM DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO – FORO ESPECIALIZADO DAS 2ª, 5ª E 8ª RAJs, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 6ª VARA CÍVEL DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Conheceram o conflito, declarando-se competente o MM. Juízo Suscitado (MM. Juiz de Direito da 6ª Vara Cível de São José do Rio Preto). V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº CC-0175/24-CE)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores BERETTA DA SILVEIRA (VICE-PRESIDENTE) (Presidente sem voto), HERALDO DE OLIVEIRA (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO) e CAMARGO ARANHA FILHO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 16 de maio de 2024.

TORRES DE CARVALHO, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – Ação anulatória de franquia c.c. indenização de dano moral e lucros cessantes. Demanda distribuída ao Estado de Goiás. Remessa à Vara Cível da Comarca de São José do Rio Preto em observância ao foro de eleição. Redistribuição à Vara Empresarial e de Conflitos Relacionados à Arbitragem de São José do Rio Preto. Impossibilidade de apreciação do feito pelo Juízo Especializado. Distribuição em data anterior à criação da vara especializada. Observância do artigo 6º da Resolução nº 822/2022 do Órgão Especial e do item 5 do Comunicado Conjunto nº 541/23. Precedentes. Procedente o conflito. Competência do MM. Juízo Suscitado.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo MM. JUIZ DE DIREITO DA VARA REGIONAL DE COMPETÊNCIA EMPRESARIAL

E DE CONFLITOS RELACIONADOS À ARBITRAGEM DA COMARCA DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO – FORO ESPECIALIZADO DAS 2ª, 5ª E 8ª RAJs em face do MM. JUIZ DE DIREITO DA 6ª VARA CÍVEL DA MESMA COMARCA, em ação anulatória de contrato de franquia c.c. indenização por dano moral e lucros cessantes ajuizada por Marcos Antonio Teixeira contra Dayvidy Weslely Camargo (Showcel – proc. nº. 0006904-20.2024.8.26.0576). A ação foi distribuída inicialmente ao MM. Juízo da Comarca de Caldas Novas, Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, sob o nº 5607866-60.2019.8.09.0024, que, em observância ao foro eleito pelas partes (cláusula sexagésima primeira) e aos artigos 385, § 3º, e art. 453, § 1º, do CPC, acolheu a preliminar de incompetência territorial do Juízo, encaminhando os autos a uma das Varas Cíveis da Comarca de São José do Rio Preto (fls. 314/315). Contemplado pela redistribuição, o Juízo da 6ª Vara Cível de São José do Rio Preto entendeu pela sua incompetência absoluta tendo em vista a instalação de vara especializada (fl. 323). O suscitado declinou da competência, após considerar que o aspecto determinante para a definição da competência é a natureza da relação jurídica subjacente discutida na ação, e não o procedimento adotado. Destacou ser da competência da Vara Especializada quando a ação envolve cobrança de valores decorrentes de royalties, taxa de propaganda, "fundo de marketing", devidos por força de contrato de franquia, considerando que não haverá redistribuição de feitos já em andamento e distribuídos em data anterior a 21/08/2023, bem como pelo respeito ao foro de eleição (fls. 327/332, proc. de origem).

É o relatório.

2. O conflito negativo de competência está configurado, porquanto ambos os Juízos declinaram da competência para conhecer, processar e julgar o pedido (CPC, art. 66, II).

Respeitado entendimento diverso, assiste razão ao MM. Juízo Suscitante.

3. A ação anulatória de contrato de franquia c.c. indenização, dano moral e lucros cessantes foi ajuizada por Marcos Antonio Teixeira contra Dayvidy Weslely Camargo–ME (marca Showcel) e encontra-se lastreada em contrato de franquia, firmado em 20/02/2019 – fls. 39/51. Em preliminar, pretende a justiça gratuita e a invalidade da cláusula de eleição do foro. No mérito, aduz que interessado na execução de plano de negócios e franquia acordaram no pagamento de R$ 100.000,00, pagos em 10 cheques, referente a taxa de franquia e compra inicial. Sustenta que, após pagamento das duas primeiras parcelas, a franqueadora não enviou nem material nem treinamento, descumprindo o acordado. Pede a nulidade do contrato de franquia e valor de danos materiais, morais e lucros cessantes, além de penalidades contratuais e a devolução de valores pagos ao réu, com os acréscimos legais.

4. Não se duvida que a matéria tratada na ação seja efetivamente regida pela Lei 13.966/2019, envolvendo, portanto, tema previsto no rol de competên-

Acesso ao Sumário

cia das Varas Empresariais, definido pelo artigo 3º da Resolução nº 877/2022 do Órgão Especial deste Tribunal de Justiça, a saber:

> "Artigo 3º – As Varas Empresariais e de Conflitos relacionados à Arbitragem criadas nos artigos 1º e 2º terão competência para as ações principais, acessórias e conexas, relativas à matéria prevista no Livro II, Parte Especial do Código Civil (art. 966 a 1.195) e na Lei nº 6.404/1976 (sociedades anônimas), bem como a propriedade industrial e concorrência desleal, tratadas especialmente na Lei nº 9.279/1996, a franquia (Lei nº 8.955/1994), as falências, recuperações judiciais e extrajudiciais, principais, acessórios e seus incidentes, disciplinados pela Lei nº 11.101/2005, incluídas as ações penais (artigo 15 da Lei estadual nº 3.947/83), assim como as ações decorrentes da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996), e, ainda, para as ações principais, acessórias e conexas relativas à matéria prevista nos artigos 13 a 24 da Lei nº 14.193/2021".

Contudo, no caso, a ação tem distribuição datada de 17.10.2019 (fls. 06) para o Juízo da 3ª Vara Cível da Comarca de Caldas Novas – GO, ou seja, em data anterior à instalação da Vara Especializada que, de acordo com o Comunicado Conjunto da Presidência do Tribunal de Justiça de São Paulo e da Corregedoria Geral de Justiça nº 541/2023, ocorreu em 21/08/2023.

Também o artigo 6º, da Resolução nº 877/2022 determina que:

> "Não haverá redistribuição dos feitos já distribuídos e em andamento nas varas das comarcas das 2ª, 3ª, 5ª, 6ª, 7ª, 8ª e 9ª Regiões Administrativas Judiciárias abrangidas na competência das Varas Regionais Empresariais"

Ainda, o item 5, do Comunicado Conjunto nº 541/2023:

> "Não haverá redistribuição dos feitos já distribuídos e em andamento nas Varas das Comarcas das 2ª, 5ª e 8ª Regiões Administrativas Judiciárias abrangidas na competência da presente Vara Regional Empresarial".

Por isso, vedada a redistribuição de feitos em andamento para as Varas Empresariais esse feito deve permanecer no Juízo cível para julgamento. Nesse sentido, o entendimento dessa Câmara Especial:

> "CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. Ação declaratória de nulidade ou rescisão de contrato de franquia c.c. indenização por danos materiais e morais proposta por empresário franqueado em face de empresa franqueadora. Acolhimento de preliminar de cláusula de eleição de foro, com ordem de remessa dos autos para uma das Varas Cíveis de São José do Rio Preto. Redistribuição para a 4ª Vara Cível de São José do Rio Preto. Nova remessa para Vara Regional de Competência Empresarial e de Conflitos Relacionados à Arbitragem da 2ª, 5ª e 8ª RAJs. Impossibilidade. Ação em andamento em data anterior à instalação da Vara Especializada, ainda que noutra Comarca. Proibição de redistribuição dos feitos em andamento. Inteligência do artigo 6º da Resolução nº 877/2022 do Órgão Especial deste Tribunal de Justiça, em conjunto com o item 5 do Comunicado Conjunto nº 541/2023. Precedentes. Competên-

Acesso ao Sumário

cia do juízo suscitado da 4ª Vara Cível de São José do Rio Preto." (TJSP; Conflito de competência cível 0008178-98.2024.8.26.0000; Relator: Heraldo de Oliveira (Pres. Seção de Direito Privado); Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro de São José do Rio Preto – 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 20/03/2024; Data de Registro: 20/03/2024).

"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL. Ação distribuída antes da instalação das Varas Empresariais e de Conflitos Relacionados à Arbitragem da Capital. Impossibilidade de apreciação do feito pelo Juízo Especializado. Observância do art. 3º., da Resolução nº. 763/2016, do Órgão Especial deste E. Tribunal, que criou as Varas Empresariais e de Conflito de Arbitragem. Competência afeita às Varas Cíveis. Precedentes. Conflito procedente. Competência do juízo suscitado". (TJSP; Conflito de competência cível 0008829-33.2024.8.26.0000; Relator: Sulaiman Miguel Neto; Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro Central Cível – 2ª VARA EMPRESARIAL E CONFLITOS DE ARBITRAGEM; Data do Julgamento: 25/03/2024; Data de Registro: 25/03/2024).

"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. Ação declaratória de relação jurídica e validade de deliberação societária Resolução 877/2022 que ampliou a competência territorial das Varas Regionais de Conflitos Relacionados à Arbitragem. Vedação expressa à redistribuição dos autos em andamento na data da publicação da resolução. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo da 4ª Vara Cível da Comarca de São José dos Campos, suscitado." (TJSP – Câmara Especial – Conflito de Competência Cível nº 0000104-55.2024.8.26.0000 – Rel. Des. Jorge Quadros – j. em 29/01/2024 – V.U. – destaques nossos);

"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – Ação declaratória de nulidade de cláusula pré-contratual de franquia cumulada com indenização por danos materiais e morais distribuída ao MM. Juiz da 11ª Vara Cível da Comarca de São Luiz/MA, com posterior redistribuição a uma das Varas Cíveis da Comarca de São José do Rio Preto, com base no acolhimento da preliminar de incompetência territorial arguida em contestação – Declinação da competência pelo Juízo da 9ª Vara Cível de São José do Rio Preto, com determinação de redistribuição à Vara Empresarial local – Não cabimento – Ação distribuída em data anterior à da instalação da Vara Especializada – Observância ao disposto na Resolução nº 877/2022, deste E. Tribunal de Justiça, e no Comunicado Conjunto nº 541/2023, da E. Presidência do Tribunal de Justiça e da Corregedoria Geral de Justiça – Precedentes desta E. Câmara Especial – Conflito procedente – Competência do Juízo da 9ª Vara Cível da Comarca de São José do Rio Preto." (TJSP – Câmara Especial – Conflito de Competência Cível nº 0040361-59.2023.8.26.0000 – Relª. Desª. Ana Luiza Villa Nova – j. em 16/02/2024 – V.U.);

Igualmente: TJSP – CC nº. 0034809-21.2020.8.26.0000; rel. Des. Daniela Cilento Morsello; j. 26.01.2021.

Acesso ao Sumário

O voto é pelo **conhecimento do conflito, declarando-se competente o MM. Juízo Suscitado (MM. Juiz de Direito da 6ª Vara Cível de São José do Rio Preto).**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 2038755-25.2024.8.26.0000, da Comarca de Osasco, em que é suscitante IPOMOEA EMPREENDIMENTOS S/A e interessado CONDOMÍNIO OSASCO PRIME BOULEVARD, são suscitados MM. JUIZ DE DIREITO DA 5ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE OSASCO e MM. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA DE FALÊNCIAS E RECUPERAÇÕES JUDICIAIS DO FORO CENTRAL DA CAPITAL.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NÃO CONHECERAM DO CONFLITO DE COMPETÊNCIA. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 61.816)**

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, 24 de maio de 2024.

HERALDO DE OLIVEIRA, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. Incidente suscitado por empresa em recuperação judicial. Pedido de recuperação judicial que tramita perante a 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais do Foro Central da Capital. Execução de título extrajudicial, a seu turno, que tramita perante a 5ª Vara Cível de Osasco. Arguição da suscitante de competência absoluta do juízo universal da recuperação judicial para apreciar medidas constritivas. Inexistência de conflito entre os Juízes suscitados acerca de um mesmo processo. Inocorrência das hipóteses do art. 66 do CPC. Precedentes desta C. Câmara Especial e do E. STJ. Conflito de competência que não se presta a resolver questões de mérito. Conflito não conhecido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de **conflito positivo de competência com pedido de medida liminar** suscitado por **IPOMOEA EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA,** em face do **MM. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA DE FALÊNCIAS E RECUPERAÇÕES JUDICIAIS DO FORO CENTRAL CÍVEL DA COMARCA DA CAPITAL**, onde tramita a ação de Recuperação Judicial nº 1101129-56.2022.8.26.0100, proposta pela suscitante e demais empresas componentes do conglomerado "Grupo Rossi", e do **MM. JUIZ DE DIREITO DA 5ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE OSASCO**, onde tramita a Execução de Titulo Extrajudicial nº 1027034-18.2019.8.26.0405, promovida pelo Condomínio Osasco Prime Boulevard, em face da ora suscitante, cujo crédito é decorrente de cotas condominiais.

Alega que não obstante o MM. Juízo da 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais da Comarca de São Paulo/SP ter DEFERIDO o processamento do pedido de recuperação judicial e determinado a SUSPENSÃO das ações promovidas em face do "Grupo Rossi", assim como a LIBERAÇÃO DE IMÓVEIS constritos por Juízos cíveis nos processos de execução ou cumprimento de sentença de créditos sujeitos à recuperação judicial, o MM. Juízo da 5ª Vara Cível de Osasco tem ignorado tal determinação, dando ensejo a decisões conflitantes, além de gerar enorme instabilidade jurídica e econômica a todas as partes envolvidas.

Aduz que o Juízo Cível ignorou por completo os ditames da Lei n° 11.101/2005, e em manifesto conflito positivo de competência em relação às determinações emanadas pelo Juízo Recuperacional, indeferiu o pedido da Suscitante de levantamento de uma penhora no rosto dos autos (levada a efeito no proc. nº 1002966-04.2019.8.26.0405, em tramite perante a 7ª Vara Cível de Osasco). Além disso, afirma que a circunstância da não suspensão da execução caracteriza o exercício em duplicidade do direito de receber o referido crédito (satisfação do credor tanto na ação executiva quanto na recuperação judicial), o que não se pode admitir.

Argumenta que o Juízo da 1ª Vara de Recuperações Judiciais da Comarca de São Paulo é o único competente, e de forma absoluta, para a deliberação sobre medidas constritivas visando à garantia do crédito exequendo pleiteado nos autos em trâmite junto ao segundo Suscitado.

Nesse contexto, sustenta que, como a ação em epígrafe versa sobre a execução de um crédito concursal, nada obstante a origem condominial, que restou novado com a aprovação e homologação do plano de recuperação judicial, o crédito deverá, necessariamente, ser pago nos termos que constam do plano, de modo que o Exequente não possui qualquer interesse processual no prosseguimento da ação executiva, a qual deve ser extinta sem julgamento de mérito, nos termos do art. 485, IV e VI do Código de Processo Civil, por perda supervenien-

Acesso ao Sumário

te do interesse de agir.

Pondera, ainda, que o Juízo da falência reconsiderou anterior posicionamento, entendendo pelo caráter concursal de débitos referentes a cotas condominiais, a reforçar a existência de conflito positivo de competências entre os dois Juízos.

Assevera que é caso de concessão de efeito suspensivo, pois há razões evidentes que comprovam o desacerto na decisão do d. Magistrado da 5ª Vara Cível da Comarca de Osasco, que caso não seja suspensa por este Tribunal acarretará graves prejuízos à Suscitante, uma vez que existe a penhora no rosto dos autos de outro processo, em iminência de ser o valor transferido para os autos principais e levantado pelo Exequente. Alega ainda que há perigo da demora diante da possibilidade de arrematação do imóvel constrito.

Ao final, o pedido vem formulado nos seguintes termos:

"10.1. Face o todo o exposto, a Suscitante e o Grupo Rossi requerem:

a) Analogamente, e via de consequência, seja nomeado o MM. Juízo da 1ª Vara de Recuperações Judiciais e Falências da Comarca de São Paulo/SP como único competente para julgar eventuais medidas urgentes atreladas à supra indicada execução;

b) Que EM NENHUMA HIPÓTESE SEJA SUSPENSA a Recuperação Judicial movida pela Suscitante e as demais empresas do Grupo Rossi, autos n. 1101129-56.2022.8.26.0100, junto à 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais do Foro Central de São Paulo/SP, haja vista o interesse público e coletivo do processo, e o interesse e milhares de credores na aprovação e cumprimento do Plano de Recuperação;

c) Seja intimado o Juízo da 5ª Vara Cível da comarca de Osasco – SP, 2º Suscitado, para que se manifeste nos termos do art. 954 do CPC, bem como o Ilustre representante da Procuradoria Geral do Estado;

d) Seja deferida a medida liminar, inaudita altera parte, para que seja sobrestado o processo n.º 002966-04.2019.8.26.0405, em que se pleiteia a Execução de Título Extrajudicial, em trâmite perante a 1ª Vara Cível da Comarca de Santos – SP [sic], com cancelamento imediato da penhora realizada, impedindo-se qualquer movimentação de levantamento do valor, nos termos do caput do artigo 955 do Código de Processo Civil [...], até julgamento final deste Conflito de Competência.

e) Ao final, seja conhecido o presente conflito de competência, declarando-se que o MM. Juízo da 1ª Vara de Recuperações Judiciais e Falências da Comarca de São Paulo/SP, 1º Suscitado, é único competente para determinar a prática de medidas constritivas ao patrimônio da Suscitante, nos termos do art. 49 e 59 c/c 6º e 52, III, todos da Lei nº 11.101/2005, considerando ter havido ainda a novação de valores por ocasião de sua devida habilitação efetivada pela Suscitante;

Acesso ao Sumário

f) Que todos os bloqueios, penhoras, arrestos e sequestros de bens e direitos das Suscitantes, sejam imediata e incondicionalmente liberados em favor das Suscitantes, levando-se em conta a competência absoluta do juízo universal da Recuperação Judicial para deliberar sobre o tema;

g) Que seja extinto a Execução de Título Extrajudicial autuado sob o n. rosto dos autos 002966-04.2019.8.26.0405, em trâmite perante o 2º Suscitado [sic], uma vez que além de o crédito exequendo sujeitar-se ao procedimento da recuperação judicial nos termos do art. 49 da Lei n. 11.101/2.005, operou-se a sua novação por força da correspondente habilitação na Recuperação Judicial, isto com base no art. 59 do mesmo diploma legal especializado. [...]" (fls. 18/20).

Indeferido o pedido de medida liminar, o Juiz da 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais do Foro Central da capital foi designado para resolver as medidas urgentes relativas à ação de recuperação judicial nº 1101129-56.2022.8.26.0100, enquanto o Juiz da 5ª Vara Cível de Osasco foi designado para resolver aquelas atinentes à execução de título extrajudicial nº 1027034-18.2019.8.26.0405 (fls. 207/211).

A Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo não conhecimento do conflito (fls. 217/220).

É O RELATÓRIO.

O conflito de competência não deve ser conhecido.

De início, ressalva-se haver aparente erro material na formulação do pedido da Suscitante, ao se reportar à suspensão do *"processo n.º 002966-04.2019.8.26.0405, em que se pleiteia a Execução de Título Extrajudicial, em trâmite perante a 1ª Vara Cível da Comarca de Santos – SP"*, e à extinção da *"Execução de Título Extrajudicial autuado sob o n. rosto dos autos 002966-04.2019.8.26.0405, em trâmite perante o 2º Suscitado"*. Com efeito, infere-se da petição inicial que a Suscitante busca discutir a competência referente às matérias discutidas no bojo da Execução de Título Extrajudicial nº 1027034-18.2019.8.26.0405, da 5ª Vara Cível da Comarca de Osasco.

Feita a ressalva, verifica-se que, nos termos do art. 66, inciso I, do Código de Processo Civil, há conflito positivo de competência quando: *"I – 2 (dois) ou mais juízes se declaram competentes"*.

No presente caso, porém, não existe tal conflito.

Ora, para que haja um conflito positivo de competência, dois ou mais Juízes devem entender que são competentes para o julgamento da *mesma causa*.

No caso concreto, os Magistrados deram-se por competentes apenas para processar os feitos em trâmite nas suas respectivas Varas. Eles proferiram decisões em seus próprios processos sem que qualquer um deles tenha avocado os autos do outro Juízo.

Desse modo, as decisões dos suscitados devem ser combatidas em seus

Acesso ao Sumário

respectivos autos, mas não configuram um conflito de competência.

Conforme pontuado na decisão que indeferiu a liminar do presente incidente processual (fls. 207/211), visando a Suscitante, fundamentalmente, à extinção do processo de Execução de Título Extrajudicial nº 1027034-18.2019.8.26.0405, ora invocando a perda superveniente de interesse de agir (questão processual) ora citando a extinção da relação jurídica obrigacional pelo instituto da novação (questão de direito material), tem-se que eventual indeferimento de pretensões formuladas naqueles autos, ao menos em um primeiro momento, poderiam ser objeto de recursos próprios.

Nesse sentido, já decidiu esta C. Câmara Especial:

"CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA – Conflito suscitado pela parte – Execução de título extrajudicial em desfavor dos proprietários de empresa em recuperação judicial – Decisão proferida por juízo cível, que ordenou a liquidação de cotas sociais já penhoradas da empresa recuperanda para satisfação do título executivo – Pretensão da parte suscitante para que o pedido constritivo seja analisado pelo juízo da recuperação judicial – Impossibilidade – Matéria sujeita a recurso próprio já interposto, inclusive, sem afetar a competência jurisdicional – Inexistência de dois ou mais juízos declarando-se competentes para o julgamento de um mesmo processo – Inocorrência da hipótese prevista no art. 66, inciso I, do CPC – Observância à alteração feita pela Lei nº 14.112/2020 ao artigo 6º da Lei de Falências que, por seu turno, autoriza o juízo recuperacional, quando invocado e caso entenda pertinente, a decidir sobre a suspensão dos atos de constrição (§§ 7ª-A e 7º-B) – Precedentes – Conflito não conhecido." (TJSP – Câmara Especial – Conflito de Competência Cível nº 2160402-21.2023.8.26.0000 – Rel. Des. Wanderley José Federighi [Pres. da Seção de Direito Público] – j. em 31.07.2023 – DJe 08.08.2023 – V.U.);

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA – Pedido de recuperação judicial que tramita perante a 3ª Vara Cível da Comarca de Sumaré, e execução de título extrajudicial em curso na 18ª Vara Cível do Foro Central da Comarca da Capital – Incidente suscitado pela parte em recuperação judicial – Pretensão de deslocamento da competência para Juízo onde processada a recuperação judicial – Faculdade legal de suscitar conflito de competência conferida a qualquer das partes, prevista no art. 951 do CPC, desde que a instauração se enquadre nas hipóteses previstas no art. 66 do mesmo diploma – Ausência, no caso, de conflito entre os juízos apontados pela suscitante, eis que nenhum deles disputa a competência ou a incompetência de um mesmo processo – Precedentes desta C. Câmara Especial – Conflito não conhecido." (TJSP – Câmara Especial – Conflito de Competência Cível nº 2295307-94.2022.8.26.0000 – Rel. Desª. Ana Luiza Villa Nova – j. em 26.05.2023 – DJe 16.06.2023 – V.U.);

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA – Cumprimento de sentença – Em-

Acesso ao Sumário

presa executada em recuperação judicial – Plano de recuperação judicial homologado – Decisão do juízo recuperacional de submeter ao juízo da execução a análise sobre o percentual a ser penhorado que não tipifica conflito de competência – Não configuração da hipótese prevista no artigo 66, inciso I ou II, do Código de Processo Civil – Juízos suscitados que não proferiram decisões reivindicando ou não a competência para o processamento do cumprimento de sentença – Insurgência contra decisões exaradas no curso do cumprimento de sentença que deve ser deduzida pela via processual adequada – Conflito de competência não conhecido." (TJSP – Câmara Especial – Conflito de Competência Cível nº 2269464-30.2022.8.26.0000 – Rel. Des. Guilherme Gonçalves Strenger [Vice Presidente] – j. em 28.02.2023 – DJe 15.03.2023 – V.U.).

E também o E. Superior Tribunal de Justiça:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. AUSÊNCIA DE CONFLITO POSITIVO. DESCABIMENTO DO INCIDENTE COMO SUCEDÂNEO RECURSAL. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. I – Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. In casu, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015. II – Verifica-se não haver conflito positivo ou negativo entre Juízos, sendo inviável o conhecimento do presente incidente, porquanto ausente pressuposto de admissibilidade. III – Para a caracterização do conflito de competência é necessário que os juízos divirjam a respeito da competência para exame de uma mesma demanda ou sobre a reunião ou separação de processos. IV – O conflito de competência não é meio idôneo ao julgamento do mérito da causa, tampouco pode ser utilizado como sucedâneo recursal V – Não apresentação de argumentos suficientes para desconstituir a decisão recorrida. VI – Agravo Interno improvido." (STJ – Primeira Seção – AgInt no CC 139.846/DF – Rel. Min. Regina Helena Costa – j. 13.12.2017 – DJe 16.02.2018 V.U. – destaques nossos).

Importante realçar que o conflito de competência tem finalidade própria (que é – com exclusividade – dirimir a dúvida acerca de a quem cabe processar e julgar determinada ação ou recurso), não se prestando a resolver questões de mérito da causa, que somente podem ser atacadas pelos apropriados meios recursais.

Cumpre citar mais alguns precedentes do E. Superior Tribunal de Justiça a esse respeito:

"PROCESSUAL CIVIL. QUESTÃO DE ORDEM. INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE AJUIZADO APÓS O INÍCIO DO JULGAMENTO DO PROCESSO OBJETO DA REFERIDA ARGUIÇÃO. IMPOS-

Acesso ao Sumário

SIBILIDADE DO EXAME. OCORRÊNCIA DA PRECLUSÃO. PLEITO EXTEMPORÂNEO CUJO ACOLHIMENTO CAUSARIA TUMULTO PROCESSUAL. EFEITO MULTIPLICADOR DAS DECISÕES DO STJ. LIMITES DA COGNIÇÃO NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA. [...] 5. O conflito de competência, segundo entendimento remansoso da jurisprudência e da doutrina, tem sua cognição restrita à definição do juízo apto a prestar a jurisdição em determinado processo, consubstanciando tal limite respeito ao princípio constitucional do juiz natural, não podendo este incidente processual ser utilizado como sucedâneo recursal ou para se obter, por via transversa, a análise da controvérsia estabelecida no processo do qual se originou. 6. Indeferimento do pedido formulado na petição n. 617.831/2017, ficando prejudicado o exame do agravo interno de fls. 1.498/1.502, com a consequente restituição do feito ao Excelentíssimo Senhor Ministro Luis Felipe Salomão, para análise decorrente de pedido de vista." (STJ – Corte Especial – QO na PET no CC 140.456/RS – Rel. Min. Jorge Mussi – j. 19.09.2018 – DJe 05.11.2018 – V.U. – destaques nossos);

"AGRAVO REGIMENTAL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. INCIDENTE DE SUSCITAÇÃO DE DÚVIDA. REGISTRO DE ESCRITURA DE COMPRA E VENDA. INEXISTÊNCIA DE INTERESSE JURÍDICO DA UNIÃO, DE ENTIDADE AUTÁRQUICA OU DE EMPRESA PÚBLICA FEDERAL (ART. 109, I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL). SÚMULAS N. 150, 224 E 254/STJ. ANÁLISE DA MATÉRIA DE MÉRITO. IMPOSSIBILIDADE. 1. Compete à Justiça Federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença, no processo, da União, suas autarquias ou empresas pública. Súmulas n. 150, 224 e 254 do STJ. 2. O conflito positivo de competência não se presta para aferir a inteireza e legitimidade de deliberações dos juízos suscitados, nem para pronunciar sobre o acerto ou desacerto de decisões proferidas no âmbito das demandas que deram origem a sua instauração. 3. Agravo regimental desprovido." (STJ – Segunda Seção – AgRg no CC 130.677/ES – Rel. Min. *João Otávio de Noronha* – j. 12.02.2014 – DJe 17.02.2014 – V.U. – destaques nossos).

E nem se argumente, por fim, que o incidente disparado poderia encontrar abrigo no art. 951 do Código de Processo Civil, que prevê que *"O conflito de competência pode ser suscitado por qualquer das partes, pelo Ministério Público ou pelo juiz"*.

A erronia de interpretação do mencionado comando, compreendida a visão da Suscitante, está na leitura literal do texto, deixando-se de se ater à índole do instituto.

De fato, permitir a arguição, a critério do Ministério Público ou da parte, não significa afirmar que qualquer deles possa se apartar das duas hipóteses de cabimento, vale dizer, quando houver impasse entre dois órgãos jurisdicionais,

Acesso ao Sumário

quer pela concomitante aceitação da competência da causa ou do recurso (conflito positivo), quer pela simultânea rejeição (conflito negativo).

A inteligência deste dispositivo converge à licença de a parte somente poder propor o conflito quando dois ou mais órgãos jurisdicionais se disserem competentes ou negarem a competência.

Portanto, a situação atual impede o conhecimento deste incidente, notadamente porque os predicados do conflito de competência, renove-se, não se encontram manifestos.

Ante o exposto, **NÃO CONHEÇO DO CONFLITO DE COMPETÊNCIA.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0007978-91.2024.8.26.0000, da Comarca de Itapecerica da Serra, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA VARA DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL E CRIMINAL DE ITAPECERICA DA SERRA, interessados C.T.A.V. CENTRO TERAPÊUTICO ÁRVORE DA VIDA SS LTDA e AUTARQUIA MUNICIPAL DE ITAPECERICA DA SERRA – SAÚDE-IS, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA JUDICIAL DE ITAPECERICA DA SERRA.

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 2ª Vara Judicial de Itapecerica da Serra, ora Suscitado", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36.504)**

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, 29 de maio de 2024.

XAVIER DE AQUINO, Decano e Relator

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – Ação de obrigação de fazer ajuizada por estabelecimento voltado ao tratamento de pacientes psiquiátricos objetivando o restabelecimento de sua licença sanitária e a sua consequente desinterdição, bem como indenização por danos materiais – Distribuição dos autos à 2ª Vara Judicial da Comarca de

Acesso ao Sumário

Itapecerica da Serra – Declinação de competência – Possibilidade – Prova pericial pleiteada expressamente pelo autor e que se mostra imprescindível para a solução da lide – Prova complexa que não se coaduna com o rito dos Juizados Especiais – 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 do Juizado Especial Cível e Criminal da Comarca de Itapecerica da Serra contra o MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Judicial da mesma Comarca, nos autos da ação de obrigação de fazer (autos n. 1000376-04.2024.8.26.0268) ajuizada por C.T.A.V. Centro Terapêutico Árvore da Vida SS LTDA contra a autarquia municipal de saúde de Itapecerica da Serra.

Alega o suscitante, em síntese, às fls. 400/402 dos autos de origem, que o autor, dentre seus pedidos iniciais, requereu expressamente pela produção de prova pericial (fls. 17 dos autos de origem), ratificando-o em sua manifestação de fls. 388/393 dos referidos autos; que não há como se admitir produção de tal prova complexa no sistema dos Juizados Especiais, conforme aponta o enunciado n. 6 do Fórum de Juizados Especiais do Estado de São Paulo (FOJESP).

Designado o Juízo suscitante para apreciar e resolver as eventuais medidas urgentes (fl. 406).

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. 412).

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.

Acesso ao Sumário

O caso em análise trata de autos da ação de obrigação de fazer (autos n. 1000376-04.2024.8.26.0268) ajuizada por C.T.A.V. Centro Terapêutico Árvore da Vida SS LTDA, estabelecimento de longa permanência destinado ao tratamento de pacientes psiquiátricos, contra a autarquia municipal de saúde de Itapecerica da Serra, objetivando o restabelecimento de sua licença sanitária e a sua consequente desinterdição, bem como indenização por danos materiais.

Distribuída originalmente à 2ª Vara Judicial da Comarca de Itapecerica da Serra, o MM. Juiz de Direito declinou de sua competência, à fl. 387 dos autos originários, por entender que o valor da causa é inferior a sessenta salários mínimos; que o processamento e julgamento dos feitos tratados na Lei nº 12.153/2009, nas comarcas do interior onde não houver Vara da Fazenda

Pública instalada, deverá ocorrer com exclusividade nas Varas de Juizado Especial, conforme dispõe o artigo 8º do Provimento n. 2.203/2014, do Conselho Superior da Magistratura.

Aportados os autos no Juizado Especial Cível e Criminal daquela mesma Comarca, foi instaurado o incidente em debate.

Em melhor análise, respeitadas as ponderações do Juízo suscitado, razão assiste ao Juízo suscitante.

Com efeito, compulsando os autos, verifica-se que o interessado pretende, com o ajuizamento da demanda na justiça comum, a produção de prova pericial de alta complexidade, que é imprescindível para o deslinde da causa, seja para desinterditar a instituição, seja para condenar o Município ao pagamento de danos materiais e dos lucros cessantes, o que é incompatível com o procedimento célere, informal e simplificado dos juizados especiais, independentemente do valor atribuído à causa.

Nessa linha, dispõe o enunciado 11 do Fórum Nacional de Juizados Especiais – FONAJE que *"as causas de maior complexidade probatória, por imporem dificuldades para assegurar o contraditório e a ampla defesa, afastam a competência do Juizado da Fazenda Pública"* (XXXII Encontro Armação de Búzios/RJ) (FONAJE da Fazenda Pública).

Não é outro o entendimento desta C. Câmara Especial:

"Conflito Negativo de Competência – Ação declaratória de inexistência de relação jurídica e inexistência de dívida c.c. dano moral. Distribuição para a 1ª Vara da Comarca. Redistribuição ao Juízo do Juizado Especial Cível e Criminal, em virtude do valor atribuído à causa. Impossibilidade. Ação que potencialmente demanda prova pericial de natureza complexa. Exegese do art. 10 Lei nº 12.153/2009. Precedentes. Procedente o conflito. Competente o Juízo Suscitado".

(TJSP; Conflito de competência cível 0011962-83.2024.8.26.0000; Relator: Torres de Carvalho (Pres. Seção de Direito Público); Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro de Ferraz de Vasconcelos – Vara do Juizado Especial Cível e Criminal; Data do Julgamento: 23/04/2024; Data de Registro: 23/04/2024)

"Conflito Negativo de Competência – Ação revisional de aposentadoria. Distribuição para a 2ª Vara da Comarca. Redistribuição ao Juízo do Juizado Especial da Fazenda Pública, em virtude do valor atribuído à causa. Possibilidade. Ação que não demanda prova pericial de natureza complexa. Prova documental acostada nos autos. Ademais, as partes manifestaram expresso desinteresse na produção de prova pericial. Exegese do art. 10 Lei nº 12.153/2009. Precedentes. Procedente o conflito. Competente o Juízo Suscitante".

(TJSP; Conflito de competência cível 0012171-52.2024.8.26.0000; Relator: Torres de Carvalho (Pres. Seção de Direito Público); Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro de São João da Boa Vista – Vara do Juizado

Acesso ao Sumário

Especial Cível, Criminal e da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 18/04/2024; Data de Registro: 18/04/2024)

E ainda: (TJSP; Conflito de competência cível 0012457-30.2024.8.26.0000; Relator: Heraldo de Oliveira (Pres. Seção de Direito Privado); Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro de Jaú – Vara do Juizado Especial Cível e Criminal; Data do Julgamento: 18/04/2024; Data de Registro: 18/04/2024); TJSP; Conflito de competência cível 0005247-25.2024.8.26.0000; Relatora: Silvia Sterman; Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro Central – Fazenda Pública/Acidentes – 3ª Vara do Juizado Especial da Fazenda Pública da Capital; Data do Julgamento: 08/04/2024; Data de Registro: 08/04/2024).

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 0009375-88.2024.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 3ª VARA DO JUIZADO ESPECIAL DA FAZENDA PÚBLICA DA CAPITAL, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 3ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA CAPITAL.

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 3ª Vara da Fazenda Pública da Capital, ora Suscitado, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36.652)**

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, 5 de junho de 2024.

XAVIER DE AQUINO, Decano e Relator

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA ENTRE OS JUÍZOS DA VARA DA FAZENDA PÚBLICA E DA VARA DO JUIZADO ESPECIAL DA FAZENDA PÚBLICA (ambas da Capital) – Ação de isenção de imposto de renda na fonte, movida por funcionário público estadual, portador de cegueira monocular – A despeito do valor inferior de alçada, a hipótese des-

Acesso ao Sumário

crita nos autos exige produção de prova pericial complexa, que não se confunde com o exame técnico admitido nos Juizados Especiais – Inteligência do artigo 98, inciso I, da Constituição Federal e artigo 10 da lei nº 12.153/06 - Precedentes desta Câmara Especial - Conflito julgado procedente - Competência Juízo da 3ª Vara da Fazenda Pública da Capital, ora suscitado.

VOTO

Cuida-se de conflito negativo de competência instaurado pelo Juízo da 3ª Vara do Juizado Especial da Fazenda Pública em face do Juízo da 3ª Vara da Fazenda Pública, ambos da Capital, nos autos da ação de isenção de imposto de renda na fonte, movida pelo funcionário público estadual J.P.S., portador de cegueira monocular.

O feito foi proposto perante o Juízo da 3ª Vara da Fazenda Pública da Capital, cujo magistrado declinou da competência e determinou a redistribuição dos autos a uma das varas do Juizado Especial da Fazenda Pública, ao argumento de que o valor atribuído à causa não atinge o valor de 60 (sessenta) salários mínimos (fls. 28/29, dos autos de origem).

Recebidos os autos na 3ª Vara do Juizado Especial da Fazenda Pública, o juízo deu-se por incompetente, sob o fundamento de que, não obstante o valor inferior de alçada, tem-se que o art. 3º, caput, da Lei nº 9.099/95 veda expressamente que causas de maior complexidade tramitem perante os Juizados, aí inseridas as que dependam de perícia tal como na hipótese, em que a parte autora expressamente requereu a realização (fls. 616/617). Assim, sempre que o Juízo constatar a necessidade de produção de um laudo escrito, rodeado das formalidades de uma perícia [apresentação de quesitos, indicação de assistente técnico, etc.], deverá remeter o feito às vias ordinárias, pena de se quebrar, em absoluto, a essência da celeridade, informalidade e oralidade dos Juizados Especiais (fls. 93/96, dos autos de origem).

Designado o Juízo suscitado *"para apreciar e resolver as medidas urgentes"* (fl. 19), a I. Procuradoria-Geral de Justiça deixou *"de oferecer manifestação de mérito"*, entendendo que, no incidente em análise, não está presente qualquer das hipóteses legais de intervenção do Ministério Público no processo originário (fl. 26).

É o relatório.

Conhece-se do conflito negativo de competência, nos termos do artigo 66, inciso II, do Código de Processo Civil, porquanto ambos os magistrados recusam a competência para julgar a ação.

Em que pese o valor atribuído à causa não exceder o limite de sessenta salários mínimos, a controvérsia posta na ação envolve a atuação de profissional

Acesso ao Sumário

-especialista na área correspondente e não de mero "técnico habilitado".

Verifica-se, portanto, que a produção da prova envolve perícia de alta complexidade, relativa à patologia apontada na exordial (cegueira monocular) extrapolando a competência dos Juizados Especiais, que também é determinada por este critério, nos termos do artigo 98, inciso I, da Constituição Federal.

O artigo 10 da lei nº 12.153/2009 admite apenas mero exame técnico, que não se confunde com prova pericial.

Portanto, o Juízo suscitado é o competente para conhecer e julgar a ação.

Esta relatoria já se pronunciou acerca da matéria, conforme entendimento da Câmara Especial:

"*CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DECLARATÓRIA. ISENÇÃO DE IMPOSTO DE RENDA. CEGUEIRA MONOCULAR. PERÍCIA DE NATUREZA COMPLEXA. Demanda distribuída ao Juízo da 10ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital. Valor da causa inferior a 60 (sessenta) salários mínimos. Determinação de redistribuição dos autos ao Juizado Especial Fazendário, com espeque no Provimento CSM nº 1.768/2010. Inadmissibilidade. Competência do Juizado Especial da Fazenda Pública que não é determinada apenas pelo valor atribuído à causa. Inteligência do art. 2º da Lei nº 12.153/09 c.c. art. 98, I, da CF. Questão que demanda prova pericial de natureza complexa incompatível com a singeleza do exame técnico, previsto no art. 10 da Lei nº 12.153/09, bem como com a celeridade que deve ser imprimida às ações de competência dos Juizados Especiais Cíveis. Conflito conhecido. Competência da 10ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital.* (Relatora Desembargadora Daniela Cilento Morsello; Conflito de Competência nº 0032536-98.2022.8.26.0000; Comarca: São Paulo; Órgão Julgador: Câmara Especial; Julgamento: 31/10/2022)."

"*CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. Ação anulatória de ajuizada contra a Fazenda Pública. Concurso interno de Cabos da polícia militar. Pretensão de anulação de questões da prova objetiva. Necessidade de perícia técnica, instrução probatória e possível oitiva de testemunhas. Alta complexidade verificada. Incompetência do Juizado Especial. Critérios de pessoa e valor da causa (art. 2º, caput, da Lei nº 12.153/09) insuficientes. Aplicação do art. 98, I, CF. Precedentes. CONFLITO PROCEDENTE. COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITADO (4ª Vara Cível de Mauá).* (Relator Sulaiman Miguel; Conflito de Competência nº 0048806-42.2018.8.26.0000; Comarca: Mauá; Órgão Julgador: Câmara Especial; Julgamento: 21/01/2019)"

"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. Ação anulatória de concurso público para ingresso na carreira de Juiz Militar Substituto. Recurso interposto pelo candidato indeferido. Alegação de que houve violação

Acesso ao Sumário

ao quanto disposto na Resolução n. 75/2009 do CNJ, requerendo a suspensão do certame. Hipótese que exige produção de prova pericial, que não se confunde com o exame técnico admitido nos Juizados Especiais. Inteligência do artigo 98, inciso I, da Constituição Federal e artigo 10 da lei nº 12.153/2009. Precedentes desta Câmara Especial. Conflito julgado procedente. Competência do Juízo da 1ª Vara da Fazenda Pública da Capital, ora suscitado. (Relator: Issa Ahmed; Comarca: São Paulo; Órgão Julgador: Câmara Especial; Data do Julgamento: 12/03/2018)";

"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. Ação anulatória de ato administrativo. Necessidade de prova pericial cuja complexidade não se coaduna com o rito dos Juizados Especiais. Jurisprudência desta C. Câmara Especial. Inteligência do artigo 98, I, da Constituição Federal e artigo 10 da Lei nº. 12.153/09. Aplicação dos artigos 3º, caput, c.c 35 da Lei 9.099/95. Lógica do Microssistema Normativo dos Juizados Especiais. Conflito procedente. Competência do Juízo Suscitado (2ª Vara Cível de Atibaia). (Relatora: Ana Lucia Romanhole Martucci; Conflito de competência nº 0075857-33.2015.8.26.0000; Órgão julgador: Câmara Especial; Data do julgamento: 04/04/2016; Data de registro: 05/04/2016)";

"Conflito de competência – Pretensão à anulação de questões em concurso interno de seleção à graduação de Cabo PM – Delimitação do litígio a ensejar afirmada necessidade de exame pericial complexo, incompatível com o estreito âmbito objetivo de incidência do exame técnico disciplinado pelo art. 10 da Lei nº 12.153/2009 – Competência do Juízo suscitado (1ª Vara Judicial de Guaratinguetá). (Relator: Airton Pinheiro de Castro; Conflito de competência nº 0023694-13.2014.8.26.0000; Comarca: Guaratinguetá; Órgão julgador: Câmara Especial; Data do julgamento: 27/10/2014; Data de registro: 28/10/2014)".

Pelo exposto, julga-se procedente o conflito e declara-se a competência da **3ª Vara da Fazenda Pública da Capital, ora suscitado**.

Conflitos de Jurisdição

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Jurisdição nº 0008370-31.2024.8.26.0000, da Comarca de Bauru, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 4ª VARA CRIMINAL DE BAURU, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA CRIMINAL DE BAURU.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tri-

Acesso ao Sumário

bunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "CONHECERAM do conflito negativo de jurisdição e DECLARARAM a competência do JUÍZO SUSCITANTE (MM. JUÍZO DE DIREITO DA 4ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DE BAURU). V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 40.970)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores BERETTA DA SILVEIRA (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e XAVIER DE AQUINO (DECANO).

São Paulo, 20 de maio de 2024.

CAMARGO ARANHA FILHO, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: CONFLITO DE NEGATIVO DE JURISDIÇÃO – INQUÉRITO POLICIAL – APURAÇÃO DA PRÁTICA DO CRIME DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA – Inquérito policial instaurado para apuração da prática, em tese, do crime de apropriação indébita – Existência de outros autos, com representação da vítima, solicitando a apuração do mesmo fato – Pronunciamento de cunho decisório a atrair a competência por prevenção – Aplicação do disposto nos artigos 75 e 83, ambos do Código de Processo Penal – Precedentes – CONFLITO CONHECIDO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITANTE.

VOTO

Trata-se de *conflito negativo de jurisdição* suscitado pelo MM. JUÍZO DE DIREITO DA 4ª VARA CRIMINAL em face do MM. JUÍZO DE DIREITO DA 2ª VARA CRIMINAL, ambos da Comarca de Bauru, nos autos do inquérito policial instaurado para a apuração do delito previsto no artigo 168, do Código Penal (Proc. nº 1505355-92.2023.8.26.0071).

O feito foi distribuído livremente ao Juízo suscitado, o qual declinou de sua competência por entender que a instauração de representação criminal perante o MM. Juízo da 4ª Vara Criminal da Comarca tornou-o prevento para conhecer do inquérito policial e subsequente ação penal, nos termos do artigo 75, do Código de Processo penal (fl. 115 dos autos de origem).

Desse entendimento diverge o Juízo suscitante, alegando que nos autos de representação criminal não houve prática de ato ou medida judicial de cunho jurisdicional apto a gerar a prevenção. Aduz ter havido o simples recebimento de representação da vítima, bem como a requisição de inquérito policial, atos estes que não implicam o exercício de jurisdição, de modo que não configurada

Acesso ao Sumário

a prevenção, invocando o artigo 83, do Código de Processo Penal, motivo pelo qual suscita o presente conflito (fls. 1/2 deste incidente).

Foi designado o Juízo Suscitante (MM. Juízo de Direito da 4ª Vara Criminal da Comarca de Bauru) como competente para apreciar as questões urgentes (fls. 04/05).

A Douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo conhecimento do conflito e declaração da competência do Juízo Suscitado para o processamento e julgamento do feito (fls. 11/15).

É o relatório.

Conheço do conflito negativo de jurisdição, visto que presente a hipótese prevista no artigo 114, I, do Código de Processo Penal, na medida em que ambos os Juízos declinam da competência para processar este feito.

Razão assiste ao Juízo Suscitado.

Com efeito, o inquérito policial fora instaurado a partir de representação criminal formulada pela vítima (proc. nº. 1015862-72.2023.8.26.0071) para apuração do delito de apropriação indébita. Os autos da representação foram distribuídos ao Juízo da 4ª Vara Criminal de Bauru, enquanto o feito principal, consistente no inquérito instaurado a partir da requisição, fora distribuído ao Juízo da 2ª Vara Criminal de Bauru.

Respeitado o entendimento do Juízo suscitante, verifica-se que foram deferidas medidas de cunho decisório, quais sejam, a intimação do representante legal da representante legal da empresa "Allugator Serviços Digitais Ltda." para prestar informações e, sobretudo, a requisição de instauração de inquérito policial em decorrência da *notitia criminis* apresentada (fls. 64 e 97 dos autos nº. 1015862-72.2023.8.26.0071, respectivamente).

Nessa direção, o artigo 75 do Código de Processo Penal dispõe expressamente que a distribuição realizada para o efeito de qualquer diligência anterior à denúncia ou queixa, prevenirá a da ação penal. Em semelhante sentido é o conteúdo do disposto no artigo 83, do mesmo código, ao determinar a fixação da competência por prevenção do juízo, dentre os igualmente competentes, que tiver antecedido os demais na prática de algum ato do processo ou de medida a ele relativa, ainda que anteriormente ao oferecimento da ação penal, de onde se dessume a competência do Juízo suscitante para o processamento e julgamento da causa.

Referido entendimento se harmoniza à jurisprudência desta Colenda Câmara Especial, como se extrai, por amostragem, dos seguintes julgados:

> *CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO – Inquérito policial – Tráfico de drogas (art. 33 da Lei n. 11.343/2006) e posse ilegal de arma de fogo (art. 12 da Lei n. 10.826/2003) – Ausência de denúncia. 1. Embora ainda ausente o oferecimento de denúncia, de rigor o conhecimento do conflito, a fim de solucionar a competência/atribuição, evitando-se a proliferação de expedientes não dotados de definitividade – Exegese apta a tornar mais*

Acesso ao Sumário

eficiente a prestação jurisdicional e a sedimentar, desde logo, o juízo competente para o futuro ajuizamento da ação penal. 2. Distribuição livre ao Juízo da 3ª Vara de São José do Rio Preto – Redistribuição à 4ª Vara Criminal da mesma Comarca – Possibilidade – Prevenção – Art. 83, do C.P.P. – Precedentes. 4. Competência do MM. Juízo Suscitado.

TJSP; Conflito de Jurisdição 0038426-81.2023.8.26.0000; Relator: Torres de Carvalho (Pres. Seção de Direito Público); Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro de São José do Rio Preto – 3ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 08/03/2024; Data de Registro: 08/03/2024)

CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO. INQUÉRITO POLICIAL. ISENÇÃO DO PAGAMENTO DE FIANÇA E APLICAÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES. PREVENÇÃO. Existência de dois inquéritos policiais para apuração dos mesmos fatos. Juízo da 3ª Vara Criminal da Comarca de Santos que, após a declinação da competência pelo Juízo da 2ª Vara Criminal da mesma Comarca, isentou os averiguados do pagamento da fiança determinada na audiência de custódia, bem como aplicou-lhes medidas cautelares. Posterior declinação da competência ao fundamento de que a distribuição do inquérito policial, embora antecedente, foi equivocada. Descabimento. Precedência da prática de ato de cunho decisório. Prevenção caracterizada. Inteligência do art. 83 do CPP. Conflito conhecido. Competência do Juízo da 3ª Vara Criminal da Comarca de Santos.

TJSP; Conflito de Jurisdição 0002661-49.2023.8.26.0000; Relatora: Daniela Cilento Morsello; Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro de Santos – 2ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 13/04/2023; Data de Registro: 13/04/2023)

Feitas as considerações, impõe-se o reconhecimento da competência do Juízo suscitante.

Ante o exposto, **CONHEÇO** do conflito negativo de jurisdição e declaro a competência do **JUÍZO SUSCITANTE (MM. JUÍZO DE DIREITO DA 4ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DE BAURU)**.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Jurisdição nº 0009993-33.2024.8.26.0000, da Comarca de Sorocaba, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA VARA DO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL E VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER DA COMARCA DE SOROCABA, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DO ANEXO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E ANEXO DA INFÂNCIA E JUVENTUDE DA COMARCA DE COTIA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tri-

bunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "CONHECERAM do conflito negativo de jurisdição e DECLARARAM a competência do JUÍZO SUSCITANTE (MM. Juízo de Direito da Vara do Juizado Especial Criminal e de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da Comarca de Sorocaba). V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 41.007)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores BERETTA DA SILVEIRA (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e XAVIER DE AQUINO (DECANO).

São Paulo, 10 de junho de 2024.

CAMARGO ARANHA FILHO, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO – REPRESENTAÇÃO CRIMINAL – Apuração de suposta prática do delito de estelionato praticado por meio de procuração pública que se alega inválida – Desconhecimento do local da infração que afasta a regra geral do caput do artigo 70 do Código de Processo Penal – Caso concreto que se amolda à hipótese prevista pelo artigo 72, do mesmo Código – Competência do foro do domicílio do réu para ações em que se desconhece o local da infração – 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 Vara do Juizado Especial Criminal e Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da Comarca de Sorocaba em face MM. Juízo de Direito do Anexo de Violência Doméstica e Anexo da Infância e Juventude da Comarca de Cotia, nos autos da Representação Criminal instaurada por L.S.N. para a apuração dos delitos previstos nos artigos 168 e 171, do Código Penal, supostamente cometidos por C.S.S. e M.M.S.S. (Proc. nº (...)).

O feito foi livremente distribuído perante a 1ª Vara Criminal da Comarca de Sorocaba, que, entendendo que os delitos foram supostamente praticados contra mulher em situação de vulnerabilidade e violência patrimonial, e em relação íntima de afeto, declinou de sua competência e determinou a redistribuição do feito à Vara especializada da Comarca (fl. 70 dos autos de origem).

Recebidos os autos pelo Juízo Suscitante, e concordando com parecer

Acesso ao Sumário

ofertado pelo *parquet*, ele também se entendeu incompetente para conhecer a demanda, e determinou a redistribuição do feito à Comarca de Cotia, por ser o local da ocorrência do fato, invocando, para tanto, o artigo 70, *caput*, do Código de Processo Penal (fl. 77 dos autos de origem).

Deste entendimento divergiu o Juízo Suscitado, ao fundamento de que a vítima não sabe o local em que a procuração foi apresentada, e, portanto, da ocorrência do fato, de modo que o feito deve ser processado perante seu domicílio (fls. 89/90 dos autos de origem).

Finalmente, recebidos os autos novamente pelo Juízo Suscitante, este manteve seu entendimento de que, nos termos do artigo 70, *caput*, do Código de Processo Penal, a competência é, em regra, determinada pelo lugar em que se consumar a infração penal, ou, no caso de tentativa, pelo lugar em que for praticado o último ato de execução e, nesse sentido, os documentos de fls. 14/15 (Boletim de Ocorrência) e fl. 88 (esclarecimentos prestados pela vítima) indicam que o suposto fato delitivo ocorreu na Comarca de Cotia/SP, local em que foi lavrada a procuração utilizada de forma não autorizada, motivo pelo qual suscita o presente conflito de competência.

Foi designado, o Juízo suscitante para apreciar e decidir questões urgentes (fls. 4/6).

A Douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo conhecimento do presente conflito, declarando-se a competência do Juízo suscitante para o processamento do feito (fls. 11/15).

É o relatório.

Conhece-se do conflito negativo de jurisdição, visto que presente a hipótese prevista no artigo 114, I, do Código de Processo Penal pois ambos os Juízos declinaram da competência para processamento do feito.

Como se viu, o conflito foi suscitado nos autos da representação criminal em que se apura a suposta prática dos delitos previstos nos artigos 168 e 171, do Código Penal, alegando-se a utilização indevida de procuração regularmente lavrada, que supostamente culminou em violência patrimonial contra a vítima mulher.

A questão posta no presente conflito é se a competência para processar a demanda é da Vara Especializada em Crimes Cometidos Contra a Mulher do foro do domicílio da vítima ou do local de consumação da infração.

Pois bem.

Em síntese, trata-se de suposta prática do crime de estelionato pelo investigado, que, para tanto, utilizou procuração regularmente lavrada em cartório quando mantinha relação conjugal com a vítima, para transferir, após o término da relação, a titularidade de automóvel ao seu sobrinho.

Dispõe o *caput* do artigo 70, do Código de Processo Penal[1], que a compe-

1 Art. 70. A competência será, de regra, determinada pelo lugar em que se consumar a infração, ou, no caso de tentativa, pelo lugar em que for praticado o último ato de execução.

Acesso ao Sumário

tência será, em regra, determinada pelo local de consumação da infração.

Ocorre que, no caso concreto, não é possível saber, aprioristicamente, qual é esse local.

Ao relatar os fatos, a vítima informa que em (...) foi lavrada a procuração, mas referida procuração foi lavrada no cartório com regularidade em junho de 2021, o que, por si só não constitui fato delituoso, mormente por não haver informação sobre eventual revogação da procuração utilizada pelo investigado para cometer a alegada violência patrimonial contra a vítima. O que se diz irregular, em verdade, é a utilização do documento após a separação de fato do casal em agosto de 2021.

E, ainda que o documento de fl. 60 dos autos originais comprove a transferência do veículo da propriedade da vítima para o sobrinho do investigado, fato é que não há indicação do local onde ocorreu a transferência.

O desconhecimento do local em que praticada a infração, portanto, afasta a regra do *caput* do artigo 70 do Código de Processo Penal, devendo-se regular a competência pelo foro do domicílio do réu, nos termos do *caput* do artigo 72, do Código de Processo Penal[2], cujo endereço corresponde à área de jurisdição do MM. Juízo Suscitante.

Nesse sentido já se posicionou esta Colenda Câmara Especial:

> *CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO. QUEIXA-CRIME. Crime de injúria supostamente praticado por meio eletrônico, via internet. Competência do juízo do local onde as informações foram alimentadas. Desconhecimento do local exato da consumação do crime. Critério subsidiário que aponta para a competência do Juízo do foro de domicílio do querelado. Inteligência do art. 72, caput, do CPP. Precedentes. CONFLITO PROCEDENTE. COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITADO.* (TJSP; Conflito de Jurisdição 0042508-63.2020.8.26.0000; Relator: Sulaiman Miguel Neto; Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro Central Criminal Barra Funda – Vara do Juizado Especial Criminal; Data do Julgamento: 05/03/2021; Data de Registro: 05/03/2021)

Ante o exposto, **CONHEÇO** do conflito negativo de jurisdição e **DECLARO** a competência do **JUÍZO SUSCITANTE** (MM. Juízo de Direito da Vara do Juizado Especial Criminal e Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da Comarca de Sorocaba).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Jurisdição nº 0014655-40.2024.8.26.0000, da Comarca de Jales, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA CRIMINAL DE JALES, interessados (...), é

2 Art. 72. Não sendo conhecido o lugar da infração, a competência regular-se-á pelo domicílio ou residência do réu.

Acesso ao Sumário

suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA VARA DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL E CRIMINAL DE JALES.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Conheceram do conflito negativo e deram provimento para declarar a competência do Juízo suscitado. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 122.972)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores BERETTA DA SILVEIRA (VICE-PRESIDENTE) (Presidente), XAVIER DE AQUINO (DECANO) e TORRES DE CARVALHO (PRESIENTE DA. SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 21 de junho de 2024.

BERETTA DA SILVEIRA, Vice-Presidente e Relator

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO. Termo circunstanciado lavrado para apurar supostas infrações penais previstas no artigo 147, do Código Penal em relação a idosos. Distribuição para a Vara do Juizado Especial Criminal. Redistribuição ao Juízo Comum. Impossibilidade. Critério de fixação da competência dos Juizados Especiais Criminais contida no artigo 61 da Lei nº 9.099/95, ou seja, pena máxima em abstrato inferior a dois anos. Delito de ameaça com pena máxima de seis meses de detenção. Infração penal de menor potencial ofensivo. Precedentes. Competência do MM. Juízo de Direito da Vara do Juizado Especial Cível e Criminal da Comarca de Jales, suscitado.

VOTO

Cuida-se de **conflito negativo de jurisdição** suscitado pelo **MM. Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Jales** em face do **MM. Juízo de Direito da Vara do Juizado Especial Cível e Criminal da Comarca de Jales**, nos autos do Termo Circunstanciado nº 1500121-96.2024.8.26.0297, instaurado para apurar a suposta prática do crime de ameaça (artigo 147 do Código Penal), em tese praticados por *(i)* F.I.A. e *(ii)* O.T.G. em face de *(iii)* A.M.M. (d.n. (...)) e *(iv)* D.S.M. (d.n. (...)), pessoas idosas.

Sustentou que "*a qualidade da vítima, por si só, não figura como base empírica a render azo à alteração da competência criminal, cabendo salientar, por sua vez, no âmbito penal e processual penal, o fato de as vítimas serem idosas, não desponta como circunstância ensejadora do declínio da compe-*

Acesso ao Sumário

tência pelo Juizado Especial Criminal, com determinação da redistribuição do procedimento ao juízo comum." (fls. 24/25 da origem). Defendeu não se tratar "*de crime previsto no Estatuto do Idoso, de molde que não há a aplicação do artigo 94 do referenciado Estatuto.*" (fl. 25 da origem). Argumentou que "*se o fato penal, considerando-se a sua pena se encontra dentro dos parâmetros normativos da competência do Juizado Especial Criminal, a condição da vítima, idosa, não desloca a competência criminal, a qual, com o devido respeito, permanece sendo pelos parâmetros normativos do Juizado Especial Criminal, cuja competência é absoluta para processar e julgar os crimes de menor potencial ofensivo*." (fl. 26 da origem). Alegou que, "*ainda que se tratasse de crime previsto no Estatuto do Idoso, não havendo vara especializada, a competência para o processamento e julgamento seria do Juizado Especial Criminal, na medida em que, no que atine aos crimes previstos no Estatuto do Idoso, a bem da verdade, deve ser observado o procedimento sumaríssimo em relação aos crimes previstos no Estatuto, cuja pena máxima não ultrapasse 4 (quatro) anos.*" (fl. 26 da origem). Por fim, afirmou que "*manifestação ministerial de fls. 20/22, ao pugnar pela suscitação do conflito negativo de competência, desponta como escorreita, observando-se, inclusive, as ponderações da lavra do Ilustre Promotor de Justiça.*" (fl. 27 da origem).

Processado o conflito de jurisdição, foi designado o **MM. Juízo de Direito da Vara do Juizado Especial Cível e Criminal da Comarca de Jales**, suscitado, para apreciar e decidir questões urgentes (fls. 07/09).

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pela competência do Juízo suscitante (fls. 17/20).

É O RELATÓRIO.

Assiste razão ao Juiz suscitante.

Trata-se de Termo Circunstanciado (feito nº 1500121-96.2024.8.26.0297), instaurado para apuração da suposta prática do crime de ameaça (artigo 147 do Código Penal), em tese praticados por *(i)* F.I.A. e *(ii)* O.T.G. em face de *(iii)* A.M.M. (d.n. (...)) e *(iv)* D.S.M. (d.n. (...)), pessoas idosas.

A ação foi distribuída para a Vara do Juizado Especial Criminal de Jales, cujo magistrado declinou da competência em razão das vítimas serem pessoa idosas, tendo determinado a remessa dos autos à Vara Criminal (fl. 09/10 da origem).

Redistribuído o feito, o MM. Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Jales, discordando desse entendimento, suscitou o presente conflito (fls. 01/05).

Pois bem.

Como se sabe, prevalece como critério de fixação da competência dos Juizados Especiais Criminais a pena máxima em abstrato cominada na Lei Penal relativa à infração a ser apurada.

Acesso ao Sumário

Cumpre observar que, como ao delito de ameaça é prevista pelo artigo 147, *caput*, do Código Penal, a imposição da pena máxima de seis meses de detenção, há que se verificar a incidência do artigo 61 da Lei nº 9.099/95, que possui a seguinte redação:

"*Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.*"

Por outro lado, o entendimento firmado pela Suprema Corte no julgamento da ADI 3096, de que o disposto no artigo 94 do Estatuto do Idoso (aplicação da Lei nº 9.099/95), deve ser interpretado em favor do seu específico destinatário (idoso), de modo que os infratores não devem ter acesso a benefícios despenalizadores de direito penal, como conciliação, transação penal, composição civil de danos ou conversão da pena, vale mencionar que tal decisão não impede o processamento da demanda pelo Juizado Especial Criminal, mesmo porque a aplicação das normas processuais dos juizados trará como benefício às próprias vítimas (idosos) a celeridade ao julgamento.

Confiram-se precedentes desta Câmara Especial, em casos análogos:

"CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO – Inquérito policial – Expor a perigo a integridade e saúde do idoso (art. 99, da Lei nº 10.741/03) – Vítima idoso, genitor do acusado – Conflito de jurisdição suscitado antes do oferecimento da denúncia – Hipótese, a princípio, de conflito de atribuição a ser apreciado pelo D. Procurador Geral de Justiça, nos termos do artigo 10, X, da Lei Orgânica do Ministério Público – Recomendável, contudo, a designação do Juízo competente para providências necessárias – Vítima do sexo masculino – Inaplicabilidade da Lei nº 11.340/06 – Inteligência da Súmula nº 114 deste E. Tribunal de Justiça – Precedentes desta C. Câmara Especial – Conflito negativo de jurisdição procedente – Competência do Juízo suscitado (MMº. Juiz da Vara do Juizado Especial Cível e Criminal da Comarca de Guaratinguetá)." (TJSP; Conflito de Jurisdição 0028224-45.2023.8.26.0000; Relatora: **Ana Luiza Villa Nova;** Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro de Guaratinguetá – 4ª Vara; Data do Julgamento: 14/12/2023; Data de Registro: 14/12/2023).

"Conflito Negativo de Jurisdição. Vara do Juizado Especial Criminal e 1ª Vara Criminal do Foro Regional de Santana. Apuração de crimes de menor potencial ofensivo. Crime previsto no art. 96, § 1º da Lei nº 10.741/03, punido com pena de reclusão. Competência dos Foros Regionais, em matéria criminal, que se limita a processar e julgar contravenções penais e crimes punidos com pena de detenção. Hipótese que não é prevista como exceção à regra de competência. Competência absoluta do Juizado Especial. Somatória das penas máximas cominadas que não ultrapassa o limite de dois anos. Lei nº 9.099/95. Designado o juízo suscitado como competente para julgar o feito. Conflito procedente." (TJSP; Conflito de Jurisdição 0020586-39.2015.8.26.0000; Relatora:

Lídia Conceição; Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro Regional I – Santana – 1ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 16/11/2015; Data de Registro: 17/11/2015).

"CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO. Apuração da prática, em tese, de delito de ameaça capitulado no art. 147, do CP. Denúncia oferecida perante o Juizado Especial Criminal (suscitado). Não localização do réu após realização de diligência no endereço constante do auto e consulta à alguns órgão públicos em busca de seu paradeiro. Remessa do feito à Vara Criminal Comum, com base no artigo 66, parágrafo único, da lei nº. 9.099/95. Impossibilidade. Necessidade de esgotamento das possibilidades de localização da denunciada, com a expedição de ofícios a entidades de direito público ou privado, solicitando informações constantes de seus bancos de dados. Providências, estas, de menor complexidade. Incidência da Súmula nº 80 deste e. Tribunal de Justiça. Precedentes. Conflito acolhido. Competência do suscitado (Juizado Especial Criminal de Praia Grande)." (TJSP; Conflito de Jurisdição 0020339-19.2019.8.26.0000; Relator: **Renato Genzani Filho**; Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro de Praia Grande – 1ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 30/08/2019; Data de Registro: 30/08/2019).

"CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO. Termo circunstanciado para apuração do crime de ameaça. Infração de menor potencial ofensivo. Determinação pelo Juizado Especial Criminal de remessa dos autos para uma das Varas Criminais locais, em razão da instauração de incidente de insanidade mental. Redistribuição dos autos para o Juízo da 2ª Vara Criminal que determinou a remessa do feito para a 1ª Vara Criminal, reconhecendo a prevenção desse Juízo que deferiu medidas cautelares. Realização de exame de insanidade mental que não se reveste de complexidade. Possibilidade de processamento no Juizado Especial Criminal. Interpretação dos artigos 61 e 77, § 2º, ambos da lei n. 9.099/1995. Aplicação do Enunciado 60 do FONAJE. Precedentes desta Câmara Especial. Conflito julgado procedente para declarar a competência do Juízo da Vara do Juizado Especial Criminal de Guaíra." (TJSP; Conflito de Jurisdição 0028638-82.2019.8.26.0000; Relator: **Issa Ahmed**; Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro de Guaíra – 1ª Vara; Data do Julgamento: 22/01/2020; Data de Registro: 22/01/2020).

"Conflito negativo de jurisdição. Infrações de menor potencial ofensivo. Vara Criminal e Vara do Juizado Especial. Requerimento de instauração de incidente de insanidade mental e dependência química do denunciado. Processo remetido ao Juízo Comum. Diligência simples que, se acolhida, não tem o condão de provocar o deslocamento da competência absoluta do JECrim ao Juízo Comum. Conflito procedente. Competência do Juízo suscitado, da Vara do Juizado Especial Criminal." (TJSP; Conflito de Jurisdição 0026140-18.2016.8.26.0000; Relator: **Salles Abreu** (Pres. Seção de Direito Criminal);

Acesso ao Sumário

Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro de Jales – 2ª. Vara Judicial; Data do Julgamento: 29/08/2016; Data de Registro: 30/08/2016).

Ante o exposto, **CONHEÇO DO CONFLITO NEGATIVO** para declarar a competência do **MM. Juízo de Direito da Vara do Juizado Especial Cível e Criminal da Comarca de Jales**, suscitado.

Habeas Corpus

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* Cível nº 2091644-53.2024.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO e paciente M.E.S.P. (MENOR).

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 36.584)**

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, 14 de maio de 2024.

XAVIER DE AQUINO, Decano e Relator

Ementa: HABEAS CORPUS – Infância e juventude – Ato infracional equiparado ao delito previsto no artigos 155, § 4º, inciso II, do Código Penal – Decisão que substituiu a medida de internação por semiliberdade apesar do parecer técnico conclusivo sugerir a progressão para a medida de liberdade assistida – Ausência de constrangimento ilegal – Princípio do livre convencimento motivado – Inteligência da súmula n. 84 deste E. Tribunal de Justiça – A medida de semiliberdade é a que melhor se adequa, no momento, às características pessoais e ao contexto familiar da jovem – Decisão mantida – Ordem denegada

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar, impetrado pela Doutora Yolanda de Salles Freire Cesar, defensora pública, em favor da adolescente M.E.S.P., nascida em (...), visando pôr fim a constrangimento ilegal que lhe teria imposto o MM. Juiz de Direito do Departamento de Execuções da Vara Especial da Infância e Juventude – DEIJ, às fls. 204/209 dos autos de origem n. (...), ao indeferir o pedido de extinção da medida socioeducativa ou a sua substituição por liberdade assistida, convertendo, no entanto, a medida socioeducativa de internação em semiliberdade, por entendê-la mais adequada ao processo ressocializador, aplicada em razão da prática de ato infracional equiparado ao delito previsto no artigo 155, § 4º, inciso II, do Código Penal.

Aduz a impetrante, em síntese, que uma evolução significativa na postura comportamental da paciente, que aproveitou de forma positiva as intervenções propostas; que a equipe técnica da Fundação CASA encaminhou relatório conclusivo, indicando que as metas do Plano Individual de Atendimento foram atingidas, sugerindo, dessa forma, a inserção da educanda em medida de liberdade assistida; o Ministério Público pediu pelo acolhimento da sugestão técnica, enquanto que a Defensoria Pública argumentou pela extinção da medida; que requisitar o posicionamento dos técnicos, para então desconsiderá-lo por completo, ilustra o desrespeito que permeia a decisão coatora; que deve ser aplicado ao caso o princípio da atualidade; que não há nos autos elementos indicativos concretos que evidenciem a necessidade da medida de liberdade assistida.

Requer, liminarmente, que se suspenda o cumprimento da medida socioeducativa de semiliberdade. No mérito, pleiteia a concessão da ordem para a sua extinção ou substituição por liberdade assistida.

Indeferida a liminar às fls. 232/236 e prestadas as informações às fls. 242/247. Nesta instância, manifestou-se a Procuradoria-Geral de Justiça no sentido de denegar a ordem (fls. 250/254).

É o relatório.

Com efeito, a r. decisão não se mostra ilegal ou abusiva, ao contrário, revela-se em consonância com o princípio da proteção integral da criança e do adolescente, devendo, dessa forma, ser mantida.

Cumpre observar que o julgador de origem é o responsável por monitorar o acompanhamento da medida, bem como seu cumprimento. Logo, é ele quem delibera a respeito da oportunidade de extinção ou promoção, sempre respaldado pelos pareceres do Ministério Público ou conclusões dos peritos, sejam do Poder Judiciário, da Fundação CASA ou serviços de apoio, mas não a eles vinculados, eis que constituem elementos de convicção.

Nesse sentido, já dispôs a súmula n. 84 desta E. Corte que *"o juiz, ao proferir decisão na execução da medida socioeducativa, não está vinculado aos laudos da equipe técnica"*.

Acesso ao Sumário

Compulsando os autos, verifica-se que a adolescente possui um histórico de atos infracionais equiparados ao crime de furto, com cumprimento de diversas medidas socioeducativas, muitas delas em meio aberto, sem o devido êxito. Além disso, consta que está defasada em seus estudos e que ainda está reconstruindo o seu relacionamento familiar, considerando a fragilidade da genitora em impor limites à sua filha, que acabou se envolvendo amorosamente com pessoa inserida no regime prisional.

Desse modo, o julgador de origem agiu com cautela, em prol dos interesses de M.E.S.P., fundamentando adequadamente a sua decisão.

Como bem pontuou à fl. 211 dos autos de origem, *"Diante das características pessoais da educanda, sopesando o recente relatório da Fundação CASA (fls. 187/193), a multirreiteração em ilícitos patrimoniais, a falta de respeito à autoridade familiar (ainda recente), a defasagem escolar e a inserção em vulnerabilidade, e se levando em consideração a maior eficácia em relação à liberdade assistida (cujos atendimentos são meramente semanais, sem convívio de segunda a sexta-feira na presença da jovem e sem controle de suas atividades externas), tenho que a inserção na medida socioeducativa sugerida neste momento pode ser precipitada, sendo, porém, possível que a educanda, em semiliberdade – medida socioeducativa mais branda e que conta com maior interação social – tenha suas demandas atendidas e, ao mesmo tempo, incentivada com a progressão e maior contato familiar e social.*

Dito de outro modo: embora, até como forma de incentivar a educanda diante de sua conduta recente, seja possível a reavaliação para medida socioeducativa menos gravosa, diante das circunstâncias do caso concreto e do conteúdo do relatório técnico, entendo que a inserção em liberdade assistida neste momento seria dar um passo ainda precipitado, sendo aconselhável inserir a educanda em medida socioeducativa com intervenções mais intensivas e com volta gradativa ao lar, como é o caso da semiliberdade.

Nessa nova medida, a educanda permanecerá sendo orientada por equipe de referência multiprofissional, tal como em uma unidade de internação, com acompanhamento psicológico semanal e social quinzenal, tomando contato com seu meio social e com a família aos finais de semana e feriados, o que entendo fundamental neste primeiro momento.

A semiliberdade, neste contexto, trata-se de etapa aconselhável após a progressão da internação, considerando a maior eficácia já exposta".

Tendo em vista tais condições, a medida de semiliberdade, de fato, é a que melhor se aplica à socioeducanda neste momento, visto que uma progressão mais ampla ou uma interrupção prematura do acompanhamento técnico poderá causar prejuízos ao seu efetivo processo de reeducação.

Não é outro o entendimento desta C. Câmara Especial:

"HABEAS CORPUS – Execução de medida socioeducativa de semiliberdade – De-

cisão que indeferiu o pedido de extinção da medida socioeducativa – Relatório da Fundação CASA e parecer do MP favoráveis à extinção da medida – Laudo técnico que não vincula o juízo – Súmula 84 deste E. Tribunal de Justiça – Peculiaridades do caso que apontam a prematuridade da extinção – Medida que está em conformidade com os superiores interesses da adolescente que ainda pode se beneficiar da intervenção estatal – Extinção ou substituição da medida, no momento, que se mostra contrário ao processo ressocializador – Decisão mantida – Denegação da ordem".

(TJSP; Habeas Corpus Cível 2042913-26.2024.8.26.0000; Relatora: Ana Luiza Villa Nova; Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro Especial da Infância e Juventude – DEIJ – Depto de Execuções da Vara Esp. Inf. Juv.; Data do Julgamento: 15/03/2024; Data de Registro: 15/03/2024)

"HABEAS CORPUS. Execução de medida socioeducativa. Pretensão à extinção da semiliberdade. Decisão que determinou a manutenção da intervenção. A existência de relatório técnico favorável à extinção da medida não vincula o magistrado que pode, em face do princípio do livre convencimento motivado, justificar o seu entendimento e decidir de forma diversa daquela sugerida pelo laudo. Inteligência da Súmula 84 deste E. Tribunal de Justiça. Risco justificado ao processo reeducativo. Constrangimento ilegal não verificado. ORDEM DENEGADA".

(TJSP; Habeas Corpus Cível 2305536-79.2023.8.26.0000; Relator: Claudio Teixeira Villar; Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro Especial da Infância e Juventude – 5ª Vara Especial da Infância e Juventude; Data do Julgamento: 04/12/2023; Data de Registro: 04/12/2023)

Logo, verifica-se que a decisão combatida se apresentou devidamente justificada com fulcro no livre convencimento motivado do julgador, bem como nas circunstâncias pessoais da paciente, em conformidade com o disposto no artigo 93, inciso IX, da Constituição da República.

Desse modo, a manutenção da semiliberdade é a medida de rigor adequada ao caso dos autos, inexistindo qualquer prática de constrangimento ilegal realizada por parte da autoridade elencada como coatora.

Por fim, considera-se, prequestionada toda a matéria constitucional e infraconstitucional discutida, evitando-se, com isso, a oposição de embargos de declaração para este fim.

Cumpre lembrar, ainda, que o v. acórdão não tem como requisito de validade a obrigação de conter todos os fundamentos, bem como todas as referências a textos e artigos mencionados pelas partes, porquanto a sua finalidade é compor a lide. Nesse sentido: STJ EDcl no AgRg na Pet 1.649/RS, Rel. Ministro EDSON VIDIGAL, CORTE ESPECIAL, julgado em 19/05/2004, DJ 07/06/2004, p. 147.

Pelo exposto, **denega-se** a ordem.

Acesso ao Sumário

CÂMARA ESPECIAL DE PRESIDENTES

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 1001047-70.2021.8.26.0514/50001, da Comarca de Itupeva, em que são agravantes FUNDAÇÃO CESP e ELETROPAULO METROPOLITANA ELETRICIDADE DE SÃO PAULO S/A, é agravado VALMIR MODENA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial de Presidentes do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO aos agravos, na parte conhecida. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 60111)**

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 maio de 2024.

HERALDO DE OLIVEIRA, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: AGRAVOS INTERNOS EM RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE COLETIVO EMPRESARIAL. APOSENTADO. Condições assistenciais e de custeio. Imposição de contrato único para ativos e inativos, admitida a diferenciação por faixa etária. (tema 1034). Ausência de demonstração do desacerto da aplicação do entendimento estabelecido no E. STJ em julgamento repetitivo. Contribuição para a mensalidade do plano coletivo. Ausência de questionamento no V. Acórdão recorrido. Inviabilidade de apreciação neste âmbito recursal. Decisão mantida. RECURSOS DESPROVIDOS, NA PARTE CONHECIDA.

VOTO

Trata-se de Agravos Internos Cíveis interpostos por Fundação Cesp e outro contra decisão que, em demanda cominatória, **NEGOU SEGUIMENTO a Recurso Especial**, pois o V. Acórdão recorrido observou a orientação estabele-

Acesso ao Sumário

cida no E. Superior Tribunal de Justiça nos Recursos Especiais nºs 1.816.482/SP, 1.818.487/SP e 1.829.862/SP, julgados sob o regime dos recursos repetitivos.

A FUNDAÇÃO CESP alega que o tema não é aplicável ao caso concreto, pois a tese repetitiva ainda não foi definitivamente julgada. Aduz que a estipulante arca integralmente com o plano dos empregados ativos, cabendo apenas a eles a coparticipação, que não é considerado como contribuição. Assinala que o plano destinado aos funcionários ativos não gera movimentação financeira via repasse e é vedada a migração dos inativos para esse contrato, de acordo com o art. 19 da Resolução Normativa nº 279.

A agravante ELETROPAULO METROPOLITANA ELETRICIDADE DE SÃO PAULO S/A alega julgamento *extra* e *ultra petita* ao determinar a migração do agravado para o plano DIGNA, alterando a forma de cobrança do plano de saúde para custo médio das despesas de todos os beneficiários ao tempo da utilização, o que causará prejuízo à ex-empregadora. Assinala que o plano DIGNA é concedido aos empregados ativos de forma gratuita e não há pagamento de mensalidade. Sustenta que não há cobrança de mensalidade, por se tratar de um produto com formação de preço pós-estabelecido, assim se o agravado migrar para o plano dos ativos pagará a taxa de administração acrescida de 100% dos procedimentos médicos utilizados. Afirma que em caso recente foi proferida pelo E. STJ decisão favorável à agravante em relação à forma de custeio da mensalidade pelo ex-empregado. Pontua a violação ao art. 31 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 1.816.482/SP, 1.818.487/SP e 1.829.862/SP, sob o regime dos recursos repetitivos, o E. Superior Tribunal de Justiça assinalou que *"O art. 31 da lei n. 9.656/1998 impõe que ativos e inativos sejam inseridos em plano de saúde coletivo único, contendo as mesmas condições de cobertura assistencial e de prestação de serviço, o que inclui,*

Acesso ao Sumário

Jurisprudência - Câmara Especial de Presidentes

para todo o universo de beneficiários, a igualdade de modelo de pagamento e de valor de contribuição, admitindo-se a diferenciação por faixa etária se for contratada para todos, cabendo ao inativo o custeio integral, cujo valor pode ser obtido com a soma de sua cota-parte com a parcela que, quanto aos ativos, é proporcionalmente suportada pelo empregador". Confira-se a fls. 1.561/1.563 e 1.564/1.566.

Neste contexto, o V. Acórdão recorrido (fls. 1.442/1.451) encontra-se em perfeita sintonia com a orientação superior, ao concluir pela manutenção do segurado e seus dependentes na apólice coletiva, observada a igualdade de modelo de pagamento e de valor de contribuição dos funcionários da ativa, pois a E. Corte Superior entendeu que ativos e inativos devem ser inseridos em plano de saúde coletivo único, contendo as mesmas condições de cobertura assistencial, custeio e de prestação de serviço.

Confira-se trecho do V. Acórdão: "***Incontroverso que o autor, ex-empregado da empresa estipulante (Enel), e seus dependentes fazem jus à manutenção contratual, restando perquirir se a igualdade de condições da apólice alcança o valor da mensalidade.*** *(...) Dessarte, vedada a distinção entre funcionários ativos e inativos, é obrigação da contratada migrar o autor e seus dependentes para a mesma apólice destinada aos beneficiários em atividade, sem qualquer diferenciação, incluindo-se quanto ao modelo de custeio e preço. Note-se que, à diferença do que defende a apelante, a menção à inexistência de direito adquirido refere-se exclusivamente à hipótese na qual a estipulante (Enel) pactue algum aditamento em que se alterem coberturas e modelo de custeio, por exemplo ou novo plano com outra operadora, oportunidade em que ativos e inativos deverão participar de idêntica apólice. Afastada a insurgência de Fundação Cesp, acolho parcialmente a irresignação de Enel, somente para anotar que a obrigação de migrar o contrato em discussão assim como de enviar as cobranças cabe à contratada. (...) Em tese, a migração do contrato do autor (Extensive) ao dos ativos (Digna) imporia que assumisse a cota paga pelo funcionário (30%) acrescida daquela suportada pela ex-empregadora (70%). Entretanto, a exigência de 100% do valor das despesas provenientes dos serviços utilizados pelo autor e seus dependentes é vedada pela ANS: (...) Dessarte, migrado o contrato do autor ao plano Digna, a contraprestação dependerá do uso dos serviços, pelo titular e dependentes, cujo valor se alcançará pelo custo médio das despesas de todos os beneficiários ao tempo da utilização, sem prejuízo da taxa de administração mensal*" (fls. 1.445, 1.446, 1.447 e 1.451).

Indiscutível, pois, a aplicação do regime dos recursos repetitivos, que não pressupõe trânsito em julgado conforme manifestação da própria E. Corte Superior:

> *"Nesse sentido, a Corte Especial orienta que 'tanto os julgados do STJ quanto os do STF já firmaram entendimento no sentido de ser desne-*

Acesso ao Sumário

cessário aguardar o trânsito em julgado para a aplicação do paradigma firmado em recurso repetitivo ou em repercussão geral' (EDcl nos EREsp n. 1.150.549/RS, relator Ministro Og Fernandes, Corte Especial, julgado em 7/3/2018, DJe de 23/3/2018)." (AgInt no EREsp nº 1.842.390/SC, Rel. Min. **Nancy Andrighi**, Segunda Seção, DJe de 2.6.2023)

As razões do recurso envolvendo a forma de cálculo da quota-parte do custeio de responsabilidade da ex-empregadora, a ser assumida pelo agravado e violação ao art. 31 da Lei 9.656/98 buscam a prevalência de tese já rejeitada no julgamento do paradigma repetitivo supramencionado. Nesse sentido: "*Quanto à fundamentação relativa à negativa de prestação jurisdicional, do agravo igualmente não se pode conhecer, por ficar prejudicado. Isso porque a referida inadmissão é relativa ao exame de elementos sobre a correta aplicação do precedente firmado, notadamente sobre a compatibilidade de rito, cuja pretensão recursal de reforma não pode ser apreciada*." (AREsp nº 2043258/MG, Rel. Min. **Raul Araújo**, DJe de 31.3.2022, g.n.). No mesmo sentido: AgInt no AREsp nº 1929387/SP, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, Terceira Turma, DJe de 17.8.2022; AgInt no AREsp nº 2036404/SP, Rel. Min. **Raul Araújo**, Quarta Turma, DJe de 8.6.2022; AgInt no AREsp nº 1932969/PR, Rel. Min. 1.932.969/PR, Quarta Turma, DJe de 26.5.2022; AgInt no AREsp nº 2008628/ES, Rel. Min. **Marco Buzzi**, Quarta Turma, DJe de 13.5.2022; AgInt nos EDcl no AREsp nº 1926303/DF, Rel. Min. **Nancy Andrighi**, Terceira Turma, DJe de 9.12.2021; e AgInt no AREsp nº 1717595/BA, Rel. Min. **Ricardo Villas Boas Cueva**, Terceira Turma, DJe de 18.12.2020.

A existência de precedentes aplicando o tema repetitivo do modo pretendido pela agravante não possui o condão de, por si só, eivar a decisão agravada, até mesmo porque o E. STJ, ao fixar as teses vinculantes, estabeleceu diretrizes que atenderam parcialmente aos pleitos das ex-empregadoras e operadoras de planos de saúde, razão pela qual não causa estranheza a existência de decisões de acolhimento parcial da pretensão das referidas pessoas jurídicas, seja na instância superior, seja no âmbito desta Corte.

De resto, a análise da contribuição para a mensalidade do plano de saúde coletivo não foi objeto do V. Acórdão hostilizado e desborda dos limites desta via.

Ante o exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO** aos agravos, na parte conhecida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Criminal nº 1503148-20.2022.8.26.0536/50002, da Comarca de Santos, em que é agravante FRANKLIN DOS SANTOS MELO, é agravado COLENDA CÂMARA ESPE-

Acesso ao Sumário

CIAL DE PRESIDENTES.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial de Presidentes do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO INTERNO, DETERMINANDO à Secretaria o cumprimento, oportunamente, da deliberação contida na parte final do despacho de fls. 523/524. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 50.890)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDO TORRES GARCIA (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA) (Presidente), BERETTA DA SILVEIRA (VICE-PRESIDENTE), TORRES DE CARVALHO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO) e HERALDO DE OLIVEIRA (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO).

São Paulo, 7 de maio de 2024.

JOSÉ DAMIÃO PINHEIRO MACHADO COGAN, Relator, no impedimento ocasional do Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: AGRAVO INTERNO. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU SEGUIMENTO, EM PARTE, A RECURSO EXTRAORDINÁRIO.
RECURSO SEM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. HIPÓTESES IDÊNTICAS. DESPROVIMENTO.
Ofensa aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, com extensão do entendimento ao princípio do devido processo legal e aos limites da coisa julgada. Necessidade de prévia análise da adequada aplicação das normas infraconstitucionais (Tema 660 do Supremo Tribunal Federal).
AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO, COM DETERMINAÇÃO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de agravo interno interposto contra a decisão da Presidência da Seção de Direito Criminal (fls. 481/485) que, com fundamento no Tema 660 do Excelso Supremo Tribunal Federal, negou seguimento, em parte, ao recurso extraordinário, nos termos dos artigos 1.030, inciso I, alínea "a", do Código de Processo Civil e 638 do Código de Processo Penal e, no mais, não o admitiu.

A Defesa, em síntese, alega que o teor do Tema 660 diverge das teses abordadas no recurso extraordinário. Diz que a matéria recursal, que trata da não cientificação dos direitos constitucionais do investigado no momento da

abordagem policial, tem repercussão geral e não depende da prévia análise de legislação infraconstitucional. Pugna, assim, pelo provimento do agravo, com o encaminhamento dos autos ao Supremo Tribunal Federal (fls. 499/504).

A Procuradoria Geral de Justiça opinou às fls. 507/509.

Registro, ademais, a determinação contida na parte final do despacho de fls. 523/524 para a remessa, oportunamente, dos autos aos Colendos Tribunais Superiores, diante dos demais agravos interpostos.

É o relatório.

Conheço do presente agravo interno, nos termos do artigo 33-A, § 1º, inciso I, do Regimento Interno deste Tribunal, não merecendo, contudo, provimento.

Na análise do juízo de admissibilidade do recurso extraordinário (fls. 415/425), observou-se que parte das matérias nele debatidas já havia sido submetida ao rito da sistemática de repercussão geral, de forma que sua aplicação era imperiosa, por expressa previsão legal (artigo 1.030, inciso I, alínea "a", do Código de Processo Civil e artigo 638 do Código de Processo Penal fls. – 481/485), e não vislumbro, no agravo agora em análise, a existência de distinção ou qualquer outra peculiaridade capaz de afastar a aplicação do Tema 660 do Supremo Tribunal Federal ao caso concreto.

Nesse sentido, assinalo que, no recurso extraordinário, alegou-se violação ao artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal (fls. 421), relacionada a não cientificação do ora agravante durante a abordagem policial quanto ao direito ao silêncio e ao direito de não produzir provas contra si.

Verificou-se, contudo, que para a apreciação da aludida tese seria necessária a análise prévia de legislação infraconstitucional, tanto assim que o próprio recurso extraordinário faz indicação de dispositivo da Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto São José da Costa Rica – como ofendido (artigo 8, 2, "g" – fls. 416).

Desse modo, escorreita a aplicação do entendimento fixado pelo Supremo Tribunal Federal que, na apreciação do Recurso Extraordinário com Agravo nº 748.371/MT, assentou não possuir repercussão geral a matéria relativa à violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa quando o julgamento da causa depender de prévia análise da adequada aplicação das normas infraconstitucionais, com extensão desse entendimento ao princípio do devido processo legal e aos limites da coisa julgada.

Destaco, ademais, que fixado o precedente vinculante, a este Tribunal, na estrita cognição do juízo de admissibilidade, cabia verificar a subsunção do caso concreto ao Tema, nos termos do artigo 1.030, inciso I, do Código de Processo Civil, evitando, com isso, o desnecessário processamento do reclamo perante o Supremo Tribunal Federal.

Nesse passo, destaco elucidativo trecho da r. decisão do E. Min. Luiz

Acesso ao Sumário

Jurisprudência - Câmara Especial de Presidentes

Fux[1]:

> *(...) Deveras, o instituto da repercussão geral, introduzido no ordenamento jurídico pela Emenda Constitucional 45/2004 (artigo 102, § 3º, da Constituição da República), resultou em verdadeira cisão na competência funcional quanto ao julgamento do recurso extraordinário, nos seguintes moldes: 1) a matéria de direito constitucional dotada de repercussão geral é julgada pelo Supremo Tribunal Federal; 2) o restante da matéria de fato ou de direito é apreciada pelo Tribunal de origem. Nesse sistema de repartição de competências, é evidente que, uma vez decidida a matéria em sede de repercussão geral, cabe exclusivamente ao Tribunal de origem aplicar tal entendimento ao caso concreto a fim de evitar o desnecessário processamento do recurso extraordinário perante o Supremo Tribunal Federal. Ao realizar essa atividade, o Tribunal de origem deverá efetuar o cotejo entre os fatos provados nos autos e a norma jurídica haurida da decisão oriunda da Corte Suprema, quando isso for cabível, ou apontar a distinção, quando não se constatar essa correlação (distinguishing). Assim, cabendo essa incumbência à Corte precedente, não pode o STF avocar competência que não consta expressamente do catálogo numerus clausus constante da Constituição Federal. Isso porque a própria legislação processual vigente prevê, em seu artigo 1.030, como competência do tribunal que recebe a petição de recurso extraordinário, a negativa de seguimento do recurso em face de decisão que guarda conformidade com o entendimento do Supremo Tribunal Federal exarado no regime de Repercussão Geral. Nesse sentido: Art. 1.030. Recebida a petição do recurso pela secretaria do tribunal, o recorrido será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual os autos serão conclusos ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, que deverá: I – negar seguimento: a) a recurso extraordinário que discuta questão constitucional à qual o Supremo Tribunal Federal não tenha reconhecido a existência de repercussão geral ou a recurso extraordinário interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal exarado no regime de repercussão geral (...).*

Constato, assim, que o *decisum* impugnado foi preciso e individualizado, pautando-se pelas circunstâncias aduzidas no recurso extraordinário e pelo teor do precedente qualificado do Supremo Tribunal Federal, sendo de rigor, portanto, a manutenção da sistemática da repercussão geral aplicada.

Ressalto, por fim, que os demais aspectos discutidos no recurso extraordinário restaram abarcados pelo capítulo da decisão agravada que não o admitiu, diante da existência de óbice processual.

Acesso ao Sumário

1 Rcl 42588/ES, Rel. Min. LUIZ FUX, j. 05/08/2020, DJe 06/08/2020.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO AO AGRAVO INTERNO, DETERMINANDO** à Secretaria o cumprimento, oportunamente, da deliberação contida na parte final do despacho de fls. 523/524.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 1020894-21.2022.8.26.0224/50000, da Comarca de Guarulhos, em que é agravante A.N.B. (MENOR), é agravado MUNICÍPIO DE GUARULHOS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial de Presidentes do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 122.654)**

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, 13 de maio de 2024.

BERETTA DA SILVEIRA, Vice-Presidente e Relator

Ementa: AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. Responsabilidade solidária dos entes federativos (Recurso Extraordinário nº 855.178/SE – tema 793). Legitimidade passiva da União e competência da Justiça Federal, nas demandas que versem sobre fornecimento de medicamentos registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, mas não padronizados no Sistema Único de Saúde – SUS (Recurso Extraordinário nº 1.366.243/SC – tema 1234). Dever do Estado de fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave que não possui condições financeiras para comprá-lo (Recurso Extraordinário nº 566.471/RN – tema 6). V. Acórdão firmado em consonância com o decidido no E. STF nos temas 6, 793 e 1234. Decisão mantida. RECURSO DESPROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de agravo interno interposto por A.N.B. 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 855.178/SE (tema 793), no Recurso Extraordinário nº 1.366.243/SC (tema 1234) e no Recurso Extraordinário nº 566.471/RN (tema 6). Alega que o v. acórdão não está em conformidade com os pronunciamentos do STF fixados nos temas 6, 793 e 1234, devendo ser reformada a decisão, determinando-se a revogação do sobrestamento do feito, ou subsidiariamente, a determinação de manutenção de entrega do fármaco, visto que a manutenção da decisão acarreta risco de dano grave à saúde do agravante.

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, o processo em questão se amolda ao Recurso Extraordinário nº 1.366.243/SC (tema nº 1234 do STF), que trata da "*Legitimidade passiva da União e competência da Justiça Federal, nas demandas que versem sobre fornecimento de medicamentos registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, mas não padronizados no Sistema Único de Saúde – SUS.*"

A propósito:

"*RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS REGISTRADOS NA AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA – ANVISA, MAS NÃO PADRONIZADOS NO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE – SUS. INTERESSE PROCESSUAL DA UNIÃO. SOLIDARIEDADE DOS ENTES FEDERADOS. COMPETÊNCIA PARA PROCESSAMENTO DA CAUSA. MULTIPLICIDADE DE RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS. PAPEL UNIFORMIZADOR DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RELEVÂNCIA DA QUESTÃO CONSTITUCIO-*

Acesso ao Sumário

NAL. MANIFESTAÇÃO PELA EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL."

Ademais, apreciados os embargos de declaração opostos em face do v. acórdão proferido sob o Regime de Repercussão Geral no RE nº 855.178/SE, Tema nº 793, o Colendo Supremo Tribunal Federal definiu que os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde, competindo à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro, à vista dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização.

Nesse contexto, verifica-se que o v. acórdão recorrido está de acordo com a aludida orientação firmada pelo Colendo Supremo Tribunal Federal, porque confirmou a responsabilidade solidária dos entes federativos para prestar atendimento na área da saúde.

Contudo, o Min. Gilmar Mendes, atual relator do Recurso Extraordinário nº 1.366.243/SC (Tema 1234 do STF), determinou, em 12/04/2023, "*a suspensão nacional do processamento dos recursos especiais e extraordinários que tratam da questão controvertida no Tema 1.234 da Repercussão Geral, inclusive dos processos em que se discute a aplicação do Tema 793 da Repercussão Geral, até o julgamento definitivo deste recurso extraordinário, ressalvado o deferimento ou ajuste de medidas cautelares*".

Por sua vez, o processo em questão também se amolda ao Recurso E nº 566.471/RN (tema nº 6 do STF), que trata do *"Dever do Estado de fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave que não possui condições financeiras para comprá-lo."*

A propósito:

"*REPERCUSSÃO GERAL – COMPETÊNCIA DO PLENÁRIO – ADMISSIBILIDADE – ASSISTÊNCIA À SAÚDE – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO – EXTRAORDINÁRIO DO ESTADO. 1. (...) Este tema tem-se repetido em inúmeros processos. Diz respeito à assistência do Estado no tocante à saúde, inegavelmente de conteúdo coletivo (...). 2. Admito a repercussão geral articulada em capítulo próprio no extraordinário. Submeto aos integrantes do Tribunal a matéria para deliberação a respeito.*"

Ademais, apesar de o Supremo Tribunal Federal já ter julgado sob o regime de repercussão geral o recurso extraordinário nº 566.471/RN (tema nº 6), referida decisão ainda não foi publicada e, conforme exegese do artigo 187 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e do artigo 1.040 do Código de Processo Civil, somente com a publicação do acórdão paradigma é que a interpretação nele fixada terá força vinculante para todos os efeitos e efetivamente deverá ser verificada a aplicabilidade da tese ali firmada no caso concreto:

"*(RISTF) Art. 187. A partir da publicação do acórdão, por suas conclusões e ementa, no Diário da Justiça da União, a interpretação nele fixada terá*

Acesso ao Sumário

força vinculante para todos os efeitos.

(CPC) Art. 1.040. Publicado o acórdão paradigma:

I – o presidente ou o vice-presidente do tribunal de origem negará seguimento aos recursos especiais ou extraordinários sobrestados na origem, se o acórdão recorrido coincidir com a orientação do tribunal superior;

II – o órgão que proferiu o acórdão recorrido, na origem, reexaminará o processo de competência originária, a remessa necessária ou o recurso anteriormente julgado, se o acórdão recorrido contrariar a orientação do tribunal superior;

III – os processos suspensos em primeiro e segundo graus de jurisdição retomarão o curso para julgamento e aplicação da tese firmada pelo tribunal superior;

IV – se os recursos versarem sobre questão relativa a prestação de serviço público objeto de concessão, permissão ou autorização, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada."

Salienta-se, ainda, que a aplicação dos Temas de Repercussão Geral independe de manifestação ou requerimento das partes, devendo ser aplicados ao caso concreto quando a matéria tratada no recurso tiver pertinência com a questão constitucional discutida no tema.

Além disso, de acordo com o que dispõe o artigo 1030, inciso III, do Código de Processo Civil, o Presidente ou Vice-Presidente do Tribunal recorrido deverá determinar o sobrestamento de recurso que verse sobre controvérsia de caráter repetitivo ainda não decidido pelo Supremo Tribunal Federal, o que ocorre no caso em comento:

"*Art. 1.030. Recebida a petição do recurso pela secretaria do tribunal, o recorrido será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual os autos serão conclusos ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, que deverá:*

(...)

III – sobrestar o recurso que versar sobre controvérsia de caráter repetitivo ainda não decidida pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme se trate de matéria constitucional ou infraconstitucional; (Incluído pela Lei nº 13.256, de 2016) (Vigência) (...)."

Assim, o reclamo constitucional deve permanecer sobrestado até o pronunciamento definitivo do Plenário do Supremo Tribunal Federal, diante do reconhecimento da existência de repercussão geral das questões debatidas no presente caso.

Verifica-se, pois, que a decisão impugnada está em conformidade com as legislações vigentes e aplicáveis ao caso em apreço.

Acesso ao Sumário

Por fim, o artigo 995 do Código de Processo Civil dispõe que:

"Os recursos não impedem a eficácia da decisão, salvo disposição legal ou decisão judicial em sentido diverso."

O recurso extraordinário não foi recebido com efeito suspensivo (fls. 709/713), sendo que o sobrestamento do feito diz respeito, apenas, quanto ao seu encaminhamento ao STF, o qual ficará suspenso/sobrestado até o pronunciamento definitivo pela Corte Superior acerca das matérias.

Desse modo, o sobrestamento do recurso extraordinário não impede ou suspende a eficácia da decisão que deferiu a antecipação dos efeitos da tutela recursal (fls. 123/126 dos autos principais), a qual foi confirmada pela r. sentença de mérito (fls. 284/293 dos autos principais) e ratificada pelo v. Acordão (fls. 462/501), para compelir o Município de Guarulhos a fornecer ao adolescente o medicamento necessário ao tratamento de sua enfermidade, ressaltando-se, ainda, que eventual descumprimento dessa decisão deverá ser comunicado, imediatamente, ao juízo de origem para as providências cabíveis.

A decisão agravada, nestes termos, apenas aplicou a sistemática da repercussão geral, com fundamento no art. 1.030, III, do CPC.

Ante o exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao agravo interno.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 1025332-74.2022.8.26.0003/50000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante RENATO DE ARAÚJO, é agravado BANCO RCI BRASIL S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial de Presidentes do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 59928)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDO TORRES GARCIA (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA) (Presidente), CAMARGO ARANHA FILHO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL), BERETTA DA SILVEIRA (VICE-PRESIDENTE) e TORRES DE CARVALHO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 24 de maio de 2024.

HERALDO DE OLIVEIRA, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: AGRAVO INTERNO EM RECURSO ESPECIAL. CONTRATO BANCÁRIO. Juros remu-

Acesso ao Sumário

neratórios. Legalidade da estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano (tema 25). Admissibilidade da capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano, desde que expressamente pactuada. Medida Provisória nº 1.963-17/2000 (tema 246). Tarifa de avaliação do bem e de registro de contrato. Validade. Revisão passível em caso de serviço não prestado e da presença de onerosidade excessiva no caso concreto (tema 958). Ausência de demonstração do desacerto da aplicação do entendimento estabelecido no E. STJ em julgamentos repetitivos. Decisão mantida. RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Trata-se de **Agravo Interno Cível** interposto por Renato de Araújo contra decisão que, em demanda de busca e apreensão, **NEGOU SEGUIMENTO a Recurso Especial**, pois o V. Acórdão recorrido observou as orientações estabelecidas no E. Superior Tribunal de Justiça nos Recursos Especiais nºs 973.827/RS, 1.061.530/RS e 1.578.553/SP, julgados sob o regime dos recursos repetitivos. Alega ausência de previsão contratual em relação ao método de amortização e quanto à cobrança de juros capitalizados. Aduz a necessidade de limitação dos juros remuneratórios a 12% ao ano. Assinala, ainda, a cobrança indevida das tarifas de registro de contrato e de avaliação de bem, pois oneram demasiadamente o contrato.

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 1.061.530/RS e 973.827/RS, sob o regime dos recursos repetitivos, o E. Superior Tribunal de Justiça decidiu que, em contrato bancário, a mera circunstância de os juros remuneratórios

Acesso ao Sumário

serem superiores a 12% ao ano não configura abusividade, assim como reconheceu a admissibilidade da capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano em contratos celebrados após 31.3.2000, data da publicação da Medida Provisória nº 1963-17/2000, desde que expressamente pactuada.

Ao julgar o Recurso Especial nº 1.578.553/SP, o E. STJ fixou as seguintes teses repetitivas: *"2.3. Validade da tarifa de avaliação do bem dado em garantia, bem como da cláusula que prevê o ressarcimento de despesa com o registro do contrato, ressalvadas a: 2.3.1. abusividade da cobrança por serviço não efetivamente prestado; e a 2.3.2. possibilidade de controle da onerosidade excessiva, em cada caso concreto"* (tema 958). Confira-se a fls. 328/330.

Neste contexto, o V. Acórdão recorrido (fls. 279/287) está em perfeita sintonia com as orientações superiores, ao concluir pela: (a) validade da capitalização mensal de juros, devido à existência de prévia pactuação; (b) ausência de abusividade dos juros remuneratórios; e (c) validade da cobrança das tarifas de registro de contrato e de avaliação de bem.

Confira-se trecho do V. Acórdão: *"Ademais, na espécie nem havia razão para se considerar inválida a taxa de juros anunciada no contrato (fls. 56), eis que a instituição financeira não estava vinculada ao limite indicado na Lei de Usura, obrigada a seguir a chamada média do mercado, tampouco impedida de contratar juros capitalizados* (...). *Já a capitalização dos juros estava prevista no contrato de modo expresso e claro (fls. 58, item 1), disposição que por isso não demandava interpretação e era autorizada pelas normas que vigoravam na época da celebração do negócio, isto é, pela Medida Provisória 1.963-17, depois reeditada sob o nº 2.170-36* (...). *Sob o regime dos recursos repetitivos a Corte antes referida assentou ser válida a cobrança de tarifa de registro de contrato e de avaliação do bem* (...). *Ora, como se vê, o contrato previa que as despesas com a formalização, regularização e registro do contrato e das demais garantias constituídas correriam por conta do devedor (fls. 57, item V) bem como apontava o valor cobrado (fls. 56) Não se podia dizer, destarte, que o devedor não fora informado a respeito. Aquela previsão compreendia, pois, a despesa com o registro do contrato e a inserção do gravame no órgão de trânsito, sendo que os documentos acostados às fls. 70 e 116, revelavam o registro da alienação fiduciária junto ao órgão de trânsito, estando revelada, portanto, a prestação do serviço. E nem quanto à tarifa de avaliação do bem faltou a devida informação, eis que o contrato previa a possibilidade de o próprio contratante apresentar o laudo de avaliação do bem, ou solicitar a prestação do serviço e arcar com a competente despesa"* (fls. 284/287).

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 Criminal nº 2173699-32.2022.8.26.0000/50002, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é agravante JOSÉ EDUARDO RODRIGUES, é agravada COLENDA CÂMARA ESPECIAL DE PRESIDENTES.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial de Presidentes do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO INTERNO, DETERMINANDO à Secretaria o cumprimento, oportunamente, da deliberação contida na parte final do despacho de fls. 4690. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 41.171)**

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, 29 de maio de 2024.

CAMARGO ARANHA FILHO, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: AGRAVO INTERNO. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU SEGUIMENTO, EM PARTE, A RECURSO EXTRAORDINÁRIO.
RECURSO SEM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. HIPÓTESES IDÊNTICAS. DESPROVIMENTO.
Ofensa aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, com extensão do entendimento ao princípio do devido processo legal e aos limites da coisa julgada. Necessidade de prévia análise da adequada aplicação das normas infraconstitucionais (Tema 660 do Supremo Tribunal Federal).
AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO, COM DETERMINAÇÃO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de agravo interno (fls. 4653/4668) interposto contra a r. decisão da Presidência da Seção de Direito Criminal (fls. 4610/4613) que, com fundamento no Tema 660 do Excelso Supremo Tribunal Federal, negou seguimento,

em parte, ao recurso extraordinário, nos termos dos artigos 1030, inciso I, alínea "a", do Código de Processo Civil e 638 do Código de Processo Penal e, no mais, não o admitiu.

Sustenta a Defesa, em síntese, a inaplicabilidade do mencionado precedente vinculante ao caso concreto, argumentando que a repercussão geral foi devidamente fundamentada, não se relacionando apenas à violação do artigo 5º, LIV, da Constituição Federal. Ressalta, ainda, a ausência de indicação de ofensa a norma infraconstitucional, bem como o preenchimento dos requisitos para a admissão do recurso extraordinário. Busca, assim, a reforma da decisão monocrática agravada (fls. 4653/4668).

A Procuradoria Geral de Justiça opinou às fls. 4677/4682.

Registro, ademais, a determinação contida na parte final do despacho de fls. 4690 para a remessa, oportunamente, dos autos aos Tribunais Superiores, diante dos demais agravos interpostos.

É o relatório.

Conheço do presente agravo interno, nos termos do artigo 33-A, § 1º, inciso I, do Regimento Interno deste Tribunal, não merecendo, contudo, provimento.

No juízo de admissibilidade do recurso extraordinário, observou-se que parte das ofensas constitucionais arguidas já havia sido submetida ao rito da sistemática de repercussão geral, de forma que sua aplicação era imperiosa, por expressa previsão legal (artigo 1030, inciso I, alínea "a", 1ª figura, do Código de Processo Civil e artigo 638 do Código de Processo Penal – fls. 4610/4613), e não vislumbro, no agravo agora em análise, a existência de distinção ou qualquer outra peculiaridade capaz de afastar a aplicação do Tema 660 do Supremo Tribunal Federal ao caso concreto.

Nesse sentido, o recurso extraordinário defensivo trouxe à baila, entre outras teses, a violação ao artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal, sob o argumento de que estaria presente hipótese de cabimento da revisão criminal em face de condenação inidônea por contrariar a evidência dos autos, matéria essa cuja análise demandaria a prévia apreciação da norma infraconstitucional que a disciplina, tanto assim que idêntico debate foi aventado no recurso especial com indicação de ofensa ao artigo 621, inciso I, do Código de Processo Penal (fls. 4493/4513).

Dessa forma, era mesmo de rigor a aplicação do entendimento fixado pelo Supremo Tribunal Federal que, na apreciação do Recurso Extraordinário com Agravo nº 748.371/MT (Tema 660), assentou não possuir repercussão geral a matéria relativa à violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa quando o julgamento da causa depender de prévia análise da adequada aplicação das normas infraconstitucionais, com extensão desse entendimento ao princípio do devido processo legal e aos limites da coisa julgada.

Acesso ao Sumário

Jurisprudência - Câmara Especial de Presidentes

Anoto, de outro lado, que a alegação da presença do requisito da repercussão geral devidamente fundamentado no recurso extraordinário, não supera a interpretação fixada no precedente vinculante, cuja aplicação, como visto, foi correta e direcionada exclusivamente à alegada ofensa ao artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal.

Bem por isso, aliás, a existência de outros dispositivos constitucionais indicados como violados na insurgência defensiva em nada compromete a conclusão sobre a manutenção da incidência do Tema 660, uma vez que os demais aspectos debatidos no recurso extraordinário restaram abarcados pelo capítulo da decisão monocrática que não admitiu tal reclamo, não podendo ser objeto de análise no julgamento do agravo interno.

Assim, o *decisum* impugnado foi preciso e individualizado, fundamentando a incidência do precedente qualificado pelo sopesamento de seu teor com as circunstâncias aduzidas no recurso extraordinário defensivo, sendo de rigor, portanto, a manutenção da sistemática da repercussão geral aplicada.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO AO AGRAVO INTERNO, DETERMINANDO** à Secretaria o cumprimento, oportunamente, da deliberação contida na parte final do despacho de fls. 4690.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 1006930-08.2022.8.26.0079/50000, da Comarca de Botucatu, em que é agravante CREFISA S/A CRÉDITO, FINANCIAMENTO E INVESTIMENTOS, é agravada LOURDES DIAS DE MORAES (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial de Presidentes do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 54520)**

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, 4 de junho de 2024.

ADEMIR BENEDITO, Relator no impedimento do Presidente da Seção de Direito Privado

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO INTERNO EM RECURSO ES-

PECIAL. JUROS REMUNERATÓRIOS. Possibilidade, em qualquer hipótese, de correção para taxa média se verificada abusividade (tema 234). Ausência de demonstração do desacerto da aplicação do entendimento estabelecido no E. STJ em julgamento repetitivo. Decisão mantida. RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Trata-se de Agravo Interno Cível interposto por Crefisa S/A Crédito, Financiamento e Investimentos contra decisão que, em demanda revisional, **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 revisão contratual somente é permitida em situações excepcionais, o que não ocorre no caso em discussão. Afirma que as taxas de juros foram livremente pactuadas entre as partes e estavam claramente dispostas no contrato, de modo que há motivo para a revisão contratual.

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. 653/654.

Neste contexto, o V. Acórdão recorrido (fls. 469/479) está em perfeita sintonia com a orientação superior, ao concluir pela limitação dos juros remuneratórios à taxa média de mercado, em razão da abusividade da cobrança efetuada pela agravante.

Confira-se trecho do V. Acórdão: *"Em que pese a pactuação de taxa su-*

Acesso ao Sumário

perior a 12% ao ano não implicar automaticamente em abusividade, certo é que as instituições financeiras estão sujeitas ao Código de Defesa do Consumidor, nos termos da Súmula 297 do E. Superior Tribunal de Justiça, o que possibilita diante de eventual abusividade no caso concreto, a revisão da taxa de juros para a média do mercado" (fl. 476).

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 0500091-35.2012.8.26.0318/50000, da Comarca de Leme, sendo agravante MUNICÍPIO DE LEME e agravado JOSÉ RODRIGUES.

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-1219-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, 5 de junho de 2024.

TORRES DE CARVALHO, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: AGRAVO INTERNO – Decisão monocrática que negou seguimento ao recurso especial.
– A questão referente à possibilidade de a Fazenda Pública poder substituir a certidão de dívida ativa (CDA) até a prolação da sentença de embargos, quando se tratar de correção de erro material ou formal, vedada a modificação do sujeito passivo da execução, é matéria idêntica à tratada no rito dos recursos repetitivos Resp. n. 1.045.472/BA – TEMA 166/STJ.
Manutenção do decidido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de agravo interno interposto com fundamento no artigo 1.030, §

2º do Código de Processo Civil (Fls. 76/83) contra decisão que em cumprimento ao artigo 1.030, inciso I, alínea 'b', do Código de Processo Civil, negou seguimento ao recurso especial pela identidade da matéria decidida no acórdão, à luz da orientação firmada no rito dos recursos repetitivos Resp. n. 1.045.472/BA.

Alega o agravante, em síntese, equivocada a aplicação da Súmula 392/STJ, que não houve erro da Administração ao lançar o tributo com base nos dados que constavam no registro do imóvel, mas omissão do contribuinte ao não comunicar a transferência do imóvel no momento oportuno. Portanto, não teria havido erro imputável à Administração Municipal quando do lançamento elaborado com base nas informações que constavam no registro do imóvel.

É o relatório.

O recurso não merece provimento.

Com efeito, com o permissivo do artigo 1.030, inciso I, alínea b do Código de Processo Civil, a decisão agravada considerou que o v. acórdão da Turma Julgadora converge com o decidido no REsp nº 1.045.472/BA (Tema 166/STJ), DJ de 18.12.2009, do Col. Superior Tribunal de Justiça, quando se fixou a seguinte tese: *A Fazenda Pública pode substituir a certidão de dívida ativa (CDA) até a prolação da sentença de embargos, quando se tratar de correção de erro material ou formal, vedada a modificação do sujeito passivo da execução.*

Não se avista desacerto na decisão ora agravada quanto ao REsp. n. 1.045.472/BA, sob a técnica de casos seriais, haja vista a questão abordada referente à possibilidade de a Fazenda Pública poder substituir a certidão de dívida ativa (CDA) até a prolação da sentença de embargos, quando se tratar de correção de erro material ou formal, vedada a modificação do sujeito passivo da execução, bem como inviável a substituição da CDA para correção de vícios do lançamento e/ou inscrição da dívida:

> Quando haja equívocos no próprio lançamento ou na inscrição em dívida, fazendo-se necessária alteração de fundamento legal ou do sujeito passivo, nova apuração do tributo com aferição de base de cálculo por outros critérios, imputação de pagamento anterior à inscrição etc., será indispensável que o próprio lançamento seja revisado, se ainda viável em face do prazo decadencial, oportunizando-se ao contribuinte o direito à impugnação, e que seja revisada a inscrição de modo que não se viabilizará a correção do vício apenas na certidão de dívida. A certidão é um espelho da inscrição e, por sua vez, reproduz os termos do lançamento. Não é possível corrigir, na certidão, vícios do lançamento e/ou da inscrição. Nestes casos será inviável, simplesmente, substituir-se a CDA.

Consigne-se, por oportuno, trecho do v. acórdão atacado convergente ao paradigma aplicado, *verbis*:

> A Fazenda Municipal, ora apelante propôs, em 19.01.2012, execução fiscal para cobrança de débito de IPTU para o exercício de 2011, em face de JOSE RODRIGUES, que já era falecido desde 1979, conforme certidão

Acesso ao Sumário

de óbito de fls. 28, antes do ajuizamento da execução fiscal e dos fatos geradores que deram origem ao título executivo.

A sentença traz fundamentação adequada, pois aponta para a impossibilidade de substituição da CDA e que a execução deveria ter sido ajuizada em face dos seus sucessores ou espólio, o que se encontra em conformidade com o entendimento consolidado na Súmula 392 do Superior Tribunal de Justiça.

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça acena para a possibilidade da substituição ou emenda do título apenas para a correção de erros materiais, inclusive os relacionados ao valor da dívida, e de defeitos formais, mas não permite a substituição do sujeito passivo da obrigação tributária diverso do originariamente apontado, nas hipóteses em que se evidencia a ilegitimidade passiva, conforme se infere da ementa a seguir transcrita:

"PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL PROPOSTA CONTRA DEVEDOR JÁ FALECIDO. CARÊNCIA DE AÇÃO. ILEGITIMIDADE PASSIVA. ALTERAÇÃO DO POLO PASSIVO DA EXECUÇÃO PARA CONSTAR O ESPÓLIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 392/STJ". (REsp 1.222.561/RS, 2ª Turma, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, j. 26.04.2011).

Destaca-se trecho do seguinte julgado pelo Superior Tribunal de Justiça que entendeu não ser possível a alteração do polo passivo para constar espólio ou herdeiros, em especial quando o falecimento ocorreu antes da citação, por esbarrar na Súmula 392/STJ.

"(...) O redirecionamento contra o espólio só é admitido quando o falecimento do contribuinte ocorrer depois de ele ter sido devidamente citado nos autos da execução fiscal, o que não é o caso dos autos, já que o devedor apontado pela Fazenda Pública falecera (6/4/1983) antes mesmo da constituição do crédito tributário (IPTU e TSU do ano de 2001)". Precedentes: REsp 1.222.561/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 25/05/2011; AgRg no REsp 1.218.068/RS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 08/04/2011; REsp 1.073.494/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 29/09/2010. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 178.713/MG, Rel. Min. Benedito Gonçalves, 1ª Turma, julg 21/08/2012, DJe 27/08/2012). (AgRg no AREsp 178.713/MG, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, 1ª Turma, j. 21/08/2012, DJe 27/08/2012).

Para alteração do polo passivo deveria haver a substituição do título, o que é vedado.

Desse modo, inviável a alteração do título executivo para modificar o sujeito passivo da execução, adotado o entendimento contido na Súmula

Acesso ao Sumário

nº 392 do Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual "A Fazenda Pública pode substituir a certidão da Dívida Ativa (CDA) até a prolação da sentença de embargos, quando se tratar de correção de erro material ou formal vedada a modificação do sujeito passivo da execução".

Também não vinga o argumento de que por descumprimento de obrigação acessória a Fazenda Municipal estaria eximida do dever de verificar quem era o contribuinte ao tempo da distribuição da ação, já que, quando muito, tal descumprimento geraria a imposição de multa. (fls. 51/53).

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 Criminal nº 1525799-97.2022.8.26.0228/50002, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes CHRISTIAN NERES DOS SANTOS e VICTOR HUGO DE ARAUJO, é agravado 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 41.214)**

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, 5 de junho de 2024.

CAMARGO ARANHA FILHO, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: AGRAVO INTERNO. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU SEGUIMENTO A RECURSO ESPECIAL.
RECURSO REPETITIVO COM JULGAMENTO DEFINITIVO DO MÉRITO. HIPÓTESES IDÊNTI-

Acesso ao Sumário

CAS. DESPROVIMENTO.
Pena. Fixação aquém do mínimo. Segunda fase. Circunstâncias atenuantes. Impossibilidade. Reconhecido o caráter multitudinário da matéria e julgamento definitivo do mérito dos recursos repetitivos. Hipóteses idênticas (Tema 190 do Superior Tribunal de Justiça).
AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de agravo interno (fls. 351/361) interposto contra a decisão da Presidência da Seção de Direito Criminal (fls. 348/349) que, com fundamento no Tema 190 do Colendo Superior Tribunal de Justiça, negou seguimento ao recurso especial, nos termos dos artigos 1.030, inciso I, alínea "b", do Código de Processo Civil e 638 do Código de Processo Penal.

A Defesa, em síntese, sustenta a inaplicabilidade do precedente vinculante ao caso concreto, argumentando a necessidade de superação da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça. Alega que a aludida Corte está discutindo a revisão do mencionado enunciado sumular, inclusive com a afetação de recursos especiais para tal debate. Busca, assim, a reforma da decisão monocrática atacada, com o consequente seguimento do recurso especial (fls. 351/361).

A Procuradoria Geral de Justiça opinou às fls. 366/371.

É o relatório.

Conheço do presente agravo interno, nos termos do artigo 33-A, § 1º, inciso I, do Regimento Interno deste Tribunal, não merecendo, contudo, provimento.

No juízo de admissibilidade do recurso especial, verificou- se que a questão arguida já havia sido submetida ao rito da sistemática dos recursos repetitivos, de forma que sua observância era necessária, em obediência à expressa previsão legal (artigos 1.030, inciso I, alínea "b", do Código de Processo Civil e 638 do Código de Processo Penal fls. 348/349), e não vislumbro, no agravo agora em análise, a existência de distinção ou qualquer outra peculiaridade capaz de afastar a aplicação do Tema 190 do Superior Tribunal de Justiça ao caso concreto.

Nessa linha, o recurso especial trouxe à baila o pleito de redução da pena-base aquém do mínimo legal diante das atenuantes da confissão e da menoridade relativa (fls. 297/312), impugnando o acórdão de fls. 285/291, o qual havia tratado da matéria com os seguintes argumentos:

> *Na segunda etapa, foram reconhecidas as atenuantes da confissão espontânea, para ambos os réus, e da menoridade relativa do réu Christian, no entanto, dada a minimidade observada na primeira fase da*

dosimetria penal, não geraram qualquer efeito prático, diante da impossibilidade de fixação punitiva aquém do piso raso (Súmula 231, do Colendo Superior Tribunal de Justiça, e RE nº 597.270 RG-QO, do Excelso Supremo Tribunal Federal julgado, com repercussão geral reconhecida, em 26.03.2009).

Verifico, assim, que o aresto estava em conformidade com a interpretação fixada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, manifestado nos Recursos Especiais Repetitivos nº 1.117.073/PR e nº 1.117.068/PR (Tema 190), em sessão de julgamento realizada aos 26 de outubro de 2011, nos termos dos votos da Ministra Relatora, ocasião em que declarou que não é possível fixar a pena aquém do mínimo legal na segunda fase em razão de circunstâncias atenuantes.

Ressalto, aliás, sem descurar da alegação defensiva acerca da existência dos Recursos Especiais nºs 2.057.181, 2.052.085 e 1.869.764, que descabe falar na impossibilidade de incidência do Tema 190 diante do debate existente no Superior Tribunal de Justiça acerca de sua Súmula 231, uma vez que não há qualquer determinação daquela Corte nesse sentido, permanecendo hígidos os termos do aludido precedente vinculante.

Nesse aspecto, aliás, ressalto manifestação do próprio Superior Tribunal de Justiça acerca da temática[2]:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA DA PENA. MITIGAÇÃO DA SÚMULA N. 231 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ. SOBRESTAMENTO DO FEITO. INEXISTÊNCIA DE DETERMINAÇÃO. DOSIMETRIA. SEGUNDA FASE. IMPOSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DA PENA A PATAMAR ABAIXO DO MÍNIMO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 231/STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. No âmbito desta Corte Superior, não obstante a Sexta Turma, em 21/3/2023, tenha aprovado a proposta de revisão da jurisprudência compendiada na Súmula n. 231/STJ, remetendo os autos dos Recursos Especiais ns. 2.057.181/SE, 2.052.085/TO e 1.869.764/MS à Terceira Seção, e convocando audiência pública para o dia 17/5/2023, nos termos do art. 125, § 2º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça – RISTJ, não houve determinação de sobrestamento dos feitos pelo então relator, Ministro Rogerio Schietti Cruz, consoante permitido no § 1º do respectivo dispositivo. Assim, não tendo sido determinado por este Tribunal Superior o sobrestamento das causas que versem a respeito da temática, inexiste óbice ao seu julgamento.

2. Nos termos da Súmula n. 231 do STJ, "a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal" e "incidência do verbete n. 231/STJ permanece firme na jurisprudência

2 AgRg no HC nº 862.440/RS, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, j. 04/12/2023, p. 12/12/2023.

Acesso ao Sumário

desta Corte e o Agravante não trouxe argumento idôneo que, em tese, poderia justificar uma modificação do entendimento acerca do tema (overruling)" (AgRg no AREsp n. 2.243.342/PA, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 2/5/2023, DJe de 9/5/2023).

3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC 862.440/RS, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, j. 04/12/2023, p. 12/12/2023).

Desse modo, uma vez decidida a matéria em sede de recursos repetitivos pelo Superior Tribunal de Justiça, cabe ao Tribunal de origem aplicar tal entendimento ao caso concreto a fim de evitar o desnecessário processamento do recurso especial (artigo 1.030, inciso I, do Código Penal).

Nessa linha, importante o escólio da E. Ministra Assusete Magalhães, no julgamento do AgInt no AREsp nº 1.816.495[3]:

[...] na sistemática introduzida pelo art. 543-C do CPC/73 (art. 1.036 do CPC/2015), incumbe ao Tribunal de origem, com exclusividade e em caráter definitivo, proferir juízo de adequação do caso concreto ao precedente formado em repetitivo, não sendo possível, daí em diante, a apresentação de qualquer outro recurso dirigido a este STJ, sob pena de tornar-se ineficaz o propósito racionalizador implantado pela Lei 11.672/2009.

A decisão agravada, portanto, foi precisa e individualizada, pautando-se pelas circunstâncias aduzidas no recurso especial e pelos termos do aresto, adequadamente ponderados com o precedente do Colendo Superior Tribunal de Justiça, sendo de rigor, assim, a manutenção da sistemática dos recursos repetitivos aplicada.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO AO AGRAVO INTERNO**.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Criminal nº 0000818-85.2015.8.26.0111/50001, da Comarca de Cajuru, em que é agravante ALESSANDRA DE SOUZA, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Câmara Especial de Presidentes do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 45.959)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDO TORRES GARCIA (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA)

3 Ag Int no AREsp 1.816.495/RS, Rel Min. ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, j. 28/06/2021, p. 30/06/2021.

(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, 13 de junho de 2024.

FRANCISCO BRUNO, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: AGRAVO. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NÃO CONHECEU DE AGRAVO INTERNO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO DE NÃO ADMISSÃO DE RECURSO ESPECIAL. ERRO GROSSEIRO. CABIMENTO DO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL, NOS TERMOS DO ARTIGO 1.042 DO CPC. NÃO PROVIMENTO.
1. Contra a decisão que não admite recurso especial, em razão de óbices processuais, há previsão expressa do recurso cabível, qual seja, o agravo nos termos do artigo 1.042 do Código de Processo Civil.
2. Agravo regimental não provido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo interposto contra a decisão de fls. 715/716, da Presidência da Seção de Direito Criminal que, em razão de erro grosseiro, não conheceu do agravo interno intentado contra a decisão que não admitiu o recurso especial.

Sustenta a Defesa, em síntese, a aplicabilidade do princípio da fungibilidade para que se conheça o agravo anteriormente intentado. Rebate novamente os óbices que ensejaram a não admissão do recurso especial, repisando, ainda, os argumentos aventados nos reclamos anteriores (fls. 689/702).

A Procuradoria Geral de Justiça opinou às fls. 751/761.

Por fim, a Defesa manifestou oposição ao julgamento virtual (fls. 705).

É o relatório.

Conheço do presente agravo como regimental, nos termos do artigo 33-A, § 2º, do Regimento Interno deste Tribunal, anotando, desde logo, o descabimento da pugnada sustentação oral, consoante disposto no artigo 146, § 4º, do Regimento Interno desta Corte: *"ressalvada disposição legal em sentido contrário, não haverá sustentação oral nos julgamentos de embargos declaratórios, incidente de suspeição, conflito de competência, arquivamento de inquérito ou representação criminal, e agravo, exceto no de instrumento referente às tutelas*

Acesso ao Sumário

Jurisprudência - Câmara Especial de Presidentes

provisórias de urgência ou da evidência, e no interno referente à extinção de feito originário prevista no art. 937, IV, do CPC".

Feita essa observação, verifico que a insurgência não merece provimento.

Com efeito, a análise da argumentação defensiva não permite verificar a existência de qualquer eiva no *decisum* profligado apta a alterar seu deslinde.

Nesse sentido, destaco que contra a decisão de não admissão do recurso especial pela presença de óbices processuais (fls. 686/687), houve a incorreta interposição de agravo interno com fundamento no artigo 1.030, § 2º, do Código de Processo Civil (fls. 689/702).

Nesse sentido, cumpre consignar que o Código de Processo Civil de 2015, superando eventuais dúvidas constantes na Lei Adjetiva que o antecedeu, trouxe previsão clara e indubitável da existência de instrumentos específicos para impugnação das decisões de não admissão (agravo nos termos dos artigos 1030, § 1º e 1.042) e de negativa de seguimento (agravo interno, cf. artigos 1.030, § 2º e 1021) dos apelos extremos.

Aliás, o Enunciado n. 77, da I Jornada de Direito Processual Civil do Conselho da Justiça Federal, assim estabeleceu: *"Para impugnar decisão que obsta trânsito a recurso excepcional e que contenha simultaneamente fundamento relacionado à sistemática dos recursos repetitivos ou da repercussão geral (art. 1030, I, do CPC) e fundamento relacionado à análise dos pressupostos de admissibilidade recursais (art. 1030, V, do CPC) a parte sucumbente deve interpor, simultaneamente, agravo interno (art. 1021 do CPC) caso queira impugnar a parte relativa aos recursos repetitivos ou repercussão geral e agravo em recurso especial/extraordinário (art. 1042 do CPC) caso queira impugnar a parte relativa aos fundamentos de inadmissão por ausência dos pressupostos recursais."*.

De outro lado, acompanhando a disciplina da Lei Processual Civil, o Regimento Interno deste Tribunal também dispôs sobre o cabimento do agravo interno contra decisão de negativa de seguimento proferida em recurso especial e extraordinário (artigo 33-A, § 1º, inciso I).

Assim, a clareza da disciplina legislativa demonstra ser impossível alterar a decisão monocrática combatida para o processamento do agravo errôneo, 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.

Acesso ao Sumário

Anoto, ainda, 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 (...).”[1] 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.”*[2]

Ressalto, por fim, que eventuais considerações acerca do juízo de prelibação do recurso especial e das matérias nele aventadas são incabíveis nesta sede, constituindo tentativa de se superar, por vias transversas, o insanável erro na interposição do agravo.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 0237774-66.2012.8.26.0000/50004, da Comarca de São Paulo, em que é agravante ROBERTO LUIZ TEIXEIRA, é agravada FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial de Presidentes do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Negaram provimento ao recurso. V.U.”, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39.331)**

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, 5 de junho de 2024.

FERNANDO TORRES GARCIA, Presidente do Tribunal de Justiça e Relator

Ementa: Agravo interno – Decisão que negou seguimento ao recurso especial ligado a matéria decidida pelo Superior Tribunal de Justiça em recurso repetitivo, bem como a recurso extraordinário ligado a

Acesso ao Sumário

1 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.

2 Ag. Reg no HC 662.264/RS, Rel. Min. JESUÍNO RISSATO, QUINTA TURMA, J. 17/08/2021, DJe 24/08/2021.

matéria decidida pelo Supremo Tribunal Federal em regime de repercussão geral – Artigo 1.030, inciso I, do Código de Processo Civil – Hipótese atinente aos Temas nº 692 do Superior Tribunal de Justiça e nº 799 do Supremo Tribunal Federal – "Distinguishing" não demonstrado – Agravo interno não provido.

VOTO

Inconformado com a decisão que negou seguimento aos recursos **(i)** especial pelo reconhecimento de anterior pronunciamento do Superior Tribunal de Justiça a respeito da matéria, em recurso submetido ao tema repetitivo e **(ii)** extraordinário pelo reconhecimento de anterior pronunciamento do Supremo Tribunal Federal a respeito da matéria, em recurso submetido ao regime da repercussão geral, na forma do artigo 1.030, inciso I, alíneas "a" e "b", do Código de Processo Civil, Roberto Luiz Teixeira interpôs agravo interno.

Em síntese, alega o agravante que a hipótese não está em harmonia com as teses firmadas em [i] recurso repetitivo (Tema nº 692 – STJ) e, [ii] repercussão geral (Tema nº 799 – STF).

Não houve resposta (fls. 1.039).

É o relatório.

O agravo interno, previsto no artigo 1.030, § 2º, do Código de Processo Civil, bem como no artigo 33-A, § 1º, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, não está em condições de ser provido, por correta a negativa de seguimento aos recursos especial e extraordinário em tela.

Cabe registrar que, para o provimento do recurso, ao agravante incumbiria demonstrar que a específica hipótese retratada nos autos não está em consonância com os paradigmas que originaram as teses acolhidas pelas Cortes Superiores.

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, que:

"Conforme a decisão agravada, o caso era mesmo de restituição dos valores recebidos em caráter precário, por força de decisão liminar.

Nesse sentido, constou da decisão agravada:

'(...) os proventos de aposentadoria recebidos, passíveis de execução nestes autos, o foram em caráter precário, por força de decisão liminar,

Acesso ao Sumário

sabidamente passível de cassação oportuna, como se deu na espécie, daí não haver cogitar-se de confiança legítima aferível em tal contexto, como seria de se exigir, em ordem a permitir qualificarem-se de boa-fé os valores recebidos.

Não por menos, perfeitamente cabível a restituição postulada, corolário lógico e legal do efeito repristinatório que da cassação da liminar deflui, cujos benefícios colhidos – ainda em se tratando de verbas de natureza alimentar – o beneficiário da tutela provisória usufrui por sua conta e risco, afastada a invocada irrepetibilidade, sob pena de enriquecimento ilícito por parte do impugnante...'

(...)

Com efeito, os valores recebidos pelo agravante se deram por força da ***liminar*** *concedida no mandado de segurança,* ***posteriormente revogada por decisão transitada em julgado*** *(fl. 758). Ainda que a aposentadoria tenha sido concedida administrativamente,* ***foi também cessada administrativamente, anteriormente ao ajuizamento da ação, em decorrência da pena de cassação de aposentadoria****."* (fls.01/04).

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, nos autos da Petição nº 12482-DF, acolheu a questão de ordem para reafirmar a tese jurídica contida no **Tema Repetitivo nº 692**, com acréscimo redacional para ajuste à nova legislação de regência, nos seguintes termos:

"A reforma da decisão que antecipa os efeitos da tutela final obriga o autor da ação a devolver os valores dos benefícios previdenciários ou assistenciais recebidos, o que pode ser feito por meio de desconto em valor que não exceda 30% (trinta por cento) da importância de eventual benefício que ainda lhe estiver sendo pago."

E o Supremo Tribunal Federal, nos autos do ARE nº 722.421, reconheceu a ausência de repercussão geral com relação ao assunto, a editar o Tema nº 799:

"A questão acerca da devolução de valores recebidos em virtude de concessão de antecipação de tutela posteriormente revogada tem natureza infraconstitucional e a ela atribuem-se os efeitos da ausência de repercussão geral, nos termos do precedente fixado no RE 584.608, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJe 13/3/2009."

Daí resulta que o caso tratado nestes autos está em harmonia com referidas teses e não existe motivo que autorize conclusão diversa. É dizer, o acórdão recorrido converge ao tratamento jurídico aplicado aos casos paradigmas, 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 do artigo 1.030, inciso I, alíneas "a" e "b", do Código de Processo Civil, com a negativa de seguimento aos referidos recursos especial e

Acesso ao Sumário

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 1020918-18.2020.8.26.0451, da Comarca de Piracicaba, em que é apelante RODOVIAS DO TIETÊ S.A., é apelado 2º OFICIAL DE REGISTROS DE IMÓVEIS E ANEXOS DA COMARCA DE PIRACICABA.

ACORDAM, em Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento, v.u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 42.991)**

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), RICARDO DIP, HERALDO DE OLIVEIRA (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO) e CAMARGO ARANHA FILHO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 7 de maio de 2024.

FRANCISCO LOUREIRO, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – DESAPROPRIAÇÃO DE PARCELA DE IMÓVEL RURAL, PROMOVIDA POR CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO – AQUISIÇÃO ORIGINÁRIA DA PROPRIEDADE – EXIGÊNCIAS CONSISTENTES NA DESCRIÇÃO GEORREFERENCIADA DO IMÓVEL DESAPROPRIADO E SUA CERTIFICAÇÃO PELO INCRA - IMÓVEL DESAPROPRIADO QUE NÃO SERÁ UTILIZADO PARA EXPLORAÇÃO AGRÍCOLA, PECUÁRIA OU AGROINDUSTRIAL, UMA VEZ QUE DESTINADO PARA SERVIR COMO RODOVIA, O QUE AFASTA A SUBMISSÃO DO REGISTRO AOS REQUISITOS PREVISTOS PARA O DESMEMBRAMENTO RURAL – EXIGÊNCIAS AFASTADAS – APELAÇÃO A QUE SE DÁ PROVIMENTO PARA JULGAR A DÚVIDA IMPROCEDENTE.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Trata-se de apelação interposta por RODOVIAS DO TIETÊ S/A contra

a r. sentença proferida pelo MM. Juiz Corregedor Permanente do Segundo Oficial de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil das Pessoas Jurídicas de Piracicaba/SP que, na dúvida suscitada, manteve a recusa ao ingresso de carta de adjudicação extraída dos autos de ação de desapropriação, cumulada com imissão na posse (fls. 10/26).

Afirma a apelante, em síntese, que a desapropriação é forma originária de aquisição da propriedade, não se submetendo às exigências feitas ao registro do desmembramento, parcelamento ou remembramento de imóvel rural e que é inexigível o georreferenciamento da área objeto do registro imobiliário, em razão da dimensão inferior a 25 hectares. Ressalta ser desnecessária a apresentação do georreferenciamento certificado pelo INCRA, pois, por meio de perícia técnica nos autos da desapropriação, delimitou corretamente a área, objeto da aquisição originária, não se submetendo, ainda, às exigências do artigo 225, § 3º, da Lei nº 6.015/73. Sustenta também que a área desapropriada é objeto de individualização e delimitação durante o processo expropriatório e que, uma vez incorporada ao patrimônio público, deixa de ser área rural para integrar um bem público. Por fim, defende a não obrigatoriedade da apresentação do georreferenciamento, pois se trata de área desapropriada de apenas 587,57m², ou seja, inferior a 25 hectares, cuja exigência de georreferenciamento só se inicia em 20 de novembro de 2025, razão pela qual inexistente qualquer impedimento ao ingresso do título no fólio real (fls. 349/360).

A Douta Procuradoria de Justiça opinou pelo não provimento do recurso (fls. 379/383).

O feito foi originariamente distribuído à E. Corregedoria Geral da Justiça, que declinou da competência, ensejando a posterior redistribuição dos autos a este C. Conselho Superior da Magistratura (fls. 386/387).

É o relatório.

Decido.

2. A apelante, concessionária de serviço público, por sentença proferida em ação judicial, obteve a desapropriação, por utilidade pública, de parte de imóvel objeto da matrícula nº 63.221 do 2º Oficial de Registros de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil de Pessoas Jurídicas da Comarca de Piracicaba.

Contudo, a carta de adjudicação expedida nos autos da ação de desapropriação (Processo nº 3000099-84.2013.8.26.0511, da Vara Única da Comarca de Rio das Pedras/SP), apresentada a registro pela apelante, foi negativamente qualificada pelo Oficial de Registro de Imóveis, que expediu nota devolutiva (fls. 181), exigindo a apresentação de *"planta que contenha as coordenadas dos vértices definidores dos limites do imóvel rural, objeto da desapropriação, georreferenciadas ao Sistema Geodésico Brasileiro e com precisão posicional a ser fixada pelo INCRA, devidamente certificada, nos termos do disposto no art. 225, § 3º da Lei 6.015/73 e art. 2º do Decreto nº 5.570/2005 que alterou o*

Acesso ao Sumário

Decreto de nº 4.449/2002".

Desde logo, importa anotar que a origem judicial do título não o torna imune à qualificação registral, ainda que limitada aos seus requisitos formais e sua adequação aos princípios registrais, conforme disposto no item 117 do Capítulo XX das Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça.

Está pacificado, inclusive, que a qualificação negativa não caracteriza desobediência ou descumprimento de decisão judicial (Apelação Cível n.º 413-6/7; Apelação Cível n.º 0003968-52.2014.8.26.0453; Apelação Cível n.º 0005176-34.2019.8.26.0344; e Apelação Cível n.º 1001015-36.2019.8.26.0223).

No que se refere aos imóveis rurais, o § 3º do art. 176 da lei n. 6.015/73 prevê:

> *§ 3º Nos casos de desmembramento, parcelamento ou remembramento de imóveis rurais, a identificação prevista na alínea a do item 3 do inciso II do § 1º será obtida a partir de memorial descritivo, assinado por profissional habilitado e com a devida Anotação de Responsabilidade Técnica – ART, contendo as coordenadas dos vértices definidores dos limites dos imóveis rurais, geo-referenciadas ao Sistema Geodésico Brasileiro e com precisão posicional a ser fixada pelo INCRA, garantida a isenção de custos financeiros aos proprietários de imóveis rurais cuja somatória da área não exceda a quatro módulos fiscais.*
>
> Na mesma linha, o § 3º do art. 225 da lei n. 6.015/73 dispõe:
>
> *§ 3º Nos autos judiciais que versem sobre imóveis rurais, a localização, os limites e as confrontações serão obtidos a partir de memorial descritivo assinado por profissional habilitado e com a devida Anotação de Responsabilidade Técnica – ART, contendo as coordenadas dos vértices definidores dos limites dos imóveis rurais, geo-referenciadas ao Sistema Geodésico Brasileiro e com precisão posicional a ser fixada pelo INCRA, garantida a isenção de custos financeiros aos proprietários de imóveis rurais cuja somatória da área não exceda a quatro módulos fiscais.*

Não há dúvida sobre a incidência dessas normas nos casos de desmembramento, remembramento e parcelamento de imóveis rurais promovidos por ato de livre disposição dos seus proprietários, nem sobre a submissão, à legislação específica, da eventual conversão de imóvel rural em urbano.

Por isso, a origem do novo imóvel em desapropriação promovida pelo Poder Público não afasta a aplicação das normas relativas ao georreferenciamento quando o imóvel desapropriado tiver como destinado a exploração de atividade agrícola, pecuária ou agroindustrial.

3. Contudo, a desapropriação de parcela do imóvel para destinação como rodovia comporta a análise sob enfoque específico, por se tratar de via de circulação destinada ao uso comum do povo (art. 99, inciso I, do Código Civil).

No caso concreto, a desapropriação recaiu sobre área de 587,57m² (fl.

Acesso ao Sumário

172), a ser desfalcada do imóvel objeto da matrícula nº 63.221 do 2º Registro de Imóveis da Comarca de Piracicaba (fl. 179/190) e destinada à implantação de trecho da Rodovia do Açúcar (fl. 84, 98/100 e 126/129).

Nas hipóteses de desapropriação para implantação de rodovia e de instituição de servidão pública, a destinação em atividade distinta da rural afasta a exigência de observação dos requisitos que incidiriam se a área desapropriada continuasse sendo utilizada, pelo expropriante, para exploração agrícola, pecuária ou agroindustrial.

Isso porque a destinação do imóvel não se confunde com a espécie de zona em que situado (rural, urbana, urbanizável, de urbanização específica e de interesse urbanístico especial), podendo existir imóvel com destinação rural em área urbana, ou situação contrária.

Por sua vez, não se ignora a existência de diferentes critérios para a qualificação de imóvel como urbano ou rural, prevendo o Código Tributário Nacional, em seus arts. 29 e 32, que o imóvel é urbano quando situado em zona urbana e rural quando situado em zona rural.

Porém, outras normas, como os arts. 8º e 9º do Decreto- lei nº 57/1966, que dispõe sobre o Imposto Territorial Rural (ITR), e o art. 2º da Lei nº 5.868/1972, que criou o Sistema Nacional de Cadastro Rural, adotam o critério da destinação para a identificação do imóvel como sendo rural.

O critério da destinação também foi previsto na Lei nº 4.504/1964 (Estatuto da Terra) que, em seu art. 4º, inciso I, define como imóvel rural *"o prédio rústico, de área contínua qualquer que seja a sua localização que se destina à exploração extrativa agrícola, pecuária ou agro-industrial, quer através de planos públicos de valorização, quer através de iniciativa privada"*.

Ainda, o art. 64, inciso II, da Lei nº 4.504/1964 dispõe que são urbanos os lotes que forem implantados em razão de colonização *"quando se destinem a constituir o centro da comunidade, incluindo as residências dos trabalhadores dos vários serviços implantados no núcleo ou distritos, eventualmente às dos próprios parceleiros, e as instalações necessárias à localização dos serviços administrativos assistenciais, bem como das atividades cooperativas, comerciais, artesanais e industriais"*.

O critério da destinação, ademais, é previsto no art. 6º da Instrução Normativa Incra nº 82/2015, que se encontra vigente: *"Imóvel rural é a extensão contínua de terras com destinação (efetiva ou potencial) agrícola, pecuária, extrativa vegetal, florestal ou agroindustrial, localizada em zona rural ou perímetro urbano"*.[1]

A adoção desse critério também consta no sítio de Internet mantido pelo Incra, em página destinada ao esclarecimento de dúvidas:

"O que é imóvel rural?

1 Cf. https://www.gov.br/incra/pt-br/centrais-de-conteudos/legislacao/instrucao-normativa, consulta em 22/03/2024.

Acesso ao Sumário

Imóvel rural, segundo a legislação agrária, é a área formada por uma ou mais matrículas de terras contínuas, do mesmo titular (proprietário ou posseiro), localizada tanto na zona rural quanto urbana do município. O que caracteriza é a sua destinação agrícola, pecuária, extrativista vegetal, florestal ou agroindustrial."[2]

José Afonso da Silva, sobre a definição do imóvel como urbano ou rural, considera que deve prevalecer o critério da destinação, como a seguir se verifica:

"A teoria da vocação urbanística ou da destinação do solo, e não sua localização ou situação, é que orienta a definição da sua qualificação. É que a localização dos terrenos consiste numa delimitação da área à vista, precisamente, da sua vocação ou destinação urbanística; ao contrário, portanto, da qualificação da propriedade urbana, já que será tal justamente porque situada, localizada, em solo qualificado como urbano. Com base no critério da vocação, a primeira qualificação do solo permite a distinção do território municipal em zona rural e zona urbana. Além disso, o Código Tributário Nacional admite considerar como urbanas áreas urbanizáveis, ou de expansão urbana" (Direito urbanístico brasileiro. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 172).

A destinação dada ao imóvel é, com efeito, a adequada para a sua qualificação como urbano ou rural, sendo esse o critério utilizado pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – Incra.

Adotado o critério da destinação, a parcela que foi desapropriada para uso como rodovia não pode ser caracterizada como rural e, em razão disso e da natureza originária da desapropriação, não se submete às exigências para o registro de imóvel rural, no Registro de Imóveis, ainda que a área da rodovia tenha origem em desmembramento de imóvel que tinha essa finalidade de uso.

Cabe anotar, nesse ponto, que o art. 9º do Decreto nº 4.449/2002 prevê a necessidade de certificação pelo Incra para a identificação do imóvel rural, sendo, em consequência, dispensada para a área da rodovia que foi desapropriada e passou a ter finalidade de uso não rural:

"Art. 9º – A identificação do imóvel rural, na forma do § 3º do art. 176 e do § 3º do art. 225 da Lei nº 6015, de 1973, será obtida a partir de memorial descritivo elaborado, executado e assinado por profissional habilitado e com a devida Anotação de Responsabilidade Técnica – ART, contendo as coordenadas dos vértices definidores dos limites dos imóveis rurais, georreferenciadas ao Sistema Geodésico Brasileiro, e com precisão posicional a ser estabelecida em ato normativo, inclusive em manual técnico, expedido pelo INCRA.

§ 1º – Caberá ao INCRA certificar que a poligonal objeto do memorial descritivo não se sobrepõe a nenhuma outra constante de seu cadastro

2 Cf. https://www.gov.br/incra/pt-br/acesso-a-informacao/perguntas-frequentes, consulta em 21.03.2024.

Acesso ao Sumário

georreferenciado e que o memorial atende às exigências técnicas, conforme ato normativo próprio."

Afastada a submissão do registro da aquisição da área da rodovia aos requisitos para o desmembramento de imóvel rural, não prevalece a exigência de apresentação da descrição georreferenciada com certificação pelo Incra.

A dispensa da certificação, ademais, não causará prejuízo para a identificação do imóvel rural porque o proprietário, ao solicitar nova certificação para a área remanescente, deverá excluir a parcela que foi desapropriada para uso como rodovia, ou, se for admitida a inscrição cadastral de áreas seccionadas como unidade imobiliária única, deverá discriminar, para efeito de certificação, a parte que passou a ser ocupada pela rodovia.

Por fim, não há risco de sobreposição de registros porque a desapropriação da área da rodovia é forma originária de aquisição do domínio e, de qualquer modo, a abertura de matrícula para a área desapropriada será averbada no registro do imóvel que foi desfalcado.

4. Ante o exposto, pelo meu voto, **dou provimento** à apelação e afasto a recusa do registro do título.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1005339-43.2023.8.26.0445, da Comarca de Pindamonhangaba, em que são apelantes A.P.S. e M.A.S., é apelado OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS E ANEXOS DA COMARCA DE PINDAMONHANGABA.

ACORDAM, em Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram por prejudicada a dúvida e não conheceram a apelação, v.u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 43.416)**

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, 23 de maio de 2024.

FRANCISCO LOUREIRO, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – NEGATIVA DE INGRESSO DE ESCRITURA PÚBLICA

DE VENDA E COMPRA DE IMÓVEL NO FÓLIO REAL – EXIGÊNCIAS DE APRESENTAÇÃO DA CARTA DE SENTENÇA DO DIVÓRCIO DA VENDEDORA PARA AFERIÇÃO QUANTO À COMUNICAÇÃO DO BEM AO EX-CÔNJUGE, DE RETIFICAÇÃO DA ESCRITURA PÚBLICA QUANTO À DESCRIÇÃO DO BEM E DE COMPLEMENTAÇÃO DO ITBI – CUMPRIMENTO DE UMA DAS EXIGÊNCIAS FORMULADAS PELO REGISTRADOR NO CURSO DA DÚVIDA – DÚVIDA PREJUDICADA – DEMAIS EXIGÊNCIAS CABÍVEIS – EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DA CARTA DE SENTENÇA FUNDADA NO DISPOSTO NO ARTIGO 221, IV, DA LEI 6.015/73 – DISCREPÂNCIA NA DESCRIÇÃO DO IMÓVEL ENTRE A CERTIDÃO DE MATRÍCULA E A ESCRITURA PÚBLICA – NÃO ATENDIMENTO AO PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE OBJETIVA – DÚVIDA PREJUDICADA – APELAÇÃO NÃO CONHECIDA.

VOTO

Trata-se de apelação (fls. 147/160) interposta por A.P.S. contra a r. sentença (fls. 114/116) proferida pelo MM. Juiz Corregedor Permanente do Oficial do Registro de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil das Pessoas Jurídicas da Comarca de Pindamonhangaba, que julgou procedente a dúvida suscitada, mantendo a recusa do ingresso, no fólio real, de escritura pública de venda e compra do imóvel de matrícula nº 8.847 daquela serventia.

O apelante alega, em síntese, a possibilidade de análise do mérito da dúvida invocada, apesar do cumprimento das exigências que apontavam a necessidade de complementação do pagamento do tributo devido (ITBI) no curso da dúvida (fls. 24).

Insiste na desnecessidade de apresentação do original da carta de sentença do divórcio da vendedora, sob fundamento de que: (i) foi juntada cópia digitalizada de inteiro teor do divórcio, afirmada a veracidade pelo advogado; (ii) o documento foi aceito para retificar o nome da vendedora (fl. 22, av. 5); (iii) a vendedora adquiriu o imóvel quando já era divorciada e já estava em união estável não formalizada com seu companheiro (também vendedor), conforme escritura de fls. 10/20.

Requer, então, a reforma da sentença, para o registro da escritura pública na matrícula nº 8.847 (fls. 21/23), sem as exigências da Nota Devolutiva expedida em 18/07/2023 (fl. 24), que, após reapresentação, foi reiterada em

Acesso ao Sumário

31/07/2023 (fls. 52/53).

A Douta Procuradoria de Justiça opinou pela prejudicialidade da dúvida ou, no mérito, pelo não provimento do recurso (fls. 192/195).

É o relatório.

O registro da escritura pública de venda e compra do imóvel de matrícula de nº 8.847 do Registro de Imóveis de Pindamonhangaba foi negado pelo Oficial, que expediu a Nota de Devolução (fls. 24), contendo as seguintes exigências:

> *"Cuida-se de escritura pública de venda e compra lavrada em 30 de junho de 2023 no Tabelionato de Notas e de Protesto de Letras e Títulos da Comarca de Santa Branca – SP, no Livro nº 179, às folhas 92/94, relacionada ao imóvel matriculado nesta Serventia sob nº* ***8.847****.*
>
> *Para averbação do reconhecimento da separação de fato da alienante M.A. à época da aquisição imobiliária, necessária, para melhor análise da pretensão, a apresentação da* ***carta de sentença*** *extraída dos autos da Ação de Divórcio – Processo nº (...) (Ordem nº (...)), mencionada no título.*
>
> *Sendo possível o afastamento da Súmula 377 do STF pela análise da carta de sentença, deverá o titulo ser rerratificado para constar o* ***valor venal total*** *da área alienada, visto que a escritura considerou apenas a inscrição municipal SE-11-07-12-001-001, sem, contudo, abranger a inscrição remanescente SE-11-07-12-001-002 (averbação nº 04).*
>
> *Pelas mesmas razões, necessária a comprovação do pagamento do* ***ITBI*** *adotando como base o* ***valor venal total*** *do bem, correspondente à soma das duas inscrições citadas, nos termos dos arts. 7º, § 1º, da Lei Municipal nº 2.325/89, e 289 da Lei de Registros Públicos.*
>
> *Fica, pois,* ***negado*** *por ora o registro."*

Antes mesmo do parecer do Ministério Público, que opinou pelo indeferimento do registro (fls. 111/113), o recorrente atravessou a petição de fls. 88/91, noticiando o recolhimento do ITBI com referência às inscrições do imóvel no Município, conforme nºs SE-11-07-12-001-001 e SE-11-07-12-001-002.

Sobreveio a r. sentença que manteve os óbices registrários e julgou procedente a dúvida (fls. 114/116).

A dúvida, todavia, está prejudicada.

Para que se possa decidir se o título pode ser registrado ou não, é preciso que todas as exigências, e não apenas parte delas, sejam impugnadas. A anuência em relação a um ou mais óbices igualmente impede seja prolatada decisão quanto à registrabilidade do título.

A ausência de insurgência contra uma ou mais exigências registrais, e, do mesmo modo, a anuência em relação a qualquer um dos óbices prejudica a dúvida, a qual só admite duas soluções: a) a determinação do registro do título

Acesso ao Sumário

protocolado e prenotado, que é analisado, em reexame da qualificação, tal como se encontrava quando surgida dissensão entre o apresentante e o Oficial de Registro de Imóveis; ou b) a manutenção da recusa do Oficial.

Com efeito, a anuência (ou o cumprimento) de uma ou mais exigências faz com que o presente recurso assuma um caráter meramente doutrinário, ou teórico, o que não se admite.

Isto porque redundaria na prolação de decisão condicional quando, na realidade, como dito, somente pode comportar duas soluções: a afirmação da possibilidade ou não da prática do ato, considerando o título tal como foi apresentado ao Oficial registrador e por este qualificado.

O processo de dúvida não se presta à solução de dissenso relativo à apenas parte dos óbices ao ingresso do título no fólio real, pois, eventualmente afastados os questionados, restariam os demais, não questionados, que, não atendidos, impediria, de toda sorte, o registro.

Nesse sentido, destaca-se julgado da E. Corregedoria Geral da Justiça, no Recurso Administrativo nº 1011526-59.2017.8.26.0451, com parecer de nº 52/2021-E, proferido pela MMª Juíza Assessora Stefânia Costa Amorim Requena e aprovado em 18/02/2021 pelo então Exmo. Corregedor do TJSP Desembargador Ricardo Anafe:

> *"REGISTRO CIVIL DE PESSOA JURÍDICA – Averbação de ata de assembleia geral – Ausência do título original – Não impugnação de todas as exigências apresentadas pelo registrador – Pedido de providências prejudicado – Recurso não conhecido."*
>
> Diante da pertinência, transcreve-se trecho do pronunciamento opinativo:
>
> *"Com efeito, a aceitação de parte dos óbices apontados atribui ao procedimento natureza consultiva, certo que a pretendida averbação dependerá de novo protocolo e, consequentemente, de nova qualificação do título. (...)*
>
> *Para que se possa decidir se averbação pretendida pode ou não ocorrer é preciso que todas as exigências e não apenas parte delas sejam reexaminadas pelo Corregedor Permanente e, na hipótese de recurso, também pela Corregedoria Geral da Justiça.*
>
> *E nem mesmo a manifestação apresentada posteriormente, no curso do presente procedimento (fls. 127/129), pode favorecer a recorrente, eis que, além de ser por demais genérica, representa verdadeira burla ao prazo da prenotação (a parte tem um prazo determinado para cumprir as exigências, ou impugná-las)."*

Na espécie, a dúvida está prejudicada porque houve o cumprimento de uma das exigências no curso do processo. Por consequência, o recurso de apelação também está prejudicado.

Acesso ao Sumário

Ainda que assim não fosse, os óbices que remanesceram justificam a procedência da dúvida.

A carta de sentença do divórcio da vendedora deve ser apresentada por disposição contida no artigo 221, IV, da Lei nº 6.015/73, não havendo previsão de sua substituição por cópias extraídas dos autos da ação de divórcio, ainda que sob responsabilidade de veracidade firmada pelo advogado.

A existência de averbação do divórcio da vendedora não infirma a conclusão acima. Como bem disse o Oficial, *"os documentos apresentados por ocasião das averbações nºs 05 e 06* ***não se confundem com a carta de sentença****, visto que, para aquelas providências,* ***era necessária tão somente a apresentação da respectiva certidão de casamento****, nos moldes do art. 246, § 1º, da Lei de Registros, na medida em que* ***o ato relacionava-se apenas à notícia da correção e modificação do estado civil da coproprietária, e não à publicidade de fato inibitório da comunicação patrimonial"*** *(fls. 168).*

Por fim, há um descompasso entre a escritura e a certidão de matrícula com referência ao imóvel; no registro imobiliário consta que o imóvel está inscrito no Município sob as siglas SE-11-07-12-001-**001** e SE-11-07-12-001-**002**, conforme as respectivas certidões de valor venal a fls. 19/20, mas o instrumento público de venda e compra só faz referência à primeira delas.

As certidões de valor venal (fls. 19/20) deixam claro que se referem ao mesmo lote, sob nº 01, da quadra "B", do loteamento Vila São Judas Tadeu, existindo mais de uma inscrição porque há mais de uma acessão certificada pelo Município (final 01 – 176, 42m² e final 02 – 66,60m²). A escritura pública, como dito, apesar de se referir ao lote de terreno nº 01, da quadra "B", do loteamento denominado Vila São Judas Tadeu, em Pindamonhangaba, faz menção apenas à inscrição municipal sob nº SE 11-07-12-001-001, descrevendo o valor venal para o exercício fiscal de 2023 de R$ 118.565,98, deixando, portanto, de fora a referência à inscrição municipal sob nº SE 11-07-12-001-002 e ao respectivo valor venal conforme certidão a fls. 20.

Há, portanto, ofensa ao princípio da especialidade objetiva, notadamente porque o próprio interessado reconhece que a venda e compra teve por objeto o terreno e duas construções nele existentes.

Não fosse a dúvida prejudicada, seria o caso de manter os óbices remanescentes, pelas razões expostas.

Ante o exposto, pelo meu voto, **não conheço** da apelação e **dou por prejudicada** a dúvida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1003424-

93.2022.8.26.0347, da Comarca de Matão, em que é apelante ÁGUAS DE MATÃO S/A, é apelado OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS E ANEXOS DA COMARCA DE MATÃO.

ACORDAM, em Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento à apelação para julgar improcedente a dúvida e determinar o registro do título, v.u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 43.390)**

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, 4 de junho de 2024.

FRANCISCO LOUREIRO, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – MANDADO DE REGISTRO DE CITAÇÃO DE AÇÃO DE CONSTITUIÇÃO DE SERVIDÃO ADMINISTRATIVA – DESQUALIFICAÇÃO – EXIGÊNCIA DE PRÉVIA APURAÇÃO DO REMANESCENTE DA TRANSCRIÇÃO OBJETO DO REGISTRO – INSCRIÇÃO QUE ENCONTRA FUNDAMENTO NO ART. 167, I, 21, DA LEI Nº 6.015/73 – REGISTRO QUE VISA DAR CIÊNCIA A TERCEIROS DE QUE HÁ EM CURSO AÇÃO REAL – HIPÓTESE QUE NÃO SE CONFUNDE COM O REGISTRO DA SERVIDÃO ADMINISTRATIVA – APURAÇÃO DO REMANESCENTE DA ÁREA MAIOR INEXIGÍVEL MESMO EM CASO DE REGISTRO DE DESAPROPRIAÇÃO – ÁREA AINDA OBJETO DE TRANSCRIÇÃO – NECESSIDADE DE ABERTURA DE NOVA MATRÍCULA (ART. 176, § 1º, I E 236 AMBOS DA LEI Nº 6.015/73), REPETINDO A DESCRIÇÃO ORIGINAL, COM AVERBAÇÃO DOS DESTAQUES NOTICIADOS NA TRANSCRIÇÃO – PRECEDENTES DO CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA – DÚVIDA JULGADA IMPROCEDENTE – RECURSO PROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por Águas de Matão S/A contra a r. sentença de fls. 135/136, proferida pelo MM. Juiz Corregedor Permanente do Registro de Imóveis de Matão, que, mantendo a exigência feita pelo Oficial, negou o registro na transcrição nº 2.246 daquela serventia de mandado de registro de citação extraído do processo nº 1003374-48.2014.8.26.0347, cujo objeto é a constituição de servidão administrativa.

Alega a apelante, em síntese, que o pedido se refere apenas ao registro da citação da ação; que a inscrição pretendida não altera a figura geodésica do imóvel; que a servidão administrativa está devidamente localizada no espaço; e que a publicidade que deve emanar dos registros públicos justifica a inscrição (fls. 146/155).

Após a decisão de fls. 173, a representação processual da apelante foi regularizada (fls. 176/308).

A Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo não provimento do recurso (fls. 316/318).

É o relatório.

Preceitua o art. 167, I, 21, da Lei nº 6.015/73:

Art. 167 – No Registro de Imóveis, além da matrícula, serão feitos

I – o registro:

(...)

21) das citações de ações reais ou pessoais reipersecutórias, relativas a imóveis;

Trata-se de previsão que visa dar conhecimento a terceiros da citação dos proprietários do bem para responder ação cujo julgamento pode trazer consequências para o registro imobiliário. No caso, o processo em andamento tem por objetivo o reconhecimento de servidão administrativa, que se caracteriza como direito real sobre coisa alheia.

O que se busca aqui não é o registro da servidão administrativa, mas apenas o registro da citação dos titulares de domínio da área atingida para responder à ação judicial.

O Oficial negou o registro do título judicial, sustentando que *"em virtude de vários destaques constante da transcrição nº 2246 de ordem, o interessado deverá primeiramente providenciar a retificação do remanescente a fim de possibilitar a abertura de matrícula para o remanescente e o registro da citação mencionada na sentença"* (fls. 35).

O óbice, entretanto, não se sustenta, uma vez que o mero registro da citação dos proprietários do imóvel não exige prévia apuração do remanescente de toda a área. A inscrição dará publicidade à existência da ação a eventuais compradores do bem. Negar o registro porque outras áreas também podem ser eventualmente atingidas pela servidão terminaria por não dar publicidade acerca

da ação nem mesmo às pessoas que consultam o registro original.

E como bem destacado pela apelante, há precedente deste Conselho Superior no sentido de que a apuração do remanescente não é exigível nem mesmo no caso do registro de desapropriação:

> *"Em razão da transmissão da propriedade por meio de desapropriação, da interpretação teleológica efetuada, bem como o destaque de área menor, faço observação da necessidade do georreferenciamento apenas da área desapropriada sem necessidade de sua efetivação para fins de apuração do remanescente da matrícula da qual será destacada"* (CSM/SP – Apelação nº 1006361-02.2018.8.26.0320, Rel. Des. Geraldo Francisco Pinheiro Franco, j. em 1º/4/2019).

O caso dos autos, porém, traz uma peculiaridade que deve ser considerada. Com efeito, o imóvel objeto do pedido ainda está transcrito, de modo que a realização do registro depende da abertura de matrícula[1].

Embora a descrição constante da transcrição não seja precisa e destaques tenham sido realizados (fls. 105/107), não ofende o princípio da especialidade a abertura de matrícula cuja descrição corresponda à contida em assento anterior. Nesse sentido:

> *"Registro de Imóveis. Carta de sentença que visa a partilhar imóveis entre os cônjuges, em virtude de separação judicial. Descrição precária dos imóveis. Desqualificação do título. Exigência de prévia retificação dos registros imobiliários. Dúvida julgada procedente. Título que repete as descrições constantes nas matrículas, que já estão descerradas. Precedentes do Conselho Superior da Magistratura permitindo, nessa situação, o ingresso do título. Inscrições que, ademais, não alterarão a titularidade dominial dos bens. Descrições que, embora imperfeitas, definem as medidas perimetrais dos bens e indicam pontos que permitem a localização deles. Recurso provido"* (CSM/SP – apelação nº 0002907-66.2015.8.26.0116, Rel. Des. Manoel de Queiroz Pereira Calças, j. em 6/6/2017).
>
> *"REGISTRO DE IMÓVEIS – Escritura pública de inventário e partilha – Dúvida prejudicada – Irresignação parcial configurada – Exibição tardia da certidão atualizada da matrícula do bem imóvel – Inadmissibilidade – Ofensa ao princípio da especialidade objetiva inocorrente – Coincidência entre as descrições do título e da matrícula a informar a abertura de uma nova (artigo 229 da Lei nº 6.015/1973) – Recurso não conhecido"*

1 De acordo com a Lei nº 6.105/73:

Art. 176 – O Livro nº 2 – Registro Geral – será destinado, à matrícula dos imóveis e ao registro ou averbação dos atos relacionados no art. 167 e não atribuídos ao Livro nº 3.

§ 1º A escrituração do Livro nº 2 obedecerá às seguintes normas:

I – cada imóvel terá matrícula própria, que será aberta por ocasião do primeiro ato de registro ou de averbação caso a transcrição possua todos os requisitos elencados para a abertura de matrícula; (grifei).

Art. 236 – Nenhum registro poderá ser feito sem que o imóvel a que se referir esteja matriculado.

(CSM/SP – apelação nº 90000002-16.2011.8.26.0296, Rel. Des. José Renato Nalini, j. em 23/5/2013).

E embora este Conselho já tenha decidido que descrições precárias a ponto de impossibilitar a localização do imóvel não podem servir como base para a abertura de matrícula[2], não há, no caso em análise, em que pesem os destaques, informação de que a descrição seja de tal modo imprecisa.

Nota-se, desse modo, que o óbice não se sustenta, devendo o Oficial abrir nova matrícula, utilizando a descrição original (fls. 105/107) e averbando os destaques noticiados na transcrição.

Ante o exposto, pelo meu voto, dou provimento à apelação para julgar improcedente a dúvida e determinar o registro do título judicial.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000333-95.2023.8.26.0076, da Comarca de Bilac, em que é apelante E.L.G., é apelado OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS E ANEXOS DA COMARCA DE BILAC.

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 43.452)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDO TORRES GARCIA (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA) (Presidente), BERETTA DA SILVEIRA (VICE-PRESIDENTE), XAVIER DE AQUINO (DECANO), TORRES DE CARVALHO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO), HERALDO DE OLIVEIRA (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO) e CAMARGO ARANHA FILHO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 20 de junho de 2024.

FRANCISCO LOUREIRO, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS. ESCRITURA PÚBLICA DE DOAÇÃO. EXIGÊNCIA PARA RETIFICAÇÃO DA DECLARAÇÃO DE ITCMD FEITA AO FISCO PARA REDUÇÃO DO NÚMERO DE DONATÁRIOS. DOAÇÃO AOS FILHOS, CA-

Acesso ao Sumário

2 *"Registro de Imóveis – Recusa de ingresso de formal de partilha que repete descrição que já consta em transcrição anterior – Dúvida procedente – Descrição que impede a própria localização do imóvel – Precedentes que permitem o ingresso de título que repete descrição lacunosa e cujo objeto é a integralidade do bem – Inaplicabilidade – Localização mínima do imóvel que se faz necessária – Impossibilidade de ingresso do título – Necessidade de prévia retificação – Apelação a que se nega provimento"*(CSM/SP – apelação nº 1006360-55.2015.8.26.0309, Rel. Des. Manoel de Queiroz Pereira Calças, j. em 24/7/2017).

SADOS SOB O REGIME DA COMUNHÃO PARCIAL DE BENS. FATO GERADOR DO ITCMD QUE DEVE OBSERVAR O NEGÓCIO JURÍDICO CELEBRADO, RESPEITANDO O NÚMERO DE DONATÁRIOS. EVIDENTE ERRO MATERIAL DA DECLARAÇÃO. PORTARIA CAT 4/2016. DEVER DE FISCALIZAÇÃO DO OFICIAL QUE NÃO EXTRAPOLA SUAS FUNÇÕES. DÚVIDA PROCEDENTE. RECURSO IMPROVIDO.

VOTO

Cuida-se de apelação interposta por E.L.G. em face da r. sentença de fls. 121/123 proferida pelo MM. Juiz Corregedor Permanente do Oficial de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil e Pessoa Jurídica da Comarca de Bilac, que, em procedimento de dúvida, manteve a negativa de registro de escritura de doação com reserva de usufruto, lavrada em 17 de março de 2014, pelo Tabelião de Notas de Bilac-SP, Livro nº 104, pag. 23/30, exigindo a retificação da declaração de ITCMD feita à Secretaria Estadual da Fazenda.

O apelante busca a reforma da sentença, sustentando que o título está apto a ingressar no álbum imobiliário e que a declaração de ITCMD feita ao Fisco está correta, tendo o Oficial extrapolado o seu dever de fiscalização do recolhimento de impostos. Acrescenta que houve consulta à Administração Tributária quanto à regularidade das informações prestadas, tendo decorrido o prazo sem qualquer notificação do Ente Estadual e que eventual irregularidade no lançamento cabe somente à Fazenda a adoção das providências necessárias. Assinala que estão reunidos os requisitos para isenção de ITCMD, uma vez que o valor da nua propriedade não ultrapassa 2.500 Ufesp's, acrescentando-se que a Decisão Normativa CAT 4/2016 não poderia retroagir para atingir negócio jurídico realizado dois anos antes. Por fim, a base de cálculo a ser considerada é a nua-propriedade, que corresponde a dois terços dos valores dos imóveis, o que novamente implica autorizar o reconhecimento da isenção, haja vista que a parte cabente aos donatários fica abaixo de 2.500 Ufesp's (fls. 133/141).

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo improvimento do recurso (fls. 177/179).

É o Relatório.

O recurso não merece provimento.

De acordo com os autos, foi apresentada ao Oficial de Registro de Imóveis da Comarca de Bilac escritura pública de doação com reserva de usufruto, título pelo qual A.G. e sua esposa M.A.C.G. doaram os imóveis objeto das matrículas 8.123 e 8.124 aos donatários A.C.C.G. e sua esposa V.C.R.G.; C.F.G.S. e seu marido A.S.; E.L.G. e sua esposa E.I.B.G.; M.W.G.P. e seu marido J.O.P.; O.G.

Acesso ao Sumário

e sua esposa I.P.G.; O.G.C.P. e seu marido J.P.; V.A.G. e sua esposa S.M.X.O.G.

O título que foi prenotado sob nº 42.486, com nota devolutiva exigindo a Retificação da Declaração de ITCMD à Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo e o recolhimento do imposto devido, uma vez constatado o preenchimento da Declaração em desacordo com a orientação da Decisão Normativa CAT nº 4/2016, enumerando as seguintes desconformidades (fls. 81/82):

> *"Apontamento dos dois cônjuges como doadores, quando deveria ser apontado apenas um deles, para que não fossem configurados fatos geradores distintos;*
>
> *Apontamento de ambos os cônjuges como donatários, quando deveria ser apontado apenas um deles, representando os sete casais donatários, para que não fossem configurados fatos geradores distintos".*

O recorrente cumpriu parcialmente as exigências, retificando a Declaração à Secretaria da Fazenda somente no que se refere ao item "a", requerendo a reconsideração da exigência ou a suscitação da dúvida, anexando Consulta à Secretaria Tributária com orientação que lhe seria supostamente favorável.

A resposta encaminhada pela Secretaria da Fazenda e Planejamento a fl. 46 tem o seguinte teor:

> *"A doação de um bem destinado a compor o patrimônio de um casal de donatários, na constância de regime de comunhão parcial ou de regime de comunhão universal de bens configura apenas um fato gerador de ITCMD.*
>
> *A doação efetuada para compor o patrimônio particular de cada um dos cônjuges (artigos 1659 e 1668 do Código Civil), na constância de regime de comunhão parcial ou de regime de comunhão universal, configura dois fatos geradores de ITCMD (um referente a cada cônjuge).*
>
> *O reconhecimento de isenção é necessário apenas nas seguintes hipóteses:*
>
> *– Transmissão 'causa mortis' e doação de quaisquer bens e direitos realizados por via judicial*
>
> *– Transmissão 'causa mortis' ou doação de quaisquer bens e direitos realizados por escritura pública, quando a transmissão se der em outro Estado, mas houver bens ou direitos passíveis de tributação pelo Estado de São Paulo*
>
> *Para casos de transmissão por escritura pública no Estado de São Paulo, não é emitida Certidão de Homologação pela SEFAZ"*

Portanto, está claro que na constância de regime de comunhão parcial de bens, as doações recebidas por um dos cônjuges, em regra, não se comunicam (artigo 1659 do CC), porém é possível que a doação seja feita em favor de ambos os cônjuges (artigo 1660 do Código Civil), mas **desde que seja expressamente ou com cláusula de incomunicabilidade**, e somente nestes casos é

Acesso ao Sumário

possível falar em dois fatos geradores de ITCMD.

No caso em exame, em razão da atribuição e do dever que lhe são inerentes, o Oficial de Registro deduziu a nota de exigência para que fosse apresentada a Declaração Retificadora à Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo relativamente ao ITCMD, a fim de que estivesse em conformidade à Decisão Normativa CAT n. 4, de 24/11/2016, porque, conforme apurado, a declaração feita pelo interessado com a indicação dos cônjuges dos donatários resultou na isenção do ITCMD (lembrando que a Secretaria não emite certidão de Homologação para casos como o presente), preenchimento que o Oficial entendeu como incorreto.

Assim, a Retificação da Declaração foi exigida a fim de que correspondesse efetivamente ao número de donatários constantes da escritura de doação, tendo em conta a irregularidade na conduta do declarante/contribuinte no autolançamento tributário incluir um número de donatários incompatível com o negócio jurídico efetivamente celebrado.

Essa exigência decorre naturalmente do processo de qualificação dos títulos judiciais e extrajudiciais submetidos à análise do Oficial de Registro de Imóveis mas que, na espécie, está objetivamente delineada na Decisão Normativa CAT em questão.

No caso, o negócio jurídico tratou de doação aos donatários de A.G. e M.A.C.G. Os respectivos cônjuges não foram beneficiários diretos da doação, pois eventual doação **em favor a cada um dos cônjuges** deveria ter sido feita de forma expressa e não o foi. Portanto, não poderiam ser incluídos nas informações à Secretaria da Fazenda para fins de cálculo do ITCMD. Apenas foram qualificados no título porque eram casados sob o regime da comunhão parcial de bens com os donatários, situação que não os equipara à condição de donatários.

Como assinalado pelo Registrador em sua nota de devolução às fls. 81/84, *"Na Cláusula 5 da Escritura Pública lavrada em 17 de março de 2014, constou que os doadores usufrutuários doam aos filhos e cônjuges a nua-propriedade do imóvel, reservando para si o usufruto vitalício do imóvel, sem efetuar qualquer especificação dos doadores sobre a parte de cada donatário ou determinar que a doação irá compor o patrimônio particular de cada um dos cônjuges"*.

Concluiu o Oficial que no presente caso *"não se trata de doação para compor o patrimônio particular de cada um dos cônjuges, como pretende o requerente"*.

Não se ignora que, se tratando de ITCMD, este C. Conselho Superior da Magistratura tem seguido a linha de que, em regra, não cabe ao Oficial Registrador aferir a regularidade do valor apurado a título do referido imposto:

> *"REGISTRO DE IMÓVEIS – DÚVIDA – FORMAL DE PARTILHA – Registro negado, ao argumento de recolhimento a menor de ITCMD – impossibilidade – não pode o Sr. Oficial obstar registro por entender que o valor*

recolhido a título de tributo é inferior ao devido – dúvida improcedente – recurso provido." (Apelação n.º 1066691-48.2015.8.26.0100, Rel. Des. PEREIRA CALÇAS).

No entanto, a hipótese não envolve a regular apuração de valor recolhido, mas sim de efetivo não recolhimento a partir de **erro material das informações** prestadas na Declaração de ITCMD à Secretaria da Fazenda pelo contribuinte.

Tem o Oficial o dever de verificar a regularidade das informações prestadas por autolançamento à Administração Tributária para confirmar a sua compatibilidade com o negócio jurídico tal como celebrado e constante do título que lhe é submetido à qualificação, avaliação que foi feita com razoabilidade e de forma fundamentada, não sendo pertinente, na estreita via administrativa da dúvida, discutir se deve prevalecer a interpretação diversa pretendida pelo recorrente.

Deste modo, correta a nota de devolução lançada pelo Registrador, exigindo a retificação da declaração de ITCMD por entender que as informações assinaladas pelo contribuinte estão em desconformidade ao título, na medida em que, observando que houve a doação conjuntiva, não poderia o contribuinte incluir indevidamente os cônjuges como donatários, vez que a doação foi destinada ao patrimônio do casal e o acréscimo redundou no aumento indevido do número de fatos geradores de ITCMD e, por consequência, redução da base de cálculo do imposto, tornando questionável a aferição da isenção.

Não se trata de algo trivial ou inconsequente.

Muito pelo contrário.

A depender do número de fatos geradores e, consequentemente, da base de cálculo, a isenção pode ou não ocorrer, já que o artigo 6º, II, "a", da Lei nº 10.705/20 estabelece que a doação de bem até 2.500 Ufesp's é isenta de ITCMD.

Evidentemente, não caberia ao Oficial fechar os olhos para tal realidade, em razão do dever de fiscalização do recolhimento dos impostos devidos por força dos atos que lhe forem apresentados.

É o que dispõe o artigo 289, da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973:

"Art. 289 No exercício de suas funções, cumpre aos oficiais de registro fazer rigorosa fiscalização do pagamento dos impostos devidos por força dos atos que lhes forem apresentados em razão do ofício."

A omissão do delegatário, inclusive, pode levar à sua responsabilidade solidária no pagamento do tributo (artigo 134, VI, do Código Tributário Nacional, o que também vem corroborado pelos itens 117 e 117.1, do Capítulo XX, Tomo II, das NSCGJ:

"117. Incumbe ao oficial impedir o registro de título que não satisfaça os requisitos exigidos pela lei, quer sejam consubstanciados em instrumento público ou particular, quer em atos judiciais.

117.1. Com exceção do recolhimento do imposto de transmissão e de

Acesso ao Sumário

recolhimento do laudêmio, quando devidos, nenhuma exigência relativa à quitação de débitos para com a Fazenda Pública, inclusive quitação de débitos previdenciários, fará o oficial, para o registro de títulos particulares, notariais ou judiciais."

Também não é o caso de se reconhecer prescrição ou decadência do débito fiscal.

Como é sabido, o Ofício do Registro de Imóveis e o Juízo Corregedor Permanente – órgãos meramente administrativos que são – não podem dispensar a prova do pagamento do ITCMD, mesmo pelo argumento de que se tenha consumado a decadência ou a prescrição.

Neste aspecto não compete aos registradores o reconhecimento da eventual prescrição de créditos tributários, matéria estranha à atividade registrária. Tal questão deverá ser objeto de discussão e decisão em esfera própria, sendo que no âmbito administrativo não incide o contraditório e ampla defesa, bem como não há instrução probatória, não havendo a participação da credora tributária (Fazenda Pública do Estado de São Paulo) que é titular do direito cuja pretensão o suscitado quer ver afastada.

Por tudo isso, o apelante deve providenciar a Retificação da Declaração de ITCMD e/ou sentença judicial proferida no bojo de processo judicial com contraditório que ampare a sua pretensão, caso contrário, permanece o entrave.

Por fim, é certo que o fato gerador do ITCMD ocorre no momento da transmissão dos bens ou direitos por doação. No entanto, a declaração ao Fisco foi feita após a edição da Decisão Normativa CAT 4/2016, de modo que o contribuinte deve seguir ao procedimento que está em vigência ao tempo da declaração.

Não bastasse isso, a Portaria CAT 04/2016 apenas aclarou conteúdo enunciativo e não teve o condão de modificar qualquer identificação de fatos geradores de ITCMD envolvendo doação, tal como a situação dos autos, haja vista que é a Lei nº 10.705/20, e não a Portaria, o diploma legal a fundamentar o lançamento tributário.

Ante o exposto, pelo meu voto, **nego provimento** à apelação.

Acesso ao Sumário

NOTICIÁRIO

JOSÉ ORESTES DE SOUZA NERY (Desembargador)

Discurso proferido em nome do Tribunal de Justiça, por ocasião da Posse Solene dos Desembargadores Eurípedes Gomes Faim Filho e Maria de Fátima dos Santos Gomes (Cerimônia realizada em 03.05.2024).

Excelentíssimo Senhor Desembargador Fernando Antonio Torres Garcia, Digníssimo Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, na pessoa de quem cumprimento a todas as autoridades aqui presentes;

Excelentíssimo Senhor Desembargador Artur Cesar Beretta da Silveira, Ilustríssimo Vice-Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, em cuja pessoa cumprimento todos os magistrados presentes nesta sessão;

Excelentíssimo Senhor Desembargador Francisco Eduardo Loureiro, honradíssimo Corregedor-Geral da Justiça de São Paulo, em cuja pessoa cumprimento todas as pessoas aqui presentes.

Lembrou-me o amigo Francisco Eduardo Loureiro há pouco de uma máxima que aprendemos com o Cícero, de que o bom orador fala apenas apoiado numa perna, para quando ela se cansar, ele saber que está na hora de terminar o discurso.

Honrou-me o Excelentíssimo Senhor Presidente com a indicação para – neste dia tão engalanado – formular, em nome do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, a oração de boas-vindas a dois Ilustres Desembargadores recém -empossados.

Honraram-me também eles, por acatar a indicação.

Falo do Desembargador Eurípedes Gomes Faim Filho e da Desembargadora Maria de Fátima dos Santos Gomes, de cujo convívio e amizade privo há muitas décadas.

O Desembargador Eurípedes Gomes Faim Filho, ou simplesmente Faim, como o chamamos, incansável estudioso das coisas do Direito e da Justiça; nos conhecemos em viagem cultural à América nos idos de 1994 – *trenta anni fa* – quando fomos conhecer o sistema legal norte-americano, em visita a diversas Cortes e Universidades.

Faim ingressou nos quadros da Magistratura Bandeirante em 2/6/1989, há mais de 34 anos. Durante esse tempo, judicou nas Comarcas de Caraguatatuba, Apiaí, Presidente Venceslau, São Vicente, Jacareí e na Capital, onde foi Juiz de Direito Substituto em 2º Grau.

E foi guindado ao cargo mais alto de nossa carreira, de Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo, por ato de 3 de abril deste ano.

Acesso ao Sumário

Todo esse périplo pelo Estado não foi limitado à atividade jurisdicional: o homenageado sempre estudou e ensinou. É Mestre e Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, a SanFran. Aperfeiçoou-se no idioma de Sua Majestade, o Rei Carlos III, e ministrou aulas de inglês em prestigiadas escolas. Além disso, também é fluente em francês e italiano. Ministrou, ainda, aulas de Direito. Seu extenso currículo relaciona Faculdades como as de Presidente Prudente (Toledo e Unoeste) e Santos (Unimonte e Católica). Tem inúmeros trabalhos publicados.

A Desembargadora Maria de Fátima dos Santos Gomes, a Fátima, para mim e como é chamada em casa, muito amiga da minha mulher, igualmente Magistrada, e que ocupa posto especial na família, sendo a Madrinha de batismo de meu filho caçula, Pedro. Eu a conheço desde o ano 2000.

Ingressou na carreira da Magistratura – tendo antes sido Escrevente do 1º TAC e Procuradora do Estado – em 28/12/1990, há 33 anos. E judicou – sempre com muito afinco e dedicação, conhecida como "carregadora de pianos" – nas Comarcas de Santos, Angatuba, Embu, São Bernardo do Campo e na Capital, onde também serviu como Juíza de Direito Substituta em 2º Grau.

Os afazeres domésticos – a que nossa sociedade submete todas as mulheres, indistintamente – e a maternidade, não foram suficientes para impedi-la de ostentar currículo semelhante ao do ilustre e estimado Faim. É igualmente Mestre e Doutora pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Nem obstaram sua intensa incursão no Magistério Superior (Faculdades de Itapetininga, São Judas, São Bernardo do Campo e Damásio), na prestação de relevantes serviços ao Cadicrim – Centro de Apoio da Seção de Direito Criminal, na publicação de diversos trabalhos escritos e em intensa atividade associativa, tanto na Apamagis (Associação Paulista de Magistrados), como na AMB (Associação dos Magistrados Brasileiros). Como se isso não bastasse, é pianista clássica de elevado virtuosismo.

No último dia 10 de abril, foi promovida ao cargo de Desembargadora do Tribunal de Justiça, primeira mulher do país a fazê-lo sob o novo critério de gênero estabelecido pelo Conselho Nacional de Justiça.

É dia de festa neste Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, em que comemoramos a chegada de dois novos prestigiosos e prestigiados Magistrados, a quem cumprimentamos pelas carreiras que ostentam e por terem realizado o desejo – íntimo e oculto – de todos nós ao ingressarmos na Magistratura: Ser Desembargador.

E tenho dito.

Acesso ao Sumário

MARIA DE FÁTIMA DOS SANTOS GOMES (Desembargadora)

Discurso proferido por ocasião da sua Posse Solene e do Desembargador Eurípedes Gomes Faim Filho (Cerimônia realizada em 03.05.2024).

Excelentíssimo Senhor Desembargador Fernando Antonio Torres Garcia, Digníssimo Presidente deste Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, em cuja pessoa peço vênia para cumprimentar todas as autoridades presentes;

Caros amigos, familiares, afiliados; Senhoras e Senhores.

Inicialmente agradeço a querida saudação feita pelo Desembargador José Orestes de Souza Nery. Suas palavras carinhosas, próprias de sua natureza generosa, me deixam feliz e honrada.

Eu sempre soube que queria e que seria Juíza.

Ainda criança, quando visitava meus avós em Portugal, sempre ouvia relatos apaixonados de julgamentos assistidos e presenciados por eles. E, adolescente, em Santo André, era especial para mim o momento de sair da escola e poder ir até o fórum para assistir julgamentos realizados perante o Tribunal do Júri. Ficava fascinada com as inquirições, com os debates entre acusação e defesa e, principalmente, com o Juiz atento a tudo e a todos. Assim, arrebatada pela leitura do "Pequeno tratado das grandes virtudes", buscava encontrar a Justiça e a verdade no caminho que teria que trilhar.

Seguindo minha trajetória, há pouco mais de 40 anos, ingressei na Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e, na primeira aula de Introdução ao Estudo do Direito, o professor indagou os alunos qual seria o motivo para estarem iniciando aquele curso. Após algumas respostas, chegou o meu momento de responder a essa indagação. E, para surpresa de todos, respondi que estava ali porque queria ser Juíza. A resposta, a princípio, gerou risos, porque em fevereiro de 1984, poucas se permitiam a sonhar tão alto. Apenas oito mulheres haviam conseguido superar todas as fases do concurso e ingressado na Magistratura Paulista, as quais presto, neste momento, minhas homenagens: Zélia, Iracema, Berenice, Meibel, Constância, Maria Teresa, Milena e Nilza. Tive a grata satisfação de conhecê-las e, com alguma delas, trabalhar e judicar.

Aos 18 anos, ingressei no Primeiro Tribunal de Alçada Civil, na função de Escrevente, tendo a oportunidade de conhecer pessoas que me impulsionaram e me incentivaram para o alcance do meu objetivo; entre essas pessoas, relembro com carinho e profunda gratidão o Desembargador Donaldo Armelin, que sabedor do meu sonho, muito me ensinou e encorajou durante o período que permaneci em seu gabinete e, posteriormente, como o meu Orientador no Mestrado e no Doutorado.

Ao término da faculdade – ventos mais amenos sopravam – Constituição

Acesso ao Sumário

nova, País iniciando sua redemocratização e 30 mulheres na Magistratura Paulista.

Era tempo de tentar concretizar o sonho, transformá-lo em realidade, mas antes, em razão da idade, ingressei na Procuradoria do Estado de São Paulo e, na função de Procuradora da Assistência Judiciária conheci o Doutor Benedito Jorge Farah, então Juiz da Vara da Família e das Sucessões do Foro Regional de Vila Prudente. Toda a sua sensibilidade me dava a certeza do caminho a ser trilhado.

Assim, com pouco mais de 24 anos, ingressei no 160º Concurso, com expectativas e anseios e, nesta mesma sala, prestei juramento, iniciando a tão sonhada busca da Justiça e da verdade para a solução de conflitos, sem jamais esquecer o lado humano dos envolvidos. Encontrei novos amigos. A amizade surgida desde os primeiros dias do concurso permanece até hoje e agradeço a todos.

O caminho percorrido, por vezes espinhoso, me levou a diversas Comarcas, como já mencionado, entre elas Santos, Angatuba, Embu, Mogi Mirim, São Bernardo do Campo e São Paulo, permanecendo, como Titular, por 13 anos, na 29ª Vara Criminal Central.

Conheci inúmeras pessoas e lugares. Cada um com suas peculiaridades, com suas características e o apoio dos Magistrados mais experientes e dos Serventuários foi primordial para o enfrentamento dos momentos desafiadores. Todos foram e são importantes para mim, guardo todas as lembranças em mim, e, na pessoa do amigo, do irmão, Antonio Maria Patiño Zorz, que sempre se manteve ao meu lado, mesmo quando possuía algum entendimento diverso, e que, no momento mais sombrio da minha existência, quando me despedia de meu pai, segurou a minha mão. Eu cumprimento, na pessoa dele, e agradeço profundamente a todos os amigos, a todos que surgiram na minha vida. E peço escusas por não mencionar todos porque, senão, quem ficaria 1h15m fazendo o discurso seria eu.

E, com os mesmos ideais que me nortearam nesses últimos 33 anos, chego aqui por conta da histórica decisão do Conselho Nacional de Justiça, ao editar a Resolução 525/2023, de relatoria da Conselheira Desembargadora Salise Monteiro Sanchotene e aprovada sob a Presidência da Ministra Rosa Weber.

Bem sei, e as mulheres da Magistratura o sabem, qual o tamanho da carga existente sobre nós. Há sim a igualdade formal consagrada na lei mas, quem ignora que tal previsão esteve e está por décadas longe de se tornar a igualdade material? Aliás, a resolução não é para garantir cotas, mas para garantir representatividade, inclusive, futuramente, perante os Tribunais Superiores.

Mas preciso confessar publicamente que estava incrédula que tal resolução fosse, de plano, implementada em nosso Estado.

É certo que toda mudança pode gerar, a princípio, receios. Mas, vivendo

Acesso ao Sumário

em um tempo de transformações, nós nos tornamos agentes dessa transformação e não podemos temer mudanças.

Continua atual e viva a lição trazida por Luiz Vaz de Camões: "Mudam-se os tempos, mudam-se as vontades. Muda-se o ser, muda-se a confiança, todo mundo é composto de mudança, tomando sempre novas qualidades".

E, o nosso Tribunal – o maior do mundo em número de processos – ao implementar os termos da Resolução, retornou ao seu papel de protagonista de mudanças que impactam de forma positiva a sociedade, sempre buscando a equidade e a justiça, deixando de ser apenas um mero espectador, iniciando uma trajetória que se expandiu para todo o País, com concursos em andamento em vários Estados, e coroado com a promoção da segunda Desembargadora em nosso Tribunal, mostrando aos jurisdicionados que, independentemente da forma de promoção, todos os Magistrados e Magistradas deste Tribunal possuem o seu próprio mérito e devem ser por isso elogiados e agraciados.

E, dessa forma, não tenho palavras para expressar o meu agradecimento ao nosso Presidente – Desembargador Fernando Antonio Torres Garcia – por sua coragem, por sua firmeza ao ser o portador dessa mudança, com abnegação e generosidade, sempre preocupado com o próximo, afirmando que este é um Tribunal feito por pessoas e para pessoas.

Agradeço também aos demais integrantes do Conselho Superior da Magistratura, (Desembargadores Artur Cesar Beretta da Silveira, Francisco Eduardo Loureiro, José Carlos Gonçalves Xavier de Aquino, Heraldo de Oliveira Silva, Ricardo Cintra Torres de Carvalho e Adalberto José Queiroz Telles de Camargo Aranha Filho) por acompanharem o Presidente nesse caminhar, agradecendo também os integrantes do Órgão Especial.

De forma muito especial, minha eterna gratidão a todas as mulheres, principalmente as que abriram o caminho que nos trouxe até aqui, e, especialmente, às Juízas, Juízes, Desembargadores e Desembargadoras que me cercaram de carinho e apoio nessa trajetória. Quero agradecer especialmente as amigas, e sim chamo de amigas na correta exatidão de seu termo, as colegas Fatima Ruppert (minha comadre e em constante companhia), Luciana Caprioli, Maria Cecilia Schiseri, Flávia Miranda, Renata Couto, Maria Sílvia, Cintia, Hertha Helena, Maria Fernanda, Mônica Carvalho, Suzana, Adriana, Alice, Ana Lúcia, Ana Carolina, Andrea, Andreza, Beatriz, Elizabeth, Carolina Mascarenhas, Cecília Fonseca, Cláudia Carneiro, Maria Conceição, Daniela IDA, Elaine, Erika, Fernanda Teixeira, Heliana Hess, Léa, Márcia Rezende, Simone, Tatiana, Tatiane, Thatyana Antonelli, Vanessa, Virginia e todas as demais que aqui comigo permaneceram. A união, nesse momento, não se quebrará jamais, bem como agradecer aos Doutores Saul Tourinho Leal, Melina Girardi Fachin, Fabiana Cristina Severi e Estefania Maria de Queiroz Barbosa, pela firmeza das palavras.

Agradeço aos integrantes da equipe do meu Gabinete (Ana Rute, Adriana,

Acesso ao Sumário

Fernando, Maria Fernanda, Mariana, Maria Lúcia e Rosana), alguns que me acompanham há quase 20 anos. Contar com vocês durante a jornada fez toda a diferença. Obrigada por toda a dedicação e apoio ao cumprimento de todas as metas (CNJ, Tribunal de Justiça e metas da Maria de Fátima).

Aos integrantes da 9ª Câmara Criminal que me acolheram durante os últimos cinco anos e mostraram quão importante é o colegiado, a pluralidade de ideias e o respeito ao entendimento de cada um.

E aos integrantes da 23ª Câmara de Direito Privado que me receberam de braços abertos, com muito carinho, prometo continuar servindo e cumprindo os anseios de todos, desejando ao colega Eurípedes Faim um feliz começo nesse novo colegiado.

Quero prestar uma singela homenagem aos colegas que já partiram, mas que deixaram em mim lembranças que vão perdurar: desembargadores Donaldo Armelin e Celso Luiz Limongi e aos colegas José Henrique Fortes Muniz, João Omar Marçura, Paulo Jorge Scartezzini, Benedito Roberto Garcia Pozzer e Luiz Roberto Simões Dias.

Aos meus familiares que, a partir da década de 1950, cruzaram o oceano na busca de seus sonhos em meio à incerteza do novo, meus sinceros agradecimentos.

Poucos sabem, mas em um dos dias do exame psicotécnico, sofri um acidente de carro e fui socorrida por meu primo, o qual considerava meu irmão mais novo, "Beto", ele prometeu que me deixaria no local do exame antes das portas se fecharem e, durante o trajeto, tentava me acalmar. E ele conseguiu. Quis Deus que ele partisse no mesmo dia e mês daquele que foi para mim toda a inspiração – meu pai – não tendo ainda condições de externar toda a saudade que sinto sem que lágrimas caiam.

Rendo minhas homenagens à minha mãe, a qual, impossibilitada de ingressar em uma universidade, resolveu, aos 19 anos, deixar seu País na companhia de uma das irmãs, chegando ao Brasil na semana de 31 de março de 1964. Luz da minha existência, me alfabetizou aos três anos, inserindo-me no mundo dos livros, mas sempre lembrando da diferença entre sonhos e objetivos, entre o imaginário e o real, e, principalmente, me lembrando de nunca deixar que alguém ou algo me impedisse de lutar, mesmo que a batalha estivesse, a princípio, perdida.

Por fim, as minhas amadas filhas, Ana Beatriz e Mariana, esperando sempre um futuro mais justo e equânime, não só a elas, mas também a todos, pedindo perdão pelas ausências em razão do trabalho, tendo elas, inclusive, vivenciado por várias vezes a rotina do fórum, diante da impossibilidade de deixá-las com alguém. Obrigada pela paciência e compreensão.

Estou muito honrada e feliz por esse momento, por essa posse. Ela representa uma vitória da Justiça, da paridade, uma vitória do Judiciário e deste

Acesso ao Sumário

Tribunal.

E que o Deus que cada um acredita nos ilumine, nos guarde e nos guie. Obrigada a todos e a todas.

EURÍPEDES GOMES FAIM FILHO (Desembargador)

Discurso proferido por ocasião da sua Posse Solene e da Desembargadora Maria de Fátima dos Santos Gomes (Cerimônia realizada em 03.05.2024).

Excelentíssimo Senhor Desembargador Presidente desta Egrégia Corte, Desembargador Fernando Antonio Torres Garcia, na pessoa de quem eu saúdo todas as autoridades presentes nesta solenidade.

Minhas Senhoras e meus Senhores.

Quando eu entrei para a Magistratura, aos 25 anos de idade, achei que havia algum engano, pois eu me considerava muito despreparado.

Naquela época, as provas tinham números e os nomes ficavam em papeletas separadas.

Eu imaginei que tivesse tido um vento forte e misturado as papeletas e as provas e eles me aprovaram por engano.

Mas, com o tempo, percebi que me aprovaram pelo meu potencial e não pelo que eu era, pois eu tinha e tenho muito que aprender.

Durante o transcurso da vida, fui brindado por alguns milagres, os quais, brevemente, relatarei aos Senhores.

Primeiro eu sou um menino idoso que nasceu em Guaíra (São Paulo) e andava lá de chinelo na minha bicicletinha e agora sou o primeiro guairense a chegar ao cargo de Desembargador, muito me honrando a comitiva da minha cidade aqui presente que saúdo em nome do Prefeito Antônio Manoel da Silva Junior.

Em Guaíra aprendi meus primeiros passos, tanto físicos quanto intelectuais, e muito devo à minha cidade natal, tanto que minha mãe faleceu em São José dos Campos, mas eu a levei para ser enterrada em Guaíra, junto com meus avós e, recentemente, com minha tia, que foi uma mãe para mim na minha infância.

Certa vez teve um desfile da escola em Guaíra e eu fui escolhido para representar o Juiz da cidade, como que numa premonição do que estava por vir ou então porque eu já tinha cara de bravo.

Cresci, me formei, comecei o Mestrado na USP, comecei a dar aulas na UNESP de Franca, isso nos meus 23, 24 anos de idade.

Eu morava em São Paulo e viajava com um amigo professor que ficava

Acesso ao Sumário

comigo nos mesmos dias em Franca. Ele era professor de Direito Agrário e não tinha outro assunto. Eu, para não melindrar o amigo, escutava e perguntava, sem ter real interesse na matéria.

Nesse meio tempo passei no concurso para a Procuradoria do Estado e fiz o concurso para ingresso na Magistratura.

Na primeira prova da Magistratura eu fiquei tão nervoso que tive um ataque de urticária e taquicardia. Era constante, embora os médicos dissessem que estava tudo certo com meu coração corinthiano.

No dia da prova oral, o examinador de Direito Civil era o Desembargador Alves Braga, por quem nutro profunda admiração e todos temos saudades. Ocorre que Sua Excelência começou a fazer perguntas de Direito Agrário que eu não estudara porque não estava no edital.

Imagina se eu dissesse: Excelência, isso não está no edital. Ele me responderia: então se aparecer um processo sobre Direito Agrário o senhor vai devolver dizendo que não estava no edital? Ele acrescentaria, eu estou satisfeito. E eu estaria reprovado.

Mas eu soube responder, e soube porque Deus me fez ter dois anos de curso intensivo de Direito Agrário com aquele meu amigo nas viagens para Franca. A prova inteira de Civil foi sobre Direito Agrário. E, por um milagre, eu tive condições de responder às perguntas.

Deixei então a UNESP e a Procuradoria para ganhar menos como Magistrado, mas nunca me arrependi. A carreira teve alegrias, dificuldades e tristezas, como é normal.

Mas aí outro milagre aconteceu. Eu fui para Ibirá passar o Natal e nem me preocupei com as publicações do Diário Oficial. Mas lá estava o Desembargador Durval Augusto Rezende Filho e ele me disse que estava tendo uma mega promoção para entrância final, que agora seria no Interior também: o famoso tsunami, quando houve uma promoção em massa.

Eu ia passar o Ano Novo em Cuiabá. Fui para lá, peguei um avião e voltei a São Vicente. Coloquei os processos em ordem e me inscrevi para a promoção. Ganhei e instalei a Vara da Fazenda Pública de São Vicente. Se não fossem esses dois fatos eu não estaria aqui hoje, além de muitos outros obviamente, mas esses se destacam.

Tive ainda o prazer de instalar a Vara da Fazenda Pública de Jacareí e, com muito temor reverencial, me inscrevi para ser Substituto no Tribunal, pinguim para os íntimos.

Então aconteceu algo também inesperado. Pedi para falar com o Desembargador Ricardo Mair Anafe, então Presidente da Seção de Direito Público, para pedir para ficar nessa Sessão, pois toda a minha formação como Magistrado e Acadêmico eu fiz em direção da Área Pública, tanto como Professor quanto quando fiz o Mestrado e Doutorado.

Acesso ao Sumário

Além da excelente recepção, o que foi inesperado foi a pergunta do Desembargador Ricardo Anafe: o que você gosta? Isso nunca me aconteceu. Sempre fiz o que precisava, sem questionar se eu estava gostando ou não. Na Magistratura o sistema é espartano: comemos o caroço da azeitona quando tem.

Eu lhe disse que gostava de execução fiscal e tributário, tem doido para tudo. Aí ele me colocou na 15ª Câmara de Direito Público, onde desfrutei, com maravilhosos colegas, por quase dez anos, de profundo aprendizado e amizade; colegas a quem saúdo na pessoa do Desembargador Silva Russo, que era Presidente da Câmara quando eu entrei.

Demorei para me promover para Desembargador, não apenas por causa da chamada PEC da Bengala, mas também por medo de não conseguir um lugar tão bom como a 15ª Câmara de Direito Público. Afinal, até aqui foram 35 anos de carreira.

Mas uma hora tem que ir e, quando me inscrevi, a Desembargadora Ligia Cristina de Araújo Bisogni me convidou para a 23ª Câmara de Direito Privado, onde estou desfrutando da mesma camaradagem e bom ambiente, com colegas maravilhosos que têm paciência com minha falta de experiência na área. Na pessoa da Desembargadora Ligia saúdo os colegas da 23ª Câmara de Direito Privado.

Tantas são as bençãos que a vida inteira não é suficiente para agradecer, mas, mesmo assim, agradeço a Deus por essa jornada e por tudo, às incontáveis pessoas que me ajudaram, em especial ao pessoal do meu Gabinete, que são minhas pernas e meus braços, à minha dedicada mãe, bem como à minha esposa Aline que me ampara nos momentos difíceis.

Sinto-me honrado em pertencer ao maior e melhor Tribunal deste País e ter pares tão dignos e nobres.

Agradeço, por fim, a presença de todos, rogando a Deus que nos abençoe para continuarmos nossa busca do bem comum. Muito obrigado.

Acesso ao Sumário

FERNANDO ANTONIO TORRES GARCIA (Presidente do Tribunal de Justiça)

Discurso proferido de encerramento, por ocasião da Posse Solene dos Desembargadores Eurípedes Gomes Faim Filho e Maria de Fátima dos Santos Gomes (Cerimônia realizada em 03.05.2024).

Muito boa noite a todas e a todos.

Saúdo, especialmente, o Desembargador Artur Cesar Beretta da Silveira, Eminente Vice-Presidente deste Tribunal de Justiça de São Paulo;

Desembargador Francisco Eduardo Loureiro, Corregedor-Geral da Justiça do Estado de São Paulo;

Brinco sempre, o Desembargador de São Paulo, Ministro Paulo Dias de Moura Ribeiro, do Superior Tribunal de Justiça; Desembargador José Orestes de Souza Nery, Orador em nome do Tribunal de Justiça;

Desembargador Heraldo de Oliveira Silva, Presidente da Seção de Direito Privado desta Corte;

Desembargador Adalberto José Queiroz Telles de Camargo Aranha Filho, Presidente da Seção de Direito Criminal desse Tribunal;

Embaixadora Irene Vida Gala, do Ministério das Relações Exteriores;

Desembargador Silmar Fernandes, Presidente do nosso querido Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo; Desembargador Militar Enio Luiz Rossetto, Presidente do Tribunal de Justiça Militar de São Paulo;

General de Brigada Eduardo Rodrigues Schneider, Assessor de Relações Institucionais do Comando Militar do Sudeste, representando o seu Comandante, General Amin;

Doutora Cláudia Maria Beré, Procuradora de Justiça e Vice-Presidente do Conselho do Ministério Público, representando essa nossa Instituição;

Doutor Bruno Lopes, Subprocurador-Geral do Estado, representando a Excelentíssima Procuradora-Geral do Estado de São Paulo;

Doutor Ricardo Lobo da Luz, Defensor público, representando a Defensoria Pública do Estado de São Paulo; Desembargador Afonso de Barros Faro Júnior, Eminente Ouvidor do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo; Desembargador José Antonio Encinas Manfré, Vice-Presidente do Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo e Corregedor Regional Eleitoral;

Meritíssima Juíza de Direito Laura de Mattos Almeida, 2ª Vice-Presidente da Associação Paulista de Magistrados, representando o Presidente Thiago Massad;

Excelentíssima Juíza de Direito Vanessa Ribeiro Mateus, Coordenadora da Justiça Estadual da Associação dos Magistrados Brasileiros, representando o seu Presidente;

Excelentíssima Desembargadora Federal Therezinha Cazerta, representando a Associação dos Juízes Federais de São Paulo e Mato Grosso do Sul;

Excelentíssimo Doutor Fernando Pereira da Silva, 1º Secretário da Associação Paulista do Ministério Público, representando o seu Presidente;

Excelentíssimo Doutor André Almeida Garcia, Presidente da Associação dos Advogados de São Paulo;

Excelentíssima Senhora Juíza de Direito Ellen Xandu, representando o Movimento Nacional pela Paridade no Judiciário; Excelentíssima Doutora Mônica de Melo, Defensora Pública e Vice-Presidente da Associação Brasileira de Mulheres de Carreira Jurídica de São Paulo, representando a Associação;

Excelentíssimo Senhor Coronel PM Miguel Elias Daffara, Chefe da Assessoria Policial Militar do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo;

Excelentíssimo Doutor Tiago Antonio Salvador, Delegado de Polícia, Chefe da Assessoria Policial Civil deste Tribunal de Justiça;

Excelentíssimo Senhor Antonio Manoel da Silva Junior, Prefeito do Município de Guaíra; Excelentíssimo Senhor Kayo Amado, Prefeito do município de São Vicente; Excelentíssimo Vereador Renan Lelis Lopes, Presidente da Câmara Municipal de Guaíra;

Demais Autoridades presentes, seus representantes, Magistrados, Membros do Ministério Público, Defensores Públicos, Advogados, Autoridades Civis e Militares, nossos queridos Servidores da Justiça, Amigos, Familiares, Senhoras e Senhores.

Nada precisaria ser dito depois da belíssima oração proferida pelo Desembargador Souza Nery em nome desta centenária Corte de Justiça.

No entanto, hoje nós recebemos, com muita honra e muito júbilo, dois novos Desembargadores que têm uma carreira sólida na Magistratura Bandeirante. O Doutor Euripedes Gomes Faim Filho, natural de Guaíra, Bacharel em Direito pela Unaerp, turma de 1984, ingressou na Magistratura em 1989. Falamos de um Magistrado com quase 35 anos de carreira.

E a Doutora Maria de Fátima dos Santos Gomes, natural de São Paulo, é Bacharel pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, a Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, turma de 1988. Ingressou na Magistratura em janeiro de 91. Magistrada com 33 anos de carreira.

Eu, às vezes, ouso divergir do Escritor e Poeta Pedro Nava, que nos deixou a frase de que "a experiência é um farol voltado para trás". Eu não concordo com essa frase. A experiência, acima de tudo, tem que ser valorizada. É com base nessa experiência que esses dois Magistrados, de 33 e 35 anos de carreira, hoje chegam ao mais alto degrau da Magistratura. Essa carreira profícua, essa carreira valorizada, essa carreira belíssima que fizeram tem que ser valorizada a cada momento.

Acesso ao Sumário

A valorização do tempo de Magistratura é fundamental e eu tenho me manifestado. Nós temos que apoiar a PEC nº 10/23, que está no Senado Federal, para que o Juiz seja valorado, para que a carreira seja valorizada, que esse tempo de experiência seja levado em consideração. Uma das maneiras de se valorizar qualquer profissão, não só a Magistratura, a Advocacia, o Marceneiro, como foi meu avô, é reconhecendo esse tempo de dedicação exclusiva.

Nós, Magistrados, não podemos fazer mais nada. Podemos ser Juízes e, quando muito, Professor Universitário. Então é mister, é imprescindível, que esse tempo de Magistratura venha a ser reconhecido pelo nosso jurisdicionado. Em favor do nosso jurisdicionado, essa PEC tem que ser aprovada.

Eu peço a Deus que os caminhos de Vossas Excelências, Desembargador

Euripedes Gomes Faim Filho e Desembargadora Maria de Fátima dos Santos Gomes, continuem sendo abençoados como foram até hoje. E faço uma menção especial parabenizando a Senhora Aline Gabriela Souza Alencar Faim e também a Dona Maria Adélia Esteves Santos Gomes Dias, Mãe da nossa empossada, e Dona Aline, esposa do nosso empossado, sem deixar de esquecer da Ana Beatriz e da Mariana. Toda a carreira, tenham certeza, foi dedicada a vocês.

Desejando, uma vez, mais felicidades a todos e agradecendo a presença de cada um que veio prestigiar esse momento solene na vida desses nossos dois queridos Magistrados, declaro encerrada a sessão.

Muito obrigado.

SÉRGIO ELORZA BARBOSA DE MORAES (Juiz Titular da 6ª Vara Cível de Presidente Prudente)

Discurso proferido por ocasião da instalação da 6ª Vara Cível de Presidente Prudente (Cerimônia realizada em 17.05.2024).

Estimadas autoridades presentes.

Mais uma vez o Egrégio Tribunal de Justiça, presidido por Vossa Excelência sempre cumprindo a missão constitucional que lhe é assegurada e atribuída, nesta solenidade dinamiza a Justiça Paulista, revigora seu campo de atuação, com a instalação de nova unidade judiciária, nesta comarca. A 6ª Vara Cível, a que tenho imensa honra de ser titular e responder por seu desenvolvimento.

Agradeço a Deus e sinto-me pessoalmente orgulhoso em poder participar deste importante passo nesta nossa caminhada em busca da modernização do Judiciário e de uma melhor distribuição de Justiça.

Esta Justiça que deve estar presente sempre, em todos os momentos, ao alcance de todos os segmentos da sociedade.

Nosso país passa por mais uma crise institucional. A luz de uma pretensa modernidade, com desculpas para se ingressar num mundo globalizado, tudo se faz a base de pressão, de cima para baixo, sem critérios, lei confusas e incompletas, culmina em criar um grave clima de insegurança social, política e econômica.

E tudo caminha para o Judiciário. Basta ver as estatísticas, para se constatar que nos últimos anos o número de processos cresceu e muito. Aqui em Presidente Prudente mais de duzentos mil na comarca; na área cível temos 43.000 processos cíveis tramitando peias varas cíveis e juizado especial, o que exige de seus membros trabalho hercúleo para se manter um nível de normalidade e eficiência.

Acesso ao Sumário

Assim, afigura-se imperiosa a necessidade do Judiciário de se equipar a altura do que lhe é exigido, devendo criar, atualizar e aperfeiçoar os meios e instrumentos disponíveis, visando a segurança e a celeridade na solução dos múltiplos conflitos de interesses que lhe são submetidos.

Desta forma Senhor Presidente, Vossa Excelência, na condução da Justiça Paulista vem demonstrando preocupação com a situação existente, criando os meios possíveis para uma melhor distribuição de Justiça.

Por obra de Vossa Excelência, é o Judiciário Paulista que se atualiza, atendendo aos reclamos de uma sociedade em transformação, sempre na busca da integral e efetiva aplicação do Direito.

Com a instalação da 6ª Vara Cível, mais uma unidade de serviços passa atuar em Presidente Prudente na complexa missão de dizer o direito e fazer a justiça e principalmente com o fim de contribuir no sentido de fazer com que nossa sociedade progrida em todos os sentidos cada vez mais.

Agradeço a todos que contribuíram para a criação e instalação da sexta vara cível.

Em especial o Dr. Fernando que ao tempo do nosso pedido era Corregedor da Justiça e deu o parecer favorável, com base em critérios objetivos. Aos doutores desembargadores Spencer e Paulo pela ajuda na tramitação do pedido. Em especial ao Dr. Sillas que atuou na linha de frente junto aos assessores da corregedoria. Ao Dr. Sylla – RAJ e Dr. José Wagner – diretoria fórum que sempre prestativos colaboram para o sucesso do pedido.

PP vive bons tempos.

Nossa comarca vive uma situação extraordinária. Nos últimos meses dois Ju1zes locais foram promovidos ao cargo de desembargador. Temos hoje três desembargadores de PP. Creio que uma situação nunca vivenciada. Essas mudanças trouxeram a comarca novos rumos e novos tempos. Por obra e conta de Vossa Excelência foi criada a sexta vara. A terceira vara ficou vaga com a promoção do colega Paulo. Foi preenchida pelo colega Fabio, que ficou como auxiliar por mais quinze anos. Agora com a promoção do colega Eduardo Gesse, novas mudanças. O colega Sillas será o novo Juiz da 2ª Vara da Família. O colega Francisco assume a quinta vara cível. Em breve a segunda vara cível será ocupada por novo colega. Mais uma auxiliar está chegando Dra. Larissa. Foram várias mudanças. São novos desafios. E mudar é sempre bom, principalmente quando ela é positiva, com ganho coletivo e proporciona aos novos colegas assumirem uma vaga em entrância final e os daqui no tribunal.

Agradeço aos Senhores funcionários da UPJ, do Gabinete, os Senhores Advogados, Defensoria Pública e Promotores que com quem dividimos os trabalhos cotidiano. Somos todos oriundos dos mesmos bancos escolares, frequentamos as mesmas universidades e aprendemos as mesmas lições, e todos temos a mesma vocação, ou seja, trabalhar para o semelhante em favor da solução dos

Acesso ao Sumário

mais diversificados problemas. Tudo em prol da paz social que todo homem de bem sonha. Não pode haver diferenças entre nós. Nada pode sobrepor-se ao interesse maior da Pátria que é a Justiça para seus concidadãos.

Finalizo com efusivos cumprimentos a Vossa Excelência pela monumental disposição a que se prestou na Administração do Judiciário Paulista, de maneira nunca antes vista, modificando e melhorando meios e recursos para a magistratura e a nossa estrutura judiciária em perfeita sintonia com os anseios da classe e da sociedade.

Parabéns! Muito obrigado!

SPENCER ALMEIDA FERREIRA (Desembargador)

Discurso proferido por ocasião da instalação da 6ª Vara Cível da Comarca de Presidente Prudente (Cerimônia realizada em 03.05.2024).

Excelentíssimo Senhor Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo,

Desembargador Fernando Antonio Torres Garcia,

Excelentíssimo Senhor Juiz Diretor da 5ª Região Administrativa Judiciária,

Dr. Antonio Roberto Sylla,

Excelentíssimo Senhor Juiz Diretor do Fórum da Comarca de Presidente Prudente,

Dr. José Wagner Parrao Molina,

Excelentíssimo Senhor Juiz da 6ª Vara Cível desta Comarca, que ora se instala, Dr. Sérgio Elorza Barbosa de Moraes.

Peço licença para nos cumprimentos destacar também as presenças nesta solenidade dos Excelentíssimos Drs. Paulo Gimenes Alouso e o recém-empossado Eduardo Gesse, hoje Desembargadores, que como Juízes trabalharam muito tempo nesta comarca de Pres. Prudente, nas pessoas de quem saúdo todos os Magistrados aqui presentes

Demais Autoridades, membros do Ministério Público, Advogados, Servidores e todas as demais pessoas que prestigiam esta solenidade.

Meus Senhores e minhas Senhoras,

Sinto que não poderia deixar de me manifestar nesta solenidade de instalação da 6ª Vara Cível da Comarca o Presidente para, em meu nome e dos demais Magistrados que integram a 5ª Região Administrativa Judiciária, agradecer o Des. Fernando Antonio Torres Garcia, Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo, que desde sua gestão na Corregedoria Geral da Justiça, por 2 anos

Acesso ao Sumário

- 2022 e 2023 - nos apoiou e não mediu esforços em nos auxiliar para aprovar junto ao Conselho Superior da Magistratura a criação e a instalação da 6ª Vara Cível, aqui em Presidente Prudente. Sem dúvida, uma realização importante na melhoria da estrutura organizacional da comarca.

O Presidente, Des. Fernando Antonio Torres Garcia, meus Senhores e minhas Senhoras, é conhecido e admirado não só pela sua cultura jurídica e vasta experiencia na magistratura, mas, também, pela sua habilidade em saber conversar com todos, pela sua paciência em ouvir e no ano passado, pelo talento que demonstrou em circular pelos diferentes espectros políticos do Tribunal durante a dura campanha que enfrentou e venceu.

De fato, ele fez por merecer. O momento exigia alguém com o seu perfil para o cargo de Presidente do Tribunal. Com uma carreira impecável, ascendeu a todos os postos de relevância dentro da Magistratura Paulista e hoje, a par de ser Presidente, honra o Tribunal e é um líder inconteste da classe dos magistrados.

Agradeço, portanto, Sr. Presidente, seu empenho, sua lhaneza e a deferência com que sempre fui distinguido todas as vezes em que, na qualidade de Coordenador da 27ª Circunscrição Judiciária, lhe procurei para tratar da criação e instalação da 6ª Vara Cível aqui em Prudente.

Durante esses anos de convivência sinto que fomos construindo uma relação de respeito, baseada na cordialidade, na confiança e no profissionalismo. Hoje, temos uma amizade fraterna, que muito me honra e me alegra.

Mais não preciso dizer, pois saiba, Senhor Presidente, que somos reféns da gratidão a Vossa Excelência.

Até a publicação da Resolução 908/2023, no DJE de 23 de novembro de 2023, pelo Colendo Órgão Especial do Tribunal de Justiça, que autorizou a criação da 6ª vara Cível, transcorreram-se mais de dois longos anos: reconhece-se, foram muitas as dificuldades que tiveram de ser superadas para se viabilizar o ato solene que hoje realizamos.

Desnecessário seria destacar a importância de mais uma Vara Cível em Presidente Prudente, mas não se pode deixar de registrar que a decisão de sua instalação representa o reconhecimento da atual administração de sua necessidade. Evidencia a sensibilidade do Tribunal de Justiça de São Paulo aos reclamos da sociedade prudentina. É o atendimento às carências locais e específicas, considerando o seu desenvolvimento social econômico, que justificam uma resposta favorável da Justiça.

Na verdade, espera-se agilidade e eficiência. É mais uma ferramenta para otimizar o trabalho desempenhado pelos magistrados da Comarca. Tomara que seja mais um facilitador para a solução, tão rápida quanto possível, dos vários e muitos dos problemas judiciais dos munícipes que necessitam do pronunciamento da Justiça.

Acesso ao Sumário

A pujança da economia Prudentina e o dinamismo social da região da 27ª Circunscrição Judiciária do Estado de São Paulo refletem, no âmbito jurisdicional, um aumento significativo do volume dos serviços forenses, aos quais o Poder Judiciário não podia mesmo ficar alheio, Graças ao seu apoio e prestígio, Sr. Presidente-Des. Fernando, poderemos ter uma prestação jurisdicional mais célere e eficiente.

Não se olvide que a especialização dos julgamentos, por matéria, vem se firmando como uma boa opção de resposta do Poder Judiciário ao número crescente de demandas. Esta é a tendência no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que já conta, hoje, em segundo grau de jurisdição, com Câmaras reservadas à falência e recuperação, ao meio ambiente e ao direito empresarial. E, agora, está prestes colocar em prática o projeto de "Justiça 4.0", aprovado ontem (15/05/24), pelo Colendo Órgão Especial. Uma Instituição moderna, que se atualiza e prepara para o futuro, nestes seus 150 anos de existência, atenta não só a evolução do mundo tecnológico, mas que se preocupa sobremaneira com as pessoas que nela trabalham, reconhecendo serem elas as responsáveis pela construção de sua história.

A instalação desta 6ª Vara Cível também tem sua importância enriquecida pela nomeação do seu juiz titular, Dr. Sérgio Elorza Barbosa de Moraes. Magistrado experiente, competente e preparado. Sem contar que já tem raízes fincadas em Presidente Prudente, desde 2007. Aqui tem sua família e vive em harmonia com a comunidade. Sua atuação, por certo, confirmará a sua sólida formação jurídica, revelará sua cultura e os estudos que realiza para fundamentar e justificar suas razões de decidir. Tenho certeza de que, mesmo com a distribuição cada vez maior de processos, o volume não assustará esse magistrado, que conheço pessoalmente, e bem sei de sua capacidade de trabalho, que com afinco e dedicação não descurará da qualidade, não esquecerá olhar o lado humano dos envolvidos e demonstrará, também, ao julgar, estar preocupado em bem servir à coletividade, com efetividade. A respeitabilidade pessoal e profissional que o Dr. Sérgio Elorza vem conquistando de todos com quem convive no dia a dia forense, ao longo dos seus quase 40 anos de magistratura - se não me engano, 39 anos e 1 mês -, sem dúvida, o credencia para a tarefa que lhe está sendo confiada. Parabéns, Dr. Sérgio Elorza! E... Bom Trabalho!

Enfim, com alegria e júbilo podemos afirmar que a data de hoje representa um marco na história da Comarca de Presidente Prudente e do Tribunal de Justiça, em especial na gestão de Vossa Excelência, Presidente Fernando Antonio Torres Garcia, onde o cuidado com as pessoas e com a otimização da prestação jurisdicional se revelam prioridades e demonstram uma grande sensibilidade humana e uma preocupação constante no cumprimento da difícil, mas prazerosa, missão de distribuir Justiça.

Muito obrigado!

Acesso ao Sumário

MAURO CONTI MACHADO (Desembargador)

Discurso de agradecimento por ocasião da última sessão de julgamento, antes de sua aposentadoria (Cerimônia realizada em 11.06.2024).

Eminente Presidente, preclaros Desembargadores e Desembargadoras que integram este Egrégio Tribunal, Doutor Procurador de Justiça – através do qual cumprimento todos os integrantes do Ministério Público Estadual – Advogados e Advogadas, Defensores Públicos, servidores e servidoras, Acadêmicos, familiares e amigos hoje presentes nesta sala para a cerimônia da minha despedida da magistratura.

Recordo-me com muito carinho do longínquo ano de 1986, quando ainda jovem, sonhava em ingressar na carreira da magistratura deste ilustre Tribunal de Justiça.

Após o transcurso de longo e intenso concurso para o ingresso na magistratura, fui aprovado e enfim, tomei posse no dia 24 de abril de 1978, sexta-feira.

Hoje, 11 de junho de 2024 retorno ao mesmo Tribunal, para a minha última sessão perante a 16 Câmara Direito Privado com os meus cultos colegas e amigos, Des. José Roberto Coutinho de Arruda, Des. José Maria Simões de Vergueiro e Des. Miguel Petroni Neto.

Nobres colegas, senhoras e senhores, conservo desta Casa as lembranças mais queridas e afáveis.

Aqui fui juiz substituto, nomeado para a agradável e na época não tão grande, comarca de Santo André, sendo posteriormente promovido para o cargo de juiz de direito de entrância inicial da encantadora Guariba.

Posteriormente, fui promovido para a harmoniosa comarca de Taquaritinga quando, então, em 1990 fui promovido para entrância final da comarca de São Paulo.

Retornei para a Capital sendo designado para a 2ª Vara Cível do Foro Regional de Santo Amaro, posteriormente, removido para a 7ª Vara Cível do Fórum João Mendes Júnior, onde permaneci por cinco anos sendo então nomeado como Desembargador deste Egrégio Tribunal em 13.03.2013.

Ao longo dessas décadas – e isso recordo com muito caminho e posso, com alegria e sinceridade, afirmar o meu testemunho sobre tudo que conheci deste Egrégio Tribunal nos anos de convívio e trabalho, de preocupação e respeito irrestrito com os juízes e juízas.

Quero dizer também, que o maior patrimônio que eu angariei neste Egrégio Tribunal foi a convivência com todos os colegas e servidores.

Hoje, depois de intensos 37 anos de magistratura, **aposento-me**.

Ao fazê-lo, destaco, em primeiro lugar, o meu agradecimento a Deus pela honra que me fora concedida para o exercício da Magistratura.

O julgamento do próximo é talvez uma das funções mais nobres que pode o homem concretizar, e carrega o paradoxo de ser ao mesmo tempo uma das atividades mais árduas para todos aqueles que tem a mente direcionada para os caminhos que nunca se desviam daquilo que é bom, para que nunca se perca o que é correto e para que ajustiça,

Acesso ao Sumário

tomada como norte de sua vida, nunca deixe de se concretizar.

Com efeito, lidamos diariamente com o destino de inúmeras pessoas, e é com muita alegria que chegamos a este momento de término do meu ciclo de permanência neste Tribunal, é que tenho o privilégio de afirmar que trago em meu coração e em meu espírito a consciência livre de que guardei, a cada dia do exercício da judicatura, a honestidade, a imparcialidade, a retidão, a dignidade e a coragem para evitar a minha missão.

Muito de mim devo ao meu amado e querido pai, Joaquim, e minha amada e nunca esquecida, Antonieta, ou Vovó Toneta, como era chamada pelos meus filhos tinham dificuldade de pronunciar corretamente o seu nome.

Recebi dos meus pais os valores que permearam não só a minha formação pessoal, mas também todo o meu trabalho na vida pública.

Não poderia deixar de agradecer de forma especial à minha amada esposa Lucila, minha companheira desde os tempos acadêmicos, que, com força, perseverança, paciência, trabalho e muito amor, permitiu-me exercer praticamente em tempo integral às funções de magistrado.

Registro também, o meu irrestrito carinho fraterno aos meus queridos filhos, José Mauro, Fábio Luís e Luís Fernando, as minhas queridas noras, Juliana Amaral, Tânia e Juliana Guelfi, os meus queridos e amados netos, Pedro, Antônio, Felipe, Joaquim, Otávio e a pequena Marina.

Também não poderia deixar de registrar o meu carinho e admiração pelos meus queridos cunhados, Cacilda e Manuel Alceu Affonso Ferreira, e também ao cunhado, Maurício Decoussau, bem como aos meus amigos, sem nunca esquecer de valiosíssima contribuição que recebi de Vossas Excelências, meus ilustres e queridos colegas desta Corte, assim como de juízes atuantes nesta Casa.

Com essas palavras, é chegada a hora de terminar.

A gratidão é um sentimento nos faz reconhecer que o outro participou da nossa evolução, do nosso aprimoramento, seja intelectual ou espiritual, da sabedoria que acumulamos na grande jornada da vida. E em se tratando de gratidão, não devemos nos distrair, tampouco deixar de demonstrá-la, pois trata-se de sentimento que tende a envelhecer facilmente e se esvair com o tempo. Portanto, a vocês, estimados colegas, o meu muito obrigado.

Foi muito prazeroso lidar com tantos juristas de estilos tão diferenciados, de inegável saber e de personalidades tão diversificadas, e digo que busquei e consegui enxergar na peculiaridade de cada um, a beleza, o encanto de pessoas que me completavam a todo momento em meu trabalho. Foi reconfortante saber que sempre, mesmo quando divergíamos, procurávamos solucionar os conflitos com absoluta justiça.

Aos meus colegas Magistrados atuantes no 1º grau de jurisdição, por mim sempre lembrados e respeitados, eu jamais poderia deixar de encaminhar uma mensagem fraternal.

Temos que reconhecer: nós passamos por momentos difíceis. Diariamente nos deparamos com notícias invariáveis que reclamam a intervenção do juiz por atos de corrupção, de imoralidades, de perda de valores primordiais para se manter tudo aquilo que seja legal, que seja moral e probo.

Mas quando tudo parece caminhar para o pior – e eu vejo a vida como eu sou,

Acesso ao Sumário

com o essencial sentimento de otimismo –, é que alegria e a esperança invade o meu interior por saber que existem em nossa classe juízes corajosos, destemidos, profissionais dedicados e preparados para o enfrentamento das mais complexas e delicadas questões jurídicas que lhes são levadas a julgamento.

De fato, isto me enche de orgulho. É dizer, que continuem assim, para o engrandecimento do Poder Judiciário Paulista, e para que a sociedade confie mesmo em tudo aquilo que é justo. Foram de igual forma valiosas as amizades que fiz, durante todos esses intensos e calorosos 37 anos em que aqui estive, com advogados e advogadas, membros do "Parquet", a quem eu guardo o meu mais profundo respeito e admiração.

E aos que me eram distantes, pelo agitar dos afazeres, garanto, nosso convívio sempre fora marcado pelo respeito e pela cordialidade.

Com este pronunciamento que hoje faço, pela última vez nesse Tribunal, repito, depois de 37 anos de atividades, resume-se puramente para fins de agradecimentos, dirijo-me agora aos funcionários desta Corte, cumprimentando a todos indistintamente, secretários e demais serventuários de Câmaras; assessores de colegas desembargadores que sempre me trataram com enorme distinção; Oficiais de Justiça, serventes, estimados motoristas, sem esquecer de todos os demais, por onde estive com muita honra exercendo as funções do cargo de juiz, oportunidade em que fui igualmente tratado com imenso carinho e respeito. Direciono meus profundos agradecimentos à minha equipe de Gabinete, respectivamente Sílvio, Cidinha, Toda, Flávia, Gabriele e Bruno, que tanto me auxiliou durante os trabalhos do dia a dia, sempre corridos e exigentes, os meus cumprimentos e o meu muito obrigado.

Encerro finalmente, Eminente Presidente, como iniciei a minha jornada neste Tribunal, elevando meus pensamentos ao Criador para agradecer por tudo o que me foi dado e confiando, esperando que guarneça esta Corte com a sua proteção e dê sabedoria a todos os membros que aqui permanecem e os que virão.

Concluo, externando que carrego comigo o sentimento de que dignifiquei a minha toga, e desvesti-la não significa deixar de ser juiz, pois os atributos do Magistrado estão sempre no seu caminhar, nos seus olhos, nos seus atos, seja onde ele estiver.

O homem público nunca se despede sem deixar as suas marcas, e espero ter deixado boas marcas, marcas que sirvam de exemplo para os que aqui ficam e para todos que aqui se encontram presentes. Foi uma honra pra mim ser juiz deste Tribunal, do qual saio feliz e alegre à semelhança de quando entrei há trinta e sete anos atrás.

Muito obrigado.

Acesso ao Sumário

ALEXANDRE ALVES LAZZARINI (Desembargador)

Discurso em homenagem ao Desembargador Cesar Ciampolini Neto, por ocasião de sua aposentadoria (Cerimônia realizada em 12.06.2024).

Senhor Desembargador Fernando Antonio Torres Garcia, Presidente do Tribunal de Justiça

Senhor Desembargador Eduardo Azuma Nishi, Presidente do Grupo de Câmaras

Reservadas de Direito Empresarial

Senhor Desembargador Ricardo Negrão, Presidente da 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, na pessoa de quem cumprimentos todos os seus membros

Fui honrado pelos Senhores Desembargadores da 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial para fazer esta saudação ao Desembargador César Ciampolini, que nesta oportunidade é homenageado pela aposentadoria que se aproxima.

Não é a sua última sessão, pois talvez mais duas ocorrerão, mas já com a composição incompleta, em razão de afastamentos ocasionais de seus membros.

O Desembargador Ciampolini ingressou na magistratura pelo critério do Sº Constitucional, classe da advocacia, em 30 de janeiro de 2012, depois de 40 anos de advocacia, cumprindo, assim, a finalidade desse critério de ingresso, ou seja, trazer para os tribunais a experiência da advocacia militante.

E nesse aspecto, trouxe importante experiência do advogado e as compartilhou as experiências com todos nós, apontando particularidades de quem viveu, de fato e por longos anos, "do outro lado do balcão".

Conheci o Desembargador Ciampolini quando ele era advogado e eu juiz na primeira instância.

A sua nomeação como Desembargador foi elogiada por meu pai, Desembargador Alvaro Lazzarini, na época já aposentado, mas que o conhecia da vida forense e social.

As vidas se cruzam em um interesse comum: a ópera e um teatro, que é o Theatro São Pedro. Cada um ao seu tempo foi conselheiro no referido teatro, que teve participação, em especial, de minha mãe, Heidi.

Por conta da ópera confidenciou-me que organiza seus roteiros de viagens, procurando locais em que há teatros de ópera!

Voltando ao nosso Tribunal de Justiça.

Integramos o 5º Grupo de Câmaras de Direito Privado; ele na 10ª Câmara e eu na 9ª Câmara. Ou seja, na 1ª Subseção de Direito Privado, que, por suas Câmaras Ordinárias, tinha a maior parte da competência que hoje pertence as Câmaras Empresariais.

Em 2017 passamos a trabalhar juntos na 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, sendo eu desde então o seu 2º juiz.

Com isso, participamos, em 2ª Instância, de um dos projetos de maior sucesso do Tribunal de Justiça de São Paulo, que se iniciou em 2005 com a criação da Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais, até a evolução para as 2 Câmaras Reservadas de Direito Empresarial, que servem de referência ao Brasil, na formação da jurisprudência e na segurança jurídica tão reclamada nas áreas produtiva e econômica, e que hoje se reúne, em sessão do Grupo de Câmaras, para o homenagear.

Na Câmara já estava o Desembargador Fortes Barbosa, chegou o Desembargador Azuma Nishi, voltou o Desembargador Pereira Calças, e vieram os Desembargadores Franco de Godoi e Rui Cascaldi, sem se esquecer dos agora Desembargadores Carlos Dias Mota, Hamid Bidne e Gilson Delgado Miranda, quando Juízes Substitutos de Segundo Grau, bem como a Juíza Jane Franco Martins e, agora, o Juiz João Batista Paula Lima. São eminentes magistrados que compõe ou compuseram a Câmara nestes 7 anos de trabalho conjunto. E sempre com a participação do Ministério Público, representado pela Procuradora de Justiça, Dra. Maria Cristina Moreira Viegas.

Acesso ao Sumário

O Desembargador Ciampolini, hábil e culto debatedor, manteve a chama de lutar pelas suas ideias, agora não vinculadas as necessidades de seus clientes na advocacia, porém com a liberdade de lutar pelas ideias que entendia aplicáveis à justiça da causa, mas sempre tendo a sensibilidade de rever posicionamentos, quando

entendia que era o justo.

Sempre fazendo referência a sua família, ao seu falecido pai, e em especial a sua esposa Hilda, com quem completa, no final deste mês de junho, 50 anos de casamento, bem como aos seus filhos Paula, Francisco e Pedro, e suas famílias, mas todos, excluída Da. Hilda, superados pelos netos. Apresentamos as nossas homenagens a família do Desembargador Ciampolini.

Refere-se sempre com carinho aos funcionários de seu gabinete, a quem saúdo em nome do Dr. Danilo, um fiel escudeiro.

Com isso, Senhor Presidente, termino saudando o Desembargador César Ciampolini, que grava o seu nome na história do nosso Tribunal, navegando pelas terras de Paulo, com a honradez de um Magistrado Paulista.

Desembargador Ciampolini, que esta nova fase de sua vida seja repleta

de alegria.

Obrigado!

MARIA RITA REBELLO PINHO DIAS (Juíza Titular da 3ª Vara de Falências e Recuperação Judicial e Assessora da Corregedoria))

Discurso em homenagem ao Desembargador Cesar Ciampolini Neto, por ocasião de sua aposentadoria (Cerimônia realizada em 12.06.2024).

Ao ser convidada pelo Desembargador Eduardo Azuma Nishi para participar desta solenidade, recebi a inquestionável honra e, ao mesmo tempo, a grande responsabilidade de representar meus colegas de Primeiro Grau e poder fazer parte, com minhas palavras, da justa e merecida homenagem ao Desembargador Cesar Ciampollini Neto, em sua última sessão, neste tribunal.

Eu imagino como, para o Desembargador Cesar Ciampollini, ao meu querido Dr. Cesar, essa cerimônia é importante e memorável.

Importante, pois representa ato derradeiro e necessário para que possa trilhar os novos caminhos que deseja seguir há algum tempo.

Mas, ao mesmo tempo, memorável, pois encerra o período inesquecível, em que o Dr. Cesar abrilhantou este tribunal com seus votos em inúmeros julgamentos que, hoje, engrandecem esta Corte e representam a melhor jurisprudência deste país em matéria empresarial.

Por curiosidade, ao preparar essas breves palavras, pesquisei no google as inúmeras páginas que mencionavam o Dr. Cesar Ciampolini. Foram muitas e muitas e muitas páginas na internet.

Páginas de escritórios de advocacia, de resenhas de livros, de artigos de direito, de sites especializados... enfim, inúmeras páginas da internet comentando julgados de

Acesso ao Sumário

que o Dr. Cesar Ciampolini participou...

... destacando, em muitas delas, trechos de seus votos, importante para melhor compreensão do direito brasileiro em matéria empresarial - mas não apenas - e que também foram e serão fundamentais para trazer, aos operadores do direito, maior segurança jurídica e clareza quanto à melhor aplicação do nosso ordenamento jurídico.

Julgados que tratam das limitações das previsões legais que disciplinam ações anulatórias de arbitragem ou que esclarecem sobre dever de revelação de árbitros, julgados que abordam e concretizam os parâmetros para se reconhecer o abuso de direito de voto em assembleia de recuperação judicial, dentre tantas e tantas outras decisões importantes para trazer previsibilidade e a melhor aplicação do direito no caso concreto.

Não é hábito nosso, no Poder Judiciário, ter acesso a feedbacks sobre como julgamos.

Essa nossa necessária distância das partes envolvidas no processo pode, as vezes, não fazer com que tenhamos a exata percepção de como as decisões que saem dessa corte são tão importantes e impactantes para a sociedade brasileira.

Ao pesquisar as decisões do Dr. Cesar Ciampolini, encontrei, em uma página de linkedin, de um Professor de uma importante faculdade de Direito desta Capital, um artigo inteiro dedicado a comentar uma decisão deste Tribunal, de sua relatoria, na qual havia um comentário, de um agente de mercado, o qual irei destacar só um trechinho:

> A recente decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP}, sob relatoria do desembargador Cesar Ciampolini. é um marco importante nos casos de recuperação Judicial. O tribunal julgou a favor de uma credora que havia sido excluída do rol de amortização acelerada por não votar favoravelmente no plano de recuperação da empresa e por sua ausência na assembleia. Esta condição, não divulgada previamente e estabelecida apenas durante a assembleia. foi considerada pelo relator como um abuso de direito, destacando uma prática injusta e potencialmente coercitiva.
>
> A decisão não apenas protege os direitos dos credores. mas também contribui para a integridade do processo de recuperação judicial. Ao garantir que todas as partes interessadas possam votar de acordo com seu real interesse, livres de penalidades injustas, o tribunal assegura que as negociações de recuperação judicial de fato congreguem a comunhão dos interesses das partes envolvidas, e assim sejam mais justas e equitativas para todos – credores, recuperanda e demais stakeholders.

Dessa fala, evidencia-se a grande qualidade e repercussão das decisões proferidas nesta Corte e como elas são importantes para permitir uma aplicação serena e adequada do nosso ordenamento jurídico, sobretudo em área tão crítica para a sociedade paulista e brasileira, que é a área empresarial. As decisões que saem do TJSP são fundamentais para orientar a jurisprudência brasileira, e, com isso, contribuir para trazer concretude à ordem econômica constitucional, a qual, nos termos do artigo 170 da nossa Carta Magna, tem por objetivo assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Além de trazer segurança jurídica, as decisões proferidas pelo Dr. Cesar também contribuíram para orientar os juízes de primeiro grau na aplicação do direito.

Nesse sentido, e falo agora por experiência própria, já que sou Juíza Titular de uma Vara de Falência e Recuperação Judicial, ressalto a importância que os enunciados elaborados pelo Grupo Reservado de Direito Empresarial, do qual o Dr. Cesar Ciampo-

lini fez parte, para orientar e padronizar de forma célere a aplicação do direito empresarial, sobretudo em momentos de mudança legislativa e, consequentemente, de maior incerteza, como se deu com a entrada em vigor da Lei 14.112/20.

O Dr. Cesar, em todos os dias que exerceu a judicatura, foi um magistrado que esteve consciente de sua responsabilidade por integrar o maior tribunal deste país, contribuindo de forma inquestionável para formação da jurisprudência desta Corte. Além disso, sempre empreendeu todos os seus esforços pessoais ao atuar de forma incansável na defesa dos interesses do E. TJSP, contribuindo de forma voluntária com gestões deste tribunal, cumulando com sua atividade judicante, sem qualquer prejuízo a esta última.

Eu tive a grande honra de conhecer o Dr. Cesar Ciampolini durante a gestão da Presidência do Dr. Manoel de Queiroz Pereira Calças, da qual fiz parte e que o incumbiu com diversas tarefas difíceis, todas em prol único e exclusivo do tribunal. Desde então, tenho o privilégio de poder conviver com o Dr. Cesar e partilhar de sua amizade.

Curioso observar que, nessa minha busca na internet, acabei localizando um artigo que mencionava o ingresso do Dr. Cesar como Desembargador deste Tribunal e no qual se destacou a sua fala naquela oportunidade, em que ele afirmou que: "Pisei no Fórum João Mendes há 42 anos e, assim, posso dizer que conheço a Justiça de São Paulo. E conhecendo, a respeito e venero. Sempre me senti parte da Justiça paulista. Este tribunal se caracteriza pela excelência dos seus integrantes. Por esse motivo, muito honrado, assumo esta cadeira''.

O respeito e veneração a este Tribunal, que o Dr. Cesar Ciampollini mencionou em seu ingresso, pode ser sentida ao longo de toda a sua carreira. E é justamente essa dedicação, esse empenho, esse comprometimento em prestar jurisdição sena e de melhor qualidade, que hoje comemoramos nesta cerimônia solene, já com uma saudade nostálgica.

Comprometimento, respeito, senso de responsabilidade e de dever, honradez e eticidade, compromisso com a Magistratura... são palavras que definem o homem Cesar Ciampolini e que iluminam valores que orientam e inspiram aqueles que estão em momento mais inicial da carreira, como é o caso de nós, Juízes de Primeiro Grau,

Dizem que o que importa é a jornada e não o destino final.

A história do Dr. Cesar Ciampollini já está marcada, por todos os passos firmes e brilhantes que ele tem trilhado ao longo de tantos anos de carreira e nos quais acompanhou, integrou e honrou a Justiça Paulista. E esses passos, que não se encerram agora, só mudam de rumo, continuarão fazendo parte desta Justiça, agora, com nossos destinos.

Dr. Cesar, fico muito feliz e muito honrada de, em nome dos Juízes de Primeiro Grau, e, em especial, de nossa amizade, poder agradecer-te pessoalmente pelos ensinamentos que deixou cravados neste Tribunal, do qual o senhor continua, sempre, fazendo parte.

Acesso ao Sumário

CESAR CIAMPOLINI NETO (Desembargador)

Discurso de agradecimento por ocasião da última sessão de julgamento, antes de sua aposentadoria (Cerimônia realizada em 12.06.2024).

Bom dia a todos que estão presentes à sessão do Grupo de Câmaras Empresariais escolhida para marcar minha aposentadoria deste Tribunal, onde, todavia, continuarei a desempenhar as funções de Desembargador até o dia 15 de julho próximo.

A todos saúdo nas pessoas das autoridades deste Tribunal, Exmo. Sr. Vice-Presidente do Tribunal, Desembargador ARTUR CEZAR BERETTA DA SILVEIRA, Exmo. Sr. Desembargador Corregedor Geral de Justiça, FRANCISCO EDUARDO LOUREIRO, Exmo. Sr. Desembargador Presidente da Seção de Direito Privado, HERALDO DE OLIVEIRA E SILVA, Exmo. Sr. Desembargador Diretor da Escola Paulista da Magistratura, GILSON DELGADO MIRANDA, Exmo. Sr. Desembargador PAULO DIMAS DE BELLIS MASCARETTI, ex-Presidente deste Tribunal, Exmo. Sr. Desembargador |Presidente deste Grupo de Câmaras, EDUARDO AZUMA NISHI.

Peço a todos que compareceram a esta despedida, integrantes do Poder Judiciário, Professores de Direito, advogados e membros do Ministério Público, zelosos funcionários do Tribunal, companheiros do Club Athletico Paulistano, colegas da Turma de 1974 do Largo de São Francisco, colegas da Turma de 1969 do Colégio Santa Cruz, peço a todos permissão para não declinar nomes. Sintam-se sinceramente homenageados e recebam meu profundo agradecimento. Para ser simples e objetivo, nesta solenidade singela, franciscana, como deve ser sempre no Judiciário, não farei uso da nominata.

Sras., Srs.

Depois de me formar em 1974, exerci a Advocacia por longuíssimo tempo. Tomei posse no Tribunal, na excelente companhia do Desembargador PEDRO DE ALCÂNTARA DA SILVA LEME FILHO, em 30 de janeiro de 2012, poucos dias antes de completar 60 anos de idade. Fica a reiteração de meu muito obrigado aos Presidentes JOSÉ ROBERTO BEDRAN e IVAN GARIZIO SARTORI, por terem agendado a tempo votação das listas vindas da OAB e a posse, de modo a que pudesse tornar-me Desembargador antes dos 60.

Assumi cadeira na 10ª Câmara de Direito Privado, onde exerci a judicatura por 4 anos com exclusividade, e mais outro em impossível, desumana, acumulação de atribuições com 1ª Câmara de Direito Empresarial.

Felizmente, por proposta do Conselho da Magistratura, o Tribunal decidiu, pouco tempo depois, pela dedicação exclusiva às Câmaras Empresariais. Com isso tornou-se factível, possível julgar, com um mínimo de tranquilidade e sem o enorme desgaste decorrente da acumulação de tarefas, duas sessões de julgamento por semana, duas equipes de assistentes etc.

São mais de 8 anos na 1ª Câmara Empresarial.

Advogados preparadíssimos; permanente e ativa participação da Procuradoria Geral de Justiça por intermédio da sempre presente Dra. MARIA CRISTINA PERA JOÃO MOREIRA VIEGAS; pareceres dos melhores juristas; a cada momento temas inéditos, como por exemplo, alguns derivados da Lei das Sociedades Anônimas, que, apesar de ser de 1976, em muito ainda não foi explorada pela casuística, não havendo

Acesso ao Sumário

precedentes para vários de seus institutos: vemo-nos na contingência, frequentemente, de julgar casos societários inéditos; questões novas que surgem a cada dia, fruto da criatividade dos empresários, sensíveis às mutações do mercado e das aspirações de sua clientela, a que estão a cada momento atentos com seu proverbial faro comercial, contratando sem que haja figurinos legais; matérias ligadas ao mercado de capitais, fonte primordial de financiamento das empresas; são causas que devem ser julgadas, salvo raras exceções, com observância dos contratos celebrados, sem maior influência de princípios, vieses publicísticos ou protetivos: pacta sunt servanda; são ações de enorme vulto econômico, com repercussão midiática; são as maiores recuperações judiciais do País, com centenas, às vezes milhares de incidentes de habilitação e impugnação de créditos, muitos a envolver intrincadas questões de comércio exterior, de direito bancário e cambial; é uma carga de serviço crescente, reflexo de cada uma das crises econômicas que, sucessivamente, infelicitam a Nação.

Os dados colhidos nestes tantos anos de especialização falam por si, verificando-se uma jurisprudência estável, que dá aos agentes econômicos segurança para investir, inclusive porque nossos acórdãos sempre dialogam com a jurisprudência do Tribunal como um todo.

Como falou o Presidente MANOEL DE QUEIROZ PEREIRA CALÇAS, comercialista de escol, em junho de 2011, discursando por delegação do presidente JOSÉ ROBERTO BEDRAN na sessão de instalação da então única Câmara Reservada de Direito Empresarial, a que, como advogado ainda, estive presente,

"[o] empresário, quando bate às portas deste Tribunal, não pretende apenas obter justiça. Está buscando, igualmente, a definição precisa do conteúdo das normas incidentes sobre a atividade empresarial. A segurança jurídica é elemento indispensável ao regular funcionamento da economia de qualquer país. Cada empresário faz os cálculos de seus custos e de projeções de retornos do investimento a partir de um pressuposto: o de que as leis em vigor serão estritamente aplicadas, com o significado que emana imediatamente de sua redação. Faz estes cálculos no pressuposto de que os contratos serão cumpridos: senão diretamente pelo contratante, com certeza mediante a intervenção firme, pronta e eficiente do Poder Judiciário. E, a partir destes cálculos, define o preço dos produtos e serviços que serão adquiridos no mercado."

Nessa busca pela estabilização e divulgação da jurisprudência, são de se anotar os Enunciados que, desde 2018, vêm sendo editados por este Grupo de Câmaras, nessa empreitada liderado pelo Desembargador PAULO ROBERTO GRAVA BRAZIL.

Dada essa segurança jurídica a que se chegou, a especialização empresarial não é, absolutamente, tema restrito à competência interna do Tribunal, mas de interesse de toda a comunidade econômica.

Lembre-se que São Paulo detém cerca de 40% do Produto Interno Bruto do Brasil. Por razões diversas (ser São Paulo a sede de empresas que exercem atividades industriais e de serviços noutros Estados e Países da América Latina; sediar as principais Câmaras Arbitrais do País; ser a sede de nossa Bolsa de Valores; ser polo de atração de empresas que querem estar perto dos centros universitários de excelência que aqui estão – temos as melhores universidades do Pais; ser nossa Capital o foro de eleição de contratos celebrados por empresas nela não sediadas etc.), certamente na Justiça Empresarial de São Paulo tramitam mais de 50% do volume das demandas empresariais do Brasil.

Acesso ao Sumário

Por essa razão, nosso modelo de especialização – que se verticalizou, evoluindo para a primeira instância da Capital e da Grande São Paulo sob a presidência de PAULO DIMAS DE BELLIS MASCARETTI, sendo Corregedor-Geral PEREIRA CALÇAS, para depois abranger todo o Estado na gestão do Presidente RICARDO MAIR ANAFE, sendo Corregedor-Geral nosso atual Presidente FERNANDO ANTONIO TORRES GARCIA – nosso modelo é aplaudido Brasil afora e replicado noutros Estados da Federação, como acontece neste momento no Paraná.

Isto deve ser motivo de orgulho, razão de reafirmação da liderança dos paulistas.

Sras., srs.

Venho do 5º da Advocacia, da vida privada, do contato direto com o jurisdicionado.

Portanto, mais do que os estimados colegas magistrados de carreira e, mesmo, daqueles que aqui chegaram pelo 5º do Ministério Público, vi-me na contingência, nesses 12 anos e meio de judicatura, de buscar equilibrar-me entre ser demasiadamente magistrado fora de minhas funções, e não o ser suficientemente no exercício delas (D'AGUESSEAU); na busca desse equilíbrio, procurei lembrar-me sempre de que a vida é indivisível e não se expande completamente, quanto isolada em uma única função (PICARD).

Com isso, espero ter desempenhado a missão de magistrado, fazendo cumprir a Constituição e as leis do País, não negando jurisdição, julgando com imparcialidade, como jurei fazer ao tomar posse em janeiro de 2012.

Como advogado, a cada momento reverenciei este Tribunal, em que pisei pela primeira vez, estagiário, quando tinha 17 anos de idade (o que também mencionei – porque tanto me orgulha – na sessão de posse, 12 anos e meio atrás). Como magistrado, lembrei-me sempre de que sem advogados não se faz Justiça; sem a postulação técnica – por vezes necessariamente desabrida e crítica – que os advogados trazem ao Tribunal, a própria missão do Poder Judiciário seria impossível.

Na advocacia, tive presente que, como com propriedade se diz, o advogado é o primeiro juiz da causa: aconselhei o cliente a não demandar contra o direito; estimulei a prevenção de conflitos e o encerramento consensual dos já ajuizados.

Para a magistratura procurei trazer atributos de advogado, razão de ser do 5º da Advocacia.

Não me conformei com a injustiça, ainda quando parecia ser a decorrência direta da leitura da lei. Ao contrário, procurei, examinando os autos, ver qual a solução justa para o caso em julgamento, de acordo com a cultura humanística que me foi transmitida por meus saudosos pais. A partir daí, usando das ferramentas que o ordenamento jurídico dá aos operadores do direito, e valendo-me dos ensinamentos da doutrina, que sempre procurei invocar antes dos precedentes judiciais, como há de ser, daí procurei construir, juridicamente, a melhor solução para cada recurso em julgamento. Certamente errei, mas confio ter conseguido, ao menos na maior parte dos casos julgados, atingir esse objetivo.

Lembrei-me sempre da oração de PEDRO BARBOSA PEREIRA FILHO ao tomar posse, em 1964, como primeiro juiz da recém inaugurada.

Comarca de Barra Bonita, palavras que conheci por intermédio de um de meus livros de cabeceira, "O Juiz", do Desembargador EDGARD DE MOURA BITTEN-

Acesso ao Sumário

COURT (obra onde também fui buscar as citações de professores franceses feita há pouco).

O depois Desembargador BARBOSA PEREIRA rogou a Deus que, para si, a serenidade de juiz não se confundisse com a indiferença; que a prudência não se transformasse em omissão; que o sentimento não degradasse para o sentimentalismo; que a compreensão não se dissimulasse na complacência; que a retidão não se traduzisse na intolerância; que o rigor não chegasse à iniquidade; que a severidade não esquecesse a caridade; e que a independência não tomasse nunca a veste do orgulho

Sras., Srs.

Deste Tribunal de São Paulo pode-se dizer que se mantém independente e coexiste harmonicamente com os demais poderes do Estado, sem invadir competências e, é claro, sem admitir que avancem sobre as suas. Por isso, críticas que atualmente se fazem ao Judiciário não nos atingem, seguindo nosso Tribunal a ministrar Justiça com altivez e independência, cioso de sua autonomia e de sua autoridade.

Esta é a nossa contribuição institucional para a manutenção da ordem e a preservação da paz. Este é o exemplo que nos orgulhamos, nós, paulistas, de dar ao Brasil.

Por outro lado, o Tribunal de São Paulo, nunca se rendeu, na perene busca da agilização de julgamentos, ao que se denomina "jurisprudência defensiva", buscando pretextos processuais para diminuir o número de recursos. Aqui se privilegia o mérito a mais não poder, para poder-se dar, o quanto antes, razão a quem a tem.

Cumprindo corretamente sua missão constitucional de dar a cada um o que é seu, o Tribunal se vale com êxito, de muitos anos para cá, da moderna informática. O uso desses meios eletrônicos de armazenamento e difusão de dados fez com que os acórdãos de São Paulo voltassem a nortear a jurisprudência dos demais

Tribunais da Nação, como – segundo contavam meus professores nos anos 70 – sempre foi no Brasil; e como sempre haverá de ser.

E, convenha-se, num Tribunal da magnitude do nosso, talvez o maior do mundo, essa agilidade não é tarefa simples. A história do processo é também a história da luta contra o tempo, como ensinam os processualistas a partir de TARUFFO e CARNELUTTI e, entre nós, JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI.

São Paulo tem-se saído bem nessa luta contra o tempo.

Despedindo-me, vejo com satisfação que nomes de colegas honrados e tecnicamente capacitados já são lembrados para concorrer à eleição para a vaga que, em breve, se abrirá na 1ª Câmara Empresarial. É a natural e saudável rotatividade das cadeiras do Tribunal, que, nas Câmaras Empresariais, em razão das apontadas dificuldades a elas inerentes, a demandar exaustivo trabalho, e também porque para cá vêm, em regra, colegas com muitos anos de segunda instância, dá-se normalmente em intervalos mais curtos do que nas demais Câmaras.

Sras., Srs.

Nosso Tribunal é maior do que a soma de seus Desembargadores, maior mesmo que a soma de todos os Desembargadores que passaram por este magnifico prédio tombado concebido por Ramos de Azevedo; maior do que seus Presidentes, cujos retratos ornamentam esta belíssima Sala dos Retratos.

Maior porque representa a Justiça de São Paulo, esta Instituição que congrega a Magistratura, a Advocacia, o Ministério Público, a Academia; maior porque representa,

Acesso ao Sumário

certamente mais do que qualquer outra Instituição Paulista, o povo deste Estado líder da Nação.

Muito obrigado a todos os presentes, estimados colegas Desembargadores e Juízes, da ativa e aposentados, estimados advogados e integrantes do M.P., veneráveis Professores de Direito, queridos funcionários do Tribunal.

Obrigado especialmente àqueles que usaram da palavra para me homenagear, Vice-Presidente BERETTA DA SILVEIRA, meus colegas das Câmaras Empresariais Desembargadores ALEXANDRE LAZZARINI, RICARDO NEGRÃO, Representante do Ministério Público, Dra. MARIA CRISTINA MOREIRA VIEGAS, advogados LUIZ ANTONIO SAMPAIO GOUVÊA e MARCIO KAYAT, Juíza de Direito MARIA RITA REBELLO PINHO DIAS.

Aos integrantes do gabinete 1.306 do edifício da Conde de Sarzedas 100, que homenageio na pessoa do dedicado DANILO CAMARGO NONATO, do mesmo modo, muito obrigado pela paciência que tiveram comigo, com meu jeito de ser, e, principalmente, pela dedicação, pelo entusiasmo que puseram na luta que juntos empreendemos por fazer justiça, ao longo desse tempo todo.

E, por fim, o importante. Muito muito obrigado Hilda, minha companheira há mais de 50 anos, obrigad a nossos filhos Paula, Francisco e Pedro, a nossos genros e a nossa nora, Gustavo Marcondes Rocha Pinto, Kenneth Antonio Rubio e Priscila da Silveira Ciampolini, que nos deram nossos netos Felipe, Eduardo, Julia, Leonardo, Filipa e Cesar, alegria de nossas vidas. Foi fundamental seu apoio para que eupudesse realizar o sonho de servir a São Paulo como magistrado; sem ele, isto não teria acontecido.

Mais uma vez, obrigado a todos pela presença.

MARCIA REGINA DALLA DÉA BARONE (Desembargadora)

Discurso proferido em nome do Tribunal de Justiça, por ocasião da Posse Solene dos Desembargadores Ely Amioka, Eduardo Gesse e Nazir David Milano Filho (Cerimônia realizada em 13.06.2024).

Excelentíssimo Senhor Desembargador Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, Fernando Antonio Torres Garcia, na pessoa de quem cumprimento todas as Autoridades aqui presentes, incluindo Desembargadores e Desembargadoras, Juízes e Juízas, Senhores e Senhoras:

Gostaria de expressar minha alegria ao ser indicada para fazer a saudação em nome do Tribunal de Justiça de São Paulo aos novos Desembargadores empossandos Ely Amioka, Eduardo Gesse e Nazir David Milano Filho, agradecendo o honroso convite e a desafiadora missão.

O dia de hoje ficará marcado na vida destes três Magistrados que alcançam o ápice da carreira nesta posse solene, motivo de jubilo pessoal e, também, dos familiares e amigos aqui presentes. Neste dia, 13 de junho, se comemora também o dia de Santo Antonio, Santo que teve uma vida inteira dedicada a Deus e foi proclamado Doutor e maior Orador que a Igreja Católica já teve. Não por coincidência, nosso Presidente tem

o mesmo nome de batismo de Santo Antonio, qual seja, Fernando, e tem também o segundo prenome Antonio, que foi escolhido pelo Santo para sua vida religiosa.

Vou lhes contar um pouco da vida profissional destes três Magistrados de vasta experiência:

A Desembargadora Ely Amioka se formou pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo em Direito e em Ciências Contábeis. Iniciou sua carreira na Magistratura em março de 1990 como Juíza Substituta nas Comarcas de Ituverava e São Bernardo do Campo. Foi Juíza em Angatuba (minha sucessora), Dracena e na Capital de São Paulo (como Auxiliar e Titular). Participou de Curso de Extensão Universitária na PUC de São Paulo e na Universidade de Virginia, EUA;

O Desembargador Eduardo Gesse se formou em Direito pela Faculdade de Presidente Prudente, onde também exerce funções acadêmicas. Na carreira, iniciada em abril de 1987, foi Juiz Substituto na Comarca de Presidente Prudente e Juiz de Direito em Pirapozinho, Rancharia e Presidente Prudente, não sem uma breve passagem pelo Foro Regional de Penha de França (onde judiquei por 18 anos). Sua produção de livros e artigos se concentra na área Civil e do Direito de Família.

O Desembargador Nazir David Milano Filho é formado pela Faculdade de Direito da Universidade Mackenzie (também sou Mackenzista!) e pós-graduado pela Escola Paulista da Magistratura em Direito Civil e do Consumidor. Ingressou na Carreira da Magistratura em março de 1988, sendo Juiz Substituto em Lins e Mogi das Cruzes, e tendo judicado no Foro Distrital de Guararema, Comarca de Mogi das Cruzes, no Foro Distrital de Itaquaquecetuba, Comarca de Poá e, também, na Capital de São Paulo como Juiz Auxiliar e, também, Titular no Foro Regional de Jabaquara, sendo removido para Substituto em Segundo Grau em 2014. Tem obras jurídicas, incluindo obras em conjunto com seu irmão, o também Magistrado Rodolfo César Milano. Quero acrescentar que o Desembargador Nazir é casado com uma Magistrada maravilhosa, minha amiga pessoal e com quem trabalhei muito tempo no Foro Regional de Penha de França, Daniela Menegatti Milano, a quem cumprimento na data de hoje, estendendo homenagens a todos os familiares dos empossandos.

Como pudemos ver, todos tiveram a vida dedicada à Magistratura e suas respectivas famílias. Enfrentamos, no exercício da Judicatura, muitos percalços e obstáculos, mas, certamente, as alegrias superam as dificuldades e entre elas estão as realizações pessoais e as amizades conquistadas ao longo da carreira, que nos engrandecem e nos motivam a continuar na caminhada.

Neste ano, em que este Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo completa 150 anos, temos a honra de receber os Magistrados Ely Amioka, Eduardo Gesse e Nazir David Milano Filho no cargo de Desembargador, desejando muitas felicidades e a continuidade de uma carreira brilhante. Finalizo com a poesia de Fernando Pessoa que representa um pouco da minha filosofia de vida: “O valor das coisas não está no tempo que duram, mas na intensidade que acontecem, por isso existem momentos inesquecíveis, coisas inexplicáveis e pessoas incomparáveis”.

Sejam bem-vindos!

Acesso ao Sumário

NAZIR DAVID MILANO FILHO (Desembargador)

Discurso proferido por ocasião de sua Posse Solene e dos Desembargadores Ely Amioka e Eduardo Gesse (Cerimônia realizada em 13.06.2024).

Excelentíssimo Senhor Desembargador Fernando Antonio Torres Garcia, Digníssimo Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a quem cumprimento, e na pessoa de Vossa Excelência, Senhor Presidente, peço licença para cumprimentar as demais Autoridades presentes.

Cumprimento igualmente todos os funcionários desta casa, familiares e amigos presentes.

É com muita emoção que vejo realizar, nesta data, mais uma etapa de minha vida profissional, uma etapa que vem coroar toda uma vida de muito trabalho e busca implacável na aplicação da justiça, assumindo nesta data o cargo de Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

O tempo. O tempo muitas vezes me pareceu longo demais, e em outras muito rápido, e hoje, pensando em toda a minha trajetória, vejo o quanto foi importante todo o sacrifício de meus Pais, ainda quando buscavam para mim e meu irmão, também hoje Magistrado, uma bolsa de estudos no ensino fundamental, no colégio Liceu Pasteur, pois as dificuldades que minha família enfrentava eram grandes.

Com muita persistência, minha mãe conseguiu a bolsa de estudos para nós, e posso dizer, com toda a segurança, foi a melhor base de estudos e educação que meus pais poderiam ter nos proporcionado.

A partir daquele momento, uma estrada se abriu aos meus olhos; uma semente havia sido plantada.

Com o posterior ingresso na Faculdade de Direito da Universidade Mackenzie e trabalhando como Estagiário de Direito, a formatura foi para mim a concretização de um objetivo grandioso; motivo de orgulho para minha família, como resultado daquela semente no passado plantada. Meus pais talvez não imaginassem o resultado final de seu sacrifício.

O concurso público ainda era visto ao longe, pois tudo era novo. O exercício da Advocacia, e outros estudos que me foram propostos, me levaram a persistir e seguir na carreira jurídica com obstinação, até que, em 16 de março de 1988, me vi sentado nesta mesma plateia, onde hoje estão os Senhores, aguardando ser chamado para a Assinatura do Livro de Posse, aqui onde estou agora, na carreira que tanto persegui: A Magistratura, no maior Tribunal de Justiça do país, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, aprovado que fui no Concurso de número 154.

Por muitas Comarcas exerci a Judicatura, nas quais me dediquei com muito carinho.

Foram momentos de muito trabalho. Momentos felizes, outros de frustração; quanto a estes, por não ter conseguido atender com celeridade às necessidades dos jurisdicionados, por força da própria complexidade de nosso sistema processual.

Naquele tempo, tudo parecia difícil. E era mesmo, mas nunca pensei em desistir. Nunca desanimei. A minha sempre companheira, a velha máquina de escrever que até hoje guardo com carinho que o diga.

Acesso ao Sumário

O tempo. Ah! O tempo. Eu mal sabia que ele era a passagem para o futuro. Pena que não podia ser guardado. Ele tinha que ser vivido. E assim o foi.

Passados 36 anos, estou aqui, de volta ao palco da posse. Uma nova etapa se abrindo em minha vida.

Aquela semente plantada pelos meus pais germinou, me trazendo com raízes fortes ao mais alto cargo da Magistratura Bandeirante, com a certeza de que todo o sacrifício, anos de estudo e dedicação valeram a pena. A base foi importante.

Deus me contempla ao mesmo tempo que me impõe obrigações maiores para com a Justiça e, em especial, para com os jurisdicionados, com a população, em especial com os mais necessitados. Posso ver que o caminho continua longo, ao mesmo tempo em que tudo me parece muito rápido.

É bem verdade que assumo hoje este cargo, ciente do momento de alterações e diferentes interpretações que o Direito vive e outras situações que ainda estão por vir, inclusive com a evolução tecnológica e sua consequente adequação social, em especial a Inteligência Artificial.

Porém, uma certeza: os princípios de Direito continuam os mesmos e devem ser sempre respeitados, bem como a Constituição da República, em especial em momentos de incertezas e violações de direitos, independentemente da origem.

Esses são os traços que nortearam toda a minha carreira e continuarão norteando. Sou um otimista e creio que tudo faz parte da evolução e na certeza que devemos prosseguir no caminho certo. No caminho do bem; naquele que aprendemos a defender e respeitar, pois o tempo, em sua abstração infinita, trará no momento certo todas as respostas e soluções.

É a vantagem da experiência. Da vivência; de uma estrutura familiar e cultural sólida. É a semente que germinou e trouxe frutos certos em minha vida.

A minha jornada continua.

Quero agradecer a Deus por me possibilitar esta oportunidade na vida, me colocando aqui nesta missão tão nobre.

Agradecer aos meus pais que sempre lutaram muito pelos meus estudos, a minha mãe Maria que tenho a certeza está aqui hoje, em espírito, e feliz, realizada por todo seu esforço para me dar uma boa educação e ensinar os princípios fundamentais de vida: o caráter, a dignidade, a honestidade e a sinceridade. Meu pai Nazir, da mesma forma, por todo respaldo e confiança, acreditando no meu sucesso e ensinando o valor da vida.

À minha esposa Daniela, pela compreensão e dedicação, sempre com atitudes e palavras de apoio nos momentos difíceis.

Meu irmão Rodolfo, com quem iniciei esta caminhada desde os primórdios da infância e continuamos até hoje, dentro dos mesmos ensinamentos. Um amigo inigualável.

Não poderia esquecer jamais de agradecer aos amigos que sempre estiveram presentes. Amigos de toda hora.

Agradeço e presto homenagem a todos os funcionários deste Tribunal, homenagem essa que faço em nome da minha Assistente Myriam Antico Schroder, que bem representa toda a grandeza do funcionalismo.

Por fim, encerro citando um trecho da parábola da Couve e do Carvalho de 1910, de Rui Barbosa:

Acesso ao Sumário

Uns plantam a semente da couve para o prato de amanhã, outros a semente do carvalho para o abrigo ao futuro. Aqueles cavam para si mesmos. Estes lavram para seu país, para a felicidade de seus descendentes, para o benefício do gênero humano.

Que sejamos todos os lavradores do carvalho. Muito obrigado pela paciência e boa tarde.

EDUARDO GESSE (Desembargador)

Discurso proferido por ocasião de sua Posse Solene e dos Desembargadores Ely Amioka e Nazir David Milano Filho (Cerimônia realizada em 13.06.2024).

Excelentíssimo Senhor Desembargador Fernando Antonio Torres Garcia, Ilustre Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na pessoa de quem peço licença para cumprimentar todas as pessoas aqui presentes.

Caros colegas Ely Amioka e Nazir David Milano Filho, fiquei muito feliz ao saber que iríamos compartilhar esta solenidade de posse. Esse fato me deixa muito honrado.

Excelentíssima Desembargadora Marcia Regina Dalla Déa Barone, que de maneira brilhante oficiou como Oradora em nome do Tribunal de Justiça. Agradeço as referências elogiosas feitas a minha pessoa, os quais certamente são mais frutos da sua generosidade do que dos meus méritos.

Senhor Presidente, em 15 de maio de 1987 estava aqui tomando posse como Juiz Substituto. Trinta e sete anos depois estou aqui novamente tendo a honra de tomar posse como Desembargador. A honra é ainda maior por ser empossado por Vossa Excelência, que está dentre as pessoas que me estimularam a sair do meu conforto numa Vara de Família, onde estava há quase duas décadas.

É muito tranquilizador saber que o nosso Tribunal se encontra sob o comando de vossas seguras mãos, as quais tanto fizeram em tão pouco tempo em benefício do Judiciário Paulista.

Muitas pessoas, nos últimos anos da minha carreira, aconselhavam a me aposentar, mas essa ideia nunca me atraiu; é que existe uma força tamanha que move a maioria dos Magistrados, a qual nos mantêm vinculados ao trabalho com a mesma intensidade e entusiasmo dos primeiros dias de ingresso à carreira. A aposentadoria para a maioria dos Juízes é a *ultima ratio*.

Qual seria o motivo disso? Por que não exercitar o direito adquirido de calçar os chinelos e talvez escrever um livro de memórias?

Penso que essa força que nos mantêm apegados ao trabalho vem da busca constante daquilo em tentar resolver os conflitos de interesse da maneira mais justa para cada caso. Essa busca incessante que nos cativa, seduz, encanta e nos impede de parar mesmo podendo.

É ela que, parafraseando Cora Coralina, me faz crer que tenho mais chão nos meus olhos do que o cansaço em minhas pernas, mais esperança nos meus passos, do

que tristeza nos meus ombros.

É essa força que me deixa feliz de atingir o último degrau da carreira e pretendo humildemente contribuir para que este Tribunal, observada a sua competência, continue exercendo a difícil função de dar a cada um o que efetivamente lhe pertence.

Sei que a minha contribuição será mínima diante da grandeza deste Tribunal, mas pretendo dá-la com zelo, dedicação e amor.

Não posso deixar de pontuar que o caminho que percorri até aqui foi longo e duro, mas valeu a pena.

É evidente que não fiz esse percurso sozinho. Ao contrário, fui apoiado por inúmeras pessoas das quais vou destacar algumas nominalmente, esperando que as outras me perdoem pela omissão, porque tenho apenas alguns minutos.

Assim, agradeço:

Ao Criador por ter me encaminhado para a Magistratura.

Aos meus pais, Pedro e Francisca Gesse, os quais me amaram e apoiaram de maneira incondicional e me ensinaram que o amor ultrapassa barreiras que a razão e a força não alcançam.

À minha mulher, Grace Kelly, pela compreensão, tolerância e cumplicidade.

Aos meus filhos, Ana Carolina, Carlos Eduardo e Pedro Eduardo, que me dão a certeza de que a luta por um mundo mais justo vai continuar e isto me acalenta diante da finitude da vida.

Ao meu genro e à minha nora, por cuidarem com amor dos meus filhos.

Às minhas netinhas Anna e Malu, as quais me deixam claro que a vida tem seu lado doce.

Aos meus sobrinhos, Maria Cristina e José Juiz, bem como aos meus amigos Elaine e Valdemir Pavarina, os quais me fazem lembrar que a amizade é um dos alimentos que sacia a alma.

Ao meu saudoso padrinho Milton Pennacchi, que não permitiu que eu abandonasse o curso de Direito.

Ao Centro Universitário Toledo de Presidente Prudente, hoje representado pelo Magnífico Reitor, Sérgio Tibiriçá do Amaral, onde tudo começou com o curso de bacharelado em Direito, instituição de ensino que muito me orgulho de ter sido Aluno e de ser Professor há mais de três décadas.

Aos desembargadores Spencer Ferreira, Paulo Gimenez Alonso e Dimas Rubens Fonseca, os quais muito têm me ajudado nesse período de transição.

Meus colegas Juízes da Região de Presidente Prudente, aos Promotores de Justiça, Defensores Públicos, Procuradores Estaduais, Federais e Municipais. Foram tantos anos juntos que alguns se tornaram mais que colegas, mais que amigos, mas verdadeiros irmãos socioafetivos.

Da mesma forma, quero externar meus agradecimentos aos Servidores do Judiciário, sem os quais certamente não estaria aqui. O trabalho dos Servidores é essencial para qualquer Magistrado desempenhar bem sua atividade. Comigo não é e não foi diferente.

Por fim, quero encerrar minha fala pedindo a Deus que continue me protegendo e que não me deixe ficar indiferente às injustiças.

Muito obrigado.

Acesso ao Sumário

ELY AMIOKA (Desembargadora)

Discurso proferido por ocasião de sua Posse Solene e dos Desembargadores Eduardo Gesse e Nazir David Milano Filho (Cerimônia realizada em 13.06.2024).

Excelentíssimo Senhor Desembargador Fernando Antonio Torres Garcia, Presidente deste Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo.

Meus cumprimentos.

Na pessoa de Vossa Excelência, peço vênia para cumprimentar todas as Autoridades já nominadas, os Eminentes Desembargadores e Magistrados, sobretudo os que ora tomam posse, os Doutos representantes do Ministério Público, da Advocacia, da Defensoria Pública, das Polícias Civil e Militar, Servidores e a todos os presentes.

É dia de comemoração e tenho muito a agradecer.

A Deus, por todas as bênçãos recebidas, aos meus Pais, in memoriam, aos meus familiares e amigos, meus Professores, aos Eminentes Colegas que vêm compartilhando comigo esta jornada, e aos zelosos Funcionários, com os quais tive e tenho a oportunidade de trabalhar durante todo este período.

Minha saudação à Eminente Desembargadora Marcia Regina Dalla Déa Barone, pela belíssima oração proferida.

Passaram-se 34 anos desde a posse da Turma número 158 desta honrosa Carreira da Magistratura, em 23 de março do ano de 1990. Por certo foi um momento de extrema alegria e emoção e, também, de natural ansiedade.

Ser Juiz não é uma função. É uma missão, que deve ser cumprida de forma diferenciada, quer quanto ao modo, quer quanto ao tempo, quer quanto à dedicação.

O Magistrado está sujeito a todas as intempéries da vida. Todavia, dele muito mais se exige, e muito mais se espera, sobretudo no enfrentamento do exponencial volume de trabalho, eis que este é considerado o maior Tribunal de Justiça do mundo, em número de processos.

Fomos uma das primeiras turmas a frequentar a Escola Paulista da Magistratura, que foi fundamental para os nossos primeiros passos na missão que se iniciava.

Cumprida tal etapa, cada um dos 45 empossados seguiu para a Circunscrição designada, tendo em mente que o bom senso, o equilíbrio, a humildade, a imparcialidade e a independência seriam fundamentais para a solução das múltiplas questões e para o enfrentamento dos desafios que surgiriam em cada uma das Comarcas.

Era o tempo da máquina de escrever, do Diário Oficial impresso que, às vezes, chegava um dia depois da publicação; tempo dos longos trajetos para as Comarcas para as quais éramos designados.

E em cada comarca aumentou-se o aprendizado e foram se firmando os lastros para o enfrentamento das etapas subsequentes.

Após o período como Juíza Substituta, fui promovida para a saudosa Comarca de Angatuba, sucedendo a então Magistrada Doutora Marcia Regina Dalla Déa Barone.

Depois, fui promovida à igualmente saudosa Comarca de Dracena, Segunda Entrância.

Em abril de 1993, cheguei à Comarca da Capital como Juíza Auxiliar, na então

chamada Terceira Entrância e, desde logo, fui designada para a 12ª Vara Criminal Central, onde permaneci por quase 6 anos.

Em janeiro de 1999, assumi a 4ª Vara Criminal de São Bernardo do Campo, que então se instalava, e onde judiquei por pouco mais de 16 anos.

Em 2015, fui removida ao Segundo Grau como Juíza Substituta, e tive a honra de auxiliar, desde o início, a Colenda 8ª Câmara de Direito Criminal, e aos seus integrantes só tenho a agradecer pela acolhida, cortesia e gentileza ao longo desses 9 anos de convívio, e, também, pelos doutos ensinamentos recebidos nos julgamentos.

Minha saudação, também, aos integrantes da Colenda 15ª Câmara de Direito Criminal, que, da mesma forma, tão bem me receberam e me acolheram nesta etapa que se inicia.

Registro meu reconhecimento pelo trabalho dos dedicados Servidores deste Tribunal, e o faço em nome do meu Gabinete de Trabalho, nas pessoas de Cristina Caruso, Rosane Inada, Eduardo Medeiros, Eduardo Sato, Gabriel Farias, James Costa Silva e Alexsandro Salles Santos.

E, ainda, aos ex-Servidores, os Doutores Tiago Amauchi e Helio Evangelista, que fizeram parte do gabinete, e hoje são competentes Delegados de Polícia.

Quis o destino que neste ano, em que essa Colenda Corte celebra seu Sesquicentenário, tenha chegado o momento de galgar o último degrau desta honrosa Carreira, à qual tenho me dedicado integralmente, sempre com respeito à Lei, às Partes e aos jurisdicionados, na difícil tarefa de solução dos conflitos.

A Carreira tem me proporcionado plena realização, boas lembranças, ótimos colegas e amigos, e muitos ensinamentos, pelo que reitero os agradecimentos, sobretudo à Presidência deste Egrégio Tribunal de Justiça, ao Colendo Conselho Superior da Magistratura, ao Colendo Órgão Especial, pela confiança e irrestrito apoio recebidos em todas as ocasiões.

Com as energias renovadas e disposição para novos desafios, reafirmo o compromisso de prosseguir no cumprimento da missão, rogando a Deus que continue a nos abençoar no caminho da Lei e da Justiça.

Muito obrigada.

Acesso ao Sumário

FERNANDO ANTONIO TORRES GARCIA (Presidente do Tribunal de Justiça)

Discurso de encerramento, por ocasião da Posse Solene dos Desembargadores Ely Amioka, Eduardo Gesse e Nazir David Milano Filho (Cerimônia realizada em 13.06.2024).

Excelentíssimo Senhor Doutor Fábio Prieto, Secretário da Justiça e Cidadania, neste ato representando Sua Excelência, o Governador do Estado de São Paulo, Tarcísio de Freitas;

Excelentíssimo Desembargador Artur Cesar Beretta da Silveira, Eminente Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo;

Excelentíssimo Desembargador Francisco Eduardo Loureiro, Eminente Corregedor-Geral da Justiça do Estado de São Paulo;

Excelentíssima Senhora Desembargadora Marcia Regina Dalla Déa Barone, Oradora em nome do Tribunal de Justiça; Excelentíssimo Desembargador Ricardo Cintra Torres de Carvalho, Presidente da Seção de Direito Público do Tribunal de Justiça;

Excelentíssimo Desembargador Adalberto José Queiroz Telles de Camargo Aranha Filho, Presidente da Seção de Direito Criminal do Tribunal de Justiça;

Excelentíssimo Senhor Desembargador Ricardo Mair Anafe, Eminente Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no biênio 2022/2023;

Excelentíssimo Desembargador Paulo Dimas Debellis Mascaretti, Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no biênio 2016/2017;

Excelentíssimo Senhor Doutor Paulo Sérgio de Oliveira e Costa, Eminente Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo;

Excelentíssimo Desembargador Militar Enio Luiz Rossetto, Presidente do Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo;

Excelentíssimos Desembargadores Afonso de Barros Faro Júnior e Rosangela Maria Telles, Ouvidores do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo;

Excelentíssimo General de Brigada Eduardo Rodrigues Schneider, Assessor de Relações Institucionais do Comando Militar do Sudeste, neste ato representando o Comandante, General Amin;

Excelentíssimo Doutor Fernando José da Costa, Secretário Municipal de Justiça, representando o Prefeito de São Paulo; Excelentíssimo Desembargador Federal David Diniz Dantas, que neste ato representa o Presidente do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, Desembargador Federal Carlos Muta;

Excelentíssimo Desembargador Roberto Maia Filho, que neste ato representa o Presidente do Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo, Desembargador Silmar Fernandes;

Excelentíssima Doutora Luciana Jordão da Motta Armiliato de Carvalho, digníssima Defensora Pública-Geral do Estado de São Paulo;

Excelentíssimo Doutor Sérgio Tibiriçá Amaral, Magnífico Reitor do Centro Universitário Toledo de Presidente Prudente; Excelentíssimo Desembargador Walter Barone, Secretário Adjunto de Relações Internacionais da Associação dos Magistrados Brasileiros, neste ato representando o Presidente da AMB;

Excelentíssimo Desembargador Artur Marques da Silva Filho, Eminente Presidente da Associação dos Funcionários Públicos do Estado de São Paulo;

Excelentíssima Juíza de Direito Ana Maria Brugin, Presidente do Instituto Paulista de Magistrados;

Excelentíssima Doutora Juíza de Direito Laura de Mattos Almeida, Digníssima Segunda Vice-Presidente da Associação Paulista de Magistrados, neste ato representando o seu Presidente, Doutor Thiago Massad;

Excelentíssimo Doutor Pedro Eduardo de Camargo, Promotor de Justiça e Primeiro Tesoureiro da Associação Paulista do Ministério Público, neste ato representando o Presidente da APMP;

Excelentíssimo Doutor Alexandre Luis Mendonça Rolo, Conselheiro Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil, Secção São Paulo, neste ato representando a Presi-

dente da OAB São Paulo, Doutora Patrícia Vanzolini;

Excelentíssima Doutora Luciana Pereira de Souza, Diretora Adjunta da Associação dos Advogados de São Paulo, representando o seu Presidente;

Ilustríssimo Coronel PM Miguel Elias Daffara, Chefe da Assessoria Policial Militar do Tribunal de Justiça de São Paulo; Ilustríssimo Doutor Tiago Antônio Salvador, Delegado de Polícia Chefe da Assessoria Policial Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, representando o Delegado-Geral de Polícia;

Demais Autoridades presentes, Desembargadores, Juízes de Direito, Membros do Ministério Público, Defensores Públicos, Advogados, Autoridades Civis e Militares, Familiares dos nossos empossandos, Servidores da Justiça, minhas Senhoras e meus Senhores.

É sempre uma alegria para o Tribunal de Justiça de São Paulo quando recebemos novos integrantes, novos Membros desta Colenda Corte. E alegria ainda maior quando vemos chegar ao degrau mais alto da carreira Magistrados experientes.

A mais jovem Magistrada hoje empossada, de tempo de Magistratura, é a Doutora Ely Amioka, que tem mais de 34 anos de exercício da Judicatura. Os outros, como deveria ser, porquanto mais velhos, são o Doutor Eduardo Gesse e o Doutor Nazir.

É uma alegria redobrada ter ouvido a magnífica oração proferida pela Desembargadora Marcia Regina Dalla Déa Barone, em nome desta Corte de Justiça. Uma oração robusta e belíssima, repleta de emoção e das passagens das carreiras desses três ilustres Magistrados.

Aliás, todos, além de colegas, amigos de quase toda uma vida, cada qual a seu tempo. Com o Nazir tive a honra de trabalharmos juntos, ainda que por pouco tempo. Mas conheço o Nazir há muitos anos. A Ely, minha colega de Seção Criminal, pontificou por muitos anos, já como Juíza Substituta em 2º Grau, na Colenda 8ª Câmara de Direito Criminal. E o Eduardo conheci enquanto Corregedor-Geral da Justiça, quando fiz uma visita correcional à Comarca de Presidente Prudente, e tentei convencê-lo, bem como ao Paulo Alonso, a que viessem ao Tribunal como Desembargadores. Que chegassem ao último topo da carreira. E, felizmente, Presidente Prudente hoje tem três Desembargadores: Eduardo, Paulo Afonso e o Decano deles, o Desembargador Spencer, aqui presente também.

Magistrados que passaram por inúmeras Comarcas. A Ely judicou como Substituta em Ituverava, depois São Bernardo, Angatuba, Dracena, até chegar ao cargo de Juíza Substituta. O Eduardo, sempre na região de Presidente Prudente. Foi Substituto e Titular em Presidente Prudente, passando também pela Comarca de Rancharia. O Nazir ingressou na Magistratura em 1988, passando por Lins como Substituto, Mogi das Cruzes, Poá, até chegar aqui em São Paulo e, posteriormente, Juiz Substituto em 2º grau.

Enfim, é uma honra recebê-los neste momento. Parabenizo, em especial, todos os parentes, os familiares aqui presentes: o Senhor Clóvis, e Dona Mieco, parentes, primos da Ely; Dona Grace Kelly, esposa do Eduardo; seus filhos, Ana Carolina, Carlos Eduardo e Pedro; genro e noras, e as netas, Ana e Malu. Eu também tenho uma Malu, viu, Eduardo? Também tenho uma neta Malu. Parabenizo também a Daniela, esposa do Nazir e nossa colega, brilhante Magistrada, assim como seu pai, Senhor Nazir David Milano, aqui presente, e Rodolfo, irmão do Nazir, e nosso colega também.

É uma alegria para a Magistratura, para o Tribunal de Justiça, o dia de hoje. Sejam

Acesso ao Sumário

muito bem-vindos. Contem conosco para tudo o que for necessário. E pontifiquem, como vêm fazendo até hoje, nos mais de 30 anos de Magistratura.

Declaro encerrada a presente sessão de posse. Muito obrigado.

SILVIA ROCHA (Desembargadora)

Discurso em nome do Tribunal de Justiça, por ocasião da Posse Solene dos Desembargadores Maurício Simões de Almeida Botelho Silva, Jairo Brazil Fontes Oliveira e Tania Mara Ahualli (Cerimônia realizada em 14.06.2024).

Excelentíssimo Senhor Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Desembargador Fernando Antonio Torres Garcia, em nome de quem cumprimento todas as Autoridades presentes.

Excelentíssimos Senhoras e Senhores Desembargadoras, Desembargadores, Juízas e Juízes. Senhoras e Senhores Funcionárias e Funcionários deste Tribunal.

Familiares e Amigos dos empossandos. Senhoras e Senhores,

O Tribunal de Justiça de São Paulo reúne-se hoje em sessão solene muito grata às suas tradições, para a posse dos Desembargadores Maurício Simões de Almeida Botelho Silva, Jairo Brazil Fontes Oliveira e Tania Mara Ahualli, aos quais me dirijo para, honrosamente, cumprimentá-los.

Como diz a canção, *"Eu não sei dizer / Nada por dizer / Então eu escuto / Se você disser / Tudo o que quiser / Então eu escuto. Fala!"* (João Ricardo e Luhli).

Os Juízes estão habituados a escutar muito e a falar pouco, menos ainda de si mesmos.

Na posse ao último cargo da carreira, eles finalmente têm a rara e fugaz oportunidade de se fazer conhecer, de dizer quem são e o que e quem os levou e apoiou na longa, muito longa caminhada na árdua, exigente e rigorosa carreira da Magistratura.

Conto-lhes, então, o que apurei e escutei dos nossos homenageados.

O Desembargador Maurício Simões de Almeida Botelho Silva nasceu nesta Capital, formou-se em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, onde também se pós-graduou em Direito Comercial e Econômico. Foi Professor da Faculdade Politécnica de Campinas e de Direito Comercial da Faculdade de Direito de Jaguariúna. Ingressou na Magistratura em 1989, foi Juiz Substituto em Itapecerica da Serra, depois Juiz de Direito do Foro Distrital de Embu-Guaçu, da 2ª Vara do Foro Distrital de Itaquaquecetuba, da 4ª Vara Cível de Santo André e da 10ª Vara Cível de Campinas, onde optou por permanecer, depois de ter sido promovido para a 3ª Vara Cível do Foro Regional de Penha de França. No ano passado, foi removido ao cargo de Juiz Substituto em 2º Grau.

O Desembargador Maurício revelou-me que, a par das tarefas inesgotáveis de Magistrado, é, nas suas palavras, "Beatle maníaco", sabe e coleciona tudo sobre a banda que é paixão de todos nós; adora cinema, tem coleção com mais de 2.000 filmes, e é astrônomo amador.

"Ora (direis) ouvir estrelas! Certo Perdeste o senso!" E eu vos direi, no entanto,

parodiando Olavo Bilac, que só escuta os humanos quem é capaz de ouvir as estrelas.

O Desembargador Jairo Brazil Fontes Oliveira também nasceu na Capital de São Paulo, formou-se pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, fez especialização em Direito Civil Patrimonial, Responsabilidade Civil e Direitos Reais e em Direito Público pela Escola Paulista da Magistratura. Foi Juiz Substituto em Registro, Juiz de Direito de Bilac, da 1ª Vara de Ribeirão Pires, da 1ª Vara Cível de Santo André, onde optou por permanecer, depois de ter sido promovido para a 1ª Vara da Família e Sucessões do Foro Regional de Penha de França. Por fim, foi removido, em 2014, ao cargo de Juiz Substituto em 2º Grau.

Contou-me o Desembargador Maurício de sua felicidade por agora tomar posse com o Desembargador Jairo, seu amigo de longuíssima data, e antes por terem tomado posse juntos, como Juízes Substitutos, e trabalhado na Comarca de Santo André, onde consolidaram a amizade e passaram a competir na solução de... jogos eletrônicos, diversão de ambos.

E como também de diversão vive o homem, o Desembargador Jairo me revelou que é pianista e foi aluno de sua mãe que, além de Advogada, era também Professora de piano. Frequentador das Casas "Bevilacqua", na rua Direita, e "Manon", na rua 24 de Maio, que nenhum músico ignora, passou a frequentá-las para garimpar, também, partituras dos Beatles, vejam a coincidência, Queen, Rick Wakeman e Pink Floyd e, quando não as encontrava, elaborava seus próprios arranjos. A música é mais um motivo de união de sua família, porque frequenta, com sua mulher e seus filhos, concertos musicais, especialmente de rock.

A par, portanto, de serem Magistrados experientes, pelo muito longo exercício da jurisdição, não se descuraram de estudar, também o Direito, aperfeiçoando-se profissional e pessoalmente, buscando viver em harmonia, com alegria, para julgar melhor.

Assim também o fez a Desembargadora Tania Mara Ahualli. Paulistana, que se graduou pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e fez doutorado na Universidade de São Paulo, defendendo sua tese em 1997, no oitavo mês de gestação do primeiro filho. Ingressou na Magistratura em 1991, foi Juíza Substituta em Mogi das Cruzes, Juíza de Direito do Foro Distrital de Pilar do Sul e do Foro Distrital de Taboão da Serra, Juíza de Direito Auxiliar da Capital, depois da 41ª Vara Cível Central da Capital e da 1ª Vara de Registros Públicos de São Paulo. Atuou como Auxiliar da Corregedoria Geral da Justiça na gestão do Desembargador José Renato Nalini e, em 2021, removeu-se para o cargo de Juíza Substituta em 2º Grau.

Acesso ao Sumário

A Desembargadora Tania tem, paralelamente à atividade jurisdicional, desenvolvido grande atividade acadêmica. Coordenou vários cursos de Direito Notarial e Registral, também o de Pós-Graduação latu sensu na mesma área e o Simpósio de Reforma do Código Civil, na Escola Paulista de Magistratura, já que é Membro nomeada da Comissão de Acompanhamento da Reforma do Código Civil. Participa dos Cursos de Especialização em Direito Civil Patrimonial e Direito Público, também da EPM. É ainda Membro da Academia Brasileira de Direito Registral Imobiliário e da Academia Notarial do Brasil. Foi Juíza formadora e foi Docente de dois cursos da ENFAM. É Membro honorário do Centro de Estudos Notariais e de Registro da Faculdade de Direito de Coimbra e participou da coordenação de diversos seminários em parceria com entidades brasileiras. Faz parte do Conselho Consultivo da Santa Casa de Misericórdia

de São Paulo e é vice-presidente do Instituto Paulista de Magistrados. Escreveu, em coautoria, "Direito Notarial e Registral".

A Doutora Tania disse-me, ainda, ter tempo para cultivar orquídeas. Sua promoção ao nosso Tribunal, depois de tantos e tantos anos dedicados com afinco e talento à Magistratura e à Docência fez-me lembrar da "Licença Poética" de Adélia Prado, quando a Poetisa, agora com talento, parodiou Drumond:

"Quando nasci um anjo esbelto, / desses que tocam trombeta, anunciou: / vai carregar bandeira. / Cargo muito pesado pra mulher, esta espécie ainda envergonhada. / Aceito os subterfúgios que me cabem / sem precisar mentir. / (...) / ora sim, ora não, creio em parto sem dor. / Mas o que sinto escrevo. Cumpro a sina. / Inauguro linhagens, fundo reinos /- dor não é amargura. / Minha tristeza não tem pedigree, / já a minha vontade de alegria, sua raiz vai ao meu mil avô. / Vai ser coxo na vida é maldição pra homem. / Mulher é desdobrável. (...)".

O que lhes contei é amostra, quase nada, dos grandes homens e mulher que dedicaram a vida à Magistratura e foram capazes – não obstante os inúmeros obstáculos que a carreira, tal qual a vida, traz – de galgar os degraus de sua vida profissional com responsabilidade, não se furtando ao aperfeiçoamento nem às oportunidades de cultuar a Justiça, na lida incansável de solucionar conflitos, diuturna, paciente e obstinadamente.

O sério compromisso profissional implica ônus, dúvidas e conflitos pessoais e institucionais. Só o Juiz sabe o quanto. Como diz Guimarães Rosa, "O correr da vida embrulha tudo. (...) esquenta e esfria, aperta e daí afrouxa, sossega e depois desinquieta." E o que a vida quer da gente? – Eu digo, o que a vida quer dos Juízes, Juízas, Desembargadores e Desembargadoras? – Coragem!

Coragem para trabalhar diuturnamente com o pior do ser humano e para revelar o que ele tem de melhor. Coragem para compreender as mudanças econômicas, sociais e políticas e estar atualizado, preparado e estimulado para decidir. Coragem para enfrentar os que tentam enfraquecer o Judiciário e aniquilar a segurança jurídica, incitando o desrespeito a toda autoridade constituída e à ordem posta.

Sabe, quem dedicou sua vida a julgar, que promover a conciliação, dar solução a processos e dizer, com independência, o Direito é contribuir de modo verdadeiramente eficiente e relevante para pôr fim a ameaças, conflitos, violações e desigualdades e restabelecer o equilíbrio e a paz de que sejamos capazes.

Saúdo, com muita honra, em nome do nosso Tribunal de Justiça, os Desembargadores Maurício Simões de Almeida Botelho Silva e Jairo Brazil Fontes Oliveira e a Desembargadora Tania Mara Ahualli, porque, tendo tantos talentos e interesses, dedicaram suas vidas, corajosamente, a, mais do que falar, escutar com cortesia, para concretizar a Justiça.

Meu desejo é que esta celebração os faça concluir que têm usado os instrumentos colocados às suas disposições para serem úteis, porque não se deixaram contaminar pela descrença, que invalida a vida, e isso os faça se sentir realizados e felizes.

Que, hoje, Vossas Excelências possam dizer mais sobre si mesmos e recebam todos os gestos, palavras e olhares de afeto e gentileza a que fazem jus, por serem quem são. Que saibam que nada está terminado, mas tudo está sempre mudando, por fazer, por melhorar e nisso reside nossa importância, nosso aprendizado e a beleza de nossas vidas.

Acesso ao Sumário

Que o que venha a seguir seja ainda melhor!
Que assim seja!

TANIA MARA AHUALLI (Desembargadora)

Discurso proferido por ocasião de sua Posse Solene e dos Desembargadores Maurício Simões de Almeida Botelho Silva e Jairo Brazil Fontes Oliveira (Cerimônia realizada em 14.06.2024).

Cumprimento os presentes na pessoa do Desembargador Fernando Antonio Torres Garcia, Digníssimo Presidente deste Egrégio Tribunal.

É com imensa alegria e senso de responsabilidade que assumo hoje o cargo de Desembargadora do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Este momento é a culminação de 33 anos dedicados à Magistratura, uma jornada repleta de desafios, aprendizagens e, sobretudo, de um comprometimento inabalável com a realização da justiça.

Em primeiro lugar, gostaria de expressar meu eterno agradecimento aos meus pais, que infelizmente não estão aqui hoje fisicamente, mas que, com certeza, me acompanham. Eles sempre priorizaram a minha educação e plantaram em mim as sementes da dedicação e do amor ao conhecimento. Sei que estariam profundamente orgulhosos, e é com uma saudade imensa e um coração cheio de gratidão que recordo seus ensinamentos e apoio incondicional.

Não posso deixar de mencionar uma pessoa fundamental em minha trajetória: meu Professor e Padrinho Desembargador Rui Geraldo Camargo Viana. Foi ele que acreditou no meu potencial e me deu as oportunidades necessárias para chegar até aqui. Seu incentivo e orientação foram pedras angulares em minha carreira e, por isso, sou imensamente grata.

As presenças dos meus filhos, Thomaz e Theodoro, me dão grande alegria. Ter vocês ao meu lado nesta ocasião tão especial é um presente inestimável. Vocês são minha força e minha inspiração diária. E à minha querida irmã, Ana Paula, que sempre esteve por perto para me apoiar ao longo desses anos, meus sinceros agradecimentos. Sua companhia e carinho foram essenciais em cada passo dessa caminhada.

Agradeço também à minha dedicada equipe de Funcionários, que diariamente demonstra um compromisso exemplar com a promoção da justiça. Sem o empenho e a competência de cada um deles não seria possível realizar o trabalho com a seriedade que se espera. Vocês são parte vital desta jornada e têm meu reconhecimento profundo.

Agradeço a Deus por sempre iluminar meu caminho e por me cercar de pessoas tão boas e generosas. A orientação divina foi e sempre será a minha maior fortaleza.

Aos queridos amigos de longa data, ou nem tão longa, com quem sempre pude contar.

Poucas pessoas têm a sorte de se sentirem verdadeiramente realizadas com a tarefa que escolheram para suas vidas. Eu posso afirmar com toda a certeza de que nunca me arrependi de ter escolhido a Magistratura. É uma profissão que exige coragem e

Acesso ao Sumário

muita dedicação, mas que, em contrapartida, oferece a gratificação de servir à sociedade e contribuir para um mundo mais justo.

Com a convicção de estar trilhando o caminho certo, assumo esta nova posição com a promessa de continuar a trabalhar arduamente em prol da Justiça e da dignidade humana.

Muito obrigada a todos.

JAIRO BRAZIL FONTES OLIVEIRA (Desembargador)

Discurso proferido por ocasião de sua Posse Solene e dos Desembargadores Maurício Simões de Almeida Botelho Silva e Tania Mara Ahualli (Cerimônia realizada em 14.06.2024).

Excelentíssimo Senhor Desembargador Fernando Antonio Torres Garcia, Digníssimo Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Peço licença para, em seu nome, saudar todas as Ilustres Autoridades, expoentes do Direito, familiares, amigos, convidados e presentes a esta solenidade.

O Judiciário paulista é uma família de verdadeiros heróis, vocacionados, que superam os próprios limites para cumprir o seu dever constitucional de socorrer a sociedade e o próprio Estado na solução das infindáveis questões que os atormentam.

Família que eu tenho o privilégio de integrar há tantos anos, e que hoje me concede a honra de subir ao mais alto degrau da carreira.

Uma longa jornada, mais de 34 anos. Mas a espera é a inseparável parceira da experiência, graças à qual, então, pude me tornar Juiz mais experiente, aprendendo, a cada dia, com o trabalho, com o estudo e as lições de colegas, a ser um Magistrado apto a melhor cumprir o dever.

A espera também traz o sentimento de gratidão pelo apoio incondicional dos meus pais, da minha maravilhosa esposa, Ana Paula, e dos meus filhos, Luca e Rafael, amores da minha vida;

Por conhecer admiráveis colegas do Direito desde o início da carreira, e hoje reencontrar muitos deles;

Por atuar durante uma década como Juiz Substituto em Segundo Grau, sempre recebido de braços abertos por colegas que se tornaram grandes amigos e, ao ser promovido a Desembargador, agora com assento na 19ª Câmara de Direito Privado, sentir-me ao lado de irmãos num panorama de plena harmonia;

E por contar com leais Serventuários da Justiça desde o início da carreira, dos quais alguns me acompanham até hoje, em gabinete composto por Assistentes não apenas do mais alto nível, mas também amigos.

Fiquem com Deus.

Acesso ao Sumário

MAURICIO SIMÕES DE ALMEIDA BOTELHO SILVA (Desembargador)

Discurso proferido por ocasião de sua Posse Solene e dos Desembargadores Tania Mara Ahualli e Jairo Brazil Fontes Oliveira (Cerimônia realizada em 14.06.2024).

Excelentíssimo Senhor Doutor Desembargador Fernando Antonio Torres Garcia, mui Digno Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo, na pessoa de quem saúdo todas as demais Autoridades presentes nesta solenidade.

Excelentíssimos Senhores Doutores Desembargadores Heraldo de Oliveira Silva, Ana de Lourdes Coutinho Silva da Fonseca, Nelson Jorge Júnior, Francisco Giaquinto e Márcio Teixeira Laranjo, companheiros de jornada à frente da 13ª Câmara de Direito Privado deste Tribunal, que me honram diuturnamente com sua amizade, seu conselho, sua disponibilidade, seu exemplo e sua inesgotável cultura.

Excelentíssimo Senhor Doutor Desembargador Jairo Brazil Fontes Oliveira, colega de concurso e amigo dileto que, quis o destino, enverga comigo nesta data a toga negra de Desembargador deste Tribunal de Justiça de São Paulo.

Ilustríssimo Senhor Doutor Jayme Vita Roso, que hoje colhe o fruto da semente que plantou.

Não nos enganemos. A jornada por nós iniciada há 34 anos, precisamente nesta sala, não é obra isolada, trilhada de maneira solitária. É fruto de esforço coletivo, de saudável investimento emocional e de compromisso moral de esposas, filhos, pais, amigos e colegas, que moldaram e ainda continuam moldando os rumos da carreira do magistrado que galga o mais alto degrau da árdua jornada que consiste em administrar Justiça. E se essa afirmação é verdadeira, nada mais justo que eles, assim como nós, sejam os homenageados. Imperativo, portanto, dar a eles o crédito devido. Eles, muito mais do que eu mesmo, são os grandes responsáveis pelo que se celebra nesta data. Da mesma forma, esse reconhecimento e a sua presença nesta oportunidade tornam ainda mais grave e mais solene o compromisso que ora se assume.

Este é um juramento feito diante de Monica, minha esposa, o "rosto de mulher pintado pela mão da própria Natureza", nas palavras do Bardo de Stratford-Upon-Avon. Monica, que é meu alfa e meu ômega e de quem colho diariamente, sem esforço, lições de amor, sabedoria, paciência e dedicação. Monica, que para citar outro grande amor que tenho, muda minha vida com um aceno de sua mão. Violar este compromisso é desonrar o amor, a confiança e a cumplicidade construídos ao longo de 20 anos de vida em comum. A ela dedico, porque ninguém é mais merecedor disso, toda a honra que possa vir a amealhar em minha carreira.

Este é um juramento feito diante de Andrea, Carlinhos, Sara, Luiza, Bruno, Fernanda e Blanca, que também ao longo de 20 anos de convivência à frente da 10ª Vara Cível de Campinas e, posteriormente, em Segundo Grau, outra coisa não fizeram senão apoiar este Magistrado com sua dedicação, sua lealdade, sua inesgotável paciência, seu "bullying" sofrido e devolvido e seu compartilhado desejo de bem servir. Parafraseando as sábias palavras da Desembargadora Ligia Bisogni, todos eles dobraram de forma infalível o meu paraquedas.

Acesso ao Sumário

Esta é uma promessa feita diante de Gilberto Luiz de Carvalho Franceschini, de Ricardo Sevalho Gonçalves, de Roberto Chiminazzo Junior, de Celso Alves de Rezende, de Guilherme Cruz Humberto, de Helivelto de Araújo Godoy (este com ressalvas), meu valoroso bando de irmãos de Campinas. Valho-me, ainda uma vez, da pena de William Shakespeare, meu Poeta favorito, que de forma incomparável descreveu em seu Henrique V as figuras de Bedford, Exeter, Warwick, Talbot, Salisbury e Gloucester às vésperas da batalha de Agincourt e que se adaptam tão bem a todos eles. Juízes e seres humanos excepcionais, exemplos de retidão, caráter e cultura, cuja presença em minha carreira e em minha vida só fez demonstrar o quão relevante é o exemplo dado pelas personalidades verdadeiramente grandes.

Este, por fim, é um compromisso tomado diante de Marcelo Habice da Motta, de Isabel Marzano Ricci, de Clara Malta Peragallo, de Dorival Edson Dagir, de Candido Padim Filho, de Adailton Carlos Rodrigues, de todos os amigos da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, do Colégio Rio Branco e do Externato Assis Pacheco, estes celebrando neste ano inacreditáveis 60 anos de amizade. A respeito de todos eles me sirvo da pena do Poeta irlandês William Butler Yeats, que escreveu: "Pense que a maioria das glórias dos homens começa e termina, e diga: a minha glória foi ter amigos."

Fixados os destinatários de meu juramento e salientada a gravidade dele, resta apenas dizer da crença que me impele e que me guiará no futuro. Creio no Direito como instrumento a serviço da paz. E isso porque acredito nas palavras de Cícero, que há quase 2.000 anos já advertia: no meio das armas calam-se as leis. Creio neste Tribunal, no inestimável serviço que presta e nos homens e mulheres que nele servem ao povo de São Paulo. Creio em São Paulo e na sua inarredável vocação para a grandeza e a liderança. Creio no que me ensinaram meus velhos e novos Mestres, das minhas queridas Arcadas a meus pares companheiros de Câmara. Creio, por fim, e acima de tudo, nas palavras dos quatro jovens que um dia deixaram Liverpool para mudar o mundo, e que proclamaram num credo de esperança que, no final, o amor que se leva é igual ao amor que se faz.

É confiante nesse credo e inspirado por todos os que contribuíram para que, 34 anos depois, minha jornada começasse novamente, precisamente no mesmo local, que envergo a toga negra. Possa eu estar à altura do desafio que me aguarda.

Muito obrigado.

FERNANDO ANTONIO TORRES GARCIA (Presidente do Tribunal de Justiça)

Discurso de encerramento, por ocasião da Posse Solene dos Desembargadores Maurício Simões de Almeida Botelho Silva, Jairo Brazil Fontes Oliveira e Tania Mara Ahualli (Cerimônia realizada em 14.06.2024).

Excelentíssimo Doutor Fábio Prieto, Eminente Secretário da Justiça e Cidadania, neste ato representando Sua Excelência, o Governador do Estado de São Paulo, Tarcísio de Freitas;

Excelentíssimo Desembargador Artur Cesar Beretta da Silveira, Eminente Vice

-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo;

Excelentíssimo Desembargador Francisco Eduardo Loureiro, Eminente Corregedor-Geral da Justiça do Estado de São Paulo;

Excelentíssima Desembargadora Silvia Rocha, Oradora em nome do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo; Excelentíssimo Desembargador Ricardo Cintra Torres de Carvalho, Eminente Presidente da Seção de Direito Público do Tribunal de Justiça;

Excelentíssimo Desembargador Adalberto José Queiroz Telles de Camargo Aranha Filho, Eminente Presidente da Seção de Direito Criminal do Tribunal de Justiça;

Excelentíssimo Desembargador Militar Enio Luiz Rossetto, Presidente do Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo;

Excelentíssimo Desembargador Federal David Diniz Dantas, que nesse ato representa o Presidente do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, Desembargador Federal Carlos Muta;

Excelentíssimo Desembargador Gilson Delgado Miranda, Digníssimo Diretor da nossa Escola Paulista da Magistratura;

Excelentíssimos Desembargadores Afonso de Barros Faro Júnior e Rosangela Maria Telles, Ouvidores do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo;

Excelentíssimo Desembargador Walter Barone, Secretário Adjunto de Relações Internacionais da Associação dos Magistrados Brasileiros, neste ato representando o seu Presidente;

Excelentíssimo Desembargador Luís Paulo Aliende Ribeiro, Diretor Presidente da Magiscred;

Excelentíssima Doutora Bruna Simões, Primeira Subdefensora Pública-Geral, representando a Defensora Pública Geral do Estado de São Paulo;

Excelentíssimo Senhor Juiz de Direito Thiago Elias Massad, Presidente da Associação Paulista de Magistrados; Excelentíssimo Doutor Fernando Pereira da Silva, Promotor de Justiça e 1º Secretário da Associação Paulista do Ministério Público, neste ato representando o seu Presidente;

Excelentíssimo Doutor João Vinícius Manssur, Conselheiro Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção São Paulo, representando a sua Presidente, Doutora Patrícia Vanzolini;

Excelentíssimo Coronel PM Miguel Elias Daffara, Chefe da Assessoria Policial Militar do Tribunal de Justiça;

Excelentíssimo Doutor Tiago Antônio Salvador, Eminente Delegado de Polícia Chefe da Assessoria Policial Civil do Tribunal de Justiça;

Ilustríssima Doutora Ana Paula Frontini, Vice-Presidente da Academia Notarial Brasileira;

Ilustríssima Doutora Giselle Dias Rodrigues Oliveira de Barros, Presidente do Colégio Notarial do Brasil;

Ilustríssimo Doutor Ubiratan Pereira Guimarães, Diretor do Colégio Notarial do Brasil – Seção São Paulo, representando o seu Presidente;

Ilustríssimo Doutor Demades Mário Castro, Vice-Presidente da Associação dos Notários Registradores do Estado de São Paulo, representando o seu Presidente;

Ilustríssimo Doutor José Carlos Alves, Presidente do Instituto de Estudos de Protesto de São Paulo; Ilustríssima Doutora Giovanna Truffi Rinaldi, Diretora da Arpen,

Acesso ao Sumário

representando o seu Presidente;

Demais Autoridades presentes, Desembargadores, Juízes de Direito, Membros do Ministério Público, Defensores Públicos, Advogados, Autoridades Civis e Militares, Servidores da Justiça, Senhoras e Senhores, em especial os familiares dos nossos empossados.

Depois da oração proclamada pela Eminente Desembargadora Silvia Rocha, nada mais resta ser dito. Vossa Excelência esgotou as carreiras desses ilustres Magistrados, tecendo os comentários que realmente se faziam necessários. Foi uma oração muito linda e completa, e eu agradeço em nome do Tribunal de Justiça.

E como disse a Desembargadora Silvia Rocha, a vida exige mesmo muita coragem do Magistrado. Sem coragem, o Magistrado não consegue judicar. E é o que fizeram esses três ilustres Magistrados até hoje, desde o ingresso na Magistratura, quando prestaram concurso lá atrás, na década de 1980, 1990. São Magistrados experientes, com uma carreira sólida, uma carreira brilhante, que galgaram paulatinamente os degraus dessa nossa tormentosa, trabalhosa, mas belíssima carreira.

E eu faço aqui uma homenagem especial, não a eles, porque já foi feita pela Desembargadora Silvia Rocha, mas uma homenagem aos familiares desses Magistrados, sem os quais nada disso teria acontecido, sem os quais eles não estariam hoje ocupando o degrau mais alto da Magistratura Bandeirante. E eu digo aqui isso com muito prazer e muito orgulho, à Senhora Mônica Simões de Almeida Botelho Silva, à Doutora Ana Paula Scupino Oliveira, nossa colega da Justiça do Trabalho, aos seus filhos Lucca e Rafael e, também, à sogra do Jairo, Dona Roberta Pirini. Digo isso também ao Thomaz e Theodoro, filhos da Tania. Em especial à sua irmã, que acompanhou por toda essa jornada a nossa querida Tania Mara Ahualli, a Ana Paula Ahualli. Em nome desses familiares, cumprimento os eminentes Desembargadores Maurício Simões de Almeida Botelho Silva, Jairo Brazil Fontes Oliveira e Tania Mara Ahualli.

Só me resta dizer: sejam felizes e contem sempre com o Tribunal de Justiça de São Paulo. É uma honra e um orgulho para nós recebê-los no Segundo Grau de Jurisdição nesta maravilhosa noite de sexta-feira.

Parabéns a todos e nada mais havendo a ser dito, declaro encerrada a presente sessão solene de posse.

Parabéns.

MARCELO LOPES THEODOSIO (Desembargador)

Discurso em nome do Tribunal de Justiça, por ocasião da Posse Solene do Desembargador Marco Aurélio Pelegrini de Oliveira (Cerimônia realizada em 28.06.2024).

Boa tarde a todos.

Senhor Presidente Fernando Torres Garcia, na pessoa de Vossa Excelência cumprimento todas as Autoridades Civis e Militares presentes.

Obrigado.

Eu não vou fazer um discurso – já até falei para o Marco – vão ser algumas palavras vindas do coração. Ele sabe disso. Vou fazer uma retrospectiva rápida.

O Marco Aurélio, meu querido Marco Aurélio, tem duas filhas: a Letizia, com 21 anos, e a Sophia, com 18, que está aqui. A esposa, nossa querida colega de classe, amiga de tantos anos, a Paola Christina Calabró Lorena de Oliveira, que está no Direito Público e, muito em breve, também será promovida, não vai demorar muito tempo. Nós estudamos na Pontifícia Universidade Católica (PUC). Somos da mesma classe o Marco, a Paola e eu. De 1985 a 1989, quando nos formamos, e entramos no mesmo concurso, o 160º, com a posse em janeiro de 1991. Os pais do empossando, o Senhor Aureliano, in memoriam, que foi um pouco o meu pai também, e a Dona Terezinha, que está aqui presente, a mãe do Marco, que também foi um pouco minha mãe. Depois, vou contar com um pouquinho mais de calma, na sequência.

E a carreira do Marco? Ele começou como Juiz Substituto em Taubaté, foi Juiz Titular em Taboão da Serra, na 1ª Vara; São Caetano do Sul, na 6ª Vara Cível. Depois, na Capital, 1ª Vara Cível do Foro Regional Jabaquara, quando se removeu para substituir em 2º Grau, há cinco anos, e trabalhou na 17ª Câmara de Direito Público. Recentemente foi promovido administrativamente ao cargo de Desembargador.

Bom, os laços meus com o Marco, alguns aqui na plateia sabem, são de muito tempo, muitos anos. Nós convivemos desde o meio da faculdade, as famílias ficaram muito amigas e eu frequentei muito a casa do Marco, desde a faculdade e, depois, prestando concurso. Nós estudamos muito juntos, né, Marco? E a nossa turminha era bem unida. Era muito, muito, muito amiga, muito próxima.

O Marco ia visitar meus pais também. Mas eu ia mais na casa dele, em São Paulo, porque eu morava em São Paulo. E quantas vezes, estudando, jantamos. Sua mãe queria dar o jantar, você não queria, mas eu queria... Coisas do gênero, né, Marco? E isso nos aproximou demais.

O pai dele, já falecido, uma pessoa também inesquecível para mim, assim como os pais da Paula, com quem também convivi bastante.

Para terminar minha fala, vou contar um segredo só para o Presidente. No dia do exame oral, fui o primeiro do dia, o primeiro examinado; o Marco foi o terceiro, salvo engano, teve uma moça no meio, depois do Marco foi o Morsello [Marco Fábio Morsello], que está aqui, e a Márcia [Marcia de Souza Donini Dias Leite], que é Juíza na Vila Prudente.

Acesso ao Sumário

Um dia antes do exame oral, nós dois, fazendo um bate pronto de matérias e tal, ele falou assim: “Me fala aí alguma coisa de nome comercial”. Eu falei: “Bom, Marco, eu não sou comercialista”. Ele disse, sei lá, tem uns tópicos aqui, e eu falei os tópicos, tudo bem. Vou lá eu, primeiro dia, examinado, fiz a minha parte. Foi indo, a gente ficava esperando terminar o exame oral. Chegou nele, foi bem. O último examinador vira para ele e fala assim: “O que o senhor sabe sobre nome comercial?” Ele olhou para minha cara e deu um show. Parecia um comercialista. Tinha ido bem no resto, óbvio, mas ele deu um show. E isso marcou muito, né, Marco?

Com essas palavras, Senhor Presidente, encerro o que tenho a dizer e queria descer só para dar um beijo na mãe do Marco.

Logo volto.

MARCO AURÉLIO PELEGRINI DE OLIVEIRA (Desembargador)

Discurso por ocasião de sua Posse Solene como Desembargador do Tribunal de Justiça (Cerimônia realizada em 28.06.2024).

Senhor Presidente Fernando Antonio Torres Garcia, em nome de quem saúdo as demais Autoridades presentes nessa cerimônia. Servidores e Servidoras, Senhores e Senhoras, muito boa tarde.

Gostaria de anunciar que nem sei se o que vou dizer aqui pode ser propriamente classificado como discurso, pois são apenas algumas singelas palavras que pensei em deixar registradas de forma rápida, para não cansar a respeitável assistência que me honrou com a sua presença, nessa ocasião tão importante da minha vida.

Acho que todos já ouviram falar do famoso Sócrates, não o jogador de futebol, o Filósofo Ateniense do Século V a.C., e sabemos isso por relatos dos seus discípulos, principalmente Platão e Xenofonte; e ele considerou a lealdade como o princípio moral básico, do qual derivariam todos os outros. Segundo o seu entendimento, a lealdade é um valor humano tão importante, que dele derivaria a retidão, a honestidade e a disposição de cumprir compromissos. E a gratidão, Senhor Presidente, é a filha dileta da lealdade.

Dedico essas palavras, pois, Senhor Presidente, à gratidão, o sentimento que me inspirou a escrevê-las.

Ao chegar na Comarca de Taubaté, no início dos anos 90, como Juiz Substituto, fui recebido pelo então diretor do fórum que, a partir dali, e por vários meses, seria o meu mentor e, na sequência, amigo, o hoje Desembargador Dimas Rubens Fonseca, que mais tarde seria Presidente da maior Seção desse Tribunal, a Seção de Direito Privado. Nessa mesma Comarca, preciso pontuar, fui muito ajudado e estimulado por um jovem e dinâmico Magistrado, o qual mais tarde, seria eleito Presidente do maior Tribunal Regional Eleitoral do Brasil. Refiro-me ao Desembargador Paulo Galizia [Paulo Sérgio Brant de Carvalho Galizia]. A ambos minha eterna gratidão.

Continuando, Senhor Presidente, nos mesmos anos 90, enquanto fazia uma audiência na Comarca de Pindamonhangaba, da qual era Prefeito o hoje Vice-Presidente da República, Geraldo Alckmin, recebi um telefonema do então Juiz Auxiliar das Designações, o conhecido e muito querido, hoje Desembargador Mário Devienne Ferraz; comunicou-me que no dia seguinte eu deveria assumir uma das Varas da Comarca de Campos do Jordão, pois um dos Magistrados que ali trabalhava sofrera um atentado contra a sua vida. Para ciência, esse atentado contra o infeliz colega, concretizou-se por meio do envio e recepção de uma Bíblia Sagrada, em cujo interior havia uma banana de dinamite, que uma vez deflagrada – e a sorte é que o fora apenas parcialmente – custou-lhe ambas as mãos, a despeito de todos os esforços engendrados pela Administração do nosso Tribunal, que tudo fez para que seu atendimento se desse o mais rapidamente possível. Por sorte não perdeu a vida, pois a quantidade de explosivo era suficiente para dividir o homem de 1,90m ao meio.

Antes que o dia terminasse, recebo outro telefonema, desta vez do Gabinete do então Juiz do Tribunal de Alçada Criminal, Doutor Walter Theodósio, posteriormente Desembargador, comunicando-me que seu apartamento estava à minha disposição,

durante o tempo que perdurasse minha designação naquela Comarca, onde permaneci instalado pela gentileza do pai do Desembargador que falou em nome do Tribunal de Justiça nessa tarde de sexta-feira, Marcelo Lopes Theodosio.

Sempre a gratidão, Senhor Presidente, sempre ela.

Passa-se um pouco de tempo, então Juiz em Primeira Entrância, morando numa casa alugada pela Prefeitura, por dever de corriqueiro ofício, emiti uma decisão contra um grupo de representados; resumindo, tendo-me de retirar às pressas da casa reservada ao Juiz pela referida Prefeitura, vi-me obrigado a mudar-me para Comarca maior, mais próxima, quando, então, um certo Juiz, vendo-me em aflitiva situação, disse-me que morava numa casa de propriedade do Poder Judiciário, que tinha muitos quartos e que eu poderia nela residir em um daqueles cômodos; fui ajudado, então, por esse bondoso Magistrado que me acolheu por vários meses, até que eu fosse promovido para Taboão da Serra.

Sabe quem é esse Magistrado, Senhor Presidente, Senhores e Senhoras? É o Desembargador Diretor da Escola Paulista da Magistratura, o Professor Gilson Delgado Miranda, a quem eu sou eternamente grato. É a gratidão novamente.

Já na Comarca da Capital, fui trabalhar na 7ª Vara Cível Central, na qualidade de Auxiliar de um grande Juiz Titular, onde aprendi como é que se consegue fazer com que as partes cheguem a uma transação ou, mais popularmente falando, a um acordo. Foram anos de grande aprendizado e de uma amizade que ali nasceu e que perdura até os dias de hoje. O Juiz a que me referi seria posteriormente galgado à Presidência da nossa Apamagis e mais adiante do nosso Tribunal de Justiça, o Desembargador Paulo Dimas Debellis Mascaretti, a quem eu sou, evidentemente, muitíssimo grato.

Não posso esquecer do Desembargador Rubens Rihl [Rubens Rihl Pires Corrêa], que não somente tem orientado a mim, mas creio que a muitos colegas em questões de Informática. Meus agradecimentos a esse Magistrado.

Os anos passam, amizades vão sendo feitas, muitas delas na nossa querida Associação e por conta de uma delas – só posso creditar a isso o convite que se seguiria – fui parar na Assessoria de um Jurista rigoroso, em cuja convivência realmente aprendi demais, consolidei o que sabia e reaprendi o que achava que sabia sob novas perspectivas e enfoques. O convite surgiu em uma situação peculiar. Quando eu e minha mulher estávamos num cruzeiro pelas Costas da Grécia, passamos por uma ilha na qual um certo Magistrado tinha a sua origem e lembrei-me de tal fato, telefonando-lhe na sequência para dizer-lhe que naquele exato momento tínhamos à frente aquela porção de terra denominada Anafe.

Acesso ao Sumário

Refiro-me, agora todos já sabem, ao paradigmático Magistrado Ricardo Mair Anafe, integrante do Órgão Especial por duas vezes, Ex-Presidente da Seção de Direito Público, Ex-Corregedor-Geral da Justiça e Ex-Presidente do nosso amado Tribunal de Justiça, de quem eu e minha mulher somos eternos devedores e admiradores. Novamente a gratidão, Senhor Presidente.

Não posso deixar de igualmente registrar os cinco anos que passei na 17ª Câmara de Direito Público, onde atuei como Juiz Substituto, local onde fui acolhido por um grupo de Desembargadores excepcionais, que me deu todo o apoio profissional e calor humano, razão pela qual minha eterna gratidão ao seu Presidente, Carlos Fonseca Monnerat, e aos demais integrantes, Antonio Moliterno [Antonio José Martins Moliterno],

Alberto Gentil [Alberto Gentil de Almeida Pedroso Neto], Ricardo Gracchо e Aldemar Ferreira da Silva [Aldemar José Ferreira da Silva].

Encaminhando-me para o final que essas palavras já estão demorando.

Faz-se necessária uma consideração sobre o Desembargador Marcelo Lopes Theodosio, um amigo de quase 40 anos. Este tem sido um companheiro sempre presente em todas as horas, nas boas e nas más, amigo da minha família e paciencioso ouvinte, pessoa a quem rendo um tributo imorredouro, pela amizade que nos une há tanto tempo. Estamos juntos desde os bancos da faculdade, colegas de classe, eu, ele, minha mulher, a também nossa colega de profissão Paola Christina [Paola Christina Calabró Lorena de Oliveira], Juíza Substituta em Segundo Grau e o Desembargador Airton Vieira, que acabou sendo meu compadre, outro amigo querido que jamais escapa das minhas orações.

Marcelo, como dito, foi meu colega de classe na faculdade durante os cinco anos de duração do curso, foi meu colega de Concurso na Magistratura, e fomos examinados oralmente, veja a coincidência, Senhor Presidente, na mesma tarde, após o que fomos para Campos do Jordão, aguardar o dia em que sairia o resultado do certame, naquele mesmo apartamento no qual um dia eu residiria como Juiz Substituto, por força da generosidade dos seus genitores, o Doutor Walter Theodósio e Dona Tereza Theodósio, essa última de saudosa memória.

Uma palavra aos Servidores integrantes do meu Gabinete, com quem tenho interagido em estreita harmonia, sempre me indagando o que seria de nós sem eles? Meu profundo agradecimento ao Erasmo, Rinaldo, Lionel, Maysa, Juliana, Gabriele e Fernando.

Por fim, Senhor Presidente, já encerrando, agradeço aos meus pais, Aureliano e Terezinha, pelos valores que me passaram, e que me apoiaram em tudo durante toda a minha vida, o primeiro já não mais entre nós, e à minha querida e muito paciente mulher, Paola Christina, com quem estou casado há 32 anos e às minhas filhas, Letizia e Sophia, hoje em dia, razão principal e motivação da minha vida e, finalmente, a Deus, sem o qual, certamente, eu não teria chegado até aqui.

Muito obrigado.

FERNANDO ANTONIO TORRES GARCIA (Presidente do Tribunal de Justiça)

Discurso de encerramento, por ocasião da Posse Solene do Desembargador Marco Aurélio Pelegrini de Oliveira (Cerimônia realizada em 28.06.2024).

Excelentíssimo Senhor Desembargador Artur Cesar Beretta da Silveira, Eminente Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo;

Excelentíssimo Desembargador Ricardo Cintra Torres de Carvalho, Digníssimo Presidente da Seção de Direito Público do nosso Tribunal de Justiça;

Excelentíssimo Desembargador Adalberto José Queiroz Telles de Camargo Aranha Filho, Presidente da Seção de Direito Criminal deste Tribunal;

Excelentíssimo Desembargador Marcelo Lopes Theodosio, Orador em nome do

Acesso ao Sumário

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que bem demonstrou, nas suas palavras amigas e amigáveis, quem é o empossando desta noite;

Excelentíssimo Desembargador Ricardo Mair Anafe, Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no biênio 2022/2023;

Excelentíssimo Desembargador Paulo Dimas Debellis Mascaretti, Eminente Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no biênio 2016/2017;

Excelentíssimo Desembargador Federal David Diniz Dantas, que neste ato representa o Presidente do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, Desembargador Carlos Muta;

Excelentíssimo Desembargador José Antonio Encinas Manfré, Digníssimo Vice-Presidente do Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo;

Excelentíssima Doutora Amanda Polastro Schaefer, Chefe de Gabinete da Defensoria Pública Geral, representando a Defensora Pública-Geral, Doutora Luciana Jordão da Motta Armiliato de Carvalho;

Excelentíssimo Desembargador Gilson Delgado Miranda, Digníssimo Diretor da Escola Paulista da Magistratura; Excelentíssimo Senhor Desembargador Walter Barone, Digníssimo 1º Vice-Presidente da nossa Apamagis [Associação Paulista de Magistrados] que, neste ato, representa os presidentes da AMB [Associação dos Magistrados Brasileiros] e da Apamagis;

Excelentíssima Desembargadora Rosangela Maria Telles, Ouvidora do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo; Excelentíssimo Doutor André Almeida Garcia, Presidente da Associação dos Advogados de São Paulo;

Excelentíssimo Coronel PM Miguel Elias Daffara, Chefe da Assessoria Policial Militar do Tribunal de Justiça que, neste ato, também representa o Comandante-Geral;

Demais Autoridades presentes, Desembargadoras e Desembargadores, Juízes e Juízas, Membros do Ministério Público, Defensores Públicos, Advogados, Autoridades Civis e Militares, Familiares do nosso empossando, Servidoras e Servidores da Justiça, minhas Senhoras e meus Senhores.

O nosso Eminente Desembargador Marco Aurélio Pelegrini de Oliveira vem de um concurso que só não é melhor que o meu, o 149º. Mas, no 160º Concurso de Ingresso eu tenho muitos amigos, dentre os quais o eminente Desembargador empossando, Desembargador Marcelo Lopes Theodosio, tantos outros, em especial a minha irmã. E vejo com muita alegria quando o Presidente tem que dar posse para um amigo. Tudo fica mais fácil, tudo é muito natural, não é?

Assim foram as falas de hoje, falas amistosas, amigáveis, que vêm do coração. Essas são as falas verdadeiras.

E o Marco Aurélio, me permita esta falta de protocolo, Marco Aurélio ressaltou um ponto que só é próprio aos homens de bem, a gratidão. O Marco Aurélio descreveu a sua carreira. Demonstrou as agruras que o Magistrado tem que passar durante a sua carreira. Quem assiste de longe não sabe o que é a vida de um Juiz. De Comarca em Comarca, morando em casa emprestada, morando em hotéis de péssima qualidade, muitas das vezes.

E mais, quando nós começamos a carreira, o vencimento era baixíssimo. Eu, por exemplo, vim ganhar menos, sendo Juiz, do que ganhava como Auxiliar Legislativo na Câmara Municipal de São Paulo. Mas era o ideal. E nós Magistrados fomos idealistas.

Acesso ao Sumário

O Marco também destacou um momento triste da história do Tribunal, foi quando o colega de Campos do Jordão foi vítima de um atentado, e lá foi o Marco para substituir esse colega, que hoje está aposentado.

Enfim, o Marco descreveu passo a passo o que é ser Juiz. A gratidão que o Juiz tem que ter com os seus amigos, com os seus colegas e, sobretudo, com a sua família. A Paola Christina Calabró Lorena de Oliveira, sua fiel companheira, nossa colega também, as filhas Sophia e Letizia, Sophia aqui presente, e sua mãe, Dona Terezinha Almeida de Oliveira, e tenho certeza que o Senhor Aureliano, mesmo não estando mais entre nós, está aqui para lhe dar um abraço.

Essa é a Magistratura de São Paulo: simples, composta por homens simples. É assim que nós somos, nada além disso. Então, Marco, seja muito feliz nessa nova fase. Você percorreu toda a carreira com muito brilhantismo, muitos amigos – o auditório hoje demonstra. E você, nesta nova fase, ao atingir o último degrau da sua carreira, reconhece, na gratidão, a indispensabilidade de cada um daqueles que estiveram ao seu lado; amigos, colegas e, sobretudo, sua família.

Agradeço imensamente a presença de todos e declaro encerrada esta sessão.

Muito obrigado.

Acesso ao Sumário