

TJPA revista

• REVISTA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARÁ • ANO 74 • Nº 116 • FEVEREIRO DE 2020 •





TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARÁ

TJPA

revista

REVISTA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARÁ

ANO 74

Nº 116

BELÉM - PARÁ

Revista do Tribunal de Justiça do Estado do Pará / Tribunal de Justiça do Estado do Pará. – v. 74, n. 116 (fev. 2020) - Belém: TJPA, 1926- .
v.: il.

Irregular.

Continuação da publicação impressa.

Disponível em: < <http://www.tjpa.jus.br/PortalExterno/institucional/Publicacoes/409333-revista-do-tjpa.xhtml> >

Versão eletrônica: v.69, n.115 (2015).

ISSN 0103-9105(versão impressa)

1. Direito – Periódico. 2. Direito – Doutrina. 3. Direito – Jurisprudência. I. Pará. Tribunal de Justiça.

CDD 340.05

PALAVRA DO PRESIDENTE



Esta nova edição da Revista do Tribunal, continua cumprindo o relevante papel que lhe determinou a razão de ser, como veículo de difusão de conhecimentos e experiências, inerentes à vivência e às práticas pelos operadores do direito e prestadores de Justiça, contidos nos doutos artigos e nas súmulas jurisprudenciais que publica. Há, em cada parágrafo, página após página, conteúdos em que se depositam lições de sabedoria e frutos de pesquisas, convergindo para elementos de lição e para a reflexão sobre atos e fatos em que repousam as sucessivas evoluções sociais e a adequação do arcabouço jurídico e dos instrumentos legais aos costumes.

Continuamos a exercer a tendência universal da continuada utilização dos meios eletrônicos modernos para veicular as ideias e os conceitos de vida que alimentam e valorizam a cultura humana, em seus desdobramentos e nas repercussões no contexto social. Reduzir os impressos, é uma das formas de contribuir, também neste particular, com o empenho global pela proteção do meio-ambiente, particu-

laridade na qual a gradativa e permanente redução do uso de papel e de tinta dos impressos, poupa centenas de árvores e toneladas de resíduos pictóricos, atenuando os efeitos nocivos que a retirada desses insumos causa à natureza.

Em nome da máxima da comunicação, segundo a qual o meio é a mensagem, a produção de publicações virtuais, como agora também se faz, esta edição da Revista do TJPA amplia ainda mais o alcance ao público, disponibilizada “ad-*eternum*”, através da rede mundial de computadores, podendo, assim, ser acessada quando e onde estiverem seus leitores preferenciais e potenciais. Cumpre registrar, e agradecer, aos colaboradores que emprestaram os valiosos conteúdos de seus trabalhos acadêmicos, produtos de pesquisas e, em particular, as jurisprudências que enriquecem mais esta realização editorial da Comissão de Revista e Jurisprudência.

Desembargador **Leonardo de Noronha Tavares**

Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Pará

FOTO: RICARDO LIMA



PALAVRA DA COMISSÃO



com grande satisfação que entregamos a “Revista do Tribunal de Justiça do Estado do Pará” produto final de um ano de dedicação e trabalho, no qual esta comissão atuou ativamente na coleta de dados, com o intuito de entregar um produto final sistêmico e integrativo, através do qual o leitor possa se identificar e ainda conhecer a jurisprudência do Tribunal aliada a doutrina de renomados escritores paraenses.

Tendo sido, a última edição da Revista lançada em setembro de 2015, entendemos que esta retomada é de suma importância para trazer à tona este instrumento de comunicação entre o poder judiciário e o jurisdicionado, neste rol incluídos advogados, acadêmicos de Direito e a Sociedade.

Nesta edição, buscamos unir a melhor jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, estando basicamente dividida em direito civil e direito penal. Na seara cível, a revista traz jurisprudência tanto do âmbito do Direito Público, quanto do âmbito do Direito Privado, mostrando ao leitor que o posicionamento das Turmas deste Tribunal, que tem caminhado sempre na direção de tornar eficazes suas decisões.

A Revista também traz artigos científicos brilhantes e que tratam de temas como definição de competência em matérias que envolvam direito a saúde, combate ao dumping social, direito processual civil e direito ambiental.

Boa Leitura!

Desembargadora **Maria Filomena de Almeida Buarque**

Presidente da Comissão de Súmula, Jurisprudência, Biblioteca e Revista

Desembargador **Luiz Gonzaga da Costa Neto**

Membro da Comissão de Súmula, Jurisprudência, Biblioteca e Revista

DESEMBARGADORES



Des. Leonardo de Noronha Tavares
PRESIDENTE
DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DO ESTADO



Desª. Célia Regina de Lima Pinheiro
VICE-PRESIDENTE
DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DO ESTADO



Desª. Maria de Nazaré Saavedra Guimarães
CORREGEDOR DA REGIÃO
METROPOLITANA



Desª. Diracy Nunes Alves
CORREGEDORA DO
INTERIOR



Des. Milton Augusto de Brito Nobre



Desª. Gleide Pereira de Moura



Des. José Maria Teixeira do Rosário



Desª. Maria do Céu Maciel Coutinho



Desª. Maria Edwiges Miranda Lobato



Des. Roberto Gonçalves de Moura



Des. Rômulo José Ferreira Nunes



Desª. Luzia Nadja Guimarães Nascimento



Desª. Vania Valente do Couto Fortes Bitar Cunha



Des. Raimundo Holanda Reis



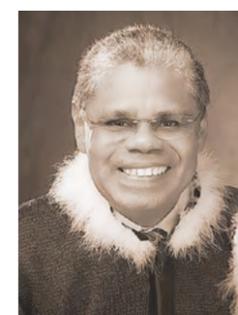
Desª. Vânia Lúcia Carvalho da Silveira



Desª. Maria Filomena de Almeida Buarque



Desª. Edinéa Oliveira Tavares



Des. Luiz Gonzaga da Costa Neto



Des. Mairton Marques Carneiro



Desª. Ezilda Pastana Mutran



Des. Constantino Augusto Guerreiro



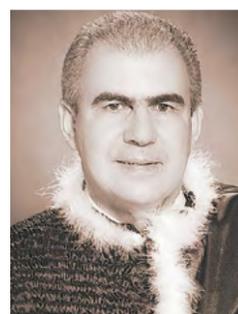
Desª. Maria de Nazaré Silva Gouveia dos Santos



Des. Ricardo Ferreira Nunes



Des. Leonam Gondim da Cruz Júnior



Des. Ronaldo Marques Valle



Desª. Maria Elvina Gemaque Taveira



Desª. Rosileide Maria da Costa Cunha



Desª. Nadja Nara Cobra Medra



Des. José Roberto Pinheiro Maia Bezerra Júnior



Desª. Rosi Maria Gomes de Farias

SUMÁRIO

A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL PARA JULGAMENTO DAS AÇÕES DE SAÚDE EM QUE SE POSTULA A DISPENSAÇÃO DE MEDICAMENTOS NÃO REGISTRADOS NA ANVISA	13
O COMBATE AO DUMPING SOCIAL NO MERCADO DE CONSUMO ATRAVÉS DO EXERCÍCIO QUALIFICADO DA LIBERDADE DE ESCOLHADO CONSUMIDOR	25
O PAPEL DO JUDICIÁRIO NO CONFLITO ENTRE A DEMOCRACIA REPRESENTATIVA E A AGENDA AMBIENTAL	40
DIREITO FUNDAMENTAL AO CONTRADITÓRIO E A VEDAÇÃO À DECISÃO SURPRESA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	53
Os Imperativos do Equilíbrio e da Serenidade na Função Judicante	66
JURISPRUDÊNCIAS CÍVEIS DE DIREITO PÚBLICO	70
Desa. Célia Regina de Lima Pinheiro	71
Desa. Maria Elvina Gemaque Taveira	92
Des. Roberto Gonçalves de Moura	103

Des. Luiz Gonzaga da Costa Neto	123
JURISPRUDÊNCIAS CÍVEIS DE DIREITO PRIVADO	157
Des. José Roberto Pinheiro Maia Bezerra Júnior	158
Desa. Maria do Céu Maciel Coutinho	166
Des. Constantino Augusto Guerreiro	178
Desa. Maria Filomena de Almeida Buarque	228
JURISPRUDÊNCIA EM MATÉRIA CRIMINAL	272
Des. Mairton Marques Carneiro	273
Des. Milton Augusto de Brito Nobre	282
Des. Romulo Ferreira Nunes	292
Desa. Maria de Nazaré Silva Gouveia dos Santos	300

A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL PARA JULGAMENTO DAS AÇÕES DE SAÚDE EM QUE SE POSTULA A DISPENSAÇÃO DE MEDICAMENTOS NÃO REGISTRADOS NA ANVISA

HOMERO LAMARÃO NETO¹

¹ Mestre e Doutor em Direito (UFPA), Vice Coordenador do Comitê Estadual de Saúde do Estado do Pará (Resolução CNJ 238/2016). Professor do Centro Universitário do Estado do Pará – CESUPA. Professor Colaborador da Escola Judicial do Tribunal de Justiça do Estado do Pará. Formador credenciado pela Escola Nacional de Formação de Magistrados (ENFAM). Juiz de Direito Auxiliar de 3ª entrância (TJE/PA). E-mail: homero.neto@tjpa.jus.br

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo analisar as balizas fixadas no julgamento do Recurso Extraordinário 657.718/MG, enquanto precedente vinculante firmado no âmbito do Supremo Tribunal Federal, essencialmente em relação à regra de com-

petência da justiça federal para o julgamento das ações em que se postulam medicamentos não registrados na ANVISA.

PALAVRAS-CHAVE: Competência. Judicialização. Saúde Pública. Supremo Tribunal Federal. Tecnologias.

THE COMPETENCE OF FEDERAL JUSTICE FOR JUDGMENT OF HEALTH ACTIONS IN WHICH POSSIBLE DISPOSAL OF MEDICINAL PRODUCTS NOT REGISTERED IN ANVISA

ABSTRACT: The purpose of this article is to analyze the goals set in the judgment of the Extraordinary Appeal 657.718/MG, as a binding precedent set in the Federal Supreme Court, essentially in relation to the jurisdiction rule of the federal court for the judgment

of actions in which drugs are postulated not registered with ANVISA.

KEYWORDS: Jurisdiction. Judicialization. Public Health. Federal Court of Justice. Technologies.

1. INTRODUÇÃO



entre tantas inovações fixadas pela Constituição Federal de 1988, a criação de um sistema de saúde aberto a toda a população foi, certamente, um de seus expoentes. O Sistema Único de Saúde, apesar de sua ousada proposta, recebe críticas exacerbadas em relação ao seu funcionamento, forma de financiamento e abrangência.

A migração de um sistema vinculado a efetivos contribuintes (seguro social) para um sistema de acesso universal e igualitário (seguridade - SUS) proporcionaria (como de fato proporcionou) um aumento na prestação de ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação da saúde.

Nesse contexto, podemos asseverar que a ampliação das prestações de serviços de saúde caminhou ao lado da conscientização de direitos e, conseqüentemente, um nível mais alastrado de cobranças ao Estado, como hoje podemos observar na discussão sobre o alargamento de políticas públicas para dispensação de medicamentos para diversas doenças raras, estejam ou não esses medicamentos registrados na ANVISA².

Contudo, algumas questões importantes para o enfrentamento da judicialização da saúde ainda não foram absolutamente assimiladas pelo Poder Judiciário Brasileiro. O maior exemplo dessa carência é a ausência de compreensão de que o julgamento dos pedidos em ações de saúde, em se tratando de

Sistema Único de Saúde (SUS), precisa estar muito bem classificado entre o que denominamos “demandas dentro do pacote” e “demandas fora do pacote”.

De uma forma geral, as assim chamadas “demandas dentro do pacote” são os pedidos de prestações na área de saúde pública já devidamente positivados nas políticas públicas do Sistema Único de Saúde (SUS) como, por exemplo, os medicamentos previstos na Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME). As “demandas fora do pacote”, por sua vez, caracterizam-se como postulações no campo da saúde pública em que não há previsão de dispensação de um medicamento, tratamento ou insumo em nossas políticas públicas como, por exemplo, era o pedido do medicamento *Spinraza* em data anterior ao mês de junho de 2019³.

Atentos a essa questão, os Coordenadores dos Comitês Estaduais de Saúde deliberaram na III Jornada de Saúde, promovida pelo Conselho Nacional de Justiça no mês de março de 2019, aprovando, por maioria, o texto do Enunciado 78, assim registrado:

Compete à Justiça Federal julgar as demandas em que são postuladas novas tecnologias ainda não incorporadas ao Sistema Único de Saúde – SUS.

O Enunciado em questão, acertadamente aprovado, apenas e tão somente explicita o que consta no artigo 19-Q da Lei 8.080/90, norma que prevê expressamente a imprescindível manifestação da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias (CONITEC) a qualquer inclusão ou exclusão de tecnologias no âmbito do Sistema Único de Saúde. Em

síntese, a incorporação ou exclusão de qualquer medicamento no SUS depende de manifestação prévia de órgão vinculado ao Ministério da Saúde, atraindo, dessa forma, o interesse da União na lide e, por consequência, a competência da Justiça Federal.

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, manifestou-se sobre a temática ao julgar o Recurso extraordinário 657.718/MG⁴, esclarecendo e ratificando a regra do artigo 19-Q da Lei 8.080/90. Muito embora o julgamento desse recurso se refira especificamente aos medicamentos sem registro na ANVISA⁵, entendemos que o Supremo manterá esse mesmo entendimento no (próximo) julgamento do Recurso Extraordinário 566.471 (medicamentos de alto custo), confirmando-se o acerto da deliberação tomada na III Jornada de Saúde, ao asseverar que as demandas “fora do pacote”, ou seja, as demandas em que se postulem prestações não garantidas em políticas públicas do Sistema Único de Saúde (SUS) devem ser propostas contra a União.

Salientamos que o julgamento dos embargos de declaração no Recurso Extraordinário nº 855.178 trata da reafirmação da jurisprudência do STF em relação à regra de responsabilidade solidária dos entes federativos no SUS para prestar assistência à saúde, responsabilidade que não é elidida por organizações administrativas infraconstitucionais, segundo o entendimento sacramentado pela Corte.

Em mais uma oportunidade, dessa vez em sede de precedente vinculante, diversamente do que ocorreu com o julgamento da Suspensão de Tutela Antecipada (STA) 175/CE, o STF ratificou a histórici-

dade de seus julgados, reafirmando a tese de que as previsões de legislação ordinária ou normatização administrativa (como a RENAME), dirigindo a cada ente da federação uma gama de atribuições, não subtraem o preceito de constitucionalidade atinente à regra de responsabilidade solidária dos entes federativos para a prestação do direito à saúde.

Assim, julgados os embargos de declaração, firmou-se a seguinte tese:

Os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde, e diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro.

A decisão tomada em caráter vinculante indica dois pontos primordiais: a) o magistrado poderá modular os efeitos de sua decisão e direcioná-la para o cumprimento ao ente federativo adequado, de acordo com a repartição de atribuições no SUS; b) o magistrado efetivará o dever de ressarcimento em decisão de mérito ao ente que pagou pelo medicamento e não deveria pagar. Prevaleceu a historicidade dos julgados.

E por que razão o STF decidiu de forma diversa em se tratando de medicamento não registrado na ANVISA? A questão é simples e está atrelada à tônica do equilíbrio e do bom senso: não havendo registro do

²Essa é essencialmente a discussão travada nos Recursos Extraordinários 657.718/MG e 566.471/RN, destacando-se que o primeiro foi julgado em maio do corrente ano, estando o segundo pautado para julgamento em outubro/2019.

³ O medicamento *Spinraza* passou a ser disponibilizado pelo Sistema Único de Saúde a partir de 19 de junho de 2019, conforme Portaria GM 1297/2019, em inovador programa de gestão compartilhada de risco entre o Ministério da Saúde e a empresa farmacêutica fornecedora do medicamento, para o tratamento das Atrofia Musculares Espinhas (AME), doenças genéticas caracterizadas por fraqueza e atrofia musculares progressivas, oriundas da degeneração de neurônios motores.

No julgamento do RE nº 657.718 – o RE nº 1.165.959 substituiu o paradigma de repercussão geral –, no qual se decidia pela eventual obrigatoriedade de dispensação de medicamentos não registrados na Anvisa (tema 500), o STF decidiu que as ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa deverão necessariamente ser propostas em face da União.

Não se deve confundir as funções da CONITEC, enquanto órgão de assessoramento do Ministério da Saúde para inclusão ou exclusão de tecnologias no âmbito do SUS, em relação as funções da ANVISA, agência reguladora vinculada ao Ministério da Saúde, encarregada de controlar e regular a área sanitária de serviços e produtos, sejam eles nacionais ou importados, exercendo controle sanitário da produção e consumo de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária.

medicamento na ANVISA, este, a princípio, sequer poderia ser incorporado ao SUS. Por esse motivo, a ação somente poderia ser proposta na Justiça Federal, o que não impede que os outros entes federativos também sejam réus, juntamente com a União.

2. A SAÚDE PÚBLICA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988



A definição de saúde pela Organização Mundial de Saúde (OMS) é assentada na premissa de um estado de completo bem estar físico, mental e social, não se limitando à ausência de doença ou enfermidade. Não pretendemos, aqui, discutir as adequações ou inadequações do que poderia ser considerada a premissa de bem estar, tal qual apontam Segre e Ferraz (1997, p. 538), mas enaltecer que o legislador constituinte de 1988 obteve êxito em ampliar essa conceituação ao estipular o tratamento da saúde (nas facetas preventiva e curativa, através de políticas públicas sociais e econômicas) no texto da Carta Federal.

Importante frisar, de antemão, a nossa delimitação de abordagem no campo da saúde pública, ou seja, distinguindo-a da saúde suplementar⁶, eventualmente garantida por planos de saúde.

Instituída no bojo de um sistema de seguridade social, à saúde foi dispensada uma seção própria na Magna Carta (a seção II), no título da ordem social. Os sistemas de seguridade social são caracteri-

zados, essencialmente, pela concepção de cidadania, onde todo e qualquer cidadão tem acesso às ações e serviços de saúde, independentemente de qualquer contribuição previdenciária, pagamento ou vinculação empregatícia.

Acerca dos sistemas de saúde, em linhas gerais, conforme Paim (2009, p. 12-19), referidos sistemas seguem o tipo de proteção social adotado pelos países, destacando-se três tipos em todo o mundo: a **seguridade social**, o **seguro social** e a **assistência**, ressaltando que cada sociedade organizará seu sistema de saúde tendo como norte suas crenças e valores, sob a influência de determinantes sociais.

Os sistemas de saúde considerados universais são os destinados para toda a população, aí incluídos os modelos da seguridade social e do seguro social. Enquanto o primeiro, o da seguridade social, tem o acesso pautado na condição de cidadania, custeado pela sociedade em geral através de seu modelo tributário, no segundo, o do seguro social, somente o indivíduo que contribui com a previdência social terá acesso aos serviços de saúde, ainda assim, possibilitando aos que possuem condições financeiras, o acesso à assistência médica pela via de alguma contraprestação pecuniária.

Conforme Paim (2009, p. 18-19), Inglaterra, Brasil e Suécia podem ser destacados como países integrantes de um sistema de seguridade social. Alemanha, Suíça e França se apresentam como integrantes do sistema de seguro social.

O sistema de assistência, residual por excelência, proporciona atendimento (um pacote limitado de serviços) aos que comprovem a impossibilidade de efetuar a aquisição desses serviços diretamente

no mercado. Como ressalta Paim (2009, p. 20), os Estados Unidos da América, único país desenvolvido a permitir o atendimento à saúde da população sob a responsabilidade do mercado, utiliza esse sistema. Aqui, o indivíduo que não pode adquirir um plano de saúde ou efetuar o pagamento diretamente a um profissional ou instituição, não tem a garantia de acesso aos serviços, exceto, como já frisado, se demonstrar sua condição de pobreza e, ainda assim, a serviços previamente identificados (no sistema *Medicaid*).

No Brasil, a partir da Constituição Federal de 1988, a saúde foi tratada, pela primeira vez, como um direito social fundamental, identificada como um direito de todos e dever do Estado. O artigo 196 da Carta Federal determina que a garantia desse direito ocorra mediante políticas públicas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

3. AS DEMANDAS (DENTRO E FORA DO PACOTE) POR MEDICAMENTOS



No âmbito do Sistema Único de Saúde, a Assistência Farmacêutica é responsável por garantir à população o acesso a medicamentos essenciais, tendo como diretrizes a adoção da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME), além da regulamentação sanitária dos medicamentos, a garantia da segurança, da eficácia e da efetividade dos fármacos e a promoção do uso racional dos medicamentos, definidas na Po-

lítica Nacional de Medicamentos, conforme Portaria de Consolidação nº 2, de 28 de Setembro de 2017.

Em relação à RENAME, os medicamentos são agrupados em três grandes blocos: os componentes básicos, estratégicos e especializados. Cada um desses componentes alberga um padrão de aquisição e distribuição estabelecido aos municípios, aos estados e à União, organizadamente.

Os componentes básicos são, em regra, atrelados à atenção primária à saúde, adquiridos com recursos dos entes federativos União, Estados e Municípios. A aquisição, em regra, cabe aos Municípios, com algumas exceções, como os medicamentos contraceptivos, financiados e adquiridos pelo Ministério da Saúde.

Os componentes estratégicos destinam-se à garantia do acesso equitativo a medicamentos e insumos, para prevenção, diagnóstico, tratamento e controle de doenças e agravos de perfil endêmico, com importância epidemiológica, impacto socioeconômico ou que acometem populações vulneráveis, contemplados em programas estratégicos de saúde do SUS. A União adquire esses medicamentos, repassa aos Estados, que por sua vez os distribuem aos Municípios.

Os componentes especializados atendem situações mais complexas e de maior custo. Sua forma de aquisição e distribuição requer mais detalhes, dependendo de cada grupo em que esses medicamentos estejam inseridos (são três grupos).

Nesse aspecto, com o objetivo de disseminar o conhecimento acerca das políticas públicas e facilitar a rápida tomada de decisões em “demandas dentro do pacote”, assim denominadas aquelas em que se postula uma prestação já garantida em políticas públicas do Sistema Único de Saúde, a Procuradoria Geral do Estado do Pará (juntamente com a Secretaria Estadual de Saúde) elaborou a Cartilha FARMAJUS⁷, importantíssima ferramenta para auxiliar a so-

⁶ No Brasil, especial atenção para a normatização estruturante da saúde suplementar através do Decreto 3.327/2000 (aprova o regulamento da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, e dá outras providências), Lei 9.656/98 (dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde), Lei 9.961/2000 (cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar e dá outras providências) e Lei 10.185/2000 (dispõe sobre a especialização das sociedades seguradoras em planos privados de assistência à saúde e dá outras providências).

⁷ Pará. Procuradoria Geral do Estado do Pará. Belém, 2018. Disponível em: <http://www.pge.pa.gov.br/sites/default/files/manuais/cartilha_farmajus_final.pdf>. Acesso em: 20 de julho de 2019.

lução de demandas de medicamentos no âmbito do SUS, facilitando-se, inclusive, a tomada de decisões judiciais na avaliação de responsabilidades entre os entes federativos.

Em muitos casos, a consulta à cartilha dispensa até mesmo a necessidade de solicitar elaboração de Nota Técnica pelo NATJUS.

Entrementes, a adequada compreensão dos blocos de medicamentos (básicos, estratégicos e especializados) é imprescindível para que se direcione adequadamente a decisão judicial para dispensação de um medicamento ao ente responsável por sua aquisição e, também, da responsabilidade pela distribuição, evitando-se o que Schulze (2018, p. 180) denomina “Forum Shopping da saúde”, ou seja, demandar qualquer ente aleatoriamente e também aleatoriamente escolher se a demanda será proposta no âmbito da justiça estadual ou federal.

A título de exemplo, podemos citar a hipótese (equivocada, em nossa análise) de se postular um medicamento integrante do componente básico, como um antihipertensivo, cuja responsabilidade de aquisição (e distribuição nas Unidades Básicas de Saúde) é exclusiva dos Municípios, contra o Estado, ente que não tem em suas políticas orçamentárias, a priori, a previsão de custeio desse medicamento, desordenando por completo não apenas a previsão orçamentária do ente equivocadamente demandado, como logicamente a aquisição possivelmente sem procedimento licitatório e com custo final a maior.

Enaltece-se, assim, a desordem financeira e estrutural do Sistema, em detrimento a um valor abstrato de saúde como direito fundamental e de responsabilidade solidária de todos os entes federativos, como se a previsão infraconstitucional fosse absolutamente desprezível e destituída de qualquer relevância prática, econômica e organizacional, em desacordo ao que preceitua o artigo 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Nesse mesmo sentido, foi firmado o Enuncia-

do 08 da I Jornada de Saúde (com redação alterada em março/2019):

Nas apreciações judiciais sobre ações e serviços de saúde devem ser observadas as regras administrativas de repartição de competência entre os entes federados.

Naturalmente, se o magistrado se defronta com pleito de dispensação de medicamento incluído na RENAME (tratando-se de mera ação para exigir que os entes federativos cumpram o que já está garantido em políticas públicas), poderá, com base no Enunciado supracitado, modular os efeitos da decisão de cognição sumária e direcioná-los ao ente responsável pelo componente pleiteado.

Por outro lado, em se tratando de pleito de dispensação de medicamento “fora do pacote”, o magistrado deverá prestigiar a inteligência da regra insculpida no artigo 19-Q da Lei 8.080/90, na qual se ressalta que a incorporação, a exclusão ou a alteração pelo SUS de novos medicamentos, produtos e procedimentos, bem como a constituição ou a alteração de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica, são atribuições do Ministério da Saúde, assessorado pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS, não permitindo o ajuizamento no âmbito da justiça estadual.

Aqui não é caso de declinação de competência, mas de extinção do processo sem resolução do mérito, pois o magistrado estadual não poderá obrigar a inclusão da União na lide.

Nesse aspecto, o Enunciado 78 da III Jornada de Saúde demonstra não apenas o compromisso dos Coordenadores dos Comitês Estaduais de Saúde com a otimização do enfrentamento de uma parcela desordenada de demandas em saúde pública, como também reflete a necessária fixação de um panorama organizacional em matéria de concretude de direitos sociais.

4. AS DEMANDAS NA ÁREA DE ONCOLOGIA



e acordo com nossa normatização administrativa, a oncologia não integra a assistência farmacêutica, situando-se no bloco de financiamento de alta e média complexidade, motivo pelo qual seus medicamentos são incluídos como procedimentos quimioterápicos e estão indicados na Relação Nacional de Ações e Serviços de Saúde (RENASES) apenas dispensados com tratamento integral.

A Portaria nº 874/2013/MS regulamenta a Política Nacional de Prevenção e Controle do Câncer. Por ela, determina-se o cuidado integral ao usuário de forma regionalizada e descentralizada, estabelecendo que o tratamento do câncer será feito em estabelecimentos de saúde habilitados como Unidade de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia (UNACON) ou Centro de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia (CACON). Por essa razão, consideramos importante que, nas ações envolvendo pedidos de dispensação na área oncológica, seja averiguada a adequada inclusão do paciente em UNACON e/ou o CACON, respeitando-se a porta de entrada no SUS. Eis o teor do Enunciado 07, firmado na I Jornada de Saúde, promovida pelo CNJ:

Sem prejuízo dos casos urgentes, visando respeitar as competências do Sistema Único de Saúde – SUS – definidas em lei para o atendimento universal às demandas do setor de saúde, recomenda-se nas demandas contra o poder público nas quais se pleiteia dispensação de medicamentos ou tratamentos para o câncer, caso atendidos por médicos particulares, que os juízes determinem a inclusão no cadastro, o acompanhamento e o tratamento junto a uma unidade Centro de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia – CACON ou Unidade de Assistência de alta Complexidade – UNACON.

Por isso, o paciente não pode postular apenas e tão somente a dispensação de medicamento oncológico, devendo a rede integrada e especializada prestar o atendimento integral ao paciente. Defendemos que todos os comitês estaduais de saúde divulguem amplamente, em seus sites (conforme Resolução CNJ nº 238/2016), a lista de medicamentos e procedimentos adotados pelos CACON e UNACON sob sua jurisdição, evitando-se a desnecessária solicitação de notas técnicas ao NATJUS.

Acerca da diferença entre a assistência farmacêutica e a assistência oncológica, ressalta Gadelha:

A Assistência Oncológica, que diz respeito ao tratamento do câncer, é regulamentada por diversas portarias que se atualizam continuamente, só se dá nos hospitais habilitados em oncologia no SUS e, no caso de quimioterapia, consiste em um atendimento médico especializado e integrado (consulta especializada, avaliação da resposta terapêutica e das condições clínicas dos doentes, prescrição, aplicação de quimioterápicos e coadjuvantes – que são adquiridos e fornecidos pelos hospitais – avaliação pós-quimioterapia e solicitação de exames de controle). (grifo do autor)

Também fora da RENAME estão os medicamentos e insumos da chamada *farmácia popular*, ou Programa Farmácia Popular do Brasil (PFPPB), que está disponível na rede privada de farmácia e drogarias conveniadas ao programa por meio da adesão ao programa *Aqui tem Farmácia Popular*, conforme Portaria de Consolidação nº 5, de 28 de setembro de 2017.

Os juízes devem atentar, portanto, ao fato de que os pleitos de medicamentos ao SUS, em se tratando de *demandas dentro do pacote*, poderão estar centralizados: a) na RENAME; b) na oncologia (CACON e UNACON); e c) no Programa Farmácia Popular do Brasil; d) eventuais protocolos específicos de entes federativos (sugerindo-se a ampla publicidade desses protocolos nos sites de Comitês Estaduais, nos moldes do que vem realizando o CIRADS).

5. MEDICINA BASEADA EM EVIDÊNCIAS, PROTOCOLOS CLÍNICOS E DIRETRIZES TERAPÊUTICAS



Os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT) são instrumentos de consenso resultantes da atividade científica, oriundos da preocupação da própria classe médica com a avaliação de perspectivas na tomada de decisões para diagnóstico, tratamento e avaliação de resultados em patologias.

É o reconhecimento dos profissionais de saúde no sentido de que o debate científico apropriado, leia-se para além dos interesses comerciais, deverá nortear paradigmas de aceitabilidade no enfrentamento de patologias. O Sistema Único de Saúde passou a incorporar essa premissa em suas políticas públicas através da Lei 12.401/2011, que alterou a Lei 8.080/90 (uma das principais legislações regulamentadoras do SUS).

Segundo Schulze e Gebran Neto (2015, p. 202-204):

Muito antes da incorporação legal dos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas e da Medicina Baseada em Evidências pela Lei 12.401/2011, a sociedade médica brasileira reconheceu as dificuldades na difusão de conhecimentos atualizados sobre diagnósticos e terapêutica das doenças (...). Diante desta realidade médica, a partir de 1999, a Associação Médica Brasileira e o Conselho Federal de Medicina deliberaram por desenvolver em conjunto algumas Diretrizes Médicas baseadas em evidências científicas para auxiliar a classe médica e pacientes na otimização de cuidados e na tomada de decisões com vista aos cuidados com os enfermos (...). Em sintonia com a iniciativa médica, a administração pública passou a desenvolver semelhante ferramenta a orientar a prestação dos serviços de saúde

no País, por intermédio de Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas.

Assim, dentre outras diversas alterações, foi incluído na Lei 8.080/90 (dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências) um capítulo específico sobre assistência terapêutica e incorporação de tecnologia em saúde.

Portanto, hodiernamente, sustentamos que, segundo o artigo 19-M da Lei 8.080/90, a assistência terapêutica integral consiste em dispensação de medicamentos e produtos de interesse para a saúde, cuja prescrição esteja em conformidade com as diretrizes terapêuticas definidas em protocolo clínico para a doença ou o agravo à saúde a ser tratado ou, na falta do protocolo, em conformidade com o disposto no artigo 19-P (consulta à relação nacional de medicamentos) e oferta de procedimentos terapêuticos, em regime domiciliar, ambulatorial e hospitalar, constantes de tabelas elaboradas pelo gestor federal do Sistema Único de Saúde, realizados no território nacional por serviço próprio, conveniado ou contratado (LAMARÃO NETO, 2018).

Em apertada síntese, poder-se-ia dizer que as políticas públicas implementadas gozam não apenas de credibilidade científica, mas de necessário exame prévio de sua segurança e eficácia pelo assessoramento da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias (CONITEC) no SUS.

Portanto, a discussão existente no RE 657.718 se centralizava não apenas na aferição técnico-científica de que um medicamento existente em nossas políticas públicas não apresenta o resultado desejável sob a premissa de resgate da saúde do paciente. Avaliava se, existindo um medicamento não registrado na ANVISA, este poderia ser utilizado para o tratamento do paciente, na medida em que determinados critérios (como o custo x benefício, por exemplo) não são enfrentados pela ANVISA no processo de registro do fármaco.

Em relação aos medicamentos já incorporados

no âmbito do Sistema Único de Saúde, devemos ressaltar a incidência da tônica da Medicina Baseada em Evidências (MBE) em relação à incorporação, na medida em que critérios como a eficácia e a acurácia do medicamento são plenamente avaliados previamente para que se autorize sua dispensação.

A adoção, portanto, de protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas no SUS, advindos dos debates científicos, é efetivada na via da Medicina Baseada em Evidências (MBE), buscando-se demonstrar com plausibilidade e expertise o resultado a ser obtido com a utilização de determinado medicamento.

Sobre a Medicina Baseada em Evidências, prelecionam Schulze e Gebran Neto (2015, p. 215):

Ela consiste numa técnica específica para atestar com o maior grau de certeza a eficiência, efetividade e segurança de produtos, tratamentos, medicamentos e exames que foram objeto de diversos estudos científicos, de modo que os verdadeiros progressos das pesquisas médicas sejam transpostos para a prática. Trata-se, portanto, de uma ferramenta utilizada, em primeiro lugar, no exercício da medicina.

No Brasil, as evidências científicas de fármacos e produtos para o SUS ficam a cargo da Comissão Nacional de Incorporação Tecnológica (CONITEC), a qual possui composição heterogênea, de acordo com o Decreto nº 7.646/2011. Destacamos que a avaliação de qualquer protocolo ou diretriz a ser incorporada pelo Sistema Único de Saúde passa pelo âmbito da CONITEC e, segundo o artigo 19-Q da Lei 8.080/90, o estudo de incorporação ou protocolo é avaliado, no âmbito da Comissão, por representante do Conselho Federal de Medicina pertencente à sociedade especialista na área objeto daquele estudo.

A previsão legislativa vem reforçar o critério essencialmente científico para a incorporação ou revisão de um determinado protocolo no âmbito do Sistema Único de Saúde, motivo pelo qual, nas ações de saúde, devem ser prestigiados os medicamentos já garantidos em políticas públicas, que revelam a apreensão de resultados cientificamente comprovados.

O Supremo Tribunal Federal tem caminhado, portanto, em linhas sólidas no seguinte sentido: a) qualquer pleito de medicamento deve, como regra, ser direcionado ao que já consta previsto em nossas políticas públicas, como a RENAME, por exemplo; b) acaso se postule medicamento diverso, há exigência de demonstração, por parte do postulante, de que o medicamento existente nas políticas públicas brasileiras é insatisfatório para o tratamento do paciente; c) exige-se demonstração inequívoca de resultado científico comprovado para o medicamento então postulado e que esteja fora das relações disponíveis aos demais usuários do SUS; d) esse medicamento não incorporado em políticas públicas deve possuir registro na ANVISA; e) a postulação de medicamento não incorporado deve ser feito contra a União e, portanto, apresentada a demanda no âmbito da justiça federal, quer se trate de ação individual, quer de coletiva.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS



As decisões proferidas pela Suprema Corte no âmbito de precedentes delineiam o amálgama de compreensão da mais alta corte de justiça do país, intérprete última da Constituição Federal e seus valores, acerca de como o Poder Público deve se posicionar em relação à judicialização da saúde.

Mas, o que consistiria, atualmente, a vinculação das demais instâncias a tais decisões consideradas paradigmáticas? Para além dos efeitos vinculantes em ações de arguição de descumprimento de preceito fundamental, nas ações declaratórias de inconstitucionalidade e constitucionalidade, os juízes e tribunais devem observar: a) os enunciados de súmula vinculante; b) os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; c) os enunciados

das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; d) a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. Essa é a determinação prevalecente no artigo 927 do código de processo civil.

Também já ressaltamos que a CONITEC, ao avaliar a incorporação de novos protocolos e medicamentos, está legalmente atrelada às determinações condicionantes do artigo 19-Q, § 2º, da Lei 8.080/90, quais sejam: a) as evidências científicas sobre a eficácia, a acurácia, a efetividade e a segurança do medicamento, produto ou procedimento objeto do processo, acatadas pelo órgão competente para o registro ou a autorização de uso; b) a avaliação econômica comparativa dos benefícios e dos custos em relação às tecnologias já incorporadas, inclusive no que se refere aos atendimentos domiciliar, ambulatorial ou hospitalar, quando cabível.

Perceba-se que é plenamente possível que a CONITEC entenda que a incorporação de um novo medicamento é bastante recomendável do ponto de vista técnico, levando em consideração sua eficácia, mas não o recomende do ponto de vista econômico.

Assim, resta evidente, do ponto de vista de dogmático, que a propositura de ação em que postule a dispensação de medicamento fora das políticas públicas do Sistema Único de Saúde (SUS) deve ser realizada na justiça federal, na medida em que a União teria interesse direto na lide, motivada pela necessária oitiva da CONITEC sobre os efeitos do medicamento pretendido.

Esse foi o entendimento firmado pelos Coordenadores dos Comitês Estaduais de Saúde ao aprovarem o Enunciado 78 na III Jornada de Saúde.

Do ponto de vista pragmático, a matéria caminha a passos largos para consolidação, a partir do julgamento dos RE 657.718 e 1.165.959, firmando-se o Tema 500 em matéria de precedentes vinculantes, observando-se que a postulação de qualquer medicamento sem registro na ANVISA deverá, necessariamente, ser discutida perante a justiça federal.

Ressaltamos, no entanto, que a última palavra do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria ocorrerá no julgamento do Recurso Extraordinário 566.471, pautado para outubro/2019. Nesse aspecto, acreditamos que os Ministros acompanharão o entendimento já firmado nos RE 657.718 e 1.165.959.

LAMARÃO NETO, Homero. **Judicialização da saúde**: o indivíduo e a sociedade de cooperação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

OCKÉ-REIS, Carlos Octávio. **SUS**: o desafio de ser único. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2012.

PAIM, Jairnilson. **O que é o SUS?** Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2009.

PARÁ. Procuradoria Geral do Estado do Pará. Belém, 2018. Disponível em http://www.pge.pa.gov.br/sites/default/files/manuais/cartilha_farmajus_final.pdf. [Acesso em jul/2019]

SCHULZE, Clenio Jair; GEBRAN NETO, João Pedro. **Direito à saúde: análise à luz da judicialização**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2015.

SCHULZE, Clenio Jair. **Judicialização da saúde no século XXI**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2018.

SEGRE, Marco; FERRAZ, Flávio Carvalho. O conceito de saúde. **Rev. Saúde Pública**, São Paulo, v.31, n. 5, p. 538-542, Oct. 1997. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89101997000600016&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 25 Set. 2016.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA FILHO, Naomar de. **O que é saúde?** Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2011.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Brasília, 2019. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2019/03/fa749133d8cfa251373f867f32fbb713.pdf>>. Acesso em 30 de julho de 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução 107**, de 06 de abril de 2010. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=173>>. Acesso em 24 de agosto de 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA.

Resolução 238, de 06 de setembro de 2016.

Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3191>> Acesso em 24 de agosto de 2019.

FLUMINHAM, Vinícius Pacheco. **SUS x Tribunais**: limites e possibilidades para uma intervenção judicial legítima. Curitiba: Juruá, 2014.

GADELHA, Maria Inês Pordeus. **Medicamentos em Oncologia**. In: GEBRAN NETO, João Pedro, AVANZA, Clenir Sani, SCHULMAN, Gabriel. Direito da saúde em perspectiva: judicialização, gestão e acesso. Vitória: Editora Abrages, 2017. Vol 2.

O COMBATE AO DUMPING SOCIAL NO MERCADO DE CONSUMO ATRAVÉS DO EXERCÍCIO QUALIFICADO DA LIBERDADE DE ESCOLHA DO CONSUMIDOR⁸

⁸Artigo publicado originalmente na Revista de Direito, Globalização e Responsabilidade nas Relações de Consumo/ e-ISSN:2526-0030/Porto Alegre/v4/n.2/p.1-18/Jul/Dez.2018.

DENNIS VERBICARO⁹

GABRIELA OHANA ROCHA FREIRE¹⁰

⁹Doutor em Direito do Consumidor pela Universidad de Salamanca (ES). Mestre em Direito do Consumidor pela Universidade Federal do Pará. Professor da Graduação e dos Programas de Pós-Graduação em Direito da UFPA e do CESUPA. Procurador do Estado do Pará e Advogado.

¹⁰Mestranda em Constitucionalismo, Democracia e Direitos Humanos pelo PPGD da Universidade Federal do Pará. Bolsista da CAPES. Pós-Graduada em Direito Público pelo Centro Universitário do Pará. Advogada.

Resumo: Este artigo analisa em que medida as informações sobre as práticas desleais de mercado, na modalidade dumping social, podem influenciar no empoderamento decisório do consumidor, sobretudo no exercício responsável de sua liberdade de escolha pelo acesso qualificado à informação, o que lhe permitirá diminuir a relevância mercadológica de fornecedores predatórios. Utilizou-se o método dedutivo de

investigação, a partir de pesquisa bibliográfica nacional e estrangeira, concluindo que os novos espaços de interação social podem incentivar o exercício de uma cidadania participativa e a maior conscientização do consumidor.

Palavras-chave: Dumping Social. Informação adequada. Liberdade de Escolha. Empoderamento decisório. Consumo consciente.

COMBATING SOCIAL DUMPING IN THE CONSUMER MARKET THROUGH THE QUALIFIED EXERCISE OF THE CONSUMER FREEDOM OF CHOICE

Abstract: This article examines the extent to which information on unfair market practices in the social dumping modality can influence consumer em-

powerment, particularly in the responsible exercise of their freedom of choice for informed access to information, which will allow them to reduce the relevance

of predatory suppliers. The deductive research method was used, based on national and foreign bibliographic research, concluding that the new spaces of social interaction can encourage the exercise of a participatory

citizenship and greater consumer awareness.

Keywords: Social Dumping. Adequate information. Freedom of choice. Decision empowerment. Conscious consumption.

INTRODUÇÃO



O fenômeno da globalização trouxe consigo a aproximação das fronteiras territoriais e, dentre outros inúmeros fatores, a intensificação do mercado, que propagou e ainda propaga a fabricação em massa e a maior variedade de produtos e serviços semelhantes a serem ofertados pelos vastos fornecedores. A contemporaneidade transparece pulsar e sobreviver através das veias da economia de mercado.

Nesse sentido, a identidade das marcas (*branding*) e a imagem dos concorrentes empresariais passa a ser uma das influências diferenciais nas escolhas do consumidor, a cultura do consumo tende a enraizar-se no cidadão capitalista, assim, nos novos tempos a busca incessante pelo lucro sem limites leva o empresário a burlar as leis trabalhistas, a valer-se da mão de obra quase escrava, comercializando produtos com preços bem inferiores aos de mercado, e, aos poucos, nas atitudes desleais, extirpa os concorrentes por meio das práticas de *dumping* social¹¹.

Em contraponto, da mesma forma revolucionária, tecnologicamente o consumidor passou a ter maior acesso às mídias sociais; estas, por sua vez, carregando consigo o poder informacional da coletividade consumerista e de ampla divulgação sobre a satisfação ou insatisfação de um produto ou serviço disposto no mercado pelos mais diversos tipos de fornecedores.

A partir desse panorama, a presente pesquisa se propõe a problematizar em que medida as informações sobre as práticas desleais de mercado, ensejadoras de um verdadeiro dumping social, podem influenciar no exercício responsável da liberdade de escolha do consumidor e no seu consequente empoderamento cívico no mercado de consumo.

Em relação ao aspecto formal, adotou-se o método dedutivo, desenvolvendo-se o conteúdo do artigo através de estudo teórico e pesquisa bibliográfica nacional e estrangeira. Quanto ao aspecto material, destaca-se o contexto da globalização, do mercado e da ordem econômica, em seguida, explanando especificamente acerca do *dumping* social, da política *antidumping* brasileira e dos enfrentamentos internos face aos riscos da atividade laboral e à vulnerabilidade informacional do consumidor. Por fim, aborda-se sobre o empoderamento cívico do consumidor pelo

exercício responsável de sua liberdade de escolha no mercado, decorrente do acesso à informação qualificada acerca das práticas abusivas praticadas pelos fornecedores de bens e serviços de consumo.

1 A GLOBALIZAÇÃO E O MERCADO DE CONSUMO



Em um panorama mundial, a crise do *Welfare State*, iniciada na década de 70 através dos dois choques do petróleo, trazia à tona a problemática do dirigismo estatal, em que a expansão do Estado o transformava em desordenado, obeso e burocrático, por consequente, em decorrência da democratização política, fulminava-se a debilidade de recursos financeiros para atender as demandas reprimidas que passavam a eclodir naquele momento (SARMENTO, 2004, p. 43). A perda do domínio estatal influenciava, a partir daí, diretamente na economia interna e na fiscalização mercadológica, assim, a visão da abertura dos mercados se portava como uma possibilidade de saída/reestruturação do Estado.

Na visão de Sarmento (2004, p. 44):

Essa crise se acentua em razão da globalização econômica. Esta é o resultado de um processo histórico muito provavelmente irreversível, que se acelerou vertiginosamente nas décadas finais do século XX [...] com a globalização, o que ocorre a milhares de quilômetros, fora dos limites de um Estado, pode influenciar, em tempo real, a vida cotidiana de um cidadão daquele Estado.

Nesse contexto, elucida-se os ensinamentos de Tedeschi (2001, p. 160, tradução nossa):

Depois da crise do capitalismo mundial nos anos 70, com a súbita paralisação do crescimento eco-

nômico que se desfrutou nos anos posteriores à Segunda Guerra Mundial, iniciaram-se algumas mudanças na economia, acompanhadas dos avanços tecnológicos e do triunfo política da nova direita, que possibilitou uma nova globalização da economia. Isso produziu um impacto no campo jurídico do enfraquecimento do papel do Estado, cuja contrapartida era o fortalecimento do espaço de mercado. Paralelamente a esse processo, percebe-se o desenvolvimento do consumo de forma extraordinária, com tanta força que, no campo do direito privado, rola um novo ator: o consumidor.

Com o fortalecimento do mercado e a acentuação esporádica do fenômeno globalizatório foi possível, como nas palavras de Canclini (2010), uma visão transcendente das culturas locais, estas que preservavam o enraizamento territorial e os espaços de produção e fruição de bens e serviços, e que agora passam a uma racionalidade econômica-consumerista vista pelo paradigma de um processo de montagem multinacional, não mais vislumbrando a internacionalização, e sim um patamar mais amplo, no qual se tornou mais importante a velocidade em que se percorre o mundo e o que este tem a oferecer do que as posições geográficas para a satisfação da “necessidade”.

Para Bauman (1999, p. 07), “[...] a globalização é o destino irremediável do mundo, um processo irreversível; é também um processo que nos afeta a todos na mesma medida e da mesma maneira”. A sociedade global, então, seja em seus processos estruturais, sociais, econômicos, culturais, políticos e ambientais sofreu modificação.

No Brasil, o fenômeno da globalização se intensificava no final dos anos 80 e início dos anos 90. A integração mundial, de fato, rompia agora com as fronteiras geográficas, quer fossem nacionais ou internacionais, gerando uma maior interação funcional a partir da expansão da acessibilidade à internet, um desenfreado desenvolvimento tecnológico, e primordialmente a troca de informações e a diversidade cultural, entretanto, entre os prós ressaltam-se os

¹¹ *Dumping social* pode ser entendido como a prática de concorrência desleal, que consiste na comercialização de bens de consumo a preços inferiores aos de mercado, justo pelo fato de que a obtenção dessas mercadorias foi proveniente através da utilização de mão-de-obra em condições análogas à escravidão e com padrões laborais mínimos.

contras, atinentes às relações de consumo.

O capitalismo, globalização, evolução tecnológica e consumo seguem seus caminhos infimamente atrelados, sendo impossível desvencilhar a ligação entre estes, assim, preleciona Massi (2013, p. 18) “o consumo mantém o sistema capitalista e, para a manutenção do consumo, existe a evolução tecnológica que, por sua vez, promove a intensificação da globalização”.

O lucro mercadológico figura ainda como intrinsecamente ligado à produção dos bens e serviços, deste modo, com a quebra das fronteiras nacionais, o mercado interno se esvaiu ganhando proporções numa perspectiva internacional, causando agora um conflito relacionado ao capital de mercado vs relações de trabalho e desemprego local, nesse interim explana Trierweiler (2009, p. 81 *apud* MASSI, 2013, p. 22):

Essa tendência empresarial, de ultrapassar as fronteiras para instalação da produção, tem como escopo a busca de novas condições sociais, de normas trabalhistas diversas que se apresentam em cada Estado. Afinal, no meio da turbulenta crise econômica que vem se espalhando pelo mundo, nada mais coerente do que se buscar formas de atenuar custos que são diretamente ligados ao preço final do produto - os custos da mão de obra. Migrando-se para países com uma legislação trabalhista mais branda, as grandes multinacionais conseguem reduzir seus custos com a mão de obra empregada, tornando seus produtos mais competitivos no comércio exterior.

Para Silva (2014, p. 185) “o grande problema gerado por essa nova gestão econômica é que os valores de mercado deixaram de ser restritos aos as-

pectos da economia de compra e venda de bens materiais; eles passaram a governar, de forma crescente e imperialista, nossa vida como um todo [...]”, assim, o respeito à Dignidade da Pessoa Humana e a valorização dos princípios éticos e morais da sociedade foram sendo deixados em segundo plano.

Em linhas gerais, a busca incessante do mercado global é manter aceso o capitalismo voraz, que devora a sociedade consumerista por meio dos desejos despertados pelas “falsas” ambições de necessidade de bens e serviços materiais, implantando uma ditadura econômica que se volta mais para o lucro dos fornecedores do que para o bem-estar social da coletividade; assim, em tempos da hipermodernidade, vivencia-se uma espécie de felicidade paradoxal¹² consumerista, sendo esta a peça fundamental em prol da movimentação da máquina capitalista que nunca para.

1.1 A ordem econômica: entre a livre concorrência e as práticas desleais de mercado

O capitalismo pós globalização, no cenário nacional e internacional, frente ao encurtamento e imediatismo das transações comerciais e financeiras, tem ocasionado um mercado e empresários-fornecedores cada vez mais competitivos e concorrentes entre si, em razão de promover um maior número de mercantilização dos produtos e serviços e difundir a marca para o máximo possível de consumidores.

Entretanto, a busca pela enorme fatia mercadológica exige das empresas o respeito à livre concorrência e a vedação às práticas desleais de mercado que extirpem outras empresas do comércio. Deste modo, o sistema estrutura-se para que opere seu funcionamento conforme os moldes da ordem econômica compatibilizada com a justiça social, a

iniciativa privada e a dignidade da pessoa humana.

No Brasil, no que tange ao direito de concorrência, desenvolveu-se a partir de 1934¹³ a normatização da intervenção estatal em rumo da economia de mercado. Atualmente, a ordem econômica e a livre iniciativa estão previstas no bojo da Constituição Federal de 1988, referindo-se não apenas a defesa de uma economia popular e local, mas sim fortalecida na ideologia de uma ordem de mercado transnacional e com a devida noção de defesa do consumidor.

Para Schneider (2016, p. 248):

Se a concorrência não é um fim em si mesma, mas um instrumento que, no caso brasileiro, permite a consecução dos objetivos fundamentais da República e de ordem econômica que tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames de justiça social, há a necessidade de se verificar os diversos fins que ela visa implementar, inter alia a defesa do consumidor.

A livre iniciativa, apreciada como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, vide art. 1º, IV da CF/88, seria a liberdade de escolha do empresário para com o exercício de suas atividades econômicas, sem a presença do intervencionismo estatal, desde que respeitados os comandos legais, da justiça e o bem-estar social.

De todo modo, muito embora a livre iniciativa seja o norte do desenvolvimento econômico do País, tal princípio encontra algumas delimitações, estabelecidas no bojo do art. 170 da CF/88, tais como a valorização do trabalho humano, busca do pleno emprego, e dentre outros a defesa do consumidor, almejando compatibilizar e harmonizar a ordem econômica com as regras constitucionais e a soberania nacional.

Nos moldes da liberdade, a livre concorrência deve permitir a pluralidade de fornecedores/ produtores de um mesmo produto ou serviço, expandindo as opções mercadológicas e garantindo ao consumidor possibilidades de escolhas que priorizem, dentre outros atributos, qualidade e preço, nestes termos, elucida Schneider (2016, p. 258):

É certo, assim, que a ausência de concorrência, ou sua limitação, é passível de reconhecimento e terá efeitos sobre o bem-estar do consumidor, podendo comprometer-lo. Não por acaso, considera-se que o consumidor é o destinatário das normas concorrenciais, sendo seu bem-estar uma espécie de Leitmotiv perseguido pelas autoridades antitrustes. Contudo, essa perspectiva deve ser considerada cum grano salis, visto que uma interpretação do antitruste baseada tão somente no interesse do consumidor poderia até mesmo prejudicá-lo. Um exemplo recorrente disso diz respeito à prática de preços predatórios, prevista no art. 36, XV da Lei 12.529/2011, uma prática anticoncorrencial que, inicialmente, poderia beneficiar o consumidor, mas que a longo prazo, o prejudica em aspectos multifatoriais [...].

Contudo, a caracterização da concorrência desleal não é algo simples, posto que para uma melhor compreensão sobre a idoneidade ou inidoneidade das práticas de mercado é necessário, conforme Almeida (2004, p. 120), o reconhecimento de três requisitos, quais sejam, o mesmo tipo de produto ou serviço a ser oferecido por duas empresas; o tempo, compreendendo que a prática desleal entre dois fornecedores deve acontecer no mesmo limite temporal; e por fim, a identidade territorial.

Em síntese, há necessidade da manutenção da ordem econômica, pois a prática da concorrência

Denominações de “hipermodernidade” e “felicidade paradoxal” são advindas do autor Gilles Lipovestky, nas respectivas obras intituladas de “Os tempos hipermodernos” (2004) e “A felicidade paradoxal: ensaios sobre a sociedade de hiperconsumo” (2007).

A partir da Constituição Federal brasileira de 1934 todas as demais constituições posteriores passaram a conter capítulo acerca da Ordem Econômica.

desleal configura ato ilícito empresarial que atenta contra a livre iniciativa e a livre concorrência, ocasionando o desequilíbrio da ordem econômica e a necessidade de proteção direta ao consumidor, visto que a liberdade de escolha da parte mais vulnerável da relação passa a ser tolhida arbitrariamente pelo forma abusiva de alguns concorrentes desleais visarem uma posição predominante no mercado em detrimento do seu lucro e em prejuízo dos demais concorrentes leais.

1.2 O cidadão capitalista e a cultura do consumo

Cláudia Lima Marques (2014, p.150) explica que:

Desde o fim do século XX e início do século XXI, que é inegável é a importância do consumo e, de certa forma, definir a nova vida privada, uma sociedade não mais de “produtores”, mas de “consumidores”: a sociedade de consumidores, que o próprio Bauman critica como um “mundo líquido-moderno dos consumidores”, capaz de transformar tudo, mesmo seres humanos, em mercadoria: consumindo a própria vida (consumer life).

Nesse aspecto, a economia de mercado, a qual alicerça o capitalismo, jamais foi tão capaz de direcionar a escolha do cidadão-consumidor a consumir “necessidades” que compõem as suas riquezas de bens materiais. Para Silva (2014, p. 178), “pela lógica da sociedade consumista, se mais e mais pessoas estão tendo melhores condições financeiras, era de se esperar que o número de pessoas felizes crescesse com o mesmo vigor”.

Eis o motivo pelo qual Verbicaro (2017, p. 53) elucida:

Na verdade, em uma sociedade globalizada, todos acabam se tornando vítimas de inúmeras espécies de coação econômica. Muitas vezes, as pessoas são levadas a realizar determinadas ações, aceitar determinados produtos e serviços sob condições cla-

ramente desvantajosas. E se o fazem é por que são ignorantes, por que não sabem exercer sua cidadania a ponto de reivindicar a mudança daquela realidade? Não. É simplesmente porque, muitas vezes, não há essa alternativa, pois, o cidadão acaba sendo forçado a ceder às normas contratuais injustas, porque o desequilíbrio econômico, técnico e jurídico assim lhe impõe, fazendo com que a manifestação de vontade acabe sendo comprometida, não havendo, portanto, que se falar em vontade livre.

É inegável que a vontade livre do cidadão capitalista é hoje extremamente direcionada à cultura do consumo, em que se associa a ideia de qualidade de vida ao consumo para alcance da felicidade, sendo então o Ser feliz aquele que se vale do seu poder aquisitivo para comprar a sensação de alegria intensa que se esvai e se transforma em obsoleta em um piscar de olhos, no próprio ato de compra, da frequentemente e, na maioria das vezes, da falsa necessidade produzida pela indústria cultural.

O grande embate da questão é que o indivíduo, ao almejar apenas suas satisfações pessoais em prol de saciar a necessidade de compra, acaba voltando à estaca zero, retornando à sociedade indolente, na qual não se via o consumo como a primazia do bem-estar de uma coletividade, visando uma proteção da metaindividualidade, mas sim a partir de um ponto de vista meramente egoísta e individual.

Nesse ínterim, não há como discordar de Lipovetsky (2007, p. 192):

Mediador da “verdadeira vida”, o consumo é igualmente revestido do que permite escapar o desprezo social e à imagem negativa de si. A obsessão do consumo, observável, em nossos dias, até nas populações marginalizadas, não indica apenas o poder sem precedentes da mercantilização dos modos de vida, mas também a nova intensidade das frustrações em relação aos padrões de vida dominantes [...] importa cada vez mais, para o indivíduo, não ser inferiorizado, atingido em sua dignidade.

Canclini (2010, p.42) entende que a visão neoliberalista da globalização proporciona a desigualdade entre direitos, e por consequente restringe o ato decisório sobre a produção, distribuição e utilização dos bens e serviços ofertados no mercado daquele cidadão com menores condições de consumir. A mercadoria então passa a cada momento a insurgir como novidades modernas, para uns como meros objetos de consumo e para outros como espetáculos.

Assiste razão as palavras de Bauman (2008, p. 88-89):

O pressuposto tácito subjacente a esse raciocínio é, uma vez mais, a fórmula “sem consumidor não há mercadoria”. A comodificação precede o consumo e controla o acesso ao mundo dos consumidores. É preciso se tornar uma mercadoria para ter chance razoável de exercer os direitos e cumprir os deveres de um consumidor

Eis que se indaga então, vivemos para consumir ou consumimos para viver?¹⁴

O mercado de consumo bebe na fonte do sistema econômico capitalista, que para manter seus motores sempre aquecidos e autossustentáveis, baseado no lucro sem limites, fecha os olhos para os atos abusivos, nocivos e extremamente irresponsáveis dos fornecedores para com os consumidores (SILVA, 2014, p. 35), implicando no consumo inconsciente, irracional e cada vez menos disposto a atender as reais necessidades, se demonstrando mais afeto a manipular o consumidor-cidadão para supostamente enquadrá-lo na sociedade.

2 O DUMPING SOCIAL



umping é a expressão denominada para configurar as práticas des-

leais de concorrência mercantil em nível internacional (ALVES, 2017, p. 41). Tais atos são realizados com intuito único e exclusivamente direcionado à obtenção de vantagem na comercialização de produtos, extirpando aos poucos os demais concorrentes e ganhando novos mercados. Ainda, acerca do *dumping* é possível compreender, pelos ensinamentos de Massi (2013, p. 40), que tal prática se caracteriza:

[...] como uma forma de concorrência desleal de caráter internacional, que consiste na venda de produtos pelo país exportador com preços abaixo do valor normal, não necessariamente abaixo do preço de custo, praticados no mercado interno do país exportador, podendo causar ou ameaçar causar danos às empresas estabelecidas no país importador ou prejudicar o estabelecimento de novas indústrias no ramo neste país.

A lei concorrencial e as limitações às práticas de mercado foram primeiramente desenvolvidas no Canadá, e por consequente, após 1889, nos Estados Unidos da América (EUA), face ao poder mercadológico das organizações empresariais, denominadas de trusts, passou a vigorar um arsenal legislativo que visava, de modo exclusivo, apenas a existência de economia de mercado, sem inicialmente se preocupar com o direito do consumidor (SCHNEIDER, 2016).

No ordenamento jurídico brasileiro, a recepção da prática desleal de mercado, denominada de

Ideologia exposta por Bauman (2008).

dumping, foi adotada por meio do Decreto nº. 1.602, de 1995, que regulamentou a Lei nº. 9.019/95, preceituando em seu art. 4º como: “considera-se prática de dumping a introdução de um bem no mercado doméstico, inclusive sob as modalidades de drawback, a preço de exportação inferior ao valor normal”.

O *dumping* poderá ser praticado em diversas modalidades, todavia, todas as vezes que a mercantilização a preços inferiores seja de bens que foram obtidos mediante a utilização reiterada de mão-de-obra inadequada e em desacordo com os mínimos padrões laborais permitidos em lei, estará evidente a caracterização específica do dumping social. Nesse sentido, Alves (2017, p. 41) explicita:

Observe-se, contudo, que para que o *dumping* seja caracterizado como “social trabalhista”, é indispensável que a vantagem econômica e financeira (traduzida na redução dos custos, no aumento do lucro e no alijamento da concorrência) seja obtida mediante o desrespeito aos direitos sociais. Não são poucos os exemplos de inobservância e violação de direitos trabalhistas que, não raras vezes, são verificados no cotidiano das empresas, como a ausência de reconhecimento de vínculo de emprego, a supressão de pagamento de parcelas de direitos como horas extras, adicionais (que repercutem na esfera social ante a falta de incidência de encargos), além da precarização das condições de trabalho de forma geral (ALVES, 2017, p. 41).

Nesse viés, tal prática de *dumping* social, como mera forma de majoração lucrativa e de elevar a vantagem empresarial sobre a concorrência, infringe diretamente a legislação constitucional, bem como a infraconstitucional, seja a Lei 12.259/2011, que dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações decorrentes das práticas desleais, assim como a legislação trabalhista e o microsistema de proteção do consumidor, causando graves impactos em toda a produção mercadológica, ao passo que desestrutura a ordem econômica, além de ocasionar sérios prejuízos para a justiça social e para a coletividade.

A caracterização do dumping exige imprescindivelmente a reunião de alguns elementos, quais sejam nas palavras de Tostes (2014, p. 61) “(i) a comprovação do dano material ou a ameaça de dano material à indústria doméstica; (ii) a indústria doméstica deve ser já estabelecida ou o dano deve afetar/retardar a implantação de indústria; (iii) deve haver um nexo de causalidade comprovado entre o dano e a prática do *dumping*”.

Ressalte-se que, em termos de matéria concorrencial e de dumping comercial, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) é a autoridade responsável por disciplinar o tema no Brasil, por meio de três controles, quais sejam, o repressivo, preventivo e educacional; entretanto, em matéria de dumping social inexistente legislação específica e órgão que combata diretamente este tipo de prática, subsidiando-se para efeitos fiscalizatórios nas Convenções e Resoluções da Organização Internacional do Trabalho (OIT), Organização Mundial do Comércio (OMC) e Ministérios Públicos do Trabalho (MPT’s).

2.1 A Política antidumping brasileira, o enfretamento interno frente aos riscos da atividade laboral e o desrespeito à vulnerabilidade informacional do consumidor

Em uma sociedade exacerbadamente capitalista como a atual, a busca pela compatibilização da ordem econômica e a limitação das práticas de mercado correlacionadas com o respeito à justiça social e à Dignidade da Pessoa Humana, tem enfrentado questões sensíveis relacionadas ao valor social do trabalho.

Nesse contexto, torna-se mais fácil a compreensão do assunto através do que expõe Silva (2014, p. 30):

[...] As grandes corporações passaram a delegar a tarefa “menos nobre” de produzir simples mercadorias em países de Terceiro Mundo, onde a mão de obra é muito barata, as leis trabalhistas são débeis e as isenções fiscais, concedidas por anos ou até

décadas. Tudo o que essas fábricas terceirizadas precisam fazer é dar conta das encomendas a tempo e no valor acordado que, pelo exposto, costuma ser o mínimo possível [...]. Enquanto os trabalhadores distantes, desconhecidos e miseráveis fabricam os produtos, as matrizes poderosas e libertas dos embargos produtivos estão prontas para investir bilhões de dólares no que realmente importa: dar alma e significado extraordinários aos objetos produzidos em um “inferno trabalhista qualquer”. Para isso, elas só precisam “batizá-los” com suas marcas poderosas e desejadas.

Um plausível justificativa para essa submissão dos trabalhadores às condições precárias do meio ambiente de trabalho, por vezes, em palavras mais claras, condições análogas à escravidão, deve-se ao temor do desemprego. “Vive-se mal para trabalhar e não mais se trabalha para bem viver, esqueceu-se que aquele que produz, somente o faz de forma exímia para construir sua identidade social e inserir-se na sociedade como ser humano” (TOSTES, 2014, p. 25).

Assim, é errado reconhecer e permitir no ordenamento jurídico brasileiro, face a existência de um diálogo entre o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) e Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC), que as práticas de mercado visando apenas o lucro sejam prevaletentes frente à incumbência permanente do Estado para com a realização de direitos fundamentais de eficácia irradiante, como os direitos trabalhistas.

Seria simples e sedutora que a transnacionalização globalizante implicasse em ausência de regulações trabalhistas, redução de custos de produção e fragilidade de legislação concorrencial, apenas em prol de condições favoráveis para o fornecedor e o domínio econômico, mas a realidade é outra, pois é preciso, para concorrer lealmente no mercado, reconhecer as vulnerabilidades da relação empregatícia e proporcionar os padrões laborais mínimos.

Nesse diapasão, não se torna muito improvável encontrar empresas no âmbito comercial nacional e internacional que estejam em desconfor-

midade com a política *antidumping*, prevista na Lei 12.529/2011. Com a globalização e os avanços tecnológicos, não se pode esquecer que as mídias sociais também foram encurtadas, e do mesmo modo que proporcionaram um mercado mais atrativo, também são responsáveis pela propagação de notícias que desabonem as condutas de *dumping* social.

Diversas marcas multinacionais como a Farm (FARM, 2017), Brookfield (BROOKFIELD, 2015), Santander (TRT, 2014), dentre outras, foram e continuam sendo difundidas nos ambientes virtuais como empresas praticantes de concorrência desleal social e predatória, quando devidamente apuradas suas infrações a aplicadas as penalidades cabíveis. Na era digital, este fator para o consumidor possibilita o acesso à informação sobre os maus fornecedores, conscientizando e permitindo, a partir de tal fato, uma ampla liberdade de escolha e o respeito ao direcionamento por compras que primem pelo valor justo.

Acerca do acesso informacional, Marques (2014, p. 162) preceitua:

A decisão de “informar” é a decisão de (dar) forma e passar de seu âmbito de domínio algo imaterial para o outro, a informação. Também, no aspecto positivo, o comunicado/informado é uma forma de responsabilidade (*Verantwortung*), a informação leva à imputação (*Zurechnung*) de um agente da sociedade pela confiança criada, a informação/omissão leva à imputação de responsabilidade.

O desrespeito à vulnerabilidade informacional é então entrave entre a livre iniciativa e o *dumping*, pelo fato de que a informação é um instrumento essencial para a garantia de direitos e cumprimento de deveres do consumidor, cuja ausência pode ocasionar sérios riscos à sociedade de consumo.

O acesso à informação clara e adequada encaminha para a conscientização individual de escolhas e de igualdade nas contratações, que em conformidade com o art. 6º, II do CDC, permite ao consumidor, indiretamente, que este venha a ser o filtro da sociedade mercadológica, em outros ter-

mos, o consumidor consciente individual, por meio de suas compras conscientes, é capaz de extirpar aos poucos da economia os fornecedores desleais, assim, exercendo sua cidadania em prol da coletividade.

Portanto, o ato da compra pelo consumidor não de ser feito de maneira alienada, guiado apenas pela compulsão da falsa necessidade idealizada pelo capitalismo, deve sim avaliar conscientemente a identidade da marca (*branding*) e a valorização que esta imprime diante do respeito aos trabalhadores que constroem as suas mercadorias e sua imagem de mercado, afinal, não se pode permitir que concorrentes desleais se alimentem do “gosto amargo do trabalho quase escravo de pessoas que vivem sem nome e são descartáveis nessa engrenagem de fantasia conceitual” (SILVA, 2014, p. 31).

3.0 EMPODERAMENTO CÍVICO CONSUMERISTA DECORRENTE DOS NOVOS ESPAÇOS DE INTERAÇÕES SOCIAIS



Diante de um sistema econômico que se baseia na busca incessante pelo lucro para manter suas veias pulsando e sobre a divulgação de empresas que praticam dumping social no mercado, conforme já demonstrado, o consumidor torna-se um Ser digno e capaz de fazer as exclusões e inclusões acerca das suas escolhas sobre os fornecedores leais e desleais concorrencialmente, entretanto, esse fator do livre arbítrio decorre substancialmente do poder informacional das mídias sociais e do empoderamento de uma decisão cidadã consciente.

3.1 O poder da influência midiática informacional

Nas palavras de Verbicaro (2017, p. 123):

Num mundo globalmente capitalizado, o indivíduo se tornou refém de seus impulsos materialistas, que sobrevalorizados pelos meios de publicidade e convencimento em massa, são vendidos como verdadeiras necessidades de consumo, supostamente fundamentais para o bem estar físico e, sobretudo, psíquico.

De fato, não é de hoje que as relações de consumo são cada vez mais influenciadas pelo marketing, compreendido através da publicidade e propaganda. Com efeito, as inovações tecnológicas têm afetado incisivamente o comportamento do consumidor; aquele que antes pouco tinha acesso aos conteúdos informacionais, agora, por meio das mídias sociais, busca inflamar suas possibilidades interativas multidirecionais na busca incessante de se manter conectado/informado.

As mídias sociais relacionam-se à ideia de comunidade, na qual a participação coletiva dos cidadãos, para manter a sociabilidade e as relações de apoio, alicerça o espaço cibernético, o então ambiente Web 2.0. O nível de participação dos cidadãos, o interesse coletivo e o poder de massa possibilitado pelas redes midiáticas agrega valor democrático às comunidades, por sua vez impondo, em fluxos, novos padrões comportamentais.

Em decorrência de tais fluxos informacionais e do alargamento das influências midiáticas sobre a identidade das marcas, Solomon (2002, p. 518) elucida:

Para as empresas, os fluxos são particularmente importantes porque são componentes acionáveis de qualquer sistema de rede social com relação ao compartilhamento de informações, à distribuição de conteúdo promocional e às fontes de influência social. A extensão dessa influência social (em que ponto as atitudes ou o comportamento de uma pessoa mudam em decorrência de tentativas alheias) varia dependendo do poder ou da atratividade dos outros nós.

Nesse sentido, a comunicação boca a boca¹⁵ e a comunicação por mídias sociais são capazes de reduzir a credibilidade da publicidade e da empresa quando frente à insatisfação do consumidor sobre determinado fornecedor. Deste modo, o poder persuasivo e influenciador expressivo de valores negativos em prol de um mercado mais equilibrado tem impacto diretamente proporcional.

De acordo com um estudo realizado pelo Escritório de Defesa do Consumidor da Casa Branca (SOLOMON, 2002, p. 505), demonstrou-se que 90% dos clientes insatisfeitos e desapontados com as marcas deixaram de lado as compras em fornecedores desleais, fator que sem sombra de dúvidas demonstra que a escolha do consumo, por meio da informação adequada, é o que dimensiona a extensão de quem deve permanecer na comercialização, até porque empresas bem cotadas na satisfação consumerista se beneficiam em termos de vantagem competitiva.

3.2 O exercício da cidadania consciente decorrente do acesso à informação adequada

Nos dias atuais, sem sombra de dúvidas a conscientização do consumidor é peça fundamental para o equilíbrio concorrencial face as práticas desleais de mercado por alguns fornecedores. E por óbvio, a sociedade capitalista muitas vezes poderá considerar e pensar de modo individual sobre o fato das premissas “ não sou endividado”, “eu consigo pagar”, “posso bancar as minhas necessidades”, entretanto, como preleciona Silva (2014, p. 36) “a questão não é simplesmente poder gastar, e sim consumir exercendo a responsabilidade de viver em sociedade e pensar no mundo que deixaremos para as próximas

gerações”.

Em seguimento à linha de raciocínio, assiste razão a Verbicaro (2017, p. 129):

Compete à sociedade civil e à opinião pública o papel de inquisidoras das mazelas do sistema democrático, como garantia do seu próprio aperfeiçoamento, porquanto serão realizadas, com a participação cívica, as mudanças que o próprio sistema necessita para desenvolver melhor suas metas. Reside aí também a importância da desobediência civil. É uma espécie de alarme de segurança que deve disparar quando algo na democracia está errado ou funciona mal.

O consumo irracional distorce os reais prazeres e a livre necessidade de escolhas, influenciando diretamente na consciência, a qual “é a estrutura essencial e determinante da nossa índole” (SILVA, 2014, p.189). Deste modo, o fato de o Ser Humano ser eivado de ética e moralidade é justamente proveniente da voz consciente que o empodera, não permite a existência solitária e nem o isolamento afetivo do mesmo, conduzindo-o a não pensar egoisticamente, mas sim pensar no bem comum da sociedade (SILVA, 2014, p. 189).

Ser um consumidor consciente é preocupar-se em ser um cidadão mais ativo em prol do exercício democrático de suas escolhas. Nesse sentido, a informação, direito fundamental da Pessoa Humana, infere diretamente sobre o livre arbítrio das escolhas do consumidor; e em se tratando de poder seletivo em relação ao mercado, pode e deve a parte mais vulnerável da relação jurídica ser uma das engrenagens que impulsiona o fornecedor a mudar suas atitudes quanto à concorrência desleal social, que usa da dignidade do trabalhador para obter lucros.

¹⁵ Para Solomon (2002, p. 502), a comunicação boca a boca caracteriza-se por ser “a informação sobre produtos transmitidas de indivíduos para indivíduos. [...] E diferente da propaganda, o boca a boca com frequência é acompanhado da pressão social para que nos conformemos com essas recomendações.”

4 CONCLUSÃO



Dumping Social caracteriza-se por ser a execução de um conjunto

de práticas desleais de mercado, na qual a comercialização de produtos é realizada com valor abaixo daquele praticado pela concorrência. Para essa finalidade, o fornecedor se utiliza da precarização de mão de obra, de matéria-prima de baixa qualidade, o que influi diretamente na diminuição da durabilidade dos bens de consumo, não investe no aprimoramento tecnológico e na gestão de qualidade de seu processo produtivo, ignora a solução extrajudicial dos conflitos de consumo e com isso consegue oferecer um processo significativamente abaixo da média de mercado, inviabilizando a livre concorrência e a manutenção dos fornecedores responsáveis.

Tal ato desequilibra a ordem econômica, a qual, em conformidade com o art. 170 da CF/88, deve ser mantida no ordenamento jurídico brasileiro. Inegável se torna, ainda, a latente afronta à Dignidade da Pessoa Humana, quer seja do trabalhador explorado, condicionado a condições degradantes e a pagamento irrisório salarial, quer seja sobre a escolha do consumidor, haja vista que há manobras que ludibriam o valor de compra em detrimento apenas de lucro do fornecedor, tornando o “preço” um dos atrativos que mais vulnera o consumidor a longo prazo.

No cenário comercial, ainda que se reconheça a prática desleal para com a justiça social e sejam veiculadas informações sobre as empresas que ferem a livre concorrência, a ausência de órgão fiscalizador específico dificulta a maior divulgação sobre os fornecedores predatórios, ensejando a necessidade de criação de um órgão específico que realize um controle interno e externo mais efetivo; um controle que cative ao consumidor por meio do acesso às informações e não que preze apenas pelo mercado.

Nesse sentido, a informação, direito fundamental do cidadão-consumidor, transforma-se então

na peça fundamental para o empoderamento consumerista, ganhando proporções amplas quando veiculadas por plataformas virtuais de reclamação, espaços de compartilhamentos de experiências já presentes na grande maioria dos sites de comércio eletrônico, como também pelas novas redes de interações, quais sejam, websites, blogs, imprensa digital, Facebook, Whatsapp, Twiter, Instagram, dentre outros.

No momento atual, principalmente em decorrência da globalização e da massificação das práticas abusivas, o *dumping* social agrava a vulnerabilidade do consumidor, não apenas porque frustra suas expectativas quanto à adequação, durabilidade e segurança dos bens de consumo, como também gera uma concorrência desleal com os fornecedores responsáveis e comprometidos com seus deveres éticos para com a coletividade de consumidores, daí porque merece ser combatida.

Justamente, nesse sentido, que em tempos de encurtamento de fronteiras mercadológicas e de expansão das mídias sociais, bem como de perda de credibilidade do Estado como mediador responsável no mercado de consumo, urge provocar o consumidor a exercer essa participação qualificada no mercado de consumo pela busca consciente de informações sobre a reputação e experiência do fornecedor.

Nesse sentido, o maior interesse e acesso à informação sobre o comportamento predatório dos fornecedores, bem como pelo melhor nível de conscientização e compartilhamento de experiências de consumo, sobretudo em redes sociais e plataformas virtuais, torna-se possível combater o *Dumping* Social, alijando empresas e fornecedores que agem na infralegalidade pelo simples exercício consciente da liberdade de escolha pelo consumidor.

Isso porque num ambiente excessivamente competitivo como é o mercado de consumo, uma experiência ruim, ou um testemunho negativo acerca da qualidade, segurança ou mau atendimento do consumidor, terá o condão de influir exponencialmente na decisão de futuros consumidores, tornando irrelevante, ou mesmo excluindo o capitalista desleal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Marcus E. Michelli. **Abuso de direito e a concorrência desleal**. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

ALVES, Paulo Henrique Molina. **A teoria do Dumping Social trabalhista aplicada na ordem jurídica brasileira**: Responsabilização empresarial pelos danos sociais praticados. 2017. 112 f. Projeto de Dissertação de Mestrado (Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania). Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA, Curitiba, 2017.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida para Consumo**: transformando pessoas em mercadorias. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 03 jul. 2018.

_____. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 12 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 03 jul. 2018.

BROOKFIELD é condenada a pagar R\$ 2 milhões por prática de dumping social. **Época Negócios**. jul. 2015. Disponível em: <<https://epocanegocios.globo.com/Informacao/Dilemas/noticia/2015/07/brookfield-e-condenada-pagar-r-2-milhoes-por-pratica-de-dumping-social.html>>. Acesso em 20 jul. 2018.

CANCLINI, Néstor García. **Consumidores do Século XXI**. 8ª Edição. Rio de Janeiro: UFRJ, 2008.

FARM é condenada em R\$ 500 mil por dumping social. **Migalhas**. jul. 2017. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI262199,71043-Farm+e+condenada+em+R+500+mil+por+dumping+social>>. Acesso em 20 jul. 2018.

GOLDENSTEIN, A.I. B.A.; DUTRA, L.Z. **Impactos do Dumping Social na ordem econômica e ao valor social do trabalho**. ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET. Curitiba PR - Brasil. Ano VIII, n. 15, jul/dez 2016. ISSN 2175-7119.

LIPOVESTKY, Gilles. **Os tempos hipermodernos**. São Paulo: Barcarolla, 2004.

_____. **A felicidade paradoxal**: Ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

MASSI, Juliana Machado. **A crise econômica e o dumping social**: a necessidade de mudança de paradigmas entre o comércio e as relações de trabalho para se atingir o verdadeiro interesse social. 2013. 113 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2013.

MARQUES, Cláudia Lima. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. 2 ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 1 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. (Série IDP).

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2004.

SANTOS, Fabíola Meira de Almeida. Informação como instrumento para amenizar os riscos na sociedade de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**. vol. 107. ano 25. p. 363-384. São Paulo: Ed. RT, Set.- Out., 2016.

SCHNEIDER, Andressa. A concorrência como instrumento: uma análise em função do princípio da defesa do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. vol. 105. ano 25. p. 247-270. São Paulo: Ed. RT, Mai.- Jun., 2016.

SILVA, Ana Beatriz B. **Mentes consumistas**: do consumismo à compulsão por compras. 1 ed. São Paulo: Globo, 2014.

SOLOMON, Michael R. **O comportamento do consumidor**: Comprando, Possuindo e Sendo. 5 ed. Porto Alegre: Bookman, 2002.

TEDESCHI, Sebastián Ernesto. El waterloo del código civil napoleónico: una mirada crítica a los fundamentos del derecho privado moderno para la construcción de sus nuevos principios generales. In: COURTIS, Christian (compilador). **Desde otra mirada**: texto de teoría crítica del derecho. Buenos Aires: Eudeba, 2001.

TEIXEIRA, Leandro Fernandez. **A prática de dumping social como um fundamento de legitimação de punitive damages, em uma perspectiva da Análise Econômica do Direito**. 2012. 236 f. Dissertação (Mestrado em Relações Sociais e Novos Direitos). Faculdade de Direito – Universidade Federal da Bahia, 2012.

TRT do Pará multa Santander em R\$ 123 mil por terceirização ilícita. **Contraf CUT**. maio 2014. Disponível em: <<http://www.contrafcut.org.br/noticias/trt-do-para-multa-santander-em-r-123-mil-por-terceirizacao-ilicita-8362>>. Acesso em 20 jul. 2018.

VERBICARO, Dennis. **Consumo e cidadania**: identificando os espaços políticos de atuação qualificada do consumidor. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.



O PAPEL DO JUDICIÁRIO NO CONFLITO ENTRE A DEMOCRACIA REPRESENTATIVA E A AGENDA AMBIENTAL

DIOGO SEIXAS CONDURU

Advogado, Mestre em Direito pela UFPA, participante do grupo de pesquisa de Teorias da Justiça do CESUPA

RESUMO

Tendo como background o choque entre a agenda ambiental internacional e a democracia representativa, a partir da perspectiva da filosofia política, este artigo se dispõe a apresentar de que maneira este conflito pode ser mediado, quais os riscos deste conflito e qual o papel do judiciário nas democracias locais para garantir não somente a defesa do meio ambiente, mas também o desenvolvimento sustentável, garantindo o livre exercí-

cio democrático, buscando explicar que a participação ativa do cidadão no debate ambiental, cuja garantia de participação tem no judiciário uma arena mais equilibrada, torna não só a agenda ambiental mais factível, como também mais legítima as ações em defesa do meio ambiente.

Palavras-chave: Justiça, Democracia, Meio Ambiente, Judiciário

ABSTRACT

Against the background the clash between the international environmental agenda and representative democracy, starting from the perspective of political philosophy, this scientific article will present how this conflict can be solved, what are the risks of this conflict and what is the role of the judiciary in local democracies to guarantee not only the defense of the environment but also sustainable development, guaranteeing the right for

free democratic exercise, explaining that the active participation of the individual in the environmental debate, whose guarantee of participation has in the judiciary a more balanced space, not only makes environmental agenda more feasible, but also the most legitimate actions in defense of the environment.

Keywords: Justice, Democracy, Environment, Judiciary

1. INTRODUÇÃO



agenda internacional de proteção ao meio ambiente, como a diminuição do uso de combustíveis fósseis, da produção de plástico, da poluição dos oceanos, e o combate ao desmatamento, que tem como consequência evitar o aquecimento global, a morte de espécies e o degelo das camadas polares, entre outras, parte em sua maioria de soluções que devem ser compartilhadas por todos os países, pois que não haveria lógica se somente o Brasil combatesse o desmatamento, por exemplo, e os demais países não diminuíssem o uso de combustíveis fósseis. A necessidade de proteção ao meio ambiente nos coloca diante da necessidade de uma solução global e compartilhada, e quanto a isso não resta dúvida.

A maior parte da identificação dos problemas ambientais, da sua causa e de suas consequências, parte de levantamentos técnicos fornecidos por agências internacionais independentes, governamentais ou não, cuja participação popular é considerada irrelevante. Por mais que se possa crer que em geral as pessoas não tenham conhecimento técnico para decidir, nada impede participar ativamente do debate, não podendo se fechar a uma centena de tecnocratas que retira dos estados nações, por exemplo, a capacidade de definir suas políticas ambientais internas e em última análise, de desenvolvimento de milhões de pessoas. Esse modelo de necessidade de compartilhamento das soluções por todos os países colide com a democracia representativa, na medida em que os debates travados por estas agências, limita a autonomia dos Legislativos e dos Executivos locais a aderir, muitas vezes cegamente e pressionado, a agenda internacional, contrariando as necessidades possíveis de seus países e podendo ser uma potencial arma de controle de mercado, por exemplo, por países ou empresas que detenham e

manipulem estes conhecimentos.

O desestímulo da participação democrática, mesmo que todos os direitos individuais e liberdades sejam salvaguardados, pode significar o desejo da ruptura democrática e o enfraquecimento de todas as instituições. Em uma democracia moderna já se percebeu que não bastam as garantias de liberdade, mas também, deve ser garantida a participação popular, ainda que não seja da maioria necessariamente a última palavra.

O Judiciário, dentro deste cenário, com o Legislativo e Executivo muitas vezes pressionado à adesão da agenda ambiental, tem o papel institucional em países de tradição democrática e republicana de não somente afirmar a defesa do meio ambiente e do desenvolvimento econômico, mas o de garantir que a mediação destes princípios seja feita com a participação do cidadão no debate.

Internamente, no Brasil, o Judiciário se vê diante de diversos casos concretos que reclamam a solução baseada em estudos de organismos internacionais em matéria de meio ambiente, muitas das vezes corroborando com o a tecnocracia que afasta a soberania dos próprios jurisdicionados, pressionado por leis que foram por sua vez aprovadas por pressão ou compelidas moralmente pelo pânico generalizado.

Dentro deste cenário, o objetivo deste artigo é a partir da identificação deste conflito entre a agenda ambiental internacional e a democracia representativa, apontar uma possível solução através do papel do judiciário nos ambientes internos locais.

Para isso, tendo como base filosófica o liberalismo igualitário de John Rawls (2011), em conjunto com a crítica de autores contemporâneos, iremos fazer o levantamento do conflito entre a democracia representativa e a agenda ambiental, buscando demonstrar que este conflito, além de enfraquecer as instituições democráticas, enfraquece, também, a defesa do meio ambiente, que requer, para sua defesa, instituições fortes e acreditadas, tendo no Judiciário a principal trincheira de contenção.

2. A DEMOCRACIA REPRESENTATIVA E A TECNOCRACIA



conceito de democracia nos parece intuitivo, a ponto de Dworkin (2011) fazer a seguinte observação:

A concordância quase universal de que a democracia é a única forma aceitável de governo oculta discordâncias mais profundas desse caráter.

Estas discordâncias podem ser vistas de diversas formas, Habermas diferenciou a democracia liberal da republicana (2011) e Dworkin (2011) a democracia majoritária da co-participativa. Tais distinções e conceitos não serão necessários para o objetivo deste artigo, ficando contudo clara a ideia de que em todas elas, a participação popular é fundamental, ainda que diverjam sobre quem dá a última palavra, pois que, em Democracias modernas, nem sempre a maioria pode preponderar, de fato, mas não lhes tira o direito de participar.

O mais importante dentro da filosofia moderna da linguagem que dá racionalidade ao homem, não pela sciência, mas pela possibilidade da linguagem e de se comunicar, como a teoria do agir comunicativo de Habermas (2012) é a participação refletida na tomada de decisões, mesmo fora da guinada linguística ainda mais especificamente na teoria da justiça esboçada por Amartya Sen (2011) que conclama a discussão, assim como a razão pública a que deve estar submetida as instituições em Rawls (2003), o centro comum é o debate, a possibilidade da fala, a necessidade da inclusão de todos os posicionamentos. Em uma sociedade plural, portanto, a democracia não é a capacidade de decisão da maioria, mas a necessidade de levar em consideração todos os pontos de vista e, garantir isto, hodiernamente, é garantir a participação popular. Mas para chegar até

aqui, um longo caminho foi percorrido.

Se na antiga Atenas era possível reunir-se na ágora para discutir entre os cidadãos – assim reconhecidos – o futuro da pólis, na fundação dos Estados Unidos, James Madison (2011) verificou a impossibilidade do exercício da democracia direta, onde resultou na democracia indireta ou representativa através do voto popular. A ideia desta representação, de alguma maneira, já impôs princípios de uma democracia afastada do povo que não havia capacidade para a tomada de decisão, nos dizeres de Madison:

A voz publica articulada pelos representantes do povo será mais consoante com o bem público do que se articulada pelo próprio povo, reunido para esse propósito

Assim, para os federalistas as eleições eram feitas para:

(...) cultivar e ampliar a visão popular, filtrando-a por meio de um corpo eleito de cidadãos, cuja sabedoria está mais apta a discernir os reais interesses de seu país (Madison, 2011).

Nascia então o afastamento do povo da tomada de decisões, confiadas a um corpo com sabedoria para discernir as melhores políticas públicas, surgindo as bases que fundamentariam uma tecnocracia, que é o exercício do poder de decisão daqueles que possuem capacidade técnica, ou sabedoria suficiente para decidi-las.

Embora tenha ficado explícito no pacto federalista americano a exclusão do povo pela representação por não ter capacidade para a tomada de decisão, no século XIX uma nova roupagem foi assumida, e o que era exclusão deliberada, transmudou para democracia possível:

Se antes as instituições representativas haviam sido fundadas numa oposição deliberada ao ideal de democracia, agora passavam a ser descritas como a consumação desse ideal possível sob as condições

modernas. Assim, nascia o mito fundador da ideologia democrática liberal – a ficção improvável de que o governo representativo ensinaria o governo do povo (Mounk, 2019)

Essa nova roupagem, contudo, munuiu as instituições do verdadeiro espírito democrático, aproximando-as efetivamente da participação do povo de maneira mais ativa, seja através de associações, de fóruns de discussão ou até mesmo da relação entre o eleitorado e seus eleitos, diminuindo a necessidade do distanciamento previsto por Madison. O tempo se encarregou de aproximar as instituições do verdadeiro espírito democrático, definindo o papel do cidadão na democracia:

Os cidadãos têm dois papéis principais em uma democracia madura. São, em primeiro lugar, os juizes das competições políticas cujos veredictos, expressos em eleições formais, em plebiscitos ou em outras formas de legislação direta, são normalmente decisivos (...) Os cidadãos são, porém, participantes das competições políticas que julgam: são candidatos e correligionários, cujos atos ajuda, de diversas maneiras, a dar forma à opinião pública e a decidir os votos dos outros cidadãos (Dworkin, 2011).

Se de um lado o avanço do pluralismo e a necessidade em uma Democracia de garantir os direitos e liberdades individuais acima das opiniões majoritárias diminuiriam o poder de decisão final do povo, de outro a democracia liberal garante a participação irrestrita dos cidadãos no debate, garantindo não só a liberdade de opinião e de imprensa, o direito de votar e ser votado, como o direito a participação e voz ativa nos processos decisórios. Portanto, para que a democracia representativa liberal seja legítima, a fundamental participação do povo, do exercício de sua soberania, passou a reivindicar outras tantas necessidades, uma delas, a de informação:

A democracia deliberativa também reconhece que, sem uma educação ampla sobre os aspectos básicos

do governo democrático para todos os cidadãos e sem um público informado a respeito dos problemas prementes, decisões políticas e sociais cruciais simplesmente não podem ser tomadas (Rawls, 2003)

A informação é o maior mecanismo de defesa democrático, na medida em que permite que tenhamos acordos razoáveis sobre questões inconciliáveis, diante da nossa capacidade de sermos razoáveis e de termos um equilíbrio reflexivo (Rawls, 2011). É diante da informação que nos tornaremos mais tolerantes e diante dela perderemos o medo e as dúvidas.

O processo democrático não pode mais ser visto como uma ficção verticalizada, onde o povo elege o legislativo, por exemplo, que faz as leis e que por sua vez são justas, porque refletem a vontade do povo nas urnas. Na verdade o processo democrático é continuado, as negociações sociais são dinâmicas e exigem a participação da sociedade na aprovação de leis, na administração do Estado, não de maneira fictícia, mas real. A democracia evoluiu e as instituições se consolidaram inclusive na possibilidade de mecanismos de controle da maioria, daí o papel fundamental do Judiciário e do controle de constitucionalidade que são concessões importantes da soberania majoritária, como o foram a garantia das liberdades.

Atualmente, contudo, a participação popular tem sofrido real e institucionalmente o alijamento da tomada de determinadas decisões, ao que parece o retorno daquele modelo democrático previsto por Madison (2011), em que a participação popular fica subjugada à sabedoria dos eleitos, só que, desta vez, os eleitos também estão reprimidos, ou seja, institucionalmente, o Legislativo e o Executivo diminuíram seu poder de decisão e logo de representação, para serem conformados a sábios ainda maiores: os tecnocratas, aqueles que ocupam papéis técnicos dentro de agências governamentais ou não governamentais, independentes. Exemplo disso é a tomada de decisão pelo Banco Central da taxa de Juros, se aumenta ou diminui ou de resoluções da Aneel

(Agência Nacional de Energia Elétrica) e CONAMA (Conselho Nacional de Meio Ambiente) ou mesmo a tomada de decisão baseada em pressões de organizações não governamentais. Tais decisões são tomadas por um corpo técnico e mesmo os representantes do povo podem estar legal ou moralmente vinculados a ela, sem que seja levada em consideração qualquer participação popular, considerando-se uma heresia o apelo do debate, como que não houvesse qualquer margem, fazendo-se crer que aquele que por isso clama, é oposição à defesa do meio ambiente, e em muitas ocasiões, socialmente defenestrado.

Em âmbito internacional não é diferente, de políticas monetárias, segurança a meio ambiente, agências independentes e organismos não eleitos tomam decisões que são compartilhadas mundo afora, sem que a população esteja inserida no debate. O ímpeto da tecnocracia coincide com a crise de representatividade, inclusive em países cuja defesa dos direitos fundamentais é bem realizada, ou seja, ratifica a conclusão de que não bastam ter direitos, a democracia sobrevive da necessidade fundamental de participação, e as urnas tem demonstrado essa insatisfação mundo a fora. Uma democracia de fachada consegue conviver com a tecnocracia, mas uma democracia onde a soberania do povo na participação do debate seja respeitada não conseguirá jamais ser uma democracia de fachada.

O risco que a democracia coparticipativa corre é de ser meramente figurante em meio as decisões tomadas por tecnocratas. Não se quer dizer com isso que estas decisões estejam erradas ou que estas agências autônomas não devam existir ou ter sua importância diminuída, ou ainda que deva haver um plebiscito para saber, por exemplo, se o aquecimento global é real ou não, quando sabemos que é uma realidade. O que se quer dizer é que, muitos destes mecanismos decisórios são tomados sem sequer a participação informada da população, da sua razão pública para que se alcance a partir do equilíbrio reflexivo, acordos razoáveis, estabelecido a partir do real alcance dos problemas e do que se pode ou não decidir.

A não participação abre margem inclusive para que empresas ou uns países em detrimento de outros, sob o alarmismo do caos, tenham vantagem pelo real conhecimento adquirido para manipular as informações da crise climática a seu favor, por exemplo. Este distanciamento desacredita a democracia, pois levanta suspeita como estas sobre a real intenção dos tecnocratas em afastar a informação sobre o verdadeiro motivo de determinada decisão. A não participação dá descrédito até mesmo ao mais eminente perigo e a tentativa genuína de salvar o mundo pode ser destruída pelo aviltamento que dão aqueles que não participam do debate. O que se quer dizer, portanto, é que existe a possibilidade destas agências instruírem a democracia sem sobrepô-la, permitindo a participação ativa dos cidadãos, seja à conscientização que conclama, seja à aparar os seus eventuais excessos. A mera participação concreta e não fictícia no debate, já é de algum modo, o exercício representativo, mas infelizmente estamos caminhando mais no sentido do fortalecimento da tecnocracia do que de uma democracia co-participativa informada, ou de termos direitos, sem democracia, nos dizeres de Mounk (2019).

3. A AGENDA AMBIENTAL INTERNACIONAL



Quando se imaginou que o progresso iria destruir Macondo, mesmo após a morte de todos os Buendía, a cidade permaneceu lá, quase que a retornar a pequena vila fundada por José Arcádio Buendía. A fantástica história contada em cem anos de solidão, pelo Nobel Gabriel Garcia Marquez (2019), narra uma visão perturbadora do progresso, que trouxe como uma de suas terríveis consequências a fantástica chuva que por anos caiu sem parar em Macondo, como que obrigando que o progresso que ali chegara, fosse embora, e foi. Essa vi-

são, pessimista do progresso, encontra na literatura um refúgio, sempre um tema de saudade dos tempos idos, na compreensível característica humana de sentir falta de sua trajetória, inevitavelmente vaticinando que ontem é sempre melhor que hoje, mesmo que os dados disponíveis não apontem para isso.

“(…) a população, se não for controlada, aumenta em progressão geométrica. A subsistência aumenta apenas em progressão aritmética. Um conhecimento elementar de cálculo mostrará a enormidade da primeira razão em comparação com a segunda”, concluiu Thomas Malthus em 1798 (APUD Pinker, 2019), gerando verdadeiro pânico com a previsão catastrófica do fim da humanidade, fadada a morrer de fome. Fortemente influenciado pelas formas coletivas frequentes de sua época, a teoria malthusiana, como ficou conhecida, foi um dos maiores exemplos de previsão catastrófica que deu errado. Isso porque, desconsiderou que o aumento da população nem sempre se dará de maneira geométrica, além de não levar em conta o avanço tecnológico - o progresso, portanto - que não só tornou mais eficiente a produção de alimentos como diminuiu a área total necessária para a mesma produção:

A rotação de culturas e aperfeiçoamento de arados e semeadeiras foram seguidos pela mecanização, com combustíveis fósseis substituindo os músculos de humanos e animais. Em meados do século XIX eram necessários 25 homens e um dia inteiro para colher e debulhar uma tonelada de grãos; hoje um operador de colheitadeira faz isso em seis minutos. (…)

Graças a revolução verde o mundo precisa de menos de um terço das terras que antes usava para produzir determinada quantidade de alimento (Pinker, 2019)

Essa constatação hoje demonstra que, se a solução para o problema de Malthus fosse levada ao cabo, a catástrofe não seria o que foi por ele previsto, mas sim o que seria por ele estagnado, pois impediria o avanço tecnológico na produção de alimentos, fora

as consequências arbitrárias no controle populacional.

Esse alarmismo, que pode vir a ser autêntico, hoje é realizado por organismos nacionais e internacionais não eleitos com forte influência sobre os poderes eleitos, diante da agenda ambiental. A não participação popular pode confundir alarmes reais de ameaças existenciais, com a legítima desconfiança de que um país está usando da proliferação do caos para ter vantagem sobre outro, para impor limites comerciais ao outro, ou seja, uma reivindicação genuína e real pode perder tudo pela desconfiança do uso para obter vantagem. As ameaças existenciais existem há muito tempo, segundo Pinker (2019):

Durante meio século, os quatro cavaleiros do apocalipse moderno foram a superpopulação, a escassez de recursos naturais, a poluição e a guerra nuclear.

O problema destas ameaças cataclísmicas, é que:

À primeira vista, pode-se imaginar que, quanto mais pensarmos nos riscos existenciais, melhor. O que está em jogo literalmente não poderia ser maior. Que mal pode haver em fazer as pessoas pensarem sobre esses riscos terríveis? O pior que poderia acontecer seria tornarmos algumas precauções que, em retrospectiva, se revelariam desnecessárias. Mas o pensamento apocalíptico tem graves desvantagens. Uma delas é que os falsos alarmes para riscos catastróficos podem ser catastróficos por si mesmos (Pinker, 2019).

Diria que o risco da estagnação alardeado por Pinker (2019) pode ser associado ao da manipulação do conhecimento para tirar vantagem. Um exemplo é o de que a energia nuclear, que poderia ter se desenvolvido a níveis de excelência em segurança e ser uma solução factível para a queima de combustíveis fósseis, deixou de se desenvolver pelo risco eminente do uso como armas e da desconfiança de que pesquisas neste sentido estariam camuflando

este uso. Em uma hipótese menos bélica, alguns levantam a suspeita de que o terror espalhado é proposital para que os países com tecnologia nuclear consigam matriz energética primeiro do que os outros e com isso obtenham vantagens comerciais, daí a necessidade de brechar a pesquisa em países em desenvolvimento. O que é real, o que é conspiratório e quais os verdadeiros perigos e interesses, nunca iremos saber, mas a participação mais efetiva de cidadãos informados certamente é um bom começo.

A desinformação gera índices alarmantes de pessoas que, acreditando cegamente na proliferação do caos, agem de acordo com bandeiras impostas sem qualquer fundamento científico. Mesmo diante do fracasso da teoria malthusiana, outros cientistas da década de 60 e 70, reviveram a sua teoria e ainda hoje, há os que acreditem realmente, mesmo diante de um cenário improvável, que caminhamos a morrer de fome diante do aumento populacional e da diminuição da produção de alimentos. Ainda há aqueles que genuinamente creem que a solução para o problema é uma castração generalizada ou um controle arbitrário de natalidade, ou do outro lado aqueles que creem que para não haver fome, devemos ampliar as áreas de plantio, aumentando o desmatamento em prol da sobrevivência humana. Nem um e nem outro estão corretos, como já disse, hoje produzimos mais com bem menos terra e a tendência é isso otimizar cada vez mais, além disso, o aumento geral da educação e a diminuição mundial de desigualdades tem sido muito mais efetivo no controle de natalidade do que qualquer tirano com poder absoluto que tente controlar o ser humano.

Afora os alarmismos catastróficos em matéria ambiental, com ou sem segundas intenções, ainda existem soluções inócuas tomadas para fins outros que não a tentativa de salvar a humanidade, seja por que não mudará em nada o problema, seja porque a contribuição é muito pequena, ou seja porque simplesmente servem para abrigar interesses outros. Por exemplo, a utilização de combustíveis fósseis é um risco real para problemas ambientais, e creio inclusive que já passamos da hora de crer em

uma salvação milagrosa da ciência, mas com certeza não será deixando de pegar avião ou evitando comer carne vermelha que iremos resolver o problema.

A progressofobia, ou o medo que o progresso destrua ou acabe com os limitados recursos naturais, em muitos casos se assemelha à fé cega da idade das trevas antes do iluminismo. A industrialização por exemplo, geralmente citada como vilão poluidor, alimentou milhões (a indústria não trouxe a fome, mas solucionou em boa parte esse problema), aumentou a expectativa de vida, ou contribuiu pra isso, reduziu a extrema pobreza e contribuiu para a evolução de valores ambientais da sociedade:

Quando países começam a se desenvolver, priorizam o crescimento em detrimento da pureza ambiental. Porém, à medida que se tornam mais ricos, passam a se preocupar com o meio ambiente. Se as pessoas só puderem obter eletricidade à custa de um ar enfumaçado, tolerarão o ar impuro, mas quando puderem se dar ao luxo de ter um ar puro e eletricidade, se apressarão a preferir o ar despoluído. Isso pode acontecer tanto mais rápido quanto a tecnologia produzir carros, fabricas e usinas mais limpas e, portanto, tornar o ar puro mais acessível (Pinker, 2019)

Um exemplo disso é a revolução do plástico, fundamental para o avanço de diversas tecnologias, que passado de solução a vilão, agora pouco-a-pouco vem sendo substituído, de canudos a peças de smartphones. Hoje podemos dizer que as novas tecnologias em breve devem superar a utilização de plásticos, mas quantas necessidades essenciais o plástico ajudou a desenvolver? O avanço tecnológico progride também os nossos valores em relação a convivência harmônica com o meio ambiente. Se não tivéssemos inventado o plástico, nem os avanços que este trouxe e nem nossos valores de defesa do meio ambiente teriam evoluído. Quem sabe, se as máquinas não estivessem aqui para garantir a otimização da produção de alimentos, teríamos voltado para um período escravocrata, diante da necessidade (neste cenário) de

evitar que a teoria malthusiana ocorra? O caos é capaz de mover o homem para a incivilidade e a ciência para a civilidade.

Quantos artigos sobre o meio ambiente foram produzidos alardeando ou tentando adivinhar as consequências malignas dos homens sobre a natureza, a aniquilação da nossa existência, o fim dos oceanos, o genocídio? Quantos artigos foram produzidos para confrontar estas ideias? A teoria do caos é um tabu que não pode ser contestado e a falta de contestação gera desinformação e muitas vezes as instituições são levadas por essa via de mão única. O medo que surge é: e se a ciência falhar? Se em algum momento a ciência não consertar os problemas do progresso? A evidência mostra o oposto disso, que há sempre desconfiança da ciência mesmo que ela já tenha encurtado as distâncias, aumentado nossa expectativa de vida, diminuído as desigualdades sociais, aumentado nossas liberdades. A pergunta poderia, portanto, ser reversa: porque a ciência não resolveria?

Isso não significa, por óbvio, que não devemos nos preocupar e contribuir para a defesa do meio ambiente, ou que a necessidade desta defesa seja fictícia. Mas, não é atacando o progresso e instalando o caos que iremos solucionar o problema, senão aumentá-lo ainda mais. Creio que o debate informado, com participação, seja um caminho eficiente. Apesar dos exemplos, não se trata de acreditar ou desacreditar das agendas ambientais internacionais, mas demonstrar que esta agenda, quando tomada apenas por tecnocratas e alarmistas, é por si só desacreditada, ou seja, a defesa do meio ambiente pode ser feita em conjunto com o desenvolvimento da agricultura, da indústria, do uso de transporte aéreo e do consumo de carne vermelha.

4. QUAL O PAPEL DO JUDICIÁRIO NESSE CENÁRIO?

“Parece inegável a conclusão de que, em nome da garantia do pleno emprego, não está autorizado o descumprimento dos preceitos constitucionais fundamentais relativos à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado”, fundamentou a Ministra Carmén Lúcia em extenso voto na ADPF101/DF julgado em 2009 e que reafirmou a proibição de importação de pneus usados da UE (União Européia). O caso chamou a atenção, pois que a base fundamental para tal proibição é a defesa do meio ambiente, visto que a importação de pneus, entre os diversos problemas que pode gerar com seu descarte, estão relacionados a degradação ambiental e a saúde pública, tendo sido reafirmado *in casu* que, no conflito entre a defesa do meio ambiente e da livre iniciativa, prevaleceria aquele. Sem qualquer censura ou juízo de valor, a mesma decisão permitiu a importação de pneus usados do Mercosul, tendo como fundamento a necessidade de cumprir um acordo comercial preexistente, portanto, ficaram proibidas as importações de pneus usados, exceto o do Mercosul.

Ocorre, contudo que, se a defesa do meio ambiente deve ser intransigente como afirmou a própria ministra para o caso, como permitir esta exceção diante de um preceito Constitucional? A Ministra foi taxativa nesta defesa:

O argumento dos interessados de que haveria afronta ao princípio da livre concorrência e da livre iniciativa por igual não se sustenta, porque, ao se ponderarem todos os argumentos expostos, conclui-se que, se fosse possível atribuir peso ou valor jurídico a tais princípios relativamente ao da saúde e do meio ambiente ecologicamente equilibrado preponderaria a proteção desses, cuja cobertura, de resto, atinge não apenas a atual, mas também as futuras gerações

O Ministro Marco Aurélio chegou a questionar a exceção dada ao Mercosul, diante de um acordo comercial prévio, que segundo a relatora deveria ser respeitado:

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Esse acordo se sobrepõe à Constituição, quanto ao meio ambiente nacional?

A contradição é a medida perfeita entre a real necessidade de defender o meio ambiente, ou apelar ao argumento da defesa do meio ambiente para interesses meramente comerciais. E não digo isso pela decisão do Supremo Tribunal, até porque o discurso do Estado brasileiro levava a uma defesa emocionada do meio ambiente, talvez o equívoco foi ter-se deixado levar. A decisão demonstra que, no mesmo caso, o Supremo Tribunal Federal utilizou ponderações diversas, se para a UE prevaleceu a defesa do meio ambiente, para o Mercosul, prevaleceu o pacto preestabelecido, de onde se conclui que ou existe certa confusão ou subjetivismo no momento da ponderação de princípios, sem que haja critérios objetivos como propostos por Alexy (2017), ou então a defesa do meio ambiente foi utilizada como argumento para tratar sem isonomia os dois mercados. Ainda que o arguinte da ADPF, no caso o Presidente da República do Brasil à época, tenha requerido a suspensão de ambos os acordos, não retira o caráter estratégico do que foi decidido, nem tratamento desigual entre os mercados.

Embora particularmente concorde com a conclusão equilibrada que chegou a Ministra relatora, discordo dos motivos que a levaram a tomar esta decisão, pois se a defesa do meio ambiente fosse o fundamento principal, deveria ter havido uma proibição da importação não só da União Europeia, mas também do Mercosul, pois, um eminente e irreversível perigo ambiental não pode ser mitigado e se o foi, o iminente perigo não é irreversível.

É oportuno notar que ao longo de todo voto que conduziu o acórdão, os principais enunciados normativos partiam em sua origem de agências re-

guladoras (internas e externas) e tratados internacionais. A própria importância do tema foi assim definida pela Ministra relatora:

A necessidade premente de se pacificar o cuidado judicial sobre a matéria decorreu da circunstância de ela ter sido objeto de contencioso perante a Organização Mundial do Comércio – OMC, a partir de 20.6.2005, quando houve solicitação de Consulta da União Européia ao Brasil

Toda essa origem normativa, que por sua vez foi baseada em estudos e soluções de organismos internacionais, teve pouco ou quase nada de participação das autoridades eleitas, quanto menos ainda dos cidadãos estão a elas subjugados.

O Judiciário possui dentro da estrutura interna dos países desenvolvidos, a função de guarda dos ativos democráticos, pois que deve transitar entre os levantamentos técnicos e as necessidades das políticas públicas locais, sem ter em si a pressão dos poderes eleitos. Cabe, ao Judiciário, portanto, em última análise, a função de não deixar que seja instalada uma tecnocracia silenciosa, seja permitindo a eventual combatividade do Legislativo, quando este de maneira polida vai de encontro a padrões técnicos impostos, seja quando encampa políticas públicas do Executivo que não estejam de acordo com a agenda ambiental, mas que possuam elementos para ir adiante, ou ainda, para tirar da sociedade políticas e leis que de fato prejudicam o meio ambiente, mas, em todos os casos o Judiciário tem o fundamental papel de zelar pela participação popular, e ao fim do dia, pela democracia. Em todos os países de tradição democrática, o papel do Judiciário vem se consolidando e ampliando, o que gera um outro debate, sobre a sua contenção.

O esforço da Ministra Carmén Lúcia no caso, de ouvir a todos que poderiam contribuir, dando voz a sociedade civil, com audiências públicas, por exemplo, foi modelar, naquilo que a razão pública pode se expressar de maneira mais simples em busca do equilíbrio reflexivo. Aliás, em casos de

grande repercussão ambiental essa tem sido a métrica louvável do Supremo Tribunal Federal, que poderia muito bem ser estendida aos Tribunais locais. Contudo, mesmo diante do esforço institucional, a relatora talvez tenha contado com um sem número de pessoas que estavam pseudo-informados, e até acreditavam no domínio da informação, quando em verdade poderiam estar reproduzindo aquilo que um punhado de tecnocratas havia decidido lá atrás em qualquer lugar do mundo. A desinformação original, vicia todo o processo, ainda que as instituições tenham todo cuidado para corrigi-lo. Por isso, ouvir a sociedade civil em um processo judicial é importante, mas a participação na tomada de decisão original é fundamental para legitimar tudo o mais que virá pela frente.

Mediar as questões ambientais em conjunto com o desenvolvimento econômico e a livre iniciativa ou o mercado sem para isso se deixar levar pelo discurso do caos, garantindo que os discursos apaixonados da maioria desarrazoada, ou de entidades técnicas mal intencionadas, seja desnudo e com isso defender internamente os abusos cometidos até mesmo por organismos internacionais, fazendo valer a soberania quando esta deve prevalecer, é papel interno do Judiciário, mas para isso precisa da participação ativa de cidadãos bem informados.

Não à toa, Rawls (1993) dá ao judiciário e a Suprema Corte em especial, um papel fundamental na razão pública, que é o exercício pleno da democracia co-participativa e informada:

(...) temos de distinguir entre o modo como o ideal de razão pública se aplica aos cidadãos comuns e o modo como se aplica às diferentes autoridades estatais. Esse ideal se aplica aos fóruns oficiais e, portanto, aos legisladores, quando se manifestam no plenário do Parlamento, e ao Executivo, em seus atos e pronunciamentos públicos. Também se aplica, de maneira especial, ao Judiciário e, sobretudo, a um tribunal supremo em uma democracia constitucional na qual exista um controle jurisdicional de constitucionalidade das leis. Isso ocorre porque os

juízes têm de explicar e justificar suas decisões com base no entendimento que têm da Constituição e das leis e precedentes pertinentes. Como os atos dos poderes Executivo e Legislativo não necessitam justificar-se dessa maneira, o papel especial da Suprema Corte faz dela um caso exemplar de razão pública.

Se a fundamentação acima fosse no sentido de que o Brasil possui autonomia comercial e não é de seu interesse comprar pneus da Europa, seria muito mais genuína e representaria de maneira mais clara as públicas intenções dos agentes representantes e em última análise estaria salvaguardando a própria democracia representativa. Embora tenha, naquele caso, sido ouvidas diversas entidades, o argumento protege do julgamento popular – eleitoral – as autoridades que, com vestes de argumento de defesa do meio ambiente, pretendem fazer, por exemplo, reserva de mercado, fazendo-se claro a utilização da agenda ambiental para atender a interesses outros que não a defesa do meio ambiente.

Desse modo, não basta ao Judiciário se justificar com base na razão pública baseada somente em argumentos técnicos, deve estar atento a desnudar os reais interesses para que possam – os interesses – serem avaliados pela soberania popular de quando em quando nas eleições. Quando, contudo, a decisão judicial reflete os apelos emocionais, a crença na fé cega, ou o tabu do apelo ambiental, em última análise está impedindo esse exercício, pois que ao Judiciário, exatamente por não ter seus membros eleitos, reside a função de despir ações populares disfarçadas. Se de um lado o Supremo é o guardião da Constituição, de outro é responsável pela manutenção da Democracia.

As justiças locais são defrontadas diretamente com conflitos entre o meio ambiente e atividades econômicas. O próprio desenvolvimento dentro de uma teoria do direito, que especifica uma teoria do direito ambiental própria já favorece e encampa o discurso tecnocrático e alarmista, princípios como da precaução são um exemplo claro disso, a defesa do meio ambiente como di-

reito em si é outro exemplo, ou seja, as demandas já iniciam com um apelo pró-ambiental que é construído não dentro da agenda local e com a participação informada de todos, mas em último caso, por organismos internacionais não eleitos. Não raro, há quem sugestione que, ora o Judiciário oferece tutela, quando estão em jogo empreendimentos importantes, mas que verdadeiramente prejudicam o meio ambiente, diante da necessidade de salvaguarda de uma economia local, ora o Judiciário veda empreendimentos aptos, tão somente pelo clamor social e desarrazoado que se faz em torno, fazendo com que o licenciamento ambiental, por vezes, seja moeda de troca no intrincado jogo do poder.

Há muitas informações atravessadas, há muitas políticas públicas que são tolhidas por estas (des)informações, há muitos interesses em jogo e a meu ver, somente a participação informada local é capaz de dar legitimidade, inclusive, aos apelos internacionais e é papel do Judiciário, de primeiro ao Supremo Tribunal Federal, coibir a invasão destes discursos de mão única, ponderá-los com base na razão pública, não permitindo a subversão dos reais interesses e principalmente, a nível de instituição, garantindo que a comunidade local possua participação efetiva no debate, fortalecendo a democracia representativa e em último caso, fortalecendo as próprias instituições democráticas, da qual ele, o Judiciário, é parte fundamental.

5. CONCLUSÃO



A democracia moderna, diante do pluralismo de opiniões e modos de vida, não mais defende o apelo majoritário como expressão democrática, mas a participação informada e efetiva dos cidadãos. A capacidade de sermos razoáveis e de chegarmos a consensos sobrepostos, permite-nos, dentro de uma democracia liberal, a tolerância mútua (Ralws, 2011). A defesa do meio ambiente não pode ser um tabu, o agronegócio e as indústrias não podem ser inimigos, não há vilania e nem heroísmo, o que existe são seres humanos que buscam conviver em sociedade através da cooperação e que devem buscar a melhor maneira de distribuir estes frutos. A garantia de informação e acesso ao debate são mecanismos eficazes para dirimir nossas profundas divergências e chegarmos a acordos razoáveis. O Judiciário, dentro de países de tradição democrática tem o papel de garantir o acesso do cidadão a estas informações e de não se deixar influenciar pelo fácil, apaixonado e irracional discurso de extremos. A Macondo de Gabriel Garcia Marquez (2019) precisou de uma chuva ininterrupta que durou anos para que o progresso fosse embora, e foi, restando dela somente as sombras do que fora uma cidade cheia de vida.

6. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. São Paulo: Editora Forense, 2017.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

MARQUEZ, Gabriel Garcia. **Cem anos de solidão**. São Paulo: Editora Record, 2019.

HABERMAS, Jügen. **A inclusão do outro**. São Paulo: UNESP, 2011.

_____. **Teoria do Agir Comunicativo**. São Paulo: Martins Fontes, 2012, Vol.1 e 2.

MADISON, James, HAMILTON, Alexander e JAY, John. **Os Federalistas**. São Paulo: Fundação Calouste Gulbekian, 2011.

MOUNK, Yascha. **O povo contra a democracia**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

PINKER, Steve. **O novo iluminismo**. São Paulo: Companhia das letras, 2019.

RALWS, John. **Liberalismo Político**. São Paulo: Editora Ática, 1993.

_____. **Justiça como Equidade**. São Paulo: Martins Fontes, 2003

SEN, Amartya. **A idéia de justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011

DIREITO FUNDAMENTAL AO CONTRADITÓRIO E A VEDAÇÃO À DECISÃO SURPRESA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

JEAN CARLOS DIAS¹⁶

PÂMELA FALCÃO CONCEIÇÃO¹⁷

¹⁶ Advogado nº 6.801 OAB-PA. Doutor em Direitos Fundamentais e Relações Sociais pela UFFa. Mestre em Instituições Jurídico-Políticas pela UFFa. Pós-graduado em Direito Civil e Processo Civil pela Unesa - Rio de Janeiro. Professor de Teoria do Direito, Direito Processual Civil e Teoria Geral do Processo e Teoria do Direito nos cursos de graduação e pós-graduação do Centro Universitário do Pará – CESUPA, onde coordena o Mestrado em Direito. Professor convidado da Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará, do Centro de Formação do Ministério Público do Pará, da Escola Judiciária do TRT da 8ª Região, do Centro de Estudos do Ministério Público Federal e da Escola Superior da Advocacia. Membro da Fundação Brasileira de Direito e Economia e do Comitê Brasileiro de Arbitragem. Ex-integrante da Comissão do Exame Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil. Tem participado como Conferencista e Professor em diversos cursos de pós-graduação, seminários e encontros jurídicos em vários Estados brasileiros. Ex-Advogado Chefe do Banco do Estado do Pará. Ex-integrante da Comissão Jurídica da Federação dos Bancos do Brasil – FEBRABAN. Membro e Diretor da Associação Norte-Nordeste de Professores de Processo, do Instituto Brasileiro de Política e Direito da Informática, da Fundação Brasileira de Direito Econômico, do Comitê Brasileiro de Arbitragem. Integra diversos Conselhos Editoriais de revistas jurídicas. Membro de bancas de Concursos Públicos. Árbitro na CAMES-SP. Vice-Presidente Regional do CONPEDI. Autor de diversos livros e artigos publicados nacionalmente.

¹⁷ Advogada nº 20.237 OAB-PA. Pós graduada em Direito Processual Civil Individual e Coletivo pelo Centro Universitário do Pará – CESUPA. Graduada no Curso de Bacharelado em Direito pelo Centro Universitário do Pará – CESUPA.

RESUMO

O Novo Código de Processo Civil Brasileiro, em virtude de sua explícita vinculação com a Constituição Federal de 1988, enunciou diversas garantias fundamentais, sendo que, dentre essas, temos o princípio do contraditório. Tendo em vista tal previsão legislativa, passaremos a analisar o princípio do contraditório e as suas duas, dimensões formal e substancial, focando nesta segunda. Por fim, considerando as previsões legislativas do art. 9º e 10 do Novo Código de Processo Civil que concederam importância ímpar ao princípio

do contraditório, analisaremos a vedação à prolação de decisão surpresa que consiste naquela dada com base em argumentos sobre os quais as partes não foram previamente ouvidas, ainda que se trate de matéria de ordem pública, sua previsão legislativa e os desdobramentos que essa irá acarretar na atividade jurisdicional.

Palavras chave: Novo Código de Processo Civil. Garantias Fundamentais. Princípio do Contraditório. Dimensões Formal e Substancial. Vedação à Decisão Surpresa.

FUNDAMENTAL RIGHT OF ADVERSARIAL PRINCIPLE AND PROHIBITION OF SURPRISE DECISION IN THE NEW CIVIL PROCEDURE CODE

ABSTRACT

Due to its explicit link with the Federal Constitution of 1988, the New Brazilian Civil Procedure Code enunciated several fundamental guarantees including the adversarial principle. In view of such a legislative prediction, we will analyze the adversarial principle and its two formal and substantial dimensions, focusing on the latter which. Finally, considering the legislative predictions of the New Code of Civil Procedure, which gave great importance to the adversarial principle, we will analyze

the prohibition of surprising decision, based in arguments on which any party participated previously, even if it is a matter of public norms. The text also examine the question of the sense of legislative prediction and the repercussions that will result in the judicial activity.

Keywords: New Civil Procedure Code. Fundamental guarantees. Adversarial principle. Formal and substantial dimensions. Prohibition of surprise decision.

INTRODUÇÃO



escolha do tema do presente artigo ocorreu em virtude da atual vigência do Novo Código de Processo Civil Brasileiro que previu de forma explícita a adoção de garantias fundamentais que, inclusive, podem ser extraídas diretamente da Carta Magna de 1988, focando o estudo no ponto que entendemos ser mais relevante que é o princípio do contraditório e as consequências quanto à sua efetiva garantia, qual seja, a vedação de prolação da decisão surpresa.

A importância deste estudo se deve ao fato de que, na atual conjuntura, o modelo processual prevê a permissão que as partes tenham ciência dos atos processuais e possam se manifestar no processo, mas, sobretudo, institui o dever de considerá-las

para a construção da decisão jurisdicional, não se admitindo a decisão unilateral pensada apenas pelo órgão jurisdicional, inclusive sob pena de nulidade. Decorrente desse dever nenhuma decisão pode levar em consideração um fato ou argumento jurídico sob o qual as partes não tenham se manifestado, ainda que se trate de matéria de ordem pública.

Trata-se de importante mudança legislativa que, fortalecendo o princípio cooperativo, vem reestruturar as bases da construção cognitiva do processo judicial, ampliando os termos da interação entre os sujeitos processuais.

Assim, o objetivo desse artigo é, retomando os princípios que regem o ainda novo texto legal, examinar as consequências da articulação dessas bases nas regras positivadas e os impactos na prática processual. No mesmo sentido, foram examinadas também a visão da literatura e jurisprudência a respeito do tema, de modo a construir um cenário efetivo do tratamento do assunto e sua aplicação no cotidiano.

1 CONTRADITÓRIO COMO GARANTIA FUNDAMENTAL – CONCEITO E EVOLUÇÃO HISTÓRICO DOUTRINÁRIA



Lei nº. 13.105/2015, que instituiu o Novo Código de Processo Civil, determinou, em seu art. 1º, a clara vinculação do processo às garantias fundamentais previstas na Constituição da República, seja em nível de ordenação, disciplina ou interpretação.

Importante destacar que os *direitos fundamentais*, segundo os ensinamentos de Luño (2004, p. 48) e Sarlet (2003, p. 33-34), são aqueles direitos essenciais à vida e à dignidade humana, desde que assim sejam reconhecidos pelo ordenamento jurídico positivo constitucional interno dos estados, bem como pelos tratados internacionais por estes ratificados e internamente eficazes.

Rodrigues e Lamy (2018, p. 200) esclarecem que:

A ideia central que se encontra nessa relação entre Constituição e processo está na necessidade de preservar os valores do Estado Democrático de Direito e garantir o adequado, efetivo e célere acesso à Justiça, interpretando, aplicando e também produzindo legislativamente o arcabouço normativo infraconstitucional a partir desses fundamentos valores como atestam (...) o Livro I da Parte Geral do CPC de 2015. Para cumprir esses objetivos, a Constituição regula o Direito Processual, definindo-lhe os princípios básicos, para que ele possa, posteriormente, atuar convenientemente os valores que ela própria contém e que, por sua superioridade hierárquica, projeta sobre todo o ordenamento jurídico.

Pela vinculação do legislador processual civil aos direitos fundamentais, segundo Guerra Filho (2003, p. 26), “o processo torna-se um instrumento privilegiado de participação política e exercício per-

manente da cidadania”. Em virtude de tal conexão com a Constituição da República, o que impõe a sua inerente obrigatoriedade e coercibilidade jurídica, o Novo Código de Processo Civil previu de forma explícita algumas normas fundamentais que podem ser extraídas diretamente do texto constitucional, sendo que, dentre essas, o princípio do contraditório que será o objeto de estudo do presente artigo.

Como se sabe, o processo é um procedimento erigido em contraditório e esse, por conseguinte, é um reflexo do princípio democrático na estruturação do processo, já que a democracia pressupõe a participação e essa só ocorrerá no processo através da efetivação da garantia do contraditório.

Nas palavras de Marinoni (1999, p. 255), “(...) o princípio do contraditório deve ser visto como exigência para o exercício democrático de um poder”. Dias (2019, p. 37), indo além, afirma que: “o contraditório não é uma exigência formal, mas sim uma condição de legitimidade do exercício da função jurisdicional no âmbito da regulação constitucional dos pressupostos do processo legal”.

Trata-se de uma garantia que se insere como um elemento constitutivo essencial da estrutura da Jurisdição e que, portanto, segundo Rodrigues e Lamy (2018, p. 75), fundamenta a sua efetivação:

(...) não representa um mero objetivo a ser atingido pelas sociedades, com o passar do tempo, segundo a conscientização que se espera um dia lhes ocorrerá; pelo contrário, constitui objeto de consideração obrigatória por serem direitos expressos por meio de normas jurídicas essenciais à dinâmica interpretativa e operativa do ordenamento, bem como à própria estrutura dos mais variados sistemas jurídicos.

Ainda sobre o assunto, ensina Dinamarco (2000, p. 125):

Na realidade, o que legitima os atos de poder não é a mera e formal observância dos procedimentos, mas a participação que mediante o correto cumprimento das normas processuais tenha sido possível aos

destinatários. Melhor falar, portanto, em legitimação pelo contraditório e pelo devido processo legal.

Seguindo essa linha de raciocínio, calcada na efetivação do regime democrático no país, a Constituição da República de 1988 estabeleceu o princípio do contraditório como uma garantia fundamental de qualquer litigante no âmbito jurisdicional, administrativo e negocial (art. 5º, inciso LV).

São componentes do contraditório a informação e a reação, o que confere ao processo uma estrutura dialógica. Em razão disso, o princípio do contraditório pode ser analisado por duas perspectivas integrativas que garantem sua adequada e necessária compreensão: a da participação processual e a da possibilidade de influência na decisão.

A visão tradicional do princípio que todos conhecem liga-se à dimensão *formal* do mesmo que teria seu cerne no prisma da ciência e da participação. É a decorrente da previsão estruturada de atos legais reservados às partes, ou seja, a garantia de ser ouvido, ser comunicado dos atos, poder falar no processo. Esse é o conteúdo mínimo do princípio. Contudo, essa perspectiva não exaure o conteúdo do princípio.

Há a dimensão *substancial* que está ligada à garantia de possibilidade de influência na decisão. É compromisso dos atores do Judiciário de que os argumentos que estão sendo ali debatidos serão efetivamente considerados, de modo que a decisão reflita todos os fatos e argumentos jurídicos que estão sendo debatidos e discutidos durante todo o processo.

Didier (2015, p. 79) elucida ainda que tal garantia:

Trata-se do 'poder de influência'. Não adianta permitir que a parte simplesmente participe do processo. Apenas isso não é o suficiente para que se efetive o princípio do contraditório. É necessário que se permita que ela seja ouvida, é claro, mas em condições de influenciar a decisão do órgão jurisdicional.

Se não for conferida a possibilidade de a parte influenciar a decisão do órgão jurisdicional – e isso é o poder de influência, de interferir com argumentos, ideias, alegando fatos, a garantia do contraditório

está ferida. É fundamental perceber isso: o contraditório não se efetiva apenas com a ouvida da parte; exige-se a participação com a possibilidade, conferida à parte, de influenciar no conteúdo da decisão.

Conclui-se, portanto, que o contraditório permite que a parte tenha não só o direito de informação e possibilidade de reação, mas, sobretudo, que seja possível interferir com fatos, ideias e argumentos jurídicos novos, de modo que o juiz leve em consideração tais manifestações, construindo o seu provimento jurisdicional pautado também naquelas.

Assim, se não for conferida a possibilidade da parte se manifestar, influenciando no conteúdo da decisão jurisdicional, ou seja, se não for garantida a efetivação da dimensão *substancial* do contraditório, configurar-se-á a chamada "*decisão surpresa*", acertadamente vedada pelo nosso atual ordenamento jurídico pátrio e sobre o qual passaremos a discorrer na seção abaixo.

Observe-se que, mesmo não existindo formalmente a hipótese de oitiva das partes, diante da dimensão substancial do princípio, deve o julgador assegurar a sua integração de modo a permitir a influência na formação da decisão.

O atual Código de Processo Civil outorgou grande importância ao princípio do contraditório, inclusive com a expressa vedação de prolação da decisão surpresa, sob pena de nulidade da mesma, na regra geral prevista no art. 9º e art. 10, que, em verdade, consubstanciam um mesmo princípio do sistema legal, o contraditório efetivo ou substancial.

Depreende-se dos dispositivos acima citados que toda decisão submetida ao órgão jurisdicional, exceto as expressamente ressalvadas, deve ser previamente expostas ao contraditório. Isso porque, segundo Cunha (2012, p. 61):

(...) o Estado Democrático não se compraz com a ideia de atos repentinos, inesperados, de qualquer dos seus órgãos, mormente aqueles destinados à aplicação do Direito. A efetiva participação dos sujeitos processuais é medida que consagra o princípio democrático,

cujos fundamentos são vetores hermenêuticos para aplicação das normas jurídicas.

Assim, pelo exposto, o contraditório, no sistema atual, ganha uma outra dimensão, passando a constituir uma garantia processual muito mais incisiva e densa. Primeiramente, porque mais compatível com a previsão constitucional e, em segundo momento, pelo seu fortalecimento teórico e normativo derivado do próprio sistema de princípios adotado pelo Código.

2 CONTRADITÓRIO EFETIVO E A VEDAÇÃO À DECISÃO SURPRESA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL



sistema legal, ao desdobrar o princípio constitucional, contudo, em nenhum momento, limitou a incidência do contraditório substancial à uma classe de questões submetidas à apreciação jurisdicional.

Desse modo, tanto as questões de fato, quanto as questões de direito, dicotomia tradicional nos es-

tudos processuais (ainda que sem muita precisão do ponto de vista da Teoria do Direito), estão sujeitas ao contraditório efetivo.

Ocorre que, em qualquer uma destas hipóteses, deve ser oportunizada às partes envolvidas no litígio a manifestação a respeito antes de ser prolatado algum pronunciamento jurisdicional, sob pena de configuração da decisão surpresa previsto no artigo 10 do Código de Processo Civil¹⁸, sendo tal dever ainda reforçado pelo artigo 933 que disciplina o processo em Tribunais.

Conforme salientado por Didier (2015, p. 81-82), não há qualquer prejulgamento em oportunizar às partes para se manifestarem a respeito de alguma questão de fato ou de direito, mas sim um verdadeiro exercício democrático e cooperativo do poder jurisdicional a partir da concretização do contraditório, com vistas a evitar a prolação de uma decisão surpresa.

Consoante ensina Medina (2016, p. 16), "às partes deve ser reconhecido o direito de participar ativamente no procedimento de tomada de decisão. Tal participação consiste em influir decisivamente nos destinos do processo".

Quanto à regra de proibição da decisão surpresa, cumpre, preliminarmente, destacar-se o conceito apresentado por Mallet (2014, p. 398), vejamos:

A utilização pelo juiz, apenas quando do julgamento, de elementos estranhos ao que se debateu no pro-

¹⁸ Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

Art. 933. Se o relator constatar a ocorrência de fato superveniente à decisão recorrida ou a existência de questão apreciável de ofício ainda não examinada que devam ser considerados no julgamento do recurso, intimará as partes para que se manifestem no prazo de 5 (cinco) dias.

§ 1º Se a constatação ocorrer durante a sessão de julgamento, esse será imediatamente suspenso a fim de que as partes se manifestem especificamente.

§ 2º Se a constatação se der em vista dos autos, deverá o juiz que a solicitou encaminhá-los ao relator, que tomará as providências previstas no caput e, em seguida, solicitará a inclusão do feito em pauta para prosseguimento do julgamento, com submissão integral da nova questão aos julgadores.

cesso – pouco importa trate-se de elementos de fato ou de direito, matéria de ordem pública que seja – produz o que a doutrina e os tribunais, especialmente os europeus, chamam de “decisão-surpresa”, “decisão solitária” ou, ainda, “sentença de terceira via”. Tendo em conta a compreensão atual do contraditório, é algo que se considera inadmissível.

A vedação da decisão surpresa trata-se, então, de um desdobramento da garantia da influência concedida pelo princípio do contraditório. É uma consequência da dimensão *substancial* de tal princípio constitucional. Nesse sentido, Theodoro Júnior (2015, p. 63-64):

O principal fundamento da cooparticipação é o contraditório como garantia de influência e não surpresa. (...) Nesse sentido, o princípio do contraditório receberia uma nova significação, passando a ser entendido como direito de participação na construção do provimento, sob a forma de uma garantia processual de influência e não surpresa para a formação das decisões. (...) Assim, diferentemente de mera condição para a produção da sentença pelo juiz ou de aspecto formal do processo, a garantia do contraditório, como veremos a seguir, é condição institucional de realização de uma argumentação jurídica consistente e adequada e, com isso, liga-se internamente à fundamentação da decisão jurisdicional participada – exercício de poder participada (...).

No mesmo sentido, Medina (2016, p. 18):

De modo nenhum pode-se admitir sejam as partes, ou uma delas, surpreendidas por decisão que se apoie,

em ponto decisivo, numa visão jurídica de que não se tenham apercebido, ou considerada sem maior significado: o Tribunal deve dar conhecimento de qual direção o direito subjetivo corre perigo. Permitir-se-á apenas o aproveitamento, na sentença, dos fatos sobre os quais as partes tenham tomado posição. Dentro da mesma orientação, a liberdade concedida ao julgador de escolher a norma a aplicar, independentemente de sua invocação pela parte interessada, consubstanciada no brocardo *iura novit curia*, não dispensa a prévia ouvida das partes sobre os novos rumos a serem imprimidos à solução do litígio, em homenagem ao princípio do contraditório.

O Código de Processo Civil assume e incorpora uma dimensão ampla do contraditório que abrange a garantia processual de influência e não surpresa para a formação das decisões, ou seja, prevê o dever do magistrado, em qualquer grau de jurisdição, de conceder às partes a oportunidade prévia de influenciar qualquer decisão, sobretudo aquelas que são contra os interesses de uma delas.

Assim, excetuando-se as tutelas de urgência, tutelas de evidência e a decisão de expedição de mandado monitorio na ação monitoria (hipótese de tutela provisória de evidência), previstas no parágrafo único do artigo 9º do Código de Processo Civil¹⁹, a regra a ser seguida pela atividade jurisdicional é de que nenhuma decisão pode ser proferida contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida, ainda que se trate de matéria que o juiz deva conhecer de ofício, sob pena de nulidade.

Trata-se de uma limitação à cognição judicial exatamente tendo por parâmetro a observância do

contraditório efetivo, segundo Dias (2019, p. 38). No mesmo sentido, Bueno versa que (2015, p. 89):

O art. 10, aplicando (e desenvolvendo) o que se pode extrair do art. 9º, quer evitar o proferimento das chamadas ‘decisões-surpresa’, isto é, aquelas decisões proferidas pelo magistrado sem que tenha permitido previamente às partes a oportunidade de influenciar sua decisão e, mais do que isso, sem permitir a elas que tivessem conhecimento de que

decisão como aquela poderia vir a ser proferida

Didier (2015, p. 83) vai além e chega a apontar que mesmo o rol das exceções, previsto no parágrafo único do artigo 9º, não é exaustivo, citando os seguintes exemplos: tutela antecipada possessória, que também é de evidência (artigo 562 do CPC)²⁰, tutela provisória no processo de despejo (art. 59, §1º da Lei 8.245/91)²¹ e a tutela provisória no mandado de segurança (art. 7º, III da Lei 12.016/2009)²².

²⁰ Art. 562. Estando a petição inicial devidamente instruída, o juiz deferirá, sem ouvir o réu, a expedição do mandado liminar de manutenção ou de reintegração, caso contrário, determinará que o autor justifique previamente o alegado, citando-se o réu para comparecer à audiência que for designada.

Parágrafo único. Contra as pessoas jurídicas de direito público não será deferida a manutenção ou a reintegração liminar sem prévia audiência dos respectivos representantes judiciais.

²¹ Art. 59. Com as modificações constantes deste capítulo, as ações de despejo terão o rito ordinário.

§ 1º Conceder - se - á liminar para desocupação em quinze dias, independentemente da audiência da parte contrária e desde que prestada a caução no valor equivalente a três meses de aluguel, nas ações que tiverem por fundamento exclusivo:

I - o descumprimento do mútuo acordo (art. 9º, inciso I), celebrado por escrito e assinado pelas partes e por duas testemunhas, no qual tenha sido ajustado o prazo mínimo de seis meses para desocupação, contado da assinatura do instrumento;

II - o disposto no inciso II do art. 47, havendo prova escrita da rescisão do contrato de trabalho ou sendo ela demonstrada em audiência prévia;

III - o término do prazo da locação para temporada, tendo sido proposta a ação de despejo em até trinta dias após o vencimento do contrato;

IV - a morte do locatário sem deixar sucessor legítimo na locação, de acordo com o referido no inciso I do art. 11, permanecendo no imóvel pessoas não autorizadas por lei;

V - a permanência do sublocatário no imóvel, extinta a locação, celebrada com o locatário.

VI - o disposto no inciso IV do art. 9o, havendo a necessidade de se produzir reparações urgentes no imóvel, determinadas pelo poder público, que não possam ser normalmente executadas com a permanência do locatário, ou, podendo, ele se recuse a consenti-las;

VII - 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;

VIII - o término do prazo da locação não residencial, tendo sido proposta a ação em até 30 (trinta) dias do termo ou do cumprimento de notificação comunicando o intento de retomada;

IX - a falta de pagamento de aluguel e acessórios da locação no vencimento, estando o contrato desprovido de qualquer das garantias previstas no art. 37, por não ter sido contratada ou em caso de extinção ou pedido de exoneração dela, independentemente de motivo.

²² Art. 7o. Ao despachar a inicial, o juiz ordenará:

(...)

III - que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida, sendo facultado exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica.

¹⁹ Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica:

I - à tutela provisória de urgência;

II - às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III;

III - à decisão prevista no art. 701

Trata-se de verdadeira evolução normativa que recoloca, tanto no plano teórico, quanto no da aplicação prática, uma nova forma de exercer e garantir o contraditório em prol de decisões mais legítimas e, claramente, mais capazes de assegurar a efetividade do processo.

3 ANÁLISE ACERCA DA APLICAÇÃO DO DISPOSITIVO LEGAL PELO PODER JUDICIÁRIO.



No atual contexto, no âmbito da jurisprudência, há um conjunto de decisões em que a dimensão substancial do contraditório tem sido reconhecida e usada como parâmetro, em alguns casos para determinar a regularização do procedimento e, em outros, para cominar a efetiva nulidade.

Nesse sentido, dá corpo ao que foi antes exposto, a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Pará, em caso relatado pela Desembargadora Célia Regina de Lima Pinheiro. Trata-se do agravo de instrumento nº. 0802751-67.2017.8.14.0000, cuja ação originária, uma execução fiscal de Município do interior do Estado em face de empresa regional de construção, teve incidente a respeito de pedido de substituição de penhora em dinheiro por seguro garantia judicial resolvido por decisão impugnada por violar o princípio em questão. Vejamos trecho da decisão:

Trata-se de recurso que visa à reforma da decisão proferida pelo Juízo Vara Única de Tome Açu que indeferiu o pedido de substituição de penhora *online* por seguro garantia.

O magistrado de piso indeferiu o pedido de substituição da penhora, por conta de a embargante/agravante não ter comprovado que o bloqueio *online* teria incidido sobre seu capital de giro e que a medida tenha acarretado sério risco a sua sobrevivência,

confundindo a penhora em dinheiro e a penhora sobre o faturamento da empresa.

Assevera a ocorrência de ofensa ao princípio do contraditório e à vedação da decisão surpresa, pois o juízo não lhe solicitou juntada de balanços contábeis para demonstrar o comprometimento do capital de giro da empresa, o que enseja risco de grave dano, de difícil ou impossível reparação decorrente da manutenção de uma decisão judicial que compromete a sua atividade empresarial, qual seja a realização de suas construções e incorporações.

Dessa forma, era imprescindível que o Juízo de primeira instância tivesse oportunizado a manifestação da parte para que ela juntasse tais documentos, sob pena de indeferimento do pedido de substituição da penhora. Ocorre que, ao invés de ter agido de maneira a preservar o princípio da vedação a decisão surpresa, o Juízo de piso tão somente negou o pedido de substituição da penhora da Executada.

A Relatora reconheceu a nulidade da decisão proferida pelo Juízo de piso em função da ausência de comprovação de dano apto a ensejar a substituição, mas sem oportunizar à Executada que juntasse referida documentação contábil que tivesse o condão de comprovar o comprometimento do capital de giro da Agravante com a penhora realizada.

Concluiu, assim, que houve a configuração da chamada “decisão surpresa” que é vedada pelo atual ordenamento jurídico, de modo que determinou que os autos retornassem à Vara de Origem para nova prolação de decisão. Vejamos:

A vedação da decisão surpresa, que traduz as garantias constitucionais do devido processo legal (art. 5º, caput e LIV) e do contraditório (art. 5º, LV), guarda, também, relação com a boa-fé objetiva e com o princípio da colaboração insculpidos nos arts. 5º, 6º e 9º, da lei processual civil.

Vejo, no caso, que o juízo de piso não oportunizou à executada/agravante a comprovação dos danos sofridos com a penhora *online*, para poder verificar a

existência ou não da excepcionalidade da situação a ensejar a substituição da penhora requerida. A decisão atacada, portanto, macula o entendimento da lei processual de que os fatos da causa devem ser submetidos ao contraditório, com a garantia à ampla defesa das partes.

A decisão proferida ao arpejo desse postulado, portanto, mostra-se eivada de nulidade, de forma que, passar ao julgamento do mérito deste recurso sem observância do mandamento processual da não surpresa seria incidir na mesma “falha”, o que não se mostra coerente.

Desse modo, acolho a alegação da agravante de que o juízo a quo decidiu em descompasso com os princípios do contraditório e da ampla defesa, declaro a nulidade e cassa a decisão agravada. Determino o retorno dos autos ao juízo de piso para que proceda a intimação da executada a fim de juntar documentos que comprovem o alegado, bem como a exequente para se manifestar sobre as provas porventura colacionadas, prolatando, assim, nova decisão sobre o pedido de substituição da penhora. (TJ-PA, AI 0802751-67.2017.8.14.0000, 1ª Turma de Direito Público, Relatora: Célia Regina de Lima Pinheiro, Data de julgamento: 16/07/2018)

No mesmo sentido, o Tribunal de Justiça do Estado do Pará, em outro caso, deste feita de relatoria da Desembargadora Gleide Pereira de Moura, em recurso de Apelação (nº. 0003806-06.2012.8.14.0051), ao apreciar decisão extintiva de ação de improbidade administrativa, decidiu pela nulidade em função do mesmo tipo de defeito.

No caso, a Relatora reconheceu a nulidade da decisão proferida pelo Juízo a quo, já que aplicou o julgamento antecipado da lide sem antes, contudo, oportunizar às partes que produzissem outras provas que, inclusive, foram requeridas explicitamente pelo Ministério Público.

Concluiu, assim, que houve a configuração da chamada “decisão surpresa”, o que impõe a sua nulidade e nova prolação de sentença após ser oportuni-

zado às partes que se manifestem quanto às provas que pretendem produzir. Vejamos:

(...) o julgamento antecipado da lide deve sempre ser aplicado com muita cautela pelo magistrado, considerando-se que é possível que se restrinja o direito de produção de provas, o que acaba maculando o Devido Processo legal em seus aspectos formal e substancial.

No caso em tela, percebo que ocorreu o que a doutrina costuma chamar de decisão surpresa, considerando-se que o magistrado não comunicou antecipadamente sua pretensão de dispensar a fase instrutória, vindo a fazê-la já em sede de sentença, de forma abrupta, e ferindo as expectativas da parte autora de desincumbir-se do seu ônus probatório. A mácula ao direito de provas do Autor resta ainda mais latente na medida em que o magistrado julgou o feito improcedente, sob a alegação de insuficiência de provas, incorrendo em claro comportamento contraditório.

(...) Importa destacar que após a fixação dos pontos controvertidos pelo magistrado, o apelante requereu (fls.365/368) o depoimento pessoal do Apelado, tendo ainda indicado testemunhas para que fossem esclarecidas as controvérsias constantes dos autos. Assim, não pairam dúvidas no sentido de que a sentença violou o direito do apelante de produção de provas, que eram imprescindíveis para o exame da controvérsia, incorrendo em clara violação ao devido processo legal, o que não pode passar despercebido por esta Corte de justiça.

(...) Sendo assim, a declaração de nulidade da sentença vergastada é medida impositiva, a fim de que seja garantido o devido processamento da ação, com a ampla produção probatória pelo Autor.

Por fim, em consonância com entendimento exarado por este Egrégio Tribunal de Justiça, destaque-se a decisão do Exmo. Ministro Herman Ben-

jamin, do Superior Tribunal de Justiça, relator nos autos do Recurso Especial nº. 1.676.027-PR, que, ao aplicar o regulamento do Novo Código de Processo Civil, determinou que o Tribunal Regional Federal da 4ª Região realizasse novo julgamento de apelação, devendo ser oportunizado às partes que se manifestem acerca da alegada ausência de provas que impõem a extinção do processo sem julgamento de mérito.

Trata-se da concretização do contraditório efetivo por meio da vedação à decisão surpresa, vejamos:

Sempre que o juiz for decidir com base em fundamento não invocado ou debatido pelas partes, deve obrigatoriamente abrir oportunidade para anterior manifestação dos demais sujeitos processuais principais, sem que isso implique restrição aos seus poderes jurisdicionais. Cabe ao magistrado ser sensível às circunstâncias do caso concreto e, prevendo a possibilidade de utilização de fundamento não debatido, permitir a manifestação das partes antes da decisão judicial, sob pena de violação ao art. 10 do CPC/2015 e a todo o plexo estruturante do sistema processual cooperativo.

(...)

In casu, o Acórdão recorrido decidiu o recurso de apelação da autora mediante fundamento original não cogitado, explícita ou implicitamente, pelas partes. Resolveu o Tribunal a quo contrariar a sentença monocrática e julgar extinto o processo sem resolução de mérito por insuficiência de prova, sem que as partes tenham tido a oportunidade de exercer sua influência na formação da convicção do julgador. Por tratar-se de resultado não previsto objetivamente no ordenamento jurídico nacional, e que refoge ao desdobramento natural da controvérsia, considera-se insuscetível de pronunciamento com desatenção à regra da proibição da decisão surpresa, posto não terem as partes obrigação de prevê-lo ou advinha-lo.

Embasando-se o decisum em fundamento jurídico não submetido à audiência prévia das partes, calha à fivela os inafastáveis efeitos do art. 10 c/c art.933

do CPC/2015. Conclui-se que a proibição de decisão surpresa ou de terceira via mostra-se plenamente aplicável à hipótese dos autos, devendo o Tribunal a quo ouvir previamente as partes sobre todos os pontos do processo, incluídos os que possivelmente poderão ser decididos por ele. O julgado hostilizado há de ser anulado, por isso, com retorno dos autos à origem para intimação das partes a se manifestarem sobre a possibilidade aventada pelo juízo no prazo de 5 (cinco) dias. (STJ, REsp 1.676.027-PR, Segunda Turma, Rel. Herman Benjamin, j. 26/09/2017, DJe 11/10/2017).

Assim, vê-se que o legislador inovou de forma acertada. Atualmente, em virtude de expressa previsão legislativa, cabe ao magistrado decidir a lide e as questões à ela inerentes com base nos argumentos jurídicos trazidos pelas partes, considerando-os de forma efetiva na construção do seu pronunciamento judicial, sob pena de nulidade da decisão (art. 489, II e §1º, IV do NCPC), evitando-se, inclusive, que haja a prolação de decisão surpresa que consiste em uma decisão dada com base em argumentos sobre os quais as partes não foram previamente ouvidas, ainda que se trate de matéria de ordem pública.

Não há aqui qualquer incompatibilidade entre a cognoscibilidade da questão de ordem pública com o contraditório substancial. O dever de atuação de ofício naqueles casos diz respeito à iniciativa da constatação, ou seja, independentemente da provocação das partes, o juízo pode conhecer de tais temas, devendo, contudo, para decidir a respeito deles, suscitar o contraditório efetivo.

Sendo assim, a decisão do Superior Tribunal de Justiça, como antes apontado, tende a uma visão principiológica sistemática de modo a dar a mais ampla efetividade às normas constitucionais e às normas fundamentais do Código de Processo Civil.

Trata-se de uma nova articulação perfeitamente coerente com o atual estágio dos estudos processuais, como apontado nas seções anteriores.

CONCLUSÃO



partir da demonstração de que a democracia pressupõe uma participação, deduz-se que a efetiva garantia do contraditório acaba sendo um reflexo do princípio democrático na estruturação do processo. No Brasil, a Constituição da República, promulgada em 1988, visando transparecer os ideais democráticos, estabeleceu o princípio do contraditório como uma garantia dos litigantes no âmbito administrativo, judicial e negocial.

Em 2015, com a publicação do texto da Lei nº. 13.105/2015 que instituiu o Novo Código de Processo Civil, a partir de uma clara vinculação com as diretrizes constitucionais, várias garantias fundamentais foram consagradas e explicitadas em sua mais ampla dimensão, dentre essas, o princípio do contraditório.

Conforme visto, o princípio do contraditório abrange duas garantias: participação e possibilidade

de influência na decisão, sendo que aquele só se efetivará quando ambas as garantias forem respeitadas. Essas perspectivas, por sua vez, estão perfeitamente integradas na vedação às decisões surpresas como um novo modelo de atuação jurisdicional.

Assim, o texto legal impede que seja prolatada decisão cujo elemento fático ou jurídico que lhe embasa não tenha sido submetido previamente ao contraditório, vedando a chamada decisão surpresa. Trata-se, como se vê, da efetiva previsão do contraditório substancial.

Trata-se de um modelo que reforça os direitos fundamentais processuais e ao mesmo tempo amplia a legitimidade do Poder Judiciário ao colocar em prática o procedimento hábil a dar mais ampla efetividade aos princípios jurídicos que se consorciaram na construção normativa do texto legal.

Aos operadores do direito, cabe dar cada vez maior aplicação prática ao princípio, reforçando os direitos já reconhecidos legalmente, mas também dando ensejo a decisões cada vez menos controversas em função da ampliação da participação dos agentes processuais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código de Processo Civil**. 25ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2018.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 25ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2018.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**, São Paulo: Saraiva, 2015.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A atendibilidade dos fatos supervenientes no processo civil**: uma análise comparativa entre o sistema português e o brasileiro. Coimbra: Almedina, 2012, p. 61n.

DIAS, Jean Carlos [et al.]. **Curso de Processo Civil: processo de conhecimento**. 2ª. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol I. 17ª ed. Salvador: Editora Juspodvim, 2015, p. 79.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 125.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 3ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2003, p. 26.

LUÑO, Antônio Enrique Peres. **Derechos humanos, estado de derecho y constitucion**, 5ª ed. Sevilla: Tecnos, 2004.

MALLET, Estevão. **Notas sobre o problema da chamada 'decisão-surpresa'**. Revista de Processo. São Paulo: RT, 2014, n. 233, p. 398.

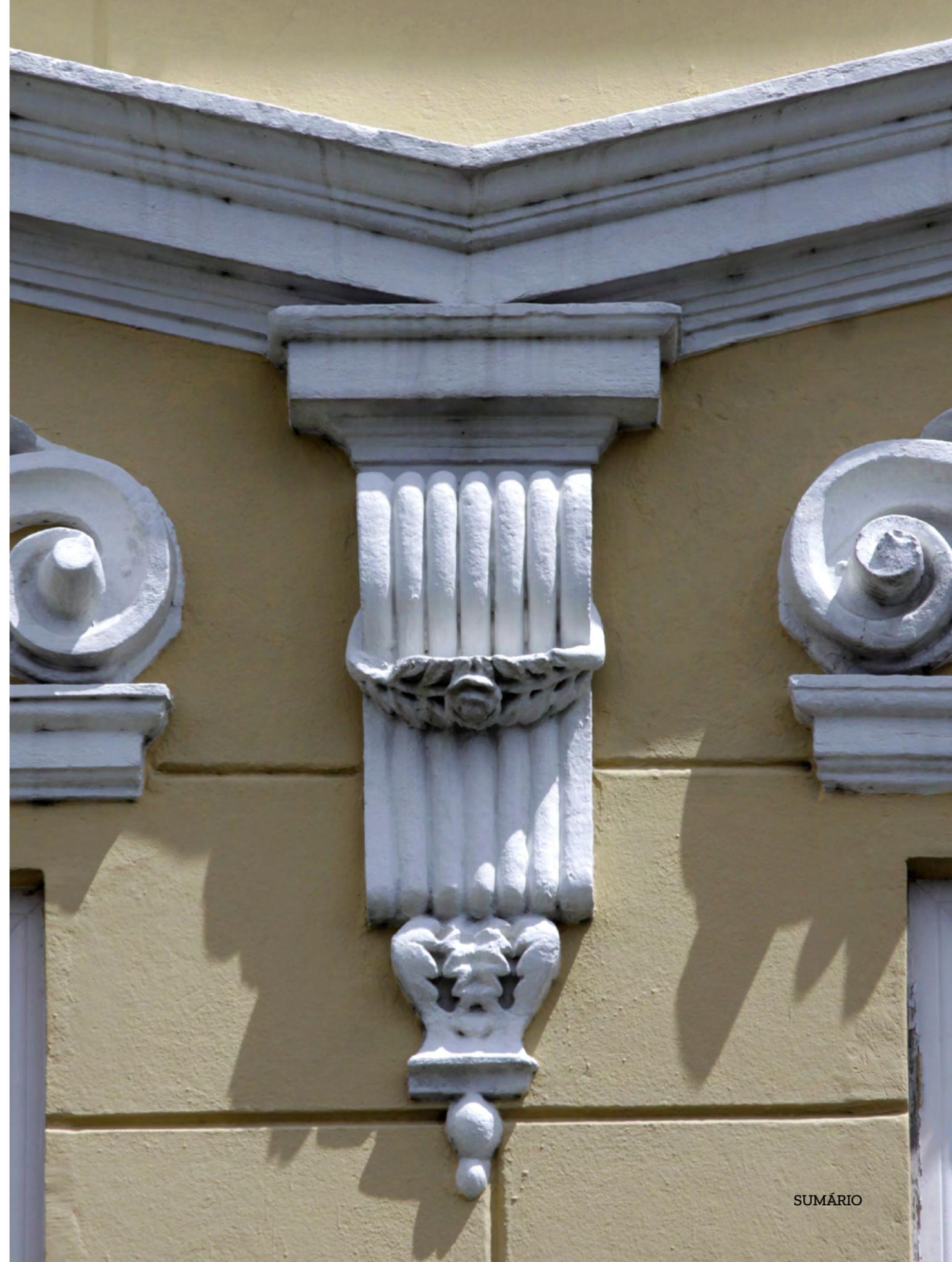
MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas Linhas do Processo Civil**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 255.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil comentado**: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2016.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. LAMY, Eduardo de Avelar. **Teoria Geral do Processo**. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. et al. **Novo CPC: Fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. P. 63-64.



Os Imperativos do Equilíbrio e da Serenidade na Função Judicante

REIS FRIEDE²³

²³ Reis Friede é Desembargador Federal, Presidente do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (biênio 2019/21), Mestre e Doutor em Direito e Professor Adjunto da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Site: <https://reisfriede.wordpress.com/>. E-mail: reisfriede@hotmail.com.



Estamos vivendo tempos extraordinariamente difíceis em nosso país. Politicamente, superamos o trauma de duas das eleições presidenciais mais polarizadas de nossa história: a de 2014 (com resultados, no mínimo, contestáveis), - e com a excepcionalidade do impeachment da então Presidente da República no curto período de pouco mais de um ano do exercício de seu segundo (e conturbado) mandato presidencial -, e a de 2018, que conseguiu trazer a nação de volta aos trilhos democráticos.

Porém, permeando essa sorte de solavancos na esfera política, uma preocupante recessão econômica emergiu, - e continua a produzir efeitos, apesar de o país já ter voltado ao rumo do crescimento -, como combustível para uma crise político-institucional que acabou por conduzir o Poder Judiciário a um inédito

e extraordinário protagonismo (sem precedentes na história republicana), entremeado de persistentes (e inquietantes) conflitos com o Poder Legislativo, desconsiderando não somente que, se a magistratura é essencial à democracia, o parlamento igualmente o é, sob pena, como bem adverte JOAQUIM FALCÃO (Congresso e Supremo podem fazer Gol Contra; O Globo, 16/12/2016, p. 3), de trocarmos uma necessária (e concreta) Constituição Normativa por uma abstrata (e inefetiva) Constituição Semântica.

“O Poder Judiciário não pode passar de um legislador negativo. Teço estas considerações porque, no Brasil, este equilíbrio entre os poderes tem sido tisonado por incursões indevidas do Judiciário nas funções legislativas (...). De plano, reconheço nos membros da Magistratura qualidades pessoais que admiro. Mas são técnicos e não políticos, sociólogos

ou economistas, carecendo do conhecimento conjuntural, até porque não representam o povo, não os elegeu.” (IVES GANDRA DA SILVA MARTINS; A Advocacia e o Ministério Público, O Globo, 03/06/2017, p. 17)

Também, resta fundamental destacar que o ineditismo dessa nova forma de atuação do Judiciário, no contexto de um surpreendente (e perseverante) quadro de incontáveis denúncias de corrupção, tem conduzido a um igualmente excepcional grau de exigência quanto à atuação por parte de seus membros, que transcende (em muito) toda a experiência acumulada em cerca de 30 ou 40 anos de existência de uma Justiça independente em nosso País.

Nesse cenário, equilíbrio e serenidade se constituem no binômio fundamental a ser necessariamente observado por todos os juizes, em todos os juízos e tribunais brasileiros.

“O Poder Judiciário se constitui, acima de tudo, em árbitro em processos de conflito e jamais em ator responsável por dar causa ao próprio conflito; situação que se apresenta quando passa a interferir, às margens dos estreitos limites de sua competência constitucional, na própria dinâmica funcional dos Poderes Legislativo e Executivo.” (Ministro GILMAR MENDES; O Estado de São Paulo, 16/12/2016)

Somente obteremos êxito na superação desse grandioso desafio se os membros da magistratura nacional compreenderem o elevadíssimo grau de responsabilidade de suas novas (e renovadas) funções e, acima de tudo, o impacto (efetivo e potencial) de suas respectivas ações no mister do desempenho de suas respectivas atribuições constitucionais.

Oportuno lembrar que a prestação jurisdicional não se esgota apenas na rigorosa observância da Constituição e das leis que com ela convergem, posto que a atuação do julgador deve ser necessariamente legitimada, ao mesmo tempo em que deve possuir

um incontestado conteúdo ético.

Nunca é demais lembrar que o substrato deontológico da magistratura encontra-se presente no processo de legitimação do próprio juiz e, por efeito, de seu poder jurisdicional, não obstante ser sempre verdadeiro o fato de que a legitimidade do magistrado transcende a simples valoração subjetiva, implícita na ética e na moral social, para se fundar, não só no procedimento de recrutamento e seleção, mas, sobretudo, no resultado de sua atuação criativa, - porém umbilicalmente fundamentada em preceitos técnico-jurídicos (art. 93, IX, da CF) -, que objetiva, em última análise, transformar o direito objetivo abstrato em norma sentencial concreta e efetiva.

Ademais, resta imperativo que todos os membros da judicatura compreendam que o cerne da questão da justiça, na qualidade de elemento axiológico do direito, não se encontra propriamente na valoração genérica e egocentricamente livre de cada julgador, mas, ao reverso, no rigor da aplicação racional da lei de forma serena, equilibrada e, fundamentalmente, isenta, imparcial e impessoal.

“O juiz não é livre para decidir, posto que decide sempre com fundamento na Constituição e nas leis que convergem com o texto constitucional. Os juizes, em verdade, são apenas livres de pressões externas para julgar, considerando as garantias da magistratura asseguradas na Carta Política.” (Ministro DIAS TOFFOLI em entrevista ao jornalista ROBERTO D'ÁVILA, Globo News, 12/12/2016)

É sempre válido registrar que a legitimidade democrática do magistrado não resulta de uma exclusiva delegação a priori (como na hipótese dos cargos eletivos), mas, ao contrário, de um mecanismo que se opera sempre (e conclusivamente) a posteriori, através da produção da lei inter partes, vinculada inexoravelmente ao absoluto respeito em relação à matriz jurídica básica, de natureza legislativa, que lhe é posta pelo direito constitucional e infraconstitu-

cional vigente. Tal preceito resta tão importante que o Novo Código de Processo Civil (Lei no 13.105/2015), preocupado com os constantes julgamentos procedidos por sentenças genéricas e com base em conceitos peculiares relativos ao legal e ao justo, estabeleceu expressamente, em seu art. 489, restrições inéditas à pretensa liberdade de decidir dos juízes, remodelando, inclusive, a arquitetura construtiva dos julgados (e de suas explícitas motivações) e expurgando definitivamente a possibilidade de decisões judiciais contaminadas por concepções pessoais absolutas e soberanas.

“Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

(...)

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

(...)

§1o Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial (...) que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes (...)

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou

precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

§2o No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a in-

terferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

(...)

Não é por outro motivo que a fundamentação (necessariamente) técnica das decisões judiciais sempre foi e, de forma mais marcante e explícita, continua a ser (inafastavelmente) obrigatória, constituindo-se, inclusive, em uma insuperável garantia constitucional, na exata medida em que o próprio parâmetro vinculativo do poder do juiz exterioriza-se, precisa e pontualmente, na formulação das pertinentes razões de decidir, por ser exatamente nesse momento que o julgador torna transparente (e público) que respeitou o devido processo legal.

“(...) o mínimo que se espera é que o Judiciário aja de acordo com a lei (...) convencer os magistrados de que sua opinião pessoal não é lei ainda é missão inconclusiva e árdua.” (SILVIA CORREIA; O Resistente Judiciário, O Globo, 13/10/2016, p. 15)

Jamais devemos nos esquecer de que não é propriamente o juiz quem julga, e sim o Estado-juiz que aquele representa, defluindo desse fato a conclusão lógica de que não há espaço para o exercício de um condenável protagonismo individual eivado de vaidades (ou mesmo de outros pecados da alma), - e, muito menos, de um solipsismo judicial congênito -, sendo certo, ainda, que as consequências (e os efeitos político-jurídicos) de uma decisão judicial devem ser sempre ponderadas, integrando-se, necessariamente, ao processo de elaboração conclusiva da mesma.

“As consequências de uma decisão judicial devem ser sempre consideradas e, portanto, fazer parte da construção de sua elaboração.” (DENIS LERRER ROSENFELD; Esculhambação Institucional, O Globo, 12/12/2016, p. 12)

Vale advertir, em tom sublime e conclusivo, que a missão primordial do Judiciário é a obtenção

da paz social. Cumpre, portanto, ao Poder Judiciário, de forma cogente e insuperável, a resolução (administração) dos conflitos, com a consequente pacificação da sociedade, e não, de forma diametralmente oposta, como desejam (em seu atuar) alguns juízes, a exacerbação dos ânimos, em nome de uma utópica (e desautorizada) imposição de seus (subjetivos) postulados de justiça, muitas das vezes supostamente obtidos (e indevidamente incorporados ao patrimônio intelectual do magistrado) por intermédio de um suposto (porém, inexistente) direito alternativo.

“Em uma democracia os juízes não devem ser submissos às leis, sob risco de se transformar o Estado de Direito em um Estado de Juízes.”

(EROS ROBERTO GRAU; Juízes que Fazem as suas Próprias Leis, O Globo, 11/12/2016, p. 15)

Outrossim, é sempre válido rememorar que o povo não é (em verdade) soberano, uma vez que

soberanos são, em essência, os valores em que se fundam uma democracia e, por consequência lógica, uma sociedade autenticamente democrática. Valores esses que se encontram, sempre e necessariamente, consagrados na Constituição (na qualidade de fruto do Poder Constituinte originário que formalizou os verdadeiros ideais de um povo, concebendo uma autêntica Nação), cabendo, em última análise, ao Poder Judiciário a extraordinária tarefa de defendê-los, inclusive ao eventual arripio da oscilante vontade popular (momentaneamente majoritária).

Por fim, vale registrar que o Poder Judiciário representa, por meio de seus juízes, a última esperança de um povo sem esperança e, nesse sentido, todos os olhos da sociedade encontram-se naturalmente voltados em torno da expectativa de uma correta, serena e equilibrada atuação de todos os membros da magistratura, sem qualquer exceção ou exclusão.

**JURISPRUDÊNCIAS
CÍVEIS DE
DIREITO PÚBLICO**

**DESA. CÉLIA REGINA
DE LIMA PINHEIRO**

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. LEI ESTADUAL QUE INSTITUI BENEFÍCIOS FISCAIS RELATIVOS AO ICMS. AUSÊNCIA DE CONVÊNIO INTERESTADUAL PRÉVIO. OFENSA AO ART. 155, § 2º, XII, g, DA CF/88. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO DECRETO Nº 236/2007 COM EFEITOS EX TUNC. 1- No tocante ao Decreto Estadual nº 236/2007, faz-se imperiosa a decretação de sua inconstitucionalidade, por violação ao disposto na alínea “g” do inciso XII do art. 155 da CF/88, no que convirjo com o voto da relatora e com os demais vistorres. 2- Dessa forma, imperioso desconstituir parcialmente a sentença, tão somente nos capítulos afetos à modulação dos efeitos da inconstitucionalidade reconhecida, e ao julgamento do mérito da lide, devendo a inconstitucionalidade operar seus inerentes efeitos ex tunc, com prejuízo do exame do mérito da demanda. Mantido o acolhimento da prejudicial de inconstitucionalidade incidental do Decreto Estadual nº 236/20073- Recurso conhecido, e provido por maioria.

ACORDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos acima identificados.

ACORDAM os Exmos. Desembargadores que integram a 1ª Turma de Direito Público deste Tribunal de Justiça do Estado do Pará, por maioria de votos (Desembargadores Ezilda Pastana Mutran, Célia Regina de Lima Pinheiro e Maria Elvina Gemaque Taveira), vencidos apenas no que se refere a modulação dos efeitos da inconstitucionalidade do Decreto 236/2007, os Desembargadores Roberto de Gonçalves Moura e Rosileide Maria da Costa Cunha em **CONHECER DO RECURSO, E DAR-LHE PROVIMENTO**, nos termos do voto da relatora. Belém (PA), 18 de março de 2019. Desembargadora **EZILDA PASTANA MUTRAN** Relatora

VOTO

Na sessão realizada no dia 18 de março de 2019, a douta Desembargadora Célia Regina de Lima Pinheiro leu seu voto vista, nos seguintes termos:

“Trata-se de recurso de apelação (Id. 284835), interposto pelo XXX em face da sentença (Id. 204752), prolatada pelo juízo da 3ª Vara de Execução Fiscal de Belém, que, nos autos da ação anulatória de ato administrativo, proposta pela XXXX (Id. 204723), acolheu a prejudicial de inconstitucionalidade incidental, suscitada pelo parquet e declarou a inconstitucionalidade do Decreto Estadual nº 236/2007, modulando seus efeitos para

após o trânsito em julgado da sentença; no mérito, julgou procedente o pedido e declarou a nulidade dos Decretos Estaduais nº 1451/2008 e nº 1452/2008, revogadores do Decreto Estadual nº 236/2007, que concedia benefício fiscal à autora/apelada.

Notas preliminares

De início, esclareço que me encontro desimpedida de participar do julgamento deste feito, não obstante ocupar, desde o dia 01/02/2019, o cargo de vice-presidente deste Tribunal. É que, na forma do inciso VI, do art. 37, do Regimento Interno deste Tribunal, compete ao vice-presidente tomar parte no julgamento das causas em cujos autos, antes de empossado no cargo, houver apostado seu visto como relator ou revisor. Em que pese, aqui, cuidar-se de voto-vista, considerando que esta condição pode conduzir o vistor à qualidade de relator, a depender do resultado do julgamento, decerto que, por analogia, o vistor resta inserido na regra citada.

Assim, tendo o pedido de vista sido feito em 17/12/2018, e minha posse no cargo atual, ocorrido em 01/02/2019; considerando se tratar de mero prosseguimento do julgamento anteriormente iniciado, atenho-me à regra do inciso III, do art. 148, do Regimento Interno, alusivo ao pedido de vista, para lançar meu voto.

Síntese do julgamento

O presente julgamento teve início na 9ª Sessão Ordinária deste órgão julgador, realizada em 02/04/2018, quando a relatora do feito, Desa. Ezilda Pastana Mutran, lançou seu voto, no qual negou provimento ao apelo e manteve integralmente a sentença. Logo, nos termos do voto da relatora, deve ser declarada a inconstitucionalidade do Decreto Estadual nº 236/2007, com efeitos modulados para após o trânsito em julgado da sentença; e, no mérito, declarada a nulidade dos Decretos Estaduais nº 1451/2008 e nº 1452/2008 (revogados daquele)

Após os debates, o Des. Roberto Gonçalves de Moura pediu vista aos autos, sobrestando o julgamento. Em sequência, na 17ª sessão, ocorrida em 28/05/2018, o desembargador vistor declarou voto acompanhando a relatora. Ato contínuo, na mesma ocasião, mais uma vez debatida a matéria, a Desa. Rosileide da Costa Cunha após pedido de vista aos autos, ensejando nova suspensão do julgamento.

Ao lançar seu voto-vista, na 43ª sessão desta turma, ocorrida em 17/12/2018, a Desa. Ro-

sileide Cunha lançou voto divergente, dando provimento à apelação, para reformar em parte a sentença, reconhecendo a legalidade dos Decretos Estaduais nº 1451/2008 e nº 1452/2008, restando mantida a declaração de inconstitucionalidade do Decreto Estadual nº 236/2007, mas com efeitos modulados a partir de 01/12/2008 (vigência do Decreto nº 1452/2008).

Colocado em votação o recurso, houve divergência na turma julgadora, inicialmente formada pela Desa. Ezilda Pastana da Silva Mutran, Des. Roberto Gonçalves de Moura e Desa. Rosileide Maria da Costa Cunha.

O fato deu ensejo à ampliação de plenário, diante do que passamos, a Desa. Elvina da Silva Gemaque e eu, a integrar a turma julgadora.

Na ocasião, para melhor análise do processo, pedi vista aos autos, tendo ficado suspenso o julgamento, que ora toma prosseguimento, com a leitura de meu voto-vista, ao qual integro o relatório lançado pela relatora, com alguns adendos, apostos tão somente para efeito de melhor sistematizar o encadeamento lógico encartado nas anotações a saber.

Feitas estas remissivas, que considero úteis para situar-nos acerca do histórico do julgamento, passo à análise dos pressupostos de admissibilidade.

Ao proferir a sentença, o juízo declarou a submissão do julgado à remessa necessária, o que se mostra pertinente diante da sucumbência da fazenda pública. No entanto, a providência não foi observada na formalização do recurso, o que deve ser providenciado.

Assim, reconheço também presente o reexame necessário da sentença.

Presentes os pressupostos de admissibilidade recursal, conheço da remessa necessária e da apelação e adentro a matéria devolvida ao exame.

Prejudicial de inconstitucionalidade

O Ministério Público suscitou incidentalmente, sob o Id. 204750, a prejudicial de inconstitucionalidade do Decreto Estadual nº 236/2007, com fundamento na ausência de pactuação prévia do benefício concedido, mediante convênio junto ao CONFAZ, em violação ao §6º do art. 150 e na alínea “g” do inciso XII do art. 155 da CF/88, o que foi acolhido pelo juízo de origem, que declarou a inconstitucionalidade do ato normativo, com efeitos modulados para após o trânsito em julgado da sentença. In verbis do dispositivo:

DISPOSITIVO.

Por todo o exposto, tendo em vista os fundamentos que permeiam este decisum, declaro incidentalmente a inconstitucionalidade do Decreto nº 236. de 26.06.2007. Entretanto, com fundamento nos Princípios Constitucionais da Segurança Jurídica, da Confiança, da Ética Jurídica e da Boa Fé, bem como em jurisprudência do Supremo Tribunal Federal colacionada aos autos acerca da matéria, modulo os efeitos da declaração de , inconstitucionalidade para que surtam efeito tão somente a partir do trânsito em julgado do presente decisum (eleito ex nunc).

Considerando a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, bem como toda a fundamentação com relação ao mérito da demanda ACOLHO O PEDIDO DA PARTE AUTORA, JULGANDO, PROCEDENTE O PLEITO E RESOLVENDO O .MÉRITO, com fundamento no artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil, para DECLARAR A NULIDADE dos Decretos nos 1451/2008 e 1452/2008, com efeito 1 retroativo a data de suas publicações, por total ausência de motivação, visto que revogaram decreto. com prazo certo de vigência (Decreto 236/2007). sem que fosse observado o devido contraditório e processo legal, anulando-se os créditos porventura constituídos em face da revogação em tela.

O apelante pretende a reforma da sentença, para julgar improcedente o pedido de anulação dos decretos revogadores (Decretos nº 1451/2008 e nº 1452/2008); ou sua reforma parcial, para que seja atribuído efeito ex tunc à inconstitucionalidade declarada em face do Decreto nº 236/2007.

Pois bem.

A pretensão da lide, proposta pela ora apelada, reside na nulidade dos Decretos Estaduais nº 1451/2008 (Id. 204731) e nº 1452/2008 (Id. 204730), que revogaram o Decreto Estadual nº 236/2007 (Id. 204725), concessivo de benefício fiscal, na ordem de 95% (noventa e cinco por cento), sobre o recolhimento de ICMS, pelo prazo de oito anos, em favor da autora/apelada.

Não obstante o devido respeito ao princípio da congruência, o que atrelaria o exame da demanda ao pedido veiculado na exordial, a prejudicial de mérito suscitada pelo parquet atrai a atenção ao decreto concessivo do tratamento fiscal diferenciado; e tal se mostra

pertinente porquanto o efeito da pretensão deduzida enseja, por via transversa, justamente o reconhecimento dos efeitos emanados deste ato normativo (concessor do benefício). Logo, impõe-se revolver a apreciação do caso concreto para o objeto dos decretos que a autora busca anular, qual seja o Decreto Estadual nº 236/2007.

Para melhor análise, transcrevo excertos de interesse dos componentes deste decreto:

DECRETO Nº236, DE 26 DE JUNHO DE 2007 Concede tratamento tributário às operações que especifica, realizadas pela empresa CERPA – CERVEJARIA PARAENSE S/A. A GOVERNADORA DO ESTADO DO PARÁ, no uso das atribuições que lhe são conferidas pelo art. 135, inciso V, da Constituição Estadual, e tendo em vista que permanece vigente o art. 24, da Lei Estadual nº6.489, de 27 de setembro de 2002, e Considerando, que todos os Estados da Federação continuam concedendo incentivos fiscais, seja através de leis, de decretos ou de atos das respectivas Secretarias de Fazenda, ainda que sem a autorização do Conselho Nacional de Política Fazendária - CONFAZ, o que torna indispensável ao Estado do Pará a concessão de incentivos no intuito de atrair empreendimentos para seu território;

(...)

DECRETA:

Art. 1º Fica concedido crédito presumido correspondente a 95% (noventa e cinco por cento), calculados sobre o Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS devido nas operações internas e interestaduais dos produtos fabricados pela empresa CERPA -CERVEJARIA PARAENSE S/A, inscrição estadual nº15.000.475-3.

Em sua exposição de motivos, o ato executivo epigrafado consigna claramente a ausência de autorização do Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ, em relação ao conteúdo do decreto. Exsurge, portanto, que o benefício fiscal concedido à autora/apelada se embasou unicamente no ato da chefe do executivo estadual, consubstanciado no Decreto nº 236/2007, à mingua da pactuação prévia com os demais estados da federação, mediante convênio.

O ICMS, segundo Sergio Pinto Martins in Manual de Direito Tributário, incide sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação (ICMS), ainda que as operações e as

prestações se iniciem no exterior (2ª Edição, Editora Atlas, ano 2003, pg.271).

A instituição deste imposto compete aos Estados, conforme preceitua o inciso II do art. 155 da CF/88:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

(...)

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

A alínea “g”, do inciso XII, do § 2º, do mesmo art. 155, confere à lei complementar a regulação da forma

como os Estados e o Distrito Federal poderão conceder e revogar isenções, incentivos e benefícios fiscais. In

verbis:

§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

(...)

XII - cabe à lei complementar:

(...)

g) regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados.

Ao outorgar competência para os entes federativos disciplinarem determinadas matérias no âmbito de sua circunscrição, o constituinte concede plenos poderes para que cada um exerça sua atribuição, porém devem respeito aos limites impostos pela própria Carta Magna.

A este respeito, pondera Roque Antonio Carraza:

(...) De fato, unilateralmente, nem os Estados, nem o Distrito Federal podem concedê-las. Nem mesmo por meio de lei ordinária. Não há, portanto, isenções autonômicas, em matéria de ICMS. Notamos, a propósito, que a lei ordinária (estadual ou distrital) também não pode, no que concerne a este tributo, conceder incentivos e benefícios fiscais (reduções de base de cálculo, créditos presumidos ou fictícios, remissões parciais, anistias, diferimentos, parcelamentos de débitos tributários, adiamentos de prazos de pagamento, e assim por diante). [...]

Em suma, as isenções tributárias em matéria de ICMS, longe de poderem ser concedidas (ou revogadas) pelas próprias unidades federativas interessadas, devem ser objeto de convênios, celebrados e ratificados pelos Estados e pelo Distrito Federal.

De fato, a Constituição exige que todos eles se coloquem de acordo para que tal benefício passe a ter existência jurídica. Assim é para evitar a “guerra fiscal” entre as diversas regiões do País, cujos efeitos deletérios são sobejamente conhecidos – e que, por isso mesmo, devem, por todos os modos, ser evitados. (in ICMS. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 516 e 522).

Ocorre que, desde a promulgação da CF/88, não houve a edição específica da lei complementar determinada na alínea “g” do inciso XII do art. 155 da CF/88. Diante desta lacuna legislativa, o §8º do art. 34 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, previu que, até que sobreviesse a legislação competente, seria aplicada a Lei Complementar nº 24/1975, que dispõe sobre os convênios para a concessão de isenções do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias, nos seguintes termos:

Art. 1º As isenções do Imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias serão concedidas ou revogadas nos termos de convênios celebrados e ratificados pelos Estados e pelo Distrito Federal, segundo esta Lei.

O art. 4º da Lei Complementar nº 24/75 outorgou ao Poder Executivo, de cada Estado signatário dos convênios firmados para isenção do ICMS, o direito de, por decreto, introduzir na legislação estadual os termos fixados em tais convênios, sendo este ato do Executivo o único e suficiente meio para eficácia da norma conveniente na circunscrição estadual (independentemente de lei local incorporadora). Na ocasião, era pacífico o entendimento do STF, no sentido de que a internalização de convênios, afetos à isenção de ICMS, poderia se dar nos Estados federados por mero decreto executivo local. Neste sentido, o julgamento do RE 106.859, cujo ponto de interesse da ementa segue transcrito:

(...) é pacífico o entendimento desta Corte no sentido de que a revogação de isenção concedida por convênio, pode ocorrer mediante decreto, que ratifique convênio revogador, uma vez celebrado de acordo com as normas estabelecidas pela LC 24/75. (RE 106.859, 1ª Turma, Ministro relator Sydney Sanches, DJ de 29/11/85) (grifei).

Em suma, as isenções tributárias em matéria de ICMS, longe de poderem ser concedi-

das (ou revogadas) pelas próprias unidades federativas interessadas, devem ser objeto de convênios, celebrados e ratificados pelos Estados e pelo Distrito Federal.

De fato, a Constituição exige que todos eles se coloquem de acordo para que tal benefício passe a ter existência jurídica. Assim é para evitar a “guerra fiscal” entre as diversas regiões do País, cujos efeitos deletérios são sobejamente conhecidos – e que, por isso mesmo, devem, por todos os modos, ser evitados. (in ICMS. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 516 e 522)

Ocorre que, desde a promulgação da CF/88, não houve a edição específica da lei complementar determinada na alínea “g” do inciso XII do art. 155 da CF/88. Diante desta lacuna legislativa, o §8º do art. 34 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, previu que, até que sobreviesse a legislação competente, seria aplicada a Lei Complementar nº 24/1975, que dispõe sobre os convênios para a concessão de isenções do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias, nos seguintes termos:

Art. 1º As isenções do Imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias serão concedidas ou revogadas nos termos de convênios celebrados e ratificados pelos Estados e pelo Distrito Federal, segundo esta Lei.

O art. 4º da Lei Complementar nº 24/75 outorgou ao Poder Executivo, de cada Estado signatário dos convênios firmados para isenção do ICMS, o direito de, por decreto, introduzir na legislação estadual os termos fixados em tais convênios, sendo este ato do Executivo o único e suficiente meio para eficácia da norma conveniente na circunscrição estadual (independentemente de lei local incorporadora).

Na ocasião, era pacífico o entendimento do STF, no sentido de que a internalização de convênios, afetos à isenção de ICMS, poderia se dar nos Estados federados por mero decreto executivo local. Neste sentido, o julgamento do RE 106.859, cujo ponto de interesse da ementa segue transcrito:

(...) é pacífico o entendimento desta Corte no sentido de que a revogação de isenção concedida por convênio, pode ocorrer mediante decreto, que ratifique convênio revogador, uma vez celebrado de acordo com as normas estabelecidas pela LC 24/75. (RE 106.859, 1ª Turma, Ministro relator Sydney Sanches, DJ de 29/11/85) (grifei).

Por conseguinte, do alinhamento do disposto na legislação complementar e na Consti-

tuição Federal, resulta que os favores fiscais do ICMS deverão estar previstos em convênios, celebrados entre os Estados/Distrito Federal e, desde que aprovados e ratificados na esfera do CONFAZ, sua incorporação à legislação interna dos entes signatários deverá se dar, diante da alteração trazida pela EC nº 03/93, por intermédio de lei, tão somente, sendo certo que, antes da ocorrência dessa emenda, isso poderia ocorrer por decreto, conforme já exposto.

Nesta senda, passou-se a exigir, como requisitos cumulativos, além da existência de convênio prévio, como forma de validade do benefício fiscal, a existência de lei em sentido formal, que acomode a adesão à legislação tributária estadual.

Destaco que, neste Tribunal, mantenho posicionamento minoritário no tocante ao entendimento de império da existência de lei estadual, além da celebração de convênio prévio, para a concessão de benefícios fiscais afetos ao ICMS.

Ao perfilar esta tese, na 24ª Sessão de Julgamento do Tribunal Pleno, datada de 27/06/2018, enquanto relatora do Mandado de Segurança nº 0084734-92.2015.8.14.0000, que discutia a nulidade de decreto estadual revogador de decreto anterior, que concedia benefício no recolhimento de ICMS a empresas atuantes nos ramos de popas de açaí e de cupuaçu, votei pela denegação da segurança, com base na inconstitucionalidade do ato concessivo do benefício, porquanto fundado tão somente na celebração de convênio junto ao CONFAZ, mas carente da correspondente lei estadual integrativa, o que, no meu entender, viola a disposição do §6º do art. 150 da CF/88, alterado pela EC nº 03/93.

No ensejo, prevaleceu a tese defendida pelo Des. Milton Augusto de Brito Nobre, que, em seu voto-vista, condutor do respectivo acórdão, denegou a segurança com base na ausência de direito

líquido e certo das impetrantes.

Importa, contudo, esclarecer que a matéria, ora examinada, se assemelha mas não coincide com aquela. Isto porque o caso concreto apreciado naquele decisum importava na concessão do benefício por decreto, após a celebração de convênio, mas à mingua de lei que internalizasse este ajuste. Aqui, a situação é outra, a concessão do benefício se deu por mero decreto, não autorizado pelo CONFAZ. A questão afeta à falta de lei integrativa vai além da questão posta, pelo que desnecessário, por ora, adentrar este viés.

Em sendo assim, em que pese minha divergência de entendimento, no que afeta à necessidade de lei, para a concessão do benefício fiscal em relevo, em respeito à disposição do inciso V do art. 927 do CPC, é mister observar a orientação do Pleno deste Tribunal.

Nesta esteira, considerando que o voto condutor do acórdão, naquele julgamento, foi incisivo em reconhecer a necessidade da celebração de convênio para o fim de concessão de tratamento fiscal diferenciado em sede de ICMS, ponto coincidente com o caso em exame, aproveito o consignado na ementa do voto da lavra do Des. Milton Nobre, para subsidiar a presente decisão. São os termos (grifados):

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. ICMS. REVOGAÇÃO DE BENEFÍCIOS FISCAIS. DECRETO nº 1.391/2015. LEGALIDADE DO DECRETO RECONHECIDA EM MANIFESTAÇÃO ANTERIOR DO PLENO DESTES TRIBUNAL. NÃO APLICÁVEL PRINCÍPIO DA ANUALIDADE E NÃO-SURPRESA À REVOGAÇÃO DE ISENÇÃO DE ICMS EM RAZÃO DA LC 24/75. APLICABILIDADE DA SÚMULA 615/STF. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. SEGURANÇA DENEGADA.

1. O princípio constitucional da anualidade não se aplica à revogação de isenção de ICMS, dado o caráter dualista do tributo que, em última análise, implica na ideia de imposição de efeitos imediatos a partir da revogação da norma isencional;
2. Na forma como previsto no art. 175, inciso I, do Código Tributário Nacional, a isenção não impede o nascimento ou constituição da obrigação tributária, apenas o pagamento do tributo é dispensado, daí a revogação de isenção por ato próprio descolar-se da obrigatória observação ao princípio da não surpresa.
3. Nos termos da Constituição Federal depreende-se que somente por lei específica po-

derá ser instituído benefício ou isenção (art.150, §6º), salvo no caso excepcionado do art. 155, §2º, XII, 'g' pelo qual as isenções e ICMS ficam subordinadas à Lei Complementar típica para decidir a forma, mediante deliberação dos Estados e do DF, como isenções serão concedidas e revogadas.

4. Trata-se de proteção ao pacto federativo, através da qual os legislativos estaduais estariam proibidos expressamente de criarem isenções, impedindo com isso a guerra fiscal, pois a isenção de ICMS somente poderá ser instituída por convênios (por votação unânime dos estados federados), cabendo a cada unidade autônoma a ratificação do convênio, a considerar para tanto a afetação das suas receitas orçamentárias e o equilíbrio fiscal.

5. Ainda que a concessão de isenções seja matéria sob reserva expressa de Lei (art.150, §6º da CF), essa reserva de legalidade é excepcionada em matéria de ICMS na parte final do mesmo dispositivo constitucional, exclusivamente em favor dos convênios.

5.1. A legalidade estadual cede à forma estabelecida em convênio firmado e ratificado internamente até que sobrevenha a revogação.

6. Lei específica estadual não pode revogar qualquer benefício ou isenção em matéria de ICMS em razão da excepcionalidade prevista no art. 150, §6º, por aplicação expressa do art. 155, §2º, XII, 'g', pelo qual isenções em matéria de ICMS ficam subordinadas unicamente a Lei Complementar (no caso a LC 24/75), portanto a revogação das isenções é igualmente reservada a lei complementar, e a lei complementar atribui competência ao Poder Executivo, cujo ato normativo típico é o decreto.

7. Inexistência de direito líquido e certo. Segurança denegada. Referendo que o STF já vem há muito decretando a inconstitucionalidade de qualquer concessão do benefício de isenção do ICMS, pelos Estados-membros e pelo Distrito Federal, que não tenham sido objeto de deliberação do CONFAZ pela via de convênios.

Dentre elas, destaco a decisão proferida no julgamento da ADI 10247/PA, que declarou inconstitucional o caput do art. 12, da Lei nº 5.780/93 do Estado do Pará, e da expressão "sem prejuízo do disposto no caput deste artigo" contida no seu parágrafo único, na medida em que autorizam ao Poder Executivo a conceder diretamente benefícios fiscais de ICMS, sem observância das formalidades previstas na Constituição. In verbis:

Ação direta de inconstitucionalidade. Art. 12, parágrafo único, da Lei estadual (PA) nº 5.780/93. Concessão de benefícios fiscais de ICMS independentemente de deliberação do CONFAZ. Guerra Fiscal. Violação dos arts. 150, § 6º, e 155, § 2º, XII, "g", da Constituição Federal. 1. É pacífica a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal de que são inconstitucionais as normas que concedam ou autorizem a concessão de benefícios fiscais de

ICMS (isenção, redução de base de cálculo, créditos presumidos e dispensa de pagamento) independentemente de deliberação do CONFAZ, por violação dos arts. 150, § 6º, e 155, § 2º, inciso XII, alínea g, da Constituição Federal, os quais repudiam a denominada guerra fiscal. Precedente: ADI nº 2.548/PR, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJ 15/6/07. 2. Inconstitucionalidade do art. 12, caput, da Lei nº 5.780/93 do Estado do Pará, e da expressão "sem prejuízo do disposto no caput deste artigo" contida no seu parágrafo único, na medida em que autorizam ao Poder Executivo conceder diretamente benefícios fiscais de ICMS sem observância das formalidades previstas na Constituição. 3. Ação direta julgada parcialmente procedente. (STF - ADI: 1247 PA, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 01/06/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-157 DIVULG 16-08-2011 PUBLIC 17-08-2011 EMENT VOL-02567-01 PP-00001) – grifei.

Cito ainda o ementado no julgamento da ADI 2663, ocasião em que o Mini. Luiz Fux, relator do recurso, assentou que padece de inconstitucionalidade o art. 3º da Lei nº 11.743/02, do Estado do Rio Grande do Sul, porquanto concessiva de benefício fiscal de ICMS sem antecedente deliberação dos Estados e do Distrito Federal, em desarmonia com art. 155, § 2º, XII, "g" da Carta Política. Vide (grifado)

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. LEI ESTADUAL. CONCESSÃO DE BOLSAS DE ESTUDO A PROFESSORES. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA CONCORRENTE (ART. 24, IX, DA CRFB/88). COMPREENSÃO AXIOLÓGICA E PLURALISTA DO FEDERALISMO BRASILEIRO (ART. 1º, V, DA CRFB/88). NECESSIDADE DE PRESTIGIAR INICIATIVAS NORMATIVAS REGIONAIS E LOCAIS SEMPRE QUE NÃO HOVER EXPRESSA E CATEGÓRICA INTERDIÇÃO CONSTITUCIONAL. EXERCÍCIO REGULAR DA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA PELO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. INSTITUIÇÃO UNILATERAL DE BENEFÍCIO FISCAL RELATIVO AO ICMS. EXIGÊNCIA CONSTITUCIONAL DE PRÉVIO CONVÊNIO INTERESTADUAL (ART. 155, § 2º, XII, g, da CRFB/88). DESCUMPRIMENTO. RISCO DE DESEQUILÍBRIO DO PACTO FEDERATIVO. GUERRA FISCAL. PROCEDÊNCIA PARCIAL DO PEDIDO, COM EFEITOS EX NUNC. 1. O princípio federativo reclama o abandono de qualquer leitura inflacionada e centralizadora das competências normativas da União, bem como sugere novas searas normativas que possam ser trilhadas pelos Estados, Municípios e pelo Distrito Federal. 2. A prospective overruling, antídoto ao engessamento do pensamento jurídico, possibilita ao Supremo Tribunal Federal rever sua postura prima facie em casos de litígios constitucionais em matéria de competência legislativa, viabilizando o prestígio das iniciativas regionais e locais, ressalvadas as hipóteses de ofensa expressa e inequívoca de norma da Constituição de 1988. 3. A com-

petência legislativa de Estado-membro para dispor sobre educação e ensino (art. 24, IX, da CRFB/88) autoriza a fixação, por lei local, da possibilidade de concessão de bolsas de estudo a professores, em aprimoramento do sistema regional de ensino. 4. O pacto federativo reclama, para a preservação do equilíbrio horizontal na tributação, a prévia deliberação dos Estados-membros para a concessão de benefícios fiscais relativamente ao ICMS, na forma prevista no art. 155, § 2º, XII, g, da Constituição e como disciplinado pela Lei Complementar nº 24/75, recepcionada pela atual ordem constitucional. 5. In casu, padece de inconstitucionalidade o art. 3º da Lei nº 11.743/02, do Estado do Rio Grande do Sul, porquanto concessiva de benefício fiscal de ICMS sem antecedente deliberação dos Estados e do Distrito Federal, caracterizando hipótese típica de exoneração conducente à guerra fiscal em desarmonia com a Constituição Federal de 1988. 6. Pedido de declaração de inconstitucionalidade julgado parcialmente procedente, conferindo à decisão efeitos ex nunc, a partir da publicação da ata deste julgamento (art. 27 da Lei nº 9.868/99). (ADI 2663, Relator (a): Ministro Luiz Fux, Tribunal Pleno, DJe 29.05.2017).

Ainda, a ADI 2376, de relatoria do Min. Marco Aurélio

PROCESSO OBJETIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ATUAÇÃO DO ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO. Consoante dispõe a norma imperativa do § 3º do artigo 103 da Constituição Federal, incumbe ao Advogado-Geral da União a defesa do ato ou texto impugnado na ação direta de inconstitucionalidade, não lhe cabendo emissão de simples parecer, a ponto de vir a concluir pela pecha de inconstitucionalidade. ICMS BENEFÍCIO FISCAL ISENÇÃO. Conflita com o disposto nos artigos 150, § 6º, e 155, § 2º, inciso XII, alínea g, da Constituição Federal decreto concessivo de isenção, sem que precedido do consenso das unidades da Federação. (STF - ADI: 2376 RJ, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 01/06/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-125 DIVULG 30-06-2011 PUBLIC 01-07-2011 EMENT VOL-02555-01 PP-00006).

Posto isto, no tocante ao Decreto Estadual nº 236/2007, faz-se imperiosa a decretação de sua inconstitucionalidade, por violação ao disposto na alínea “g” do inciso XII do art. 155 da CF/88, no que convirjo com o voto da relatora e com os demais vistoros.

Pondero, ainda, que, em atenção ao art. 97 da CF/88 e à Súmula Vinculante nº 10, do STF, cujo conteúdo segue transcrito, a princípio, o teor da decisão pela inconstitucionalidade do ato normativo, conduziria à incidência da cláusula de reserva de plenário, na medida em que o Tribunal Pleno ainda não decidiu diretamente acerca da questão. No entanto,

em virtude da Tese firmada pelo próprio STF, no julgamento do ARE 914045, havido em 13/10/2015, que, em sede de repercussão geral, resultou no Tema 856 (que transcrevo), afigura-se autorizado a este órgão fracionário declarar a inconstitucionalidade em tela, haja vista o STF assim já haver decidido, conforme os excertos supra colacionados.

Seguem as transcrições:

Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público.

Súmula Vinculante 10

Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.

Tema 856

I - É desnecessária a submissão à regra da reserva de plenário quando a decisão judicial estiver fundada em jurisprudência do Plenário ou em Súmula deste Supremo Tribunal Federal;
II - É inconstitucional a restrição ilegítima ao livre exercício de atividade econômica ou profissional, quando imposta como meio de cobrança indireta de tributos.

Sobre o decreto de inconstitucionalidade, destaco que, a rigor, o juízo monocrático carece de competência

para tal declaração, competindo a ele tão somente afastar a aplicação da lei por concebê-la inconstitucional.

No caso, afastaria a incidência do Decreto nº 236/2007 em face da relação jurídica discutida.

Desta feita, com supedâneo nos precedentes do STF citados e nas razões explanadas, em controle difuso de constitucionalidade, mantenho a sentença no tocante ao reconhecimento da inconstitucionalidade incidental do Decreto Estadual nº 236/2007.

Modulação dos efeitos da inconstitucionalidade A sentença, mantida pela desembargadora relatora, operou a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade do Decreto nº 236/2007, para após seu trânsito em julgado.

Sobre a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade de lei, importa considerar que consiste em técnica de julgamento, em regra, afeta ao controle concentrado de constitucionalidade, o que importa dizer que compete unicamente ao STF assim proceder, o que se dá graças ao caráter abstrato da declaração direta de inconstitucionalidade, de modo que, em se modulando os efeitos da lei declarada inconstitucional, não haverá violação à isonomia, na medida em que a decisão terá alcance erga omnis.

Ainda assim, a medida só comporta em condições excepcionais, para garantir a segurança jurídica ou por excepcional interesse social, para o que é exigida a anuência de 2/3 dos membros do STF. É a dicção do art. 27 da Lei nº 9868/99, a saber:

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Ocorre que, com a edição da Lei nº 9882/99, que dispõe acerca do processo e julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF (cuja abrangência é menor, porquanto limitada à esfera do ato violador do preceito fundamental) a modulação dos efeitos da decisão, prevista no art. 11, trouxe abertura à medida, o que ganhou alcance na jurisprudência do STF, no sentido de reconhecer, em casos específicos, a possibilidade de modulação em sede de controle concentrado. Vejamos a Lei nº 9882/99:

Art. 11. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

No controle difuso, em virtude do caráter *inter partis* da decisão, esta técnica de mitigação dos efeitos encontra ainda muito mais reservas. Neste sentido, em alguns casos especialíssimos, por influência da regulação da ADPF, o STF tem modulado a inconstitucionalidade declarada. Todavia, por óbvio que, se no controle concentrado, a previsão legal já impõe condições à modulação, por certo que tal medida, incidentalmente tomada,

demandará maior rigor na ponderação acerca da necessidade de se mitigarem os efeitos *ex tunc*.

É o caso do julgamento do RE 197917, em que se discutiu o pedido de inconstitucionalidade da lei editada pelo Município de Mira Estrela/SP, que fixou o número de vereadores além do limite determinado pela Constituição Federal vigente. Ali, o STF declarou a inconstitucionalidade *incidenter tantum* da norma, porém, aplicando-lhe os efeitos pro futuro, tendo em vista a prevalência do interesse público. Segue a ementa:

Municípios. Câmara de vereadores. Composição. Autonomia municipal. Limites constitucionais. Número de vereadores proporcional à população. CF, artigo 29, IV. Aplicação de critério aritmético rígido. Invocação dos princípios da isonomia e da razoabilidade. Incompatibilidade entre a população e o número de vereadores. Inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, da norma municipal. Efeitos para o futuro. Situação excepcional. (...) Efeitos. Princípio da segurança jurídica. Situação excepcional em que a declaração de nulidade, com seus normais efeitos *ex tunc*, resultaria grave ameaça a todo o sistema legislativo vigente. Prevalência do interesse público para assegurar, em caráter de exceção, efeitos pro futuro à declaração incidental de inconstitucionalidade. (RE 197.917, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgamento em 6-6-02, DJ de 7-5-04)

A medida encontrou guarida porquanto, no caso concreto, a declaração de inconstitucionalidade da norma, com efeitos *ex tunc*, geraria grave ameaça ao sistema legislativo vigente, visto que todos os efeitos da norma seriam reputados nulos.

À vista do exposto, sobretudo, diante da exigência de quórum especial do plenário do STF, para a modulação dos efeitos da lei declarada inconstitucional, não vislumbro sequer aplicável a medida pelo juízo monocrático. Mas não é só.

A espécie em exame denota benefícios fiscais concedidos a partir de 28/06/2007 (Decreto nº 236/2007) e revogados em 28/11/2008 (Decreto nº 1451/2008 e Decreto nº 1452/2008). É dizer que o tratamento diferenciado perdurou por um ano e cinco meses. A partir daí, não há se falar em expectativa positiva por parte da autora/apelada, haja vista a expressa manifestação do Poder Público, consubstanciada nos decretos revogatórios.

De igual modo, não comporta invocar o princípio da segurança jurídica à vista do interstício de duração do benefício, sobretudo a se considerar o campo de atos normativos, que,

via de regra, perduram por longa data.

Inclusive, no caso, o Decreto nº 236/2007, foi concebido para viger por oito anos, sendo, portanto, antecipada a interrupção de sua vigência.

Também não há, em concreto, qualquer elemento que remeta a excepcional interesse social ou a qualquer outro valor que deva ser primado a despeito da regra encartada na Carta Constitucional, que impõe a nulidade dos efeitos, desde a origem, da norma inconstitucional. Logo, afastadas as hipóteses justificadoras da modulação.

No contexto, portanto, não vislumbro, nem previsão legal nem precedente obrigatório, que autorize o juízo a quo a proceder a modulação; como também não identifico a excepcionalidade do caso, a justificar a incidência de técnica jurisdicional tão peculiar quanto a mitigação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, máxime a se considerar cuidar-se de controle difuso, como se dá na espécie.

Para efeito de esclarecimento, reporto-me, mais uma vez, ao julgamento do Mandado de Segurança nº 0084734-92.2015.8.14.0000, pelo Tribunal Pleno, com o único intento de parametrizar a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, que defendi naquela ocasião, em relação ao então apreciado.

Na hipótese encartada nos autos do mandamus, as empresas beneficiadas pelo tratamento diferenciado desfrutaram desta condição por mais de vinte anos, dado que o ato concessivo datava de 12/05/1995 (Decreto Estadual nº 288/1995) e o decreto revogador foi publicado tão somente em 14/09/2015 (Decreto Estadual nº 1391/2015), sem que nenhuma impugnação tenha ocorrido por qualquer das partes no transcorrer deste lapso.

Daí, afigura-se translúcida a segurança jurídica que se devesse resguardar em face das impetrantes, razão pela qual entendi equânime se cadenciarem os feitos para a partir do decreto revogador.

Há, destarte, uma distinção curial entre aquele caso e o presente, donde salta a ausência de peculiaridade que reclame equidade suficiente a imprimir razoabilidade na modulação temporal em questão.

Nesta senda, com a máxima vênua ao entendimento da digna relatora do feito, ousou di-

vergir, para imprimir à declaração de inconstitucionalidade seus ordinários efeitos ex tunc, o que impõe a nulidade da sentença neste particular, vez que o juízo de origem carece de respaldo jurídico para tanto.

Decretos nº 1451/2008 e Decreto nº 1452/2008

Em que pese a pretensão autoral consistir na nulidade dos decretos revogadores do Decreto nº 236/2007, o acolhimento da prejudicial suscitada pelo parquet operando a nulidade deste ato normativo desde o nascedouro, dá ensejo à caducidade dos decretos atacados na exordial. Isto porque, extirpado o ato normativo do ordenamento jurídico, ineficaz se torna tudo quanto a ele se refira, de modo a caducarem os efeitos dos decretos que buscavam desconstituir o que já não mais existe.

Não obstante a prejudicialidade do mérito, consigno, tão somente a título de esclarecimento, que se afiguram impertinentes os argumentos meritórios, defendidos pela apelada, consistentes na violação do contraditório, pelo ato revogador do benefício, porquanto publicado sem antes notificá-la da iminência da medida; e na ausência de justa causa para tal revogação.

De modo simples, assento que o ato de revogação se enquadra na categoria de ato administrativo discricionário, que habita o campo da conveniência e oportunidade da Administração; é da gênese dos atos discricionários a desnecessidade de informação prévia aos sujeitos afetados, tampouco de motivação. Daí porque perece a tese de ofensa ao contraditório e à justa causa na espécie. Friso, ainda, que o ato que concedeu o benefício era igualmente discricionário, daí porque poderia ser revogado por outro de mesma hierarquia e natureza jurídica.

Demais disso, o decreto revogado era concessivo de vantagem à apelada, de modo que a sua revogação não ocasionou prejuízo a ela, mas tão somente a realocou na condição das demais empresas do ramo, o que não pode ser tomado como perda, senão como fim de um ganho, o que é bem diferente. Então, como o novo estado de coisas, inaugurado pelo ato revogador do benefício, não importaria prejuízo à apelada, definitivamente, este ato prescindia de aviso prévio e de motivação.

Dito isto, revolve à questão prejudicial de mérito, para consignar que, diante do acolhimento da inconstitucionalidade da norma e dos efeitos ex tunc que entendo aplicáveis

ao caso, neste aspecto, também divirjo da eminente relatora, para entender prejudicado o exame do mérito da demanda, e, por via de consequência, também deste recurso. Portanto, impende anular a sentença na parte em que adentra o mérito do processo.

Ante o conteúdo do julgado, opera-se a inversão automática do ônus da sucumbência, pelo que condeno a autora/apelada ao pagamento das custas judiciais e dos honorários advocatícios na ordem de 15% (quinze por cento) sobre o valor atualizado da causa, por ser condizente com os critérios preceituados nos §§ 3º e 4º do art. 85 do CPC.

Ante o exposto, conheço do reexame necessário e da apelação. Dou provimento ao apelo para desconstituir parcialmente a sentença, tão somente nos capítulos afetos à modulação dos efeitos da inconstitucionalidade reconhecida, e ao julgamento do mérito da lide, devendo a inconstitucionalidade operar seus inerentes efeitos ex tunc, com prejuízo do exame do mérito da demanda. Mantido o acolhimento da prejudicial de inconstitucionalidade incidental do Decreto Estadual nº 236/2007. Custas e honorários, nos termos da fundamentação. Em reexame necessário, sentença parcialmente alterada.

É o voto.

Belém, 18 de março de 2019.

Desembargadora CÉLIA REGINA DE LIMA PINHEIRO

Relatora”

Após a leitura do voto vista, aderi a sua integralidade, mudando assim meu posicionamento inicial.

Em discussão acerca do posicionamento que a Turma iria tomar, os doutos Desembargadores concordaram com os termos do voto da Desembargadora vistora, apenas havendo discordância quanto aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, entendendo os Desembargadores Roberto Gonçalves Moura e Rosileide Maria da Costa Cunha em reconhecer o direito da xxxx ao benefício fiscal no intervalo até a revogação do Decreto nº 236/97, isto é, declarou a inconstitucionalidade do Decreto nº 236 com efeito ex nunc.

Contudo, saiu-se vencedor o entendimento da vistora, declarando a inconstitucionalidade do Decreto 236/2007 em sua integralidade, aplicando efeitos ex tunc.

Ante o exposto, CONHEÇO da REMESSA NECESSÁRIA de ofício E DA APELAÇÃO CÍ-

VEL e DOU-LHE PROVIMENTO, para por maioria de votos, desconstituir parcialmente a sentença, tão-somente nos capítulos afetos à modulação dos efeitos da inconstitucionalidade reconhecida e ao julgamento do mérito da lide, devendo a inconstitucionalidade operar em seus inerentes efeitos ex tunc com prejuízo do exame do mérito da demanda, vencido nessa parte os Desembargadores Roberto Gonçalves de Moura e Rosileide Maria da Costa Cunha. Mantendo o acolhimento da prejudicial de inconstitucionalidade incidental do Decreto Estadual nº 236/2007. Custas e honorários nos termos da fundamentação, de acordo com a fundamentação lançada ao norte.

Por fim, torno sem efeito o Acórdão nº 1558128, juntado em 02 de abril de 2019 e determino seu desentranhamento, devendo todo o ocorrido ser certificado pelo senhor Secretário.

É como voto.

DESA. MARIA ELVINA GEMAQUE TAVEIRA

EMENTA: DIREITO AMBIENTAL. APELAÇÃO CÍVEL EM AÇÃO CAUTELAR. PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICCIONAL. PRELIMINAR REJEITADA. PRELIMINAR DE PERDA DO OBJETO. PRELIMINAR REJEITADA. MÉRITO. DANO AMBIENTAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. TEORIA DO RISCO INTEGRAL. EMPRESA QUE EXERCE ATIVIDADE POTENCIALMENTE POLUIDORA E, PORTANTO, DEVE SUPORTAR OS RISCOS DOS PREJUÍZOS CAUSADOS PELA ATIVIDADE, INDEPENDENTEMENTE DA CULPA QUANTO AOS DANOS AMBIENTAIS DECORRENTES DO DERRAMAMENTO DE ÓLEO DE REBOCADOR. DESCABIDA A INVOCAÇÃO DE EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE PARA AFASTAR SUA OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR. PRECEDENTES FIRMADOS EM SEDE DE REPETITIVOS (TEMAS 438 E 681-STJ). DECISÃO INTERLOCUTÓRIA QUE DEFERIU LIMINAR PARA BLOQUEIO DE VALORES. PRESENÇA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES PARA CONCESSÃO DA LIMINAR (ART. 798 DO CPC/73). SENTENÇA MANTIDA. APELAÇÃO CONHECIDA E NÃO PROVIDA. À UNANIMIDADE.

1-Preliminar de nulidade da sentença por negativa de prestação jurisdiccional. Observa-se que as teses imputadas pelo Apelante em seus Embargos foram devidamente apreciadas, inexistindo qualquer vício que ensejasse o manejo de Embargos de Declaração, verificando-se que em realidade, a pretensão da Empresa, consistia na rediscussão da matéria já decidida pelo juízo, mostrando-se inviável pelo procedimento eleito. A jurisprudência nacional afasta o acolhimento dos embargos no caso de ausência de omissão na decisão ou, ainda, como tentativa de rediscussão do mérito da lide. Outrossim, observa-se da sentença de Embargos de Declaração, que a mesma possui o relatório e fundamentação, não havendo qualquer vício que importe em negativa de prestação jurisdiccional. Preliminar rejeitada.

2-Preliminar de Perda do Objeto. No que concerne à preliminar de perda do objeto da ação cautelar suscitada, observa-se que não há como prosperar, uma vez que o Estado Apelado pretende o ressarcimento dos recursos despendidos por ocasião do acidente ambiental cuja responsabilidade é atribuída à Apelante, de forma que a presente ação cautelar tem por escopo apenas resguardar patrimônio suficiente da Apelação para, em caso de procedência do pedido principal, restar garantido o recebimento do que foi efetivamente gasto pelo Apelado. Assim, não cabe, sob qualquer aspecto, falar em perda do objeto. Preliminar rejeitada.

3- Mérito. A questão em análise consiste em verificar se a responsabilidade civil por dano ambiental da Apelante seria excluída, diante da alegação de que o acidente decorreria de forças da natureza.

4-A matéria veiculada nos presentes autos trata de direito ambiental, traduzindo um bem jurídico maior, cujo direito pertence a todos e não a grupos específicos a teor do ex-

presso no art. 225 da Constituição Federal no capítulo que trata do meio ambiente, evidenciando a importância do bem juridicamente protegido, bem como, que há imposição ao poder público e à coletividade, em preservá-lo como um todo.

5-É cediço que o sistema brasileiro ambiental, adota a teoria do risco integral, segundo a qual, quem exerce uma atividade potencialmente poluidora, deve suportar os riscos dos prejuízos causados pela atividade, independentemente da culpa, tendo como consequência a irrelevância da licitude da atividade poluidora/degradante e a desnecessidade de demonstração da culpa, para assegurar o ressarcimento dos prejuízos causados ao meio ambiente, revelando a responsabilidade civil objetiva do agente poluidor, fixada no art. 14, § 1º da Lei nº. 6.938/81.

6-Não se sustenta a alegação da Apelante de excludente de responsabilidade, sob a argumentação de que o acidente teria decorrido de forças da natureza, uma vez que a responsabilidade civil por dano ambiental fundamenta-se na teoria do risco integral, convido destacar a tese firmada por meio do julgamento do REsp 1.114.398-PR, em sede de recursos repetitivos, no tema 438, que assentou que “o degradador, em decorrência do princípio do poluidor-pagador, é obrigado, independentemente da existência de culpa, a reparar - por óbvio que às suas expensas - todos os danos que cause ao meio ambiente e a terceiros afetados por sua atividade, sendo prescindível perquirir acerca do elemento subjetivo, o que, conseqüentemente, torna irrelevante eventual boa ou má-fé para fins de acerto da natureza, conteúdo e extensão dos deveres de restauração do status quo ante ecológico e de indenização.”

7-Sendo a responsabilidade civil por dano ambiental objetiva e, pautando-se na teoria do risco integral, não cabe a invocação de excludentes de responsabilidade civil para afastar sua obrigação de indenizar, consoante entendimento firmado pelo STJ, em sede de recursos repetitivos (tema 681).

8-O deferimento da cautelar pautou-se pelo preenchimento dos requisitos do perigo da demora e do fumus boni iuris, ficando evidenciado nos autos que os pedidos têm a natureza preventiva e preparatória, visando salvaguardar os prejuízos ambientais decorrentes do derramamento de óleo. Assim, demonstrada a configuração do dano ambiental no presente caso, ante o incontestado derramamento de óleo e, restando configurado o nexo causal entre o desempenho da atividade empresarial, constata-se escorreita a sentença do Juízo a quo que julgou parcialmente procedente a presente cautelar.

9-O bloqueio de valores realizados em sede de liminar fundamenta-se no risco ao resultado útil do processo, a teor do art. 798 do CPC/73, não consistindo em ilegalidade. Ademais, deve-se atentar que, em sentença, o juízo a quo, compreendendo que já não persistiam os motivos para manter o bloqueio, revogou parcialmente a decisão de blo-

queio do valor total de R\$1.000.000,00 (um milhão de reais), mantendo apenas quanto à importância de R\$199.199,14 (cento e noventa e nove mil, cento e noventa e nove reais e quatorze centavos), valor que foi efetivamente bloqueado, determinando a apresentação de caução idônea.

10-Em relação à suposta ausência de motivo justificado para a recusa pelo Apelado do bem imóvel ofertado como garantia, observa-se que fora negado ante o fato de constituir-se em imóvel situado em terreno de marinha, o que acarreta restrições para eventual liquidez, além de não obedecer a gradação legal do art. 655 do CPC/73. Aliado a isto, deve ser observado que a certidão de registro de imóveis data do ano de 2003 (fls. 223), quando a presente cautelar fora ajuizada em 2008, pelo que referida certidão não encontra apta para a devida análise sobre a existência de ônus.

11-Apeleção conhecida e não provida. À unanimidade.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam Excelentíssimos Senhores Desembargadores componentes da 1ª Turma de Direito Público, à unanimidade, CONHECER e NEGAR PROVIMENTO à Apeleção, nos termos do voto da eminente Desembargadora Relatora.

21ª Sessão Ordinária – 1ª Turma de Direito Público, Tribunal de Justiça do Estado do Pará, aos 17 de junho de 2019. Julgamento presidido pelo Exmo. Des. Roberto Gonçalves de Moura.

ELVINA GEMAQUE TAVEIRA
Desembargadora Relatora

VOTO

DA APELAÇÃO

De início, convêm esclarecer que o Apelo é tempestivo, uma vez que apresentado dentro do prazo legal, uma vez que o prazo final para sua interposição seria o dia 13.04.2009, o que fora devidamente certificado às fls. 282 dos presentes autos. Assim, presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço da Apeleção, passando a apreciá-la.

PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

Argumenta a nulidade da sentença por negativa de prestação jurisdicional, aduzindo que a sentença que julgou os Embargos de Declaração não possui relatório nem fundamentação, além de queda-se silente em relação aos argumentos da Apelante, de forma a violar os artigos 5º, LV e 93, IX da CF/88.

Contudo, deve ser observado que as teses imputadas pelo Apelante em seus Embargos foram devidamente apreciadas, inexistindo qualquer vício que ensejasse o manejo de Embargos de Declaração, verificando-se que em realidade, a pretensão da Empresa, consistia na rediscussão da matéria já decidida pelo juízo, mostrando-se inviável pelo procedimento eleito.

A jurisprudência nacional afasta o acolhimento dos embargos no caso de ausência de omissão na decisão ou, ainda, como tentativa de rediscussão do mérito da lide, como se observa:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO E OBSCURIDADE. INEXISTÊNCIA. REDISCUSSÃO DE MÉRITO. IMPOSSIBILIDADE. I - Inexistindo qualquer omissão, contradição ou obscuridade na decisão, imperiosa é a rejeição de Embargos de Declaração, ainda mais quando seu verdadeiro desiderato é a rediscussão do mérito da causa devidamente resolvido. II - Embargos de Declaração rejeitados. Acórdão mantido na forma como lançado. Aplicação de multa de 2%, uma vez constatado o intuito meramente protelatório”. (TJ-AM - ED: 00035315320168040000 AM 0003531-53.2016.8.04.0000, Relator: Nélia Caminha Jorge, Data de Julgamento: 19/09/2016, Terceira Câmara Cível, Data de Publicação: 19/09/2016). (grifos nossos).

EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ART. 1.022 DO CPC/2015. VÍCIOS. NÃO OCORRÊNCIA. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA DECIDIDA. IMPOSSIBILIDADE. MERO INCONFORMISMO. PROTETATÓRIOS. INCIDÊNCIA DO § 2º. DO ART. 1.026 DO CPC/2015. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO CONHECIDOS E, NO MÉRITO, REJEITADOS. 1. Não restando configurados nenhum dos vícios autorizadores da oposição de embargos de declaração, em face do estatuído no art. 1.022 do CPC/2015, os embargos não merecem acolhimento. 2. Quando manifestamente protelatórios os embargos, deve-se condenar o embargante ao pagamento de multa prevista no § 2.º, do art. 1.026, do

CPC/2015. 3. Embargos de declaração conhecidos e rejeitados”.

(TJ-PR - ED: 1500301301 PR 1500301-3/01 (Acórdão), Relator: Dalla Vecchia, Data de Julgamento: 24/08/2016, 11ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 1884 16/09/2016). (grifos nossos).

Outrossim, observa-se da sentença de Embargos de Declaração, que a mesma possui o relatório e fundamentação, não havendo qualquer vício que importe em negativa de prestação jurisdicional.

Deste modo, rejeito a preliminar.

PRELIMINAR DE PERDA DO OBJETO

No que concerne à preliminar de perda do objeto da ação cautelar suscitada, observa-se que não há como prosperar, uma vez que o Estado Apelado pretende o ressarcimento dos recursos despendidos por ocasião do acidente ambiental cuja responsabilidade é atribuída à Apelante, de forma que a presente ação cautelar tem por escopo apenas resguardar patrimônio suficiente da Apelação para, em caso de procedência do pedido principal, restar garantido o recebimento do que foi efetivamente gasto pelo Apelado. Assim, não cabe, sob qualquer aspecto, falar em perda do objeto. Preliminar rejeitada.

MÉRITO

A questão em análise consiste em verificar se a responsabilidade civil por dano ambiental da Apelante seria excluída, diante da alegação de que o acidente decorreria de forças da natureza.

Incumbe destacar que a matéria veiculada nos presentes autos trata de direito ambiental, traduzindo um bem jurídico maior, cujo direito pertence a todos e não a grupos específicos a teor do exposto no art. 225 da Constituição Federal no capítulo que trata do meio ambiente, consoante passa-se a transcrever:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Assim, pela simples leitura do artigo acima, já fica evidenciada a importância do bem juridicamente protegido, bem como, que há imposição ao poder público e à coletividade, em preservá-lo como um todo.

É cediço que o sistema brasileiro ambiental, adota a teoria do risco integral, segundo a qual, quem exerce uma atividade potencialmente poluidora, deve suportar os riscos dos prejuízos causados pela atividade, independentemente da culpa, tendo como consequência a irrelevância da licitude da atividade poluidora/degradante e a desnecessidade de demonstração da culpa, para assegurar o ressarcimento dos prejuízos causados ao meio ambiente, revelando a responsabilidade civil objetiva do agente poluidor, fixada no art. 14, § 1º da Lei nº. 6.938/81, senão vejamos:

Art. 14 - Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores:

(...)

§ 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

Neste viés, não se sustenta a alegação da Apelante de excludente de responsabilidade, sob a argumentação de que o acidente teria decorrido de forças da natureza, uma vez que a responsabilidade civil por dano ambiental fundamenta-se na teoria do risco integral, consoante acima assentado.

Convém destacar a tese firmada por meio do julgamento do REsp 1.114398-PR, em sede de recursos repetitivos, no tema 438, in verbis:

Tema 438 - O degradador, em decorrência do princípio do poluidor-pagador, é obrigado, independentemente da existência de culpa, a reparar - por óbvio que às suas expensas - todos os danos que cause ao meio ambiente e a terceiros afetados por sua atividade, sendo prescindível perquirir acerca do elemento subjetivo, o que, conseqüentemente, torna irrelevante eventual boa ou má-fé para fins de acertamento da natureza, conteúdo

e extensão dos deveres de restauração do status quo ante ecológico e de indenização.

Outrossim, sendo a responsabilidade civil por dano ambiental objetiva e, pautando-se na teoria do risco integral, não cabe a invocação de excludentes de responsabilidade civil para afastar sua obrigação de indenizar, consoante entendimento firmado pelo STJ, em sede de recursos repetitivos (tema 681), senão vejamos:

RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO AMBIENTAL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. DANOS DECORRENTES DO ROMPIMENTO DE BARRAGEM. ACIDENTE AMBIENTAL OCORRIDO, EM JANEIRO DE 2007, NOS MUNICÍPIOS DE MIRAÍ E MURIAÉ, ESTADO DE MINAS GERAIS. TEORIA DO RISCO INTEGRAL. NEXO DE CAUSALIDADE.

1. Para fins do art. 543-C do Código de Processo Civil: a) a responsabilidade por dano ambiental é objetiva, informada pela teoria do risco integral, sendo o nexo de causalidade o fator aglutinante que permite que o risco se integre na unidade do ato, sendo descabida a invocação, pela empresa responsável pelo dano ambiental, de excludentes de responsabilidade civil para afastar sua obrigação de indenizar; b) em decorrência do acidente, a empresa deve recompor os danos materiais e morais causados e c) na fixação da indenização por danos morais, recomendável que o arbitramento seja feito caso a caso e com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível socioeconômico do autor, e, ainda, ao porte da empresa, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, de modo que, de um lado, não haja enriquecimento sem causa de quem recebe a indenização e, de outro, haja efetiva compensação pelos danos morais experimentados por aquele que fora lesado.

2. No caso concreto, recurso especial a que se nega provimento. (STJ, Segunda Seção, REsp 1.374.284-MG, Relator Min. Luís Felipe Salomão, julgado em 27.08.2014) – Grifo nosso

Com efeito, observa-se que o deferimento da cautelar pautou-se pelo preenchimento dos requisitos do perigo da demora e do *fumus boni iuris*, ficando evidenciado nos autos que os pedidos têm a natureza preventiva e preparatória, visando salvaguardar os prejuízos ambientais decorrentes do derramamento de óleo.

Assim, demonstrada a configuração do dano ambiental no presente caso, ante o inconteste derramamento de óleo e, restando configurado o nexo causal entre o desempenho da atividade empresarial, constata-se escorreita a sentença do Juízo a quo que julgou

parcialmente procedente a presente cautelar.

Quanto à alegação de que o bloqueio de valores realizados em sede de liminar constituiria ilegalidade, ante a inexistência de título executivo, observa-se que não assiste razão ao Apelante, uma vez que se fundamenta no risco ao resultado útil do processo, a teor do art. 798 do CPC/73, não consistindo em ilegalidade, sendo este o entendimento dos tribunais pátrios, consoante precedentes abaixo transcritos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL, DIREITO CIVIL. AÇÃO CAUTELAR. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA QUE DEFERIU, EM PARTE, A ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA PARA DETERMINAR BLOQUEIO DE VALORES, OBTENÇÃO E EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS, EXPEDIÇÃO DE OFÍCIOS, QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO E FISCAL, CONSULTA AO SISTEMA BACENJUD, ALÉM DE ARROLAMENTO DE BENS. PRESENÇA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES PARA CONCESSÃO DA LIMINAR. AGRAVO DE INSTRUMENTO IMPROVIDO, DECISÃO INTERLOCUTÓRIA MANTIDA. (Classe: Agravo de Instrumento, Número do Processo: 0011496-21.2017.8.05.0000, Relator (a): João Augusto Pinto, Quarta Câmara Cível, Publicado em: 27/09/2017)

(TJ-BA - AI: 00114962120178050000, Relator: João Augusto Pinto, Quarta Câmara Cível, Data de Publicação: 27/09/2017) – Grifo nosso

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CAUTELAR PREPARATÓRIA DE ARRESTO E AÇÃO ORDINÁRIA DE DESPEJO, CUMULADA COM COBRANÇA DE DÉBITO LOCATÍCIO. JULGAMENTO SIMULTÂNEO. RESCISÃO DO CONTRATO. DEVOLUÇÃO VOLUNTÁRIA DO IMÓVEL OBJETO DA LIDE. ORDEM DE DESPEJO PREJUDICADA. DÉBITO LOCATÍCIO. COBRANÇA DEFERIDA. BLOQUEIO EM CONTA DE DEPÓSITO. CABIMENTO. CONSTRICÇÃO INCIDENTE SOBRE O SALDO DA CONTA CORRENTE EXCEDENTE AO VALOR DOS PROVENTOS DA APOSENTADORIA DO DEVEDOR. POSSIBILIDADE PARA FINS DE GARANTIA DO DÉBITO DA LOCAÇÃO. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. (Classe: Apelação, Número do Processo: 0060969-85.2008.8.05.0001, Relator (a): Augusto de Lima Bispo, Primeira Câmara Cível, Publicado em: 28/01/2015)

(TJ-BA - APL: 00609698520088050001, Relator: Augusto de Lima Bispo, Primeira Câmara Cível, Data de Publicação: 28/01/2015) – Grifo nosso

Ademais, deve-se atentar que, em sentença, o juízo a quo, compreendendo que já não persistiam os motivos para manter o bloqueio, revogou parcialmente a decisão de blo-

queio do valor total de R\$1.000.000,00 (um milhão de reais), mantendo apenas quanto à importância de R\$199.199,14 (cento e noventa mil, cento e noventa e nove reais e quatorze centavos), valor que foi efetivamente bloqueado, determinando a apresentação de caução idônea, senão vejamos:

(...) Todavia, em relação ao bloqueio da quantia em dinheiro de R\$-1.000.000,00 compreendendo que, neste momento, já não há motivos suficientes para sustentar sua manutenção. É que, não obstante seja razoável anuir com a afirmação do requerente em relação à existência de custos financeiros decorrentes das atividades emergenciais, realizadas para a contenção do sinistro ambiental, em verdade, até a presente data, os valores que foram declarados pelo demandante ressoam como simples arbitramento, mas desprovido de consistência material.

Nem se discute aqui que seja presumível a existência de muitos gastos com a realização de atividades como as que foram efetivadas pelos organismos estatais para a contenção dos danos, pois isso sempre envolve o uso de equipamentos adequados e a mobilização de equipes de trabalho especializadas. Contudo, passados mais de cinquenta dias do evento, o requerente não aditou aos autos (e nem mesmo da ação principal) qualquer documento relativo aos contratos que firmou com as empresas que realizaram as atividades relatadas na petição inicial. Tampouco foram aditados os documentos concernentes à dispensa ou inexigibilidade do procedimento licitatório, porquanto a situação reclamasse uma atuação imediata dos administradores públicos.

Com efeito, o custo da operação de acordo com o requerente (R\$-2.284.219,40) foi estimado em números incertos quanto ao montante e sequer provados quanto à origem. Por isso, tais números não podem servir de amparo para a manutenção de um provimento jurisdicional de caráter construtivo.

Desta forma, com suporte no art. 805 do CPC, revogo parcialmente a decisão de bloqueio do valor total de R\$-1.000.000,00, pois a mantenho apenas quanto à importância que foi efetivamente bloqueada, ou seja, R\$-199.199,14. Esse dinheiro deverá ser transferido para uma conta remunerada em nome deste Juízo, mediante transferência bancária eletrônica.

Para assegurar o eventual ressarcimento de gastos que ultrapassem o valor retido, determino que a requerida apresente caução idônea no montante de R\$-1.000.000,00, no prazo de cinco (05) dias, e que deverá consistir, preferencialmente, em fiança bancária e/ou em bens imobiliários (livres e desembaraçados) localizados em Belém/PA ou nas suas imediações.

Caso a requerida não apresente a caução ou esta não seja aceita pelo Juízo, dará ensejo

à realização de novo bloqueio de valores depositados em bancos, até o montante acima estipulado. (...)

Em relação à suposta ausência de motivo justificado para a recusa pelo Apelado do bem imóvel ofertado como garantia, observa-se que fora negado ante o fato de constituir-se em imóvel situado em terreno de marinha, o que acarreta restrições para eventual liquidez, além de não obedecer a gradação legal do art. 655 do CPC/73. Aliado a isto, deve ser observado que a certidão de registro de imóveis data do ano de 2003 (fls. 223), quando a presente cautelar fora ajuizada em 2008, pelo que referida certidão não encontra apta para a devida análise sobre a existência de ônus.

Pelo exposto, nos termos da fundamentação, CONHEÇO e NEGO PROVIMENTO à presente Apelação, para manter a sentença de primeiro grau em todos os seus termos.

É o voto.

P.R.I.

Belém (PA), 17 de junho de 2019.

ELVINA GEMAQUE TAVEIRA
Desembargadora Relatora

**DES. ROBERTO
GONÇALVES DE MOURA**

EMENTA: APELAÇÕES CÍVEIS E REEXAME NECESSÁRIO. APLICAÇÃO DA NORMA PROCESSUAL NA ESPÉCIE. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. QUESTÃO DE ORDEM. RECURSO ADESIVO INTERPOSTO PELOS AUTORES, PREJUDICADO. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA, REJEITADA. MÉRITO. MUNICÍPIO DE BELÉM. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE SAÚDE NEGLIGENTE E DESUMANO NO HOSPITAL PRONTO SOCORRO MUNICIPAL POR FALSO MÉDICO, QUE ATUAVA REGULARMENTE COMO MÉDICO PLANTONISTA. ÓBITO DA PACIENTE IDOSA. PARADA CARDIO-RESPIRATÓRIA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. OMISSÃO ESPECÍFICA. DEVER DE INDENIZAR. DANOS MORAIS CARACTERIZADOS. DANO MATERIAL NÃO COMPROVADO. RECURSO IMPROVIDO DOS AUTORES E PROVIDO PARCIALMENTE O DO RÉU. EM REEXAME NECESSÁRIO, SENTENÇA MODIFICADA EM PARTE. DECISÃO UNÂNIME.

1. Ante o disposto no art. 14, do CPC/2015, tem-se que a norma processual não retroagirá, de maneira que devem ser respeitados os atos processuais e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da lei revogada. Desse modo, não de ser aplicados os comandos insertos no CPC/1973, vigente por ocasião da publicação e da intimação da decisão apelada.

2. QUESTÃO DE ORDEM. Recurso adesivo interposto pelos autores prejudicado, tendo em vista que anteriormente já tinham interposto apelação suscitando as mesmas razões de fato e de direito.

Aplicável a espécie, o princípio da singularidade, também denominado da unicidade do recurso, ou unirecorribilidade consagra a premissa de que, para cada decisão a ser atacada, há um único recurso próprio e adequado previsto no ordenamento jurídico.

3. PRELIMINAR. ILEGITIMIDADE ATIVA. Não há falar em representação processual através de espólio, conforma o art. 12, V, do CPC/73 ensina. Pelo contrário, a motivação vindicada nas razões da petição inicial são lesões que gravitam na esfera íntima de cada um, sendo, portanto, de índole individual, não possuindo, jamais, caráter sucessório.

4. Mérito.

4.1. A ação versa sobre responsabilidade civil objetiva do Estado por danos causados aos administrados, de modo que a pretensão encontra respaldo na regra do art. 37, § 6º, da Constituição Federal. Essa responsabilidade está assentada na Teoria do Risco Administrativo. Assim, o Poder Público, independentemente de prova de sua culpa, é responsável pelos atos dos seus agentes que, nessa qualidade, causarem danos a terceiros, ressalvado o direito de regresso.

4.2. No caso, mesmo diante do teor art. 196, “caput”, da CF/88, restou claro nos autos que o Município de Belém, à época do desenrolar dos fatos, atuava prestando serviços de forma irregular, negligente e desumana, falhando, inclusive, no processo básico de contratação dos médicos prestadores de serviços no Hospital Pronto Socor-

ro Municipal, havendo no caso, inclusive, a simples indicação de uma profissional de enfermagem, resultado na contratação do Sr. Ronaldo Carvalho, que se passava por médico, usando CRM do médico Ronaldo Costa e Silva.

Como se não bastasse, pelo que se extrai do depoimento do Técnico de Enfermagem, Márcio Nogueira, tudo indica que a Sra. Raimunda Mendes morreu em decorrência de negligência médica, pois, mesmo demonstrando sinais graves e evidentes de anomalia, não recebeu o atendimento devido, pelo contrário, recebeu diagnóstico de um falsário que apenas se limitou a dizer que a paciente não tinha mais jeito e que ia morrer.

4.3. Ocorrência de omissão específica do réu como causa determinante do evento danoso.

4.3. Nexo causal positivado entre a omissão específica do Município e o resultado danoso, impondo o dever de indenizar.

4.4. Dano moral “in re ipsa”. Precedentes do STJ.

4.5. Para a fixação da indenização por danos morais devem ser consideradas a culpabilidade do ofensor e sua capacidade econômica, visando adequar o caráter punitivo da pena às peculiaridades do caso concreto e impedir uma penalização excessiva, mostrando-se, diante disso, na hipótese dos autos, justo e razoável a quantia de R\$100.000,00 arbitrada a esse título, a ser rateada entre os 05 (cinco) herdeiros.

5. Em relação a existência de condenação a título de danos materiais no valor de R\$1.350,00 (mil e trezentos e cinquenta reais), sob a alegação de despesas fúnebres, verifica-se que o art. 333, I, do CPC/73, diz que é ônus do autor a prova do fato constitutivo do seu direito e, no caso concreto, revolvendo o acervo documental, não se identifica provas que levassem a crer que existiram despesas fúnebres no valor de R\$1.350,00 (mil e trezentos e cinquenta reais), devendo, por esse motivo, ser reformada a sentença originária nesse ponto.

6. Quanto ao “quantum” arbitrado de honorários sucumbenciais, tem-se que o julgador sopesou devidamente os requisitos do §3º do art. 20 do CPC-73, ressaltando-se que o objeto da demanda não é complexo e o julgamento ocorreu de forma antecipada, devendo ser mantido o percentual de 10%. No que tange a base de cálculo dos honorários sucumbenciais, também maior sorte não há aos autores, pois o julgador, ao optar por incidir o valor da condenação, o fez de acordo com o entendimento jurisprudencial dominante, firmado, inclusive, em sede de recurso repetitivo.

8. Apelações conhecidas, sendo que improvida a dos autores e provida parcialmente a do réu. Em reexame necessário, sentença modificada parcialmente.

ACÓRDÃO

Vistos, etc.

Acordam os Excelentíssimos Senhores Desembargadores componentes da Primei-

ra Turma de Direito Público, por unanimidade de votos, em **CONHECER DAS APELAÇÕES CÍVEIS, NEGANDO PROVIMENTO A DOS AUTORES E DANDO PARCIAL PROVIMENTO A DO RÉU E, EM REEXAME NECESSÁRIO, SENTENÇA ALTERADA PARCIALMENTE**, tudo de acordo com o voto do Desembargador Relator.

Plenário Primeira Turma de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, aos dezoito dias do mês de fevereiro do ano de dois mil e dezenove.

Turma Julgadora: Desembargadores Maria Elvina Gemaque Taveira (Presidente), Roberto Gonçalves de Moura (Relator) e Ezilda Pastana Mutran (Membro).

Belém, 18 de fevereiro de 2019.

Desembargador **ROBERTO GONÇALVES MOURA**,

Relator

VOTO

O EXMO. SR. DESEMBARGADOR ROBERTO GONÇALVES DE MOURA (RELATOR):

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do reexame necessário e das apelações cíveis. Passo à análise.

Inicialmente, faz-se necessário ressaltar que, de acordo com o que dispõe o art. 14, do CPC/2015, a norma processual não retroagirá, de maneira que devem ser respeitados os atos processuais e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada.

Eis o teor do referido dispositivo:

“Art. 14. A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada”.

Desse modo, no caso em questão, não de ser aplicados os comandos insertos no CPC/1973, porquanto em vigor por ocasião da publicação e da intimação da decisão ora recorrida.

Considerando que ambos litigantes interpuseram recurso de apelação, cujas razões acabam por se misturar em sua essência, analisarei os pontos impugnados de acordo com a ordem lógica sucessiva dos argumentos, iniciando-se com alguns ajustes de ordem preliminar e, em seguida, com o mérito.

1 - QUESTÃO DE ORDEM. RECURSO ADESIVO INTERPOSTO PELOS AUTORES. PREJUDICADO.

Contra a sentença de fls. 294/295, os autores interpuseram apelação, fls. 298/303, tendo sido ratificada, fls. 320/326, nas contrarrazões à apelação do réu, Município de Belém.

Mais adiante, fls. 327/332, os autores interpuseram recurso adesivo, suscitando as mesmas razões da apelação de fls. 298/303, anteriormente interposta, caracterizando, dessa forma, duplicidade recursal.

Nesse sentido, identifiquei clara similitude entre os argumentos da apelação, fls. 298/303, e do recurso adesivo, fls. 327/332, o que viola princípio processual da univocidade, que diz que para cada decisão judicial existe no ordenamento jurídico pátrio um único recurso cabível.

Por esse motivo, incabível na espécie a interposição cumulativa dos recursos de apelação e adesivo, firmado nas mesmas razões e fundamentos, segundo entendimento sufragado na jurisprudência pátria, “*verbis*”:

“PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. INTERPOSIÇÃO DE UM ÚNICO RECURSO PARA ATACAR DUAS DECISÕES DISTINTAS. POSSIBILIDADE.

1. A ausência de decisão sobre os dispositivos legais supostamente violados, não obstante a interposição de embargos de declaração, impede o conhecimento do recurso especial. Incidência da Súmula 211/STJ.

2. **O princípio da singularidade, também denominado da unicidade do recurso, ou univocidade consagra a premissa de que, para cada decisão a ser atacada, há um único recurso próprio e adequado previsto no ordenamento jurídico.**

3. O recorrente utilizou-se do recurso correto (respeito à forma) para impugnar as decisões interlocutórias, qual seja o agravo de instrumento.

4. O princípio da univocidade não veda a interposição de um único recurso para impugnar mais de uma decisão. E não há, na legislação processual, qualquer impedimento a essa prática, não obstante seja incomum.

5. Recurso especial provido.”

(REsp 1112599/TO, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 28/08/2012, DJe 05/09/2012)

Desse modo, resta prejudicado o recurso adesivo de fls. 327/33, devendo, no caso, ser

processada e julgada regularmente apelação, fls. 298/303, interposta pelos autores.

2- PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA “AD CAUSAM”.

O apelante, Município de Belém, suscita em meio as suas razões, a ilegitimidade ativa dos herdeiros para pleitearem individualmente a reparação material e moral amargada com o falecimento inopinado de sua genitora, Raimunda Mendes, alegando que o art. 12, V, do CPC/73, atribui a representação processual ao espólio.

Com base nesse contexto, requer a extinção do processo sem resolução o mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC/73.

Como o argumento é de índole preliminar, o analisarei dessa forma, adiantando que não merece prosperar.

No caso, 05 (cinco) dos 07 (sete) herdeiros ajuizaram ação indenizatória em desfavor do ente municipal, alegando prejuízos de ordem material e moral com o falecimento de sua genitora.

Não há falar em representação processual através de espólio, conforma o art. 12, V, do CPC/73 ensina. Pelo contrário, a motivação vindicada nas razões da petição inicial são lesões que gravitam na esfera íntima de cada um, sendo, portanto, de índole individual, não possuindo, jamais, caráter sucessório.

Regra geral, de acordo o entendimento do STJ, possui legitimidade para ajuizar ação judicial almejando reparação moral os parentes próximos que se sentirem lesados com o evento danoso. É o que se chama de dano moral reflexo e está bem representado no AgInt no AREsp 1290597/RJ a seguir, “*verbis*”:

“AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ACIDENTE COM VÍTIMA FATAL. LEGITIMIDADE DOS PARENTES COLATERAIS. ENTENDIMENTO DESTA SODALÍCIO. SÚMULA 83/STJ. AGRAVO DESPROVIDO.

1. “**Conquanto a legitimidade para pleitear a reparação por danos morais seja, em princípio, do próprio ofendido, titular do bem jurídico tutelado diretamente atingido (CC/2002, art. 12; CC/1916, arts. 75 e 76), tanto a doutrina como a jurisprudência têm admitido, em certas situações, como colegitimadas também aquelas pessoas que, sendo muito próximas afetivamente ao ofendido, se sintam atingidas pelo evento danoso, reconhecendo-se, em tais casos, o chamado dano moral reflexo ou em ricochete.**” (REsp 1.119.632/RJ, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 15/8/2017, DJe 12/9/2017)

2. Agravo interno desprovido.”

(AgInt no AREsp 1290597/RJ, Rel. Ministro LÁZARO GUIMARÃES (DESEM-

BARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO), QUARTA TURMA, julgado em 20/09/2018, DJe 26/09/2018)

Portanto, nessa linha de raciocínio, os autores são legítimos representantes dos seus direitos e o fato de outros herdeiros não terem buscado o socorro do Poder Judiciário não desnatura o trâmite regular da ação judicial, não havendo falar, desse modo, em representatividade exclusiva de espólio.

Sendo assim, rejeito a preliminar supra.

3- MÉRITO.

Antes de analisar as peculiaridades do caso, impende tecer algumas considerações preliminares de modo a identificar as premissas quanto à responsabilidade civil do Estado.

3.1 - Responsabilidade objetiva. Omissão do Município.

A ação versa sobre responsabilidade civil objetiva do Estado por danos causados aos administrados, de modo que a pretensão encontra respaldo na regra do art. 37, § 6º, da Constituição Federal.

Essa responsabilidade está assentada na Teoria do Risco Administrativo. Assim, o Poder Público, independentemente de prova de sua culpa, é responsável pelos atos dos seus agentes que, nessa qualidade, causarem danos a terceiros, ressalvado o direito de regresso.

Tratando-se de omissão, explica Felipe Peixoto Braga Netto, em sua obra Manual de Responsabilidade Civil do Estado, à luz da jurisprudência do STF e do STJ e da teoria dos direitos fundamentais, 3ª ed., p. 191:

“Nem sempre é fácil distinguir a omissão que causa responsabilidade civil do Estado daquela que não os responsabiliza. A questão envolve múltiplos fatores, como o nexos causal, as circunstâncias de fato, a natureza do dano, e a própria configuração da omissão. Quanto mais genérica esta for, mais difícil será responsabilizar o Estado por ela. Será difícil, no atual estado jurisprudencial, responsabilizar o Estado por todos os assaltos ocorridos no país. Porém, se alguém é assaltado em frente a uma delegacia de polícia, estando patente a inação estatal, é possível que o dever de in-

denizar se faça presente. **Quanto mais específica for a omissão, diante do dever de agir, concreto e palpável, que se impõe ao Estado, mais claro será o seu dever não cumprido**". (grifei)

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 841526²⁴, de Relatoria do Ministro Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 30-03-2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO, DJe-159, DIVULG 29-07-2016, PUBLIC 01-08-2016, afirmou que “a responsabilidade civil estatal, segundo a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, § 6º, subsume-se à teoria do risco administrativo, tanto para as condutas estatais comissivas quanto para as omissivas, posto rejeitada a teoria do risco integral (...) A omissão do Estado reclama nexos de causalidade em relação ao dano sofrido pela vítima nos casos em que o Poder Público ostenta o dever legal e a efeti-

²⁴ EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR MORTE DE DETENTO. ARTIGOS 5º, XLIX, E 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. A responsabilidade civil estatal, segundo a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, § 6º, subsume-se à teoria do risco administrativo, tanto para as condutas estatais comissivas quanto para as omissivas, posto rejeitada a teoria do risco integral. 2. A omissão do Estado reclama nexos de causalidade em relação ao dano sofrido pela vítima nos casos em que o Poder Público ostenta o dever legal e a efetiva possibilidade de agir para impedir o resultado danoso. 3. É dever do Estado e direito subjetivo do preso que a execução da pena se dê de forma humanizada, garantindo-se os direitos fundamentais do detento, e o de ter preservada a sua incolumidade física e moral (artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal). 4. O dever constitucional de proteção ao detento somente se considera violado quando possível a atuação estatal no sentido de garantir os seus direitos fundamentais, pressuposto inafastável para a configuração da responsabilidade civil objetiva estatal, na forma do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal. 5. Ad impossibilia nemo tenetur, por isso que nos casos em que não é possível ao Estado agir para evitar a morte do detento (que ocorreria mesmo que o preso estivesse em liberdade), rompe-se o nexos de causalidade, afastando-se a responsabilidade do Poder Público, sob pena de adotar-se contra legem e a opinio doctorum a teoria do risco integral, ao arrepio do texto constitucional. 6. A morte do detento pode ocorrer por várias causas, como, v. g., homicídio, suicídio, acidente ou morte natural, sendo que nem sempre será possível ao Estado evitá-la, por mais que adote as precauções exigíveis. 7. A responsabilidade civil estatal resta conjurada nas hipóteses em que o Poder Público comprova causa impeditiva da sua atuação protetiva do detento, rompendo o nexos de causalidade da sua omissão com o resultado danoso. 8. Repercussão geral constitucional que assenta a tese de que: **em caso de inobservância do seu dever específico de proteção previsto no artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal, o Estado é responsável pela morte do detento. 9. In casu, o tribunal a quo assentou que incorreu a comprovação do suicídio do detento, nem outra causa capaz de romper o nexos de causalidade da sua omissão com o óbito ocorrido, restando escorreita a decisão impositiva de responsabilidade civil estatal.** 10. Recurso extraordinário DESPROVIDO. (RE 841526, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 30/03/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-159 DIVULG 29-07-2016 PUBLIC 01-08-2016) (grifei)

va possibilidade de agir para impedir o resultado danoso”.

Portanto, no caso concreto, resta dirimido que a espécie de responsabilidade aplicada é a objetiva e não a subjetiva como pretende inculcir o apelante, Município de Belém.

3.2 - EXAME DAS PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO. RESPONSABILIDADE CIVIL. FALSO MÉDICO PLANTONISTA PRESTANDO SERVIÇO EM HOSPITAL PÚBLICO MUNICIPAL. DESÍDEIA NO ATENDIMENTO HOSPITALAR. MORTE DE IDOSA. DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE.

Compulsando os autos, fls. 02/17, verifico que os autores informaram, em suma, que no dia 24/06/2004, por volta das 03:00h, a sua genitora, Raimunda Mendes, foi encaminhada ao Hospital Pronto Socorro Municipal da 14 de março, onde primeiramente foi atendida por um Médico Clínico Geral e em seguida, por um Médico Cardiologista, os quais solicitaram exames de sangue e eletrocardiograma.

Após, disseram que ela ficou o dia inteiro em observação aguardando os resultados dos exames, sem qualquer resposta, tomando soro e sangue, já que apresentava quadro de anemia.

Por volta de 22h30min indagaram acerca da definição do diagnóstico, quando foram orientados a pegar o prontuário e se dirigirem até o médico a fim de obterem a resposta. Neste momento, foram atendidos pelo médico Ronaldo Costa e Silva, que disse que a Sra. Raimunda Mendes tinha problemas cardíacos, pois o coração não estava bombeando corretamente o sangue, porém que ficassem tranquilos que não era nada grave, bastava seguir corretamente a medicação prescrita pelo cardiologista e levá-la para casa.

Ocorre que, no caminho de volta para sua residência, dentro de um ônibus, a Sra. Raimunda passou novamente mal, vindo em seguida a óbito.

Disseram que voltaram ao Pronto Socorro Municipal e lá encontraram novamente o Dr. Ronaldo Costa e Silva, que assinou o atestado de óbito com data de 25/06/2004, para liberação do corpo.

Arguiram que no dia 24/08/2004, através da imprensa televisiva e impressa, descobriram que o Sr. Ronaldo Costa e Silva, médico que lhes havia atendido e dado alta médica à falecida, se chamava, na verdade, Ronaldo Carvalho e, o pior, não era médico.

Destacaram que em depoimento prestado perante o Ministério Público estadual, o falso médico confessou que assinou o atestado de óbito e que estava trabalhando regularmente no plantão do HPSM como médico.

Com base nesse contexto, buscaram indenização por danos material e moral, no valor total de R\$552.550,00 (quinhentos e cinquenta e dois mil e quinhentos e cinquenta reais).

O juízo de primeiro grau, fls. 294/295, sopesando as provas contidas nos autos, julgou procedente o pedido, condenando o Município de Belém ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$100.000,00 (cem mil reais) e R\$1.350,00 (mil e trezentos e cinquenta reais), referente aos danos materiais, além de honorários advocatícios arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

Primeiramente, os autores recorrem requerendo a majoração do valor da indenização moral, enquanto que o réu, também através do recurso apropriado, almeja a exclusão da responsabilidade no evento, alegando a ausência denexo causal e sucessivamente, pugnam pela redução do “quantum” arbitrado.

Contudo, diante das razões expositivas alhures, entendo que é fato notório que o Sr. Ronaldo Carvalho, atuava como plantonista no dia 24/06/2004 no Hospital Pronto Socorro Municipal, localizado na Travessa 14 de Março, na condição de falso médico, usando indevidamente o nome do Dr. Ronaldo Costa e Silva, CRM 6.275 e que, ao atender a Sra. Raimunda Mendes, após diagnosticar que o coração da paciente não estava bombeando sangue, deu-lhe alta, vindo ela em seguida, no percurso de volta para casa, a óbito.

É fácil identificar e destacar ao longo das várias páginas do processo, como à fl. 34, que o óbito da Sra. Raimunda Mendes teve como “causa mortis” “parada cardio-respiratória, infarto agudo”, sendo o atestado de óbito firmado pelo Dr. “Ronaldo Costa e Silva”; fls. 45/47, 124/125, 227/230, 259, 265/266, reportagens jornalísticas impressas noticiam o evento fatídico envolvendo o cidadão supra citado como falso médico; fls. 75/79, ofícios expedidos pelo Conselho Regional de Medicina do Estado do Pará – CRM/PA, informam que estava sendo usado indevidamente o CRM 6275, o qual pertence ao Dr. Ronaldo C. Silva; fls. 132 e 134 e boletins de ocorrência policial n.º 00005/2004.005504-0 e 00005/2004.005496-0, registrado por pessoas que relataram o atendimento negligente do falsário e que resultou na morte dos seus entes queridos.

Há também depoimentos prestados pelo falsário, Sr. Ronaldo Carvalho, perante a 9ª Vara Penal da Comarca da Capital, fls. 192/193, v. e ao Ministério Público do Estado do Pará - MPE/PA, fls. 330/337, descrevendo sua falsa trajetória profissional como médico pelos municípios do interior do Pará, tais como Garrafão do Norte e Vigia de Nazaré, chegando ao ápice de atuar regularmente como médico plantonista no Pronto Socorro Municipal, conforme se vê a seguir:

- Depoimento perante a 9ª Vara penal, fls. 192/193, v.:

“... Que em meados de julho foi tira plantão do Dr. Benedito Pereira que começava às 17:00 horas; Que essa prática de substituição de médico é comum no HPSM sendo chamada de substituição caseira. Que na primeira vez que chegou no HPSM e foi direto com o médico plantonista Dr. José Linhares que esta-

va deixando o serviço; Que o Dr. Linhares indicou a sala em que o acusado iria trabalhar além de papéis que poderia usar; Que não foi lhe pedido nenhuma documentação; Que acabou o plantão às 07:00 hs; Que ao largar o plantão verificou no quadro de aviso que fica ao lado da máquina de ponto que HPSM estava precisando de médicos plantonistas e resolveu aguardar no balcão a chegada da Diretora da Clínica Médica... Que a Dra. Terezinha informou para o acusado que poderia colocar o acusado na escala de plantões, inclusive a partir da próxima segunda-feira e depois que o mesmo deveria providenciar a sua documentação no DRH; Que levou a documentação ao DRH depois de já ter feito três plantões; Que apresentou no DRH a xerox da Carteira de Identidade (RG) e da Carteira do CRM; Que somente entregou estes dois documentos, sendo que o DRH não lhe solicitou documentos... Que também receitava medicamentos... Que chegou a assinar certidões de óbitos sendo que os assinou em razão do serviço médico de plantonista...” (grifei)

- Depoimento perante o MPE/PA, fls. 330/337:

“... ”

Que perguntado ao depoente se ele era médico: respondeu que não... Que começou a tirar alguns plantões no interior através de alguns colegas da faculdade, mas não exibia a carteira do CRM; Que trabalhou na Vigia-PA, durante o período do carnaval, no ano de 2003; Que quando chegou em Vigia, já tinha uma carteira do CRM, na verdade uma xerox; **Que usava o CRM de um médico que tinha similitude com o seu nome, pois o nome do depoente é RONALDO CARVALHO DA SILVA, e do médico é RONALDO COSTA E SILVA;**... Que perguntado ao depoente como ingressou no HPSM, respondeu que na rua da sua casa onde mora, todos o tem como médico, pois viram que o depoente passou no vestibular e pensavam que ele tinha acabado o curso de médico; **Que entrou no HPSM, por ligação de uma enfermeira que é amiga de um colega seu de futebol; Que no final de junho, a enfermeira do HPSM, telefonou para o depoente, pois tinha conseguido seu telefone com alguns amigos, perguntou o seguinte: “QUEM FALA É O DR. RONALDO?”, depoente respondeu que sim é o Dr. Ronaldo, ela perguntou: “O SENHOR É MÉDICO?”, ele respondeu que sim era médico; Que a enfermeira perguntou se ele queria tirar o plantão daquela noite, que era mais ou menos no final de junho na Clínica Médica, em substituição ao Dr. BENEDITO, o qual tirava junto com o Dr. LEÃO; Que aceitou e dirigiu-se então ao HPSM, chegando por volta das 18:45 horas; Que ao chegar no HPSM, apresentou-se ao Dr. LINHARES, que era o médico que estava deixando o plantão às 19:00 horas e disse ao referido médico, que estava ali para tirar o plantão do Dr. BENEDITO PINHEIRO; **Que então tirou o plantão normalmente, e ninguém lhe pediu nenhum documento; Que na época que o depoente entrou no HPSM, a chefe da Clínica Médica era Dra. Terezinha Rassy e o Dr. LASSANCE, tinha alguma chefia no HPSM; Que tirou o plantão normalmente até às 23:00 horas; Que como médico das 23:00 horas não****

tinha chegado, o depoente teve que continuar com o plantão até às 07:00 horas da manhã; Que por volta das 07:00 horas da manhã dirigiu-se a enfermeira sua amiga, cujo nome prefere não citar, perguntou para ela e para outras enfermeiras se estava precisando de médico para o plantão, tendo as enfermeiras dito ao depoente, para que ele se dirigisse à saída onde fica o livro de ponto, pois lá fica avisos diversos; Que o depoente dirigiu-se ao local, e lá observou que tinha um aviso e além de ouvir alguns comentários dos médicos que estavam precisando de médicos plantonistas, principalmente porque no mês julho a demanda de pacientes é muito grande no HPSM;...**Que o depoente iniciou na segunda-feira os plantões, mas sem levar os documentos ainda;...Que permaneceu na identidade do depoente, o nº do seu CPF e o mesmo RG, de forma que o HPSM se investigasse, descobriria logo;...Que com relação ao depoimento prestado pelo enfermeiro que acusou o depoente por ter deixado uma paciente idosa com problemas cardíacos morrer, o depoente esclarece que esses pacientes quase sempre são levados pelo serviço 192, e quase sempre chegam sequelados quase sem solução, e que o correto seria ser encaminhado para o CTI, só que nunca tem vaga, pois todo tempo é lotado, pois são seis leitos, e além de não ter desfibrilador, respirador, monitorizador cardíaco, se o paciente estiver com iminência de morte, os médicos praticamente são obrigados a tirar o aparelho do paciente e colocar no outro; Que a UTI só vaga com o óbito de algum paciente, quem assina o atestado de óbito é o médico plantonista; Que o depoente afirma que este procedimento de assinar atestado de óbito cabe ao plantonista da clínica médica, mesmo que o óbito do paciente ocorra em outro andar; Que é comum entre os médicos do HPSM, se o paciente chega mal, e antes de subir para sua especialidade, houver óbito, o médico plantonista põe no atestado de óbito morte como causa indeterminada...”** (grifei)

Além desses depoimentos, registro o prestado voluntariamente pelo Sr. Márcio Nogueira Guerreiro, Técnico em Enfermagem, fls. 267/269, que relatou com detalhes o que ocorreu no dia 24/06/2004, salientando, inclusive, a conduta desumana e negligente do Sr. Ronaldo Carvalho, de acordo com os trechos destacados a seguir:

“...Que como Técnico de Enfermagem, o declarante afirma que o mês de julho, ao reassumir suas funções já se deparou com o falso médico tirando plantões dentro do HPSM; Que o declarante como profissional há mais de 12 anos na saúde pública, já desconfiava da atitude profissional do “médico” Ronaldo Carvalho, pois este não tinha a postura de um profissional sério e competente no trato com os pacientes, seja no desconhecimento de medicações para alguns tipos de tratamento, como também no conhecimento superficial que este demonstrava ter, porém ressalta que as contratações partem da SEMA, haja vista o HPSM não tem autonomia ad-

ministrativa ou financeira...Que o declarante relata que tem conhecimento de uma das vítimas do falso médico, a qual inclusive é parente do Médico Milton Campelo, o qual solicitou ao declarante a transferência de referida paciente para o setor de Centro de Terapia Intensiva, tendo em vista o estado gravíssimo que a mesma se encontrava; **Que o declarante relata que atendendo a solicitação do Dr. Milton, dirigiu-se até o local onde a paciente encontrava-se com a finalidade de falar com o rapaz da maca para fazer a transferência da mesma, porém ao se aproximar da paciente, que inclusive era idosa, a filha da mesma lhe falou que algo de errado estava ocorrendo, tendo o declarante observado que a mesma estava tendo uma parada cardio-respiratória e passou a massagear o peito da mesma e coloca-la no oxigênio e posteriormente chamando o falso médico Ronaldo, o qual apenas lhe olhou e disse que a paciente não tinha salvação, ordenando que o declarante parasse o socorro, mesmo achando que tinha como salvá-la, porém como tinha que cumprir ordens, não continuou com o trabalho com a paciente, e o falso médico sequer examinou-a para constatar o óbito, o que acabou ocorrendo por negligência mesmo;...”** (grifei)

De acordo com Constituição Federal de 1988, art. 196, “caput”, saúde é um direito de todos e dever do Estado, de acesso universal, igualitária e inclusive, preventivo, ou seja, deve ser garantido devidamente por todos os entes da Federação a todo custo.

No caso, mesmo diante dessa disposição constitucional expressa, restou claro nos autos que o Município de Belém, à época do desenrolar dos fatos, atuava prestando serviços de forma irregular, negligente e desumana, falhando, inclusive, no processo básico de contratação dos médicos prestadores de serviços no Hospital Pronto Socorro Municipal, que a simples indicação de uma profissional de enfermagem, resultou na contratação do Sr. Ronaldo Carvalho, que se passava por médico, usando CRM do médico Ronaldo Costa e Silva.

Como se não bastasse, pelo que se extrai do depoimento do Técnico de Enfermagem, Márcio Nogueira, fls. 267/269, tudo indica que a Sra. Raimunda Mendes morreu em decorrência de negligência médica, pois mesmo demonstrando sinais graves e evidentes de anomalia, não recebeu o atendimento devido, pelo contrário, recebeu diagnóstico de um falsário que apenas se resumiu a dizer que a paciente não tinha mais jeito e que ia morrer, “verbis”:

“...tendo o declarante observado que a mesma estava tendo uma parada cardio-respiratória e passou a massagear o peito da mesma e coloca-la no oxigênio e posteriormente chamando o falso médico Ronaldo, o qual apenas lhe olhou e disse que a paciente não tinha salvação, ordenando que o declarante parasse o socorro...”

Assim, ao contrário do que afirma o réu, ora apelante, entendo que está devidamente demonstrado o nexo causal entre a conduta omissa e específica, o agente causador do dano e o dano propriamente dito, emergindo, dessa maneira, o instituto da responsabilidade civil.

Conforme vem entendendo o STF, quando há uma omissão específica do ente público, ou seja, quando a falta de agir do ente público é causa direta e imediata de um dano, há responsabilidade objetiva, baseada na Teoria do Risco Administrativo e no art. 37, § 6º da CF. É o que se extrai da jurisprudência análoga, verbis:

“Decisão: Vistos. União interpõe recurso extraordinário, com fundamento na alínea “a” do permissivo constitucional, contra acórdão da Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, assim ementado: “CIVIL. INDENIZAÇÃO DA DANOS MORAIS E MATERIAIS. MORTE EM DECORRÊNCIA DE QUEDA EM BUEIRO SEM TAMPA DE PROTEÇÃO. FALTA DE SINALIZAÇÃO INDICATIVA. CULPA CONCORRENTE DA VÍTIMA EM FACE DO ESTADO DE EMBRIAGUEZ. RESPONSABILIDADE CIVIL DO DNER. I. A constituição Federal, em ser art. 5º, V, garante a indenização da lesão moral, independente de estar ou não associado a prejuízo patrimonial. II. O dano moral se configura sempre que alguém causa lesão de interesse não patrimonial a outrem. III. **Responde civilmente o órgão público competente pela conservação das estradas de rodagem por não tomar providências quanto à proteção de bueiro de captação de águas pluviais e sinalização indicativa de perigo, capaz de provocar acidente com danos em transeuntes.** IV. A culpa concorrente da vítima não impede a responsabilidade civil do DNER, deve ser reduzido o valor da indenização pleiteada. V. É atribuído ao juiz fixar o valor dos danos morais, não devendo causar o enriquecimento indevido da parte. VI. Deve ser mantido o valor fixado na sentença, a título de indenização por danos morais, em R\$ 70.000,00 (setenta mil reais), em razão da morte do genitor dos autores em decorrência da queda em bueiro sem proteção existente em rodovia, bem como a fixação da indenização a título de danos materiais, no valor equivalente a 0,64 salário-mínimo-mensal, a ser rateada entre os autores desde o óbito até o implemento dos 21 anos de idade, prorrogável até os 24 anos, em hipótese de ingresso em curso superior, em razão de culpa concorrente da vítima. VII. APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL IMPROVIDAS” (fl. 174). No recurso extraordinário sustenta-se violação do artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal. Decido. Anote-se, inicialmente, que o recurso extraordinário foi interposto contra acórdão publicado após 3/5/07, quando já era plenamente exigível a demonstração da repercussão geral da matéria constitucional objeto do recurso, conforme decidido na Questão de Ordem no Agravo de Instrumento nº 664.567/RS, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 6/9/07. Todavia, apesar da petição recursal haver trazido

a preliminar sobre o tema, não é de se proceder ao exame de sua existência, uma vez que, nos termos do artigo 323 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, com a redação introduzida pela Emenda Regimental nº 21/07, primeira parte, o procedimento acerca da existência da repercussão geral somente ocorrerá “quando não for o caso de inadmissibilidade do recurso por outra razão”. Colhe-se do voto condutor do acórdão recorrido os seguintes fundamentos: “Consoante se depreende dos autos, tem-se por indubitado que o poço de captação de águas pluviais (fotos 11 e 12, de fls. 29/30), de responsabilidade da parte ré, no qual o de cujus caiu, encontrava-se destituído de qualquer proteção – grade de ferro ou qualquer peça capaz de tampar o bueiro de 2m de comprimento e 3m de profundidade aberto em um local público. De se ressaltar, ainda que inexistia, no local, qualquer sinalização indicando a existência do bueiro, de acordo com as fotos acostadas, o que contribuiu para responsabilidade da autarquia. Competia ao DNER, ao tempo dos fatos, a administração, manutenção sinalização e a realização de demais atos inerentes ao Poder da Polícia de trânsito e de tráfego nas rodovias federais. Omissão que dá ensejo à responsabilidade civil pelos danos causados a terceiros” (fl. 166). Nesse caso, para acolher a pretensão da recorrente quanto à culpa exclusiva da vítima e ultrapassar o entendimento do Tribunal de origem seria necessário o reexame das provas dos autos, o que não é cabível em sede de recurso extraordinário. Incidência da Súmula nº 279 desta Corte. Nesse sentido, anote-se: “CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. ART. 37, § 6º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ALEGAÇÃO DE CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA. SÚMULA 279 do STF. I - A apreciação do recurso extraordinário, no que concerne à alegada ofensa ao art. 37, § 6º, da Constituição, encontra óbice na Súmula 279 do STF. Precedentes do STF. II - Agravo regimental improvido” (RE nº 484.277/SE-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJ de 7/12/07). “RE: descabimento: debate relativo à existência de nexo de causalidade a justificar indenização por dano material e moral, que reclama o reexame de fatos e provas: incidência da Súmula 279” (AI nº 359.016/DF-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 7/5/04). Por fim, no tocante à fixação do quantum indenizatório, igualmente, não prospera o apelo, tendo em vista que a jurisprudência desta Corte entende que esse ponto, também, está restrito ao reexame das provas dos autos, operação vedada em sede de recurso extraordinário. Nesse sentido: “AGRAVO REGIMENTAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. REVISÃO DO QUANTUM DEVIDO. IMPOSSIBILIDADE. VEDAÇÃO DA SÚMULA 279/STF. O Tribunal a quo manteve a sentença que considerou devida a indenização pleiteada pela autora. Para se chegar a conclusão diversa, seria necessário reexaminar os fatos da causa, o que é vedado na esfera do recurso extraordinário, de acordo com a Súmula 279 do Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental a que se nega provimento” (AI nº 637.098/RJ-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, DJ de 23/5/08). “Recurso extraordinário: descabimento: pretensão ao reexame de valor arbitrado de indeniza-

ção por dano moral, que implica revolvimento de matéria de fato e exame de prova, (Súmula 279). 2. Recurso extraordinário: inadmissibilidade: falta de prequestionamento da matéria constitucional suscitada no RE (CF, art. 37, § 6º) (Súmula 282)” (AI nº 437.637/SP-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 7/5/04). Ante o exposto, nos termos do artigo 557, caput, do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso extraordinário. Publique-se. Brasília, 11 de dezembro de 2012. Ministro Dias Toffoli Relator Documento assinado digitalmente

(RE 598034, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, julgado em 11/12/2012, publicado em DJe-024 DIVULG 04/02/2013 PUBLIC 05/02/2013”. (grifei)

Desta maneira, não restam dúvidas acerca da responsabilidade civil do Município em indenizar os autores pelos danos advindos com a morte da mãe destes, já que tinha, sem dúvida, na hipótese, o dever de prestar, de maneira eficiente, serviço público capaz de impedir que o fatídico evento ocorresse.

Portanto, inarredável o dever de indenizar que incumbe ao Município acionado, na espécie.

3.3- DO “QUANTUM” ARBITRADO A TÍTULO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL.

No que toca à quantificação dos danos morais, é fato que é assunto tormentoso no ordenamento jurídico pátrio, pois não há legislação específica sobre o assunto e o que há está em dispositivos esparsos, o que dificulta, muitas vezes, o arbitramento justo dos referidos danos.

Diante dessa dificuldade, a jurisprudencial pátria se oferece para agir, a cada caso concreto, dirimindo e oferecendo soluções justas e práticas, a fim de se chegar a prestação jurisdicional equilibrada nesses casos.

Na hipótese dos autos, tem-se a morte de uma cidadã idosa, que veio a óbito em razão do tratamento médico desidioso que lhe foi dispensado.

Tratando do tema, dispõe o art. 944, “caput”, do Código Civil de 2002: “A indenização mede-se pela extensão do dano”. E em seu complementar parágrafo único: “Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização”.

Calha trazer à colação a lição do acatado doutrinador Des. Rui Stoco (“in” Tratado de Responsabilidade Civil, Ed. Revista dos Tribunais, SP, 2004, 6ª ed., p. 1709), ao discorrer sobre a matéria, nestes precisos termos, “verbis”:

“Segundo nosso entendimento a indenização da dor moral, sem descurar desses critérios e circunstâncias que o caso concreto exigir, há de buscar, como regra, duplo objetivo: caráter compensatório e função punitiva da sanção (prevenção e repressão), ou seja: a) condenar o agente causador do dano ao pagamento de certa importância em dinheiro, de modo a puni-lo e desestimulá-lo da prática futura de atos semelhantes; b) compensar a vítima com uma importância mais ou menos aleatória, em valor fixo e pago de uma só vez, pela perda que se mostrar irreparável, ou pela dor e humilhação impostas.” (grifei)

Desse modo, incumbe ao julgador, na quantificação dos danos morais ou extrapatrimoniais, levar em conta as peculiaridades do caso concreto, estimando valor que não dê margem ao enriquecimento sem causa do ofendido, porém seja suficiente para significar adequada reprimenda ao ofensor (causador do dano indenizável), evitando que esse reincida no comportamento lesivo.

Sopesados tais vetores, considerando a gravidade da conduta ilícita e a extensão dos prejuízos causados ao sujeito lesado (evento morte = reparação do prejuízo de afeição), reputo adequado manter o montante da indenização por danos morais arbitrado na sentença, no valor de R\$100.000,00 (cem mil reais), considerando que as circunstâncias em que se deu o evento e que o valor será distribuído entre 05 (cinco) herdeiros legítimos, não se mostrando exorbitante a cota-parte pertencente a cada um.

Com efeito, esse valor serve como lenitivo, como compensação pelos sentimentos decorrentes do evento danoso: frustração, impotência, sofrimento, saudade e revolta.

Nessa esteira, cito entendimento jurisprudencial que se coaduna, precisamente, com o aqui esposado, verbis:

“Processo
REEX 03044919120088190001 RIO DE JANEIRO CAPITAL 6 VARA FAZ PUBLICA
Órgão Julgador
DÉCIMA QUARTA CÂMARA CÍVEL
Partes
APTE: MUNICÍPIO DE MESQUITA e outros, APDO: OS MESMOS
Publicação
06/05/2016
Julgamento
4 de maio de 2016
Relator
JUAREZ FERNANDES FOLHES

APELAÇÕES CÍVEIS. REEXAME. AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MATE-

RIAS (PENSIONAMENTO) E MORAIS. INUNDAÇÃO DECORRENTE DE CHUVAS. QUEDA DE CRIANÇA DE 08 ANOS EM BUEIRO DA REDA FLUVIAL DESTAMPADO, SENDO ARRASTADO PELA CORRENTEZA. AFOGAMENTO. ÓBITO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA PARCIAL CONDENANDO O MUNICÍPIO DE MESQUITA AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL NO VALOR TOTAL DE R\$ 50.000,00, SENDO R\$ 25.000,00 PARA CADA AUTOR (MÃE E IRMÃO DA VÍTIMA). RECHAÇADO PEDIDO DE PENSIONAMENTO MENSAL (DANO MATERIAL). RECURSO DE AMBAS AS PARTES. Fazenda pública municipal alega ausência denexo causal, culpa exclusiva da vítima ou, ao menos, culpa concorrente. Autores pugnam tão só pela majoração da indenização por dano moral. Provimento somente ao recurso da parte autora. Ausência de manutenção dos bueiros. Omissão do poder público. Responsabilidade civil subjetiva calcada na culpa civil. Negligência. **Dever de indenizar configurado. Majoração do quantum indenizatório de R\$ 25.000,00 para R\$ 88.800,00, para a genitora, e de R\$ 25.000,00 para R\$ 44.400,00 para o irmão da vítima.** Em reexame, honorários reduzidos para R\$ 2.000,00, tendo em vista os princípios do razoabilidade e proporcionalidade. Juros que devem incidir a partir do evento morte. Correção monetária a partir desta decisão, com base no IPCA. Precedentes. NEGATIVA DE PROVIMENTO AO RECURSO DA FAZENDA PÚBLICA RÉ E PROVIMENTO AO RECURSO DA PARTE AUTORA. (grifei)

Desse modo, descabe falar em majoração, como também em redução do “quantum” arbitrado a título de danos morais, no presente caso.

4 – INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL.

Por outro lado, constato a existência de condenação a título de danos materiais no valor de R\$1.350,00 (mil e trezentos e cinquenta reais), sob a alegação de despesas fúnebres. Todavia, sabe-se que o art. 333, I, do CPC/73, que é ônus do autor a prova do fato constitutivo do seu direito e, no caso concreto, revolvendo o acervo documental, não identifiquei provas que levassem a crer que ocorreram despesas fúnebres no valor de R\$1.350,00 (mil e trezentos e cinquenta reais), devendo, por esse motivo, ser reformada a sentença originária nesse ponto.

5 – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

Em relação aos honorários advocatícios, os autores insurgem-se quanto ao percentual de 10% incidentes sobre o valor da condenação, alegando que deve ser majorado.

Insurgem-se também em relação a base de cálculo adotada pelo juízo originário, ar-

guindo que deve ser adotado o valor da causa e não o da condenação, como foi feito.

Quanto ao primeiro questionamento, “quantum” honorário, entendo que não deve prosperar as razões dos autores, pois o julgador sopesou devidamente os requisitos do §3º do art. 20 do CPC-73, ressaltando-se que o objeto da demanda não é complexo e o julgamento ocorreu de forma antecipada.

No que tange ao segundo questionamento, base de cálculo dos honorários sucumbenciais, também maior sorte não há aos autores, pois o julgador ao optar por incidir ao valor da condenação, fez de acordo com o entendimento jurisprudencial dominante, firmado, inclusive, em sede de recurso repetitivo, “verbis”:

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ N.º 08/2008. AÇÃO ORDINÁRIA. DECLARAÇÃO DO DIREITO À COMPENSAÇÃO DO INDÉBITO TRIBUTÁRIO. HONORÁRIOS. ART. 20, §§ 3º E 4º, DO CPC. CRITÉRIO DE EQUIDADE.

1. **Vencida a Fazenda Pública, a fixação dos honorários não está adstrita aos limites percentuais de 10% e 20%, podendo ser adotado como base de cálculo o valor dado à causa ou à condenação, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC, ou mesmo um valor fixo, segundo o critério de equidade.**

2. Nas demandas de cunho declaratório, até por inexistir condenação pecuniária que possa servir de base de cálculo, os honorários devem ser fixados com referência no valor da causa ou em montante fixo.

3. Precedentes de ambas as Turmas de Direito Público e da Primeira Seção.

4. Tratando-se de ação ordinária promovida pelo contribuinte para obter a declaração judicial de seu direito à compensação tributária segundo os critérios definidos na sentença – não havendo condenação em valor certo, já que o procedimento deverá ser efetivado perante a autoridade administrativa e sob os seus cuidados –, devem ser fixados os honorários de acordo com a apreciação equitativa do juiz, não se impondo a adoção do valor da causa ou da condenação, seja porque a Fazenda Pública foi vencida, seja porque a demanda ostenta feição nitidamente declaratória.

5. Recurso especial não provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ n.º 08/2008.”

(REsp 1155125/MG, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/03/2010, DJe 06/04/2010)

Portanto, deve ser mantido indene esse ponto.

Ante o exposto, **CONHEÇO DAS APELAÇÕES CÍVEIS, NEGANDO PROVIMENTO A DOS AUTORES E, DANDO PARCIAL PROVIMENTO A DO RÉU E, REFORMO A SENTENÇA, JULGANDO IMPROCEDENTE O PEDIDO DE DANOS MATERIAIS, EM REEXAME NECESSÁRIO, SENTENÇA ALTERADA PARCIALMENTE**, nos termos da fundamentação supra.

É o voto.

Servirá a presente decisão como mandado/ofício, nos termos da Portaria nº 3731/2015-GP.

Belém, 18 de fevereiro de 2019.

Desembargador **ROBERTO GONÇALVES DE MOURA**,

Relator

**DES. LUIZ GONZAGA
DA COSTA NETO**

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. AÇÃO RESCISÓRIA. RESCISÃO DE ACÓRDÃO QUE DANDO PROVIMENTO AO REEXAME NECESSÁRIO MANTEVE A SENTENÇA QUE, COM FUNDAMENTO NO PRINCÍPIO DA ISONOMIA, RECONHECEU O DIREITO DOS SERVIDORES ESTADUAIS SUBSTITUÍDOS PELO SINDICATO RÉU À EXTENSÃO DO REAJUSTE SALARIAL NO PERCENTUAL DE 22,45% CONCEDIDO AOS MILITARES POR MEIO DO DECRETO ESTADUAL Nº 711/1995, BEM COMO DO REAJUSTE REMUNERATÓRIO OUTORGADO PELO DECRETO Nº 2219/1997, QUE CONFERIU AOS SERVIDORES DA POLÍCIA CIVIL E MILITAR E CORPO DE BOMBEIROS ABONO. PRELIMINARES DE CARÊNCIA DE AÇÃO E ILEGITIMIDADE ATIVA DO RÉU PARA PROPOSITURA DA AÇÃO PRINCIPAL REJEITADAS. QUESTÃO DE ORDEM ACOLHIDA PARA REJEIÇÃO DA REAPRECIÇÃO DAS PRELIMINARES DECIDIDAS PELO TRIBUNAL PLENO, POR MAIORIA. VIOLAÇÃO LITERAL AO DISPOSTO NO ART. INEXISTÊNCIA DE REVISÃO GERAL DE VENCIMENTOS. REAJUSTE SETORIAL. SÚMULA 339 STF E SÚMULA VINCULANTE Nº 37/STF. ART. 485, V do CPC/1973, ATUAL ARTIGO 966/V, CPC/2015. JUÍZO RESCINDENDO PROCEDENTE. JUÍZO RESCISÓRIO PROVIDO. DECISÃO POR MAIORIA.

1. **PRELIMINAR DE CARÊNCIA DE AÇÃO.** Não se vislumbra comportamento contraditório e má-fé do autor decorrentes do acordo firmado entre as partes nos autos de ação originária, ante expressa possibilidade de ajuizamento de ação rescisória pelo ente estatal, conforme cláusulas IX e XIII, do citado acordo, além de excluir os valores correspondentes ao período 01/10/1995 até a data da efetiva incorporação nas folhas de pagamento. Preliminar rejeitada.

2. **PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DO SINDICATO RÉU PARA A PROPOSITURA DA AÇÃO PRINCIPAL.** Não há como ser admitida rescisória para desconstituição de coisa julgada com base em ilegitimidade ativa fundada em documento novo produzido muito após a sentença proferida na ação originária. Inaplicabilidade do conceito jurídico de documento novo previsto no artigo 485, VII CPC/1973, vigente à época. Divergência jurisprudencial das Cortes Superiores acerca da competência da Justiça do Trabalho para reconhecimento de representatividade de entidade sindical à época da propositura da ação. Preliminar rejeitada.

3. **QUESTÃO DE ORDEM QUANTO À POSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO DE ENTENDIMENTO E REDISCUSSÃO DAS PRELIMINARES EM RAZÃO DO INCIDENTE DE AMPLIAÇÃO DE COLEGIALIDADE.** A rejeição da apreciação de preliminares não importa em inobservância à previsão do artigo 942, §2º do CPC/2015 – revisão do entendimento pelos julgadores que já tiverem votado – quando observada tal possibilidade no Colegiado ampliado. Decididas as preliminares pelo Tribunal Pleno não cabe rediscussão da matéria sob denominação diversa, como por exemplo tratar-se de questão de ordem pública. Observância da ordem de julgamento dos artigos 938 e 939 do CPC/2015. Acolhida Questão de Ordem para rejeitar a reapreciação das preliminares já decididas, por maioria.

4. **MÉRITO.** Há violação literal à disposição do art. 37, X, da CF/88, por v. acórdão que, reconhecendo o Decreto Estadual nº 0711/1995 como lei de revisão geral, concedeu extensão de reajuste aos servidores públicos estaduais no percentual de 22,45% sobre as suas remunerações, com base na isonomia, ferindo, também, a Súmula nº 339/STF, convertida na Súmula vinculante nº 37 do STF, segundo a qual “**não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia**”, o que autoriza a sua rescisão nos termos do artigo 485, V, do CPC/1973 atual artigo 966, V do CPC/2015.

5. Inexiste inconstitucionalidade do Decreto nº 0711/1995 que homologou as Resoluções concedendo reajuste salarial diferenciado aos militares, uma vez que à época o texto constitucional anterior à Emenda nº 19/98 não continha previsão de necessidade de lei específica para tal desiderato. Solução da controvérsia com aplicação da redação primitiva do artigo 37, X, da CF/88.

6. Não há que falar em revisão geral anual implementada pelo Decreto Estadual nº 0711/1995, quando o próprio texto da referida norma menciona expressamente a palavra reajuste, não fazendo qualquer menção direta ou reflexa à revisão geral, objetivando conceder melhorias a determinadas carreiras e não recompor o poder aquisitivo em virtude da inflação do ano anterior (reajuste setorial), inexistindo violação ao princípio da isonomia. Precedentes STF e STJ.

7. A vantagem salarial referente ao abono concedido por meio do Decreto Estadual nº 2219/1997 não corresponde à revisão geral de vencimentos apta a ensejar sua extensão aos servidores civis com fundamento no princípio da isonomia. Violação ao artigo 37, X, CF/88.

8. Ação rescisória julgada procedente, por maioria.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Excelentíssimos Senhores Desembargadores integrantes do Tribunal Pleno do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, à unanimidade, rejeitar as preliminares de carência de ação e de ilegitimidade ativa do réu para propositura da ação principal, deliberando, por maioria de votos, em Questão de Ordem levantada pela Des. Luiza Nadja Guimarães Nascimento, por rejeitar a reapreciação de qualquer preliminar já decidida pelo Tribunal Pleno, vencidos os Desembargadores Raimundo Holanda Reis, Leonam Gondim da Cruz Júnior, Nazaré Saavedra Guimarães, Ezilda Pastana Mutran e Nadja Nara Cobra Meda. No mérito, por maioria, julgar procedente a ação rescisória para desconstituir os termos do v. Acórdão nº 93.484 e, em juízo rescisório, reapreciando o reexame necessário, dar provimento ao reexame para reformar a sentença e julgar improcedente o pedido de pagamento do reajuste no percentual integral de 22,45%, nos termos do voto do Des. Relator, vencidos os Desembargadores Raimundo Holanda Reis, Leonam Gondim da Cruz Júnior, Ezilda Pastana

Mutran e Nadja Nara Cobra Meda.

Sala das Sessões do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, aos 29 dias do mês de março de 2017. Julgamento presidido pelo Excelentíssimo Desembargador Ricardo Ferreira Nunes.

Belém (PA), 29 de março de 2017.

Des. LUIZ GONZAGA DA COSTA NETO

Relator

VOTO

DO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DA RESCISÓRIA

Quanto ao juízo de admissibilidade, vejo que a ação deve ser conhecida, uma vez que observado o prazo decadencial de 02 anos (art. 495, CPC/1973, vigente à época do aforamento), pois conforme revela a certidão de fl. 49, o trânsito em julgado do acórdão ocorreu em 24/01/2011, tendo sido ajuizada a presente ação rescisória em 06/12/2012.

Em se tratando o autor da ação da Fazenda Pública Estadual, não é exigido o depósito da importância de 5% (cinco por cento) sobre o valor da causa, pelo que conheço da presente ação rescisória.

Preenchidos os pressupostos de admissibilidade da ação rescisória passo ao juízo rescindendo.

Inicialmente, quanto ao agravo regimental interposto pelo Estado do Pará às fls. 2150/2159, pendente de julgamento, **julgo-o prejudicado**, pois desafia a decisão que restabeleceu decisão monocrática indeferindo medida liminar por vislumbrar a existência de nova situação fática relativa à legitimidade ativa do sindicato réu, sendo que esta decisão precária por ocasião deste julgamento restará substituída pelo v. aresto que julgará o mérito do demanda. Ressalte-se, ainda, o fato de que a execução do aresto rescindendo foi suspensa por determinação do Exmo. Pres. do TJPA, Des. Constantino Guerreiro, nos autos do pedido de suspensão de execução de sentença nº 00757528920158140000, de maneira que torna manifesta a prejudicialidade do referido agravo regimental.

Assim, **julgo prejudicado o agravo regimental** e passo à análise da rescisória.

I - DAS QUESTÕES PRELIMINARES:

Antes de adentrar no mérito da rescisória, impende o exame das questões preliminares levantadas pelas partes.

1.1. Da Preliminar de carência de ação:

Inicialmente, quanto à alegada “carência de ação” arguida pelo Sindicato Réu por

ausência de interesse de agir do autor em face de comportamento processual contraditório consubstanciado no acordo homologado pelo juízo da 2ª Vara de Fazenda, gerando preclusão lógica para o ente estatal, não vislumbro condições de acolhimento.

Isso porque, nada obstante o acordo entabulado pelo ente estatal e o sindicato réu, nos autos da ação em que foi exarado o acórdão que se busca rescindir, verifica-se no referido instrumento a expressa possibilidade de ajuizamento de ação rescisória pelo ente estatal conforme suas cláusulas IX e XIII (Fls. 1348 e 1350), além do que a avença excluiu os valores correspondentes ao período compreendido entre 1º/10/1995 até a data da efetiva incorporação nas folhas de pagamento dos valores previstos no acordo, nos seguintes termos:

“IX – Não estão incluídos, no presente acordo, nem são objeto de qualquer tipo de reconhecimento neste ato, os valores correspondentes ao período compreendido entre 1º de outubro de 1995 até a data da efetiva incorporação nas folhas de pagamento dos valores previstos neste acordo, que haverão de ser objeto de regular liquidação por parte do sindicato autor, e/ou objeto de acordo posterior, quando for o caso, sempre respeitadas as regras de execução contra a Fazenda Pública, sendo compensáveis todos e quaisquer reajustes concedidos pelo Estado do Pará a cada categoria específica de servidores, inclusive a título de revisão geral prevista no artigo 37, X, da Constituição Federal, **podendo o Estado manejar todos os instrumentos processuais cabíveis, inclusive ação rescisória, para sua integral defesa.**”

“XIII – Ao servidor que não aderir expressamente ao presente acordo, tal como disposto no item III supra, não se aplicam quaisquer das disposições aqui avençadas, **tendo o Estado do Pará contra ele direito ao ajuizamento de ação rescisória objetivando a desconstituição do julgado em sua integralidade.**”

Desse modo, da leitura do instrumento de acordo, não há que se falar em comportamento contraditório ou má-fé do autor vez que, como destacado pelo Parecer ministerial “*ficou suficientemente claro que seria possível o autor ingressar com ação rescisória contra a decisão judicial que concedeu o ajuste de 22,45% aos servidores públicos civis.*” (fl. 2.187).

Em razão disto, forte na inocorrência da chamada preclusão lógica e na esteira do parecer ministerial, **rejeito a preliminar de carência de ação arguída pelo Requerido.**

1.2. Da Preliminar de Ilegitimidade Ativa do Réu para a propositura da ação originária:

Sustenta o Estado do Pará a preliminar de ilegitimidade ativa do Sindicato para propositura da ação principal que originou a decisão rescindenda, sob a alegação da existência de documento novo, qual seja, decisão da Justiça do Trabalho da 8ª Região afastando a representatividade do Sindicato réu para representar qualquer servidor público.

Contudo, ocorre que ultrapassada a questão da legitimidade da parte no processo originário não há como ser admitida a presente rescisória para desconstituir a coisa julgada com base

em ilegitimidade ativa fundada em alegado documento novo que na realidade foi produzido muito após a sentença proferida na ação originária. Isso porque, segundo a doutrina de Daniel Assumpção das Neves:

“Documento novo não se confunde com documento produzido posteriormente, de forma que o documento já deve existir no momento em que a decisão que se busca desconstituir tiver sido proferida. Como lembra a melhor doutrina, documento que não era conhecido ou de que não se pode fazer uso é necessariamente documento que já existia. (...)”

Não se confunde documento novo com fato novo, ou ainda fato que somente após o trânsito em julgado passa a ser conhecido pela parte. Significa dizer que o documento novo que fundamenta a ação rescisória deve se referir a um fato que tenha sido alegado na ação originária.” (Neves, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. Volume único. 7. ed.rev. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Ed. Forense; São Paulo: Método, 2015. Págs. 916/917)

Em igual sentido o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

“AGRAVO REGIMENTAL. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO RESCISÓRIA. DOCUMENTO NOVO. IMPOSSIBILIDADE DE USO EM MOMENTO ANTERIOR. REQUISITOS DO ART. 485, VII DO CPC PREENCHIDOS. ALTERAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO ESBARRA NO ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL DO INSS DESPROVIDO.

1. (...)

2. No caso, a Autora se viu impedida de apresentar oportunamente os documentos ao órgão julgador originário, porquanto só tomou conhecimento do inventário e do reconhecimento por parte dos herdeiros do falecido de sua condição de companheira, em novembro de 2003, isto é, quando já encerrada a fase probatória no processo originário,

o qual se encontrava concluso para sentença desde 10.12.2002, sobrevivendo sentença em 2.8.2004. A ação rescisória foi proposta em 14.3.2005.

3. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que o documento novo, apto à rescisão, é aquele que já existia ao tempo da prolação do julgado rescindendo, mas que não foi apresentado em juízo por não ter o autor da rescisória conhecimento da existência do documento ao tempo do processo primitivo ou por não lhe ter sido possível juntá-lo aos autos em virtude de motivo estranho a sua vontade (AR 3.450/DF, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, DJe 25.03.2008).

4. Alterar o entendimento do acórdão recorrido de que o caso dos autos preenche os requisitos do art. 485, VII do CPC esbarra na Súmula 7/STJ. Nesse sentido: AgRg

no REsp 1.472.501/CE, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 26.11.2014 e AgRg no AREsp 718.159/SE, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJe 28.3.2016. 5. Agravo Regimental do INSS a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 114.265/DF, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07/06/2016, DJe 20/06/2016)”

Na hipótese dos autos, constata-se que o documento apresentado não pode ser enquadrado no conceito jurídico de novo previsto no artigo 485, VII do CPC/1973, vigente à época do ajuizamento da ação, uma vez que a decisão da Justiça do Trabalho foi proferida depois do julgamento da ação ordinária.

Outrossim, quanto à competência para decisão acerca da representatividade da entidade sindical e consequente legitimidade ativa para ajuizamento da ação em que foi proferido o acórdão objeto de rescisão, também não há como serem acolhidas as alegações das partes. De um lado, a entidade sindical sustenta a competência da Justiça Comum para tanto, ao passo que o ente Estatal defende a competência da Justiça do Trabalho.

Com efeito, de acordo com o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho, a Justiça Laboral não tem competência para julgar as lides entre sindicatos representantes de servidores públicos com vínculo de natureza jurídica administrativa, senão vejamos:

“RECURSO DE REVISTA. CONTRIBUIÇÃO SINDICAL TRABALHADORES SUBMETIDOS AO REGIME ESTATUTÁRIO. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. I. O Tribunal Regional registrou que “não há controvérsia quanto ao fato de que os funcionários do município reclamado são contratados pelo regime estatutário, razão pela qual a relação jurídica entre as partes é de cunho administrativo”. II. **A jurisprudência notória e iterativa do TST sobre a matéria é no sentido de que não se inserem na competência da Justiça do Trabalho as ações ajuizadas por Sindicatos, tendo como objeto o pagamento de contribuição sindical e/ou representatividade sindical, que digam respeito a trabalhadores submetidos ao regime estatutário.** III. Precedentes. IV. Recurso de revista de que não se conhece. (Proc. RR. 64-35.2013.5.15.0091. Data de Julgamento: 16/12/2015. Relatora Convocada: Cilene Ferreira Amaro Santos. 4ª Turma. DEJT: 18/12/2015)

O Superior Tribunal de Justiça até 2014 possuía o mesmo entendimento do Tribunal Superior do Trabalho, contudo, no ano de 2015, entendeu que a competência para dirimir o litígio é da Justiça do Trabalho.

Releva destacar, no entanto, que o Supremo Tribunal Federal ainda não se manifestou sobre a questão, apesar de que no julgamento de algumas reclamações constitucionais vem entendendo que não há aderência entre o objeto da ADI 3395-MC e as lides sindicais:

“Ementa: CONSTITUCIONAL. RECLAMAÇÃO. AÇÃO PROPOSTA POR SINDICATO DE SERVIDORES PÚBLICOS MUNICIPAIS. DECLARAÇÃO DE REPRE-

SENTATIVIDADE ÚNICA DA CATEGORIA. ALEGAÇÃO DE DESRESPEITO À ADI 3395-MC. AUSÊNCIA DE ESTRITA ADERÊNCIA ENTRE O ATO RECLAMADO E O ACÓRDÃO PARADIGMA. INADMISSIBILIDADE. PRECEDENTE. 1. **Não há estrita aderência entre o objeto da ADI 3395-MC, em que esta Corte decidiu questão referente à competência da Justiça Comum para julgamento de causas entre a Administração Pública e seus servidores ou empregados submetidos a vínculo jurídico-administrativo, e ação declaratória promovida por sindicato, para obter reconhecimento judicial de exclusividade de representação de determinada categoria.** 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (Rcl 9758 AgR, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/10/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe- 220 DIVULG 06-11-2013 PUBLIC 07-11-2013)

Desse modo, não há como esta Corte, em sede de ação rescisória, simplesmente acatar uma decisão da Justiça do Trabalho sobre a representatividade do Sindicato não havendo posicionamento firme da jurisprudência sobre a sua competência para dirimir o litígio, além de que, como dito anteriormente, não poder ser tal decisum considerado como documento novo, uma vez que não o é.

Não bastasse isso, vê-se que à época da propositura da ação e até mesmo do trânsito em julgado da decisão impugnada, a jurisprudência, inclusive do C. STJ, era no sentido de incompetência da Justiça Laboral para dirimir o litígio. Desse modo, eventual decisão pela ilegitimidade do sindicato seria reconhecer que o entendimento jurisprudencial poderá retroagir aos casos já julgados e transitados em julgado o que ao certo geraria insegurança jurídica.

Logo, por todos os ângulos de abordagem, entendo que não há como reconhecer a ilegitimidade do sindicato requerido. Rejeito, portanto, a alegação de documento novo, superveniente, com o condão de desconstituir a condição de ação do Réu no pleito originário porque não se trata, por óbvio, de documento novo na acepção legal, doutrinária e jurisprudencial sobre o tema.

Preliminar rejeitada.

II - DO MÉRITO

Ultrapassadas as preliminares, avanço ao exame do mérito da ação.

III.1. Da decisão rescindenda. Algumas considerações

Como dito, trata-se de ação rescisória com o objetivo de rescindir o v. Acórdão nº 93.484, proferido pela Eg. 1ª Câmara Cível Isolada deste Tribunal nos autos da ação ordinária ajuizada pelo Sindicato dos Servidores Públicos Estaduais no Município de Belém/SISPEMB-PA que estendeu aos servidores civis a diferença de reajuste concedido aos servidores militares do Estado do Pará no percentual médio de 22,45% apurado em perícia contábil utilizada como prova emprestada dos autos do Proc. nº 20011018306-7, nos termos da seguinte ementa:

“REEXAME NECESSÁRIO DE SENTENÇA. SINDICATO REGULARMENTE

CONSTITUÍDO E EM NORMAL FUNCIONAMENTO POSSUI LEGITIMIDADE NA QUALIDADE DE SUBSTITUTO PROCESSUAL. PEDIDO FORMULADO NA INICIAL É CERTO E DETERMINADO. ALEGAÇÕES DO ESTADO DO PARÁ INCONSISTENTES. REAJUSTE DOS MILITARES DIFERENCIADO, RECEBENDO ESTES UM PERCENTUAL MAIOR QUE OS OUTROS SERVIDORES. SENTENÇA MANTIDA EM TODOS OS SEUS TERMOS. REEXAME NECESSÁRIO CONHECIDO E MANTIDA A SENTENÇA DE 1º GRAU. UNÂNIME.

I – Sindicato regularmente constituído e em normal funcionamento, possui legitimidade na qualidade de substituto processual.

II – Quebra do princípio da isonomia salarial no setor público, consagrada no art. 37, inciso X, da CF/88, por força de reajustes salariais concedidos a uma categoria e não extensivos a outra.

III – Pedido feito na inicial certo e determinado.

IV – Reajuste dos militares maior que dos outros servidores, ferindo o princípio constitucional da isonomia, já que o reajuste tem de ser na mesma proporção para todos.

V – Reexame Necessário de Sentença conhecido e mantida a sentença integralmente. Unânime.

(2010.02670052-70, Ac. 93.484, Rel. GLEIDE PEREIRA DE MOURA, Órgão Julgador 1ª CÂMARA CÍVEL ISOLADA, Julgado em 29.11.2010, Publicado em 12.07.2010)”

Sustenta o autor o cabimento da presente ação em razão de violação à literal disposição de lei e ao texto constitucional, artigos 37, inciso X e XIII e 39, §1º, da Constituição do Estado do Pará, por ter a decisão transitada em julgado, em contrariedade à Súmula nº 339 do STF, estendido reajuste concedido aos servidores militares estaduais pelas Resoluções nºs. 0145 e 0146, do Conselho de Política de Cargos e Salários do Estado aos servidores civis, com base no princípio constitucional da isonomia, mesmo sendo tal reajuste aplicado apenas a determinadas categorias, **não se tratando de revisão geral do funcionalismo.**

Defende, portanto, a existência de coisa julgada inconstitucional, na medida em que o princípio da isonomia foi retirado do texto constitucional pela Emenda Constitucional nº 19/98, **devendo ser obedecido apenas para a revisão geral anual dos servidores,** enquanto que no caso o reajuste concedido no ano de 1995 aos servidores militares foi resultado de ato discricionário do administrador que decidiu pela necessidade e conveniência na concessão, com base em prévia dotação orçamentária para tanto, do aumento que objetivou a reestruturação do estipêndio da classe militar, ante suas peculiaridades de atuação.

Cediço que o art. 5º, XXXVI, da CF/88 assegura a intangibilidade da coisa julgada e, por isto, a ação rescisória, instrumento excepcional, tem que ser aplicada com o rigor da lei infraconstitucional que regulamenta aquele instituto, consoante se infere da jurisprudência pátria dominante:

AÇÃO RESCISÓRIA. PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. ERRO DE FATO.

INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS ESTABELECIDOS PELOS PARÁGRAFOS PRIMEIRO E SEGUNDO DO ART. 485 DO CPC. ATUALIZAÇÃO DOS SALÁRIOS DE CONTRIBUIÇÃO. INCLUSÃO DO IRSM DE FEVEREIRO DE 1994. PRONUNCIAMENTO JUDICIAL SOBRE O FATO.

1. A ação rescisória constitui procedimento de natureza excepcional, sendo cabível, apenas, quando observadas as hipóteses legalmente previstas, sob pena de se pôr em risco o instituto da res judicata e, por consequência, o princípio basilar da segurança jurídica.

(...)

5. Ação rescisória improcedente. (AR3.040/SC, Rel. Ministro OG FERNANDES, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 24/11/2010, DJe 01/02/2011)

Por outro lado, o Novo Código de Processo Civil disciplina o instituto da coisa julgada nos artigos 502/508, e flexibiliza a desconstituição do decisum nas hipóteses precisas dos incisos do art. 966:

“Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

I - se verificar que foi proferida por força de prevaricação, concussão ou corrupção do juiz;

II - for proferida por juiz impedido ou por juízo absolutamente incompetente;

III - resultar de dolo ou coação da parte vencedora em detrimento da parte vencida ou, ainda, de simulação ou colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei;

IV - ofender a coisa julgada;

V - violar manifestamente norma jurídica;

VI - for fundada em prova cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou venha a ser demonstrada na própria ação rescisória;

VII - obtiver o autor, posteriormente ao trânsito em julgado, prova nova cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;

VIII - for fundada em erro de fato verificável do exame dos autos.”

Imperioso colacionar o antigo dispositivo do Código de Processo Civil de 1973 correspondente ao artigo supracitado e vigente à época do ajuizamento da ação em tela, *in verbis*:

“Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

I - se verificar que foi dada por prevaricação, concussão ou corrupção do juiz;

II - proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente;“

III - resultar de dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida, ou de colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei;

IV - ofender a coisa julgada;

V - violar literal disposição de lei;

VI - se fundar em prova, cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou seja provada na própria ação rescisória;

VII - depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;

VIII - houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença;

IX - fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa.”

II.2. Da questão envolvendo a distinção entre revisão geral e reajuste de vencimentos. Legislação. Doutrina. Jurisprudência.

O Ente Estatal invoca a incidência dos incisos V e IX do artigo da Constituição Federal e artigo 39, §1º, da Constituição do Estado do Pará, bem como aos princípios da separação dos poderes, legalidade, razoabilidade e proporcionalidade argumentando para tanto que o judiciário não poderia estender aos demais servidores civis o percentual de 22,45% concedido aos militares com base no princípio da isonomia, por se tratar no caso de reajuste específico aplicado a determinada categoria e não revisão geral do funcionalismo, além de suscitar o cabimento da presente ação rescisória em razão de erro de fato pelo julgador por ter proferido decisão baseada em prova emprestada.

É certo que o art. 37, inciso X, da Constituição da República, com a redação dada pela Emenda nº 19/98 assegura revisão remuneratória e a irredutibilidade real dos vencimentos, a ser concedida anualmente mediante lei específica de cada ente federado, *verbis*:

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)

X - a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º do art. 39 **somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica**, observada a iniciativa privativa em cada caso, **assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices.”**

Todavia, como bem destacado no parecer da Procuradora de Justiça à fl. 2.187, “percebe-se que o Decreto nº 0711 é de 25 de outubro de 1995, ou seja, muito anterior às alterações introduzidas pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998. Desta feita, no caso dos autos, entendo que a solução da controvérsia deve circular em torno da redação primitiva do artigo 37, X, da CF/88”, que por sua vez estabelecia:

“Art. 37. A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da

legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, também, ao seguinte:

(...)

X – a revisão geral da remuneração dos servidores públicos, sem distinção de índices entre servidores públicos civis e militares, far-se-á sempre na mesma data.”

Assim, entendo que no caso em tela, de forma diversa da postulada pelo Autor, não há que se falar em inconstitucionalidade do Decreto que homologou as Resoluções concedendo reajuste salarial, uma vez que à época, ano de 1995, como visto, **o texto da Carta Magna não continha previsão de necessidade de lei específica para tal desiderato como sustenta o autor.** Também não merece acolhida a alegação estatal de que somente poderia ser considerada revisão geral o disposto nas Resoluções 0145 e 0146 se fosse oriundo de lei específica, **exigência inexistente à época no texto constitucional.**

Dessa maneira, depreende-se que o cerne da questão trazida a este juízo é saber se o Decreto Estadual nº 0711/1995 que homologou as Resoluções nº 0145 e 0146 do Conselho de Política de Cargos e Salários do Estado do Pará estipularam revisão geral anual a todos os servidores como restou decidido pela decisão rescindenda ou se trata de reajuste restrito à categoria determinada de militares, a qual não guarda necessidade de observância ao princípio da isonomia, uma vez que a jurisprudência da Suprema Corte encontra-se firmada no sentido de que é possível a concessão de reajustes setoriais de vencimentos, com a finalidade de corrigir desvirtuamentos salariais verificadas no serviço público, **não cabendo ao Poder Judiciário, com fundamento no princípio da isonomia, aumentar vencimentos.**

O tema acerca da definição, ou melhor, da diferenciação entre revisão e reajuste é antigo na Suprema Corte, inclusive com posicionamento acerca da matéria firmado em sede de Ações Diretas de Inconstitucionalidade, com abordagem tanto sob a vigência do texto constitucional anterior à Emenda nº 19/98 quanto na redação atual.

Com efeito, da evolução jurisprudencial do Colendo Supremo Tribunal Federal, extrai-se:

“I. MEDIDA PROVISÓRIA: CONTROLE JURISDICIONAL DOS PRESSUPOSTOS DE RELEVÂNCIA E URGÊNCIA (POSSIBILIDADE E LIMITES); RECUSA, EM PRINCÍPIO, DA PLAUSIBILIDADE DA TESE QUE NEGA, DE LOGO, A OCORRÊNCIA DAQUELES PRESSUPOSTOS, DADO O CURSO PARALELO DE PROJETO DE LEI, AO TEMPO DA EDIÇÃO DA MEDIDA PROVISÓRIA QUESTIONADA.

II. FUNCIONÁRIO PÚBLICO: REMUNERAÇÃO: REVISÃO GERAL (CF, ART. 37, X) E REAVALIAÇÃO DE CARGOS, GRUPOS OU CARREIRAS: DIFERENÇA. O ART. 37, X, DA CONSTITUIÇÃO, QUE IMPÕE SE FAÇA NA MESMA DATA “A REVISÃO GERAL DA REMUNERAÇÃO DOS SERVIDORES PÚBLICOS, SEM DISTINÇÃO DE ÍNDICES ENTRE SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS E MILITARES”, E UM COROLÁRIO DO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DA ISONOMIA; NÃO E, NEM RAZOAVELMENTE PODERIA SER, UM IMPERATIVO DE ESTRATIFICAÇÃO PERPETUA DA ESCALA RELATIVA DOS VENCIMENTOS EXISTENTE NO

DIA DA PROMULGAÇÃO DA LEI FUNDAMENTAL: NÃO IMPEDE, POR ISSO, A NOVA AVALIAÇÃO, POR LEI, A QUALQUER TEMPO, DOS VENCIMENTOS REAIS ATRIBUIR A CARREIRAS OU CARGOS ESPECÍFICOS, COM A RESSALVA EXPRESSA DE SUA IRREDUTIBILIDADE (CF, ART. 37, XV). NÃO OBSTANTE, CONSTITUI FRAUDE AO MANDAMENTO CONSTITUCIONAL DO ART. 37, X, DISSIMULAR A VERDADE DO REAJUSTE DISCRIMINATORIO MEDIANTE REAVALIAÇÕES ARBITRARIAS.

III. MEDIDA PROVISÓRIA 296/91: REAVALIAÇÕES APARENTEMENTE LEGÍTIMAS DE CARREIRAS E CARGOS ESPECÍFICOS (ARTS. 2 E 6); SUSPEITA PLAUSÍVEL DE DISSIMULAÇÃO ABUSIVA DE MERO REAJUSTE GERAL DA EXPRESSÃO MONETÁRIA DA REMUNERAÇÃO DO FUNCIONALISMO COM EXCLUSÕES DISCRIMINATORIAS (ART. 1).

IV. ISONOMIA: DILEMA DA CARACTERIZAÇÃO DO VÍCIO DE LEGITIMIDADE DA LEI POR “NÃO FAVORECIMENTO ARBITRARIO” OU “EXCLUSÃO INCONSTITUCIONAL DE VANTAGEM:” INCONSTITUCIONALIDADE POR AÇÃO OU POR OMISSÃO PARCIAL: CONSEQUÊNCIAS DIVERSAS DA CORRESPONDENTE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE, CONFORME A CARACTERIZAÇÃO POSITIVA OU NEGATIVA DA INCONSTITUCIONALIDADE ARGUIDA, QUE, EM QUALQUER DAS HIPÓTESES, INDUZEM AO INDEFERIMENTO DA LIMINAR REQUERIDA. NO QUADRO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO, CONSTITUI OFENSA À ISONOMIA A LEI QUE, A VISTA DA EROSAO INFLACIONÁRIA DO PODER DE COMPRA DA MOEDA, NÃO DA ALCANCE UNIVERSAL A REVISÃO DE VENCIMENTOS DESTINADA EXCLUSIVAMENTE A MINOR-LA (CF, ART. 37, X), OU QUE, PARA CARGOS DE ATRIBUIÇÕES IGUAIS OU ASSEMBELHADAS, FIXA VENCIMENTOS DISPARES (CF, ART. 39, PAR-1). SE, ENTRETANTO, ADMITIDA A PLAUSIBILIDADE DA ARGUMENTAÇÃO ASSIM DIRIGIDA AO ART. 1 DA MPROV. 296/91, SE ENTENDE SER O CASO DE INCONSTITUCIONALIDADE POR AÇÃO E SE DEFERE A SUSPENSÃO DO DISPOSITIVO QUESTIONADO, O PROVIMENTO CAUTELAR APENAS PREJUDICARIA O REAJUSTE NECESSARIO DOS VENCIMENTOS DA PARCELA MAIS NUMEROSA DO FUNCIONALISMO CIVIL E MILITAR, SEM NENHUM BENEFÍCIO PARA OS EXCLUIDOS DO SEU ALCANCE. SE, AO CONTRARIO, SE DIVISA, NO CASO, INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO PARCIAL, JAMAIS SE PODERIA ADMITIR A EXTENSÃO CAUTELAR DO BENEFÍCIO AOS EXCLUIDOS, EFEITO QUE NEM A DECLARAÇÃO DEFINITIVA DA INVALIDADE DA LEI PODERIA GERAR (CF, ART. 103, PAR-2).

V. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: LEGITIMAÇÃO ATIVA DAS ENTIDADES NACIONAIS DE CLASSE (INTELIGENCIA): AFIRMAÇÃO DA ILEGITIMIDADE AD CAUSAM DA FEDERAÇÃO NACIONAL DOS SINDICATOS BRASILEIROS E ASSOCIAÇÕES DE TRABALHADORES DA JUSTIÇA DO TRABALHO. (ADI 526 MC, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, **julgado em 12/12/1991**, DJ 05-03-1993 PP-02896 EMENT VOL-01694-01 PP-00136)

No mesmo sentido, a decisão proferida na ADI 525- MC, também de relatoria do Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE (STF. Tribunal Pleno, julgado em 12/06/1991, DJ 02-04-2004 PP-00008 EMENT VOL-02146-01 PP- 00028 RTJ VOL-00193-01 PP-00015). Tal distinção conceitual entre reajuste e revisão de vencimentos dos servidores públicos também foi abordada por ocasião do julgamento da ADI 3599/DF, conforme se verifica dos fundamentos do voto do Min. Carlos Britto, já sob o texto constitucional com a redação posterior à Emenda Constitucional nº 19/98, senão vejamos:

“Entendo que em matéria de remuneração há apenas duas categorias ou dois institutos. Ou o instituto é da revisão, a implicar mera reposição do Poder aquisitivo da moeda, por isso que a Constituição no inciso X do artigo 37 fala de índices e datas absolutamente uniformes, iguais; ou, não sendo revisão, será reajuste – que eu tenho como sinônimo de aumento. Então, de um lado, temos ou revisão, que não é aumento, é mera reposição do poder aquisitivo da moeda, ou, então, aumento. Mesmo que a lei chame de reajuste, entendo que é um aumento. Ai, sim, há uma elevação na expressão monetária do vencimento mais do que nominal e, sim, real. Aumento tem haver com densificação no plano real, no plano material do padrão remuneratório do servidor; revisão não. Com ela se dá uma alteração meramente nominal no padrão remuneratório do servidor, mas sem um ganho real.”

Do referido julgamento verifica-se ainda o entendimento sedimentado naquela Corte Suprema de “ausência de violação ao princípio da isonomia, porquanto normas que concedem aumentos para determinados grupos, desde que tais reajustes sejam devidamente compensados, se for o caso, não afrontam o princípio da isonomia” (ADI 3599, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 21/05/2007, DJe-101 DIVULG 13-09-2007 PUBLIC 14-09-2007 DJ 14-09-2007 PP-00030 EMENT VOL- 02289-01 PP-00103 RTJ VOL-00202-02 PP-00569).

A revisão, portanto, nada mais é do que a correção monetária que para manter atualizada, vale dizer, não desgastado pela inflação, o poder aquisitivo da remuneração e, assim, garantir a irredutibilidade real dos vencimentos dos servidores.

Distinguindo as duas espécies de “aumento” dos vencimentos dos servidores, o doutrinador José dos Santos Carvalho Filho leciona:

“No que concerne ao realinhamento da remuneração dos servidores, cumpre distinguir a revisão geral da revisão específica. Aquela retrata um reajustamento genérico, calcado fundamentalmente na perda de poder aquisitivo do servidor em decorrência do processo inflacionário; esta atinge apenas determinados cargos e carreiras, considerando-se a remuneração paga às respectivas funções no mercado comum de trabalho, para o fim de ser evitada a defasagem mais profunda entre as remunerações do servidor públicos e do empregado privado. São, portanto, formas diversas de revisão e apoiadas em fundamentos diversos e inconfundíveis (in Manual de direito administrativo, 24.ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 679)”

Assim, enquanto a Revisão Geral Anual busca a recomposição do poder aquisitivo, corroído pela inflação, a revisão específica, ocorre, segundo Hely Lopes Meirelles, em doutrina anterior à Emenda Constitucional 19/98, “através das chamadas reestruturações, pelas quais se corrigem as distorções existentes no serviço público, tendo em vista a valorização profissional observada no setor empresarial, para que a Administração não fique impossibilitada de satisfazer suas necessidades de pessoal” (Hely Lopes Meirelles, Direito Administrativo Brasileiro, 16ª ed., atualizado pela CF/88, 2ª tir., SP, Ed. RT, 1991, pp. 394-395), sendo esta lição anterior à EC 19/98. No caso concreto, a norma que prevê o acréscimo salarial dispõe:

Decreto nº 0711 de 25/10/1995:

“Art. 1º. – Ficam homologadas as Resoluções nº 0145 e nº 0146, de 25 de outubro do corrente ano, do Conselho de Política de Cargos e Salários do Estado, que estabelecem os vencimentos e salários dos servidores públicos civis e militares da Administração Direta, Indireta e Fundacional do Estado do Pará.”

Por sua vez, as Resoluções estabelecem:

Resolução nº 0145/1995:

“Art. 1º. Fica aprovado o reajuste de vencimento dos servidores públicos da Administração Direta, consoante às tabelas em anexo”.

Resolução nº 0146/1995:

“O Presidente do Conselho de Política de Cargos e Salários do Estado do Pará, usando de suas atribuições e, considerando a deliberação tomada na reunião realizada nesta data, RESOLVE:

Art. 1º. Fica aprovado o reajuste de salários das Autarquias, Fundações e da Companhia de Mineração do Pará, nos termos da tabela em anexo”.

Como cediço, a Constituição Federal não veda a concessão de reajustes diferenciados aos servidores públicos, mas tão somente assegura revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices (artigo 37, X, da CF/88). Esse é o entendimento predominante na jurisprudência da Suprema Corte no sentido de que “é possível a concessão de reajustes setoriais de vencimentos, com a finalidade de corrigir desvirtuamentos salariais verificados no serviço público, sem que isso implique violação dos princípios da isonomia e da revisão geral anual” (AGREG. no Recurso Extraordinário com Agravo 921.019. Distrito Federal. 2ª Turma. Rel. Min. Dias Toffoli. Julgado em 15/12/2015).

Verifica-se do próprio texto das normas acima transcritas que todas mencionam expressamente a palavra **reajuste**, a primeira para os servidores da administração direta e o segundo das autarquias, fundações e Companhia de Mineração, conforme tabelas em que foram disciplina-

dos os valores devidos cargo a cargo, não fazendo menção a respeito de revisão geral anual.

Outrossim, não obstante a desnecessidade de lei específica para concessão de aumento de servidores pela redação anterior do artigo 37, X, da Carta Magna, necessária a autorização na lei de diretrizes orçamentárias, definição de índice em lei específica e previsão do montante da referida despesa, bem como a correspondente fonte de custeio na Lei de Diretrizes Orçamentárias para que se pudesse entender pela existência de revisão geral anual no caso em tela.

Forçoso ainda reconhecer que o percentual consideravelmente elevado de 57% concedido aos militares no ano de 1995 em que a inflação se encontrava de certa forma controlada com a chegada do plano real em 1994 acaba por consubstanciar as afirmações do autor de que a concessão de tal percentual não proporcional ao decréscimo do poder aquisitivo descaracteriza a hipótese de mera revisão geral anual prevista no artigo 37, X, da CF/88 (a inflação em 1995, medida pelo IPCA foi de 22,41%).

Na espécie, depreende-se da leitura dos autos que após a apuração em laudo pericial extraído de demanda diversa como prova emprestada, postulou o sindicato réu o recebimento pelos servidores civis do reajuste de 22,45% concedido a mais aos militares por meio do Decreto Estadual nº 0711/1995, por entender que se tratava de reajuste anual geral de vencimentos ao qual necessária a observância ao princípio da isonomia, o que foi acolhido pela decisão rescindenda.

Ocorre, contudo, como visto, que esta não parece ser a conclusão mais correta da análise da norma estadual, pois se verifica que não se trata de decreto destinado a dispor sobre revisão geral anual de remuneração dos servidores públicos do Estado do Pará, mas de normas específicas, que concederam majoração de vencimentos aos servidores. Evidentemente, não há que falar em extensão do direito nelas previsto, consoante o disposto no art. 37, X, da Constituição Federal, que, na redação que lhe foi dada pela EC n. 19/1998, estabeleceu expressamente que a remuneração dos servidores públicos somente poderá ser fixada ou alterada por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso.

Normas que concedem aumentos para determinados grupos (reajuste setorial) com base na prerrogativa de cada Poder e do Ministério Público de propor ao Legislativo a política remuneratória de seus servidores indubitavelmente se distinguem da revisão geral anual da remuneração, que após a emenda constitucional nº 19/98 reclama lei específica, a teor do disposto no art. 61, § 1º, II, a, da Constituição Federal, razão pela qual não há que falar em violação do princípio da isonomia.

Nesse sentido a jurisprudência atual da Suprema Corte:

“EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO ADMINISTRATIVO. POLICIAL MILITAR. REAJUSTE SETORIAL DE VENCIMENTOS. POSSIBILIDADE. CONTROVÉRSIA QUE ENVOLVE A ANÁLISE DE LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. SÚMULA 280/STF. PRECEDENTES. **A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que não viola o princípio constitucional da isonomia, nem da revisão geral anual a concessão de reajustes salariais setoriais com o fim de corrigir eventuais distorções remuneratórias. Precedentes.** Ademais, esta Corte afasta o

cabimento de recurso extraordinário para o questionamento de alegadas violações à legislação local sem que se discuta o seu sentido à luz da Constituição (Súmula 280/STF). Agravo regimental a que se nega provimento. (ARE 765304 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 10/06/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-151 DIVULG 05-08-2014 PUBLIC 06-08-2014)“**EMENTA** Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Direito Administrativo. Servidor Público. Negativa de prestação jurisdicional. Não ocorrência. Princípios da prestação jurisdicional, do direito adquirido, do contraditório e da ampla defesa. Ofensa reflexa. Reajustes setoriais de vencimentos. Possibilidade. Isonomia e revisão geral anual. Não violação. Precedentes. 1. Não procede a alegada violação do art. 93, inciso IX, da Constituição Federal, haja vista que a jurisdição foi prestada, no caso, mediante decisões suficientemente fundamentadas. 2. A afronta aos princípios da legalidade, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, dos limites da coisa julgada e da prestação jurisdicional, quando depende, para ser reconhecida como tal, da análise de normas infraconstitucionais, configura apenas ofensa indireta ou reflexa à Constituição da República. 3. Esse entendimento foi reafirmado no julgamento do ARE nº 748.371/MT, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe de 1º/8/13, sob o rito da repercussão geral. **4. A jurisprudência do STF firmou-se no sentido de que é possível a concessão de reajustes setoriais de vencimentos, com a finalidade de corrigir desvirtuamentos salariais verificados no serviço público, sem que isso implique violação dos princípios da isonomia e da revisão geral anual.** 5. Agravo regimental não provido. (ARE 921019 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 15/12/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-042 DIVULG 04-03-2016 PUBLIC 07-03-2016)“

De igual modo a do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

“ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. POLICIAL MILITAR. REAJUSTE CONCEDIDO A DETERMINADAS CATEGORIAS DE SERVIDORES CIVIS PELA LEI ESTADUAL N.º 3.519/08. PRETENSÃO DE EXTENSÃO AOS MILITARES. IMPOSSIBILIDADE. REVISÃO GERAL ANUAL. ART. 37, INCISO X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INEXISTÊNCIA DE LEI ESPECÍFICA. INICIATIVA EXCLUSIVA DO CHEFE DO EXECUTIVO. ENTENDIMENTO DA SUPREMA CORTE. PRECEDENTES. AUSÊNCIA DE NORMA LEGAL EXPRESSA. SÚMULA N.º 339 DO PRETÓRIO

EXCELSO. PRECEDENTES.

1. A Lei Estadual n.º 3.519/08 não dispôs sobre revisão geral de vencimentos, mas, sim, acerca de política salarial de determinadas categorias, entre as quais não se incluem os servidores militares.

2. O Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que, no tocante ao projeto de lei prevendo a revisão geral anual dos vencimentos prevista no art. 37, inciso X, da Constituição Federal, a iniciativa é exclusiva do Chefe do Poder Executivo, sendo inviável o Poder Judiciário suprir omissão nesse sentido.

3. Tem plena aplicação à hipótese a Súmula n.º 339 do Supremo Tribunal Federal: “Não cabe ao poder judiciário que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos, sob fundamento de isonomia”.

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg nos EDcl no RMS 30.689/MS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 20/10/2011, DJe 03/11/2011)”

No caso utilizado como paradigma pelo Acórdão rescindendo e pelo Procurador de Justiça em seu parecer referente aos 28,86% de diferença de reajuste concedido a militares e civis, com base na Lei n.º 8.622/93, verifica-se que o próprio texto legal expressamente estabelece que “Dispõe sobre **a revisão geral da remuneração dos servidores públicos civis e militares do Poder Executivo Federal** e dá outras providências”, inexistindo dúvida quanto à concessão de aumento com fulcro no artigo 37, X, da CF/88, com observância à isonomia de índices de aumento, **o que não se verifica no caso em tela em que o Decreto apenas homologa as Resoluções n.ºs. 0145/1995 e 0146/1995 do Conselho de Políticas de Cargos e Salários do Estado do Pará, não fazendo qualquer menção, direta ou reflexa, à expressão “revisão geral”.**

Constata-se, ainda, que a Res. 0146/1995 “estabelece reajuste de salários dos recursos humanos das autarquias, fundações e da companhia de mineração do Pará e dá outras providências”, nos termos das tabelas anexas, ou seja, restringe-se a tais servidores.

O uso correto da terminologia adequada é de extrema importância. Note-se que o que é o proibido é a revisão geral do salário dos servidores públicos sem observância ao princípio da isonomia.

Entendo que no caso não se trata de revisão geral de vencimentos, mas de reajuste setorial e, como visto, há uma grande diferença na definição de reajuste e revisão geral. A distinção existe e é reconhecida por Ministros do STF. Vejamos um trecho do voto-vista proferido pelo eminente Ministro Joaquim Barbosa:

“A situação dos presentes autos é diversa. Trata-se de extensão de abono concedido por decreto para algumas categorias de servidores públicos estaduais (de vencimentos mais reduzidos), a qual o acórdão recorrido enquadrado como revisão geral, porque discriminatória em relação às categorias excluídas (defensores públicos, procuradores do estado e delegados de polícia). Ora, **a concessão de abono a algumas categorias não pode gerar a conclusão de que se trata de revisão geral**, não se podendo invocar como precedente o decidido no RMS 22.307. Na mesma linha

de raciocínio, o acórdão recorrido, ao entender como revisão geral o abono concedido pelos Decretos 16.717/1991 e 16.950/1991 e pela posterior Lei estadual 2.005/1992, violou a norma contida no então vigente art. 37, X (antes da redação que lhe foi dada pela Emenda Constitucional 19/1998), porquanto aplicou impropriamente o texto constitucional à hipótese dos autos.

Não há que se falar em revisão geral quando o abono em questão aproveitou apenas a algumas carreiras.” (RE 393.679) (grifamos)

Imperioso também destacar que conforme se insere do laudo pericial utilizado como prova emprestada, em sua conclusão técnica à fl. 546, verifica-se que: “*Quanto a diferença nos percentuais de variação salarial no período de maio a outubro de 1995, nada foi encontrado, sendo constatado, inclusive, que a maioria dos autores teve um reajuste superior ao concedido aos militares.*”, a diferença alegada refere-se apenas quanto ao período de março/94 a outubro/95.

Ademais, com o devido respeito às teses contrárias, tenho que falta ao Decreto o requisito da generalidade, o que demonstra o objetivo de conceder melhorias a carreiras determinadas e não de recompor o poder aquisitivo em virtude da inflação no ano anterior, o que seria a motivação de lei de revisão geral anual.

Repito, a diferença entre um e outro instituto se dá, sobretudo, quanto à abrangência do reajuste, sendo a revisão anual caracterizada por sua generalidade, razão pela qual deve se processar de forma ampla em ordem a alcançar o universo integral dos servidores, incluindo-se os servidores dos Poderes Legislativo, Judicial e Ministério Público.

Entendo que o Decreto objetivou conceder melhorias a carreiras determinada e não recompor o poder aquisitivo em virtude da inflação do ano anterior, não possuindo natureza de lei de revisão geral anual, estabelecendo reajuste não à totalidade, mas unicamente a determinadas categorias, a título de aumento setorial.

Dessa maneira, a real intenção do legislador, de conceder seletivamente reajuste a determinados grupos de servidores, não pode ser alargada a bel prazer do Poder Judiciário, sob pretexto de garantir a isonomia.

Com efeito, imperioso destacar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, mesmo antes da exigência de lei específica para aumento de vencimentos, há muito, desde o texto constitucional de 1946 já entendia ser vedado ao judiciário reajuste de vencimentos com fundamento no referido princípio da isonomia, tanto que o Plenário daquela Corte, no ano de 1963 editou a Súmula n.º 339, *in verbis*:

“Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia”.

Entendimento que, diga-se de passagem, aplica-se perfeitamente ao caso e que permanece hígido e inalterado, tanto que foi convertido na atual **Súmula vinculante n.º 37**, sem qualquer alteração de sua redação, afirmando não caber ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia.

Em igual sentido, sob a vigência do texto constitucional anterior à EC nº 19/98:

EMENTA: Mandado de segurança. Equiparação de vencimento. Isonomia. - O parágrafo 1º do artigo 39 da Constituição Federal e preceito dirigido ao legislador, a quem compete concretizar o princípio da isonomia, considerando especificamente os cargos de atribuições iguais ou assemelhadas. - Como a concretização da isonomia salarial depende de ato legislativo específico, a fixar idênticos vencimentos “para cargos de atribuições iguais ou assemelhadas do mesmo Poder ou entre servidores dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário”, o parágrafo 4º do art. 41 da Lei nº 8.112/90 revela-se imprestável para o objetivo almejado pelos recorrentes, pois que se trata de norma que repete, no plano infraconstitucional, o enunciado genérico do § 1º do art. 39 da Constituição Federal. - **Por outro lado, permanece íntegro o enunciado da Súmula 339 dessa Corte, que não sofreu qualquer alteração em decorrência da nova Constituição e da legislação editada após outubro de 1988.** Recurso ordinário a que se nega provimento (RMS 21512, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Primeira Turma, julgado em 24/11/1992, DJ 19-02-1993 PP-02034 EMENT VOL-01692-03 PP-00533 RTJ VOL-00147-03 PP- 00931)

A doutrina de Hely Lopes Meireles também coaduna tal entendimento ao tratar de reajuste salarial de servidores e o princípio da isonomia:

“Em qualquer das hipóteses - aumento impróprio e reestruturação - podem ocorrer injustiças, pela inobservância do princípio da isonomia, tal como explicado acima. Nesse caso, porém somente a lei poderá corrigi-las, pois qualquer interferência do judiciário nesta matéria constituiria usurpação de atribuições do Poder Legislativo, consoante vêm decidindo reiteradamente nossos tribunais e, finalmente sumulou o STF” (Direito Administrativo Brasileiro, 36º edição. Ed. Malheiros, pág. 14)

Ademais, como dito, o Enunciado nº 339 foi convertido na Súmula Vinculante nº 37 e nesse ponto, conforme destacado pelo Ministro Gilmar Mendes, no voto proferido na RCL nº 14872, julgada pela Segunda Turma em 31/05/2016, publicada no DJe de 29/06/2016: “*é cediço que a discussão acerca da aplicação de súmula vinculante a ato editado antes de sua aplicação é demasiadamente delicada*”.

Todavia, assim como entendeu o referido Ministro Relator em seu voto:

“Na hipótese dos autos, mutatis mutandi, entendo que também devam ser levadas em consideração as peculiaridades do caso concreto para que seja observado o entendimento da Súmula Vinculante 37, apesar de posterior ao ato reclamado, haja vista que apenas consolidou entendimento já sedimentado há muito por esta Corte.

Se não se entender assim, ter-se-á um excessivo formalismo do processo constitucional, com sérios prejuízos para a eficácia de decisões desta Corte e, por que não

dizer, para o próprio sistema jurídico, que, dependente da forma aleatória de provocação, produzirá decisões incongruentes, dando ensejo à interminável sequência de demandas a propósito de casos já resolvidos por esta Corte.”

Assim, a edição posterior da Súmula Vinculante nº 37 do STF, vem então, fazer com que tal tema esteja na realidade superado, não nos restando, inclusive outra alternativa senão sua aplicação.

Nessa esteira, não há como o Poder Judiciário, por meio do *decisum rescindendo*, determinar a implantação do percentual de 22,45% sobre a remuneração dos servidores representados pelo Sindicato réu, sob o manto da isonomia, se o Decreto assim não o fez, em clara ofensa ao disposto no Enunciado da Súmula nº 339/STF em pleno vigor à época da edição do Decreto objeto de análise, bem como da Súmula Vinculante nº 37.

Inclusive, em recentíssima decisão, o Supremo Tribunal Federal no julgamento do ARE nº 909437 pela sistemática da Repercussão Geral, reafirmou tal entendimento jurisprudencial, nos termos da ementa abaixo transcrita:

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. **REAJUSTE DE 24% PARA OS SERVIDORES DO JUDICIÁRIO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. LEI Nº 1.206/1987. ISONOMIA. REPERCUSSÃO GERAL. REAFIRMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. 1. Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia. Súmula 339/STF e Súmula Vinculante 37. 2. Reconhecimento da repercussão geral da questão constitucional, com reafirmação da jurisprudência da Corte, para assentar a seguinte tese: “Não é devida a extensão, por via judicial, do reajuste concedido pela Lei nº 1.206/1987 aos servidores do Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro, dispensando-se a devolução das verbas recebidas até 01.09.2016 (data da conclusão deste julgamento)”. 3. Recurso conhecido e provido. (ARE 909437 RG, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, julgado em 01/09/2016, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-217 DIVULG 10-10- 2016 PUBLIC 11-10-2016)**

Nesse aspecto, destaco, também, julgados do Superior Tribunal de Justiça:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDORES PÚBLICOS. LEIS Nº 2.156/09 e 2.333/10. **EXTENSÃO DE REAJUSTE A CATEGORIA DIVERSA POR ISONOMIA. INEXISTÊNCIA DE REAJUSTE GERAL. SÚMULA 339/STF. SEGUIMENTO NEGADO.**

1. O Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que “o princípio da isonomia dirige-se aos Poderes Executivo e Legislativo, a quem cabe estabelecer a remuneração dos servidores públicos e permitir a sua efetivação. Vedado ao Judi-

ciário estender aumentos que foram concedidos apenas a uma determinada categoria”.

2. “Em face da ausência de previsão legislativa específica, determinando o reajuste pretendido, não subsiste a invocada isonomia de vencimentos prevista no art. 37, inciso X, da Constituição Federal”.

3. Incidência, in casu, do Enunciado n.º 339 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, verbis: Não cabe ao poder judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos, sob fundamento de isonomia.

4. Agravo não provido. (AgRg no RMS 36.793/TO, Rel. Ministro/MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/08/2012, DJe 28/08/2012)”

“RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDORES PÚBLICOS. LEIS Nº 11.169/05 E 11.170/05.

EXTENSÃO DE REAJUSTE A CATEGORIA DIVERSA POR ISONOMIA. INEXISTÊNCIA DE REAJUSTE GERAL. SÚMULA 339/STF.

1. A Leis Federais nº 11.169/05 e 11.170/05 beneficiaram exclusivamente os servidores públicos federais do Poder Legislativo, não havendo direito líquido e certo dos servidores do Poder Judiciário à extensão da vantagem por não se cuidar a hipótese de reajuste geral de vencimentos.

2. “Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia” (Súmula 339/STF).

3. Agravo regimental improvido. (AgRg no RMS 29.727/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 17/11/2011, DJe 28/11/2011)”

Ademais, entendo oportuno ressaltar que tal matéria já vem sendo objeto de decisões no mesmo sentido nesta Corte de Justiça, conforme se infere das ementas abaixo transcritas de julgados das Câmaras Cíveis Isoladas deste Tribunal de Relatoria de alguns dos eminentes Desembargadores que compõem este Tribunal Pleno:

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM REEXAME DE SENTENÇA. ACÓRDÃO EMBARGADO ATUOU COMO LEGISLADOR POSITIVO, O QUE É VEDADO PELA SÚMULA 37 DO STF. SERVIDORES PÚBLICOS. DIFERENÇA ENTRE REVISÃO GERAL DE VENCIMENTOS E REAJUSTE. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDO. 1. No caso sob análise e em relação a temática de fundo as Resoluções nº 0145 e nº 0146 do Conselho de Política de Cargos e Salários do Estado do Pará, homologadas pelo Chefe do Poder Executivo Estadual por intermédio do Decreto nº 0711, de 25 de outubro de 1995, implementaram um reajuste, e não revisão geral de vencimentos, alcançando apenas as categorias de servidores expressamente indicadas pela administração no respectivo ato concessivo, não sendo possível falar em violação ao princípio da isonomia porque não se cuidou de uma revisão ge-

ral de vencimentos. 2. Aplicável ao caso o que enunciava a Súmula 339 do STF, atualmente convertida em Súmula Vinculante nº 37, porém sem alteração de sua redação, afirmando não caber ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia. 3. Embargos de declaração acolhidos com efeitos infringentes para anular o acórdão recorrido.” (2016.03456552-92, 163.634, Rel. NADIA NARA COBRAMEDA, Órgão Julgador 3ª CÂMARA CÍVEL ISOLADA, Julgado em 2016-08-25, Publicado em 2016-08-29)

“APELAÇÕES CÍVEIS. ADMINISTRATIVO. SERVIDORES PÚBLICOS. DIFERENÇA ENTRE REVISÃO GERAL DE VENCIMENTOS E REAJUSTE. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. INDEFERIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL. JUSTIÇA GRATUITA. CONDENAÇÃO AO ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA. POSSIBILIDADE. 1. No caso sob análise e em relação a temática de fundo as Resoluções nº 0145 e nº 0146 do Conselho de Política de Cargos e Salários do Estado do Pará, homologadas pelo Chefe do Poder Executivo Estadual por intermédio do Decreto nº 0711, de 25 de outubro de 1995, implementaram um reajuste, e não revisão geral de vencimentos, alcançando apenas as categorias de servidores expressamente indicadas pela administração no respectivo ato concessivo, não sendo possível falar em violação ao princípio da isonomia porque não se cuidou de uma revisão geral de vencimentos. 2. Aplicável ao caso o que enunciava a Súmula 339 do STF, atualmente convertida em Súmula Vinculante nº 37, porém sem alteração de sua redação, afirmando não caber ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia. 3. A parte que litiga sob o pálio da justiça gratuita está sujeita ao ônus da sucumbência, cuja condenação fica sob condição suspensiva de exigibilidade. 4. Recurso interposto pelos autores conhecido e improvido; recurso interposto pelo IGEPREV conhecido e parcialmente provido, para condenar os apelados em custas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa, condenação esta que fica sob condição suspensiva de exigibilidade tal qual previa o art. 12 da Lei nº 1.060/50, revogado pelo art. 98, §§ 2º e 3º do NCPC. (2016.04146144-35, 166.182, Rel. LUZIA NADJA GUIMARAES NASCIMENTO, Órgão Julgador 5ª CAMARA CIVEL ISOLADA, Julgado em 2016-10-13, Publicado em 2016-10-14).”

“EMENTA: APELAÇÃO CIVIL E REEXAME NECESSÁRIO. AÇÃO ORDINÁRIA REVISIONAL DE PROVENTOS DE APOSENTADORIA COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA

PARA INCORPORAÇÃO E PAGAMENTO DO PERCENTUAL DE 22,45%. PREJUDICIAL DE MÉRITO RECHAÇADA. PRELIMINAR DE NULIDADE DE SENTENÇA RECHAÇADA. MATÉRIA DE DIREITO. REAJUSTE CONCEDIDO AOS SERVIDORES PÚBLICOS MILITARES. PRETENSÃO DE EXTENSÃO AOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS. INVOCAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. REAJUSTE GERAL PREVISTO NO ART. 37, X DA CF. NÃO VIOLAÇÃO. APLICAÇÃO DA SÚMULA 339 DO STF E DA SÚMULA VINCULANTE 37 DO STF. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO PROVIDO. Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia. Aplicação da Súmula Vinculante nº 37 do STF. RECURSO

PROVIDO SENTENÇA MODIFICADA EM REEXAME

NECESSÁRIO.” (2016.03561628-17, 165.158, Rel. MARIA FILOMENA DE ALMEIDA BUARQUE, Órgão Julgador 3ª CÂMARA CÍVEL ISOLADA, Julgado em 2016-09-01, Publicado em 2016-09-27)

Quanto ao deferimento do pedido do Sindicato réu de inclusão sobre os vencimentos ou proventos dos substituídos do abono conferido aos servidores das polícias civil e militar, e corpo de bombeiro militar, em atividade, pelo Decreto nº 2.219, a partir de julho de 1997, verifica-se de igual modo ofensa ao artigo 37, X, da CF/88, vez que tal vantagem não corresponde a uma revisão geral de vencimentos a ensejar sua extensão aos servidores civis do Estado.

Patente, assim, a violação a literal disposição de lei, mais precisamente ao disposto no artigo 37, X, da CF/88, ensejando a desconstituição do julgado, nos termos do artigo 485, V, do CPC/1973 atual artigo 966, V do CPC/2015.

Diante do exposto, admitindo a presente rescisória, **julgo procedente o pleito rescindendo** para desconstituir todos os termos do v. acórdão nº 93.484, condenando ainda o réu ao pagamento de honorários sucumbenciais fixados em 10% sobre o valor atualizado da presente causa, com fundamento no artigo 85, § 2º do CPC/2015, bem como das custas processuais.

Em juízo rescisório, reapreciando o reexame necessário, **DOU PROVIMENTO** ao reexame, para reformar a r. sentença e julgar improcedente o pedido de pagamento do reajuste no percentual integral de 22,45% (vinte e dois vírgula quarenta e cinco por cento) formulado pelo Sindicato dos Servidores Públicos Estaduais no Município de Belém – SISPEMB/PA, por não se verificar a ocorrência de uma revisão geral de vencimentos, não vislumbrando razões fáticas e jurídicas para estender sob alegação de quebra de isonomia, o reajuste setorial concedido pela administração por meio do Decreto nº 0711/1995 a outras categorias de servidores civis, bem como do abono concedido aos servidores das polícias civil e militar e corpo de bombeiro militar, em atividade pelo Decreto nº 2.219/97. Por conseguinte, inverte os ônus sucumbenciais e condeno o Sindicato autor ao pagamento de honorários advocatícios no importe de 15% sobre o valor da causa da ação principal atualizado.

Registre-se por oportuno, que a decisão exarada nos presentes autos alcança todas e quaisquer execuções e obrigações judiciais fundadas no título judicial desconstituído no julgamento da presente rescisória, haja vista a inexigibilidade decorrente da desconstituição do referido título e, por conseguinte, das obrigações dele decorrentes, sendo certo que os efeitos da ação rescisória são retrospectivos alcançando o decisum rescindido na sua origem.

É como voto.

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AMBIENTAL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LITISCONSÓRCIO PASSIVO. INOCORRÊNCIA. NULIDADE PROCESSUAL POR CERCEAMENTO DE DEFESA. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE É DEVER QUANDO PRESENTES OS REQUISITOS. MÉRITO PRESUNÇÃO DE VALIDADE DE LAUDO OFICIAL. PROVAS SUFICIENTES NOS AUTOS. DESPEJO DE RESÍDUOS SÓLIDOS EM LIXÃO. INTERVENIÊNCIA DO JUDICIÁRIO EM POLÍTICAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE. PREPONDERÂNCIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL SOBRE A RESERVA DO POSSÍVEL NA EFETIVAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DEFINIDAS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. APELO CONHECIDO E IMPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA NO REEXAME NECESSÁRIO.

1. Não cabe litisconsórcio com outros entes federativos quando o dano ambiental é causado tão somente pelo Apelante. Ausência dos requisitos dos arts. 46 e 47, do CPC/73. Preliminar de ineficácia da sentença indeferida.
2. É dever do juiz julgar antecipadamente a lide quando presentes os ditames legais para tanto. Quando a questão é unicamente de direito, comprovada com documentos públicos não impugnados, e prescinde de provas orais o julgamento precipitado não caracteriza cerceamento de defesa e nem se confunde com decisão surpresa. Preliminar de cerceamento de defesa indeferida.
3. Mérito. Lixão a céu aberto mantido pelo poder público municipal se encontra contrário ao mandamento constitucional do poder-dever de manter um meio ambiente sadio, qualificado e equilibrado.
4. Não viola a separação de poderes a intervenção do Judiciário no sentido de obrigar o Executivo a implementar políticas públicas constitucionalmente previstas e que são a concretização de direitos fundamentais, como o direito à vida, à saúde, ao saneamento básico, que levarão à possibilidade de desfrutar de meio ambiente qualificado e equilibrado, revelando clara afronta ao princípio constitucional do direito de todos ao meio ambiente sadio. Precedentes do STF, STJ e TJPA.
5. Em tais circunstâncias a reserva do possível não prepondera sobre o mínimo existencial.
6. Apelação conhecida e improvida. Reexame necessário conhecido de ofício. Sentença mantida.

ACÓRDÃO

Vistos, etc.

Acordam os Excelentíssimos Senhores Desembargadores componentes da 2ª Turma de Direito Público, por unanimidade de votos, conhecer da remessa necessária de ofício e em conhecer da apelação e negar-lhe provimento, mantida a sentença, nos termos do voto do Desembargador Relator.

Sessão do Plenário Virtual do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, realizada de 22 a 29 de

abril de 2019. Julgamento presidido pela Excelentíssima

Desa. Luzia Nadja Guimarães Nascimento.
Belém (PA), 29 de abril de 2019.

Desembargador LUIZ GONZAGA DA COSTA NETO
Relator

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade recursal, conheço do apelo.

Havendo preliminares arguidas, analisarei cada uma de per si.

A primeira preliminar apresentada refere-se à ineficácia da sentença por conta de ausência de citação de litisconsortes passivos necessários (Estado do Pará e União Federal).

Com a devida vênia, o pleito preliminar não tem qualquer possibilidade de deferimento. Aliás, além de não possuir amparo legal porquanto o ato danoso ao meio ambiente é responsabilidade única e exclusiva do Apelante, tratando-se, ainda, de tema de interesse local, o Recorrente não logrou êxito em demonstrar o liame que importaria o chamamento ao feito de outros dois entes da Federação (União Federal e Estado do Pará) para a composição da lide e responsabilização por um dano causado - direta, única e exclusivamente, pelo Recorrente.

Não há, no caso, a mais remota possibilidade de comunhão de direitos e obrigações relativas a esta lide que possa fazer com que litiguem no mesmo polo passivo que o Apelante, a União e o Estado do Pará, tal como determinado pelo art. 46, do CPC/73.

A interpretação dada pelo Recorrente ao instituto do litisconsórcio é absolutamente equivocada e não guarda correlação com a legislação processual regente então da matéria (CPC/73, arts. 46 e incisos, e 47, atuais 113 e incisos, e 114, do CPC/15).

Em suma, inexistindo os requisitos legais que autorizam a formação de litisconsorte passivo necessário, notadamente qualquer liame obrigacional ou de direitos relativo à lide, que imponha uma decisão que deva ser uniforme a terceiros que não praticaram qualquer ilícito ambiental e que, por tal motivo, não compõem e jamais comporão a lide, indefiro a preliminar.

A segunda preliminar versa sobre o julgamento antecipado da lide que teria cerceado a defesa do Apelante.

Também não merece prosperar tal assertiva.

Com efeito, a questão de mérito era unicamente de direito e prescindia da produção de provas orais em audiência.

A par disto, anexado à exordial veio documento público que, em momento algum, teve a sua validade impugnada pelo Apelante, a par de que há presunção de legitimidade, legalidade e veracidade de que gozam todos os documentos públicos, em sede processual, e, conforme o disposto no art. 364, do CPC/73 (atual art. 405, do CPC/15), eles (documentos públicos) fazem prova não só da sua formação, mas também dos fatos que o escrivão, o tabelião, ou o funcionário decla-

rar que ocorreram em sua presença.

Portanto, a fé pública de tais documentos só cessa quando declarada, judicialmente, as suas falsidades (art. 387, do CPC/73, atual art. 427, caput, do CPC/15) e isto sequer foi requerido pelo Apelante, daí porque são afastadas as suas vazias alegações sobre eventual invalidade dos documentos públicos que instruem a peça de começo.

É com base em tal documento público que se lastreou a sentença apelada que julgou antecipadamente a lide.

Não bastasse isto, na audiência de conciliação (fls. 150), admitindo a culpa, o Apelante pede prazo para a apresentação de projeto de construção de aterro sanitário no prazo de 90 dias.

Ademais, em sede agravo de instrumento (Agravo de Instrumento nº 2010.3.022787-6) interposto contra a decisão concessiva da liminar, o relator, Des. Constantino Guerreiro, sobre o pedido de nulidade do laudo, assim se manifestou (fls. 134/137):

“Além disso, o Agravante não trouxe qualquer prova capaz de afastar as conclusões do exame pericial apresentado, o mesmo ocorrendo quanto à alegada falta de recursos orçamentários para o cumprimento da decisão ora guerreada, em que também não foi apresentado qualquer documento que comprove tal fato.

Ou seja, o Agravante defende que o laudo pericial deva ser declarado nulo, mas sequer traz documentos que apontem indícios de inexistência do dano ambiental constatado, bem como alega indisponibilidade orçamentária para cumprir o decisum, mas não apresenta qualquer documento que corrobore a sua tese, impedindo uma real análise da controvérsia por parte deste julgador.”

Fique claro que se trata de feito que se analisa sobre a égide do CPC/73, razão porque o STJ decidia que “*constante dos autos elementos de prova documental suficientes para formar o convencimento do julgador, incorre cerceamento de defesa se julgada antecipadamente a controvérsia (STJ-4ª T, Ag 14.952-AgRg, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, DJU 03.02.92)*”. Lembremo-nos, também, que sempre foi firme a jurisprudência do STJ no sentido de que “*presentes as condições que ensejam o julgamento antecipado da lide, é dever do juiz, e não mera faculdade, assim proceder (STJ-4ª T, REsp 2.832, rel. Min. Sálvio de Figueiredo)*.”

Esclareça-se que o julgamento antecipado da lide continua existindo na processualística pátria (art. 355, do CPC/15) e, obviamente, o instituto não se confunde com as vedações dos arts. 9º e 10, do mesmo diploma que proíbem a chamada decisão surpresa e os institutos têm fundamentação jurídica distintas.

Assim, pelas razões expostas, indefiro a preliminar de cerceamento de defesa por julgamento antecipado da lide.

Meritoriamente, ainda que tenha sido hercúleo o trabalho dos procuradores do Apelante, em se tratando de questão que envolve direito fundamental à saúde e ao meio ambiente sadio e equilibrado, não há como se considerar plausíveis as teses postas no apelo.

Indubitavelmente estamos tratando da efetivação de direito fundamental de todos nós a

um meio ambiente sadio, fato que permite a manifestação do Judiciário, sem que se caracterize qualquer violação ao postulado da separação de poderes.

Em outras palavras, nada obstante a autonomia municipal e o princípio da Separação dos Poderes, que aqui não estão violados, cabe, sim, ao Poder Judiciário, excepcionalmente, determinar que o Poder Público adote medidas para a efetivação dos direitos fundamentais e sociais constitucionalmente tutelados, em especial o direito ao meio ambiente sadio, sem caracterizar ingerência do Judiciário no Poder Executivo e consequente violação ao princípio da Separação de Poderes.

Neste sentido, aliás, é firme a jurisprudência do STF no sentido de que pode haver a intervenção do Judiciário toda vez que isto implique na efetivação de políticas públicas garantidoras dos direitos fundamentais previstos na Carta da República. Especificamente sobre a questão de lixo:

“Agravamento regimental em recurso extraordinário. 2. Aterro sanitário localizado na divisa dos municípios de Cubatão e Santos, no Estado de São Paulo. Danos ambientais causados em razão de irregularidades de aterro sanitário. Revisão de fatos e provas. Óbice da Súmula 279 do STF. 3. Alegação de violação ao princípio da separação dos poderes. Improcedência. O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes. Precedentes. 4. Agravamento regimental a que se nega provimento.

(RE 577996 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 01/04/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-080 DIVULG 28-04-2014 PUBLIC 29-04-2014)”

Quer dizer, diversamente do alegado pelo Apelante, e todos os que militam nesta seara sabem, ao Judiciário é dado o poder de sindicatizar atos administrativos que tratem de efetivação de políticas públicas que garantam a efetividade e concretização dos direitos fundamentais previstos na Carta Magna. Neste sentido:

“Agravamento regimental em recurso extraordinário. 2. Ação civil pública. Meio ambiente. 3. Ausência de prequestionamento (súmulas 282 e 356). 4. O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes. Precedentes desta Corte. 5. Agravamento regimental a que se nega provimento.” (RE-AgR 563.144, rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe 16.4.2013)”

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ABRIGOS PARA MORADORES DE RUA. REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 279 DO STF.

OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. INEXISTÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

Incabível o recurso extraordinário quando as alegações de violação a dispositivos constitucionais exigem o reexame de fatos e provas (Súmula 279/STF). Esta Corte já firmou entendimento no sentido de que não ofende o princípio da separação de poderes a determinação, pelo Poder Judiciário, em situações excepcionais, de realização de políticas públicas indispensáveis para a garantia de relevantes direitos constitucionais. Precedentes. Agravamento regimental desprovido.”

(RE-AgR 634.643, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJe 13.8.2012)

“Agravamento regimental no recurso extraordinário. Constitucional. Ação civil pública. Defesa do meio ambiente. Implementação de políticas públicas. Possibilidade. Violação do princípio da separação dos poderes. Não ocorrência. Precedentes.

1. Esta Corte já firmou a orientação de que é dever do Poder Público e da sociedade a defesa de um meio ambiente ecologicamente equilibrado para a presente e as futuras gerações, sendo esse um direito transindividual garantido pela Constituição Federal, a qual comete ao Ministério Público a sua proteção. 2. O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes. 3. Agravamento regimental não provido”. (REAgR 417408, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe 26.4.2012)

Aliás, ao justificar a sua tese com a explanação da chamada reserva do possível, o próprio Apelante, contraditoriamente, considera a saúde e a limpeza pública (e disto que aqui se trata) como um dos fatores que exigem um serviço de qualidade, continuado. Eis o que ele diz às fls. 207:

“Não se pode deixar de garantir a continuidade na prestação do serviço de educação, SAÚDE, LIMPEZA PÚBLICA e tantos outros previstos no orçamento para atender a r. decisão recorrida, já que a arrecadação do Município não é suficiente para tanto, e, como se sabe, não é recomendável se ignorar os problemas de receita por que passa o país e especialmente os municípios, a pretexto de com isto dar continuidade à defesa da realização dos direitos fundamentais de forma plena e irrestrita, pois as condições futuras advindas dessa satisfação poderão acarretar a impossibilidade total de atendimento aos mesmos direitos fundamentais.”

Até onde vai o compromisso da Prefeitura Municipal de Rio Maria com o bem estar dos munícipes. Não sabe o gestor que a instalação de um aterro sanitário dentro da regulamentação

exigida é melhor, em todos os sentidos, para a saúde pública, para a limpeza pública, inclusive com menos gastos para a saúde eis que os lixões a céu aberto, com alto poder de poluição, são focos de doenças que se espalham a toda a população? Não sabe o gestor municipal que um lixão a céu aberto, poluindo mananciais de onde a população consome a água que bebe, é vetor de doenças variadas que encherão os hospitais públicos com sempre crescente demanda?

A tutela da implementação de direitos fundamentais afasta a aplicação da reserva do possível, notadamente quando se trata de uma alegativa visando afastar o poder-dever de proteção do meio ambiente sadio como é de direito de todos os cidadãos do Apelante. E aqui (implementação de políticas públicas determinadas pela Constituição Federal) não há margem para a discricionariedade do administrador público porque, em matéria de meio ambiente, há de prevalecer, sempre, o direito à vida, à saúde, ao meio ambiente sadio como dever do poder público em qualquer esfera.

Cumpra advertir, desse modo, na linha de expressivo magistério doutrinário (OTÁVIO HENRIQUE MARTINS PORT, 'Os Direitos Sociais e Econômicos e a Discricionariedade da Administração Pública', p. 105/110, item n. 6, e p. 209/211, itens ns. 17-21, 2005, RCS Editora Ltda.), que:

“a cláusula da ‘reserva do possível’ - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade”.

Em tais casos, aliás, o mínimo existencial, por exemplo, tende a preponderar sobre a reserva do possível. Neste sentido, o STJ segue a orientação do STF:

“ADMINISTRATIVO. PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. REDE DE ESGOTO. VIOLAÇÃO AO ART. 45 DA LEI N. 11.445/2007. OCORRÊNCIA. DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO. RESERVA DO POSSÍVEL. MÍNIMO EXISTENCIAL.

1. Cuida-se de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul objetivando o cumprimento de obrigação de fazer consistente na instalação de rede de tratamento de esgoto, mediante prévio projeto técnico, e de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente e à saúde pública.

2. Caso em que o Poder Executivo local manifestou anteriormente o escopo de regularizar o sistema de encanamento da cidade. A câmara municipal, entretanto, rejeitou a proposta.

3. O juízo de primeiro grau, cujo entendimento foi confirmado pelo Tribunal de origem, deu parcial procedência à ação civil pública - limitando a condenação

à canalização em poucos pontos da cidade e limpeza dos esgotos a céu aberto. A medida é insuficiente e paliativa, poluindo o meio ambiente.

4. O recorrente defende que é necessária elaboração de projeto técnico de encanamento de esgotos que abarque outras áreas carentes da cidade.

5. O acórdão recorrido deu interpretação equivocada ao art.

45 da Lei n. 11.445/2007. No caso descrito, não pode haver discricionariedade do Poder Público na implementação das obras de saneamento básico. A não observância de tal política pública fere aos princípios da dignidade da pessoa humana, da saúde e do meio ambiente equilibrado.

6. Mera alegação de ausência de previsão orçamentária não afasta a obrigação de garantir o mínimo existencial. O município não provou a inexecutabilidade dos pedidos da ação civil pública.

7. Utilizando-se da técnica hermenêutica da ponderação de valores, nota-se que, no caso em comento, a tutela do mínimo existencial prevalece sobre a reserva do possível. Só não prevaleceria, ressalta-se, no caso de o ente público provar a absoluta inexecutabilidade do direito social pleiteado por insuficiência de caixa - o que não se verifica nos autos.

Recurso especial provido.

(Resp 1366331/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/12/2014, DJe 19/12/2014)“ ADMINISTRATIVO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS - POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS - DIREITO À SAÚDE - FORNECIMENTO DE EQUIPAMENTOS A HOSPITAL UNIVERSITÁRIO - MANIFESTA NECESSIDADE - OBRIGAÇÃO DO ESTADO - AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES - NÃO-OPONIBILIDADE DA RESERVA DO POSSÍVEL AO MÍNIMO EXISTENCIAL.

1. Não comporta conhecimento a discussão a respeito da legitimidade do Ministério Público para figurar no pólo ativo da presente ação civil pública, em vista de que o Tribunal de origem decidiu a questão unicamente sob o prisma constitucional.

2. Não há como conhecer de recurso especial fundado em dissídio jurisprudencial ante a não-realização do devido cotejo analítico.

3. A partir da consolidação constitucional dos direitos sociais, a função estatal foi profundamente modificada, deixando de ser eminentemente legisladora em pró das liberdades públicas, para se tornar mais ativa com a missão de transformar a realidade social. Em decorrência, não só a administração pública recebeu a incumbência de criar e implementar políticas públicas necessárias à satisfação dos fins constitucionalmente delineados, como também, o Poder Judiciário teve sua margem de atuação ampliada, como forma de fiscalizar e velar pelo fiel cumprimento dos objetivos constitucionais.

4. Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, ori-

ginalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais. Com efeito, a correta interpretação do referido princípio, em matéria de políticas públicas, deve ser a de utilizá-lo apenas para limitar a atuação do judiciário quando a administração pública atua dentro dos limites concedidos pela lei. Em casos excepcionais, quando a administração extrapola os limites da competência que lhe fora atribuída e age sem razão, ou fugindo da finalidade a qual estava vinculada, autorizado se encontra o Poder Judiciário a corrigir tal distorção restaurando a ordem jurídica violada.

5. O indivíduo não pode exigir do estado prestações supérfluas, pois isto escaparia do limite do razoável, não sendo exigível que a sociedade arque com esse ônus. Eis a correta compreensão do princípio da reserva do possível, tal como foi formulado pela jurisprudência germânica. Por outro lado, qualquer pleito que vise a fomentar uma existência minimamente decente não pode ser encarado como sem motivos, pois garantir a dignidade humana é um dos objetivos principais do Estado Democrático de Direito. Por este motivo, o princípio da reserva do possível não pode ser oposto ao princípio do mínimo existencial.

6. Assegurar um mínimo de dignidade humana por meio de serviços públicos essenciais, dentre os quais a educação e a saúde, é escopo da República Federativa do Brasil que não pode ser condicionado à conveniência política do administrador público. A omissão injustificada da administração em efetivar as políticas públicas constitucionalmente definidas e essenciais para a promoção da dignidade humana não deve ser assistida passivamente pelo Poder Judiciário.

Recurso especial parcialmente conhecido e improvido. (REsp 1041197/MS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/08/2009, DJe 16/09/2009)”

A matéria já foi objeto de análise no TJPA. Eis as decisões:

“REEXAME DE SENTENÇA. DIREITO AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EXISTÊNCIA DE DOIS DEPÓSITOS DE LIXOS CLANDESTINOS A CÉU ABERTO NO MUNICÍPIO. DEMANDA OBJETIVANDO QUE O ENTE FEDERATIVO DÊ DESTINAÇÃO ADEQUADA PARA OS RESÍDUOS SÓLIDOS PRODUZIDOS NA LOCALIDADE JULGADA PROCEDENTE. DECISÃO DE ACORDO COM O PRINCÍPIO AMBIENTAL DA INTERVENÇÃO ESTATAL OBRIGATÓRIA E DO DIREITO DIFUSO AO MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO. REEXAME CONHECIDO E SENTENÇA MANTIDA. I O meio ambiente equilibrado foi alçado pela Constituição Federal à categoria de direito público indisponível, o que retirou da administração pública o seu mero dever de inação (não poluir), mas lhe impôs igualmente o dever de zelar pela proteção do meio ambiental. II No caso em

destaque, restou devidamente comprovado que o local no qual a municipalidade estava despejando os resíduos sólidos urbanos era inadequado e, além de provocar danos à população do aglomerado urbano próximo, ainda contaminava o lençol freático da região. Por conseguinte, como a decisão do julgador de primeiro grau foi no sentido de obstar tal ação estatal, não há reparos a serem feitos em seu pronunciamento. III Reexame conhecido e sentença mantida. (2014.04472842-30, Ac. 128.862, Rel. MARIA DO CEO MACIEL COUTINHO, Órgão Julgador 1ª CÂMARA CÍVEL ISOLADA, Julgado em 2014-01-27, Publicado em 2014-01-29)”

“APELAÇÃO CIVEL CONSTITUCIONAL E AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANOS AO MEIO AMBIENTE

COLETIVO. LIXO HOSPITALAR DESPEJADO EM VALA PUBLICA A CÉU ABERTO, NAS PROXIMIDADES DA ESTAÇÃO DE TRATAMENTO DE AGUA. NECESSIDADE DE CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA EM SUA COLETA, ALÉM DA OBRIGATORIEDADE DE CONSTRUÇÃO DE NOVA ESTAÇÃO DE TRATAMENTO DE AGUA. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA DE 1º GRAU. RECURSO CONHECIDO MAS DESPROVIDO À UNANIMIDADE.

(2017.00906551-44, Ac. 171.337, Rel. EZILDA PASTANA MUTRAN, Órgão Julgador 1ª TURMA DE DIREITO PÚBLICO, Julgado em 2017-03-06, Publicado em 2017-03-10)”

“REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO CÍVEL - ADMINISTRATIVO. AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA ? MUNICÍPIO DE ACARÁ. ARMAZENAMENTO DE RESÍDUOS SÓLIDOS URBANOS SEM A ADOÇÃO DE MEDIDAS NECESSÁRIAS E INDISPENSÁVEIS PARA EVITAR O DANO AMBIENTAL LIXO URBANO DESPEJADO A CÉU ABERTO E EM LOCAL INADEQUADO. AUSÊNCIA DE LICENCIAMENTO. DANO AMBIENTAL CARACTERIZADO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. OBRIGAÇÃO DE INDENIZAÇÃO E RECUPERAÇÃO DO MEIO AMBIENTE AFETADO. ASTREINTES FIXADAS EM VALOR PROPORCIONAL E ADEQUADO. IMPOSSIBILIDADE DE IMPOSIÇÃO DE MULTA COMINATÓRIA RECAINDO SOBRE A PESSOA DO GESTOR PÚBLICO. REMESSA NECESSÁRIA E RECURSO DE PELAÇÃO CONHECIDOS E PARCIALMENTE PROVIDOS, APENAS PARA QUE AS ASTREINTES RECAIAM SOBRE O ENTE MUNICIPAL. 1. A responsabilidade civil por dano ambiental é objetiva, como deflui da norma § 1º do artigo 14 da Lei nº 6.983/1981, que definiu a Política Nacional do Meio Ambiente. 2. As astreintes e os bloqueio das verbas públicas são plenamente cabíveis, na medida em que objetiva assegurar o cumprimento da decisão judicial e, conseqüentemente, resguardar o direito constitucionalmente assegurado de meio ambiente ecologicamente equilibrado, como in casu. 3. Deve ser excluída apenas a multa diária arbitrada em desfavor do Prefeito Municipal, uma vez que este não integra a lide, devendo ser imposta tão somente à pessoa

jurídica responsável pelo cumprimento da ordem, no caso o Município de Altamira do Acará/Pa.

(2018.01515166-78, Ac. 188.567, Rel. EZILDA PASTANA MUTRAN, Órgão Julgador 1ª TURMA DE DIREITO PÚBLICO, Julgado em 2018-04-16, Publicado em 2018-04-18)”

Não resta solução ao Apelante que não seja o cumprimento de todos os termos da sentença apelada que está em consonância com a legislação regente da matéria, com a jurisprudência das Cortes Superiores e do TJPA.

Ante o exposto, conheço do recurso de apelação e nego provimento para manter a sentença recorrida em todos os seus termos, por seus próprios fundamentos. De ofício, na forma do art. 475, I, § 1º, do CPC/73, aprecio a remessa necessária e mantenho a decisão apelada na sua integralidade.

É o voto.

Belém, 29 de abril de 2019.

DES. LUIZ GONZAGA DA COSTA NETO

Relator

JURISPRUDÊNCIAS CÍVEIS DE DIREITO PRIVADO

DES. JOSÉ ROBERTO PINHEIRO MAIA BEZERRA JÚNIOR

EMENTA

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. QUEDA DO ÔNIBUS. MORTE DA ESPOSA E MÃE DOS AUTORES. FATO DO SERVIÇO. PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO DA AÇÃO. PRAZO QUINQUENAL. ART. 27 DO CDC. REJEITADA. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA ANALISADA EM CONJUNTO COM O MÉRITO. DEMONSTRAÇÃO PELOS AUTORES DO ATO ILÍCITO, DO NEXO CAUSAL À EMPRESA DEMANDADA E DO DANO SOFRIDO. AUTORIA NÃO DESCONTITUÍDA PELA APELANTE. ART. 333, II DO CPC/73, VIGENTE À EPÓCA. REFORMA DE OFÍCIO DA SENTENÇA QUANTO À INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA PROLATADA EM SENTENÇA. AUSÊNCIA DE EFETIVO PREJUÍZO. DANOS COMPROVADOS. DANO MORAL FIXADO EM VALOR JUSTO E RAZOÁVEL. ABATIMENTO DO VALOR DO SEGURO OBRIGATÓRIO. REALIZAÇÃO EM PROCEDIMENTO PRÓPRIO. TERMO INICIAL DE INCIDÊNCIA DE CORREÇÃO MONETÁRIA. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL NESSE PARTICULAR. JUROS DE MORA FIXADOS A PARTIR DO EVENTO DANOSO. SÚMULA 54 DO STJ. DEDUÇÃO DE VALOR A TÍTULO DE IMPOSTO DE RENDA. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NA PARTE CONHECIDA, DESPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Componentes da 1ª Turma de Direito Privado deste Egrégio Tribunal de Justiça do Pará, à unanimidade, em CONHECER PARCIALMENTE do APELO, PORÉM, NEGAR-LHE PROVIMENTO, nos termos do voto do Relator.

Julgamento presidido pelo Exm Sr Des CONSTANTINO AUGUSTO GUERREIRO.
Belém (PA), 22 de abril de 2019.

JOSÉ ROBERTO PINHEIRO MAIA BEZERRA JÚNIOR

Desembargador Relator

VOTO

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço da Apelação Cível, em consonância com o Enunciado Administrativo nº 02, do C. STJ e com o Enunciado nº 01 deste E. TJPA.

Partindo dos fatos narrados acima, com amparo no conjunto probatório produzido nestes autos, passo a apreciar a preliminar de prescrição da ação suscitada pela Apelante, requerendo a extinção do processo com resolução do mérito.

Com efeito, destaco que a relação jurídica estabelecida entre as partes se caracteriza como de consumo e, nesse contexto, a ocorrência de acidente que cause danos aos usuários representa,

nos termos do artigo 14 do CDC, defeito na prestação de serviço.

Ao ser regida pelo Código de Defesa do Consumidor esta relação traz para si a incidência do prazo prescricional determinado por este diploma, pelo o que a pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou serviço prescreve em 05 (cinco) anos.

Nesse sentido, já entendeu o Superior Tribunal de Justiça:

DIREITO DO CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COMPENSAÇÃO DE DANOS MORAIS E ESTÉTICOS E REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS. ACIDENTE NO INTERIOR DE ÔNIBUS. TRANSPORTE PÚBLICO COLETIVO. FATO DO SERVIÇO. PRESCRIÇÃO. PRAZO QUINQUENAL. ART. 27 DO CDC.

1. Ação ajuizada em 16/05/2006. Recurso especial interposto em 04/01/2013 e atribuído a esta Relatora em 25/08/2016. Julgamento: Aplicação do CPC/73.

2. **O acidente ocorrido no interior de ônibus afeto ao transporte público coletivo, que venha a causar danos aos usuários, caracteriza defeito do serviço, nos termos do art. 14 do CDC, a atrair o prazo de prescrição quinquenal previsto no art. 27 do mesmo diploma legal.**

3. Hipótese em que não houve o implemento da prescrição, na medida em que o acidente ocorreu em 04/09/2002 e a ação indenizatória foi ajuizada pela usuária na data de 16/05/2006.

4. Recurso especial conhecido e não provido.

(STJ – REsp nº 1.461.535/MG. Terceira Turma. Min. Rel. Nancy Andrighi. Julgado em 20/02/2018) (grifo nosso).

Dado que o acidente aqui analisado ocorreu no dia 26/06/2007, conclui-se que os autores teriam até o dia 26/06/2012 para propor a ação e, como a presente ação foi ajuizada no dia 25/06/2012, entendo que não houve o implemento da prescrição.

Ressalta-se, ainda, que não merece prosperar o argumento de que até o prazo de 05 (cinco) anos foi ultrapassado já que a citação válida só ocorreu no dia 19/07/2012, isso porque, muito embora a citação válida interrompa a prescrição, o artigo 219, § 1º do CPC/73, vigente à época, estabelecia que esta interrupção retroage à data da propositura da ação.

Ademais, o STJ sedimentou entendimento, através da edição da súmula 106, de que a “*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*”.

Desta forma, rejeito a preliminar de prescrição da ação.

No que se refere a preliminar de ilegitimidade passiva, entendo que ela se confunde com o mérito do presente recurso, pelo o que passo a analisá-la como tal.

Argumenta o Apelante que os autores não trouxeram provas capazes a afirmar que a parte demandada era a proprietária do veículo que se envolveu no acidente de modo que não se desincumbiram do ônus que lhe foi atribuído pelo artigo 333 do CPC/1973, vigente à época.

Cumprido evidenciar, primeiramente, que o juízo ‘a quô deferiu a inversão do ônus da prova pleiteado pelos autores em sua inicial somente ao prolatar a sentença, entretanto, tal medida se

revela indevida, uma vez que a inversão do ônus da prova é regra de instrução, segundo o entendimento do STJ.

Muito embora a sentença apresente tal vício, entendo que sua nulidade não é medida que se impõe ao presente caso, haja vista que o processo foi devidamente instruído, possibilitando à empresa se defender por todos os meios de prova em direito admitido, não havendo, pois, efetivo prejuízo.

Dada a efetivação da inversão do ônus da prova somente quando da prolação da sentença, de ofício, reformo a sentença nesse particular.

Sendo assim, a distribuição do ônus da prova no presente caso se opera conforme os ditames do artigo 333 do CPC/73, vigente à época, pelo o que cabe ao autor demonstrar os fatos constitutivos de seu direito e ao réu os fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito do autor.

Por tal premissa, cumpria aos autores demonstrar a ocorrência do fato, o nexo de causalidade entre o fato e a empresa, assim como a existência de dano decorrente do fato.

A ocorrência do fato restou demonstrada pelas provas documentais carreadas nestes autos, principalmente pelo boletim de ocorrência de fl.44, assim como pelo depoimento das testemunhas, às fls. 147/147-v, que presenciaram o acidente: Rosilaine Michelly Lopes Cordovil e Margarida Cristina do Amaral Godinho.

O nexo de causalidade apto a imputar a autoria do fato à empresa, ora Apelante, também é demonstrada nestes autos no depoimento das testemunhas que confirmam que o acidente envolveu um ônibus Pedreira-Lomas. Ora, em que pese não haver afirmação ao nome da empresa, é público e notório que a linha Pedreira-Lomas pertence a empresa demandada, além disso os depoimentos de seus inspetores de tráfico no inquérito policial (fls. 63 e 68) não negam tal assertiva.

Do depoimento do inspetor Elias Gomes e Silva (fl. 63), constata-se que o filho da vítima havia lhe procurado para receber informações sobre o veículo envolvido no acidente e que essas informações apenas não foram prestadas em razão do rapaz não saber a placa do ônibus, mas em momento alguma afirmou que a empresa não operava a referida linha.

Por fim, o efetivo dano do serviço é demonstrado pelo laudo médico (fl. 32) e pela certidão de óbito (fl. 34).

Em sede de defesa, cumpria à Apelante demonstrar fatos que desconstituísse os fatos narrados e provados pelos autores, como por exemplo, indicar que a linha Pedreira-Lomas também era operada por outras empresas, o que não foi verificado nestes autos.

A empresa demandada limitou-se a afirmar que não existe nos autos provas que indiquem sua autoria no acidente, assim como, alegou que do livro de ocorrência da empresa não consta nenhum acidente, o que não é suficiente para afastar sua responsabilidade, visto que tal prova é produzida unilateralmente.

Desta forma, entendo que a empresa não se desincumbiu do ônus probatório que lhe foi conferido, não desconstituindo, portanto, os fatos trazidos pelo autor, nos termos do art. 333, II do CPC/73, vigente à época.

No que se refere a possibilidade de culpa exclusiva da vítima que por descuido teria tropeçado e caído, ato que foi acentuado em virtude da vítima ser acometida de doença que limitava a sua locomoção, entendo que tal assertiva também não encontra provas nestes autos.

Além disso, restou evidente nestes autos que o acidente não decorreu de descuido da vítima, haja vista que, de acordo com a testemunha Rosilaine, “a vítima estava descendo do ônibus quando viu o ônibus arrancar” (fl.147), pelo o que se conclui pela responsabilidade da empresa.

De fato, no ordenamento jurídico predomina a presunção de inocência na esfera penal, quanto a responsabilidade do motorista do veículo, entretanto, uma vez provado na esfera cível o ato ilícito, o dano e o nexo de causalidade à empresa demandada, resta evidente a responsabilidade civil objetiva da Apelante pela morte da vítima. Desta forma, a indenização por danos materiais é medida que se impõe, de modo que a aplicação do artigo 948 do Código Civil não pode ser afastada como pretendeu o recorrente.

Ressalta-se que, no que se refere a obrigação de indenizar, preleciona o art. 927 do Código Civil:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. **Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei**, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. (grifo nosso).

No presente caso, em razão da empresa demandada ser uma prestadora de serviço pública sua responsabilidade impescinde de culpa, nos termos do art. 37, § 6º da Constituição Federal. E, corroborando esse raciocínio, já entendeu o Superior Tribunal de Justiça quando do julgamento do REsp nº 1.330.027/SP:

“(…) E diante dessas considerações, quanto à ré, **concessionária de serviço público, é de se aplicar, em um primeiro momento, as regras da responsabilidade objetiva da pessoa prestadora de serviços públicos, independentemente da demonstração da ocorrência de culpa**. Isso porque a recorrida está inserta na “Teoria do Risco”, pela qual se reconhece a obrigação daquele que causar danos a outrem, em razão dos perigos inerentes a sua atividade ou profissão, de reparar o prejuízo. Assim, se é desempenhada determinada atividade de risco e, sobretudo, colhem-se lucros desta, **deve a empresa de igual modo responder pelos danos que eventualmente ocasione a terceiros, independentemente da comprovação de dolo ou culpa em sua conduta** (…). (STJ. REsp nº 1.330.027/SP. Terceira Turma. Min. Rel. Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgamento em 06/11/2012. DJe 09/11/2012) (grifo nosso).

De igual modo conclui-se acerca da indenização por danos morais. Muito embora o Apelante entenda que os autores não produziram qualquer prova quanto a existência de danos dessa natureza, certo é que no caso de óbito, a reparação dos danos morais sofridos pelos parentes próximos da vítima é devida.

Isso porque, o padecimento experimentado por força da falta do ente, no caso da cônjuge

e genitora, constituiu afronta ilegítima à esfera psíquica alheia, exigindo, pois, reparação. Nesse sentido:

APELAÇÃO – INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – ACIDENTE DE TRÂNSITO – **MORTE DO ESPOSO E PAI DOS AUTORES**, PASSAGEIRO DE VEÍCULO INTERMEDIÁRIO PARADO EM FILA DE VEÍCULOS, EM AUTO-ESTRADA - **CULPA EXCLUSIVA DO REQUERIDO CONDUTOR DO VEÍCULO QUE NÃO OBSERVOU A FILA E BATEU NA TRASEIRA DAQUELE QUE TRANSPORTAVA A VITIMA E QUE ESTAVA PARADO POR CAUSA DA FILA - CULPA NÃO DESCONSTITUÍDA – DANOS COMPROVADOS - DANO MORAL FIXADO EM VALOR RAZOÁVEL – APELAÇÃO DESPROVIDA - SENTENÇA MANTIDA (…)**

(TJ-MT - APL: 00011490420128110010 92392/2014, Relator: DES. GUIOMAR TEODORO BORGES, Data de Julgamento: 05/11/2014, SEXTA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 11/11/2014) (grifo nosso).

No que se refere ao quantum indenizatório arbitrado pela sentença no total de R\$ 312.400,00 (trezentos e doze mil e quatrocentos reais), entendo que o pedido do Apelante não merece prosperar. Veja-se:

No ordenamento pátrio, não há norma geral para o arbitramento de indenização por dano extrapatrimonial, mas o artigo 953, parágrafo único, do CC estabelece que, no caso de ofensas contra a honra, não sendo possível provar o prejuízo material, confere-se ao juiz fixar, equitativamente, o valor da indenização na conformidade das circunstâncias do caso.

Desta forma, analisando as circunstâncias do presente caso, verifica-se que o ato ilícito causou a morte de uma mulher de apenas 48 (quarenta e oito) anos, de forma súbita e inesperada, deixando em vida, além do marido, três filhos que, embora maiores de idade, ainda residiam com os pais quando da ocorrência do acidente.

Ressalta-se que o montante da indenização será repartido entre os quatro autores (marido e filhos da vítima), pelo o que o valor individual da indenização deve ser suficiente a reparar o sofrimento vivido por cada um deles. A esse respeito:

CIVIL. RECURSO ESPECIAL. **ACIDENTE DE TRÂNSITO. VÍTIMA FATAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO PROPRIETÁRIO DO VEÍCULO**. AÇÃO PROPOSTA POR FILHO E PAIS DA VÍTIMA. REPARAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. CABIMENTO. COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. MAJORAÇÃO.

(…)

7. **A jurisprudência do STJ indica que as hipóteses de morte, em especial de filho, em decorrência de acidente de automóvel, vêm sendo compensadas com o valor de até 500 salários mínimos para cada familiar afetado**. Precedentes.

8. **Diante das peculiaridades do caso, razoável a majoração da compensação por danos morais para fixar a quantia de 300 salários mínimos a cada um dos recorrentes**.

9. A análise da existência do dissídio é inviável, quando não realizado o cotejo analítico ou demonstrada a similitude fática entre os acórdãos, nos termos dos arts. 541, parágrafo único, do CPC e 255, §§ 1º e 2º, do RISTJ.

10. Recurso especial do réu conhecido em parte e, nesta parte, não provido.

11. Recurso especial dos autores conhecido em parte e, nesta parte, provido. (STJ – REsp n° 1.044.527/MG. Terceira Turma. Min. Nancy Andrighi. Julgamento em 27/09/2011. DJe 01/03/2012) (grifo nosso).

Com base nisso, entendo que o valor estabelecido se mostra justo e razoável, não merecendo reparo.

Quanto ao abatimento do valor da condenação a indenização prestada pelo seguro obrigatório de acidente de veículo, entendo que a análise desse pedido constituiria julgamento *ultra petita*, dado que não foi objeto da petição inicial da ação, sendo inserida nos autos apenas em sede de contestação como simples argumento de defesa.

Além disso, questões referentes ao Seguro Obrigatório de Acidente de Veículo devem ser examinadas em procedimento próprio com instrução própria do que não se tem notícia nestes autos, bem como ressalta-se que não é possível determinar a condenação da seguradora se ela nem integra os presentes autos, razões pelas qual indefiro tal pedido.

Pugna o Apelante pela reforma da sentença para que a correção monetária e os juros incidam a partir da fixação da condenação, conforme entendimento sumular.

Nesse ponto a sentença assim definiu (fl. 178): “(...) incidirão correção monetária com base no INPC/IBGE desde a data do arbitramento (súmula 362 STJ) e juros a partir do evento danoso (súmula 54/STJ) (...)”.

Veja-se, portanto, que o juízo ‘a quô já definiu que a correção monetária passa a incidir desde a data do arbitramento, nos exatos termos do pedido do Apelante, razão pela qual não conheço do recurso quanto ao termo inicial da correção monetária, face a ausência de interesse recursal.

No que se refere aos juros de mora, o Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimento por meio da Súmula 54, que o termo inicial de incidência dos juros moratórios é a data do evento danoso, afastando, assim, o pedido do Apelante.

Por fim, no que diz respeito ao valor a ser deduzido no Imposto de Renda, evidencia-se que não é possível a tributação das indenizações por dano moral e material, tendo em vista que não se trata de acréscimo patrimonial, mas sim de verba destinada a reparar ou o dano causado.

Nesse sentido, tem-se o Recurso Repetitivo (tema 370) do STJ:

PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. INCIDÊNCIA DO IMPOSTO DE RENDA. IMPOSSIBILIDADE. CARÁTER INDENIZATÓRIO DA VERBA RECEBIDA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

(...)

Não incide imposto de renda sobre o valor da indenização pago a terceiro. Essa

ausência de incidência não depende da natureza do dano a ser reparado. Qualquer espécie de dano (material, moral puro ou impuro, por ato legal ou ilegal) indenizado, o valor concretizado como ressarcimento está livre da incidência de imposto de renda. A prática do dano em si não é fato gerador do imposto de renda por não ser renda. O pagamento da indenização também não é renda, não sendo, portanto, fato gerador desse imposto.

(...)

Configurado esse panorama, tenho que aplicar o princípio de que a base de cálculo do imposto de renda (ou de qualquer outro imposto) só pode ser fixada por via de lei oriunda do poder competente. É o comando do art. 127, IV, do CTN. **Se a lei não insere a “indenização”, qualquer que seja o seu tipo, como renda tributável, incorrendo, portanto, fato gerador e base de cálculo, não pode o fisco exigir imposto sobre essa situação fática (...)** (STJ – Resp n° 1152764/CE. Primeira Seção. Min. Rel. Luiz Fux. Julgamento em 23/06/2010. DJe 01/07/2010) (grifo nosso).

Ante o exposto, de ofício, reformo a sentença quanto a inversão do ônus da prova, CONHEÇO PARCIALMENTE E, NA PARTE CONHECIDA, NEGO PROVIMENTO à Apelação Cível, mantendo a sentença guerreada em seus termos, conforme fundamentação supra.

É como voto.

DESA. MARIA DO CÉO MACIEL COUTINHO

EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO CÍVEL. LIDES INDIVIDUAIS MULTITUDINÁRIAS. PRELIMINAR DE NULIDADE POR FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. REJEITADA. MOTIVAÇÃO EXTENSA E SUFICIENTE. MÉRITO: ALEGAÇÃO DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE E ERRO DE FATO. INOCORRÊNCIA. INOVAÇÃO EM SEDE RECURSAL. AUSÊNCIA DE QUAISQUER DOS VÍCIOS DO ART. 1.022 DO NCPC. TESE DE OFENSA À CR/88 POR AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO ESPECÍFICA. INEXISTÊNCIA. MERO INCONFORMISMO EM RELAÇÃO AO CONTEÚDO DECISÓRIO. CLARO INTUITO DE REDISCUSSÃO DA MATÉRIA. IMPOSSIBILIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO MERAMENTE PROTETATÓRIOS. MULTA. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. UNÂNIME.

1. Os embargos de declaração só se prestam a sanar obscuridade, omissão ou contradição porventura existentes no acórdão, não servindo à rediscussão da matéria já julgada no recurso.

2. A omissão que autoriza a interposição dos aclaratórios é a falta de enfrentamento de tese imprescindível ao deslinde da controvérsia, e não a sua apreciação em desacordo com o entendimento defendido por uma das partes.

3. É anômalo o uso de embargos declaratórios com a finalidade de provocar rejuízo da causa com vistas a alinhar o novo pronunciamento aos interesses da parte embargante.

4. Não estão preenchidos, portanto, os lindes do art. 1.022 do NCPC e, de mais a mais, se a solução dada ao litígio não foi a melhor do ponto de vista da parte embargante, não é na via dos embargos de declaração, sem a demonstração de quaisquer de suas causas, que poderá modificar o que foi decidido.

5. Prequestionamento que não prescinde do preenchimento dos lindes traçados no art. 1.022 do NCPC (Lei nº 13.105/15).

6. In casu, ante a inexistência de omissão no v. acórdão, aplicando-se à parte embargante multa de 1% (um por cento) sobre o valor da causa, em favor da parte embargada, nos termos do 1.026, § 2º do CPC/15, por serem os embargos de declaração meramente protetatórios.

7. Embargos de declaração rejeitados, inclusive para fins de prequestionamento.

Vistos etc.

Acordam os Excelentíssimos Senhores Desembargadores componentes da 1ª Turma de Direito Privado, por unanimidade, em conhecer do recurso de embargos de declaração, negando-lhes provimento, nos termos do voto da Desembargadora Relatora.

Sala das Sessões do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, aos vinte e sete dias do mês de maio de 2019.

Julgamento presidido pelo (a) Excelentíssimo (a) Senhor (a) Desembargador (a) CONSTANTINO AUGUSTO GUERREIRO.

Belém, 27 de maio de 2019.

Desa. MARIA DO CÉO MACIEL COUTINHO
Relatora

VOTO

Atendidos os pressupostos de admissibilidade, conhecimento do recurso e passo à sua análise de mérito.

Trata-se de embargos declaratórios opostos contra acórdão que conheceu e negou provimento ao recurso de Agravo Interno interposto contra decisão monocrática que negou seguimento ao recurso de Apelação Cível, por violação ao princípio da dialeticidade.

NEGO PROVIMENTO AO RECURSO.

É inescandível o intuito de rediscussão da matéria já decidida, o que é incabível na via estreita dos aclaratórios.

DO CABIMENTO:

Os embargos de declaração estão disciplinados a partir do art. 1.022 e ss. do NCPC, o qual leciona que caberão os aclaratórios para sanar omissão, contradição ou obscuridade – além de corrigir erro material (art. 1.022, III).

Há obscuridade quando a redação da decisão não é suficientemente clara, dificultando sua compreensão ou interpretação; ocorre contradição se o julgado apresenta proposições inconciliáveis, tornando incerto o provimento jurisdicional; e, por fim, há omissão nos casos em que determinada questão ou ponto controvertido deveria ser apreciado pelo órgão julgador mas não o foi. Por sua vez, há “erro material” quando existe, p. ex., mero equívoco em cálculo aritmético, número de artigo ou súmula para fins de citação, erro de digitação, troca ou omissão de nomes ou palavras, sem que a interpretação, pelo contexto geral, reste prejudicada.

Mesmo na hipótese de prequestionamento, não se afasta a exigência de tais pressupostos. Vejamos:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. AUDITOR FISCAL DA RECEITA ESTADUAL. CANDIDATO PORTADOR DE DEFICIÊNCIA AUDITIVA UNILATERAL. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA. IMPOSSIBILIDADE. PREGUNTOAMENTO. VEDAÇÃO.

I - Ausente omissão acerca do art. 7º, III, § 3º da Lei nº 12.016/2009, bem como dos requisitos para pretensão liminar, em especial diante da regra constante Decreto Estadual nº 44.300/2006, em

face da alegada prova da deficiência anunciada, legitimadora da exceção constitucional e legal.
II - As hipóteses de cabimento dos embargos de declaração previstas no artigo 535 do Código de Processo Civil, não autorizam a via para fins de rediscussão da matéria e prequestionamento das disposições normativas alegadamente violadas. Embargos de declaração desacolhidos. (Embargos de Declaração Nº 70062303847, Segundo Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eduardo Delgado, Julgado em 14/11/2014) [grifei]

O recurso não se presta, assim, para inovação ou instar a reapreciação de matéria com enfrentamento destacado de dispositivos legais ou de argumentos que não sejam capazes de infirmar a conclusão, se o julgamento for claro, integral e congruente ao resolver a lide ou o incidente suscitado. Ademais, não é próprio ao prévio questionamento com vista a recurso aos órgãos superiores. O seu oferecimento com o propósito de impedir a preclusão do questionamento somente se justifica quando evidenciada omissão do acórdão - o que se afasta quando os argumentos recursais se esvaem subsumidos nos fundamentos do julgado.

Pois bem.

De início, ressalto que a omissão que autoriza a interposição dos aclaratórios é a falta de enfrentamento de tese imprescindível ao deslinde da controvérsia, e não a sua apreciação em desacordo com o entendimento defendido por uma das partes ou a falta de apreciação daquelas prescindíveis.

E nem mesmo o CPC/15 alterou esse entendimento, conforme se depreende do art. 1.022, p. único, II c/c art. 489, § 1º, IV do NCPC.

Art. 1.022. Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para:

(..)

Parágrafo único. Considera-se omissa a decisão que:

I – OMISSIS

II – incorra em qualquer das condutas descritas no art. 489, § 1º.

Art. 489. OMISSIS

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

(..)

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; (grifo nosso)

Nesse sentido:

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PREVIDÊNCIA PRIVADA. AÇÃO RESCISÓRIA. ALEGAÇÃO DE OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA. DESACOLHIMENTO. Trata-se de embargos de declaração opostos pela parte autora em face do acórdão em que restou julgada improcedente a ação rescisória. O acolhimento dos embargos declaratórios só encontra respaldo nos pressupostos insculpidos no art. 1.022 do NCPC. In casu, embora alegando omissão em relação à natureza indenizatória do auxílio cesta alimentação, bem como no tocante aos artigos 3º, parágrafo único da LC 108/01, arts. 3º e 6º da Lei 6.321/76, arts. 7º, inc. XXXVI e 202, §2º da CF, almeja a parte embargante, visivelmente, o reexame da matéria debatida e decidida no acórdão, providência descabida em embargos de declaração. Os dispositivos legais que interessavam ao deslinde da controvérsia foram mencionados e interpretados no acórdão embargado, ainda que implicitamente, ficando afastados todos os demais tidos como aptos a obter pronunciamento jurisdicional diverso do que foi declinado. Inexistência de quaisquer das hipóteses autorizadoras da espécie recursal. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DESACOLHIDOS. (Embargos de Declaração Nº 70069733665, Terceiro Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sylvio José Costa da Silva Tavares, Julgado em 01/07/2016) grifou-se

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE SUSTAÇÃO E NULIDADE DE PROTESTO C/C DANOS MORAIS. OMISSÃO. CONTRADIÇÃO. PREQUESTIONAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. O acolhimento dos embargos declaratórios pressupõe a presença de pelo menos um dos pressupostos elencados no artigo 1.022 do CPC. Decisão fundamentada, mas contrária aos interesses da embargante, que não apresenta os vícios de omissão e contradição apontados. Pretensão de rediscussão da matéria que não encontra amparo na estreita via dos embargos de declaração. Prequestionamento. Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de préquestionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados. Art. 1025 do NCPC. DESACOLHERAM OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. UNÂNIME. (Embargos de Declaração Nº 70069308690, Décima Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nelson José Gonzaga, Julgado em 30/06/2016)

Dito de outro modo: há omissão nos casos em que determinada questão ou ponto controvertido imprescindível deveria ser apreciado pelo órgão julgador mas não o foi. Seguindo essa linha, não há omissão quando uma tese, embora analisada, tenha discrepado do entendimento da parte que a tenha sustentado.

Relativamente à contradição, esta somente ocorre entre partes do acórdão, em especial ementa, fundamentação e dispositivo, o que inócorre no caso dos autos.

Nesse sentido:

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. APELAÇÕES CÍVEIS. CONCURSO PÚBLICO. EDITAL Nº 01/2005-SE. MAGISTÉRIO ESTADUAL. PROFESSOR. DIREITO À NOMEAÇÃO. I. A contradi-

ção que autoriza a oposição de embargos de declaração somente ocorre entre partes do acórdão, em especial ementa, fundamentação e dispositivo. A questão relativa ao decaimento das partes deve ser resolvida na via recursal própria, não em embargos de declaração. 2. Relativamente à compensação de honorários houve omissão do aresto, pois, havendo modificação no resultado, embora sem alteração na sucumbência, deve ser autorizada a compensação dos honorários advocatícios, a teor do verbete nº 306 da súmula de jurisprudência do STJ, considerando a sucumbência recíproca. ACOLHERAM PARCIALMENTE OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. (Embargos de Declaração Nº 70064442098, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Matilde Chabar Maia, Julgado em 28/05/2015)

EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - CONTRADIÇÃO - INEXISTÊNCIA - CONTRADIÇÃO QUE AUTORIZA O CABIMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO É INTERNA, ENTRE A FUNDAMENTAÇÃO E O DISPOSITIVO - MERA IRRESIGNAÇÃO DA PARTE - INEXISTÊNCIA DE QUALQUER DAS HIPÓTESES DO ART. 535 DO CPC - EMBARGOS REJEITADOS. (TJ-PR - EXSUSP: 824071701 PR 824071-7/01 (Acórdão), Relator: Denise Kruger Pereira, Data de Julgamento: 16/07/2013, 7ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 1173)

Por sua vez, só se caracteriza obscuridade quando a redação da decisão não é suficientemente clara, dificultando sua compreensão ou interpretação.

Por fim, tratando-se de recurso de fundamentação vinculada, não há falar em “erro de fato” enquanto hipótese de cabimento dos aclaratórios, porquanto a lei processual só prevê o erro material (CPC, art. 1.022, III).

Não padece o acórdão do “erro de fato” apontado, tampouco dos vícios (omissão, contradição, obscuridade) elencados pelo art. 1.022 do NCPC, cuja presença é necessária para autorizar a oposição de aclaratórios.

DA PRELIMINAR DE NULIDADE DO ACÓRDÃO POR FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO:

A parte embargante suscita preliminar de nulidade da decisão colegiada por falta de fundamentação (CR, art. 93, IX), sob a alegação de que o decisum não teria enfrentado todos os argumentos deduzidos, além de se limitar a invocar precedente sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta aquelas fundamentos (CPC, art. 489, § 1º, IV e V).

Tal preliminar não é novidade, eis que também fora arguida quando da interposição do agravo interno julgado pelo acórdão ora embargado.

Em suas caudalosas razões recursais – as quais precisaram ser resumidas ao final da peça pro-

cessual –, a parte embargante insiste em rediscutir a matéria já julgada, repisando novamente todas as teses afastadas quando da prolação do acórdão.

Olvida-se, quiçá, que é possível ser pontual e específico sem ser prolixo.

Com efeito, é pacífico o entendimento de que a decisão sucinta, mas suficiente, não importa ausência de fundamentação, mormente se a motivação emerge das circunstâncias descritas nos autos, não havendo possibilidade de se confundir ausência de fundamentação com fundamentação diversa daquela almejada pela parte.

Nesse sentido:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DO CONSUMIDOR. ILEGITIMIDADE PASSIVA. CADEIA DE FORNECEDORES. BANCO E INSTITUIÇÃO ADMINISTRADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. FATO DO SERVIÇO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. OPE LEGIS. EXCLUDENTES DE INEXISTÊNCIA DE DEFEITO E CULPA EXCLUSIVA DO CONSUMIDOR OU TERCEIRO. NÃO CARACTERIZADAS. VALOR DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. REDUÇÃO. RAZOABILIDADE. RECURSOS CONHECIDOS E PARCIALMENTE PROVIDOS. 1. Ambos os apelantes integraram diretamente a cadeia de fornecimento do serviço, conforme as regras extraídas dos artigos 3º e 7º, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor, razão pela qual incabível a tese de ilegitimidade passiva; 2. A sentença não violou o princípio da fundamentação das decisões judiciais, porque o juízo de primeiro grau elencou de forma lógica e concatenada as circunstâncias fáticas que envolveram a demanda, formando explicitamente seu juízo de convicção; 3. Se tratando de demanda fundada em fato do serviço, isto é, responsabilidade civil dos fornecedores de serviços por defeitos de qualidade que culminaram prejuízos patrimoniais e morais ao autor, inverte-se o ônus probatório por decorrência legal direta (ope legis). Precedentes do STJ; 4. Nesse sentido, vê-se que os apelantes não apresentaram provas no sentido de que foi o autor o responsável por esta incorreção de código de barras. Tampouco existe provas de que o apelado digitou o código erradamente no terminal de autoatendimento. 5. O defeito na leitura óptica do código de barras não pode ser imputado ao consumidor; tal falha insere-se no espectro do dever de qualidade prestado pelos fornecedores, atraindo para estes a responsabilidade civil pelo fato do serviço; 6. Há necessidade de se adequar o quantum debeatur da demanda para fins de atender efetiva e eficazmente o direito do consumidor à reparação integral dos danos sofridos em razão de defeito na prestação de serviços; 7. Recursos de Apelação conhecidos e parcialmente providos. (2018.02363347-39, 192.140, Rel. CONSTANTINO AUGUSTO GUERREIRO, Órgão Julgador 1ª TURMA DE DIREITO PRIVADO, Julgado em 2018-06-11) GRIFOU-SE

Colaciona-se julgado elucidativo do STJ, em sede de recurso especial repetitivo:

PROCESSUAL CIVIL. NULIDADE DO ACÓRDÃO POR FALTA DE MOTIVAÇÃO. ARTS. 131, 165 E 458, II, DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. DEFICIÊNCIA NA

FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. TERMO A QUO DO PRAZO PARA EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. GARANTIA DO JUÍZO MEDIANTE PENHORA. JUNTADA DO MANDADO. RECURSO REPETITIVO. ART. 543-C DO CPC.

1. Não há nulidade no julgamento se a fundamentação, embora concisa, for suficiente para a solução da demanda.

2. Não se conhece de Recurso Especial em relação a ofensa ao art.

535 do CPC quando a parte não aponta, de forma clara, o vício em que teria incorrido o acórdão impugnado. Aplicação, por analogia, da Súmula 284/STF.

3. O termo inicial para a oposição dos Embargos à Execução Fiscal é a data da efetiva intimação da penhora, e não a da juntada aos autos do mandado cumprido.

4. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/2008 do STJ.

(REsp 1112416/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27/05/2009, DJe 09/09/2009)

Em todo caso, é importante ressaltar que o acórdão está longe de ser sucinto, tendo abordado (e rechaçado) pontualmente cada uma das teses erguidas.

Desse modo, a decisão ora embargada logrou externar racionalidade adequada e suficiente quanto às razões de seu convencimento, sendo que da mera leitura da decisão é perfeitamente possível extrair-se as razões de decidir, não havendo que se falar em violação ao dever constitucional de fundamentação (CR/88, art. 93, IX).

Assim, rejeito a preliminar supra.

DO MÉRITO:

Como visto no relatório, a parte embargante aponta um amálgama de vícios no acórdão, insistindo na tese sempre repisada de inexistência de ofensa ao princípio da dialeticidade.

Renova a tese violação aos princípios da cooperação, primazia da decisão de mérito, devido processo legal e acesso à justiça. Contudo, não logra relacionar tal argumento com as hipóteses de cabimento dos embargos de declaração, afinal, se todas foram enfrentadas – ainda que divergindo do posicionamento defendido – não há falar em omissão, contradição ou obscuridade.

Registre-se que o órgão julgador não está obrigado a apreciar um a um os inúmeros pedidos formulados, consoante jurisprudência pacífica do C. STJ no sentido da desnecessidade (EDcl no MS 21.315/DF, DJe 15/06/2016). É ver:

(...)

VI - Conforme entendimento pacífico desta Corte, o julgador não está obrigado a responder a

todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão. A prescrição trazida pelo art. 489 do CPC/2015 veio confirmar a jurisprudência já sedimentada pelo Superior Tribunal de Justiça, sendo dever do julgador apenas enfrentar as questões capazes de infirmar a conclusão adotada na decisão recorrida. (EDcl no MS n. 21.315/DF, Rel. Ministra Diva Malerbi (Desembargadora convocada TRF 3ª Região), Primeira Seção, julgado em 8/6/2016, DJe 15/6/2016.) (...) (AgInt no AREsp 913.080/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/12/2018, DJe 14/12/2018) GRIFO NOSSO

De qualquer modo, quanto à suposta análise equivocada quando do distinguishing entre o caso concreto e o julgado invocado a título de precedente (STJ, REsp repetitivo n.º 1.114.398/PR), embora os agravantes possam discordar do teor da decisão colegiada unânime, entendo que não se pode negar que a matéria foi enfrentada, conquanto contrariamente aos interesses da parte ora recorrente, de maneira que inexistente qualquer omissão.

Curioso notar, por oportuno, que a parte embargante alega suposta violação a princípios processuais previstos no CPC/15 (v.g. cooperação e primazia da decisão de mérito), cujos dispositivos legais nem sequer estavam em vigor quando da interposição do recurso de apelação, ao passo que busca incessantemente afastar a exigência do ônus da impugnação específica dos fundamentos da decisão (regularidade formal), os quais já estavam previstos no art. 514, II do CPC/73 (CPC/15, art. 1.010, II e III), apenas ratificados na previsão do art. 932, III do CPC/15.

Quanto à suposta obscuridade, o acórdão foi de clareza solar ao assentar que não se aplica o disposto no p. único do art. 932 do CPC/15 às hipóteses de recurso que não impugna especificamente os fundamentos da decisão recorrida, por violação ao princípio da dialeticidade.

Leciona DANIEL AMORIM ASSUMPÇÃO NEVES, ao comentar o p. único do art. 932 do CPC, in verbis:

“A disposição só tem aplicação quando o vício for sanável ou a irregularidade corrigível. Assim, por exemplo, tendo deixado o recorrente de impugnar especificamente as razões decisórias, não cabe regularização em razão do princípio da complementaridade, que estabelece a preclusão consumativa no ato de interposição do recurso. (...)” (DANIEL AMORIM ASSUMPÇÃO NEVES, in Novo Código de Processo Civil comentado artigo por artigo. Editora JusPodivm, 2016. Pág. 1518).

Portanto, não há falar em “jurisprudência defensiva” na espécie, senão de tentativa de inovação recursal indevida, especialmente quanto ao alegado efeito translativo.

Em realidade, o intuito inescandível é, pois, apenas o de rediscutir a matéria já enfrentada monocraticamente e pelo colegiado, o que é manifestamente incabível na via estreita nos aclaratórios.

Ao julgador incumbe fundamentar positivamente sua decisão (CF, art. 93, inc. IX), e não dizer do que não é o Direito. À Turma, assim, incumbe dizer por que razão decidiu como decidiu - e não justificar por que razão não decidiu de outra maneira. Nesse sentido, eis o entendimento já firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, in verbis:

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. INEXISTÊNCIA. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. PREQUESTIONAMENTO À MINGUA DA EXISTÊNCIA DE QUAISQUER DOS VÍCIOS ELENCADOS NO ART. 535 DO CPC. IMPOSSIBILIDADE. 1. Os embargos de declaração somente são cabíveis quando presente, ao menos, uma das hipóteses previstas no art. 535 do Código de Processo Civil. 2. O órgão julgador não está obrigado a se pronunciar acerca de todo e qualquer ponto suscitado pelas partes, mas apenas sobre os considerados suficientes para fundamentar sua decisão. 3. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça está consolidada no sentido de que os embargos declaratórios, mesmo quando opostos com o intuito de prequestionamento visando à interposição do apelo extraordinário, não podem ser acolhidos quando inexistirem os vícios previstos no art. 535 do Código de Processo Civil. 4. Embargos de declaração rejeitados. (EDcl no AgRg nos EREsp 897.842/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/10/2011, DJe 09/11/2011) (grifei)

Vasta é a jurisprudência quanto à impossibilidade de rediscussão da matéria em sede de Embargos Declaratórios:

EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. REDISSCUSSÃO DA MATÉRIA. PREQUESTIONAMENTO. SÃO INCABÍVEIS EMBARGOS DECLARATÓRIOS EM QUE SE PRETENDE REDISCUTIR MATÉRIA JÁ APRECIADA. INOCORRÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE OU CONTRADIÇÃO. A DÚVIDA E O PREQUESTIONAMENTO NÃO ESTÃO ENTRE AS HIPÓTESES DE CABIMENTO DO PRESENTE RECURSO (ART. 535 DO CPC), ... REJEITADOS AMBOS OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. (Embargos de Declaração Nº 70008895195, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Silveira Difini, Julgado em 30/06/2004).

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE QUAISQUER DOS VÍCIOS DO ART. 535 DO CPC. REDISSCUSSÃO DE QUESTÕES DE MÉRITO. IMPOSSIBILIDADE. PREQUESTIONAMENTO DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL. DESCABIMENTO. 1. Revelam-se improcedentes os embargos declaratórios em que as questões levantadas traduzem inconformismo com o teor da decisão embargada, pretendendo rediscutir matérias já decididas, sem demonstrar omissão, contradição ou obscuridade (art. 535 do CPC). 2. Incabíveis embargos de declaração se inexistente omissão relativa à matéria infraconstitucional, não sendo o STJ competente, em sede de recurso especial, para apreciar matéria constitucional, inclusive para fins de prequestionamento. 3. Embargos de declaração a que se nega provimento. EDcl no AgRg no RESP 545794/PE; EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2003/0071630-7. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI (1124) STJ - T1 - PRIMEIRA TURMA

17/05/2005, DJ 30.05.2005 p. 215.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ART. 535, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. AUSÊNCIA DE VÍCIOS. PRETENSÃO DE REDISCUSSÃO DA MATÉRIA. IMPOSSIBILIDADE.

I - Consoante o que prevê o art. 535, I, II, do Código de Processo Civil, o recurso de Embargos de Declaração é restrito às hipóteses de correção de omissão, obscuridade, ou contradição no acórdão embargado.

II - A pretensão de rejuízo da causa, na via estreita dos declaratários, mostra-se inadequada.

III - Embargos de Declaração rejeitados. (STJ. EDcl no AgRg no AREsp 12.248/DF, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, QUINTA TURMA, julgado em 03/04/2014, DJe 08/04/2014)

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PRESENÇA DOS VÍCIOS DO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. PRETENSÃO DE REJULGAMENTO DA CAUSA.

IMPOSSIBILIDADE. VIA INADEQUADA. PREQUESTIONAMENTO PARA ABERTURA DA INSTÂNCIA EXTRAORDINÁRIA. INVIABILIDADE. EMBARGOS REJEITADOS.

1. É anômalo o uso de embargos declaratários com a finalidade de provocar rejuízo da causa com vistas a alinhar o novo pronunciamento aos interesses da parte embargante.

2. “Os embargos de declaração só se prestam a sanar obscuridade, omissão ou contradição porventura existentes no acórdão, não servindo à rediscussão da matéria já julgada no recurso” (EDcl no AgRg no Ag 1.158.011/RS, Quarta Turma, Rel. Min. MARIA ISABEL GALLOTTI, DJe 1º/8/12).

3. Os embargos declaratários não são meio hábil para suprir eventual falta de prequestionamento com vistas à interposição de recurso extraordinário. Precedentes STJ.

4. Embargos de declaração rejeitados. (EDcl no AgRg nos EREsp 1195374/RJ, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/03/2014, DJe 19/03/2014)

Forte nesses fundamentos, ausente qualquer violação ao dever constitucional de fundamentação das decisões judiciais preconizado no art. 93, IX da CR/88.

A parte embargante, mais uma vez, recusa-se a acatar o resultado dos julgamentos anteriores no ponto, protraindo a prestação jurisdicional e objetivando reavivar a discussão de matéria já esgotada, acerca da qual nada mais há a acrescentar.

Por fim, entendo que o recurso procrastinatório prejudica não apenas quem aguarda a tutela jurisdicional, mas também a própria prestação da jurisdição.

Com essas considerações, diante do manifesto intuito protelatório do presente recurso, descorrinado pelo manejo indevido dos aclaratórios e pela renitência perniciosa, vislumbro a possibilidade de imposição de multa.

Ante o exposto, conheço do recurso, mas NEGO PROVIMENTO aos presentes embargos, inclusive para fins de prequestionamento, por não restarem caracterizados os vícios suscitados, aplicando ao embargante multa de 1% (um por cento) sobre o valor da causa, em favor da parte embargada, nos termos do artigo 1.026, § 2º do CPC/15, por serem os embargos de declaração meramente protelatórios.

Sinalo que a oposição de novos aclaratórios ensejará penalidade em percentual superior, nos moldes do § 3º do referido artigo da lei instrumental.

É como voto.

DES. CONSTANTINO AUGUSTO GUERREIRO

EMENTA: “CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. GRATIFICAÇÃO PORATIVIDADE NA ÁREA DE EDUCAÇÃO ESPECIAL. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTIGOS 132, XI E 246, AMBOS DA LEI ESTADUAL Nº 5.810/94 (REGIME JURÍDICO ÚNICO). DISPOSITIVOS JÁ DECLARADOS INCONSTITUCIONAIS PELO STF EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO APRECIADO EM SEDE DE REPERCUSSÃO GERAL - RE 745.811. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 31, XIX, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. MATÉRIA JÁ ANALISADA POR ESTA EGRÉGIA CORTE DE JUSTIÇA EM RAZÃO DO INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE SUSCITADO NA APELAÇÃO CÍVEL N. 2006.3.007413-2, MOMENTO EM QUE O TJPA ADUZIU QUE ‘De acordo com a sistemática jurídica adotada pelo nosso país, inexistente possibilidade de se declarar a inconstitucionalidade de normas constitucionais originárias. Portanto, deve ser declarado constitucional o artigo 31, XIX da Carta Suprema Estadual’ (TJ-PA. Incidente de Inconstitucionalidade n. 2006.3.007413-2, Relator: ELIANA RITA DAHER ABUFAIAD, Data de Julgamento: 13/02/2008). POSSIBILIDADE DE REANÁLISE DA MATÉRIA. DECISÃO QUE NÃO CONTRADIZ O DISPOSTO NO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 481 DO CPC, SEGUNDO O QUAL ‘os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão, DISPOSITIVO ESTE QUE FOI INTRODUIDO NO SISTEMA PROCESSUAL PELA LEI N. 9.756/1998, COM A FINALIDADE DE ABREVIAR A PRESTAÇÃO JURISDICCIONAL, MAS NÃO DE IMPEDIR QUE O TRIBUNAL POSSA REVER SEU POSICIONAMENTO SOBRE DETERMINADA MATÉRIA. ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 31, XIX, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. POSSIBILIDADE. COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL PLENO. DISPOSITIVO QUE DETERMINA AO ESTADO DO PARÁ O PAGAMENTO DE GRATIFICAÇÃO DE CINQUENTA POR CENTO DO VENCIMENTO PARA OS SERVIDORES EM ATIVIDADE NA ÁREA DA EDUCAÇÃO ESPECIAL. DISPOSIÇÃO SOBRE VANTAGENS QUE INTEGRAM OS VENCIMENTOS DE SERVIDORES PÚBLICOS ESTADUAIS. INFORMAÇÕES DO GOVERNADOR DO ESTADO DO PARÁ APONTANDO PELA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 31, INCISO XIX DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL POR OCASIONAR EVIDENTE ACRÉSCIMO DE DESPESAS, EM PROJETO DE INICIATIVA PRIVATIVA DO PODER EXECUTIVO, VIOLANDO OS ARTIGOS 2º, 61, II, ‘c’ e 63, I da CF/88. OCORRÊNCIA. ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DE QUE ‘são inconstitucionais dispositivos de Cartas estaduais, inclusive Emendas, que fixem vencimentos ou vantagens, concedam subvenção ou auxílio, ou que, de qualquer modo, aumentem a despesa pública, tendo em vista que é da competência do Chefe do Poder Executivo a iniciativa de lei sobre a matéria’ (ADI 270, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 31/03/2004, DJ 30-04-2004 PP- 00027 EMENT VOL-02149-01 PP-00020), CORROBORANDO ESTE ENTENDIMENTO DESTACAT SE

OUTRO PRECEDENTE DO EXCELSO PRETÓRIO SEGUNDO O QUAL 'Compete exclusivamente ao Chefe do Poder Executivo a iniciativa de leis, lato sensu, que cuidem do regime jurídico e da remuneração dos servidores públicos (CF artigo 61, § 1º, II, "a" e "c" c/c artigos 2º e 25)' (ADI 1353, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 20/03/2003, DJ 16-05-2003 PP-00089 EMENT VOL-02110-01 PP-00108). ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA PROCEDENTE, UMA VEZ QUE O DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL IMPUGNADO RECONHECE VANTAGENS PECUNIÁRIAS A SERVIDORES PÚBLICOS EM ATIVIDADE NA ÁREA DA EDUCAÇÃO ESPECIAL, SEM QUE PARA TANTO TENHA CONTADO COM A NECESSÁRIA INICIATIVA DO GOVERNADOR DO ESTADO, ACARRETANDO, AUMENTO DE DESPESA, VEDADO NA HIPÓTESE DO INCISO I, ART. 63 DA CF. MÉRITO. PRECEDENTES DESTA EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA QUE VINHAM CONCEDENDO A GRATIFICAÇÃO DE EDUCAÇÃO ESPECIAL REQUERIDA COM FUNDAMENTO NO INCISO XIX, ART. 31 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. QUESTÃO JÁ DIRIMIDA PELO TRIBUNAL PLENO, DEVENDO SER APLICADO AO CASO CONCRETO A CONCLUSÃO ALCANÇADA NA ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DO DISPOSITIVO ATACADO. DISPOSITIVO DECLARADO INCONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. SEGURANÇA DENEGADA NOS TERMOS DA FUNDAMENTAÇÃO, TORNANDO SEM EFEITO, A PARTIR DESTA DECISÃO, A LIMINAR CONCEDIDA ÀS FLS. 136/138, RESGUARDANDO OS VALORES JÁ RECEBIDOS PELOS IMPE-TRANTES A TÍTULO DE GRATIFICAÇÃO DE EDUCAÇÃO ESPECIAL, EM OBEDI-ÊNÇA AOS PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA E BOA-FÉ."

Pois bem, antes de iniciar a presente análise, entendo de suma importância destacar o papel do Professor que atua na área da Educação Especial. Isto porque, na educação especial, assim como na educação como um todo, a qualificação profissional é fundamental. A formação acadêmica é sim, de grande valia, porém teoria e prática profissional devem trilhar o mesmo caminho.

O trabalho realizado na educação especial é estritamente particularizado. O aluno com sua subjetividade, suas experiências, limitações e principalmente dificuldades na aprendizagem, as quais se diferenciam de pessoa para pessoa, precisa ser visto, entendido e trabalhado, de acordo com suas potencialidades individuais.

Cabe ao professor da educação especial enxergar além da dificuldade de seu aluno, para descobrir o melhor caminho a ser traçado. Muitas vezes esse caminho é composto de tentativas, falhas, frustrações, no entanto, precisa-se entender que sem realizar as experiências nas situações novas, suas habilidades jamais serão descobertas.

É desta visão e desta postura que o professor na área da Educação Especial deve fazer uso. Além do conhecimento teórico, acima de tudo precisa querer fazer, precisa estar apto a desenvolver, criar, imaginar alternativas, recursos e opções para que o seu aluno alcance o máximo (possível) da aprendizagem. É imprescindível vislumbrar em cada criança/aluno, com ou sem deficiência, uma possibilidade de crescimento, de realização pessoal e coletiva, de autonomia e

cidadania.

Após tecer alguns comentários sobre a importância que possui o profissional que trabalha na área da educação especial, passo a realizar a análise do pedido dos impetrantes, que reque-rem a concessão do *mandamus* para que seja determinado o **pagamento da gratificação de 50% (cinquenta por cento) do vencimento dos servidores em atividade na área da educação especial, em conformidade com o art. 31, inciso XIX da Constituição Estadual e dos artigos 132, XI e 246 da Lei n. 5.810/94 (RJU).**

Entretanto, antes de adentrar no mérito da questão, torna-se de suma importância realizar a análise da inconstitucionalidade do artigo 31, XIX da Constituição Estadual e dos artigos 132, XI e 246 da Lei n. 5.810/94, arguida pelo Governador do Estado do Pará, quando da apresentação das informações de fls. 173/191.

1. DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 31, INCISO XIX DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL ARGUIDA NAS INFORMAÇÕES PRESTADAS PELO GOVERNADOR DO ESTADO DO PARÁ;

Em suas informações (fls. 173/191) o Governador do Estado do Pará aduziu a inconstitucionalidade dos artigos 31, inciso XIX da Constituição Estadual e 132, inciso XI e 246 da Lei n. 5.810/94, que instituíram a Gratificação em Educação Especial no percentual de 50% (cinquenta por cento) do vencimento dos servidores que trabalham na área da educação especial.

Pois bem, acerca das alegações de inconstitucionalidade de dispositivos constitucionais e infraconstitucionais, **passo a realizar a sua devida análise:**

Destaco inicialmente que este Egrégio Tribunal de Justiça vinha reconhecendo o direito do servidor público em receber a gratificação de Educação Especial, enquanto estiver no exercício desta atividade, conforme disposto no art. 31, inciso XIX, da Constituição Estadual, assim como nos artigos 132, inciso XI e 246 do Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Cíveis da Administração Direta, das Autarquias e das Fundações Públicas do Estado do Pará – Lei nº 5.810/1994. Neste sentido, destaco jurisprudência desta Corte de Justiça:

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL GRATIFICAÇÃO DE EDUCAÇÃO ESPECIAL. PRELIMINARES: DE REVOGAÇÃO TÁCITA DA LEGISLAÇÃO ESTADUAL ACERCA DA GRATIFICAÇÃO DE EDUCAÇÃO ESPECIAL EM FACE DA LEGISLAÇÃO DE INTEGRAÇÃO DOS PORTADORES DE DEFICIÊNCIA NO ENSINO REGULAR (LEI Nº 9.394/1996) E A NECESSIDADE DE HABILITAÇÃO INERENTE A TODOS OS DOCENTES; DA NATUREZA DOS ARTIGOS 132 E 246, DA LEI Nº 5.810/94, QUE NÃO TÊM APLICABILIDADE IMEDIATA, COMO NORMA DE EFICÁCIA CONTIDA RESVALANDO PARA A IMPERATIVIDADE DE REGULAMENTAÇÃO DA REFERIDA LEI POR DECRETO IMPROCEDENTES PRELIMINARES REJEITADAS. PRELIMINAR DE INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTIGOS 132, XI E 246, DA LEI Nº 5.810/94 (RJU) INCIDENTE JULGADO IMPROCEDENTE PELO TRIBUNAL PLENO PERDA DO OBJETO PRELIMINAR PREJUDICADA DA PRE-

JUDICIAL DE MÉRITO DA DECADÊNCIA REJEITADA Direito líquido e certo reconhecido para que a impetrante, laborando na educação especial, receba a gratificação pretendida na forma da lei, sem incorporação ao vencimento em face da natureza propter laborem da vantagem. Segurança parcialmente concedida Unânime.

(TJPA. 2012.03359497-65, 105.148, Rel. LUZIA NADJA GUIMARAES NASCIMENTO, Órgão Julgador TRIBUNAL PLENO, Julgado em 2012-03-07, Publicado em 2012-03-09).

Entretanto, destaco que o Supremo Tribunal Federal entendeu que o posicionamento do Tribunal de Justiça do Estado do Pará destoava de sua jurisprudência, **que afirma não ser admissível emenda parlamentar em projeto de lei de iniciativa do chefe do poder executivo que, versando sobre a criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica, ou aumento de sua remuneração, acarrete o aumento de despesa.**

Desta forma, concluiu o STF que não se poderia admitir proposta de emenda que importe aumento de despesa prevista nos projetos de iniciativa exclusiva do Presidente da República, e por simetria, não seria constitucional a emenda que importe aumento de despesa prevista nos projetos de iniciativa exclusiva do Governador do Estado do Pará e por isso, **reconheceu a inconstitucionalidade formal dos artigos 132, XI e 246 da Lei n. 5.810/94.**

Corroborando este entendimento, transcrevo o precedente que dirimiu a presente controvérsia, *in verbis*:

Recurso extraordinário. **Repercussão geral da questão constitucional reconhecida. 2. Direito Administrativo. Servidor público. 3. Extensão, por meio de emenda parlamentar, de gratificação ou vantagem prevista pelo projeto do Chefe do Poder Executivo. Inconstitucionalidade. Vício formal. Reserva de iniciativa do Chefe do Poder Executivo para edição de normas que alterem o padrão remuneratório dos servidores públicos. Art. 61, § 1º, II, "a", da Constituição Federal. 4. Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Cíveis da Administração Direta, das Autarquias e das Fundações Públicas do Estado do Pará (Lei 5.810/1994). Artigos 132, inciso XI, e 246. Dispositivos resultantes de emenda parlamentar que estenderam gratificação, inicialmente prevista apenas para os professores, a todos os servidores que atuem na área de educação especial. Inconstitucionalidade formal. Artigos 2º e 63, I, da Constituição Federal. 5. Recurso extraordinário provido para declarar a inconstitucionalidade dos artigos 132, XI, e 246 da Lei 5.810/1994, do Estado do Pará. Reafirmação de jurisprudência.**

(RE 745811 RG, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 17/10/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-219 DIVULG 05-11-2013 PUBLIC 06-11-2013).

Pois bem, analisando o presente caso, bem como a jurisprudência desta Egrégia Corte de Justiça, destaco que o Estado do Pará chegou a ingressar com Recurso Especial e Recurso Extraordinário dos Acórdãos deste Egrégio Tribunal de Justiça que estavam concedendo a Gratificação

de Educação Especial, com fundamento nos artigos 132, Inciso XI e 246 da Lei n. 5.810/94 (Regime Jurídico Único dos Servidores Estaduais) e no art. 31, XIX da Constituição Estadual. Entretanto, no que tange aos Recursos Extraordinários, **destaco que os mesmos foram sobrestados até o julgamento do Recurso Paradigma transcrito em alhures.**

Desta forma, com o julgamento do RE 745.811 pelo Supremo Tribunal Federal, os Acórdãos que estavam fundamentados nestes dispositivos, foram remetidos aos Relatores originários pela Presidência desta Egrégia Corte de Justiça, com a comunicação no sentido de que o STF havia decidido sob a sistemática de Repercussão Geral pela inconstitucionalidade, por vício formal, dos artigos do RJU, conforme julgamento do recurso paradigma RE 745.811.

E da análise destes acórdãos, esta Egrégia Corte de Justiça, por meio dos Relatores dos referidos processos, entendeu pela existência de um distinguishing (elemento diferenciador) que permite a manutenção da decisão prolatada no caso, posto que a Suprema Corte teria se manifestado exclusivamente sobre os dispositivos do RJU, enquanto que as decisões do TRIBUNAL PLENO estão fundamentadas tanto na norma julgada inconstitucional, quanto na própria Constituição Estadual, **sendo este último dispositivo capaz, por si só, de manter a decisão atacada.**

Para um melhor entendimento da matéria até aqui discutida, transcrevo os seguintes precedentes deste Egrégio Tribunal de Justiça que dirimiram a presente questão:

MANDADO DE SEGURANÇA. GRATIFICAÇÃO PELO EXERCÍCIO DE ATIVIDADE NA ÁREA DE EDUCAÇÃO ESPECIAL. SEGURANÇA CONCEDIDA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO SOBRESTADO. DECISÃO POSTERIOR NO RECURSO PARADIGMÁTICO. DISTINGUISH. SEGURANÇA MANTIDA. 1. A situação posta nestes autos consiste em verificar, nos moldes do §3º do artigo 543-B do CPC, se a decisão deste Plenário, consubstanciada nos Acórdãos nsº 105.148 (concessão da segurança) e 110.998 (embargos de declaração), ficaram prejudicados pelo julgamento proferido pela Excelsa Corte no recurso paradigmático - RE 745811/PA. 2. Dois fundamentos foram utilizados para concessão da ordem de segurança, são eles: o disposto no artigo 31, XIX, da Constituição Estadual, e ainda os artigos 132, XI, e 246 do Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Cíveis da Administração Direta, das Autarquias e das Fundações Públicas do Estado do Pará (Lei nº 5.810/1994). 3. No julgamento do recurso paradigmático - RE 745.811 RG/PA, verificando a reserva de iniciativa do Chefe do Poder Executivo para edição de normas que alterem o padrão remuneratório dos servidores públicos - art. 61, § 1º, II, "a", da Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade formal dos artigos 132, XI e 246 da Lei nº 5.810/94 deste Ente Federativo, todavia, sem qualquer manifestação quanto ao outro fundamento utilizado para concessão da ordem de segurança - artigo 31, XIX, da Constituição do Estado do Pará. 4. O art. 31, XIX, da Constituição do Estado do Pará assegura aos servidores públicos civis, além de outros direitos, gratificação de 50% (cinquenta por cento) do vencimento para os servidores em atividade na área da educação especial, tratando-se de norma de eficácia imediata. 5. Nota-se, portanto, a presença de um elemento diferenciador (distinguish) que afasta a aplicação na espé-

cie do que fora decidido pelo Supremo Tribunal Federal no RE 745.811 RG /PA, suficiente para manutenção dos acórdãos deste Tribunal e, por conseguinte, para subsistência da ordem de segurança concedida outrora. 6. Os fatos expostos demonstram não ser o caso para retratação, pois não houve decisão do Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, no sentido de declarar a inconstitucionalidade formal ou material do art. 31, inciso XIX, da Constituição Estadual.

7. Segurança mantida a unanimidade. (TJPA. 2015.03277180-04, 150.575, Rel. LUZIA NADIA GUIMARAES NASCIMENTO, Órgão Julgador TRIBUNAL PLENO, Julgado em 2015-09-02, Publicado em 2015-09-03)

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. GRATIFICAÇÃO DE EDUCAÇÃO ESPECIAL. JULGAMENTO SOB A SISTEMÁTICA DO ARTIGO 543-B DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL EM FUNÇÃO DO RE 745.811/PA-RG. ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE O VOTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O PROFERIDO NO PRESENTE MANDADO DE SEGURANÇA. APRECIÇÃO DE DISTINGUISHING. ELEMENTO DIFERENCIADOR CONSTATADO. VOTO DO PRESENTE MANDAMUS BASEADO NOS ARTIGOS 132, XI E 246 DO REGIME JURÍDICO ÚNICO, BEM COMO NO ARTIGO 31, XIX DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO PARÁ. INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA APENAS SOBRE OS ARTIGOS 132, XI E 246 DO REGIME JURÍDICO ÚNICO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PRESUNÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 31, XIX DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL MANTIDA. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA DESTE TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ARTIGO 31, XIX DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO PARÁ COMO NORMA DE EFICÁCIA PLENA, APTA A SUSTENTAR, POR SI SÓ, A DECISÃO IMPUGNADA. EM FUNÇÃO DO DISCRÍMEN CONSTATADO A DECISÃO ATACADA SE MANTEVE HÍGIDA. DETERMINAÇÃO DE ENCAMINHAMENTO DOS AUTOS À PRESIDÊNCIA DESTE EGRÉGIO TRIBUNAL PARA ANÁLISE DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. POSTERIORMENTE, CASO RECONHECIDA A REPERCUSSÃO GERAL, REMESSA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DO FUNDAMENTO REMANESCENTE DO VOTO, SOB A SISTEMÁTICA DO ARTIGO 543-B DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. DECISÃO MANTIDA, À UNANIMIDADE.

(2015.03082460-30, 150.005, Rel. RICARDO FERREIRA NUNES, Órgão Julgador TRIBUNAL PLENO, Julgado em 2015-08-19, Publicado em 2015-08-24)

Destaco que em ambos os acórdãos, os Relatores aduziram que o art. 31, XIX da Constituição Estadual, já foi julgado constitucional por este Tribunal Pleno, em razão do incidente de inconstitucionalidade suscitado na Apelação Cível n. 2006.3.007413-2, de Relatoria da Des. Eliana Abufaiad, cuja ementa transcrevo a seguir:

EMENTA: DIREITO PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CIVEL. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 31, XIX DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL NÃO ACOLHIDA. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DE DECLARAÇÃO DE INCOMPATIBILIDADE ENTRE NORMAS CONSTITUCIONAIS ORIGINÁRIAS. ARGUMENTAÇÃO DE INCONSTITU-

CIONALIDADE DOS ARTIGOS 132, XI E 246 DA LEI 5.810/94 AFASTADA. ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA QUE SOMENTE EMENDOU O PROJETO COM O FULCRO DE EXPURGAR A INCONSTITUCIONALIDADE EXISTENTE NO PROJETO DE LEI DO EXECUTIVO. PEDIDO DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADO IMPROCEDENTE. DECISÃO UNÂNIME. I De acordo com a sistemática jurídica adotada pelo nosso país, inexistente possibilidade de se declarar a inconstitucionalidade de normas constitucionais originárias. Portanto, deve ser declarado constitucional o artigo 31, XIX da Carta Suprema Estadual; II Observando as razões expostas, percebe-se que a emenda promovida pela Assembleia Legislativa teve por escopo único o de corrigir a patente inconstitucionalidade do Projeto de Lei endereçado pelo Exmo. Governador do Estado. Logo inexistente qualquer inconstitucionalidade nos artigos 132, XI e 246 da Lei nº 5.810/94. III Outrossim, deve ser ressaltado que a Carta Magna Estadual já previa a gratificação a todos os servidores atuantes em educação especial. Logo, por consequência lógica, a emenda parlamentar não gerou aumento de despesas, mas apenas regulamentou um benefício pré-existente. IV Pedido de inconstitucionalidade conhecido e julgado improcedente. V Decisão unânime.

(TJ-PA. Incidente de Inconstitucionalidade n. 2006.3.007413-2, Relator: ELIANA RITA DAHER ABUFAIAD, Data de Julgamento: 13/02/2008).

Desta forma, os precedentes deste Tribunal supramencionados sustentam que ainda que o RE 745.811/PA tenha sido apto a desconstituir o fundamento legal do voto proferido no processo originário, o julgado do STF não se manifestou sobre o fundamento constitucional (art. 31, XIX, da Constituição Estadual), sendo este apto a manter hígida a presente decisão, qual seja, de conceder aos impetrantes a gratificação de 50% (cinquenta por cento) do vencimento destes, caso atuem em atividade na área da educação especial, em estrito respeito a Carta Estadual.

1.1. DA POSSIBILIDADE DE REANÁLISE DA MATÉRIA POR ESTE EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA – DA INCONSTITUCIONALIDADE DO INCISO XIX, DO ART. 31 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO PARÁ;

Pois bem, no presente caso, entendo de suma importância levar em consideração também o que foi decidido por esta Egrégia Corte de Justiça no Acórdão n. 150.005, de Relatoria do Des. Ricardo Ferreira Nunes, já transcrito em alhures, momento em que o nobre Relator aduziu que:

Deixo claro, também, que ainda que haja mudança posterior de entendimento deste Tribunal Pleno, e se decida pela inconstitucionalidade do art. 31, XIX da Constituição Estadual, este não é o momento para que tal deliberação ocorra.

Ressalto que – apesar de entender que o posicionamento não pode ser modificado no presente processo, e nos que foram julgados por este Tribunal Pleno – nada impede que esta Corte mude seu entendimento, julgando inconstitucional também o artigo 31, XIX da Constituição do Estado do Pará, mas desde que em demandas ainda não julgadas. Isto é imperioso ressaltar. Ainda que haja PRECEDENTES ANÁLOGOS no Supremo Tri-

bunal Federal que levariam à inconstitucionalidade do art. 31, XIX da Constituição deste Estado, não é possível que sejam aplicados agora, em sede de análise com base no artigo 543-B do Código de Processo Civil.

Em suma, para que fosse possível desconstituir o provimento jurisdicional desta corte no presente momento, seria curial haver decisão do Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, julgando a inconstitucionalidade especificamente do art. 31, XIX da Constituição Estadual deste ente federativo.

Este entendimento foi adotado por este Tribunal, naquele momento, pelo simples fato de o **Mandado de Segurança n. 2013.3.000425-5** já ter sido julgado pelo Tribunal Pleno do TJPA, motivo pelo qual o nobre Relator não poderia decidir diferentemente do que foi determinado pelo Supremo Tribunal Federal no **RE 745.811/PA**. **Entretanto, apesar deste entendimento ter sido acompanhado, em sua unanimidade, pelo Tribunal Pleno, em mais de um processo, conforme precedentes mencionados em alhures, destaco que após uma melhor análise sobre o tema, entendo pela plena possibilidade de rever a presente decisão em sede de re-análise do tema com base no artigo 543-B do Código de Processo Civil**, fundamentado tanto no aspecto doutrinário, quanto no jurisprudencial. No tocante ao aspecto doutrinário, destaco os ensinamentos de Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, que na obra Código de Processo Civil: comentado artigo por artigo, 5ª Edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, pag. 501, assim se manifestaram:

*Uma vez proferida decisão acerca da questão constitucional, por parte do Plenário ou do Órgão Especial, o órgão fracionário, e também o Plenário ou Órgão Especial, não podem admitir novo incidente de inconstitucionalidade acerca da questão constitucional já julgada. Neste caso, como é óbvio, não importa se o julgamento foi no sentido da inconstitucionalidade ou da constitucionalidade da norma. A mera alteração da composição do órgão certamente desautoriza o rejuízo da questão constitucional já definida. Da mesma forma, os fundamentos que foram, ou poderiam ser, levantados quando do julgamento não podem ser novamente discutidos. **O rejuízo é viável apenas quando se tem plena consciência de que a eternização do primitivo julgamento constitui eternização de um erro, seja porque os valores sociais e morais se alteraram, seja porque a evolução da sociedade e do direito mostraram que a decisão primitiva não mais deve prevalecer.***

Quanto ao aspecto jurisprudencial, destaco que o Supremo Tribunal Federal, ao realizar o julgamento do Recurso Extraordinário n. 628.573, de Relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, enfrentou os dispositivos do art. 31, inciso XIX, da Constituição Estadual e os artigos 132, inciso XI e 246 da Lei Estadual n. 5.810/94, aplicando o paradigma do RE 745.811, para dar provimento ao recurso e julgar improcedente o pedido formalizado na inicial, in verbis:

*Trata-se de recurso extraordinário interposto contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Pará, que, **em consonância com o disposto no art. 31, XIX, da Constituição Estadual, e nos arts. 132 XI, e 246 da Lei Estadual 5.810/94**, deferiu aos recorridos o direito à gratificação no percentual de 50% (cinquenta por cento) do vencimento, por atuarem na área da educação especial. No recurso extraordinário, interposto com base no art. 102, III, a, da Constituição Federal, alegou-se ofensa aos arts. 2º; 37, caput; 61, § 1º, II, a e c; 63, I; 208, caput, da mesma Carta. **A Procuradoria Geral da República manifesta-se pelo provimento do recurso.** A matéria passou pelo crivo do Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento do RE 745.811/PA (RG), Rel. Min. Gilmar Mendes. A ementa do acórdão está assim redigida: “Recurso extraordinário. Repercussão geral da questão constitucional reconhecida. 2. Direito Administrativo. Servidor Público. 3. Extensão, por meio de emenda parlamentar, de gratificação ou vantagem prevista pelo projeto do Chefe do Poder Executivo. Inconstitucionalidade. Vício formal. Reserva de iniciativa do Chefe do Poder Executivo para edição de normas que alterem o padrão remuneratório dos servidores públicos. Art. 61, § 1º, II, “a”, da Constituição Federal. 4. Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Civis da Administração Direta, das Autarquias e das Fundações Públicas do Estado do Pará (Lei 5.810/1994). Artigos 132, inciso XI, e 246. Dispositivos resultantes de emenda parlamentar que estenderam gratificação, inicialmente prevista apenas para os professores, a todos os servidores que atuem na área de educação especial. Inconstitucionalidade formal. Artigos 2º e 63, I, da Constituição Federal. 5. Recurso extraordinário provido para declarar a inconstitucionalidade dos artigos 132, XI, e 246 da Lei 5.810/1994, do Estado do Pará. Reafirmação de jurisprudência”. **Isso posto, tendo em conta os motivos determinantes do precedente acima transcrito, com base no art. 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, dou provimento ao recurso, para julgar improcedente o pedido formalizado na inicial.** Publique-se. Brasília, 27 de maio de 2014. Ministro Ricardo Lewandowski – Relator. **(RE 628573, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 27/05/2014, publicado em DJe-104 DIVULG 29/05/2014 PUBLIC 30/05/2014)***

Ou seja, deste julgado, depreende-se que o Ministro Ricardo Lewandowski utilizou os fundamentos utilizados para a declaração de inconstitucionalidade dos artigos 132, inciso XI e 246 da Lei Estadual n. 5.810/94, para aduzir também a inconstitucionalidade do art. 31, inciso XIX, da Constituição do Estado do Pará.

Entretanto no **PRESENTE CASO**, como ainda não existe nenhuma decisão de mérito nos autos do *mandamus* sobre a constitucionalidade do art. 31, inciso XIX, da Constituição Estadual, **existindo somente precedente do Tribunal Pleno apontando pela constitucionalidade do aludido dispositivo**, torna-se perfeitamente cabível a presente discussão neste momento processual. E da análise dos autos, entendo ser plenamente possível uma reanálise do tema, consubstanciado no próprio precedente deste Egrégio Tribunal de Justiça mencionado em alhures, que ventilou sobre a possibilidade de mudança de entendimento deste Tribunal Pleno da constitucionalidade do artigo 31, inciso XIX, da CE, em observância aos precedentes do Supremo Tribunal Federal. Isto ocorre pelo fato de que, o Incidente de Inconstitucionalidade que não aco-

lheu a inconstitucionalidade do art. 31, inciso XIX da Constituição Estadual, fundamentou-se na seguinte premissa: “De acordo com a sistemática jurídica adotada pelo nosso país, inexistência de se declarar a inconstitucionalidade de normas constitucionais originárias. Portanto, deve ser declarado constitucional o artigo 31, XIX da Carta Suprema Estadual” **(TJ-PA. Incidente de Inconstitucionalidade n. 2006.3.007413-2, Relator: ELIANA RITA DAHER ABUFAIAD, Data de Julgamento: 13/02/2008).**

Entretanto, para melhor analisar o tema e dirimir qualquer dúvida que possa pairar sobre o mesmo, transcrevo os ensinamentos doutrinários de Paulo Gustavo Gonet Branco, que sobre a temática – Poder Constituinte dos Estados-membros, assim se manifestou:

O poder constituinte originário, ao adotar a opção federalista, confere aos Estados-membros o poder de auto-organização das unidades federadas. Estas, assim, exercem um poder constituinte, que não se iguala, entretanto, ao poder constituinte originário, já que é criatura deste e se acha sujeito a limitações de conteúdo e forma. O poder constituinte do Estado-membro é, como o de revisão, derivado, por retirar sua força da Constituição Federal, e não de si próprio. A sua fonte de legitimidade é a Constituição Federal. No caso da Constituição Federal em vigor, a previsão do poder constituinte dos Estados acha-se no art. 25 (“os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição”) e no art. 11 do ADCT.

Sendo um poder derivado do poder constituinte originário, não se trata de um poder soberano, no sentido de poder dotado de capacidade de autorganização plena. O poder constituinte dos Estados membros é, isto sim, expressão de autonomia desses entes, estando submetidos a limitações, impostas heteronomamente, ao conteúdo das deliberações e à forma como serão tomadas.

O conflito entre a norma do poder constituinte do Estado-membro com alguma regra editada pelo poder constituinte originário resolve-se pela prevalência desta, em função da inconstitucionalidade daquela.

(MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional / Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, pag. 827).

O Supremo Tribunal Federal também já teve a oportunidade de se manifestar acerca dos limites ao Poder Constituinte Estadual, conforme se observa nas informações prestadas pelo Governador do Estado do Pará (**fls. 182 e 183**), momento em que se constata que o Pretório Excelso aduziu que **não cabe ao legislador constituinte estadual ingressar no trato de matérias reservadas ao Poder Executivo, invadindo sua competência privativa, in verbis:**

I. Poder Constituinte Estadual: autonomia (ADCT, art. 11): restrições jurisprudenciais inaplicáveis ao caso. 1. É da jurisprudência assente do Supremo Tribunal que afronta o princípio fundamental da separação a independência dos Poderes o trato em constituições estaduais de matéria, sem caráter essencialmente constitucional - assim, por exemplo, a relativa à fixação de vencimentos ou a concessão de vantagens específicas

a servidores públicos -, que caracterize fraude à iniciativa reservada ao Poder Executivo de leis ordinárias a respeito: precedentes. 2. A jurisprudência restritiva dos poderes da Assembléia Constituinte do Estado-membro não alcança matérias às quais, delas cuidando, a Constituição da República emprestou alçada constitucional. II - Anistia de infrações disciplinares de servidores estaduais: competência do Estado-membro respectivo. 1. Só quando se cuidar de anistia de crimes - que se caracteriza como abolição criminis de efeito temporário e só retroativo - a competência exclusiva da União se harmoniza com a competência federal privativa para legislar sobre Direito Penal; ao contrário, conferir à União - e somente a ela - o poder de anistiar infrações administrativas de servidores locais constituiria exceção radical e inexplicável ao dogma fundamental do princípio federativo - qual seja, a autonomia administrativa de Estados e Municípios - que não é de presumir, mas, ao contrário, reclamaria norma inequívoca da Constituição da República (precedente: Rp 696, 06.10.66, red. Baleiro). 2. Compreende-se na esfera de autonomia dos Estados a anistia (ou o cancelamento) de infrações disciplinares de seus respectivos servidores, podendo concedê-la a Assembléia Constituinte local, mormente quando circunscrita - a exemplo da concedida pela Constituição da República - às punições impostas no regime decaído por motivos políticos.

(STF - ADI:104 RO, Relator: SEPÚLVEDA PERTENCE, Data de Julgamento: 04/06/2007, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-087 DIVULG 23-08-2007 PUBLIC 24-08-2007 DJ 24-08-2007 PP-00022 EMENT VOL-02286-01 PP-00001)

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 35 DO ATO DAS DISPOSIÇÕES TRANSITÓRIAS DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE MINAS GERAIS. DESPESA PÚBLICA. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO. VÍCIO DE INICIATIVA. Esta Corte firmou entendimento de que são inconstitucionais dispositivos de Cartas estaduais, inclusive Emendas, que fixem vencimentos ou vantagens, concedam subvenção ou auxílio, ou que, de qualquer modo, aumentem a despesa pública, tendo em vista que é da competência do Chefe do Poder Executivo a iniciativa de lei sobre a matéria. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente.

(ADI 270, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 31/03/2004, DJ 30-04-2004 PP-00027 EMENT VOL-02149-01 PP-00020)

Este entendimento está fundamentado no fato de que: “o exercício do Poder Constituinte derivado decorrente foi concedido às Assembleias Legislativas, nos termos do art. 11, caput, do ADCT, que diz: ‘Cada Assembleia Legislativa, com poderes constituintes, elaborará a Constituição do Estado, no prazo de um ano, contado da promulgação da Constituição Federal, **obedecidos os princípios desta**’

(LENZA, PEDRO. Direito Constitucional esquematizado. 18ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014, pg. 222).

Portanto, uma vez constatado a possibilidade de discussão da constitucionalidade do art.

31, inciso XIX, da Constituição Estadual neste mandamus, posto que a Corte Máxima deste País posicionou, se desta forma, conforme precedentes supramencionados, bem como entendimento doutrinário, que contraria, inclusive, julgado deste Egrégio Tribunal de Justiça, **entendo que a presente matéria poderá ser reanalisada pelo Tribunal Pleno**, devendo-se obedecer, para tanto, o rito previsto nos artigos 480 a 482 do CPC.

Nesta seara, destaco o artigo 481 do CPC, segundo o qual “se a alegação for rejeitada, prosseguirá o julgamento; **se for acolhida, será lavrado o acórdão, a fim de ser submetida a questão ao Tribunal pleno**”, que realizará então o controle difuso de constitucionalidade, respeitando, para tanto, a cláusula de reserva de plenário, prevista no art. 97 da Constituição Federal.

1.2. DA EXISTÊNCIA DO INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE N.

0000785-44.2013.8.14.0000, EM TRÂMITE PERANTE O TRIBUNAL PLENO.

Ocorre que, após realizar uma consulta nos processos em trâmite envolvendo o presente tema junto a Secretaria Judiciária, foi constatado a existência de dois Incidentes de Inconstitucionalidade atacando o inciso XIX, do art. 31, da Constituição Estadual (Gratificação de Educação Especial).

Destaco inicialmente o Incidente de Inconstitucionalidade nº. 0000986-36.2013.8.14.0000, de relatoria da Exma. Des^a. Edinea Oliveira Tavares, que se encontrava pendente de julgamento pelo Tribunal Pleno deste E. Tribunal de Justiça.

Pois bem, fundamentado neste incidente, em outros processos envolvendo esta problemática, a saber, gratificação de Educação Especial, **estava determinando monocraticamente o sobrestamento dos feitos até o julgamento do incidente ora mencionado**. Neste sentido, transcrevo o despacho realizado na Apelação Cível n. 2011.3.015028-2, de minha Relatoria, *in verbis*:

5ª CÂMARA CÍVEL ISOLADA

APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO Nº 2011.3.015028-2 COMARCA: BELÉM/PA

AGRAVANTE: ESTADO DO PARÁ

PROCURADOR DO ESTADO: DIOGO DE AZEVEDO TRINDADE e OUTROS

AGRAVADO: GLORETE CRISTINA LIMA OLIVEIRA e OUTROS **ADVOGADO: WALTER GOMES FERREIRA e OUTROS**

RELATOR: DES. CONSTANTINO AUGUSTO GUERREIRO.

Vistos, etc.

Des. CONSTANTINO AUGUSTO GUERREIRO.

Trata-se de recursos de Apelação Cíveis, nos quais discutiu sobre a aplicação dos artigos 132, inc. XI, e 246 da Lei 5.810/94, que posteriormente vieram a ser declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, em recurso representativo de controvérsia (RE nº. 745.811).

De server ainda a questionada aplicação do art. 31, inc. XIX, da Carta Magna Estadual. Porém, este dispositivo é objeto de Incidente de inconstitucionalidade (Processo nº. 0000986-36.2013.8.14.0000), da relatoria da Exma. Des^a. Edinea Oliveira Tavares, o qual se encontra pendente de julgamento pelo Tribunal Pleno deste E. Tribunal de Justiça.

Assim, considerando a relação direta de prejudicialidade entre o incidente referido e o presente processo e objetivando evitar decisões conflitantes, hei por bem, determinar o sobrestamento deste feito até o julgamento do incidente.

Oficie-se a Exma. Des^a. Relatora do incidente de inconstitucionalidade (Processo nº. 0000986-36.2013.8.14.0000), sobre tal sobrestamento e o andamento do processo perante o Tribunal Pleno.

Após a julgamento do incidente, conclusos. Belém/PA, 25 de junho de 2015.

CONSTANTINO AUGUSTO GUERREIRO

Desembargador – Relator

Entretanto, em consulta realizada sobre o referido processo, junto a Secretaria Judiciária, destaco que após a Desa. Edinéa Oliveira Tavares determinar o encaminhamento dos autos a Vítet Presidência deste E. Tribunal, requerendo pelo retorno do presente incidente para a Secretaria das Câmaras Cíveis Reunidas, a fim de que o órgão fracionário delibere acerca do incidente de inconstitucionalidade, a Vice-Presidência ressaltou que ao compulsar os autos, verificou que a inicial trata de adicional de nível superior a servidor público da Polícia Civil, não tendo referido incidente nenhuma relação com a discussão sobre a constitucionalidade do art. 31, inciso XIX, da CE.

Portanto, em nenhum momento o referido incidente estaria apto para sobrestar qualquer feito envolvendo matéria sobre Gratificação de Educação Especial.

Ocorre que o sistema desta Egrégia Corte, aponta para a existência de outro Incidente de Inconstitucionalidade sobre este tema, a saber, **Arguição de Inconstitucionalidade n. 0000785-44.2013.8.14.0000, que já foi inclusive distribuído no Tribunal Pleno**, estando referido processo acautelado na Secretaria, ante a existência do **Incidente de Inconstitucionalidade n. 2013.3.031851-5, o que, como já foi verificado em alhures, deixou de existir, uma vez que a matéria ali tratada é diversa da discussão sobre a Gratificação de Educação Especial (espelhos dos processos mencionados em anexo ao presente voto).**

Portanto, do exposto até o presente momento, pode-se chegar a conclusão de que existe pendente de julgamento no Tribunal Pleno o **Incidente de Inconstitucionalidade n. 0000785-44.2013.8.14.0000**, distribuído em **06 de fevereiro de 2014**, que trata sobre a constitucionalidade do artigo 31, inciso XIX, da Constituição Estadual, **motivo pelo qual considerando a relação direta de prejudicialidade entre o incidente referido e o presente processo, e objetivando evitar decisões conflitantes, poder-se-ia pensar no sobrestamento do presente feito, até o julgamento do incidente supramencionado.**

Entretanto, trago a tona os ensinamentos do ilustre doutrinador DIRLEY DA CUNHA JÚNIOR, que em sua obra Curso de Direito Constitucional, 5ª Edição, Bahia: Jus Podium, 2011, pag. 320, ao comentar sobre a Competência para realizar o controle difuso-incidental de constitucionalidade aduziu que: “No Brasil, o controle da constitucionalidade dos atos e omissões do Poder Público, porquanto difuso e aberto, **pode ser exercido por qualquer juiz ou tribunal com competência para julgar a causa**. O Juiz, como é óbvio, julga o incidente de inconstitucionalidade sempre originalmente. **O Tribunal (qualquer que seja o grau: inferior ou superior, até mesmo o Supremo Tribunal Federal), tanto originalmente, quanto em grau de recurso”**.

Desta forma, uma vez constatado que o mandamus ora analisado tramita perante o **TRIBUNAL PLENO**, e que este órgão é o responsável pela análise da arguição de inconstitucionalidade, bem como que este Relator entende pela possibilidade do acolhimento desta arguição, **torna-se plenamente possível a imediata análise do tema**, o que prejudicaria, ao final, o Incidente de Inconstitucionalidade supramencionado.

Isto porque, em se tratando de controle difuso e em concreto (de constitucionalidade) realizado por Tribunal, os órgãos fracionários menores (Câmaras, turmas etc.) não podem declarar a inconstitucionalidade de uma lei. Devem suspender o julgamento do caso concreto e remeter a questão constitucional – apenas a questão de direito relativa a uma eventual inconstitucionalidade – ao plenário do tribunal ou órgão especial. É o plenário ou órgão especial que decide a questão constitucional (incidente). Após a manifestação do pleno, a câmara ou turma dá sequência ao julgamento do caso concreto em conformidade com a decisão plenária: aplicando a lei (se o pleno a reputou constitucional) ou afastando a aplicação da lei (se o pleno a reputou inconstitucional). **(BONAVIDES, Paulo. Comentários à Constituição Federal de 1988. Rio de Janeiro: Forense, 2009, pg.1.218)**.

Portanto, neste caso, uma vez verificado que o referido mandamus já está sendo analisado pelo Tribunal Pleno, que é o órgão competente para tanto, bem como já existe nos autos manifestação do Ministério Público (em respeito ao §1º, do art. 482 do CPC), que entendeu que “não merece ser acolhida a tese de inconstitucionalidade dos supramencionados dispositivos legais” **(fls. 210/220)**, torna-se plenamente possível iniciar a análise da inconstitucionalidade do inciso XIX, do art. 31 da Constituição Estadual arguida pelo Governador do Estado em sua manifestação.

Destaco também que este *decisum* está em consonância com o §3º, do art. 153 do Regimento Interno, segundo o qual: “*arguida a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, federal, estadual ou municipal, em ação ou recurso de competência do Tribunal Pleno será ela julgada em conformidade com o disposto nos artigos antecedentes que for aplicável, ouvido o Procurador Geral de Justiça, se ainda não tiver se manifestado sobre a arguição*”.

Entendo também que a presente decisão não contradiz o disposto no parágrafo único do art. 481 do CPC, segundo o qual ‘Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão, dispositivo este que foi introduzido no sistema processual pela Lei n. 9.756/1998, com a finalidade de abreviar a prestação jurisdicional, mas não de impedir que o Tribunal possa rever seu posicionamento sobre determinada matéria.

Assim, na esteira do art. 481 do CPC, ante a possibilidade de acolhimento da inconstitucionalidade do art. 31, inciso XIX da Constituição Estadual, **passo a realizar a sua devida análise perante o TRIBUNAL PLENO** desta Egrégia Corte de Justiça, em respeito ao art. 97 da Constituição Federal de 1988.

1.3. DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 31, INCISO XIX DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO PARÁ.

Pois bem, em suas informações, o Governador do Estado do Pará manifestou-se pela inconstitucionalidade do art. 31, inciso XIX, da Constituição Estadual, eis que eivado de vício de iniciativa, apontando para uma suposta inconstitucionalidade formal.

Desta forma, sustenta que tal dispositivo viola a competência prevista em seu próprio bojo (art. 105, II, ‘b’), bem como na Constituição Federal de 1988, devendo, portanto, ser declarada sua inconstitucionalidade.

Sustenta que o Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de se manifestar acerca dos limites ao Poder Constituinte Estadual, tendo o pretório Excelso sedimentado o entendimento de que não cabe ao legislador constituinte estadual ingressar no trato de matérias reservadas ao Poder Executivo, invadindo sua competência privativa.

Por derradeiro, sustenta ser evidente a necessidade de alteração da jurisprudência que se consolidou no âmbito deste E. TJE/PA, pois há flagrante inconstitucionalidade nos dispositivos da Constituição Estadual que prevê a gratificação de Educação Especial.

Para uma melhor análise do presente caso, transcrevo o dispositivo ora analisado:

Art. 31. O Estado e os Municípios asseguram aos servidores públicos civis, além de outros que visem à melhoria de sua condição social, os seguintes direitos:

[...]

XIX - gratificação de cinquenta por cento do vencimento para os servidores em atividade na área da educação especial.

De imediato, constata-se que o constituinte estadual, no inciso XIX do art. 31 da Constituição Estadual, determinou que ao servidor público em atividade na área da educação especial deverá ser paga gratificação no percentual de 50% (cinquenta por cento) de seu vencimento.

Entretanto, analisando este dispositivo constitucional a partir do entendimento exarado pelo Supremo Tribunal Federal, entendo que algumas considerações devam ser realizadas, tomando como baliza, para tanto, alguns julgamentos realizados pelo Pretório Excelso.

Neste sentido, destaco inicialmente que na **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 270- 8/Minas Gerais**, de Relatoria do saudoso Ministro Maurício Corrêa, ficou consignado que “*Esta Corte firmou entendimento de que são inconstitucionais dispositivos de Cartas estaduais, inclusive Emendas,*

que fixem vencimentos ou vantagens, concedam subvenção ou auxílio ou, de qualquer modo, aumentem a despesa pública, dado que é de competência exclusiva do Chefe do Poder Executivo a

iniciativa de lei sobre a matéria, a qual não pode ser cerceada por norma constitucional estadual”

(ADI270, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 31/03/2004, DJ30-04-2004 PP-00027 EMENT VOL-02149-01 PP-00020).

Mais adiante, neste mesmo julgado, a Corte Máxima de Justiça deste país cristalizou o entendimento de que: “O Tribunal tem verberado o hábito de algumas unidades federadas cujo poder constituinte costuma introduzir nas Constituições estaduais matérias que deveriam ser dispostas em leis ordinárias de iniciativa do Poder Executivo. Assim, como se a Constituição fosse escudo contra provável veto governamental. Insubsistente a medida, pois, como assinala o Professor Raul Machado Horta em ‘O Poder Constituinte do Estado-membrô (RTJ 132/1000), é na Constituição Federal que se localiza a fonte jurídica do Poder constituinte do Estado-membrô. Sua faculdade de auto organizar se não é, portanto, absoluta. Caso contrário, estaria subvertido todo o federalismo, que se supõe, de acordo com cada Estado, maior centralização ou descentralização [...] Aliás, se a referida prática pudesse considerar-se válida, o Poder Legislativo estaria autorizado a burlar a Constituição Federal, que reserva ao Poder Executivo a iniciativa do processo legislativo sobre determinadas matérias”.

Dito isto, e analisando o disposto no inciso XIX, do art. 31 da Constituição Estadual, entendendo pela existência de vício de iniciativa que fulmina de inconstitucionalidade a norma impugnada, uma vez que somente lei ordinária proposta originalmente pelo Governador do Estado poderia tratar da matéria que o Poder Legislativo incluiu na Constituição Estadual.

Isto porque o inciso vergastado dispõe sobre a concessão de gratificação a servidor público que está em atividade na área da educação especial, entretanto, não obstante as razoáveis ponderações articuladas na inicial, bem como já apontadas por mim no início deste voto, **o fundamento do vício de iniciativa prevista no artigo 61, inciso II, alíneas ‘a’ e ‘c’, da Constituição Federal, basta para considerar procedente a inconstitucionalidade da norma impugnada**, uma vez que a mesma acaba por realizar um aumento na despesa pública.

Nesta seara, destaco novamente a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que há muito tempo é firme em entender que as normas de processo legislativo constantes da Constituição Federal são aplicáveis aos Estados, inclusive na elaboração de suas Constituições (**STF - ADI: 483 PR, Relator: Min. ILMAR GALVÃO, Data de Julgamento: 25/04/2001, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 29-06-2001**).

Neste julgado, o STF aduziu que “as Assembleias Legislativas foram legitimadas pelo art. 11 do ADCT/88, tão-somente, para elaboração de normas constitucionais instrutivas, isto é, aquelas por meio das quais são traçados esquemas gerais de estruturação do Estado e atribuições de órgãos e entidades que o integram”.

Portanto, não poderiam as Assembleias Legislativas, no exercício do Poder Constituinte Decorrente, elaborar normas próprias de leis comuns, uma vez que, ao fazê-lo, estariam violando princípio da colaboração dos demais Poderes, notadamente o Executivo, na feitura das leis, cuja observância lhe é adstrita.

Digo isto novamente, pois da leitura do inciso XIX, do art. 31 da Constituição Estadual, ao regular matéria atinente a gratificação que será dada à uma parcela dos servidores públicos, a saber, os servidores que estiverem em atividade na área da educação especial, entendendo que este

inciso extrapola sim os limites do Poder Constituinte Decorrente, fixados pelo art. 11 do ADCT da Constituição Federal.

Destaco também outro precedente do Supremo Tribunal Federal que é firme no sentido de que o legislador constituinte estadual não pode estabelecer normas sobre matérias reservadas à iniciativa do Poder Executivo, uma vez que a Constituição Federal, ao conferir aos Estados a capacidade de auto, organização e autogoverno, impõe a obrigatória observância de vários princípios, entre os quais o pertinente ao processo legislativo, de modo que o legislador constituinte estadual não pode validamente dispor sobre matérias reservadas à iniciativa privativa do chefe do executivo. Esse princípio da iniciativa reservada implica limitação ao poder do Estado Membro de criar, como o de revisar sua Constituição.

(ADI 1353, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 20/03/2003, DJ16-05-2003 PP-00089 EMENT VOL-02110-01 PP-00108).

Desta forma, constata-se que o dispositivo ora questionado não guarda sintonia com os parâmetros traçados pela Constituição Federal.

Nesta senda, transcrevo os fundamentos do julgado supramencionado, momento em que o nobre Ministro aduziu que: “Com efeito, de acordo com o princípio da separação e independência harmônica dos poderes, o texto constitucional reservou ao chefe do poder executivo a iniciativa de normas referentes ao regime jurídico aplicável aos servidores públicos e à remuneração dos funcionários da administração direta e autárquica (CF, artigo 61, §1, II, ‘a’ e ‘c’), assim como a competência para exercer a direção superior, organizar e dispor sobre o funcionamento da máquina administrativa (CF, artigo 84, II e VI)”.

Quanto ao dispositivo constitucional impugnado, constata-se que o mesmo reconhece vantagem pecuniária e direito à servidor público, sem que para tanto tenha contado com a necessária iniciativa do Governador do Estado, acarretando, por outro lado, aumento de despesa, vedado, na hipótese, também pelo inciso I do artigo 63 da Constituição Federal.

Assim, constata-se que o ato legislativo versa sobre matéria de estrita competência do chefe do Poder Executivo Estadual, a quem incumbe, em simetria com o modelo federal, a iniciativa legislativa destinada a disciplinar o regime jurídico do funcionalismo.

Dito isto, verifica-se que o dispositivo impugnado fere o princípio da reserva de iniciativa, de observância obrigatória pelo legislador constituinte estadual, na forma dos artigos 25, *caput*, da Constituição Federal e 11 de suas Disposições Transitórias, combinados com os artigos 2º; 61, §1º, II ‘a’ e ‘c’, e inciso I do art. 63, todos também da CF/88.

Tal posicionamento está na mesma linha dos precedentes do STF supramencionados, conforme se verifica em suas ementas transcritas a seguir:

CARTA ESTADUAL – MATÉRIA RESERVADA À INICIATIVA DO GOVERNADOR – INCONSTITUCIONALIDADE. Surge inconstitucional disciplina, na Carta do Estado, de matéria cuja iniciativa de projeto é reservada ao Governador, como ocorre se, mediante preceito, dispõe-se sobre a revisão concomitante e automática de valores incorporados à remuneração de servidores públicos em razão do exercício de função ou mandato quando reajustada a remuneração atinente à função ou ao cargo paradigma – artigo 89, § 6º, da Constituição

do Estado do Rio de Janeiro. AÇÃO DIRETA E INCONSTITUCIONALIDADE – PRONUNCIAMENTO POSITIVO – MODULAÇÃO. A modulação de pronunciamento do Supremo, considerada a passagem do tempo, implica, a um só tempo, desconhecer írrito o ato contrário à Constituição Federal e estimular atuação normativa à margem desta última, apostando-se na morosidade da Justiça e em ter-se o dito pelo não dito, como se, até então, a Lei Fundamental não houvesse vigorado.

(ADI 3848, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 11/02/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-043 DIVULG 05-03-2015 PUBLIC 06-03-2015)

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 35 DO ATO DAS DISPOSIÇÕES TRANSITÓRIAS DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE MINAS GERAIS. DESPESA PÚBLICA. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO. VÍCIO DE INICIATIVA. Esta Corte firmou entendimento de que são inconstitucionais dispositivos de Cartas estaduais, inclusive Emendas, que fixem vencimentos ou vantagens, concedam subvenção ou auxílio, ou que, de qualquer modo, aumentem a despesa pública, tendo em vista que é da competência do Chefe do Poder Executivo a iniciativa de lei sobre a matéria. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente.

(ADI 270, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 31/03/2004, DJ30-04-2004 PP-00027 EMENT VOL-02149-01 PP-00020)

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE. CONCESSÃO DE VANTAGENS PECUNIÁRIAS A SERVIDORES PÚBLICOS. SIMETRIA. VÍCIO DE INICIATIVA. 1. As regras de processo legislativo previstas na Carta Federal aplicam-se aos Estados-membros, inclusive para criar ou revisar as respectivas Constituições. Incidência do princípio da simetria a limitar o Poder Constituinte Estadual decorrente. 2. Compete exclusivamente ao Chefe do Poder Executivo a iniciativa de leis, lato sensu, que cuidem do regime jurídico e da remuneração dos servidores públicos (CF artigo 61, § 1º, II, “a” e “c” c/c artigos 2º e 25). Precedentes. Inconstitucionalidade do § 4º do artigo 28 da Constituição do Estado do Rio Grande do Norte. Ação procedente.

(ADI 1353, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 20/03/2003, DJ16-05-2003 PP-00089 EMENT VOL-02110-01 PP-00108)

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 25, PARÁGRAFO ÚNICO, DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO PARANÁ. OCORRÊNCIA DE VÍCIOS DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL E MATERIAL. Normas que, dispondo sobre servidores públicos do Estado, padecem de inconstitucionalidade formal, por inobservância da reserva de iniciativa legislativa ao Chefe do Poder Executivo, corolário da separação dos poderes, imposta aos Estados pelo art. 25 da Constituição Federal e, especialmente, ao constituinte estadual, pelo art. 11 de seu ADCT. Configuração, ainda, de inconstitucionalidade material, por contemplarem hipóteses de provimento de cargos e empregos públicos mediante transferência indiscriminada de servidores, em contrariedade ao art. 37, II, do texto constitucional federal. Ação direta julgada procedente.

(STF - ADI: 483 PR, Relator: Min. ILMAR GALVÃO, Data de Julgamento: 25/04/2001, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 29-06-2001)

Importante frisar também, que nas informações apresentadas pelo Governador do Estado do Pará, o Chefe do Poder Executivo Estadual aduziu que este Egrégio Tribunal de Justiça teria admitido como representativo da presente controvérsia, para as providências do art. 543-B, §1º, do CPC, o Recurso Extraordinário protocolizado nos autos do **Processo n. 20113.013507-8**. E em consulta realizada no sistema do TJPA, consta como último andamento a sua remessa ao STF, conforme se verifica no despacho transcrito a seguir, da presidência desta Egrégia Corte de Justiça, *in verbis*: “com efeito, considerando a multiplicidade de recursos envolvendo a discussão acerca da gratificação de educação especial, em trâmite neste E. Tribunal de Justiça, bem como, visando afastar possíveis decisões contraditórias com a posição, em definitivo, do STF, admito o presente recurso como representativo da controvérsia, para as providências do art. 543-B, §1º, do CPC, **ressaltando, por oportuno, que existe recurso com idêntica controvérsia sob a relatoria do Exmo. Sr. Min. Ricardo Lewandowski (RE 628.573)**” (em anexo).

Entretanto, em consulta realizada no site do STF, constata-se que o aludido Recurso Extraordinário já foi devidamente julgado pela Corte Suprema do país, conforme ementa transcrita a seguir:

EMENTA: Agravo regimental no recurso extraordinário. Constitucional. Emenda parlamentar que acarretou aumento de despesa em projeto de lei de iniciativa reservada ao Poder Executivo. Repercussão geral reconhecida. Manutenção da decisão em que se determinou o retorno dos autos à origem. Precedentes. 1. O Supremo Tribunal Federal, no exame do RE nº 745.811/PA-RG, Relator o Ministro Gilmar Mendes, reconheceu a repercussão geral da discussão acerca da “constitucionalidade de norma local que, vinculada à iniciativa reservada do Chefe do Poder Executivo, foi objeto de emenda parlamentar que implicou aumento de despesas”. 2. Mantém-se a decisão em que, com base no art. 328, parágrafo único, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, se determinou a devolução dos autos ao Tribunal de origem para a observância do disposto no art. 543-B do Código de Processo Civil. 3. Agravo regimental não provido. (RE 701546 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 26/08/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-196 DIVULG 07-10-2014 PUBLIC 08-10-2014)

De ressaltar, que o **RE 628.573**, mencionado no despacho supramencionado, também já foi devidamente julgado pelo **STF**, conforme se pode observar na decisão monocrática transcrita a seguir:

Trata-se de recurso extraordinário interposto contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Pará, que, em consonância com o disposto no **art. 31, XIX, da Constituição Estadual, e nos arts. 132 XI, e 246 da Lei Estadual 5.810/94**, deferiu aos recorridos o direito à gratificação no percentual de 50% (cinquenta por cento) do vencimento, por atuarem na área da educação especial. No recurso extraordinário, interposto com base no art. 102, III, a, da Constituição Federal, alegou-se ofensa aos arts. 2º; 37, caput; 61, § 1º, II, a

e c; 63, I; 208, caput, da mesma Carta. **A Procuradoria Geral da República manifesta-se pelo provimento do recurso. A matéria passou pelo crivo do Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento do RE 745.811/PA (RG), Rel. Min. Gilmar Mendes.** A ementa do acórdão está assim redigida: “Recurso extraordinário. Repercussão geral da questão constitucional reconhecida. 2. Direito Administrativo. Servidor Público. 3. Extensão, por meio de emenda parlamentar, de gratificação ou vantagem prevista pelo projeto do Chefe do Poder Executivo. Inconstitucionalidade. Vício formal. Reserva de iniciativa do Chefe do Poder Executivo para edição de normas que alterem o padrão remuneratório dos servidores públicos. Art. 61, § 1º, II, “a”, da Constituição Federal. 4. Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Civis da Administração Direta, das Autarquias e das Fundações Públicas do Estado do Pará (Lei 5.810/1994). Artigos 132, inciso XI, e 246. Dispositivos resultantes de emenda parlamentar que estenderam gratificação, inicialmente prevista apenas para os professores, a todos os servidores que atuam na área de educação especial. Inconstitucionalidade formal. Artigos 2º e 63, I, da Constituição Federal. 5. Recurso extraordinário provido para declarar a inconstitucionalidade dos artigos 132, XI, e 246 da Lei 5.810/1994, do Estado do Pará. Reafirmação de jurisprudência”. **Isso posto, tendo em conta os motivos determinantes do precedente acima transcrito, com base no art. 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, dou provimento ao recurso, para julgar improcedente o pedido formalizado na inicial.** Publique-se. Brasília, 27 de maio de 2014. Ministro Ricardo Lewandowski - Relator – (RE 628573, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 27/05/2014, publicado em DJe-104 DIVULG 29/05/2014 PUBLIC 30/05/2014)

E da análise destes decisuns, apesar dos mesmos não demonstrarem claramente a inconstitucionalidade do **inciso XIX, do art. 31 da Constituição do Estado do Pará**, pode-se chegar a conclusão de que o Min. Ricardo Lewandowski e o Min. Dias Toffoli proferiram suas decisões calcadas no **RE 745.811/PA (Repercussão Geral), de relatoria do Min. Gilmar Mendes**, já transcrito e analisado anteriormente.

Destaco principalmente a decisão monocrática do Ministro Ricardo Lewandowski, que deu provimento monocraticamente ao Recurso Extraordinário interposto pelo Estado do Pará, **para julgar IMPROCEDENTE o pedido formalizado na inicial**, mesmo destacando em seu relatório que se trata de um Recurso Extraordinário interposto contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Pará, que, em consonância com o disposto no **art. 31, XIX, da Constituição Estadual**, e nos **arts. 132 XI, e 246 da Lei Estadual 5.810/94**, deferiu aos recorridos o direito à gratificação no percentual de 50% (cinquenta por cento) do vencimento, por atuarem na área da educação especial. Isto porque a mesma fundamentação que foi dada no **RE 745.811**, que declarou a inconstitucionalidade dos artigos 132, XI e 246 da lei n. 5.810/1994, por vício de iniciativa (inconstitucionalidade formal), **também pode ser perfeitamente aplicada ao inciso XIX, do art. 31 da Constituição Estadual, pelos fundamentos já amplamente demonstrados no decorrer deste voto.**

ASSIM, diante todo o exposto, **apesar de entender e compreender a importância do trabalho realizado pelos servidores públicos em atividade na área da educação especial,**

uma vez verificado a ocorrência de vício de iniciativa, de observância obrigatória pelo legislador constituinte estadual, na forma dos artigos 25, caput, da Constituição Federal e 11 de suas Disposições Transitórias, combinados com os artigos 2; 61, §1, II ‘a’ e ‘c’, e inciso I do art. 63, todos também da CF/88, entendo que não existe outro posicionamento a se tomar, que não seja a **declaração da inconstitucionalidade do inciso XIX, do art. 31, da Constituição do Estado do Pará, QUE O FAÇO NESTE MOMENTO, ante a existência de vício formal**, ancorado no entendimento doutrinário, bem como em precedentes do Supremo Tribunal Federal que nortearam o presente voto.

Em respeito aos princípios da Segurança Jurídica e da boa fé, o presente decisum terá efeito a partir deste momento, resguardando-se, portanto, os valores já recebidos a título de gratificação de educação especial pelos impetrantes até o presente julgado.

Destaco que este decisum não significa que os servidores públicos que estão em atividade atuando na área da educação especial nunca mais poderão receber esta gratificação, mas que para que isto ocorra, deve, necessariamente existir uma lei de iniciativa do chefe do Poder Executivo, que no presente caso é o Governador do Estado do Pará, único Poder competente para iniciar o referido processo, competência esta que advém da própria Constituição Federal.

2. MÉRITO.

Pois bem, uma vez analisada a constitucionalidade do inciso XIX, do art. 31 da Constituição Estadual, passo a analisar o mérito da questão, na medida em que a inconstitucionalidade do referido dispositivo foi requerida incidentalmente.

Neste sentido, destaco entendimento do C. STJ segundo o qual: “É possível a declaração incidental de inconstitucionalidade, em mandado de segurança, de quaisquer leis ou atos normativos do Poder Público, desde que a controvérsia constitucional não figure como pedido, mas sim como causa de pedir, fundamento ou simples questão prejudicial, indispensável à resolução do litígio principal” (STJ - RMS: 31707 MT 2010/0044512-5, Relator: Ministra DIVA MALERBI (DESEMBARGADORA CONVOCADA TRF 3a. REGIÃO), Data de Julgamento: 13/11/2012, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 23/11/2012).

E conforme se pode depreender até o presente momento, o mandamus impetrado aponta para o direito líquido e certo dos impetrantes (servidores em atividade na área da educação especial), em receber a gratificação de 50% (cinquenta por cento) de seus vencimentos, ancorados no disposto no inciso XIX, art. 31 da Constituição Estadual.

No caso concreto, foi exposto anteriormente a existência de diversos precedentes deste Egrégio Tribunal de Justiça, que vinham concedendo a gratificação de Educação Especial requerida, com fundamento no inciso XIX, do art. 31 da Constituição do Estado do Pará.

Entretanto, conforme já esclarecido em alhures, a questão acabou de ser dirimida pelo Tribunal Pleno desta Corte de Justiça, devendo ser aplicado ao caso concreto a conclusão alcançada na análise da constitucionalidade do dispositivo atacado (inciso XIX, do art. 31 da CE), que foi declarado inconstitucional por vício formal, uma vez que somente lei ordinária proposta originalmente pelo Governador do Estado poderia tratar da matéria (Gratificação de Educação Especial)

que o Poder Legislativo incluiu na Constituição Estadual.

Dito isto, verifico, portanto, a **ausência do direito líquido e certo dos impetrantes (servidores públicos em atividade na área da Educação Especial) em receber o pagamento da gratificação de 50% (cinquenta por cento) de seus vencimentos.**

ASSIM, uma vez declarada a inconstitucionalidade do inciso XIX, do art. 31 da Constituição Estadual, em controle difuso e concreto de constitucionalidade, pelo Tribunal Pleno, **DENEGO** a segurança pleiteada, com a total improcedência do pedido formulado pelos impetrantes, ante a ausência do direito líquido e certo, nos termos da presente fundamentação, tornando sem efeito a liminar concedida às **fls. 126/138**, a partir deste julgado.

Em obediência aos princípios da Segurança Jurídica e da Boa Fé dos impetrantes que estavam recebendo a gratificação de educação especial, respaldados por dispositivo até então considerado constitucional por este Egrégio Tribunal de Justiça, o presente decisum terá efeito a partir deste julgado, resguardando-se, portanto, os valores percebidos pelos mesmos.

Analisado o mérito do mandado de segurança, fica prejudicado o Agravo Regimental de fls.145/165.

É como voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Desembargadores que integram o Plenário do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, por unanimidade, em Incidente de Inconstitucionalidade, declarar a inconstitucionalidade do inciso XIX, do art. 31, da Constituição do Estado do Pará, ante a existência de vício formal. Quanto ao mérito, denega-se a segurança pleiteada, com a total improcedência do pedido formulado pelos impetrantes, ante a ausência do direito líquido e certo, nos termos da fundamentação, tornando sem efeito a liminar concedida às fls. 136/138, a partir desta decisão, para resguardar os valores já recebidos pelos mesmos até o presente julgado, em obediência ao princípio da segurança jurídica e da boa-fé dos impetrantes, que estavam recebendo a gratificação de educação especial respaldados por dispositivo até então considerado constitucional por este Egrégio Tribunal de Justiça. Plenário Des. Osvaldo Pojucan Tavares, Tribunal de Justiça do Estado do Pará, aos (09) dias do mês de março do ano de dois mil e dezesseis (2016).

VOTO

Des. CONSTANTINO AUGUSTO GUERREIRO.

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR ATO ILÍCITO (DANOS MORAIS E MATERIAIS) COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA. DEMOLIÇÃO DE IMÓVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL (DANO – CULPA – NEXO

CAUSAL). COMPROVAÇÃO. MANUTENÇÃO DO QUANTUM ARBITRADO DOS DANOS MORAIS E MATERIAIS. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

I. Diante do ato culposos do agente, da lesão causada à vítima e do nexo entre os dois primeiros elementos, o lesado se legitima à pretensão reparatória, podendo ser ressarcido pelos danos morais e materiais demonstrados;

II. Apesar da recorrente aduzir ser proprietária do terreno onde o imóvel da recorrida foi construído, não cabe aquele, no exercício arbitrário das próprias razões, mandar demolir a construção e causar prejuízo ao dono da coisa construída, sem ingressar com os devidos remédios legais, surgindo desta conduta, a necessidade de indenizar pelos danos causados à autora;

III. Quanto ao arbitramento do dano material, depreende-se dos autos que a autora não aceitou receber da recorrente R\$ 20.000,00 (vinte mil reais); R\$ 30.000,00 (trinta mil reais); R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais); nem a troca do imóvel por outro, momento em que caberia a empresa ré ingressar com as medidas judiciais cabíveis e requerer a avaliação do imóvel para futura indenização devida, e não realizar a demolição imediata de um bem de família, que também servia para a realização de cultos evangélicos;

IV. Desta forma, uma vez caracterizado o dano material (posto que a residência da autora de fato foi demolida por ato praticado pela ré), tendo esta inviabilizado a realização de perícia no imóvel, ante a demolição do bem, considero, por bem, o valor requerido pela recorrida, no momento da audiência de instrução e julgamento, que aduziu que venderia a referida casa por R\$ 100.000,00 (cem mil reais), motivo pelo qual mantenho o valor arbitrado pelo Juízo de 1º Grau;

V. No caso, trata-se da realização da venda de um imóvel onde a autora reside há mais de 15 (quinze) anos. De ressaltar que junto com a autora reside também sua filha, que na época da protocolização da ação tinha apenas 10 (dez) anos de idade, de onde se pode concluir que referida residência demolida foi a única morada da menor;

VI. Mostra-se extremamente relevante se questionar o valor de um lar, principalmente neste caso, onde a recorrida morou com sua filha durante todo o período de vida desta, fazendo com que os laços com o referido imóvel passassem da simples esfera material, para a sentimental, pois sabe-se que em muitas ocasiões as pessoas (por algum motivo qualquer) nunca se desfazem de determinado bem; VII. Valor, que no presente caso, sopesando todas as suas particularidades, entendo como proporcional e razoável;

VIII. Configura dano moral, por ofensa à honra e à imagem da parte, a demolição de imóvel, onde a autora e sua filha residiam, no momento em que ambas estavam viajando, sem qualquer aviso prévio; IX. Manutenção do quantum arbitrado, pois o valor da indenização por danos morais deve atender ao chamado binômio de equilíbrio, não podendo causar enriquecimento ou empobrecimento das partes envolvidas, devendo ao mesmo tempo desestimular a conduta do ofensor e consolar a

vítima;

X. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO, MANTENDO-SE *IN TOTUM* A SENTENÇA PROLATADA PELO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU. Presentes os pressupostos recursais, conheço da apelação e passo a apreciá-la.

Entretanto, faz-se necessária tecer algumas considerações sobre os acontecimentos mencionados nos autos, para se poder chegar a uma conclusão sobre quem, de fato, está com a verdade real na referida lide.

Pois bem, inicialmente cabe ressaltar que a presente ação de indenização por ato ilícito diz respeito a demolição de um imóvel, pela recorrente, ao construir um novo supermercado, na Rodovia Augusto Montenegro, esquina da Avenida Independência.

A autora da presente ação aduziu que o Senhor Oscar Rodrigues (um dos donos do conglomerado G. L.) tentou por algumas vezes adquirir o imóvel pertencente a mesma, e todas as vezes teria aduzido que não tinha interesse em se desfazer de sua casa, e que nela, pretendia continuar, pois ali efetuava seus trabalhos de evangelização e seus cultos da religião protestante.

Ressaltou também que o G. L. adquiriu todas as demais moradias em torno de sua construção, com exceção da casa da requerente, motivo pelo qual o recorrente teria vindo até a mesma, pedindo para que ela se mudasse para uma casa em frente a sua, que estava construindo para seu gerente morar, enquanto faria uma “sapata” de concreto para servir de base para as obras do supermercado, sob a alegação de ter receio que tal construção viesse a influir na segurança da residência vizinha.

Assim, a recorrida mencionou que o Sr. Oscar Rodrigues mandaria escorar todas as suas paredes e faria a “sapata” sem qualquer problema e que logo após, poderia a proprietária voltar a seu lar, e disse ainda que, se a mesma quisesse, poderia aceitar a permuta do imóvel antigo pelo imóvel novo, tendo o proprietário do G. L. recebido na mesma hora a negativa da proposta, pois não iria aceitar a troca, mas que poderia aceitar mudar por alguns dias, enquanto estivesse sendo feita a sapata, e que incontinentemente voltaria para seu imóvel.

Que no dia 06 de janeiro de 2007, a recorrida atendendo a um pedido de um Pastor na Cidade de Macapá, viajou a serviço aquela cidade, onde teria permanecido até 10.02.2007, tendo recebido telefonema de uma vizinha (29.01.2007), que havia o Senhor Oscar Rodrigues, juntamente com seus operários, começado a demolição de sua residência e iniciado as obras no terreno de propriedade da requerente, já existindo no local enormes buracos concretados, com ferragens prontas para o início da construção no terreno da autora.

Já a recorrente aduziu que em 18/06/2004 arrematou, nos autos do processo n. 081.2004.013.08.00.0, da 13ª Vara do Trabalho de Belém, o terreno edificado na Rodovia Augusto Montenegro esquina com a Avenida Independência, tendo verificado que parte dele estava ocupada por pessoas que residiam ou trabalhavam no local há mais de ano e dia, remanescentes de invasões de terrenos urbanos ocorridas na Rodovia Augusto Montenegro, amparadas em simples recibos de transferências de posse, sendo verificado também que a maioria destes posseiros havia erguido benfeitoria no local.

Desta forma, a ré ressalta que poderia valer-se de remédios jurídicos e processuais que certamente lhe garantiriam a retomada ou a imissão na posse, ainda que fosse obrigada a aguardar

a tramitação de diversas ações judiciais, e não obstante, a empresa teria atentado para o aspecto social da questão e concluiu que o melhor e mais justo seria negociar com cada um dos posseiros, indenizando-os em moeda corrente, o que foi feito, mas com a Sra. Marineusa de Oliveira Lopes, a negociação teria tomado outro rumo, eis que desde os primeiros contatos ela teria deixado claro que não tinha interesse em receber valores em espécie e que não pretendia mudar-se de local.

Que no final de 2005, novos contatos foram realizados com o intuito de buscar uma solução conveniente e amigável para a questão, tendo a empresa oferecido uma nova proposta de acordo:

- A empresa compraria um terreno na mesma Rua W1, praticamente em frente àquele ocupado pela autora, e nele construiria uma casa de alvenaria, com fundações, alicerces, acabamento e instalações elétricas, hidráulicas e sanitárias de boa qualidade, com planta baixa e divisão interna adequada às necessidades da requerente;
 - Assim que a casa estivesse pronta, a empresa providenciaria mobília e eletrodomésticos novos e de boa qualidade, arcando ainda com todos os custos da mudança da autora e de sua filha menor;
 - A empresa legalizaria o novo imóvel em nome da autora, cedendo-o em definitivo e sem qualquer ônus.
- A recorrente aduz que ao receber a proposta, a recorrida teria feito exigências complementares, todas atendidas pela empresa, enumerando-as a seguir:
- A casa deveria ter 02 (duas) suítes e 01 (um) quarto, sala, cozinha e área de serviço. Deveria também ter um pátio amplo capaz de abrigar os pequenos encontros religiosos que a requerente promove em sua residência;
 - Os móveis deveriam ser fabricados em madeira nobre;
 - A empresa deveria fornecer, além dos móveis e eletrodomésticos, cerca de 30 (trinta) cadeiras plásticas destinadas aos vizinhos e amigos que participam dos cultos e orações realizados na residência da Sra. Marineusa Lopes;
 - A empresa deveria providenciar a instalação de poço artesiano e bomba elétrica, de modo a resolver o problema de fornecimento de água;
 - A empresa mandaria fabricar e instalar as grades frontais do imóvel, tal como desejava a requerente, que inclusive chegou a apresentar um desenho feito de próprio punho.

E segundo a autora, se tais exigências fossem atendidas, a desocupação da casa situada no terreno da ré seria feita amigavelmente, de forma pacífica e sem qualquer entrave, tão logo a residência nova estivesse concluída. Não obstante, a Sra. Marineusa Lopes se negou a assinar qualquer contrato ou documento nesse sentido, alegando que sua palavra era suficiente para assegurar o negócio.

E iniciadas as obras próximas da casa onde a recorrida residia, ocorreu o que já era esperado por qualquer cidadão, a casa começou a ceder, inicialmente na parte dos fundos, tendo o G. L. entrado em contato com o irmão da autora, que esteve no local vistoriando os serviços, e ao

perceber o iminente colapso do imóvel, com todos os riscos daí decorrentes, e tranquila diante do ajuste verbal feito com a autora, a empresa prosseguiu nas obras e finalizou a demolição da benfeitoria existente em seu terreno.

Antes, contudo, para evitar que um eventual desabamento danificasse os pertences da autora, a ré removeu, acondicionou e guardou todos os objetos da demandante em depósito próprio.

E feito isto, a empresa passou a aguardar um contato da Sra. Marileusa Lopes, para então providenciar a efetiva entrega do prédio e a legalização do bem já em nome da proprietária e para a surpresa dos representantes do G. L. Supermercados, contudo, tornou-se impossível entrar em contato com a autora, motivo pelo qual, objetivando resguardar seus direitos, prevenir suas responsabilidades, manifestar oficialmente seu posicionamento e evitar alegações descabidas de desídia no cumprimento do mútuo acordo, a empresa providenciou o registro de um boletim de ocorrência policial, em 20/02/2007, ajuizando em seguida uma Medida Cautelar de Protesto para reiterar sua disposição de honrar o compromisso assumido com a requerente.

Por derradeiro, a recorrente aduz que após o ingresso com a medida cautelar, foi surpreendida com a citação expedida em **Ação de Nunciação de Obra Nova** que tramitou pela 23ª Vara Cível e, mais adiante, pela citação referente ao presente feito.

Estas foram as alegações realizadas pelas partes, e como prova, a autora trouxe aos autos comprovante do IPTU e de energia elétrica (como prova que detinha a posse do imóvel demolido) (fls. 14/15), bem como fotos da construção realizada no local da casa, bem como de seus pertences, que estavam no depósito da requerida, ora recorrente (fls. 16/31).

Já a apelante, acosta aos autos a Carta de Arrematação (fls. 81/83); o auto de imissão na posse (fls. 95/96); alvará de obras expedido pela SEURB/PMB (fls. 101); fotografias da obra empreendida pela ré no terreno de sua propriedade, onde ao fundo estava erguida a benfeitoria antes possuída pela autora (fls. 103/110); fotos da casa nova que a ré construiu para a autora, em razão do acordo celebrado, bem como de fotos da mobília, dos equipamentos e eletrodomésticos instalados pela ré na casa nova, bem como de todos os pertences da autora já abrigados no novo prédio (fls. 110/117); desenho da autora a fim de determinar como deveriam ser feitas as grades frontais do imóvel (fls. 119); e boletim de ocorrência policial e Ação Cautelar de Protesto que a ré moveu contra a autora (fls. 128/139).

Cabe, portanto, verificar, da análise das alegações das partes, bem como das provas produzidas nos autos, **se a autora da ação principal em algum momento formalizou um acordo verbal com a ré, que legitimasse a mesma a realizar a demolição do imóvel.**

E desta análise não se tem a convicção da realização do acordo verbal, até porque a autora aduz a todo momento que nunca teve interesse em se desfazer da sua casa, enquanto a ré aduziu que num primeiro momento a recorrida teria deixado claro que não tinha interesse em receber valores em espécie e que não pretendia mudar-se de local **e somente depois teria formalizado um acordo verbal com a recorrente de permuta do imóvel.**

Assim, é de extrema importância analisar os depoimentos testemunhais, para se verificar se houve ou não um acordo verbal entre as partes.

No tocante ao depoimento da autora, às fls. 179/180, esta aduziu que:

Disse que não tinha interesse em vendê-la, porque todas as terças-feiras esta tinha reunião de oração em sua casa, que o seu Oscar, então, pediu a autora que permanecesse na casa que havia construído para seu o seu gerente, quase em frente da casa da autora, por três meses, enquanto faziam as escavações do lado da casa da autora [...] Que antes da autora viajar, a parede de sua casa já estava rachando, quando procurou o seu Oscar, que lhe disse que iria mandar escorar as paredes e que iria reparar os danos causados. Que em seguida a esse fato, a autora viajou para Macapá, passando lá uns quarenta dias. Que a vizinha da autora ligou para o irmão desta, comunicando que metade da casa estava no chão. Que o irmão da autora procurou o seu Oscar, o qual disse para o irmão da autora que já havia conversado com ela sobre derrubar a casa. Que o irmão da autora lhe comunicou o fato e a autora em seguida ligou para o seu Oscar, o qual disse que já estava feito.

[...]

Que o seu Oscar entregou a chave da casa a qual teria sido construída para o gerente, porém a autora não aceitou, indo morar de favor na casa da irmã [...] Que a autora não aceita a casa oferecida pelo seu Oscar devido esta estar mal feita, inclusive, quando chove, escorre água para dentro da casa. Que a autora espera receber uma indenização para comprar uma casa que seja de seu interesse.

E mais adiante, respondendo as perguntas do advogado da ré, a recorrida assim se manifestou:

*Se em alguma oportunidade, a autora pediu que se faça modificações na planta da casa que estava sendo construída pela empresa? Que a autora pediu para aumentar a sala, face a realização das suas orações, mas por três meses, que era o combinado para a autora permanecer lá. Se a autora pediu para instalar duas suítes na casa? Que a autora pediu para que fosse construída duas suítes na casa. Se a autora fez pedidos para que a casa fosse guamecida com eletrodomésticos? Que a autora diz que não, que foi o seu Oscar que ofereceu e que este ainda levou a autora na loja para escolher fogão, máquina de lavar e ainda disse que ia colocar um guarda-roupas nos quartos. Se a autora pediu trinta cadeiras plásticas para fazer as orações? Que a autora diz que não, que foi o Sr. Oscar que ofereceu. **Se a autora aceitou os eletrodomésticos e cadeiras oferecidas? Que a autora diz que não aceitou.** Se a autora chegou a falar com os construtores como queria que fosse o gradil frontal da casa? Que a autora diz que não determinou, que apenas deu sua opinião.*

Quanto ao preposto da requerida, este aduziu, às fls. 181, que:

Que o depoente diz que estavam fazendo um empreendimento na Av. Augusto Montenegro com a independência. Que o imóvel que era de propriedade da requerida, que em uma parte da área havia 21 posseiros, inclusive a autora. Que foi negociado com os 20 vizinhos a compra das casas, que ficou em torno de R\$ 20.000,00 a R\$ 30.000,00 a desocupação de cada área. Que a autora disse que não podia mudar de lá porque fazia parte de uma igreja e por

isso não gostaria sair do local. Que o depoente propôs à autora construir uma casa para ela e que a prefeitura iria urbanizar a área [...] Que a autora concordou, aprovou o projeto, tudo verbalmente, dimensionou o tamanho de cada quarto e sala, desenhou de próprio punho as grades que iriam proteger a residência [...] Que estando a casa toda mobiliada, a autora disse que não poderia se mudar, pois teria que viajar para Macapá e que passaria três meses lá e que só na volta faria a mudança. Que durante a viagem dela, durante as escavações, a antiga casa da autora desabou, que foram separados os seus pertences para um quarto fechado [...] Que quando a autora retornou, ela e a filha dela foram visitar a casa que já estava totalmente pronta, recebeu as chaves, mas algumas horas depois o irmão desta foi visita-la e ela voltou e disse ao depoente que não queria mais a casa e que queria que a sua antiga casa fosse reerguida. Que o depoente faz consignar que o seu erro foi ter feito o acordo verbalmente com a autora, inclusive o pagamento da luz e da água durante dois anos e uma ajuda de custo de um salário mínimo por mês durante 2 anos, mas que não foi aceito e que ela textualmente lhe disse que queria três milhões e meio de indenização [...] Se a casa construída se encontra ocupada? Que o depoente diz que encontra-se desocupada e fechada, aguardando uma posição da autora.

Por derradeiro, transcrevo também depoimento testemunhal do Sr. Lauro Pinheiro Pantoja, administrador da obra pertencente a requerida (fls. 182):

Que em determinado dia o depoente recebeu ordens do Sr. Oscar para que a casa fosse feita conforme orientações da autora, que não era mais para obedecer a planta. Que a autora estava presente e naquele dia em diante quem daria as orientações seria a autora, pois havia um acordo entre as partes de a autora morar no referido imóvel [...] Que a autora ao retornar de viagem, pegou as chaves da casa com o depoente, levando sua filha para conhecer a casa, que inclusive a menina ficou empolgada com a casa, escolheu o seu quarto, arrumou a boneca no quarto. Que depois a autora devolveu a chave ao depoente e disse que não queria mais a casa. Que o depoente depois disso, fechou a casa.

Portanto, da análise destes depoimentos, constata-se também que não se pode afirmar, com clareza, a existência de um contrato verbal entre as partes, uma vez que (1) a autora nega a todo momento que realizou uma permuta de imóvel com a recorrente; (2) por mais que a recorrida tenha se mudado para o imóvel da recorrente, aquela aduz veementemente que a mudança se daria pelo prazo de 03 (três) meses, tempo necessário para a realização das obras no entorno de sua residência, e que as modificações realizadas no imóvel foram porque a mesma iria continuar realizando os cultos evangélicos no local; e (3) que a autora aduziu que não aceitou os eletrodomésticos e cadeiras oferecidas, tanto o é, que no depoimento do próprio preposto da ré, o mesmo aduziu que a casa construída encontra-se desocupada e fechada, aguardando uma posição da autora. Ora, se não se pode provar a existência de um contrato verbal entre as partes, a recorrente, uma vez detentora do direito de propriedade do referido terreno **deveria ter ingressado com os meios legais cabíveis, não podendo a mesma, no exercício arbitrário das próprias razões,**

mandar demolir construção e causar prejuízo ao dono da coisa destruída, sem que o mesmo fosse avisado, posto que todos os seus pertences ainda estavam no imóvel, sendo removido para um galpão da empresa ré, até que o novo imóvel fosse construído, surgindo desta conduta, a necessidade de indenizar pelos danos causados à autora. De ressaltar, que o fato da recorrente ter formalizado um Boletim de Ocorrência informando o ocorrido (fls. 128/129), bem como ter protocolizado uma Ação Cautelar de Protesto (fls. 132/139), não impedem o dever de indenizar aduzido em alhures. Isto porque, o dever de indenizar decorre do preceito insculpido no art. 186 do Código Civil, combinado com a norma elevada à categoria de garantia constitucional, constante do inciso X, do art. 5º, da CF.

Frise-se que, para que seja caracterizado o direito à reparação de danos, devem concorrer os seguintes elementos caracterizadores da responsabilidade civil: o ato culposo do agente, a lesão causada e o nexo entre os dois primeiros. Conjugados os três elementos citados, o lesado se legitima à pretensão reparatória, seja na esfera judicial ou extrajudicial.

E analisando detidamente os autos, conforme já mencionado, tenho que restou comprovado a culpa da recorrente pelo evento fatídico.

Isto porque, em que pesem as alegações do apelante de que teria realizado um contrato verbal com a recorrida, não existe comprovação nos autos de referido acordo, tendo a apelada aduzido que sua mudança para o imóvel construído seria somente por 03 (três) meses, para que se pudessem realizar as obras no entorno de sua antiga residência.

Desse modo, conforme visto alhures, cabia ao apelante a comprovação dos fatos alegados, não tendo o mesmo se desincumbido de tal ônus, até porque no próprio pedido do recurso de apelação, o mesmo requereu a diminuição do dano material de R\$ 100.000,00 (cem mil), para R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais), **o que demonstra claramente que a recorrida não aceitou a casa construída pela empresa como moeda de troca.**

Neste contexto, restando demonstrada a culpa do apelante pelo evento ocorrido, insta analisar a ocorrência do dano e nexo causal entre estes.

E no caso, tenho que os danos materiais restaram comprovados, uma vez que tendo sido demolido o imóvel onde residia a autora, patente são os prejuízos materiais sofridos pela mesma.

No tocante a quantificação destes danos, apesar da recorrente requerer a reforma da sentença de 1ª instância, diminuindo o valor de R\$ 1000.000,00 (cem mil reais) arbitrados, para R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais), valor da proposta que a própria autora informou ter recebido pelo imóvel em 2005, mantenho o posicionamento do juízo monocrático, **fundamentado nas seguintes considerações:**

No presente caso, trata-se da realização da venda de um imóvel onde a autora reside há mais de 15 (quinze) anos. De ressaltar que junto com a autora reside também sua filha, que na época da protocolização da ação tinha apenas 10 (dez) anos de idade, de onde se pode concluir que referida residência demolida foi a única morada da menor.

Dito isto, mostra-se extremamente relevante se questionar o valor de um lar, principalmente neste caso, onde a recorrida morou com sua filha durante todo o período de vida desta, fazendo com que os laços com o referido imóvel passassem da simples esfera material, para a

sentimental, pois sabe-se que em muitas ocasiões as pessoas (por algum motivo qualquer) nunca se desfazem de determinado bem.

E da análise das provas constantes nos autos, o fato da autora ter somente a posse do bem (de boa-fé), não a obriga a aceitar qualquer valor apresentado pela recorrente, para a compra do imóvel. Em outras palavras, o fato dos demais vizinhos venderem os imóveis pelos valores de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) a R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), não obrigam a recorrida a aceitar referidos valores.

E se pode depreender dos autos, que a autora não aceitou receber da recorrente R\$ 20.000,00 (vinte mil reais); R\$ 30.000,00 (trinta mil reais); R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais); nem a troca do imóvel por outro, **momento em que caberia a empresa ré ingressar com as medidas judiciais cabíveis e requerer a avaliação do imóvel para futura indenização devida**, e não realizar a demolição imediata de um bem de família, que também servia para a realização de cultos evangélicos.

Portanto, tendo sido caracterizado o dano material (uma vez que a residência da autora de fato foi demolida por ato praticado pela ré), tendo esta inviabilizado a realização de perícia no imóvel, ante a demolição do bem, entendo, por bem, por considerar o valor requerido pela recorrida, no momento da audiência de instrução e julgamento, que aduziu que venderia a referida casa por R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

Quanto ao dano moral, entendo que o mesmo restou devidamente configurado, por ofensa à honra e à imagem da parte, posto que a demolição do imóvel onde a autora e sua filha residiam ocorreu no momento em que ambas estavam viajando, sem qualquer aviso prévio, sendo os pertences da recorrida removidos inicialmente para um depósito da empresa ré, conforme fotografias de **fls. 19/23**, momento em que se pode observar que foram amontoados em local inapropriado, posto que o piso estava molhado.

De ressaltar que somente após o novo imóvel ficar pronto foi que referidos pertences foram removidos pela empresa para aquele lugar, no qual a autora não aceitou em troca da sua residência demolida.

No presente caso, entendo que o sofrimento experimentado pela autora, em virtude de demolição da casa onde morava, não se trata de mero aborrecimento, e uma vez que a recorrente detinha o título de propriedade do bem, poderia ingressar com os meios legais próprios, e não aguardar a autora viajar com sua filha, para retirar os pertences das mesmas e iniciar a demolição do imóvel.

Finalmente quanto ao valor da indenização por dano moral, a saber, R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), resalto que o conceito de ressarcimento abrange duas forças: uma de caráter punitivo, com vistas a castigar o causador do dano pela ofensa praticada, e outra de caráter compensatório, destinada a proporcionar à vítima algum benefício em contrapartida ao mal sofrido.

Tal ressarcimento presta-se a minimizar o desequilíbrio e aflição suportada pela vítima do dano, não podendo, em contrapartida, constituir fonte de enriquecimento ilícito.

O quantum a ser fixado para a indenização competirá ao prudente arbítrio do magistrado que, tendo em vista as dificuldades da positivação, traços e contornos do dano moral, deverá estabelecer uma reparação equitativa, levando-se em conta as peculiaridades de cada caso, como a

culpa do agente, a extensão do prejuízo causado e a capacidade econômica do agressor.

Isto porque, a indenização deverá atender ao chamado binômio do equilíbrio, não podendo causar enriquecimento ou empobrecimento das partes envolvidas, devendo ao mesmo tempo desestimular a conduta do ofensor e consolar a vítima.

E no caso em tela, onde a autora já havia se manifestado que não queria vender o bem imóvel, tanto o é que depois que o novo imóvel ficou pronto, a mesma não o recebeu, estando desocupado até o presente momento, a recorrente aguardou que a recorrida e sua filha viajassem para Macapá/AP, para realizar a retirada dos pertences existentes no referido imóvel (para local inapropriado, conforme já destacado em alhures) e realizar a demolição do mesmo, motivo pelo qual, pela conjectura dos acontecimentos, entendo que a quantia de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) atende aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, não constituindo fonte de enriquecimento ilícito e, principalmente, mantendo o seu caráter pedagógico, na tentativa de evitar que outras condutas deste tipo sejam novamente realizadas, posto que, conforme já mencionado, cabia a empresa ter ingressado com os meios legais cabíveis para reaver o bem.

ASSIM, ante todo o exposto, **CONHEÇO** e **NEGO PROVIMENTO** ao recurso protocolizado, mantendo-se in totum a sentença prolatada pelo juízo de 1º Grau.

VOTO-VISTA

A EXMA. SRA. DESEMBARGADORA MARIA FILOMENA DE ALMEIDA BUARQUE (DESEMBARGADORA VISTORA):

Adoto o relatório lançado pelo Desembargador Relator.

Pois bem. A controvérsia constante nos autos reside na apuração da responsabilidade ou não da empresa L. COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA., ora Apelante, concernente a demolição do imóvel localizado na Rua WA 1, Jardim Bom Futuro, 17, bairro da Cabanagem, nesta Capital, na área onde seria construído um novo supermercado do G. L., na Rodovia Augusto Montenegro, esquina da Avenida Independência.

Diz a Autora/Apelada que o Sr. Oscar Rodrigues adquiriu todas as demais moradias em torno da construção, tendo por diversas vezes tentado comprar a residência desta, porém sempre foi recusado, porque a Autora pretendia continuar seus cultos religiosos e a evangelização, porque dali tirava sua renda mensal de 5 (cinco salários mínimos).

Informa que lhe foi solicitado que se mudasse do imóvel, enquanto se fazia a "Sapata" de concreto, para a fundação do supermercado, lhe assegurando que as paredes seriam escoradas e que poderia retornar sem qualquer problema e caso desejasse receberia em permuta imóvel novo, o que foi recusado de imediato, pois sua intenção era se mudar em poucos dias, quando retornaria ao seu "Monte de Oração".

Que no dia 06 de janeiro de 2017 viajou à serviço para a cidade de Macapá retornando no dia 10 de fevereiro do mesmo ano. Contudo, no referido período recebeu a notícia de que seu imóvel foi demolido, sem sua autorização, inclusive, iniciando obras mais uma vez sem autorização da Apelada.

Deste modo, sentindo-se abalada com o ato ilícito do Réu/Apelante socorreu-se ao Judiciário com a propositura a ação de indenização por ato ilícito n. 0005542-21.2007.814.0301, em 14 de março de 2007, pleiteando o seguinte:

1. a condenação do Réu ao pagamento de R\$ 3.000.000,00 (três milhões de reais), a título de dano moral;

2. a condenação do Réu ao pagamento de pensão alimentícia equivalente a 5 (cinco) salários mínimos) até o deslinde da demanda, porque do imóvel demolido retirava seu sustento;

3. a condenação do Réu ao pagamento de danos materiais no montante de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), referente a destruição de seu imóvel e o descarte de seus móveis e utensílios pessoais e de estimação jogados no lixo.

Os autos foram inicialmente distribuídos à 23ª Vara Cível, por dependência à Ação de Nunciação de Obra Nova n. 2007.1016759-2, tendo a Desembargadora Maria do Céu Maciel Coutinho, enquanto Juíza Titular da Vara, afastado a prevenção e ordenada a devolução dos autos à redistribuição recaindo sobre o Juízo da 20ª Vara Cível.

Em contestação o G. L. afirmou que arrematou na Justiça do Trabalho o terreno edificado na Rodovia Augusto Montenegro esquina com a Av. Independência, nesta cidade, registrado no Cartório de Registro de Imóveis do 2º Ofício, sob a matrícula n. 129, folha 129, Livro 2-I, L (fls. 132) e que ao tomar posse efetiva do imóvel, a Ré/Apelante verificou que parte dele estava ocupada por pessoas que residiam ou trabalhavam no local há mais de um ano e dia, amparadas em simples recibos de transferência de posse, incluindo o terreno onde a Autora residia.

No caso da Autora/Apelada as negociações tomaram outro rumo, porque a mesma disse não ter a intenção de mudar-se por ter desenvolvido sólidas relações sociais, inclusive, participando ativamente de uma igreja evangélica das redondezas.

Afirmou que no projeto da construção do novo estabelecimento da Apelante se previa a construção de pilastras de construção, na área onde estava situada a casa da Autora.

Que no ano de 2005 o Apelado propôs a compra de um terreno na mesma rua, em frente ao terreno ocupado pela Autora e nele construiria uma residência adequadas as necessidades da Requerente, assim como mobiliaria a casa cobrindo todos os custos da mudança e na legalização em definitivo ao nome da Autora.

Em contrapartida a Autora, fez exigências complementares, relacionados a planta do imóvel e material dos móveis a serem adquiridos, a perfuração de um poço, a instalação de uma bomba elétrica e a colocação de grades frontais de acordo com o desenho que seria fornecido pela mesma.

Continuando as tratativas, informa que a Autora se recusou a assinar qualquer documento, entretanto, a Ré acreditando no compromisso verbal, cumpriu com a reivindicações com o fito de solucionar a questão.

Resiste a pretensão autoral na legitimidade de imissão na posse do bem, eis que o imóvel foi adquirido em leilão e a Autora ser mera posseira, não possuindo justo título que pudesse obstar a retomada do bem.

Invoca em sua defesa o art. 1.255, do CC, que afirma que: “Aquele que semeia, planta ou edifica em terreno alheio perde, em proveito do proprietário, as sementes, plantas e construções; se

procedeu de boa-fé, terá direito a indenização”.

Diz mais que o valor pleiteado é exorbitante, porque não valia nem R\$ 20.000,00 e em troca a empresa ofereceu um imóvel avaliado em R\$ 100.000,00, ou seja, 5 vezes mais que a construção em discussão.

Afirma que a demanda é improcedente porque não há qualquer demonstração dos supostos prejuízos avaliados em R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), condição necessária para a apuração da responsabilidade. Do mesmo modo, afirma que o dano moral é exacerbado, porque necessário se verificar a efetividade dos supostos danos morais, a intensidade da culpa e a condição social e financeira da vítima. Requereu a improcedência da demanda e alternativamente, a fixação dos danos materiais nos precisos limites das benfeitorias e o arbitramento do dano moral em quantia razoável e proporcional. A sentença combatida foi lavrada nos seguintes termos:

(...)

Neste caso, observando-se a exigência do bem comum, apresentando-se mais justa e equânime para o caso em concreto, decido arbitrar os danos morais em R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) e os danos materiais, consistente na indenização das benfeitorias feitas pela autora (imóvel residencial e bens móveis que lhe guarneciam), em R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

Ante o exposto, julgo parcialmente procedente o pedido, para extinguir a ação com resolução do mérito, nos termos do art. 269, I do Código de Processo Civil. Condene, por fim, a ré ao pagamento das custas judiciais e honorários advocatícios, que fixo em 20% sobre o valor da condenação. P.R.I.C.

O voto do Desembargador Relator manteve a sentença intocável. Do exame das teses trazidas a discussão concordo com a existência do ato ilícito praticado pela Ré, o nexo de causalidade e do dever de indenizar a Autora/Apelado em danos morais e materiais. Meu ponto de divergência se resume, somente, quanto a quantificação do dano material, porque o IPTU juntado pela Autora com a inicial (fls. 14) destaca que dos 89,30m², da área total do imóvel, apenas, 38m² era área construída, e possuía o valor venal de R\$ 4.966,64 (quatro mil, novecentos e sessenta e seis reais e sessenta a quatro centavos). Sobre os danos materiais, o art. 402 do Código Civil de 2002 estatui o seguinte, verbis:

“Art. 402 - Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar” (g.n.)

Cumpra-se registrar que a espécie de dano material suscitada pela parte autora é a de dano emergente. Nesse contexto, podem-se evidenciar as lições trazidas por Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald ao abordar o tema:

Configuram os prejuízos necessariamente nascidos da ação ou omissão danosa.

Nem sempre o dano emergente consistirá na diminuição do ativo do lesado, pois poderá eventualmente resultar no aumento de seu passivo, naquelas hipóteses em que se encontra em situação de insolvência e a lesão apenas acentua a sua debilidade econômica. (FARIA, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. Curso de direito civil: responsabilidade civil. p. 286 vol. 3, Salvador: JusPodivm, 2014.)

A um só tempo, destarte, deve-se ver na ação a prova desse efetivo dano, vez que não pode ser presumido. Neste sentido é a orientação jurisprudencial, valendo destacar:

“Ausente prova cabal dos prejuízos aferíveis economicamente, indevida a indenização por dano material”. (TJMG, 16ª Câmara Cível, Apelação nº 1.0699.03.026640-6/001, Relator Des. Bitencourt Marcondes, acórdão de 29.04.2009, publicação de 05.06.2009).

“(…) Os danos materiais não são presumidos, assim, alegados pela parte hão de ser devidamente comprovados, para a fixação do quantum indenizatório. (…)” (TJMG - Décima Terceira Câmara Cível - Apelação nº 1.0145.05.215304-9/001, Relatora: Hilda Teixeira da Costa, j. 16.02.2006).

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO ORDINÁRIA - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS - LEGITIMIDADE PASSIVA DA EMPRESA RÉ - PRELIMINARAFASTADA - CAUSA MADURA - JULGAMENTO DO MÉRITO - ANÁLISE DO CONJUNTO PROBATÓRIO - CONSIGNAÇÃO DE CARRO EM EMPRESA REVENDEDORA DE VEÍCULOS - ACIDENTE DE TRÂNSITO CAUSADO POR PREPOSTO - DANOS MATERIAIS COMPROVADOS - DANOS MORAIS NÃO CONFIGURADOS - PEDIDO JULGADO PARCIALMENTE PROCEDENTE. - A análise das condições da ação deve ser realizada in statu assertionis, com base na narrativa realizada pelo autor na petição inicial. - Em se concluindo pela pertinência subjetiva da empresa ré para responder pelos efeitos da demanda, deve ser reconhecida a sua legitimidade para figurar no polo passivo do feito. - A teor do que dispõe o art. 1.013, § 3º, I, do CPC/2015, se o processo estiver em condições de imediato julgamento, o Tribunal deve decidir, desde logo, o mérito quando reformar sentença fundada no art. 485, do mesmo Diploma Legal. - O conjunto probatório dos autos leva a crer que o automóvel da autora/apelante foi danificado no período em que o referido bem se encontrava consignado para venda no estabelecimento da empresa ora recorrida. - Vale ressaltar que o art. 932, III, do Código Civil, prevê a responsabilidade do empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele. - A ré não logrou êxito em comprovar a existência de qualquer fato extintivo, modificativo ou impeditivo do direito da autora conforme o disposto no inciso II, do artigo 373 do CPC. - Os danos materiais devem ser devidamente comprovados, tanto no que se refere à sua existência, assim como quanto à sua extensão. - A situação constante dos autos consubstancia mero

percalço, aborrecimento comum do dia-a-dia, não suficiente à responsabilização civil da ré, ora apelada, não sendo capaz de ensejar, por si só, indenização por danos morais. (TJMG - Apelação Cível 1.0024.13.235842-5/002, Relator(a): Des.(a) Shirley Fenzi Bertão, 11ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 24/01/2018, publicação da súmula em 31/01/2018)

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS - CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇOS PÚBLICOS - SERVIÇOS DE TELEFONIA E INTERNET - TRANSFERÊNCIA DE ENDEREÇO - DEMORA NA TRANSFERÊNCIA DOS SERVIÇOS - DANOS MATERIAIS NÃO COMPROVADOS - DANO MORAL COMPROVADO MONTANTE FIXADO SEGUNDO OS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE.

- Inexistindo prova nos autos acerca de efetivos danos econômicos, a reparação por danos materiais é indevida, eis que os danos materiais devem ser provados por quem alega, SENDO INVIÁVEL O RESSARCIMENTO DE DANO HIPOTÉTICO OU EVENTUAL.

- Tendo em vista que o valor a título de dano moral foi fixado de forma a atender os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, não há que se falar em sua majoração. (TJMG - Apelação Cível 1.0145.15.020915-6/001, Relator(a): Des.(a) Marcos Henrique Caldeira Brant, 16ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 13/12/0017, publicação da súmula em 24/01/2018)

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. ACIDENTE COM VEÍCULO. CULPA DO CONDUTOR. LESÕES CORPORAIS. INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. CABIMENTO. DANOS MATERIAIS. IMPOSSIBILIDADE. APELO PARCIALMENTE PROVIDO.

I - Constatada a ocorrência dos elementos da responsabilidade civil e, inexistindo causa excludente, deve ser garantida a indenização pelos danos suportados pela vítima de atropelamento em via pública. II - É devido o pagamento de indenização por dano moral em decorrência de lesões corporais havidas em acidente de trânsito, pois o dano moral pode ser comprovado pela demonstração da ocorrência do ato ilícito.

III - O ressarcimento por dano material depende da comprovação dos prejuízos. Precedentes desta Câmara. (AC nº 17049/2007 - PEDREIRAS. Segunda Câmara Cível. Rel. Des. Marcelo Carvalho Silva. Julgado em 11.12.2007).

IV - A fixação do valor da indenização a título de dano moral pelo magistrado somente pode ser modificada se desbordante dos princípios da razoabilidade.

V - Apelo parcialmente provido.

(TJMA - AC nº 1029/2008 - AÇAILÂNDIA - Acórdão nº 71.576/2008. Segunda Câmara Cível. Rel. Des. MARCELO CARVALHO SILVA. Julgado em 26.02.2008) (Grifei).

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. NEGÓCIOS JURÍDICOS BANCÁRIOS. AÇÃO INDENIZATÓRIA. PROCESSUAL CIVIL. CARÊNCIA DA AÇÃO. PRELIMINAR

AFASTADA. MÉRITO. ACORDO PARA LIQUIDAÇÃO DA DÍVIDA. PAGAMENTO. DEMORA NA LIBERAÇÃO DO GRAVAME HIPOTECÁRIO. DANO MATERIAL. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. Os danos materiais, inserindo-se, neste contexto, os lucros cessantes (aquilo que o credor razoavelmente deixou de lucrar, ou seja, a diminuição potencial de seu patrimônio) e as perdas e danos (o que efetivamente perdeu), não se presumem, devendo ser cabalmente especificados, quantificados e comprovados, sendo inviável o reconhecimento de danos hipotéticos. Ausência de demonstração no caso concreto. (...) RECURSO DESPROVIDO. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70074919747, Décima Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Pedro Celso Dal Pra, Julgado em 14/12/2017)

PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. CONTRATO DE LOCAÇÃO. ALEGAÇÃO DE ATRASO NA DEVOLUÇÃO DA CHAVE E MUDANÇA DO SISTEMA DE ENERGIA ELÉTRICA. DANOS MATERIAIS NÃO COMPROVADOS. DANOS MORAIS. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL. SENTENÇA MANTIDA. I? A caracterização do dever de indenizar, faz-se necessária a verificação dos pressupostos da responsabilidade civil, quais sejam, a conduta, o dano ou prejuízo, o nexo de causalidade e, por fim, nos casos em que a responsabilidade não for objetiva, a culpa. II? (...) A prova do dano moral resulta de dor, sofrimento, e lesão aos sentimentos íntimos. Já os danos materiais representam o efetivo desfalque no patrimônio da vítima, devendo ser comprovada cabalmente, assim como os lucros cessantes, sendo a mera menção insuficientes para a sua caracterização. III? A comprovação da conduta praticada pelo agente ofensor deve ser clara e bem fundamentada, sob pena do instituto da indenização ser transformado numa indústria de enriquecimento ilícito. IV - Improcedente deve ser o pedido de indenização, na ausência de prova cabal do dano, da culpa e do nexo de causalidade, que traduz os pressupostos do dever de indenizar. V? Apelação improvida.

(TJPA, 2016.04372790-67, 166.870, Rel. NADJA NARA COBRA MEDA, Órgão Julgador 3ª CÂMARA CÍVEL ISOLADA, Julgado em 2016-10-27, Publicado em 2016-11-01)

No caso em tela, tenho que a Autora/Apelada cumpriu a contento o seu ônus probandi, concernente a demolição de seu imóvel, inclusive, por ter sido confessado pelo Réu/Apelante.

Entretanto, não parece crível a estimativa de prejuízo sugerida pelo Juízo de piso concernente ao imóvel e os bens que guarneciam a residência da Autora/Apelante, sem fundamentar os parâmetros que o levaram a mensuração de tal montante, sem realizar perícia, que apurou o montante de R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

É certo que o juiz não é obrigado a ser detentor de todo tipo de conhecimento necessário para decidir um processo. Todavia, nas causas em que a matéria envolvida exigir conhecimentos técnicos ou científicos próprios a prova pericial é condição necessária, para avaliar a ocorrência do ilícito e o dano, na forma do art. 145, do CPC/73, vejamos:

Art. 145. Quando a prova do fato depender de conhecimento técnico ou científico, o juiz será assistido por perito, segundo o disposto no art. 421.

In casu, a perícia é necessária para se arbitrar o valor justo a ser indenizado, porque a jurisprudência é uníssona no sentido de que o dano material não se presume, depende de prova robusta de prejuízo patrimonial efetivamente suportado.

No que concerne essa ausência de demonstração, o fato de o julgador não estar convencido acerca da extensão do dano sofrido, na esteira do entendimento do STJ, como também dos Tribunais Pátrios, não impede o reconhecimento do dever de indenizar, cujo montante poderá ser apurado em sede de liquidação de sentença.

Nesse sentido os julgados a seguir, do STJ:

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. DANOS MATERIAIS. LUCROS CESSANTES. APURAÇÃO EM LIQUIDAÇÃO. POSSIBILIDADE. SÚMULA 83/STJ. QUANTUM INDENIZATÓRIO E DECISÃO EXTRA PETITA. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. AGRAVO DESPROVIDO. 1. Verifica-se que o Tribunal de origem analisou todas as questões relevantes para a solução da lide, de forma fundamentada, não havendo que se falar em negativa de prestação jurisdicional.

2. A jurisprudência desta Corte Superior entende que reconhecido an debeatur (o direito à indenização), o quantum debeatur (valor da indenização) pode ser discutido em liquidação da sentença por arbitramento, nos termos do art. 475-C do CPC. Precedentes.

3. Não se conhece de recurso especial em que a parte recorrente deixa de apontar o dispositivo legal violado ou cuja interpretação tenha sido divergente. Incidência do verbete n. 284 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg nos EDcl no AREsp 768.045/PR, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/02/2016, DJe 10/03/2016)

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. INDENIZAÇÃO. DANOS MATERIAIS. PEDIDO EM VALOR CERTO. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 459, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. FIXAÇÃO DO VALOR DA CONDENAÇÃO EM LIQUIDAÇÃO POR ARBITRAMENTO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. NECESSIDADE DE PERÍCIA. REEXAME DE PROVA. SÚMULA 7/STJ. NÃO IMPUGNAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO. SÚMULA 283/STF.

1. O recurso especial foi interposto contra o acórdão do Tribunal a quo que, em reexame necessário, reformou a sentença que havia relegado à fase de liquidação de sentença a apuração dos valores devidos pelo município, para determinar que a liquidação se dê por arbitramento, limitado, contudo, ao valor solicitado na petição

inicial. Contudo, nas razões de recurso, o recorrente não impugna de forma clara e precisa os fundamentos que levaram o Tribunal a quo a determinar que a liquidação se desse por arbitramento, levando em conta as circunstâncias de que haveria necessidade de realizar-se perícia para apuração dos lucros cessantes e danos emergentes, atraindo a incidência da Súmula 283/STF.

2. Ademais, não é possível nesta instância discutir sobre a necessidade da perícia judicial ou a desnecessidade de apuração do valor da condenação em liquidação, uma vez que tais questões demandam o reexame do substrato fático-probatório dos autos, vedado pela Súmula 7/STJ.

3. Por fim, vale lembrar o entendimento desta Corte no sentido de que “não é ilíquida a sentença, se havendo pedido certo, o juiz convencido da procedência da extensão do pedido, reconhecer-lhe o direito, remetendo as partes a liquidação” (AgRg nos EDcl no Ag 762.469/MS, Ministro Vasco Della

Giustina, Desembargador convocado do TJ/RS). Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 714.969/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/08/2015, DJe 01/09/2015)

RECURSO ESPECIAL (ART. 105, III, A E C, DA CF)- AÇÃO INDENIZATÓRIA - CONTRATO DE LOCAÇÃO - BEM ALIENADO A TERCEIRO - DESRESPEITO AO DIREITO DE PREFERÊNCIA DO LOCATÁRIO - AVERBAÇÃO DO AJUSTE NO REGISTRO IMOBILIÁRIO - PRESCINDIBILIDADE - PERDAS E DANOS - QUANTUM A SER FIXADO EM LIQUIDAÇÃO - RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E PROVIDO. 1. (...). 3. Uma vez delineados os danos emergentes e lucros cessantes pretendidos pelo demandante na petição inicial da ação indenizatória, JURIDICAMENTE VIÁVEL SE AFIGURA O DIFERIMENTO DA APURAÇÃO E EFETIVA COMPROVAÇÃO DAS PERDAS E DANOS NA FASE SUBSEQUENTE DE LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. 4. Recurso especial parcialmente conhecido e, em tal extensão, provido. (REsp 912.223/RS, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 06/09/2012, DJe 17/09/2012) - grifou-se.

“RECURSO ESPECIAL. IMÓVEL. DEFEITOS. PEDIDO CERTO. SENTENÇA ILÍQUIDA. POSSIBILIDADE.

1. CASO O JUIZ NÃO SE CONVENÇA DA PROCEDÊNCIA DO PEDIDO CERTO EM TODA A SUA EXTENSÃO, PODE RECONHECER PARCIALMENTE O DIREITO, REMETENDO A APURAÇÃO DO MONTANTE À FASE DE LIQUIDAÇÃO.

2. Recurso especial conhecido em parte e, nesta extensão, provido.”

(REsp 259.607/SP, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, Rel. p. Acórdão Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 5/11/2009, DJe 16/11/2009.)

RESPONSABILIDADE CIVIL. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 159 DO CÓDIGO CIVIL DE 1916. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL CONFIGURADO. CONTRATO DE SEGURO. INADIMPLÊNCIA DA SEGURADORA. RECUSA INJUSTIFICADA AO PAGAMENTO DA APÓLICE. ÓBICE À

RETOMADA DA ATIVIDADE EMPRESARIAL. NECESSIDADE DE REPARAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE LIMITAÇÃO PELO VALOR DA APÓLICE. 1. (...) 5. SENDO IMPOSSÍVEL QUANTIFICAR O DANO SOFRIDO PELA AUTORA, IMPÕE-SE SUA APURAÇÃO DETALHADA EM LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA, A SER REALIZADA POR ARTIGOS. 6. A indenização em lucros cessantes deve levar em consideração o “tempo razoável” para prolongamento das atividades da empresa, assim como o efetivo lucro líquido anteriormente percebido. Recurso especial conhecido e provido. (REsp 631.198/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 02/10/2008, DJe 13/10/2008) - grifou/se.

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO. INDENIZAÇÃO. DANOS MATERIAIS. PEDIDO CERTO E SENTENÇA ILÍQUIDA. SUPOSTA VIOLAÇÃO DO ART. 459, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. FIXAÇÃO DO VALOR DA CONDENAÇÃO EM LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. DESPROVIMENTO.

1. O ART. 459, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC, DEVE SER INTERPRETADO SISTEMATICAMENTE E EM CONSONÂNCIA COM O PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO (ART. 131), RAZÃO PELA QUAL O JUIZ, CASO NÃO CONVENCIDO DA EXTENSÃO DO PEDIDO CERTO FORMULADO PELO AUTOR, PODE RECONHECER-LHE O DIREITO, REMETENDO AS PARTES À FASE DE LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA.

2. O réu não tem legitimidade para requerer a nulidade decorrente da não-observância da regra prevista no art. 459, parágrafo único, do CPC, dependendo-se, para tanto, da iniciativa do destinatário da norma: o autor.

3. Recurso especial desprovido.”

(REsp 797.332/RR, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/6/2007, DJ 2/8/2007, p. 360.)

RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. PROCESSUAL CIVIL. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. NULIDADE DA CITAÇÃO. VIOLAÇÃO AO 247 POR SUPOSTA INOBSERVÂNCIA AO ART 277, § 2º, DO CPC. INOCORRÊNCIA. REVELIA CONFIGURADA, NOS TERMOS NO ART. 319, DO CADERNO PROCESSUAL. DECISÃO EXTRA E ULTRA PETITA. DESCONFIGURAÇÃO.

I - O afastamento do juiz que colheu a prova oral não impede que seja a sentença proferida pelo seu sucessor, o qual, se entender necessário, poderá mandar repetir as provas já produzidas, não se revestindo de caráter absoluto o princípio da identidade física do juiz.

II - Tendo sido expedido mandado de citação ao Réu, e não logrando êxito o Juízo monocrático ao cumprimento do ato judicial, resultando em nova diligência por meio de Carta Precatória, esta cumprida após inúmeras e incansáveis diligências do meirinho, deixando o representante legal da Recorrente correr in albis o prazo

para a contestação da ação, resta evidente a decretação da revelia, em observância do art. 319 do CPC.

III - A alegação infundada de nulidade de sentença ilíquida, por julgamento ultra e extra petita, ao argumento de que fora formulado pedido certo não merece trânsito, porquanto a jurisprudência desta Corte reconhece que o enunciado do art. 459, parágrafo único, do CPC, deve ser lido em consonância com o sistema que contempla o princípio do livre convencimento (art. 131), de sorte que, não estando o juiz convencido da procedência da extensão do pedido certo formulado pelo autor, pode reconhecer-lhe o direito, remetendo as partes para a liquidação.

IV - Recurso especial não conhecido.

(REsp 547.662/AC, Rel. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/12/2004, DJ 01/02/2005, p. 541) - grifou-se.

In casu, é incontroverso que a Autora residia a longos anos no terreno localizado na Rua WA 1, Jardim Bom Futuro, 17, bairro da Cabanagem, nesta Capital, com área total de 89,30m² e 38m² de área construída, avaliada pela SEFIN em R\$ 4.966,64 (quatro mil, novecentos e sessenta e seis reais e sessenta a quatro centavos), sendo incontroverso que agia como se dona fosse, preenchendo os requisitos do Usucapião Especial Urbano, na forma do art. 183, da CF, não podendo a indenização se limitar a indenização em benfeitoria como pleiteado pelo G. L., mas sim com a apuração do prejuízo efetivo, a saber: o valor venal do imóvel, as suas benfeitorias e móveis que guarneciam o bem.

Contudo, mesmo não se podendo mais periciar fisicamente o imóvel, por ter sido demolido, deve a obrigação ser revertida em perdas e danos e como tal, deve ser a indenização apurada em liquidação da sentença por arbitramento, na forma do art. 510, do NCPC, por que não há qualquer liame lógico no salto do valor venal do imóvel apurado pela SEFIN no montante de R\$ 4.966,64 (quatro mil, novecentos e sessenta e seis reais e sessenta a quatro centavos), fls. 14 para a estimativa de R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

Na oportunidade, transcrevo o art. 475-E do CPC/73 e o art. 509, do NCPC, que possibilita a solução proposta em meu voto:

CPC/73

Art. 475-E. Far-se-á a liquidação por artigos, quando, para determinar o valor da condenação, houver necessidade de alegar e provar fato novo

NCPC

Art. 509. Quando a sentença condenar ao pagamento de quantia ilíquida, proceder-se-á à sua liquidação, a requerimento do credor ou do devedor:

I - por arbitramento, quando determinado pela sentença, convencionado pelas partes ou exigido pela natureza do objeto da liquidação;

II - pelo procedimento comum, quando houver necessidade de alegar e provar fato novo.

Consigne que o IPTU (fls. 14), a conta de energia elétrica no valor de R\$ 35,40 e as fotos de fls. 19/23 e 28 não são elementos suficientes à demonstração do prejuízo real da Apelante. Por tais razões, é evidente a necessidade da liquidação por arbitramento, porque a matéria poderá ser melhor apreciada pelo Juízo a quo com a coleta de provas para apuração do valor justo a título de indenização por danos materiais. Assim, DIVIRGO do voto do Relator, porque não se pode manter o arbitramento dos danos materiais em quantia equivalente a R\$ 100.000,00 (cem mil reais), sem qualquer parâmetro científico ou documental, sob o risco de incorrer em ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA.

Neste mesmo sentido, o posicionamento dos Tribunais Pátrios:

TJSP

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - Apelação cível/Reexame necessário - Indenização por danos materiais - Desabamento de hangar municipal sobre aeronave - Alegação de força maior afastada - Negligência da Municipalidade, dano e nexos causais caracterizados - Valor da indenização a ser definido em fase de liquidação de sentença - Alegação de omissão e contradição - Inocorrência - Pretendida rediscussão da matéria - Impossibilidade - Não cabe, em sede de embargos de declaração, rediscutir matéria que já foi objeto de decisão - Recurso com caráter infringente - Embargos de declaração rejeitados.

(TJSP, Embargos de Declaração 1002225-07.2015.8.26.0048; Relator (a): Eutálio Porto; Órgão Julgador: 12ª Câmara Extraordinária de Direito Público; Foro de Atibaia - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 11/12/2017; Data de Registro: 11/12/2017)

“DIREITO DE VIZINHANÇA - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - CONSTRUÇÃO QUE OCASIONOU A QUEDA DE PARTE DO IMÓVEL LINDEIRO - APELAÇÃO DA RÉ INTERPOSTA COM ANTERIORIDADE AO JULGAMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - AUSÊNCIA DE RATIFICAÇÃO - APURAÇÃO DOS DANOS MATERIAIS EM SEDE DE LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA - POSSIBILIDADE, DESDE QUE RECONHECIDO O AN DEBEATUR - RECURSO DA RÉ NÃO CONHECIDO, IMPROVIDO O DO AUTOR. Reconhecido o an debeatatur (o direito à indenização), o quantum debeatatur (valor da indenização) pode ser discutido em liquidação da sentença”.

(TJSP, Apelação 0012255-83.2010.8.26.0278; Relator (a): Renato Sartorelli; Órgão Julgador: 26ª Câmara de Direito Privado; Foro de Itaquaquecetuba - 3ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 09/03/2017; Data de Registro: 10/03/2017) INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA - Danos materiais e morais - Vícios de construção - Negativa de cobertura sob a alegação de exclusão contratual - Improcedência do pedido - Inconformismo da autora - Acolhimento - Danos incontroversos - Abusividade da cláusula excludente de cobertura dos vícios de construção - Precedentes deste Egrégio Tribunal - Danos materiais a serem apurados em liquidação - Danos morais não configurados - Fatos que não ultrapassaram a esfera do mero aborrecimento - Sentença reformada para julgar procedente o pedido de indenização por danos materiais - Recurso

provido em parte.

(TJSP; Apelação 1029866-37.2016.8.26.0564; Relator (a): J.L. Mônaco da Silva; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Privado; Foro de São Bernardo do Campo - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 07/02/2018; Data de Registro: 08/02/2018)

PROCESSUAL CIVIL - NULIDADE PARCIAL DA SENTENÇA - EXTRA PETITA - RECONHECIMENTO - CAUSA MADURA - JULGAMENTO DO PEDIDO NOS TERMOS DO ART. 1.014, § 3º, II, DO CPC. Desbordando parcialmente a sentença do pedido da autora, há que se reconhecer a sua nulidade nesta parte e, nos termos do art. 1.014, § 3º, II, do CPC, passar ao julgamento da causa. DIREITO DE VIZINHANÇA - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL E MORAL -- IRREGULARIDADE DE ESCAVAÇÃO E CONSTRUÇÃO DE MURO DE ARRIMO COMPROVADAS POR LAUDO PERICIAL - AFETAÇÃO DO IMÓVEL VIZINHO DA AUTORA - NEXO DE CAUSALIDADE EVIDENCIADO - EXISTÊNCIA DANO MATERIAL - RECONHECIMENTO - INDENIZAÇÃO A SER ARBITRADA EM SEDE DE LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA (ART. 509, I, DO CPC) - DANO MORAL - CARACTERIZAÇÃO - COMPENSAÇÃO ARBITRADA EM R\$ 12.000,00 - PERTINÊNCIA. I- Comprovado que as rés procederam obras em imóvel de sua propriedade que afetaram a residência vizinha da autora, determinando neste várias patologias, pertinente o pedido indenizatório; II- A quantificação da indenização fica relegada à fase de liquidação de sentença, por arbitramento; III- O comprometimento da residência da autora, com perigo de desabamento e habitabilidade em razão da ação das rés, é fator caracterizador de dano imaterial; IV- Eleito o valor compensatório pelo dano imaterial em atenção aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, de rigor a sua manutenção.

(TJSP; Apelação 0006587-09.2011.8.26.0663; Relator (a): Paulo Ayrosa; Órgão Julgador: 25ª Câmara Extraordinária de Direito Privado; Foro de Votorantim - 1ª VARA CIVEL; Data do Julgamento: 07/12/2016; Data de Registro: 13/12/2016)

TJMG

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS - CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇOS PÚBLICOS - SERVIÇOS DE TELEFONIA E INTERNET - TRANSFERÊNCIA DE ENDEREÇO - DEMORA NA TRANSFERÊNCIA DOS SERVIÇOS - DANOS MATERIAIS NÃO COMPROVADOS - DANO MORAL COMPROVADO - MONTANTE FIXADO SEGUNDO OS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE.

- Inexistindo prova nos autos acerca de efetivos danos econômicos, a reparação é por danos materiais é indevida, eis que os danos materiais devem ser provados por quem alega, SENDO INVIÁVEL O RESSARCIMENTO DE DANO HIPOTÉTICO OU EVENTUAL.

- Tendo em vista que o valor a título de dano moral foi fixado de forma a atender os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, não há que se falar em sua majoração. (TJMG - Apelação

Cível 1.0145.15.020915-6/001, Relator(a): Des.(a) Marcos Henrique Caldeira Brant, 16ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 13/12/0017, publicação da súmula em 24/01/2018)

APELAÇÃO CÍVEL. REPARAÇÃO DE DANO MATERIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. REQUISITOS. EXISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA EXTENSÃO DO DANO. APURAÇÃO VIA LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA - Estando presentes os requisitos ensejadores da responsabilidade civil, a ausência de comprovação da extensão do dano material não tem o condão de excluir a responsabilidade de quem o causou, podendo o valor da reparação ser apurado via liquidação de sentença. (TJMG - Apelação Cível 1.0405.11.000410-9/001, Relator(a): Des.(a) Luiz Carlos Gomes da Mata, 13ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 16/08/2012, publicação da súmula em 22/08/2012)

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - ACIDENTE DE TRÂNSITO - DANO MATERIAL COMPROVADO - VALOR DA REPARAÇÃO A SER APURADO EM LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA - POSSIBILIDADE - DANO MORAL CARACTERIZADO - FIXAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO - RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE - DANO ESTÉTICO CARACTERIZADO - FIXAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO - EXTENSÃO DO DANO. Os danos materiais não são presumidos, sendo necessária a sua efetiva comprovação. Havendo certeza acerca do dever de indenizar, inexistindo, contudo, certeza do valor da reparação, em nome da segurança jurídica, a indenização por danos materiais deve ser apurada em liquidação de sentença, cabendo registrar, ainda, que a apuração de tal valor deverá guardar relação direta com o acidente e com os danos já comprovados nos autos. (...) (TJMG - Apelação Cível 1.0382.11.007197-6/001, Relator(a): Des.(a) José de Carvalho Barbosa, 13ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 19/05/2016, publicação da súmula em 03/06/2016)

TJRS

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. NEGÓCIOS JURÍDICOS BANCÁRIOS. AÇÃO INDENIZATÓRIA. PROCESSUAL CIVIL. CARÊNCIA DA AÇÃO. PRELIMINAR AFASTADA. MÉRITO. ACORDO PARA LIQUIDAÇÃO DA DÍVIDA. PAGAMENTO. DEMORA NA LIBERAÇÃO DO GRAVAME HIPOTECÁRIO. DANO MATERIAL. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. Os danos materiais, inserindo-se, neste contexto, os lucros cessantes (aquilo que o credor razoavelmente deixou de lucrar, ou seja, a diminuição potencial de seu patrimônio) e as perdas e danos (o que efetivamente perdeu), não se presumem, devendo ser cabalmente especificados, quantificados e comprovados, sendo inviável o reconhecimento de danos hipotéticos. Ausência de demonstração no caso concreto. (...) RECURSO DESPROVIDO. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70074919747, Décima Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Pedro Celso Dal Pra, Julgado em 14/12/2017)

TJMA

¿DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. ACIDENTE COM VEÍCULO. CULPA DO CONDUTOR. LESÕES CORPORAIS. INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. CABIMENTO. DANOS MATERIAIS. IMPOSSIBILIDADE. APELO PARCIALMENTE PROVIDO.

I - Constatada a ocorrência dos elementos da responsabilidade civil e, inexistindo causa excludente, deve ser garantida a indenização pelos danos suportados pela vítima de atropelamento em via pública.

II - É devido o pagamento de indenização por dano moral em decorrência de lesões corporais havidas em acidente de trânsito, pois o dano moral pode ser comprovado pela demonstração da ocorrência do ato ilícito.

III - O ressarcimento por dano material depende da comprovação dos prejuízos. Precedentes desta Câmara. (AC nº 17049/2007 - PEDREIRAS. Segunda Câmara Cível. Rel. Des. Marcelo Carvalho Silva. Julgado em 11.12.2007).

IV - A fixação do valor da indenização a título de dano moral pelo magistrado somente pode ser modificada se desbordante dos princípios da razoabilidade.

V - Apelo parcialmente provido.

(TJMA - AC nº 1029/2008 - AÇAILÂNDIA - Acórdão nº 71.576/2008. Segunda Câmara Cível. Rel. Des. MARCELO CARVALHO SILVA. Julgamento em 26.02.2008) (Grifei).

Finalmente, acrescento não concordar com a manifestação no sentido de que a indenização é devida com base na subjetividade do quanto o bem valia para a Autora, quer por ter sido seu lar ou realizar cultos religiosos no imóvel, como referido pelo Desembargador Relator e a Desembargadora Maria do Céu Maciel Coutinho nas sessões anteriores, vejamos:

DES. CONSTANTINO: (Continua leitura do relatório). Voto: (Lê).

“... Assim, ante o exposto, conheço e nego provimento ao recurso protocolizado, mantendo-se in totum a sentença prolatada pelo juízo de 1º grau”.

Aqui apresentei meus argumentos. Os trinta mil pelo dano moral e os 100 mil pelo dano material, levando em consideração não o valor material do bem, mas porque era o lar dela e da filha. ENTENDO QUE UM LAR NÃO TEM PAGAMENTO, POR MAIS SIMPLES QUE SEJA, COMO ERA O DELA. É o meu voto.

(...)

DESª. PRESIDENTE: Eu já vou votar. Acompanho Vossa Excelência no total do seu voto, porque entendo aqui que a apelada relutou por muito tempo para vender o imóvel pelo preço que as outras partes estavam aceitando. Vinte ou trinta mil reais, ela não tinha obrigação de aceitar. Foi o valor que foi oferecido para as outras partes. Cada um é cada um. Então, ela sabia o imóvel dela, o valor do imóvel dela para ela, financeiramente, mesmo sem levar em consideração o dano moral ela sabia e também o pessoal do L. Supermercado, apelante, sabia da importância daquele imóvel, não era só um imóvel residencial, era um imóvel que ela fazia as orações junto com

o pessoal da religião dela, do culto dela e foi uma relutância tamanha que todos venderam, menos ela. Então, desembargadores, eu acredito que está justo o voto.

Então, eu acompanho. (...)

NOTAS TAQUIGRÁFICAS DA 2ª SESSÃO ORDINÁRIA DA 1ª TURMA DE DIREITO PRIVADO, REALIZADA EM 05 DE FEVEREIRO DE 2018 (fls. 207-verso)

DESª. PRESIDENTE: O Desembargador relator mantém o voto, acrescentando o que foi dito por ele. Manifesto-me, além do que, desembargador, quem causou toda essa celeuma foi o próprio apelante, derrubou a casa, aproveitou a ausência da apelada com a filha ou filho, que ficaram ausentes uns 30 dias, tanto que recolheu os bens móveis para um depósito dele, próprio, além do mais, ele mesmo ofereceu o valor de cem mil reais, e também entendo que a liquidação por arbitramento prescinde da perícia, então acompanho o voto do relator.

(...)

DES. CONSTANTINO:

Quero rememorar algo.

Quando analisei esse processo, me veio à mente algo que aprendi há muito tempo, anos atrás, ao ler uma decisão da Desembargadora Maria Lúcia Gomes dos Santos. Era uma vacaria, daquela época, o proprietário tinha permitido que o zelador fizesse uma residência lá, quando ele veio a falecer os filhos resolveram tirar tudo, inclusive mandá-lo embora; e veio a ela o processo, e ela mandou indenização com a mesma conotação que dei: o que significa um lar para aquele homem? E ela termina a decisão dela dizendo: “e foi o que fiz. As partes deverão recorrer. O juiz está tranquilo.” Eu ainda estava em Moju quando vi essa decisão dela, e até hoje permanece na minha mente como fundamento para se ser justo. Não é só se aplicar a lei, é se reconhecer a realidade de uma pessoa.

Só esse acréscimo que queria dar. (...)

NOTAS TAQUIGRÁFICAS DA 4ª SESSÃO ORDINÁRIA DA 1ª TURMA DE DIREITO PRIVADO, REALIZADA EM 26 DE FEVEREIRO DE 2018 (fls. 209-verso)

Segundo o Dicionário Michaelis, o termo “Lar” vem do lugar da casa onde se acende a lareira; o fogo; o fogão, mas ganhou uma conotação sentimental sobre a habitação de uma pessoa ou família, o torrão natal, pátria, a família ou sua casa. [Dicionário Português Online: Moderno Dicionário da Língua Portuguesa - Michaelis - UOL.]

Tal conotação subjetiva do conceito de lar está intrinsecamente ligado ao DANO MORAL, portanto, é inservível ao julgamento em discussão, porque as questões alusivas ofensa ou violação dos bens de ordem moral da autora, já foi resolvido com a condenação do Apelante ao pagamento de R\$ 30.000,00, por danos morais, não podendo se majorar, em decorrência da Autora não ter recorrido.

Insisto, não é justo a fixação dos danos materiais, como base no valor que a Autora/Apelada entende devido, porque o art. 402 do Código Civil de 2002 exige a comprovação do que ele efetivamente se perdeu.

Nesse sentido, considerando a jurisprudência do STJ no sentido de que é possível discutir o quantum debeaturs de danos materiais, de forma mais detalhada, na fase de liquidação, quando já reconhecido o an debeaturs (AgInt no AREsp 1047404/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/08/2017, DJe 25/08/2017) e que NÃO HÁ PROVAS SUFFICIENTES PARA APURAÇÃO DO QUANTUM DEVIDO, mantenho a divergência, evitando-se assim a violação da norma jurídica (art. 402, do CC e o art. 145, do CPC/73 c/c o art. 156 e 926, do NCPC)

DISPOSITIVO.

Ante o exposto, CONHEÇO E DOU PARCIAL PROVIMENTO AO APELO, reformando a sentença no que tange a fixação da indenização por danos materiais no montante de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), para que o valor da indenização dos danos materiais, seja apurado em liquidação por arbitramento o valor venal do referido imóvel, as benfeitorias e móveis que guarneciam o bem, no momento da demolição, ou seja, 29.01.2007, acrescido de juros de mora de 1% e correção monetária pelo IGP-M.

É como voto.

VOTO

O EXMO. SR. DESEMBARGADOR CONSTANTINO AUGUSTO GUERREIRO (DESEMBARGADOR RELATOR):

Em acréscimo ao voto proferido por este Relator em 05/02/2018, nos autos do processo supramencionado, colaciono aos mesmos a seguinte manifestação:

No voto proferido por este julgador, no tocante ao Dano Material, assim ficou consignado:

Portanto, tendo sido caracterizado o dano material (uma vez que a residência da autora de fato foi demolida por ato praticado pela ré), tendo esta inviabilizado a realização de perícia no imóvel, ante a demolição do bem, entendo, por bem, por considerar o valor requerido pela recorrida, no momento da audiência de instrução e julgamento, que aduziu que venderia a referida casa por R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

Isto porque, conforme verificado em alhures, restou inviabilizada a realização de perícia no imóvel, o que irá inviabilizar, também, a realização da liquidação da sentença por arbitramento, como requer o recorrente, posto que “o juiz somente fixará em sentença essa espécie de liquidação quando entender que o quantum debeaturs só poderá ser obtido por meio da realização de uma perícia” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil – Volume Único, 8ª ed, Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, Pág. 791), o que não poderá mais ser realizado, conforme já mencionado.

Também não é caso de liquidação pelo procedimento comum, que também era chamada de liquidação por artigos, que somente é cabível “quando for necessária para a definição do quantum debeaturs a alegação e prova de **fato novo**, sendo essencial para a compreensão do instituto processual a

conceituação de *fato novo* [...] Por *fato novo* deve-se entender aquele que não foi objeto de análise e decisão no processo no qual foi formado o título executivo que se busca liquidar” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil – Volume Único, 8ª ed, Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, Pág. 793/794), o que também não se coaduna com o presente caso, posto que a demolição do imóvel já havia ocorrido, no momento da protocolização da ação.

Assim, ante a singularidade do presente caso, transcrevo jurisprudência pátria, aplicada em casos similares de demolição, onde se tornou inviável a realização de perícia:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. AÇÃO INDENIZATÓRIA. DEMOLIÇÃO DA CASA DO AUTOR, LOCALIZADA NO TERRENO DA RÉ. PREJUÍZOS MATERIAIS E MORAIS. REPARAÇÃO. Admitida pela ré sua conduta ilícita, no sentido de destruir o imóvel que permanecia ocupado pelo autor. Excesso perpetrado pela proprietária, em PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARÁ
GABINETE DESEMBARGADOR CONSTANTINO AUGUSTO GUERREIRO

violação à posse do requerido, a ensejar a reparação pelos danos materiais comprovadamente causados ao requerente, bem como pelos danos morais por ele sofridos. Redimensionamento do quantum indenizatório fixado na sentença, por excessivo o arbitrado. **Dano material restrito ao valor dos bens móveis destruídos, conforme relacionado na inicial e demonstrado pelo autor, através de fotografias e prova testemunhal.** Dano moral decorrente do ilícito, que deve ser dimensionado em observância ao princípio da proporcionalidade, com especial relevo para o fato de se tratar de imóvel muito simples, utilizado apenas nos finais de semana pelo autor. Sentença reformada em parte, tão somente para readequar o valor das indenizações. Sucumbência redimensionada, em proporção ao decaimento de cada uma das partes. DERAM PARCIAL PROVIMENTO. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70037115318, Décima Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nelson José Gonzaga, Julgado em 16/02/2012)

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE CIVIL INDENIZAÇÃO PELAS BENFEITORIAS REALIZADAS NO IMÓVEL. VALOR APURADO EM SEDE DE LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. IMÓVEL DEMOLIDO APÓS PROLAÇÃO DA SENTENÇA. REALIZAÇÃO DE NOVO LAUDO. AVALIAÇÃO PREJUDICADA. UTILIZAÇÃO DA AVALIAÇÃO APRESENTADA PELA AUTORA. RÉU QUE SE DESINCUMBIU DE SEU ÔNUS PROBATÓRIO. Restando incontroversa a existência de benfeitorias no imóvel, o valor indenizável deverá tomar como base o indicado pela avaliação apresentada pela Autora em sua exordial, eis que impossibilitada a realização de novo laudo face à demolição do bem. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REDUÇÃO.FIXAÇÃO EM CONSONÂNCIA COM O § 3º DO ART. 20 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.Em caso de condenação, o

Magistrado fica adstrito à fixação dos honorários advocatícios nos percentuais de 10% (dez por cento) a 20% (vinte por cento) do seu valor. fls. 2/9 RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (TJPR - 9ª C.Cível - AI - 1150437-5 - Londrina - Rel.: Vilma Régia Ramos de Rezende - Unânime - - J. 26.11.2015)

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - **AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS, MORAIS E LUCROS CESSANTES - DEMOLIÇÃO PARCIAL DO BARRACÃO EDIFICADO NO TERRENO DE PROPRIEDADE DOS AUTORES - SUPLICADA QUE ACREDITAVA SER ESTE O IMÓVEL ARREMATADO EM LEILÃO JUDICIAL - ATO ILÍCITO CONFIGURADO - PROVA DOCUMENTAL E TESTEMUNHAL SUFICIENTE PARA IMPUTAR À SUPLICADA O DEVER DE INDENIZAR - DANOS MATERIAIS CONFIGURADOS - PEDIDO DE LIQUIDAÇÃO DA SENTENÇA POR ARBITRAMENTO - DESNECESSIDADE- DANO MORAL NÃO CONFIGURADO - IMPUGNAÇÃO QUANTO AO PEDIDO DE DEVOLUÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRATUAIS - INOVAÇÃO RECURSAL - RECURSO NÃO CONHECIDO NESTE TÓPICO - CONDENAÇÃO POR LUCROS CESSANTES AFASTADA - AUSÊNCIA DE LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ - SENTENÇA REFORMADA EM PARTE - VERBAS DE SUCUMBÊNCIA REDISTRIBUÍDAS. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E, NA PARTE CONHECIDA, PARCIALMENTE PROVIDO. 1. **As provas documentais e testemunhais constantes dos autos são suficientes para imputar à suplicada a responsabilidade pelos danos causados ao imóvel dos autores. 2. Os orçamentos apresentados pelos suplicantes, aliado ao laudo de exame de local de delito, demonstram os danos materiais consistentes na demolição parcial do barracão.** 3. O imóvel com destinação exclusivamente comercial, não estava locado, ninguém residia ou exercia atividades profissionais no local e, embora a demolição do barracão possa causar desconforto preocupação, sofrimento, não se vislumbra transtorno capaz de abalar a honra subjetiva dos autores e gerar o dever de indenizar danos morais. 4. Os lucros cessantes consistem naquilo que a parte razoavelmente deixou de ganhar, e ainda, “devem corresponder a tudo aquilo que o lesado deixou de lucrar, de forma razoável, em decorrência do dano causado pelo devedor. Todavia, esse dano deve ser efetivo, certo, atual e subsistente.” (REsp 1350267/MA, Rel.Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª Turma, julgado em 19/03/2015, DJe 07/04/2015). Tendo em vista que o imóvel não estava destinado a locação, afasta-se o pedido de condenação por lucros cessantes. 5. Não prospera o pedido de condenação por litigância de má-fé, pois não se vislumbra a ocorrência de nenhuma das hipóteses previstas no art. 17 do Código de Processo Civil. 6. Não se conhece da insurgência recursal atinente aos honorários advocatícios contratuais, eis que não arguida oportunamente. (TJ-PR - APL: 13043522 PR 1304352-2 (Acórdão), Relator: Luiz Lopes, Data de Julgamento: 13/08/2015, 10ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 164916/09/2015).**

Assim, da análise dos autos, restando incontroverso a existência do dano material, uma vez que o próprio recorrente propôs a quantia de R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais), **ante a demoli-**

ção do bem (o que inviabiliza a realização da perícia), conforme já demonstrado no voto proferido, entendo, por bem, considerar o valor requerido pela recorrida **no momento da audiência de instrução e julgamento**, que aduziu que venderia a referida casa por R\$ 100.000,00 (cem mil reais), por se tornar inviável a liquidação da sentença por arbitramento, ou pelo procedimento comum (liquidação por artigos), conforme verificado em alhures.

É como voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Desembargadores que integram a 1ª Turma de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, por maioria, vencida a Desembargadora vistora, em CONHECER o recurso e NEGAR PROVIMENTO ao mesmo, mantendo-se in totum a sentença prolatada pelo juízo de 1º Grau.

Feito devidamente julgado com a aplicação do disposto no art. 942 do CPC/2015 (Técnica de Ampliação de Quórum do Colegiado).

Turma Julgadora: Desa. Maria do Céu Maciel Coutinho – Presidente; Des. Constantino Augusto Guerreiro – Relator, Desa. Maria Filomena de Almeida Buarque; Desa. Gleide Pereira de Moura e Juiz Convocado José Roberto Pinheiro Maia Bezerra Júnior.

Plenário da 1ª Turma de Direito Privado, Tribunal de Justiça do Estado do Pará, aos 05 (cinco) dias do mês de março do ano de dois mil e dezoito (2018).

DESA. MARIA FILOMENA DE ALMEIDA BUARQUE

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE DESPEJO COM PEDIDO DE LIMINAR C/C COBRANÇA DE ALUGUEIS E DEMAIS ENCARGOS DA LOCAÇÃO EM ATRASO. LIMINAR DEFERIDA. VÍCIO DE REPRESENTAÇÃO SUPRIDO. INÉPCIA DA INICIAL POR NÃO TEREM OS AUTORES MANIFESTADO O INTERESSE PELA MEDIAÇÃO. PRELIMINAR REJEITADA. ARGUIÇÃO DE LITISPENDÊNCIA, CONEXÃO E CONTINÊNCIA REJEITADA. INAPLICABILIDADE DO ART. 313, INCISO V, ALÍNEA “A”, DO NCPC. IMPOSSIBILIDADE DE SUSPENSÃO DO PROCESSO. TUTELA DE URGÊNCIA. DESPEJO POR FALTA DE PAGAMENTO. CONTRATO SEM GARANTIA. APLICABILIDADE DO ART. 59, §1º, DA LEI N. 8245/91. DESPEJO COMPULSÓRIO DEFERIDO. CAUÇÃO PRESTADO EM DINHEIRO. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO E DESPROVIDO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO INTERPOSTO CONTRA A DECISÃO QUE APRECIOU O PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO, JULGADO PREJUDICADO1. Cuidam os autos de ação de despejo por falta de pagamento movido por FELIPE FERREIRA RIBEIRO NETO e F F RIBEIRO NETO em face de OSCAR DIAS VIEIRA NETO e M. R. CONDURU VIEIRA E CIA LTDA – EPP, afirmando que desde dezembro de 2012 alugaram o imóvel localizado na Rodovia Arthur Bernardes, Belém, matriculado sob o nº 5767, às fls. L-2-S\ 067, do livro L, datada de 14/04/1981, com R-1- 5767 do 1º Ofício de Notas de Belém. - Alegam os Locadores/Agravados que os Locatários/Agravantes estão inadimplentes com o aluguel e encargos da locação desde fevereiro de 2017, quando os Autores descobriram a fraude perpetrada pelos réus, em razão de falsificação de procuração pública com a finalidade de transferir o imóvel aos Locatários. - Afirma que houve a falsificação de sua assinatura no momento da lavratura do referido ato público, inclusive, com a perícia do Centro de Perícia científicas Renato Chaves e a concessão de liminar, nos autos da Ação Anulatória n. 0008938-94.2017.8.14.0301, em tramite na 5ª Vara Cível de Belém, permanecendo assim a relação locatícia. - Em decorrência do inadimplemento locatício, requereu a concessão de liminar de despejo, com oferecimento de caução, nos termos do art. 59, §1º, da Lei n. 8245/91. PRELIMINAR DE INÉPCIA DA PETIÇÃO INICIAL POR VÍCIO DE REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL2. Apresentada a procuração ad judícia outorgada pelos Autores/Agravados resta suprido o vício de representação, por estar cumprida a exigência do art. 103, do NCPC. PRELIMINAR DE INÉPCIA DA PETIÇÃO INICIAL POR INOBSERVÂNCIA DO ART. 319, INCISO VI, DO NCPC.3. Embora o art. 319, inciso VI, do NCPC conste como requisito da petição inicial a opção do autor pela realização ou não de audiência de conciliação ou de mediação, sua ausência não autoriza por si só a extinção do feito, em homenagem ao princípio da primazia do mérito. - Ademais, o referido vício resta superado pela designação de audiência de mediação pelo juízo a quo e o seu comparecimento (Num. 4218093 - Pág. 1, autos de origem). DA LITISPENDÊNCIA, CONEXÃO E CONTINÊNCIA4. Não há litispendência, conexão nem continência entre a ação anulatória e a ação de despejo por falta de pagamento, por não serem idênticas, as partes não serem as mesmas, a causa de pedir e o objeto jurídico também diferem!. DA SUSPENSÃO DO PROCESSO POR TRAMITAR DEMANDA ENVOLVENDO O DOMÍNIO DO IMÓVEL5. Inexistindo conexão e continência não há óbice ao prosseguimento da demanda, sendo inaplicável o art. 313, inciso V, alínea “A”, do NCPC, porque na ação despejo não se discute propriedade, mas sim a relação obrigacional,

devido eventual distrato ser examinado no mérito. MÉRITO.6. Em se tratando de despejo por falta de pagamento, com contrato sem garantia locatícia com a prestação de caução pelos Locadores, mostra-se legítima a concessão de liminar, nos termos do art. 59, §1º, da Lei n. 8245/1991.7. AGRADO DE INSTRUMENTO CONHECIDO E DESPROVIDO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PREJUDICADOS.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos. Acordão os magistrados integrantes da 1ª Turma de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, à unanimidade, conhecer e dar provimento nos termos do voto da Desª Relatora. Turma Julgadora: Desa. Maria Filomena de Almeida Buarque, Des. Constantino Augusto Guerreiro e Desembargador José Roberto Pinheiro Maia Bezerra Júnior. Feito presidido pelo Exmo. Sr. Des. Constantino Augusto Guerreiro Belém, 23 de julho de 2018.

MARIA FILOMENA DE ALMEIDA BUARQUE Desembargadora

VOTO

A EXMA. SRA. DESEMBARGADORA MARIA FILOMENA DE ALMEIDA BUARQUE (RELATORA):

Presentes os pressupostos de admissibilidade recursal conheço do recurso e passo ao seu exame de mérito.

De início, constato que os vícios relacionados a manifestação na exordial sob opção de mediação, juntada de procuração dos autores da ação e do depósito da caução (art. 59, §1º, da Lei n. 8.245/1991) para a concessão de medida liminar, foram supridas na ação de despejo n. 0831126-48.2017.8.14.0301, consoante se verifica dos eventos n. 4980544, 4980551 e Num. 5416235, dos autos principais e pela designação pelo Juízo de piso pela realização de mediação (Num. 2765209).

Desta forma, julgo prejudicadas as preliminares de nulidade inépcia da inicial e vício de representação judicial.

DA LITISPENDÊNCIA, CONEXÃO e CONTINÊNCIA

DA LITISPENDÊNCIA

O conceito de litispendência está disciplinado nos §1º a 3º, do art. 337, do NCPC, vejamos:

Art. 337. Incumbe ao réu, antes de discutir o mérito, alegar: (...)

§ 1º Verifica-se a litispendência ou a coisa julgada quando se reproduz ação anteriormente ajuizada.

§ 2º Uma ação é idêntica a outra quando possui as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido.

§ 3º Há litispendência quando se repete ação que está em curso.

A litispendência ocorre quando há identidade entre partes, causa de pedir e pedido, a

teor do disposto no art.337, §2º e §3º do CPC.

Como exposto acima, tramita na 1ª instância 3 ações envolvendo as partes e o imóvel localizado na Rodovia Arthur Bernardes S/N, matriculado sob o n. 5767, Livro 2-S, fls. 067, no Cartório de Registro de Imóveis do 1º Ofício da Comarca de Belém, duas cíveis e uma criminal.

A Primeira é a Ação Anulatória n. 0008938-94.2017.8.14.0301 movida por FF RIBEIRO NETO FELIPE FERREIRA RIBEIRO NETO EIRELI e FELIPE FERREIRA RIBEIRO NETO em desfavor de MR CONDURU VIEIRA E CIA LTDA EPP, BRUNO LISSANDRO DE ANDRADE SANTOS, ANA MARIA FREITAS DE ANDRADE, ANA MARIA FREITAS DE ANDRADE, OSCAR DIAS VIEIRA NETO, GUSTAVO BEMERGUY SEFER, ARBRE INCORPORADORA LTDA, THAIS PEREIRA DE MELO e CARTORIO QUEIROZ SANTOS OFICIO DE NOTAS, em tramite na 5ª Vara Cível de Belém, que almeja a desconstituição da PROCURAÇÃO PÚBLICA sob a alegação da mesma ser fraudulenta e os atos de registro decorrentes desta e ainda danos morais e materiais.

A segunda é ação de despejo n. 0831126-48.2017.8.14.0301 proposta por FELIPE FERREIRA RIBEIRO NETO e F. F RIBEIRO NETO EIRELI em face de OSCAR DIAS VIEIRA NETO e M. R. CONDURU VIEIRA E CIA LTDA - EPP, originária deste recurso em que pretende o DESPEJO DECORRENTE DO INADIMPLEMENTO CONTRATUAL, decorrente do contrato de LOCAÇÃO firmado entre os Autores/Agravados e os Réus OSCAR VIEIRA e MR CONDURU VIEIRA.

Por último é a ação penal n. 0009811512018.814.0401, em curso na 9ª Vara Penal desta capital, onde visa a responsabilidade dos Réus, ora Agravantes, devido o uso de documento falso, a falsificação de documento público e estelionato.

É evidente que a Ação Anulatória n. 0008938-94.2017.8.14.0301 e a ação de despejo n. 0831126-48.2017.8.14.0301 não são idênticas, porque diferem as partes, a causa de pedir e pedido, o que afasta a arguição de litispendência e se impõe a **rejeição da prejudicial**.

Na oportunidade, cito precedentes:

Ementa: APELAÇÃO. AÇÃO PREVIDENCIÁRIA. CONCESSÃO DE AUXÍLIO-ACIDENTE. COISA JULGADA. NÃO CONFIGURAÇÃO. **O reconhecimento da litispendência e/ou da coisa julgada PRESSUPÕE TRÍPLICE IDENTIDADE ENTRE AÇÕES. Exegese do artigo 337, §§ 1º, 2º e 4º, do Novo CPC. Hipótese não verificada no caso concreto, porquanto, nada obstante a identidade de partes e, também, da causa de pedir, não há identidade de pedidos.** COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. A atividade laboral exercida pela autora funciona como concausa para o desenvolvimento da doença por ela apresentada, o que permite a concessão de benefício previdenciário decorrente de acidente de trabalho. Assim, havendo nexos causal entre a lesão e a atividade laboral, a competência para o julgamento é da Justiça Estadual. RECURSO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70077824191, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eduardo Kraemer, Julgado em 12/07/2018)

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. ADMINISTRATIVO. CONTRATO ADMINISTRATIVO. AÇÃO ANULATÓRIA. LITISPENDÊNCIA. AUSÊNCIA DE PROVA DE EXIS-

TÊNÇÃO DE AÇÕES IDÊNTICAS EM CURSO. - **A litispendência PRESSUPÕE TRÂMITE CONCOMITANTE DE AÇÕES IDÊNTICAS, AS QUAIS SE CARACTERIZAM PELA PRESENÇA DAS MESMAS PARTES, DA MESMA CAUSA DE PEDIR E DO MESMO PEDIDO. - No caso, o apelante limitou-se a alegar a existência de litispendência, deixando, contudo, de comprovar a existência de outra ação idêntica a dos autos em curso, ônus que lhe incumbia (art. 331, II, do CPC), motivo pela qual sua pretensão não merece acolhimento.** IMPOSIÇÃO DE PENALIDADE PECUNIÁRIA POR INEXECUÇÃO PARCIAL DO CONTRATO. IMPOSSIBILIDADE. OBRIGAÇÕES NÃO PACTUADAS PELAS PARTES. - Constatado o descumprimento de obrigação contratual, pode o contratante aplicar ao contratado as sanções previstas no art. 87, da Lei 8.666/93. Contudo, para que seja aplicada qualquer sanção ao contratado por inexecução parcial do contrato, é imprescindível que as obrigações tidas por descumpridas estejam previstas no contrato. - No caso, contudo, as obrigações tidas por descumpridas não podem ser imputadas à concessionária, pois não estavam previamente previstas no pacto. Não se pode exigir adimplemento de obrigação não pactuada. E uma vez não tendo sido pactuadas as obrigações, a anulação dos autos de infração que deram origem às multas impostas é medida que se impõe. APELO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70077547289, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marilene Bonzanini, Julgado em 28/06/2018)

DA CONEXÃO E CONTINÊNCIA

Consiste a conexão de ações na coincidência do objeto ou da causa de pedir. Eis o estatuído no artigo 55 do Código de Processo Civil:

“Art. 55. Reputam-se conexas 2 (duas) ou mais ações quando lhes for comum o pedido ou a causa de pedir.”

E a continência está disciplinada no artigo 56 do Código de Processo Civil:

“Art. 56. Dá-se a continência entre 2 (duas) ou mais ações quando houver identidade quanto às partes e à causa de pedir, mas o pedido de uma, por ser mais amplo, abrange o das demais.”

No caso vertente, inexistente a referida coincidência, afastando-se, conseqüentemente, a possibilidade de decisões contraditórias. A respeito, bem expôs a douta julgadora singular:

(...)

A Conexão é matéria que deve ser arguida em preliminar de mérito em Contestação, nos termos do art. 337, VIII do CPC, assim sendo, recebo a petição de ID Num. 4800505 como Contestação.

Quanto à Conexão alegada, reputam-se conexas 2 (duas) ou mais ações quando lhes

for comum o pedido ou a causa de pedir. Art. 55 do CPC.

A reunião de causas, num juízo único, por conexão com a prorrogação da competência deste para o conhecimento de ações que, normalmente, seriam submetidas a outro, decorre da necessidade lógica e político-jurídica de evitar julgamentos contraditórios, bem como de razões de conveniência, vinculadas ao princípio de economia processual. Na Ação de Despejo o objeto é a desocupação do imóvel, ao passo que na ação Anulatória é a declaração de nulidade da escritura pública.

Quanto a causa de pedir, na ação de Despejo é a falta de pagamento, enquanto na anulatória é a simulação de que teria se revestido a escritura que se pretende anular. Desta forma entendo que não há Conexão entre esta Ação e a Ação Anulatória de negócio Jurídico e Declaratória de Falsidade em trâmite na 5ª Vara Cível.

Quanto a Continência alegada, nos termos dos arts. 56 e 57 do CPC, trata-se de forma de modificação de competência e é reconhecida quando entre duas ou mais ações houver identidade quanto às partes e à causa de pedir, mas o pedido de uma, por ser mais amplo, abrange o das demais.

Portanto, analisando os autos verifico que não há identidade de partes e nem tampouco identidade de causas de pedir, uma vez que o despejo é fundado em falta de pagamento, não há de se falar em continência, nos termos dos artigos 56 e 57 do CPC.

Assim sendo, INDEFIRO O PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO E DECLÍNIO DE COMPETÊNCIA. À Secretaria da Vara para certificar quanto ao cumprimento do Mandado de Despejo. P.R.I. Belém, 10 de maio de 2018.

ROBERTO CÉZAR OLIVEIRA MONTEIRO

Juiz de Direito da 7ª Vara Cível e Empresarial da Capital

Deste modo, não sendo idênticas as demandas, porque na Ação Anulatória n. 0008938-94.2017.8.14.0301 os Autoressão FF RIBEIRO NETO FELIPE FERREIRA RIBEIRO NETO EIRELI e FELIPE FERREIRA RIBEIRO NETO e os Réussão MR CONDURU VIEIRA E CIA LTDA EPP, BRUNO LISSANDRO DE ANDRADE SANTOS, ANA MARIA FREITAS DE ANDRADE, ANA MARIA FREITAS DE ANDRADE, OSCAR DIAS VIEIRA NETO, GUSTAVO BEMERGUY SEFER, ARBRE INCORPORADORA LTDA, THAIS PEREIRA DE MELO e CARTORIO QUEIROZ SANTOS OFICIO DE NOTAS (Réus), tendo por objeto a PROCURAÇÃO PÚBLICA como causa de pedir a fraude do ato notarial e os danos morais e materiais suportados pelos Autores.

Enquanto que nesta ação (Despejo por Falta de Pagamento n. 0831126-48.2017.8.14.0301 os Autoressão FELIPE FERREIRA RIBEIRO NETO e F. F RIBEIRO NETO EIRELI e os Réussão OSCAR DIAS VIEIRA NETO e M. R. CONDURU VIEIRA E CIA LTDA - EPP, tendo por objeto o CONTRATO DE LOCAÇÃO e causa de pedir a FALTA DE PAGAMENTO DE ALUGUÉIS.

Neste raciocínio, não pode se reconhecer a continência nem a conexão pelo que rejeito a prejudicial. Cito precedente:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONEXÃO E CONTINENCIA. AÇÃO DE DESPEJO E CONSIGNATÓRIA. OBJETO DISTINTO. INEXISTENCIA.

1- Sendo divergente o objeto da ação de despejo com a ação de consignação não há que se falar em conexão entre ambas.

2- Liminar cassada. Negado provimento ao agravo.

(Acórdão n.861494, 20150020016979AGI, Relator: GILBERTO PEREIRA DE OLIVEIRA 3ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 15/04/2015, Publicado no DJE: 23/04/2015. Pág.: 561)

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. LOCAÇÃO NÃO RESIDENCIAL. CONEXÃO. JULGAMENTO. REUNIÃO. IMPOSSIBILIDADE.

1. Embora conexos, se já houve o julgamento de um dos processos, resta inviável a reunião, porquanto afastada a possibilidade de decisões conflitantes.

2. Ausente a demonstração da purga da mora, o despejo por falta de pagamento é medida que se impõe.

3. Recurso não provido.

(Acórdão n.563553, 20080111675857APC, Relator: MARIO-ZAM BELMIRO 3ª Turma Cível, Data de Julgamento: 25/01/2012, Publicado no DJE: 09/02/2012. Pág.: 128)

DA SUSPENSÃO

Na decisão em que atribui efeito suspensivo, considerei necessário o sobrestamento da ação de despejo, com base no art. 313, inciso V, alínea “a”, do NCPC, em decorrência do resultado da Ação Anulatória n. 0008938-94.2017.8.14.0301, em tramite na 5ª Vara Cível de Belém, porque haveria a possibilidade de interferir na ação de despejo. Entretanto, em juízo de cognição exauriente, revejo o meu posicionamento por entender que não é a solução jurídica mais adequada ao caso e refluo para adotar outro raciocínio. Explico, porque:

Como sabemos a lei do inquilinato não exige a prova da propriedade para figurar como autor o locador do imóvel, restringindo-se o exame da relação obrigacional havido entre as partes, devendo eventual distrato ser examinado no mérito. Cito precedentes:

DIREITO CIVIL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. LOCAÇÃO. DESPEJO POR FALTA DE PAGAMENTO. DESNECESSIDADE DE PROVA DE DOMÍNIO DO IMÓVEL. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA.

1. Não se discute na ação de despejo o direito de propriedade e nem tampouco o título da posse, mas sim, o direito obrigacional, no qual o descumprimento da estipulação contratual autoriza a rescisão e o despejo. O debate acerca do domínio é desnecessário, na medida em que o contrato de locação é de natureza pessoal e não real.

2. Não há compensação aos danos morais se não houve ato ilícito praticado pela outra parte.

3. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA.

(TJDFT, Acórdão n.1066963, 20170610006145APC, Relator: ROBSON BARBOSA DE AZEVEDO 5ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 29/11/2017, Publicado no DJE: 18/12/2017. Pág.: 492/495)

Ementa: LOCAÇÃO. DESPEJO POR FALTA DE PAGAMENTO. DEMANDA ONDE NÃO SE DISCUTE A PROPRIEDADE DO IMÓVEL. Nas ações de despejo por falta de pagamento, desimporta perquirir acerca da propriedade do imóvel, sendo relevante para o desate da lide a relação contratual estabelecida entre as partes. PURGA DA MORA. PAGAMENTO PARCIAL. Se a inicial da ação de despejo traz os valores inadimplidos pelo locatário, não pode o devedor alegar desconhecimento da dívida ou se furtar da purga da mora sob o argumento que já efetuou pagamento parcial. Deve depositar o que entende ser devido e, em caso de o locador alegar que a oferta não é integral, justificando a diferença (art. 62, inc. III), poderá complementar o depósito. CONFISSÃO DO LOCATÁRIO QUANTO À EXISTÊNCIA DE DÉBITO. Reconhecida a ausência de pagamento de todos os locativos em atraso, impõe-se a manutenção da sentença de procedência da ação de despejo. APELO IMPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70007845977, Décima Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Claudir Fidelis Faccenda, Julgado em 24/03/2004)

APELAÇÃO. DIREITO CIVIL. AÇÃO DE DESPEJO. FALTA DE PAGAMENTO. CONTRATO VERBAL DE LOCAÇÃO. LEGITIMIDADE ATIVA DO POSSUIDOR DO IMÓVEL. PROVA DA PROPRIEDADE DO BEM. DESNECESSIDADE. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO. SENTENÇA MANTIDA.

1. A existência de um contrato verbal de locação pode ser demonstrada por provas documentais, sendo inexigível pela lei a forma escrita para a sua validade.

2. Em sede de Ação de Despejo não se discute a propriedade do bem locado, mas o inadimplemento contratual do locatário que deixa de cumprir a sua obrigação.

3. A locação é obrigação de direito pessoal e não real. Assim, o fato de o locador ser ou não o proprietário do imóvel é irrelevante no tocante ao pedido da retomada deste, sendo desnecessária a prova da propriedade.

4. Embora o locador não possua o domínio do imóvel, detendo a sua posse plena, inexistente impedimento legal para que o contrato locatício seja firmado e possa ser intentada a Ação de Despejo.

5. Simples afirmações da ré não se mostram suficientes para desacolher o fato constitutivo do direito da autora, devidamente comprovado.

6. Recurso conhecido, mas desprovido.

(TJDFT, Acórdão n.1059285, 20161610088014APC, Relator: EUSTÁQUIO DE CASTRO 8ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 09/11/2017, Publicado no DJE: 20/11/2017. Pág.: 556/567)

Assim, embora paralelamente tramite ação que se discuta o domínio, NÃO HÁ RISCO DE DECISÕES CONFLIANTES, porque na Ação Anulatória n. 0008938- 94.2017.8.14.0301 o pedido

é a anulação de procuração pública e a condenação dos responsáveis pela fraude ao pagamento de danos materiais e morais, considerando a perícia realizada pelo Centro de Perícias Científicas Renato Chaves (Num. 705636 - Pág. 11/14), a qual atesta que a Procuração Pública (Num. 705633 - Pág. 3/4) que deu ensejo a transferência do domínio do imóvel objeto da locação (Num. 705633 - Pág. 16/18) é falsa.

Enquanto que nesta ação de despejo, rito especial, se examina a relação obrigacional contraída entre as partes, que se materializa pelo contrato juntado no evento n. 705635 - Pág. 25/29 e julga apenas se houve por parte dos Locatários/Agravante a infração das hipóteses descritas no art. 9º, inciso III e 23 e inciso I, da Lei n. 8.245/1991.

Consigno mais, há verossimilhança nas alegações dos Autores/Agravados no que se refere a vigência da locação, porque não existe prova nos autos da celebração do negócio jurídico supostamente havido entre as partes e nem de sua quitação.

Corroborar-se a isto, a decisão do Juízo da 5ª Vara cível reconhecendo em tutela de urgência a probabilidade do direito e o bloqueio da matrícula do imóvel, sem que tenha havido recurso da parte contrária, tornando a mesma estável.

Assim, não há óbice ao trâmite da ação de despejo, pelo que afasto a aplicação do art. 313, inciso V, alínea "a", do NCPC, vejamos:

Art. 313. Suspende-se o processo: (...)

V - quando a sentença de mérito:

a) depender do julgamento de outra causa ou da declaração de existência ou de inexistência de relação jurídica que constitua o objeto principal de outro processo pendente;

MÉRITO

DOS PRESSUPOSTOS DE CONCESSÃO DE LIMINAR NA AÇÃO DE DESPEJO POR FALTA DE PAGAMENTO

Como sabemos, conceder-se-á liminar para desocupação do imóvel em quinze dias, independentemente da audiência da parte contrária e desde que prestada a caução no valor equivalente a três meses de aluguel, nas ações que tiverem por fundamento exclusivo a falta de pagamento de aluguel e acessórios da locação, estando o contrato desprovido de qualquer das garantias previstas no art. 37, por não ter sido pactuado ou em caso de extinção ou pedido de exoneração dela, independentemente de motivo (L. 8.425/91, incluído pela L. 12.112/09, art. 59, § 1º, IX).

O contrato de locação em exame, não prevê as garantias do art. 37 da L. 8.245/91 (705635 - Pág. 25/29). A agravada prestou a caução exigida (Num. 705687 - Pág. 19).

Não houve a purgação da mora pelas Rés/Agravantes.

Desta forma, em se tratando de ação de despejo, exclusivamente, sob o fundamento da falta de pagamento, na forma do art. 9º, inciso III, da Lei n. 8.245/91, estando o contrato desprovido de qualquer das garantias previstas no art. 37, da Lei n. 8.245/91

(caução; fiança; seguro de fiança locatícia e cessão fiduciária de quotas de fundo de investimento) etendo a agravada prestado a caução exigida pelo artigo 59 §1º, IX do referido diploma legal (Num. 705687 - Pág. 19), no montante de R\$ 60.00,00, impõe-se a manutenção da decisão recorrida. Cito precedentes:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DESPEJO. IMÓVEL. ARTIGO 59, § 1º, IX DA LEI 8.245/1991. CAUÇÃO. REQUISITO INDISPENSÁVEL. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. De acordo com o artigo 59, § 1º, IX da Lei 8.245/1991, para a concessão da medida liminar de desocupação faz-se indispensável a comprovação que o locador tenha prestado caução no valor equivalente a três meses de aluguel. 2. Embora pareça obrigação onerosa ao locador que já se encontra fragilizado com o inadimplemento do locatário, se mostra temerário o afastamento da incidência do referido dispositivo legal que impõe determinada conduta a um dos contratantes sem a prévia declaração de sua inconstitucionalidade. 3. O reconhecimento da inadimplência pelo agravante afasta a possibilidade de suspender a ordem de desocupação do bem e de permanência no imóvel até o julgamento de mérito da demanda. Considerando que não foi apresentado qualquer fundamento idôneo a impedir o despejo, mantém-se hígida a determinação de desocupação, condicionada à prestação da caução legalmente prevista. 4. Recurso conhecido e parcialmente provido.

(Acórdão n.1095296, 07016288420188070000, Relator: CARLOS RODRIGUES 6ª Turma Cível, Data de Julgamento: 10/05/2018, Publicado no DJE: 21/05/2018. Pág.: Sem Página Cadastrada.)

DESPEJO. FALTA DE PAGAMENTO. LIMINAR. CAUÇÃO.

Conceder-se-á liminar para desocupação do imóvel em quinze dias, independentemente da audiência da parte contrária e desde que prestada a caução no valor equivalente a três meses de aluguel. Agravo não provido.

(Acórdão n.961878, 20160020259054AGI, Relator: JAIR SOARES 6ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 24/08/2016, Publicado no DJE: 30/08/2016. Pág.: 267/324)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. LOCAÇÃO COMERCIAL. AÇÃO DE DESPEJO. DESOCUPAÇÃO DO IMÓVEL. LIMINAR. CONCESSÃO. REQUISITOS PREENCHIDOS. DECISÃO MANTIDA.

1. Observados os requisitos legais para a concessão da liminar na ação de despejo, imperiosa é a manutenção da decisão monocrática que o determinou.

2. Agravo desprovido.

Ante o exposto, revogo a decisão do evento n. 692356, na forma do art. 296, caput, do NCPC, CONHEÇO e NEGO PROVIMENTO ao recurso nos termos da fundamentação.

Finalmente, NÃO CONHEÇO dos Embargos de Declaração interposto pelos Agravados (evento n. 705631), nos termos do art. 932, inciso III, do NCPC, por estar prejudicado.

À Secretaria para as devidas providências.

Belém, 23 de julho de 2018.

MARIA FILOMENA DE ALMEIDA BUARQUE

Desembargadora Relatora

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. CIVIL EMPRESARIAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL DE ADMINISTRADOR DE SOCIEDADE ILEGITIMIDADE DO SÓCIO PARA ISOLADAMENTE, PLEITEAR RESPONSABILIZAÇÃO DO SÓCIO ADMINISTRADOR EM NOME DA SOCIEDADE. EFEITO TRANSLATIVO DOS RECURSOS. DETERMINADA A EXTINÇÃO DA AÇÃO NO JUÍZO DE ORIGEM.

1 - A jurisprudência do STJ firmou-se no mesmo sentido de que o sócio, não tem legitimidade ativa ad causam para demandar, em nome próprio, acerca de responsabilidade de conduta abusiva perpetrada por sócio administrador.

2 - As matérias de ordem pública, dentre elas as condições da ação, podem ser examinadas a qualquer tempo e grau de jurisdição, operando-se o efeito translativo dos recursos.

3 - Determinação de extinção da ação de responsabilidade sem resolução de mérito, em razão da ilegitimidade ativa do autor, com fundamento no efeito translativo do Agravo de Instrumento, na forma do art. 485, inciso VI, §1º, do NCPC.

4 - Agravante condenado ao ressarcimento das custas despendidas pelo Réu e ao pagamento de honorários advocatícios em 20% sobre o valor da causa.

5 - Indeferimento do pedido de condenação em litigância de má-fé, pela ausência de elementos para tanto.

VOTO

A EXMA. SRA. DESEMBARGADORA MARIA FILOMENA DE ALMEIDA BUARQUE (RELATORA):

DOS PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE

Presentes os pressupostos de admissibilidade recursal conheço do recurso e passo ao seu

exame de mérito.

Antes de adentarmos na discussão acerca dos requisitos para a concessão da tutela antecipada é necessário enfrentarmos se foram preenchidas as condições de procedibilidade da ação originária.

DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO E A ILEGITIMIDADE ATIVA DA EMPRESA R. D. F. - EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA e

Como sabemos, para o exercício do direito de ação é necessário o preenchimento das condições da ação. Para que o magistrado julgue o mérito, ou seja, o direito pretendido, todas as condições devem ser preenchidas, caso contrário haverá uma sentença de extinção sem análise do mérito. Esse fato é chamado de carência de ação. Tudo com fulcro no art. 485, IV e VI, do CPC, in verbis:

“Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando: (...)

IV - verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo;

(...)

VI - verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual;” Assim sendo passamos a abordar as condições da ação.

A doutrina afirmava que as condições da ação era: a)- a possibilidade jurídica do pedido; b)- a legitimidade das partes, também chamada de ad causam; e c)- o interesse processual, denominado por alguns de interesse de agir.

Entretanto, a evolução de entendimento excluiu a possibilidade jurídica do pedido do rol das condições da ação, porque o CPC/2015 não menciona mais a possibilidade jurídica do pedido como uma das condições da ação. Nele, lê-se apenas legitimidade e interesse processual.

A doutrina nos ensina também que a legitimidade das partes, ou legitimidade ad causam, exige que as partes estejam autorizadas à conduzir o processo em que se discute a relação jurídica de direito material deduzida em juízo.

A legitimidade ad causam é bilateral, pois deve ser analisada tanto sob o aspecto do autor como do réu. Ainda, pode se falar em legitimidade ordinária ou extraordinária, dependendo da relação entre o legitimado e o objeto litigioso.

Há legitimidade ordinária quando houver correspondência entre a situação legitimante e as situações jurídicas submetidas à apreciação do magistrado. Em simples palavras, legitimado ordinário é aquele que defende em juízo interesse próprio.

De outra sorte, fala-se em legitimidade extraordinária, legitimação anômala ou substituição processual quando alguém defende em nome próprio interesse de outro sujeito de direito, ou seja, não há correspondência total entre a situação legitimante e as situações jurídicas submetidas à apreciação do magistrado.

Segundo Câmara, a legitimidade extraordinária pode ser exclusiva, concorrente ou subsidiária. É exclusiva quando apenas o legitimado extraordinário pode ir a juízo, mas não o legitimado ordinário, o que, segundo o autor, violaria o direito de acesso ao Judiciário. A concorrente ocorre

quando tanto o legitimado ordinário como o extraordinário podem ir a Juízo isoladamente, sendo certo que poderão eles também demandar em conjunto (formando, portanto, litisconsórcio).

Já o interesse processual ou de agir tem sido comumente identificado pelos elementos da necessidade, utilidade e adequação. Ou seja, a parte litigante deve demonstrar a necessidade concreta de obter o provimento jurisdicional, apto a lhe trazer um resultado útil do ponto de vista prático, além do que deve haver adequação do procedimento escolhido à situação deduzida.

Sobre o tema ensinam Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Renato Correia de Almeida e Eduardo Tamamini:

O interesse processual está presente sempre que a parte tenha a necessidade de exercer o direito de ação (e, conseqüentemente, instaurar o processo) para alcançar o resultado que pretendem, relativamente à sua pretensão em ainda mais, sempre que aquilo que se pede no processo (pedido) seja útil sob o aspecto prático. (WANBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TAMAMINI, Eduardo. Curso Avançado de Processo Civil, VI, Teoria Geral do Processo de Conhecimento, São Paulo, 2007, 9ª edição, págs.137/138).

Portanto, o interesse de agir está presente quando o autor tem a necessidade de impulsionar a máquina do Judiciário para alcançar suas pretensões, bem como quando a via processual lhe traga utilidade real.

Confira-se a jurisprudência do egrégio STJ:

“É clássica a concepção de que o interesse de agir é identificado pela análise do binômio necessidade-utilidade. Em outras palavras, a aludida condição da ação se faz presente quando a tutela jurisdicional se mostrar necessária à obtenção do bem da vida pretendido e o provimento postulado for efetivamente útil ao demandante, proporcionando-lhe melhora em sua situação jurídica.

Tem prevalecido na jurisprudência do STJ o entendimento de que a aferição das condições da ação deve ocorrer in status assertionis, ou seja, à luz das afirmações do demandante (Teoria da Asserção). Nesse sentido: AgRg no AREsp 205.533/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 8/10/2012; AgRg no AREsp 53.146/SP, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 5/3/2012; REsp 1.125.128/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 18/9/2012.” (REsp 1395875/PE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/02/2014, DJe 07/03/2014)

Nesta linha de raciocínio, devemos cindir o conceito em três acepções:

- a) Necessidade: traduz-se na idéia de que
- b) Utilidade: significa que o processo deve
- c) Adequação: por ele, entende-se que

Sobre o tema cito julgado do TJMG:

EMENTA: DIREITO PROCESSUAL CIVIL - APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO ORDINÁRIA - PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL - FERRAMENTAS DE BUSCA NA INTERNET - DIVULGAÇÃO DE INFORMAÇÕES RELACIONADAS A PROCESSO TRABALHISTA - ILEGITIMIDADE DA PARTE RÉ E FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL - CARÊNCIA DA AÇÃO - EXTINÇÃO DO PROCESSO - A legitimatio ad causam passiva, em princípio, pode ser definida como a qualidade necessária ao réu para figurar como sujeito responsável, em abstrato, pelo cumprimento da pretensão deduzida em juízo.

-- O art. 17, do CPC vigente, exige que, para propor a ação, é necessário que a parte postulante tenha interesse, que é determinado pela necessidade e utilidade do provimento jurisdicional pretendido, como também pela adequação do meio escolhido.

- Os provedores de pesquisa limitam-se a indicar links onde possam ser encontrados os termos ou expressões de busca fornecidos pelo usuário, não sendo partes legítimas para figurar no polo passivo da ação de indenização, em que se busca a não divulgação de dados relacionados a processo judicial, armazenados no site do respectivo Tribunal. (TJMG - Apelação Cível 1.0000.17.056116-1/002, Relator(a): Des. (a) Amorim Siqueira, 9ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 03/07/2018, publicação da súmula em 12/07/2018)

Desta forma, verificando o juiz, ao receber a inicial, que se encontram ausentes interesse de agir ou legitimidade ad causam, indeferirá a petição inicial. Nesse sentido:

Art. 330. A petição inicial será indeferida quando: (...) II - a parte for manifestamente ilegítima;

III - o autor carecer de interesse processual;

Caso verifique-se a ausência de um desses pressupostos após a fase postulatória, será declarada a carência da ação. Afirma o art. 485. CPC 2015:

Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando: (...)

VI - verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual;

Pois bem, vamos ao exame da legitimidade e do interesse de agir nestes autos.

Como referido na petição inicial da AÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRA ADMINISTRADOR DE SOCIEDADE LIMITADA C/C PEDIDO DE DEVOLUÇÃO DE VALORES a Autora/Agravante é parte integrante da sociedade limitada denominada atualmente de L. Comércio e Indústria Ltda., denominado “G.L.”, inscrita no CNPJ/MF sob o número 05.054.671/0001-59, composta por 09 sócios: 05 (cinco) pessoas jurídicas e 04 (quatro) pessoas físicas, a saber: S. J. E. P. Ltda, R. D. F. E. P. Ltda, S.B. E. P. Ltda, Concórdia E. P. Ltda, Santa Neuza E. P. Ltda, Maria Neuza Rodrigues Corrêa, Maria de Nazaré Rodrigues Corrêa, Maria Celma Corrêa Rodrigues, Marinete Rodrigues Fernandes.

Defende a empresa R. D. F. E. P. Ltda, que o objeto do presente feito é a responsabilidade civil por atos de gestão ruínoza, confusão patrimonial, reparação material com devolução de va-

lores, atribuída à João Corrêa Rodrigues, sócio administrador da S.B. EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA, por estar aplicando créditos ou bens sociais em proveito próprio ou de terceiros, sem autorização da sociedade.

Em circunstância como a discutida nos autos, onde a administração compete a vários administradores o art. 1013, §1º, do CC estabelece que cabe impugnação por cada diretor e a decisão compartilhada entre os sócios, vejamos:

Art. 1013. A administração da sociedade, nada dispondo o contrato social, compete separadamente a cada um dos sócios.

§ 1o Se a administração competir separadamente a vários administradores, cada um pode impugnar operação pretendida por outro, cabendo a decisão aos sócios, por maioria de votos.

Adianto que no caso não há prova da impugnação por qualquer dos sócios ou dos administradores.

Prosseguindo, o art. 1017, do CC institui que em circunstâncias onde se alegue a responsabilização do sócio-administrador, por aplicação de créditos ou bens sociais em proveito próprio ou de terceiros, sem consentimento escrito dos outros sócios e fique demonstrado que o Sócio-Administrador terá que restituir os valores à sociedade, ou pagar o equivalente, com todos os lucros resultantes, vejamos:

Art. 1017. O administrador que, sem consentimento escrito dos sócios, aplicar créditos ou bens sociais em proveito próprio ou de terceiros, TERÁ DE RESTITUÍ-LOS À SOCIEDADE, ou pagar o equivalente, com todos os lucros resultantes, e, se houver prejuízo, por ele também responderá.

Por óbvio que, a responsabilização do sócio-administrador e a restituição dos valores indevidamente aplicados deve ser promovido pela SOCIEDADE, porque esta é que detém o direito à receber eventuais valores que se apurarem.

Entretanto, não foi o que aconteceu em decorrência da demanda ter sido ajuizada por sua sócia, R. D. F. E. P. Ltda, inscrita no CNPJ/MF n. 13.966.948/001-48, pleiteia a responsabilização do sócio-administrador (Agravado) e a restituição dos valores indevidamente aplicados na gestão do

“G. L.”, inscrita no CNPJ/MF sob o número 05.054.671/0001-59, vejamos o trecho do pedido:
“(…)”

d) No mérito requer:

d.1) A confirmação da tutela de urgência em sentença, para, **JULGAR TOTALMENTE PROCEDENTE A AÇÃO**, determinando, após perícia contábil, **A DEVOLUÇÃO DE TODAS AS RETIRADAS FEITAS PELO RÉU**, e caso não o faça, sejam os valores identificados, abatidos dos dividendos que a sociedade empresária de propriedade do réu tenha direito de receber conforme estipulado no contrato de constituição da sociedade L. Comércio e Indústria Ltda., no que concerne às retiradas; pagamentos e divisão de lucros e dividendos.

Daí denota-se a ilegitimidade ativa da Autora/Agravante.

Registro mais, a sócia R. D. F. E. P. Ltda não tem poderes para agir em nome do “G.L.”, em decorrência do seu contrato social vedar aos sócios o uso da denominação, a OUTORGA DE PROCURAÇÃO EA PRÁTICA DE ATOS DE INTERESSE PARA O NEGÓCIO E A SOCIEDADE,

salvo com a assinatura de 3 (três) sócios-diretores, dentre eles: Osmar Corrêa Rodrigues, Oscar Corrêa Rodrigues, João Corrêa Rodrigues, José Corrêa Rodrigues e Celso Corrêa Rodrigues. Vejamos:

(Evento n. Num. 728800 - Pág. 8, 31ª Alteração Contratual da sociedade empresária denominada “L. Comércio e Indústria”, datada de 19 de dezembro de 2013, juntado aos autos pelo patrono de R. D. F. EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA.)

Disposição também reproduzida na 32ª Alteração Contratual da sociedade, vejamos:

(…)

3.3. –O uso da denominação social fica condicionado à assinatura de, no mínimo, 03 (três) administradores, para a prática dos atos ordinatórios de gestão da sociedade, em especial firmar contratos em geral, inclusive de locação e comodato (excetuados apenas os previstos no item 7.5); a movimentação de contas e aplicações financeiras através de DOC ou TED; assim como a outorga de procuração e a prática de atos de interesse para o negócio e a

(Alteração contratual assinada em 01 de setembro de 2014 e registrada na JUCEPA em 04/09/2014, Documentos juntado pelo Advogado, patrono de R. D. F. EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA no evento Num. 728803 - Pág. 4)

Deste modo, considerando que a personalidade jurídica da sociedade não se confunde com a personalidade jurídica dos sócios e que na busca da indenização serão aproveitados pelo G. L. resta incontestada a ilegitimidade da Autora/Agravante, conforme precedentes uníssimos do STJ, vejamos:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. LEGITIMIDADE ATIVA. ARTIGO 6º DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. VEDAÇÃO LEGAL PARA POSTULAR EM NOME PRÓPRIO DIREITO ALHEIO. PRINCÍPIO DA UNIRRECORRIBILIDADE.

1. Demanda indenizatória proposta em nome próprio pelo sócio-gerente pleiteando a reparação dos danos sofridos por sociedade limitada decorrentes de ato ilícito imputado ao réu.

2.

4. Ninguém pode pleitear em nome próprio a defesa de direito alheio, salvo quando autorizado por lei (art. 6º do CPC).

5. A Primeira Seção do STJ, em julgamento submetido ao rito do artigo 543-C do CPC, firmou a tese de que a pessoa jurídica não tem legitimidade para interpor recurso no interesse do sócio (REsp 1347627SP, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/10/2013, DJe 21/10/2013).

6. “Contrario sensu”, o sócio não tem legitimidade para propor ação, em nome próprio, em defesa de direito da sociedade.

7. Acolhida a pretensão recursal, fica afastada a multa fixada com base no artigo 538 do CPC.

8. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

(REsp 1317111SC, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/12/2014, DJe 17/12/2014)

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. COMERCIAL. CONTRATO DE LICENÇA DE USO DE MARCA. ILEGITIMIDADE ATIVA DO SÓCIO PARA POSTULAR DIREITO DECORRENTE DE PACTO CELEBRADO COM A SOCIEDADE. AUSÊNCIA DE INTERESSE JURÍDICO.

1. A personalidade jurídica da sociedade não se confunde com a personalidade jurídica dos sócios. Assim, por constituírem pessoas distintas, distintos são também seus direitos e obrigações.

2. Ninguém pode pleitear em nome próprio direito alheio, salvo quando autorizado por lei. Por isso, o sócio não tem legitimidade para figurar no polo ativo de demanda em que se busca indenização por prejuízos eventualmente causados à sociedade de que participa.

3. Hipótese em que o sócio tem interesse meramente econômico, faltando-lhe interesse jurídico a defender.

4. Recurso especial provido. Processo extinto sem julgamento de mérito. (REsp 1188151AM, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 14/06/2011, DJe 12/04/2012)

CIVIL, PROCESSUAL E SOCIETÁRIO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ACIONISTAS MINORITÁRIOS. ADMINISTRADORES. ALEGAÇÃO DE DANOS CAUSADOS À SOCIEDADE. PREJUÍZO INDIRETO AOS SÓCIOS. PREJUÍZO DIRETO À EMPRESA. AJUIZAMENTO DE AÇÃO INDIVIDUAL. ILEGITIMIDADE ATIVA. RECONHECIMENTO. AÇÃO SOCIAL. LEI DAS SOCIEDADES ANÔNIMAS, ART. 159, §§ 1º A 7º. EXEGESE. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO.

I. Tratando-se de alegação de dano causado à sociedade, carecem de legitimidade ativa para a causa os acionistas autores, que buscam indevidamente, pela ação social, o ressarcimento por violação, em tese, a direitos individuais.

(REsp 1002055SC, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 09/12/2008, DJe 23/03/2009)

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. TRANSFERÊNCIA DE ATIVOS E BENS DE PESSOA JURÍDICA PARA CONSTITUIÇÃO DE OUTRA EMPRESA. SÓCIO. ILEGITIMIDADE ATIVA. EXTINÇÃO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO.

1. O sócio não detém legitimidade ativa para postular, em nome próprio, indenização por prejuízos causados ao patrimônio de empresa, eis que eventual condenação decorrente da causa de pedir só poderia se destinar à própria sociedade e à recomposição do capital social, e não diretamente ao patrimônio de determinado sócio postulante. Precedentes.

(REsp 1327357/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Rel. p/

Nem há como se acolher a tese da Agravante de aplicação supletivamente a norma da Lei das S/A, porque o uso da analogia, somente é aplicável, na hipótese de omissão legislativa, nos termos do art. 4º, da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, vejamos:

Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Portanto, em se tratando de sociedade de limitada regulada nos artigos 1052 a 1087 do Código Civil, com a disposição específica na 31ª e na 32ª Alteração Contratual da sociedade constante nos eventos n. parágrafo único, do CC, resta inaplicável as disposições da Lei n. 6.404/1976.

Por consequência lógica, a LIMITADA, a qual origina este Agravo Instrumento, também não preencheu os requisitos da necessidade, da utilidade nem da adequação, como passo a expor.

Sobre a necessidade, afirmo isto, porque é evidente que os atos gerenciais praticados pelo Réu/Agravado e tidos como ilegais deveriam ter sido impugnados e levados à deliberação dos demais sócios, consoante determina o disposto no o art. 1013, §1º, do CC. Ou seja, este processo não é o meio hábil à obtenção do bem da vida almejado pela parte.

No que tange a utilidade, também não se mostra presente, haja vista que o processo deveria propiciar, ao menos em tese, algum proveito ao demandante, MAS NÃO É ISTO QUE OCORRERÁ, PORQUE EVENTUAL CONDENAÇÃO DECORRENTE DA CAUSA DE PEDIR SÓ PODE SE DESTINAR À PRÓPRIA SOCIEDADE E À RECOMPOSIÇÃO DO CAPITAL SOCIAL DO G. L., E NÃO DIRETAMENTE AO PATRIMÔNIO DA AGRAVANTE R. D. E. E.

Sobre o tema também se manifestam os Tribunais Pátrios:

APELAÇÃO. DIREITO CIVIL. DIREITO DO CONSUMIDOR. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. COMPRA E VENDA. IMÓVEL. ATRASO NA ENTREGA. ILEGITIMIDADE PASSIVA. REJEITADA. FALTA DO INTERESSE DE AGIR. REJEITADA. MORA DA CONSTRUTORA/INCORPORADORA. LUCROS CESSANTES. DEVIDOS. JUROS DE OBRA. COBRADOS INDEVIDAMENTE. DEVOLUÇÃO. FORMA SIMPLES. DANOS MORAIS. PEDIDO EM CONTRARRAZÕES. VIA INADEQUADA. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE

2. Além do Código de Processo Civil adotar a teoria da asserção, pacífico o entendimento de que toda a cadeia de fornecedores é solidariamente obrigada a ressarcir o consumidor por falhas na prestação do serviço. Preliminar de ilegitimidade afastada.

3. O INTERESSE PROCESSUAL ESTÁ PRESENTE QUANDO A PARTE NECESSITA RECORRER AO PODER JUDICIÁRIO PARA OBTER O RESULTADO ÚTIL PRETENDIDO, O QUE CONFIGURA O BINÔMIO DA NECESSIDADE/UTILIDADE. PRELIMINAR DE FALTA DO INTERESSE DE AGIR REJEITADA.

4.

5. No caso do atraso não justificado na entrega do imóvel gera a mora para os fornecedores e conseqüente dever de ressarcir o comprador em lucros cessantes, referente aos alugueres que o autor deixou de poder aferir por não estar na posse do imóvel.

6. Se a construtora incorreu em mora, deverá arcar com os prejuízos suportados pela

adquirente advindos de tal conduta, o que inclui os juros de obra, encargo exigido pelo agente financeiro no período em que o imóvel ainda se encontra em fase de construção, os quais deverão ser restituídos na forma simples. 7. As contrarrazões não constituem a peça processual adequada para a obtenção da reforma da sentença, porquanto a irresignação em face do decidido na instância antecedente deve ser formulada na forma prevista pela legislação processual vigente, em recurso adequado. 8. 9. Recurso do Banco conhecido e não provido. 10. (Acórdão n.1108046, 20171010049468APC, Relator: ROMULO DE ARAUJO MENDES 1ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 27/06/2018, Publicado no DJE: 11/07/2018. Pág.: 172-181)

EMENTA: DIREITO PROCESSUAL CIVIL - APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO ORDINÁRIA - PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL - FERRAMENTAS DE BUSCA NA INTERNET - DIVULGAÇÃO DE INFORMAÇÕES RELACIONADAS A PROCESSO TRABALHISTA - ILEGITIMIDADE DA PARTE RÉ E FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL - CARÊNCIA DA AÇÃO - EXTINÇÃO DO PROCESSO - A legitimatio ad causam passiva, em princípio, pode ser definida como a qualidade necessária ao réu para figurar como sujeito responsável, em abstrato, pelo cumprimento da pretensão deduzida em juízo.

- - O art. 17, do CPC vigente, exige que, para propor a ação, é necessário que a parte postulante tenha interesse, que é determinado pela necessidade e utilidade do provimento jurisdicional pretendido, como também pela adequação do meio escolhido.

- Os provedores de pesquisa limitam-se a indicar links onde possam ser encontrados os termos ou expressões de busca fornecidos pelo usuário, não sendo partes legítimas para figurar no polo passivo da ação de indenização, em que se busca a não divulgação de dados relacionados a processo judicial, armazenados no site do respectivo Tribunal. (TJMG - Apelação Cível 1.0000.17.056116-1/002, Relator(a): Des. (a) Amorim Siqueira, 9ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 03/07/2018, publicação da súmula em 12/07/2018)

Daí a jurisprudência do STJ firmou-se no mesmo sentido de que o sócio, não têm legitimidade ativa ad causam para demandar, em nome próprio, acerca de responsabilidade de conduta abusiva perpetrada por sócio administrador. Confrimam-se:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE. REGISTRO DE IMÓVEL. 1. RESPONSABILIDADE DO SÓCIO - ADMINISTRADOR QUE CAUSOU PREJUÍZOS À SOCIEDADE. ILEGITIMIDADE ATIVA DOS SÓCIOS. LEGITIMIDADE ATIVA DA PESSOA JURÍDICA. SÚMULA 83 DO STJ.

2. ANULAÇÃO DE NEGÓCIO JURÍDICO. PRAZO DECADENCIAL. ART. 178, § 9º, V, B, DO CC/1916. PRECEDENTES. 3. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

1. "O sócio não detém legitimidade ativa para postular, em nome próprio, indeniza-

ção por prejuízos causados ao patrimônio de empresa, EIS QUE EVENTUAL CONDENAÇÃO DECORRENTE DA CAUSA DE PEDIR SÓ PODERIA SE DESTINAR À PRÓPRIA SOCIEDADE E À RECOMPOSIÇÃO DO CAPITAL SOCIAL, E NÃO DIRETAMENTE AO PATRIMÔNIO DE DETERMINADO SÓCIO POSTULANTE" (REsp n. 1.327.357/RS, Relator o Ministro Luis Felipe Salomão, Relatora p/ Acórdão a Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 20/4/2017, DJe 23/5/2017). Precedentes.

2. Nos termos do art. 178, II, do Código Civil, o prazo decadencial para anulação da simulação da doação, como na hipótese, é de 4 (quatro) anos, contados do dia em que se realizou o negócio jurídico.

3. Agravo interno desprovido.

(AgInt no AREsp 1215276/SC, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/05/2018, DJe 21/05/2018)

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. TRANSFERÊNCIA DE ATIVOS E BENS DE PESSOA JURÍDICA PARA CONSTITUIÇÃO DE OUTRA EMPRESA. SÓCIO. ILEGITIMIDADE ATIVA. EXTINÇÃO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO.

1. O sócio não detém legitimidade ativa para postular, em nome próprio, indenização por prejuízos causados ao patrimônio de empresa, eis que eventual condenação decorrente da causa de pedir só poderia se destinar à própria sociedade e à recomposição do capital social, e não diretamente ao patrimônio de determinado sócio postulante. Precedentes.

2. Recurso especial a que se nega provimento.

(REsp n. 1.327.357RS, Relator o Ministro Luis Felipe Salomão, Relatora p Acórdão a Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 20/4/2017, DJe 23/5/2017.)

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. LEGITIMIDADE ATIVA. ARTIGO 6º DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. VEDAÇÃO LEGAL PARA POSTULAR EM NOME PRÓPRIO DIREITO ALHEIO. PRINCÍPIO DA UNIRRECORRIBILIDADE.

1. Demanda indenizatória proposta em nome próprio pelo sócio gerente pleiteando a reparação dos danos sofridos por sociedade limitada decorrentes de ato ilícito imputado ao réu.

2.

4. Ninguém pode pleitear em nome próprio a defesa de direito alheio, salvo quando autorizado por lei (art. 6º do CPC).

5. A Primeira Seção do STJ, em julgamento submetido ao rito do artigo 543-C do CPC, firmou a tese de que a pessoa jurídica não tem legitimidade para interpor recurso no interesse do sócio (REsp 1347627SP, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/10/2013, DJe 21/10/2013).

6.

7. Acolhida a pretensão recursal, fica afastada a multa fixada com base no artigo 538 do

RECURSO ESPECIAL PROVIDO. (REsp n. 1.317.111SC, Relator o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 9/12/2014, DJe 17/12/2014)

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. COMERCIAL. CONTRATO DE LICENÇA DE USO DE MARCA. ILEGITIMIDADE ATIVA DO SÓCIO PARA POSTULAR DIREITO DECORRENTE DE PACTO CELEBRADO COM A SOCIEDADE. AUSÊNCIA DE INTERESSE JURÍDICO.

1. A personalidade jurídica da sociedade não se confunde com a personalidade jurídica dos sócios. Assim, por constituírem pessoas distintas, distintos são também seus direitos e obrigações.

2. Ninguém pode pleitear em nome próprio direito alheio, salvo quando autorizado por lei. Por isso, o sócio não tem legitimidade para figurar no polo ativo de demanda em que se busca

indenização por prejuízos eventualmente causados à sociedade de que participa.

3. Hipótese em que o sócio tem interesse meramente econômico, faltando-lhe interesse jurídico a defender.

4. Recurso especial provido. Processo extinto sem julgamento de mérito. (REsp n. 1.188.151AM, Relator o Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, julgado em 14/6/2011, DJe 12/4/2012)

Finalmente, demonstrada a ausência de necessidade e utilidade, dada a ilegitimidade da Agravante pleitear em proveito econômico de terceiro, o PEDIDO MOSTRA-SE JURIDICAMENTE IMPOSSÍVEL, POR EXPRESSA

VEDAÇÃO LEGAL, por força do art. 18, caput, do NCPC, vejamos: Art. 18. Ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico.

Diante desta situação, impõe-se acolher a preliminar formulada na contestação e nas contrarrazões recursais por ser a R. D. F. E. P. LTDA CARECEDORA DO DIREITO DE AÇÃO.

DO CABIMENTO DA EXTINÇÃO EM SEDE DE AGRAVO DE INSTRUMENTO – EFEITO TRANSLATIVO DOS RECURSOS

Como sabemos, em regra este Tribunal deve ficar adstrito ao pedido, em face dos artigos 141 e 492 do N. Código de Processo Civil. Entretanto em determinadas situações é possível extrapolar as razões, sem que com isso incorra em julgamento ultra petita ou extra petita. É o caso, onde o julgador se depara com questões de ordem pública, que o Juiz conhece de ofício e sem preclusão, estando o Juízo ad quem autorizado a julgar com base nos art. 1.013,

§§ 1º e 2º, do NCPC, por estas matérias não serem alcançadas pela preclusão (art. 485, § 3º e 337, § 4º do NCPC). O poder de exame, aqui, dá-se por conta do princípio inquisitório e não do dispositivo, de que é corolário o efeito devolutivo dos recursos.

Em síntese, as matérias de ordem pública, entre elas as condições da ação, COMO NO PRESENTE CASO, podem ser examinadas a qualquer tempo e grau de jurisdição, operando-se o efeito

translativo nos recursos ordinários (apelação, AGRAVO, embargos infringentes, embargos de declaração e recurso ordinário constitucional).

Neste diapasão, colaciono julgado do Tribunal da Cidadania:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXTINÇÃO DO FEITO, PELO NO JULGAMENTO DE RECURSO. POSSIBILIDADE. RECONHECIMENTO DE ILEGITIMIDADE DE PARTE. CONDIÇÕES DA AÇÃO. ART. 267, § 3º, DO CPC/73. REFORMATIO IN PEJUS. INOVAÇÃO RECURSAL, EM SEDE DE AGRAVO REGIMENTAL. IMPOSSIBILIDADE. ALEGADA VIOLAÇÃO AOS ARTS. 397 E 398 DO CPC/73. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

I. Agravo Regimental aviado contra decisão monocrática publicada na vigência do CPC/73, que, por sua vez, julgara recurso interposto contra decisum publicado na vigência do CPC/73.

II. Na hipótese, o

III. De acordo

IV. Nos termos da

V. A questão envolvendo a ocorrência de reformatio in pejus somente foi suscitada, pelo agravante, em petição na qual é impugnado o parecer do Ministério Público Federal, e no presente Agravo Regimental, tratando-se de verdadeira inovação recursal, motivo pelo qual é inviável o exame da matéria.

VI. Ainda que

VIII. Agravo Regimental improvido. (AgRg no AREsp 381.285/PE, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/05/2018, DJe 09/05/2018)

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. CPC/1973. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. EXTINÇÃO DO PROCESSO. CABIMENTO. EFEITO TRANSLATIVO DO RECURSO. RETENÇÃO DO AGRAVO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. ÓBICE DA SÚMULA 211/STJ. RECONVENÇÃO. CONEXÃO COM A CAUSA PRINCIPAL. ÓBICE DAS SÚMULAS 5 E 7/STJ. MULTA DO ART. AUSÊNCIA DE CARÁTER PROTETÓRIO.

1. Inocorrência de negativa de prestação jurisdicional quando o acórdão recorrido, ainda que de forma sucinta, contém fundamentação suficiente para amparar o resultado do julgamento e enfrentar as questões essenciais ao julgamento da lide.

2. Possibilidade de se extinguir o processo sem resolução do mérito no curso de agravo de instrumento interposto em face de decisão de antecipação de tutela, tendo em vista o efeito translativo dos recursos. Julgados desta Corte Superior.

3. Ausência de prequestionamento da questão referente à retenção do agravo de instrumento, fazendo-se incidir o óbice da Súmula 211/STJ.

4. Inviabilidade de se contrastar, no âmbito desta Corte Superior, a conclusão do Tribunal de origem acerca da ausência de conexão entre as demandas principal e reconvenção, pois a controvérsia diz respeito a contratos de distribuição, representação e prestação de serviços, cuja exegese é vedada no âmbito desta Corte Superior, em razão do óbice das Súmulas 5 e 7/STJ.

5. Ausência de cláusula arbitral no pacto específico (“memorando de entendimentos”) que

6. Exclusão da multa do art. 538 do Código de Processo Civil de 1973, por não se vislumbrar caráter manifestamente protelatórios no embargos opostos perante o Tribunal de origem.

7. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.

(REsp 1490726/SC, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/10/2017, DJe 30/10/2017)

Por último, registro ser possível o julgamento da ação por não haver violação da regra da vedação à decisão-surpresa consagrada no artigo 10 do Novo Código de Processo Civil brasileiro:

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

Explico:

A regra inculpada no sobredito artigo impõe ao juiz que, ao vislumbrar a possibilidade de aplicação, na sentença, de fundamento jurídico não alvitado por qualquer das partes no processo, conceda, antes da prolação da sentença, prazo para que os litigantes se manifestem sobre a matéria inovadora, não sendo possível, do contrário, empregar tal fundamento na motivação do decisum, sob pena de invalidade do ato.

Segundo a mencionada teoria, o núcleo da causa de pedir (causa excipienda do réu) seria composto apenas pela narrativa fática apresentada, e não por seus aportes jurídicos, de sorte que apenas aquela narrativa se prestaria a delimitar a cognição do juiz e individualizar a demanda.

De tal arte, estando o julgador vinculado apenas ao conteúdo fático das postulações, cabe-lhe enquadrar juridicamente esses acontecimentos da maneira que entender adequada, podendo desbordar da qualificação proposta pelos litigantes.

A desvinculação do julgador quanto aos fundamentos jurídicos trazidos na demanda e na resposta é sintetizada nos brocados latinos da mihi factum dabo tibi jus (dá-me os fatos e eu te dou o direito) e iura novit curia (o juiz conhece o direito), sempre muito prestigiados em nossa legislação, doutrina e jurisprudência, justamente em decorrência do acolhimento da teoria da substanciação.

No caso, a inadequação da demanda, por ausência das condições da ação NÃO É MATÉRIA NOVA, PORQUE FOI ALEGADA DESDE 26/01/2018 PELA PARTE ADVERSA NA CONTESTAÇÃO (EVENTO Num. 3673709 - Pág. 26/30, DOS AUTOS DE ORIGEM), vejamos:

(.)IV.4 - DA CARÊNCIA DA AÇÃO. FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL

Nobre julgador, para que qualquer pessoa possa acionar o Poder Judiciário, seja através de qualquer medida que seja, é necessário ter interesse processual, isto é, no sentido tanto de obter do processo uma utilidade, como de ser necessário tomar tal iniciativa para se evitar prejuízos em seus direitos.

O interesse processual da Requerente deveria decorrer da utilidade que o processo lhe oferece da necessidade de dele se socorrer para fazer valer os seus direitos.

Logo, utilizar-se de um processo apenas para chamar o outro a juízo sem qualquer razão, sem fundamento legal, remete, inexoravelmente à extinção da ação sem julgamento de mérito por falta de interesse de agir.

No presente caso, é nítida a carência do interesse de processual da Requerente, decorrente da inexistência de fundamentação, qualquer que seja ela, de suas alegações e pretensões, ou decorrente da própria conduta escorregada do Requerido (total e claramente demonstrada, exposta e comprovada nos autos), pois, como fortemente comprovado através da vasta gama de esclarecimentos e documentos probatórios anexados aos autos pelo Requerido, este sempre atuou dentro dos limites e diretrizes dispostos no contrato social e assembleias do G. L., bem como em perfeita atenção à legislação pátria vigente.

Outrossim, não se olvide que a própria Requerente é sócia da empresa G. L., participante das reuniões societárias, com direito a voto, possuindo total e irrestrito acesso aos contratos sociais, atas de assembleias e demais documentos concernentes às atividades empresariais do G. L. Portanto, é a Requerente, através de seu representante legal, perfeita conhecedora que a ação judicial em questão é mais uma de suas aventuras jurídicas, posto que se baseia em falácias, não detendo sequer meios fácticos-probatórios para sustentar sua propositura e manutenção.

Assim, Excelência, o interesse de agir configura-se quando, com base nas afirmações infundadas da Requerente, esteja presente o binômio necessidade/adequação da tutela por ela pretendida.

Além disto, como já exposto no tópico destinado a ilegitimidade ativa, o que se denota da verdadeira pretensão da Requerente, com o

O pedido da forma camuflada exposta na sede de tutela antecipada, representa nítida e verdadeira exclusão do Requerido da sociedade empresarial, eis que lhe ceifar os poderes de gestão, sem justificativa para tanto e sem prazo final (já que não se podemensurar quando a demanda efetivamente transitará em julgado), ficando o Requerido impedido de praticar qualquer ato de ordenar, mandar, ou assinar qualquer documento que sirva como ordem de pagamento e retirada de valores dos caixas da empresa L. Comércio e Indústria Ltda., até o julgamento de rito da presente demanda, sob pena de pagamento de multa diária a ser estipulada pelo Douto Juízo. Verdadeiro absurdo com o que, certamente, esse respeitável juízo jamais compactuará. COMO É CEDIÇO, NADA, EFETIVAMENTE NADA É APONTADO OU JUNTADO NOS AUTOS DA AÇÃO QUE COMPROVE QUALQUER CONVOCAÇÃO PARA ASSEMBLEIA PARA SEQUER DISCUSSÃO SOBRE ESTES SUPOSTOS ATOS ILE-

GAIS E IRREGULARES DE GESTÃO QUE SÃO ABSURDAMENTE ATRIBUÍDOS AOREQUERIDO PELA REQUERENTE.

Muito pelo contrário. Por tudo o que se verifica e se apontou até o momento, o que se denota é cunho nitidamente pessoal, isolado, sem qualquer apoio dos demais sócios, em que, em momento algum, restou assegurado qualquer direito de defesa do Requerido nem que seja por meio de uma simples notificação.

Verifica-se, pois, Excelência, que, seja pelo conteúdo em si do pedido formulado (que camufla verdadeiro pleito de exclusão do sócio/Requerido da sociedade), seja pelo pedido de tutela antecipada que representa perda de poder de gestão do Requerido dentro da própria sociedade, em qualquer dos casos e situações, é evidente a desnecessidade da propositura desta ação em face do Requerido, tendo em vista que carece de razão e interesse processual a Requerente diante das incabíveis alegações e pedidos por esta formulados.

OUTROSSIM, DA MESMA FORMA QUE JÁ ASSEVERADO ACIMA,

Por outro lado, SE FOR DETERMINADA A DEVOLUÇÃO À SOCIEDADE EMPRESARIAL - L., COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA -, ESTA OBRIGATORIAMENTE, POR MEIO DE MAIORIA ABSOLUTA DE SEUS SÓCIOS, DEVERIA FIGURAR NO POLO ATIVO DA AÇÃO, E NÃO POR MEIO DE APENAS UMA DE SUAS SÓCIAS IN CASU, R. D. F. EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA, QUE, COMO JÁ FALAMOS, TAMBÉM POR ESTE ASPECTO NÃO DETÉM O INTERESSE PROCESSUAL NECESSÁRIO À PROPOSITURA DA PRESENTE DEMANDA.

LOGO, VERIFICA-SE QUE OS MEIOS UTILIZADOS PELO REQUERENTE NÃO SÃO PROPORCIONAIS À REALIDADE DOS FATOS, pois nenhum ato do Requerido restou exorbitante ou ilegal, o que superaria a proporcionalidade e, porquanto, seria uma medida imoderada em confronto com o resultado almejado pela Requerente,

impondo reconhecer a manifesta ofensa aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Inclito Magistrado, partindo do princípio e das fastas provas e fatos colacionados pelo Requerido, de que este sempre agiu e continua agindo em conformidade com limites e diretrizes dispostos no contrato social e assembleias do G. L., bem como em perfeita atenção à legislação pátria vigente, não há porque atender-se aos pleitos imotivados da Requerente, faltando-lhe, assim, total interesse de agir e, portanto, descabida a presente ação judicial.

Isto posto, diante da flagrante ausência do interesse processual da Requerente, impõe-se a extinção da ação sem resolução de mérito, conforme os termos do artigo 485, IV e VI do Código de Processo Civil.

E RATIFICADA NAS CONTRARRAZÕES DESTE AGRAVO NO EVENTO NUM. 372938 - PÁG. 48/51, JUNTADA TAMBÉM

(..)

IV.3 - DA CARÊNCIA DA AÇÃO. FALTA DE INTERESSE DE PROCESSUAL.

Nobres julgadores, para que qualquer pessoa possa acionar o Poder Judiciário, seja através de qualquer medida que seja, é necessário ter interesse processual, isto é, no sentido tanto de obter do processo uma utilidade, como de ser necessário tomar tal iniciativa para se evitar prejuízos em seus direitos.

O interesse processual da Agravante deveria decorrer da utilidade que o processo lhe oferece e da necessidade de dele se socorrer para fazer valer os seus direitos. Logo, utilizar-se de um processo apenas para chamar o outro a juízo sem qualquer razão, sem fundamento legal, remete, inexoravelmente à extinção da ação sem julgamento de mérito por falta de interesse de agir.

No presente caso, é nítida a carência do interesse de processual da Agravante, decorrente da inexistência de fundamentação, qualquer que seja ela, de suas alegações e pretensões, ou decorrente da própria conduta escorregada do Agravado (total e claramente demonstrada, exposta e comprovada nos autos), pois, como fortemente comprovado através da vasta gama de esclarecimentos e documentos probatórios anexados aos autos pelo agravado, este sempre atuou dentro dos limites e diretrizes dispostos no contrato social e assembleias do G. L., bem como em perfeita atenção à legislação pátria vigente.

Outrossim, não se olvide que a própria Agravante é sócia da empresa G. L., participante das reuniões societárias, com direito a voto, possuindo total e irrestrito acesso aos contratos sociais, atas de assembleias e demais documentos concernentes às atividades empresariais do G. L.. Portanto, é a Agravante, através de seu representante legal, perfeita conhecedora que a ação judicial em questão é mais uma de suas aventuras jurídicas, posto que se baseia em falácias, não detendo sequer meios fáticos-probatórios para sustentar sua propositura e manutenção.

Assim, Excelências, o interesse de agir configura-se quando, com base nas afirmações infundadas da Agravante, esteja presente o binômio necessidade/adequação da tutela por ela pretendida.

Desta forma, é evidente a desnecessidade da propositura desta ação em face do Agravado, tendo em vista que carece de razão a Agravante diante das incabíveis alegações e pedidos.

Logo, verifica-se que os meios utilizados pelo Agravante não são proporcionais à realidade dos fatos, pois nenhum ato do Agravado restou exorbitante ou ilegal, o que superaria a proporcionalidade e, porquanto, seria uma medida imoderada em confronto com o resultado almejado pela Agravante, impondo reconhecer a manifesta ofensa aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Ínclitos Magistrados, partindo do princípio e das fastas provas e fatos colacionados pelo agravado, de que este sempre agiu e continua agindo em conformidade com limites e diretrizes dispostos no contrato social e assembleias do G. L., bem como em perfeita atenção à legislação pátria vigente, não há porque atender-se aos pleitos imotivados da Agravante, faltando-lhe, assim, total interesse de agir e, portanto, descabida a presente ação judicial, e, por via de consequência, o agravo de instrumento

ora contraminutado.

Isto posto, diante da flagrante ausência do interesse processual da Agravante, impõe-se a extinção da ação sem resolução de mérito, conforme os termos do artigo 485, IV e VI do Código de Processo Civil, e, conseqüentemente, o não conhecimento do agravo de instrumento ou mesmo não provimento deste.

Por conta das preliminares suscitadas na peça contestatória, o Juízo a quo ordenou a intimação da parte contrária para se manifestar consoante se verifica do ID. N 5086487, vejamos:

Não vislumbro urgência na análise dos pedidos de reconsideração da decisão que indeferiu a tutela provisória de Ids nº 3169375 e 4528211, esta última desprovida dos documentos a que se refere.

ASSIM, DIANTE DAS PRELIMINARES ARGUIDAS EM SEDE DE CONTESTAÇÃO, FICA A PARTE AUTORA INTIMADA A SE MANIFESTAR NO PRAZO LEGAL.

Decorridos, venham conclusos para fins de saneamento do feito, análise das preliminares e dos pedidos de reconsideração.

Belém, 16 de abril de 2018.

LAILCE ANA MARRON DA SILVA CARDOSO Juíza Titular da 9ª Vara Cível e Empresarial de Belém

Porém, não houve manifestação pela Autora/Agravante, nos autos de origem, consoante se comprova da imagem no PJE, que colaciono ao meu voto:

Do mesmo modo, foi oportunizada à Agravante na 23ª Sessão Ordinária desta Turma a Agravante para se manifestar sobre as preliminares aduzidas pelo Agravado (Contestação e Contrarrazões), consoante a certidão do evento Num. 771169 tendo agora apresentado defesa no petítório Num. 787392, restando assim cumprido o disposto no art. 10, do NCPC.

Desta forma, se impõe o reconhecimento da carência do direito de ação e a extinção do feito, com base no art. 485, inciso VI, § 3º do Pergaminho Adjetivo Civil Pátrio:

“Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando:

VI – verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual; (...) § 3º O juiz conhecerá de ofício da matéria constante dos incisos IV, V, VI e IX, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não ocorrer o trânsito em julgado.”

Portanto, acolho a prejudicial de carência de ação e JULGO EXTINTA a AÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRA ADMINISTRADOR DE SOCIEDADE LIMITADA movida por R. D. F. - EMPREENDIMENTOS E PARTICIPACOES LTDA., ora Agravante, sem resolução de mérito, na forma do art. 485, inciso VI, §3º do NCPC.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, CONHEÇO DO RECURSO e com base no efeito translativo, extingo a ação de responsabilidade civil contra administrador de sociedade limitada c/c pedido de devolução de valores, sem resolução de mérito, na forma do art. 485, inciso VI, §1º, do NCPC.

Condeno o Autor/Agravante ao ressarcimento das custas despendidas pelo Réu e ao pagamento de honorários advocatícios em 20% sobre o valor da causa.

Quanto ao requerimento de condenação do Agravante em litigância de má-fé, não vislumbro a presença de elementos para tanto, motivo pelo qual indefiro o pedido.

É como voto.

Belém, 03 de setembro de 2018.

MARIA FILOMENA DE ALMEIDA BUARQUE Desembargadora Relatora

Ementa: AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. LIMINAR DE AFASTAMENTO DA COMPANHEIRA DEFERIDA. REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS. ALEGAÇÃO DE QUE NÃO SÃO DEVIDOS ALIMENTOS À COMPANHEIRA. RECONVENÇÃO. ANULAÇÃO DE ESCRITURA PÚBLICA. REQUERIMENTO DE ALIMENTOS. MEAÇÃO. MORTE DO AUTOR/RECONVINDO. AÇÃO PERSONALÍSSIMA. EXTINÇÃO DA AÇÃO PRINCIPAL, SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO, NA FORMA DO ART. 267, INCISO IV, DO CPC/73. DECISÃO ESCORREITA. RECONVENÇÃO TAMBÉM EXTINTA, SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO, COM BASE NO ART. 267, INCISO IX, DO CPC/73. INSURGÊNCIA RECURSAL DA RÉ/RECONVINTE. ANULAÇÃO DE ESCRITURA PÚBLICA. REQUERIMENTO DE ALIMENTOS. MEAÇÃO. DIREITO DE HABITAÇÃO. INSURGÊNCIA DOS HERDEIROS QUANTO AO ARBITRAMENTO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM SEU FAVOR. PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO DA RÉ/RECONVINTE POR NÃO TER O APELO ATACADO OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO RECORRIDA. PRELIMINAR REJEITADA. APELAÇÃO DA RÉ/RECONVINTE R. L. G. CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. APELAÇÃO DE M. DO S. F., S. F. G., H. F. G., M. F. G. E A. J. DE O. G. F. CONHECIDO E PROVIDO.

PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO DA RÉ/RECONVINTE

1. Como sabemos, o procedimento recursal se assemelha ao inaugural e a petição de interposição de recurso deve conter os fundamentos de fato e de direito que embasariam o inconformismo do recorrente e o pedido de nova decisão. Tanto é assim, que já se firmou ser causa de inépcia a interposição de recurso sem motivação.

- No meu sentir, não prospera a preliminar suscitada pelos Apelados, devido as

razões recursais de R. L. G. atender aos requisitos obrigatórios, **em decorrência da mesma ter exposto com clareza os motivos de fato e de direito que embasam a insurgência recursal e o pedido de nova decisão.**

- Assim, rejeito a preliminar.

AUTONOMIA DA RECONVENÇÃO EM RELAÇÃO A AÇÃO PRINCIPAL

2. Seguindo os ensinamentos de Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini a reconvenção é uma nova ação, proposta pelo réu contra o autor, no bojo do mesmo procedimento já em curso e que foi iniciado pelo autor. É um modo de cumulação de ações, pois o réu, tendo pedido a deduzir em face do autor, exerce o direito de ação, no mesmo procedimento em que está sendo demandado.

- Por ser uma ação autônoma, assiste razão à **R. L. G.** quando afirma que o artigo 317, do CPC-73 estabelece que: **a desistência da ação, ou a existência de qualquer causa que a extinga, não obsta ao prosseguimento da reconvenção.**

- Portanto, a extinção da Ação de Reconhecimento e Dissolução de União Estável ajuizado por A. J. DE O. G. não importa necessariamente na extinção da reconvenção, cabendo ser examinado a viabilidade de prosseguimento do feito.

DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO RECONVENCIONAL

3. Do exame dos autos, constato que a controvérsia a ser examinada na ação reconvenicional possui quatro pedidos:

- A) A anulação da escritura pública de fls. 20;
- B) O reconhecimento ininterrupto da convivência;
- C) A inclusão da casa no Conjunto Cristal Ville, por força do art. 377, do STF;
- D) O recebimento de alimentos pela dissolução da união estável.

LITISPENDÊNCIA

4. De plano, constato que os alimentos e o reconhecimento ininterrupto da convivência, sequer deveriam ter sido conhecidos na Reconvenção, porque a Ação de Reconhecimento de Existência e Dissolução de União Estável ajuizado por A. J. DE O. G. é idêntica à ação principal, porquanto tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido, enquadrando-se no conceito de litispendência, nos termos do art. 301, inciso V, §§ 1º a 3º, do CPC/73.

DA PERDA SUPERVENIENTE DO INTERESSE PROCESSUAL DA AÇÃO PRINCIPAL E EM PARTE DA RECONVENÇÃO

5. Traspassado isto, **também se verifica a perda superveniente do interesse processual, porque a convivência em comum, havido entre A. J. DE O. G. e R. L. G., em regime de união estável é inconteste,** por restar comprovado na Escritura Pública de fls. 20 e das declarações do falecido constante na exordial, que demonstra a convivência no período de outubro/2009 a 05 de maio de 2011 e a partir de JULHO/2011 até 23 de janeiro de 2013, quando foi cumprido o mandado de afastamento de R. L. G. do lar.

- Também é inconteste que o falecido A. J. DE O. G. nasceu em 18 de agosto de 1932 (fls.19) e que o possuía mais de 70 anos quando constituiu a convivência

com a Reconvinte/Apelante, incidindo o regime da separação obrigatória de bens, na forma do art. 1641, inciso II, do CC, devido o STJ já ter assentado o entendimento da extensão da restrição à união estável (STJ – REsp nº 1.090.722 – SP – 3ª turma – Rel. Min. Massami Uyeda – DJ 30.08.2010)

- Em decorrência do falecimento A. J. DE O. G. em 19.02.2013, consoante informação da Ré e do patrono do Autor, fls. 189/195 e união resta resolvida definitivamente, o que esvazia o objeto neste sentido.

Apelação Improvida

DOS ALIMENTOS

6. Do mesmo modo, não se mostra possível o prosseguimento em relação dos alimentos, uma vez que a obrigação alimentar entre ex-cônjuges é de natureza personalíssima, por tal razão, extingue-se com a morte.

- Diz-se isto, porque **a morte de A. J. DE O. G. extinguiu a possibilidade e obrigá-lo ao pagamento de alimentos,** mostrando-se escorregada a sentença que extinguiu a demanda reconvenicional, com base no art. 267, inciso IX, do CPC/73.

Apelação Improvida

DO DIREITO REAL DE HABITAÇÃO

7. Para reconhecer o direito real de habitação é necessário que a união estável tenha se mantido até o falecimento do cônjuge, bem como o imóvel **tenha sido utilizado como residência do casal,** conforme dispõe o § único, do artigo 7º, da Lei 9.278/1996.

- Considerando que a medida cautelar para afastamento do lar **ter caráter satisfativo** e o mandado de afastamento da ré ter sido cumprido em 18 de janeiro de 2018, antes do falecimento de A. J. DE O. G. **não havia mais na época do falecimento (19.02.2013) a coabitação,** descabendo o reconhecimento do pretendido direito real de habitação, tornando inviável o reconhecimento do instituto acima referido em favor da Recorrente.

Apelação Improvida

DA PARTILHA

8. Dissolvida a união pela morte de um dos conviventes, escorregada a sentença que extinguiu sem mérito a demanda, porque a partilha deve ser procedida na ação de inventário, em decorrência da perda de competência do Juízo da Família para apreciar a matéria consoante os precedentes dos Tribunais Pátrios.

Apelação Improvida

DA ANULAÇÃO DA ESCRITURA PÚBLICA/MEAÇÃO

9. Superada as questões supramencionadas, resta o pedido de anulação da Escritura Pública de fls. 20 em que R. L. G renunciou todos os bens adquiridos na constância da união havida entre as partes.

- Sobre este tópico, **tenho que a sentença merece reforma, porque a Reconvinte/Apelante preenche os pressupostos e condições da ação,** como passo a expor:

- In casu, **a legitimidade ativa de R. L. G. está comprovada, por força do art. 168,**

do CC e **a legitimidade passiva de M. DOS F., S. F. G., H. F. G., M. F. G. e A. J. DE O. G. F. decorrente da abertura da sucessão e da transferência incontinenti da posse e da propriedade dos bens do falecido aos herdeiros (art. 1784 do CC).**

- **O pedido de anulação da Escritura Pública**, com o conseqüente reconhecimento de direito sobre o imóvel n. 31, da Alameda Cristal do Condomínio Cristal Ville, localizado na Rodovia Transmangueirão n. 2295, Belém/PA **não é vedado pela legislação.**

- **Quanto ao interesse de agir a Apelante comprova a necessidade de demanda, porque se não houvesse pleiteado a anulação do negócio jurídico seu direito cairia, por força do art. 178, inciso I e II, do CC.**

- Também resta demonstrada **a utilidade, porque a partilha do imóvel indicado às fls. 73/76, somente, será possível com a desconstituição da declaração constante da Escritura Pública de fls. 20, porque R. L. G. renunciou, de forma expressa e em caráter irrevogável, a todos os bens a que poderia fazer jus, adquiridos, a título oneroso, gratuito ou em sub-rogação por A. J. DE O. G..**

- **A reconvenção merece ser recebida em parte**, por ser tempestiva e ter preenchido os requisitos do art. 315, do CPC/73, **no que se refere a anulação da Escritura Pública e a existência de vícios de consentimento no negócio jurídico.**

- Consigna mais, embora se esteja a reformar sentença fundada no art. 267, do CPC/73, **não é possível o julgamento de mérito**, em decorrência do processo não estar em condições de imediato julgamento, **por não ter o Juízo a quo oportunizado a produção das provas requeridas pelas partes na Reconvenção (fls. 183) e Contestação à Reconvenção (fls. 239).**

- Assim, **é imperativo o provimento parcial do recurso da Ré/Apelante para desconstituir, apenas, a sentença da reconvenção referente ao pedido de nulidade da Escritura Pública de fls. 20 e ordenar a devolução dos autos ao Juízo a quo para que seja oportunizado as partes a produção de provas sobre os alegados vícios, nos termos da fundamentação.**

DA APELAÇÃO DE M. DO S. F., S. F. G., H. F. G., M. F. G. e A. J. DE O. G. F. DOS HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA

10. Por meio da petição de fls. 193/195, o Advogado comunicou o falecimento da parte autora.

- A situação é fato superveniente que leva à extinção do processo pela perda do objeto (art. 267, inc. IX e c/c art. 492 do CPC/73).

- Para fins de distribuição da sucumbência, é necessária a aplicação do princípio da causalidade.

- **No caso a Ré/Apelada R. L. G. deu causa ao ajuizamento da demanda, porque caso fosse julgado o mérito, seria procedente, em decorrência da dissolubilidade da união estável, não exigir formalidades legais, bastando a manifestação de uma das partes em dissolver o vínculo, o que no caso ocorreu na petição inicial (fls. 03/13), corroborado pelo pedido de afastamento da companheira do lar**

conjugal deferido às fls. 23 e cumprido em 21 de janeiro de 2013, fls. 30, **atrai-se a aplicação do art. 158, do CPC/73 (Os atos das partes, consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade, produzem imediatamente a constituição, a modificação ou a extinção de direitos processuais), devendo a Ré/Apelada responder pelos ônus de sucumbência.**

- Portanto, **dá-se provimento ao apelo de M. DOS F., S. F. G., H. F. G., M. F. G. e A. J. DE O. G. F. para o fim de determinar a condenação de R. L. G. ao pagamento de honorários aos procuradores de A. J. DE O. G., que fixo em R\$ 3.000,00**, considerando as diretrizes do art. 20, §4, do CPC/73.

ACÓRDÃO

Acordam os Excelentíssimos Senhores Desembargadores componentes da 1ª Turma de Direito Privado, por unanimidade de votos, em conhecer do recurso da Ré/Apelante e dar parcial provimento, para desconstituir, apenas, a sentença da reconvenção referente ao pedido de nulidade da Escritura Pública de fls. 20 e ordenar a devolução dos autos ao Juízo a quo para que seja oportunizado as partes a produção de provas sobre os alegados vícios, nos termos relatados pela Desembargadora Relatora.

No que se refere ao recurso de M. DO S. F., S. F. G., H. F. G., M. F. G. e A. J. DE O. G. F. conhecer e dar parcial provimento, para condenar R. L. G. ao pagamento de honorários aos procuradores de A. J. DE O. G. no montante de R\$ 3.000,00, considerando as diretrizes do art. 20, §4, do CPC/73.

Turma Julgadora: Des^a. Maria Filomena de Almeida Buarque (Relatora), Des. Constantino Augusto Guerreiro e o Des. José Roberto Pinheiro Maia Bezerra Júnior.

Plenário da 1ª Turma de Direito Privado, 11 de março de 2019.

MARIA FILOMENA DE ALMEIDA BUARQUE

Desembargadora Relatora

DECIDO.

DOS PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO DA RÉ/RECONVINTE

DA PRELIMINAR DE RAZOES DISSOCIADAS NAS CONTRARRAZOES DE M. DOS F., S. F. G., H. F. G., M. F. G. e A. J. DE O. G. F.

Realmente, o procedimento recursal é semelhante ao inaugural e a petição de interposição de recurso deve conter os fundamentos que embasaram o inconformismo do recorrente e o pedido de nova decisão. Tanto é assim, que já se firmou a tese de que é causa de inépcia não conhecimento a interposição de recurso sem motivação.

Entretanto, no meu sentir, não prospera a preliminar suscitada pelos Apelados, devido as razões recursais de **R. L. G.** atenderem aos requisitos obrigatórios, em decorrência da mesma ter exposto com clareza os motivos de fato e de direito que embasam a insurgência recursal e o pedido de nova decisão.

Assim, rejeito a prejudicial e **passo ao exame do mérito recursal.**

Como relatado alhures, a insurgência recursal se restringe a possibilidade ou não da extinção conjunta da ação da ação principal com a reconvenção, por força do art. 317, do CPC.

Segundo os ensinamentos de Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini conceituam e explicam:

A reconvenção é uma nova ação, proposta pelo réu contra o autor, no bojo do mesmo procedimento já em curso e que foi iniciado pelo autor. **É um modo de cumulação de ações, pois o réu, tendo pedido a deduzir em face do autor, exerce o direito de ação, no mesmo procedimento em que está sendo demandado.**

(WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Curso Avançado de Processo Civil – Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. V. 1. 11ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 425)

Para Fredie Didier Jr:

A reconvenção é demanda do réu contra o autor no mesmo processo em que está sendo demandado. É o contra-ataque que enseja o processamento simultâneo da ação principal e da reconvenção, a fim de que o juiz julgue as duas lides na mesma sentença.

(DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. V. 1. 8ª ed. Salvador: Edições JUS PODIVM, 2007, p. 453)

Corroborando a isto, o artigo 317, do CPC-73 a extinção da ação principal, não obsta ao prosseguimento da reconvenção, vejamos:

Art. 317. A desistência da ação, ou **A EXISTÊNCIA DE QUALQUER CAUSA QUE A**

EXTINGA, NÃO OBSTA AO PROSSEGUIMENTO DA RECONVENÇÃO.

Entretanto, a ação reconvenção deve observar os pressupostos processuais e condições da ação.

Do exame dos autos, constato que a controvérsia a ser examinada na ação reconvenção possui quatro pedidos:

- 1) A anulação da escritura pública de fls. 20;
- 2) O reconhecimento ininterrupto da convivência;
- 3) A inclusão da casa no Conjunto Cristal Ville, por força do art. 377, do STF;
- 4) O recebimento de alimentos pela dissolução da união estável.

De plano, constato que os alimentos e o reconhecimento ininterrupto da convivência, sequer deveriam ter sido conhecidos, porque a Ação de Reconhecimento de Existência e Dissolução de União Estável ajuizado por A. J. DE O. G. é idêntica à ação principal, porquanto tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido, o que configura em litispendência, na forma do art. 301, inciso V, §§ 1º a 3º, do CPC/73, vejamos:

Art. 301. Compete-lhe, porém, antes de discutir o mérito, alegar:

(...)

V - litispendência;

(...)

§ 1o Verifica-se a litispendência ou a coisa julgada, quando se reproduz ação anteriormente ajuizada.

§ 2o Uma ação é idêntica à outra quando tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido.

§ 3o Há litispendência, quando se repete ação, que está em curso; há coisa julgada, quando se repete ação que já foi decidida por sentença, de que não caiba recurso.

Traspassado isto, houve a perda superveniente do interesse processual, porque **A. J. DE O. G. e R. L. G. conviveram em união estável no período de outubro/2009 a 05 de maio de 2011** e retomaram a convivência em **JULHO/2011** e permanecerem até o afastamento de **R. L. G.** do lar, por força do mandado cumprido em **23 de janeiro de 2013 (fls. 27/30)**, por força da decisão de fls. 23/24.

A certidão de casamento juntado às fls. 19 comprova que **A. J. DE O. G. nasceu em 18 de agosto de 1932 e que o mesmo possuía mais de 70 anos quando constituiu a convivência com a Reconvinte/Apelante**, incidindo o regime da separação obrigatória de bens, na forma do art. 1641, inciso II, do CC, vejamos:

Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:

(...)

II – da pessoa maior de 70 (setenta) anos;

Embora o referido dispositivo se refira a casamento, o STJ já assentou entendimento da extensão da restrição à união estável, vejamos:

EMENTA

RECURSO ESPECIAL – UNIÃO ESTÁVEL – APLICAÇÃO DO REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS, EM RAZÃO DA SENILIDADE DE UM DOS CONSORTESES, CONSTANTE DO ARTIGO 1641, II, DO CÓDIGO CIVIL, À UNIÃO ESTÁVEL – NECESSIDADE – COMPANHEIRO SUPÉRSTITE – PARTICIPAÇÃO NA SUCESSÃO DO COMPANHEIRO FALECIDO QUANTO AOS BENS ADQUIRIDOS NA CONSTÂNCIA DA UNIÃO ESTÁVEL – OBSERVÂNCIA – INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 1790, CC – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

I – O artigo 1725 do Código Civil preconiza que, na união estável, o regime de bens vigente é o da comunhão parcial. Contudo, referido preceito legal não encerra um comando absoluto, já que, além de conter inequívoca cláusula restritiva (“no que couber”), permite aos companheiros contratarem, por escrito, de forma diversa;

II – **A não extensão do regime da separação obrigatória de bens, em razão da senilidade do de cujus, constante do artigo 1641, II, do Código Civil, à união estável equivaleria, em tais situações, ao desestímulo ao casamento, o que, certamente, discrepa da finalidade arraigada no ordenamento jurídico nacional, o qual se propõe a facilitar a convolação da união estável em casamento, e não o contrário;**

IV – Ressalte-se, contudo, que a aplicação de tal regime deve inequivocamente sofrer a contemporização do Enunciado n. 377/STF, pois os bens adquiridos na constância, no caso, da união estável, devem comunicar-se, independente da prova de que tais bens são provenientes do esforço comum, já que a solidariedade, inerente à vida comum do casal, por si só, é fator contributivo para a aquisição dos frutos na constância de tal convivência;

V – Excluída a meação, nos termos postos na presente decisão, a companheira supérstite participará da sucessão do companheiro falecido em relação aos bens adquiridos onerosamente na constância da convivência (período que não se inicia com a declaração judicial que reconhece a união estável, mas, sim, com a efetiva convivência), em concorrência com os outros parentes sucessíveis (inciso III, do artigo 1790, CC). VI – Recurso parcialmente provido. (STJ – REsp nº 1.090.722 – SP – 3ª turma – Rel. Min. Massami Uyeda – DJ 30.08.2010)

E a jurisprudência dos Tribunais Pátrios.

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. FAMÍLIA. AÇÃO ANULATÓRIA DE ESCRITURA PÚBLICA DECLARATÓRIA DE UNIÃO ESTÁVEL. DECADÊNCIA VERIFICADA. 1. O pedido de anulação de escritura pública por incapacidade para o ato submete-se ao prazo decadencial de 4 anos do art. 178, III, do CCB. 2. **É obrigatório o regime de separação legal de bens na união estável quando um dos companheiros, no início da relação, conta com mais de sessenta anos, o que não é o caso dos autos.** RECURSO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70069823821, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em 31/08/2016)

Também, é inconteste que o **A.J.D.E.O.G.** faleceu em **19.02.2013**, consoante informação da Ré e do patrono do Autor, fls. 189/195 **dissolvendo a união definitivamente.**

DOS ALIMENTOS

Do mesmo modo, não de mostra possível o prosseguimento em relação dos alimentos discutidos nos autos, uma vez que **a obrigação alimentar entre ex-cônjuges é de natureza personalíssima**, por tal razão extinguiu-se com a morte.

Nesse sentido, precedente do STJ:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE ALIMENTOS. TRANSMISSIBILIDADE DO DEVER JURÍDICO DE ALIMENTAR AO ESPÓLIO. INEXISTÊNCIA DE ANTERIOR OBRIGAÇÃO DO DE CUJUS. INVIABILIDADE. OBRIGAÇÃO QUE SE RESTRINGE AOS CRÉDITOS NÃO ADIMPLIDOS EM VIDA PELO FALECIDO. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. A Segunda Seção desta Corte Superior, ao enfrentar a questão acerca da transmissibilidade ao espólio do dever de prestar alimentos a quem o de cujus os devia, modificou a orientação até então dominante, passando a entender que a “obrigação, de natureza personalíssima, extingue-se com o óbito do alimentante, cabendo ao espólio recolher, tão somente, eventuais débitos não quitados pelo devedor quando em vida. Fica ressalvada a irrepetibilidade das importâncias percebidas pela alimentada” (Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Rel. p/ acórdão Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 26/11/2014, DJe de 20/2/2015).

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 1311564/MS, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 21/05/2015, DJe 22/06/2015) – grifei

CIVIL. AÇÃO ORDINÁRIA. RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ES-

TÁVEL. CELEBRAÇÃO DE ACORDO COM FIXAÇÃO DE ALIMENTOS EM FAVOR DA EX-COMPANHEIRA. HOMOLOGAÇÃO. POSTERIOR FALECIMENTO DO ALIMENTANTE. EXTINÇÃO DA OBRIGAÇÃO PERSONALÍSSIMA DE PRESTAR ALIMENTOS. IMPOSSIBILIDADE DE TRANSMISSÃO AO ESPÓLIO.

1. Observado que os alimentos pagos pelo de cujus à recorrida, ex-companheira, decorrem de acordo celebrado no momento do encerramento da união estável, a referida obrigação, de natureza personalíssima, extingue-se com o óbito do alimentante, cabendo ao espólio recolher, tão somente, eventuais débitos não quitados pelo devedor quando em vida. Fica ressalvada a irrepetibilidade das importâncias percebidas pela alimentada. Por maioria.

2. Recurso especial provido.

(REsp 1354693/SP, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Rel. p/ Acórdão Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 26/11/2014, DJe 20/02/2015) - grifei

Desta forma, extinguiu-se a possibilidade de obrigar o falecido ao pagamento de alimentos, **mostrando-se escorreita a sentença que extinguiu a demanda ação principal e reconvenicional, com base no art. 267, inciso IX, do CPC/73**, vejamos:

Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito:

(...)

IX - quando a ação for considerada intransmissível por disposição legal;

Recurso desprovido.

DO DIREITO REAL DE HABITAÇÃO

Para reconhecer o direito real de habitação é necessário que a união estável tenha se mantido até o falecimento do cônjuge, bem como o imóvel tenha sido utilizado como residência do casal, conforme dispõe o § único, do artigo 7º, da Lei 9.278/1996.

Nesse sentido, arrola-se precedente do TJRS:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE PARTILHA DE BENS. SUCESSOES. RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO. 1. A companheira supérstite tem direito à meação e também à sucessão, na condição de herdeira necessária. Participação, porém, limitada ao percentual previsto no art. 1.790, III, do Código Civil/02. 2. Nos termos do art. 7º, parágrafo único, da Lei 9.278-96, para o reconhecimento do direito real de habitação sobre o imóvel que servia de residência à família, basta apenas que a união estável **tenha se mantido hígida até**

o falecimento de um dos conviventes, e que a companheira supérstite não tenha constituído nova união ou casamento. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (Apelação Cível Nº 70058431214, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em 26/03/2014)

Considerando que houve a concessão de medida cautelar para afastamento do lar **de caráter satisfativo** e o mandado foi cumprido em 18 de janeiro de 2018, antes do falecimento de A. J. DE O. G.

Resta inegável, que não havia mais na época do falecimento (19.02.2013) a coabitação do casal, descabendo o reconhecimento do pretendido direito real de habitação, tornando inviável o reconhecimento do instituto acima referido em favor da Recorrente.

Isso posto, nego provimento ao recurso neste tópico.

DA PARTILHA

Do mesmo modo, dissolvida a união pela morte de um dos conviventes, escorreita a sentença que extinguiu sem mérito a demanda, porque a partilha deve ser procedida na ação de inventário, em decorrência da perda de competência do Juízo da Família para apreciar a matéria, consoante os precedentes dos Tribunais Pátrios, vejamos:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL CUMULADA COM PARTILHA DE BENS. MARCO INICIAL DA UNIÃO ESTÁVEL: impõe-se manter a sentença, visto que comprovado nos autos que a união estável teve início no ano de 1996. REGIME DE BENS DA COMUNHÃO PARCIAL. DIVISÃO IGUALITÁRIA. SUB-ROGAÇÃO. DESCABIMENTO NO CASO CONCRETO. Comprovada a união estável das partes, o patrimônio adquirido na constância da mesma pertence a ambos os companheiros, devendo, em caso de dissolução, ser partilhado conforme as regras atinentes ao regime da comunhão parcial de bens, de acordo com o disposto no art. 1.725 do Código Civil. A sub-rogação de bens constitui exceção à regra da comunicabilidade e, para ser acolhida, deve estar plenamente comprovada. Não comprovado pelo autor a aplicação de valores oriundos da venda de bens adquiridos antes da união estável na compra dos bens adquiridos na constância da união estável, não há falar em sub-rogação. **PARTILHA DE BENS. NECESSIDADE DE AÇÃO DE INVENTÁRIO. A ação de reconhecimento e dissolução de união estável é meramente declaratória. Assim, tendo a dissolução da união estável se dado em face da morte da companheira do autor, a partilha deve ser procedida na ação de inventário. A questão do autor ser meeiro e herdeiro também deve ser objeto da ação de inventário.** DIREITO REAL DE HABITAÇÃO. O direito real de habitação surge com a morte do companheiro. Não

há nenhum óbice ao seu reconhecimento nos autos da ação declaratória, via pela qual é possível aferir se estão presentes os requisitos que ensejam o reconhecimento do aludido direito, questão que nem sempre encontra espaço para discussão no âmbito do inventário. Incontroverso nos autos que o casal residia no imóvel cujo uso o apelante busca ver resguardado, impondo-se assegurar-lhe o direito real de habitação postulado. JUSTIÇA GRATUITA CONCEDIDA AO REQUERIDO. A parte não precisa ser miserável para gozar do benefício da justiça gratuita, bastando não possuir condições de pagar as despesas processuais sem prejuízo de sua manutenção ou da família. Concede-se o benefício da assistência judiciária gratuita à parte que percebe até dez salários mínimos ao mês, sem maiores indagações (Enunciado nº 02 da Coordenadoria Cível da AJURIS). Recurso do autor parcialmente provido, e recurso do requerido provido. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº 70023363799, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Raupp Ruschel, Julgado em 25/06/2008)

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO ESTÁVEL. PARTILHA DE BENS. União estável. Apesar de inexistir provas de que as partes tenham vivido em união estável por cerca de 20 anos como alegou a autora, ficou demonstrado a existência da união estável pelo período compreendido entre o ano de 1999 até a morte do companheiro em 2004. Partilha. O imóvel objeto do pedido de partilha foi adquirido pelo falecido companheiro da autora em 1985, ou seja, muito antes do início da união estável. Logo, não há falar em partilha. Herança. A questão relativa ao direito hereditário da autora sobre o imóvel é nova em sede de apelo e não foi deduzida com a inicial. Tanto é assim que a sentença não tratou desse tema. **Além disso, tratando-se de pleito sucessório, tal questão deve ser deduzida no inventário do falecido, porquanto se trata de questão meramente de direito.** Logo, é de rigor o não conhecimento do apelo neste ponto. Honorários. O valor da verba honorária fixada na sentença está adequado aos preceitos legais estabelecidos pelo legislador no artigo 20, §3º, alíneas “a”, “b” e “c”, do Código de Processo Civil. Litigância de má-fé. Não se vislumbra nesse processo qualquer ato de violação aos deveres das partes ou de seus procuradores, tampouco que possa implicar em litigância de má fé por parte da autora. REJEITARAM A PRELIMINAR. NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO DOS RÉUS. CONHECERAM EM PARTE DO RECURSO DA AUTORA E, NA PARTE CONHECIDA, DERAM PARCIAL PROVIMENTO. (Apelação Cível Nº 70045184207, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 10/05/2012)

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE UNIÃO ESTÁVEL. UNIÃO ESTÁVEL PARALELA AO CASAMENTO. Demonstrada a configuração da união estável paralela ao matrimônio, com todos os requisitos legais pertinentes, deve ser reconhecida e declarada a sua existência, conforme precedentes da Corte. **PLEITO DE PARTILHA DE BENS E PENSÃO POR MORTE. As discussões**

relativas à partilha de bens deverão ser manejadas nos autos do inventário, enquanto que o pleito previdenciário deverá ser proposto frente ao IPERGS. DERAM PROVIMENTO AO RECURSO. (Apelação Cível Nº 70033480757, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alzir Felipe Schmitz, Julgado em 29/04/2010)

Ementa: APELAÇÃO. DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. MARCOS INICIAL E FINAL. DELIMITAÇÃO. ADEQUAÇÃO. PARTILHA. INVIABILIDADE. DIREITO SUCESSÓRIO. VIA PRÓRIA. A alegação feita na petição inicial é de que a união estável durou 08 anos, e se encerrou apenas com a morte do companheiro que ocorreu em 2004. Logo, a delimitação do marco inicial como sendo em 1996 não importa em reconhecimento de que a união teria durado prazo maior ao alegado pela própria parte em sua petição inicial. Caso em que a inicial não trouxe pedido de partilha de bens, e no qual não foi feito debate ou investigação acerca de bens eventualmente comuns. **Inviabilidade, no contexto, de decidir aqui e agora sobre partilha. Necessidade de ação própria. A apelada foi reconhecida como companheira sobrevivente do falecido. Mas não é na presente demanda que se haverá de decidir se ela tem ou não direito de herança, em função do reconhecimento da união estável. É no inventário que se haverá de debater e resolver se a apelada, companheira sobrevivente do falecido, é ou não é herdeira dele.** NEGARAM PROVIMENTO. (Apelação Cível Nº 70030759641, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 17/09/2009)

Neste tópico, também nego provimento ao recurso.

DA ANULAÇÃO DA ESCRITURA PÚBLICA

Do contrário, a questão patrimonial decorrente da anulação da Escritura Pública de fls. 20 que **R. L. G.**, nos estritos termos da **“renuncia, de forma expressa e em caráter irrevogável, a todos os bens a que poderia fazer jus, adquiridos, a título oneroso, gratuito ou sem sub-rogação, pelo OUTORGANTE e reciprocamente (...)”** preenche os pressupostos e condições da ação.

Para que a demanda preencha as condições da ação é necessária que se demonstre a possibilidade jurídica do pedido, a legitimidade e o interesse de agir.

a) Legitimidade: É necessário que autor tenha o direito material pretendido, em regra, para poder buscá-lo no judiciário. O autor deve ter uma relação com a pretensão proposta em juízo.

b) Possibilidade Jurídica do Pedido: A pretensão do autor deve ser legal, ou seja, não deve ser vedada pelo ordenamento jurídico. Todo pedido ilegal é juridicamente impossível de ser apreciado pelo o Poder Judiciário. Além disso ele deve ser viável, ou seja, deve ser perfeitamente

possível concedê-lo no plano fático. Assim sendo o pedido deve ser lícito e juridicamente possível para que haja a possibilidade jurídica do pedido.

c) O interesse de agir é o trinômio da necessidade, utilidade e adequação, subdivido nos seguintes itens:

c.1) Necessidade: traduz-se na idéia de **que somente o processo é o meio hábil à obtenção do bem da vida almejado pela parte;**

c.2.) Utilidade: significa que **o processo deve propiciar, ao menos em tese, algum proveito ao demandante;**

c.3.) Adequação: por ele, entende-se que **a parte deve escolher a via processual adequada aos fins que almeja.**

In casu, a legitimidade ativa de **R. L. G.** está comprovada, por força do art. 168, do CC e a legitimidade passiva de **M. DOS S. F., S. F. G., H. F. G., M. F. G. e A. J. DE O. G. F.** decorrente da abertura da sucessão e na transferência incontinenti da posse e a propriedade dos bens do falecido aos herdeiros (art. 1784 do CC).

O pedido de anulação da Escritura Pública de Reconhecimento e Dissolução de União Estável, com a consequente partilha do imóvel n. 31, da Alameda Cristal do Condomínio Cristal Ville, localizado na Rodovia Transmangueirão n. 2295, Belém/PA não é vedado pela legislação.

Quanto ao interesse de agir a Apelante comprova a necessidade de demanda, porque se não houvesse pleiteado a anulação do negócio jurídico, seu direito decairia, por força do art. 178, inciso I e II, do CC.

Também resta demonstrada a utilidade, porque somente poderá haver a discussão sobre a contribuição na aquisição do imóvel indicado às fls. 73/76 com a desconstituição de declaração da Escritura Pública de fls. 20, em decorrência de **R. L. G. ter renunciado, de forma expressa e em caráter irrevogável, a todos os bens a que poderia fazer jus, adquiridos, a título oneroso, gratuito ou sem sub-rogação por A. J. DE O. G..**

A reconvenção merece ser recebida em parte, por ser tempestiva e ter preenchido os requisitos do art. 315, do CPC/73, no que se refere a anulação da Escritura Pública e a existência de vícios de consentimento no negócio jurídico.

Consigna mais, embora se esteja a reformar sentença fundada no art. 267, do CPC/73, não é possível o julgamento de mérito, em decorrência do processo não estar em condições de imediato julgamento, por não ter o Juízo a quo oportunizado a produção das provas requeridas pelas partes na Reconvenção (fls. 183) e Contestação à Reconvenção (fls. 239).

Assim, é imperativo o provimento parcial do recurso da Ré/Apelante, apenas, **para desconstituir a sentença da reconvenção referente ao pedido de nulidade da Escritura Pública de fls. 20 e ordenar a devolução dos autos ao Juízo a quo para que oportunizar as partes a produção de provas sobre os alegados vícios, nos termos da fundamentação.**

DA APELAÇÃO DOS HERDEIROS M. DOS S. F., S. F. G., H. F. G., M. F. G. e A. J. DE O. G. F. DOS HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA

Diante da morte da parte autora era impositiva a extinção do processo, sem resolução de mérito, uma vez que o reconhecimento e dissolução da união estável e os alimentos, caracterizava-se como direito subjetivo material personalíssimo e intransmissível.

Referida situação é fato superveniente que leva à extinção do processo pela perda do objeto (art. 267, inc. IX e c/c art. 492 do CPC/73).

Nestas ocasiões, para fins de distribuição da sucumbência, é necessária a aplicação do princípio da causalidade, nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Segundo Nelson Nery Júnior²⁵:

Pelo princípio da causalidade, aquele que deu causa à propositura da demanda ou à instauração de incidente processual deve responder pelas despesas daí decorrentes. Isto porque, às vezes, o princípio da sucumbência se mostra insatisfatório para a solução de algumas questões sobre responsabilidade pelas despesas do processo. Quando não houver resolução do mérito, para aplicar-se o princípio da causalidade na condenação da verba honorária acrescida de custas e demais despesas do processo, deve o juiz fazer exercício de raciocínio, perquirindo sobre quem perderia a demanda, se a ação fosse decidida pelo mérito. O fato de, por exemplo, o réu reconhecer o pedido de imediato (CPC 269 II), ou deixar de contestar tomando-se revel, não o exime do pagamento dos honorários e custas, porque deu causa à propositura da ação (CPC 26). O mesmo se pode dizer do réu que deixa de argüir preliminar de carência da ação no tempo oportuno, devendo responder pelas custas de retardamento (CPC 267 § 3.º 2.ª parte). Neste último exemplo, mesmo vencedor na demanda, o réu deve arcar com as custas de retardamento. O processo não pode reverter em dano de quem tinha razão para o instaurar (RT 706/77). (...) (Grifou-se).

²⁵ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante. 10. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 222-223.

No caso a Ré/Apelada R. L. G. deu causa ao ajuizamento da demanda, porque caso fosse julgado o mérito, seria procedente, em decorrência da dissolubilidade da união estável, não exigir formalidades legais, bastando a manifestação de uma das partes em dissolver o vínculo, o que no caso ocorreu na petição inicial (fls. 03/13), corroborado pelo pedido de afastamento da companhia do lar conjugal deferido às fls. 23 e cumprido em 21 de janeiro de 2013, fls. 30, atraindo-se a aplicação do art. 158, do CPC/73 (**Os atos das partes, consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade, produzem imediatamente a constituição, a modificação ou a extinção de direitos processuais**), devendo a Ré/Apelada responder pelos ônus de sucumbência.

Trago à colação o posicionamento dos Tribunais Pátrios:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. PERMBROLIZUMADE. FALECIMENTO DA PARTE AUTORA. FATO SUPERVENIENTE. EXTINÇÃO DO PROCESSO. PERDA DO OBJETO. ANÁLISE DOS PRINCÍPIOS DA CAUSALIDADE E DA SUCUMBÊNCIA. O procurador informou o falecimento do paciente. A situação é fato superveniente que leva à extinção do processo pela perda do objeto, (art. 485, inc. IX e c/c art. 493 do CPC). Para fins de distribuição da sucumbência, é necessária a aplicação do princípio da causalidade, segundo o qual a parte que deu causa ao processo, ainda que não integralmente, deve arcar com os honorários da parte adversa. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. Verba honorária fixada em R\$600,00, levando-se em consideração os critérios do art. 85, § 8º, do CPC/15. APELO PROVIDO (ARTIGO 932, INC. V, DO CPC E ARTIGO 206, XXXVI, DO REGIMENTO INTERNO DESTE TRIBUNAL). (Apelação Cível Nº 70078056850, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Leonel Pires Ohlweiler, Julgado em 29/06/2018)

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PÚBLICO. SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. FALECIMENTO DA AUTORA. EXTINÇÃO. HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. 1. A resistência oferecida pelos réus, ao recusar o fornecimento do medicamento, motivou o ajuizamento da presente ação. Logo, o superveniente falecimento da parte autora, ocasionando a extinção da ação, não apaga aquele inicial interesse de agir no momento da propositura. Ademais, restou, inclusive, deferida tutela antecipada, tomando cristalina a então negativa administrativa dos réus. Atenção ao princípio da causalidade. Arbitramento de honorários em favor do advogado da parte autora. 2. O valor dos honorários advocatícios arbitrados na origem não merece redução, tendo em vista a natureza e a importância da causa, bem como o tempo despendido na presente demanda e os padrões adotados por esta Câmara Cível em casos análogos. Manutenção da sentença. NEGADO PROVIMENTO À APELAÇÃO, EM DECISÃO MONOCRÁTICA. (Apelação Cível Nº 70076905140, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Laura Louzada Jaccottet, Julgado em 24/04/2018)

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - Perda do objeto da ação - Extinção do feito sem resolução

do mérito, nos termos do art. 485, IX, do CPC/2015 - Sucumbência reconhecida - Princípio da causalidade - Devida a condenação nos honorários advocatícios - Fixação em R\$ 1.000,00. Recurso provido.

(TJSP; Apelação 1005442-04.2018.8.26.0032; Relator(a): Carlos Eduardo Pachi; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Público; Foro de Araçatuba - Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 07/08/2018; Data de Registro: 07/08/2018)

Desta forma, dou provimento ao apelo de **M. DOS F. S. F. G., H. F. G., M. F. G. e A. J. DE O. G. F.** para o fim de determinar a condenação de **R. L. G.** ao pagamento de honorários aos procuradores de **A. J. DE O. G.**, que fixo em R\$ 3.000,00, considerando as diretrizes do art. 20, §4, do CPC/73.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, CONHEÇO e DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso de **R. L. G. para desconstituir, tão somente, a sentença da reconvenção referente ao pedido de nulidade da Escritura Pública de fls. 20 e ordenar a devolução dos autos ao Juízo a quo para que oportunize as partes a produção de provas sobre os alegados vícios**, nos termos da fundamentação

Com relação a apelação de **M. DOS F. S. F. G., H. F. G., M. F. G. e A. J. DE O. G. F.** CONHEÇO e DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso para o fim de determinar a condenação de **R. L. G.** ao pagamento de honorários aos procuradores de **A. J. DE O. G.**, que fixo em R\$ 3.000,00, considerando as diretrizes do art. 20, §4, do CPC/73.

É como voto.

Belém, 11 de março de 2019.

MARIA FILOMENA DE ALMEIDA BUARQUE

Desembargadora Relatora

**JURISPRUDÊNCIA
EM MATÉRIA
CRIMINAL**

**DES. MAIRTON
MARQUES CARNEIRO**

EMENTA: APELAÇÕES CRIMINAIS. CRIMES DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL PRATICADO EM CONTINUIDADE DELITIVA (art. 217-A DO CPB c/c ART. 71 DO CPB). CRIME DO ART. 241-A, LEI Nº 8.069/90, ART. 240, §2º, INCISO III, DA LEI Nº 8069/90. RECURSO DO APELANTE A.. PRELIMINARES REJEITADAS. MÉRITO. DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL PARA O ART. 65 DA CONTRAVENÇÃO PENAL. REJEITADA. PLEITO DE REDUÇÃO DA PENA-BASE. IMPOSSIBILIDADE. PENA BEM APLICADA. PLEITO DE REDUÇÃO DA CAUSA DE AUMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA. IMPOSSIBILIDADE. PENA BEM APLICADA. REDUÇÃO DA PENA DE MULTA DO CRIME DO ART. 241-A DO ECA. POSSIBILIDADE. RECURSO DE APELAÇÃO DAS APELANTES O. FRISS EBERTZ E D. SILVA DOS SANTOS. MÉRITO. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA DOS APELANTES COMPROVADA NOS AUTOS, POR MEIO DE PROVA ORAL E PERICIAL. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PLEITO DE NÃO APLICAÇÃO DA CONTINUIDADE DELITIVA ENTRE OS CRIMES DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PLEITO ACOLHIDO. RECURSOS DE APELAÇÕES CRIMINAIS DE O. FRISS EBERTZ, D. SILVA DOS SANTOS E DEVEM SER CONHECIDOS E IMPROVIDOS. QUANTO AO RECURSO DE APELAÇÃO CRIMINAL DO APELANTE Á. CONHECIDO E PROVIDO PARCIALMENTE, APENAS PARA REDUZIR PARA O MÍNIMO LEGAL A MULTA DO CRIME DO ART. 241-A DO ECA.

QUANTO AO APELO MINISTERIAL, DEVE SER CONHECIDO E PROVIDO.

DO RECURSO DE APELAÇÃO CRIMINAL DA APELANTE xxx. ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. DO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL (ART. 217-A DO CPB).

A materialidade delitiva está consubstanciada pelos materiais resultantes da busca e apreensão com suas posteriores perícias e nos depoimentos prestados pela apelante Z que **confessou** o crime tanto na fase extrajudicial (fls. 119-120 – apenso) quanto na fase judicial (fls. 109-117).

Os depoimentos prestados pela apelante, tanto na fase policial como na fase judicial, constata-se que a mesma praticou o crime de estupro de vulnerável contra a sua própria filha, no momento em que praticou atos libidinosos diversos da conjunção carnal, situação que se tornou evidente em seus depoimentos quando declarou que abria a vagina de sua própria filha para satisfazer a lascívia de seu amante, ora apelante.

Por se tratar de atos libidinosos diversos da conjunção carnal, tem-se que nem sempre deixam vestígios, podendo ser comprovada por outros meios de prova, entre eles as testemunhais e pela confissão da própria apelante.

Rejeito a tese de insuficiência de provas.

DO CRIME DO ARTIGO 240, §2º, III DO ECA - LEI Nº 8.069/90.

In casu a materialidade é latente, bem como a autoria do crime, pois a filmagem das conversas entre o apelante, aliadas às imagens encontradas pela perícia no celular do apelante cancelam com perfeição a conduta criminosa praticada por contra sua própria filha.

Dessa forma, sem maiores delongas, entendo que restou devidamente comprovada a materialidade e autoria do crime do art. 240, §2º, inciso III, do ECA, com fulcro na confissão da própria apelante rejeito a tese de insuficiência de provas.

DO CRIME DO ARTIGO 241-A, DO ECA - LEI Nº 8.069/90.

A conduta da apelante se enquadra perfeitamente ao tipo penal, tendo o crime do art. 241-A do ECA se materializado no momento em que a apelante enviou fotos da genitália de sua própria filha para o seu amante, ora apelante, conforme restou devidamente comprovado por meio dos laudos periciais de fls. 312-356 e confissão da apelante.

DO RECURSO DE APELAÇÃO CRIMINAL DA APELANTE D. SILVA DOS SANTOS.

ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS.

DO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL (ART. 217-A DO CPB).

A **autoria e materialidade** delitiva restaram devidamente comprovadas por meio dos laudos periciais de fls. 312-356 e depoimentos das testemunhas arroladas pela acusação, registrados em sistema audiovisual/mídias de fls. 117-mídia.

Considerando o teor do art. 217-A do CPB (estupro de vulnerável), constata-se que a apelante, praticou o núcleo do tipo “atos diversos da conjunção carnal” com a menor, no momento em que manipulava a genitália da menor no intuito de agradar seu amante, ora apelante.

É pacífico no STJ o entendimento de que, para a configuração do estupro de vulnerável, basta que a intenção do agente seja a satisfação sexual e que estejam presentes os elementos previstos no dispositivo.

Dessa forma, diante das provas robustas contidas nos autos, mantenho a condenação da apelante, em razão da prática do crime de estupro de vulnerável, nos termos da sentença a quo.

DO CRIME DO ARTIGO 240, §2º, III DO ECA - LEI Nº 8.069/90.

In casu a materialidade é latente, bem como a autoria do crime, pois a filmagem das conversas entre o apelante e a apelante, aliadas às imagens encontradas pela perícia no celular do apelante cancelam com perfeição a conduta criminosa praticada por contra a menor B.L.R.V.

Nota-se que o crime do art. 240, §2º, inciso III do ECA, restou devidamente compro-

vada a sua materialidade e autoria, com fulcro na confissão da própria apelante e das provas periciais realizadas nos aparelhos celulares apreendidos. Assim, **rejeito** a tese de insuficiência de provas.

DO CRIME DO ARTIGO 241-A, DO ECA - LEI Nº 8.069/90.

A conduta da apelante se enquadra perfeitamente ao tipo penal, tendo o crime do art. 241-A do ECA se materializado no momento em que a apelante enviou fotos da genitália da menor B.L.R.V para o seu amante, ora apelante, conforme restou devidamente comprovado por meio dos laudos periciais de fls. 312-356 e confissão da apelante.

Dessa forma, **rejeito** a tese de insuficiência de provas e mantenho a condenação pela prática do crime do art. 241-A, do ECA, nos termos da sentença.

DO RECURSO DE APELAÇÃO CRIMINAL DO APELANTE Á.

PRELIMINARES

1- Reconhecimento de prova obtida por meios ilícitos, ante a consulta de arquivos do Whatzapp do Apelante sem autorização judicial, devendo tal conteúdo ser desentranhado dos autos.

Nota-se que a pegou o celular de seu marido, ora apelante, quando o mesmo estava dormindo, e pelo fato do aparelho não ter senha de bloqueio, teve acesso ao conteúdo das conversas e imagens contidas no referido aparelho celular.

A esposa do apelante resolveu denunciá-lo uma semana depois da descoberta, levando ao conhecimento da autoridade competente os fatos. Logo em seguida, a autoridade policial, requereu perante o juízo a quo a expedição de mandado de busca e apreensão e decretação de prisão preventiva dos apelantes (fls. 97-101 – IPL/APENSO), o qual foi devidamente deferido pelo juízo *a quo*, conforme fls. 102/102v. Além do pedido de busca e apreensão, foi deferido a quebra do sigilo de dados telefônicos, autorizando o acesso, visualização e consequente degravação de chamadas e posterior realização de perícias. (fls. 161-IPL/APENSO).

Assim, não há que se falar em necessidade de autorização judicial para que a companheira do apelante tivesse acesso ao celular de seu parceiro, uma vez que restou devidamente comprovado durante seu depoimento em juízo, que não havia proibição entre o casal de ter acesso ao celular um do outro caso desejassem.

Diante disso, **rejeito** a preliminar de nulidade arguida pela defesa.

2 – Nulidade em decorrência de não ter tido oportunidade de acesso a todos os laudos constantes de perícias realizadas.

Não assiste razão os argumentos levantados pela defesa, pois durante a audiência de instrução e julgamento não foi registrado na mídia qualquer pedido da Defesa, questionando alguma eventual ausência de acesso aos Laudos periciais juntados autos.

Nota-se que o primeiro Exame Pericial realizado no Pendrive (2017.04.000293-ENG), foi juntado aos autos, no dia 11.07.2017 (fls. 178-287/APENSO), em data anterior da audiência de instrução e julgamento que foi realizada no dia 18.08.2017 (fls. 109-116).

Além disso, foi expedida certidão circunstanciada de fls. 395, momento em que foi aberto novo prazo para defesa do apelante, para apresentar alegações finais, em razão da juntada de novos laudos remanescentes, para depois apresentação dos memoriais da defesa.

Os demais laudos periciais (fls. 193-302 – Vol.I e 309-356), foram encaminhados para juntada aos autos em 02.10.2017 e 05.10.2017, respectivamente sendo posteriormente oportunizado os memoriais finais do apelante, que ocorreu no dia 11.10.2017. Assim, não há qualquer irregularidade, uma vez que foi oportunizado o acesso a todos os laudos periciais antes das alegações finais apresentadas pela defesa.

Rejeito a preliminar de nulidade.

MÉRITO

DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL PARA CONTRAVENÇÃO PENAL DO ART. 65, DO DEC-LEI Nº 3.638/41.

Analisando com acuidade as provas produzidas nos autos, verifica-se que a conduta praticada pelo acusado não se subsume aos verbos descritos no tipo do art. 65 da Lei de Contravenções Penais, quais sejam, “molestar” ou “perturbar”.

Consoante as provas periciais e orais produzidas durante a instrução processual, constatou-se que o apelante praticou, os crimes de estupro de vulnerável contra as vítimas menores H.M.F.F de apenas 03 (três) meses de idade, filha da Apelante O. FRISS EBERTZ e B.L.R.V, de apenas 02 (dois) anos e 11 (meses), quando estava na casa da apelante D. SILVA DOS SANTOS, pois a genitora da criança, Genir Rodrigues Viana deixava aos seus cuidados para poder ir trabalhar.

O apelante, não se limitou em participar dos atos libidinosos praticados por O., por meio de conversas de seu celular, uma vez que conseguiu convencer para ir ao motel levando a criança e naquele local praticou diretamente atos libidinosos contra a infante H.M.F.F, situação devidamente comprovada pelas conversas contidas nos autos e pelos depoimentos prestados judicialmente, **que analisados conjuntamente demonstram com clareza que ejaculou no rosto de uma criança de apenas 3 (três) meses de vida.**

O apelante Á. pedia a para fazer sexo oral na própria filha e em seguida enviar as fotos do ato a ele (fls. 222/223 do IPL), o que foi atendido pela ré. Obviamente a foto em questão foi excluída após ser recebida por , como é possível atestar pela filmagem da conversa feita por Rosiane, na qual aparece a imagem pornográfica de forma borrada.

No entanto, ela pode ser visualizada de maneira nítida à fl. 322 dos autos principais, graças à perícia realizada no celular do apelante A. Cardoso.

Em meio às interações no aplicativo (whatsapp), a pedido de A., O. produzia e enviava fotos abrindo a vagina da própria filha, enquanto o réu dizia ficar muito excitado ao vê-la, praticando atos libidinosos com a infante.

Agindo com idêntico modus operandi, o apelante A. em suas conversas íntimas com a também apelante pedia de forma maliciosa fotos da mesma praticando atos libidinosos na menor B.L.R.V, fato que se consumava quando a menor estava sob os cuidados de D., conforme se nota às fls. 198/204 dos autos.

As atitudes praticadas por D. eram praticadas por meio do induzimento direto do apelante, que consistia em toques íntimos na genitália da menor, contemplando, com isso, a lascívia de ambos naquele momento.

Ademais, verifica-se que o apelante tinha o total controle de toda situação, encontrando fragilidade e muita facilidade para induzir ambas para praticarem atos libidinosos contra duas crianças indefesas, conforme restou amplamente comprovado nos autos.

Assim, REJEITO a tese de desclassificação do crime de estupro de vulnerável (art. 217-A, do CPB) para o art. 65 da Lei das contravenções penais.

REDIMENSIONAMENTO DA PENA-BASE DOS CRIMES DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL PRATICADO CONTRA AS MENORES (ART.217-A, CPB).

Quanto ao crime de estupro de vulnerável (art. 217-A do CPB) contra a vítima H. M. F. F:

Analisando cuidadosamente todos fundamentos jurídicos e fáticos estabelecidos pelo juízo a quo referente as circunstâncias judiciais contidas no art. 59 do CPB, constato a presença de 3 (três) circunstâncias judiciais desfavoráveis (culpabilidade, personalidade e circunstâncias). Dessa forma, entendo que **deve ser mantida a pena-base** fixada na sentença no patamar fixada pelo juízo a quo de **10 (dez) anos e 06 (seis) meses de reclusão.**

Quanto ao crime de estupro de vulnerável (art. 217-A do CPB) contra a vítima B.:

Analisando cuidadosamente todos fundamentos jurídicos e fáticos estabelecidos pelo juízo a quo referente as circunstâncias judiciais contidas no art. 59 do CPB, constato a presença de 3 (três) circunstâncias judiciais desfavoráveis (culpabilidade, personalidade e circunstâncias). Dessa forma, entendo que **deve ser mantida a pena-base** fixada na sentença no patamar fixada pelo juízo a quo de **10 (dez) anos**

de reclusão.

Nota-se que o juízo a quo justificou o motivo da diferença das penas aplicadas para cada crime de estupro de vulnerável: “Ressalta-se que a dosagem da pena inferior da vítima B. em relação da vítima Helena justifica-se em razão da maior repulsa do ato cometido (esperma) em face de recém-nascido no momento da alimentação/amamentação” (fls. 411-423).

Assim, mantenho as penas-base, tendo em vista terem sido valoradas corretamente pelo juízo a quo, não merecendo qualquer reparo.

DIMINUIÇÃO DO QUANTUM ESTABELECIDO NO CRIME CONTINUADO.

Na esteira dos precedentes do STJ, o quantum de aumento da pena pela continuidade delitiva deve corresponder ao número de infrações praticadas pelo agente. Todavia, na hipótese de delitos sexuais contra vulneráveis, em que os fatos ocorrem de forma reiterada e durante longo período, desnecessária a quantificação precisa do número de abusos para fins de exasperação da pena acima da fração mínima. Assim, o aumento de 1/2 (metade) não resulta em aumento excessivo diante da delimitação do número de delitos cometidos no período. Assim, entendo correta e proporcional o quantum fixado pelo magistrado a quo.

Rejeito a tese de redução do quantum da continuidade delitiva.

REDUÇÃO DA PENA PECUNIÁRIA DO CRIME DO ART. 241-A DA LEI Nº 8.069/90.

No que diz respeito à pena pecuniária, a par da ausência de regramento legal expresso, o percentual a ser adotado deve-se nortear pelo critério de equidade, de modo a guardar adequada proporcionalidade com o quantitativo estabelecido pelo julgador na fixação da reprimenda corporal, sob pena de ofensa ao princípio da individualização da pena e do devido processo legal.

A defesa pugnou pela redução da pena de multa aplicada em desfavor do apelante, quanto ao crime descrito no art. 241-A do ECA, que foi estabelecido no patamar de 100 (cem) dias-multa.

Analisando a dosimetria do tipo penal descrito no art. 241-A do ECA, verifica-se que a pena definitiva foi fixada no patamar mínimo de 03 (três) anos de reclusão. Assim, merece reparo a pena pecuniária para o seu patamar mínimo de 10 (dez), com fulcro no art. 49 do CPB.

DO RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

Da não incidência de crime continuado, para o crime do art. 217-A, do CPB, entre os crimes praticados contra cada vítima.

Analisando os autos, entendo que os crimes praticados contra as menores não apre-

sentaram liame material ou subjetivo, pois foram praticados de forma independentes não havendo motivos de unificar as penas por meio da continuidade delitiva.

Nota-se que o apelante A. Magalhães Cardoso, mantinha de forma secreta e concomitante diversos relacionamentos extraconjugais, dentre esses relacionamentos temos as duas apelantes O. e D., que de acordo com os seus próprios depoimentos afirmam que não se conheciam e que não tinham qualquer relacionamento.

Partindo dessa premissa, verifica-se que A. Magalhães Cardoso, praticou os crimes de estupro de vulnerável em concurso de agentes com O. e D. de forma independente, não havendo entre as práticas delitivas as mesmas condições de tempo e lugar, uma vez que restou provado nos autos que os crimes de estupro de vulnerável foram praticados sem qualquer vinculação de continuidade.

O recorrente praticou dois crimes por meio de duas condutas, as quais não foram desdobramentos diretos uma das outras, resultado de uma vontade única, mas tão somente reiteração de crimes de estupro.

Assim, deveria o magistrado a quo ter aplicado a continuidade delitiva de forma individual para cada crime de estupro de vulnerável praticado pelo apelante A. Magalhães Cardoso.

Dessa forma, **acolho** o pleito Ministerial para reformar a sentença condenatória nesse ponto da dosimetria que trata da continuidade delitiva.

Diante dessa modificação, passo a redigir nova dosimetria para o apelante A. Magalhães Cardoso.

Quanto ao crime de estupro de vulnerável (art. 217-A do CPB) contra a vítima H.M.F.F:

Da continuidade delitiva.

Restou devidamente configurado nos autos que a vítima H.M.F.F teve sua dignidade sexual violada diversas vezes pelo apelante A. Magalhães Cardoso, com a ajuda da mãe da menor O. Friss Ebertz, conforme já exaustivamente explicado nos tópicos anteriores deste voto.

Considerando que o relacionamento entre A. Magalhães Cardoso e O. Friss Ebertz teve uma duração de meses e que durante esse período passaram a submeter a menor H.M.F.F para satisfazer as suas lascívia. Assim, mantenho a majoração de 1/2 (metade), tendo em vista a prática sucessiva do crime de estupro de vulnerável, ficando a pena no patamar de **19 (dezenove) anos, 06 (seis) meses e 23 (vinte e três) dias.**

Quanto ao crime de estupro de vulnerável (art. 217-A do CPB) contra a vítima B.L.R.V:

Da continuidade delitiva.

Restou devidamente configurado nos autos que a vítima B.L.R.V teve sua dignida-

de sexual violada diversas vezes pelo apelante A. Magalhães Cardoso, com a ajuda da apelante D. Silva dos Santos, conforme já exaustivamente explicado nos tópicos anteriores deste voto.

Considerando que o relacionamento entre A. Magalhães Cardoso e D. Silva dos Santos teve uma duração de meses e que durante esse período passaram a submeter a menor B.L.R.V para satisfazer as suas lascívia. Assim, mantenho a majoração de 1/2 (metade), tendo em vista a prática sucessiva do crime de estupro de vulnerável, ficando a pena no patamar de **18 (dezoito) anos, 09 (nove) meses e 3 (três) dias.**

DO CONCURSO MATERIAL (com relação aos crimes de estupro de vulnerável e o crime do art. 241-A, do ECA).

Pelo cúmulo material, a pena definitiva deve ser redimensionada para o patamar de: **41 (quarenta e um) anos, 03 (três) meses, 26 (vinte e seis) dias e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa.**

DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA.

Em consonância com o artigo 33, §2º, alínea “a”, do Código Penal, o réu iniciará o cumprimento de sua pena no **REGIME FECHADO.**

DISPOSITIVO.

Ante o exposto, **conheço** dos recursos de apelações criminais e no mérito **nego provimento das apelantes O. FRISS EBERTZ e D. SILVA DOS SANTOS**, devendo ser mantida *in totum* a sentença recorrida.

Quanto ao recurso de apelação do apelante **A. MAGALHÃES CARDOSO**, **conheço e dou-lhe provimento parcial**, apenas para deferir a diminuição da pena pecuniária para o mínimo legal do crime do Art. 241-A do ECA, mantendo os demais termos da sentença.

Quanto ao recurso interposto pelo Ministério Público, **conheço e dou-lhe provimento** para reformar a pena definitiva do apelante **A. Magalhães Cardoso**, para o patamar de **41 (quarenta e um) anos, 03 (três) meses, 26 (vinte e seis) dias de reclusão e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Excelentíssimos Desembargadores, que integram a 3ª Turma de Direito Penal, deste Egrégio Tribunal de Justiça do estado do Pará, à unanimidade de votos, **EM CONHECER E NEGAR PROVIMENTO DOS APELOS DE O. FRISS EBERTZ, D. SILVA DOS SANTOS. QUANTO AO APELO DE A. MAGALHÃES CARDOSO, CONHEÇO E DOU-LHE PROVIMENTO PARCIAL. QUANTO AO APELO DO PARQUET CONHEÇO E DOU-LHE PROVIMENTO**, nos termos da fundamentação do voto do Excelentíssimo Senhor Desembargador - Relator Mairton Marques Carneiro. O julgamento do presente feito foi presidido pelo Exmo. Desembargador Raimundo Holanda Reis. Belém, 23 de agosto de 2018.

MAIRTON MARQUES CARNEIRO
Desembargador Relator

DES. MILTON AUGUSTO DE BRITO NOBRE

EMENTA: HABEAS CORPUS LIBERATÓRIO. HOMICÍDIO QUALIFICADO E OCULTAÇÃO DE CADÁVER. CONDENAÇÃO PELO TRIBUNAL DO JÚRI. PRISÃO DECRETADA EM PLENÁRIO. APELO EM LIBERDADE NEGADO. RÉU SOLTO DURANTE TODA A TRAMITAÇÃO DO PROCESSO. SOBERANIA DOS VEREDICTOS INVOCADA COMO FUNDAMENTO PARA A EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA. DESCABIMENTO. LASTRO INIDÔNEO. PRISÃO. NECESSIDADE ACAUTELATÓRIA NÃO DEMONSTRADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENTE. ORDEM CONCEDIDA. DECISÃO UNÂNIME.

1. A ação penal tramita há mais de uma década, sem que, até a data da condenação pelo Tribunal do Júri se cogitasse da necessidade de se decretar a prisão preventiva do coacto.

2. Conquanto possível a decretação da medida cautelar, por ocasião da sentença condenatória do réu que permaneceu solto durante o curso do processo, é indispensável que, por decisão concretamente motivada, se demonstre a efetiva necessidade da medida extrema, não bastando para tanto a mera prolação de condenação recorrível.

3. A prisão preventiva, medida excepcionalíssima, deve se apoiar em motivação concreta, contemporânea aos fatos ou, se subsistente ao passar dos anos, mantiver idoneidade para ensejar a medida, o que de toda ausente no caso.

4. A decisão atacada se ampara, exclusivamente, na superveniência da sentença condenatória e na soberania das decisões proferidas pelo Tribunal do Júri, sem indicar qualquer motivação concreta.

5. Ordem concedida, decisão unânime.

ACÓRDÃO

Vistos etc.

Acordam os Excelentíssimos Senhores Desembargadores componentes da Seção de Direito Penal deste Egrégio Tribunal de Justiça, à unanimidade de votos, em conceder a ordem impetrada, nos termos do voto do Desembargador Relator.

Sala das Sessões do Tribunal de Justiça do Pará, aos onze dias do mês de março de 2019.

Julgamento presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Vânia do Couto Valente Fortes Bitar Cunha.

Belém, 11 de março de 2019.

Des.or **MILTON AUGUSTO DE BRITO NOBRE**

Relator

VOTO

Como deixei consignado no relatório, a impetração persegue a suspensão do início da exe-

cução da pena e consequente revogação do édito prisional, alegando ter o coacto respondido ao processo em liberdade, durante quinze anos, sem registro de qualquer fato novo que porventura autorizasse a decretação da custódia.

A decisão constritora se resume ao excerto adiante transcrito:

“Considerando a força soberana da decisão do conselho de sentença, bem como amparado na jurisprudência do Pretório Excelso, decreto sua prisão preventiva, determinando o início imediato da execução da sua pena”.

Com efeito, da leitura da sentença (ID nº 1.254.763), percebe-se que o juiz não declinou fundamentação alguma para lastrear a determinação de início imediato da expiação da sanção imposta, limitando se a invocar a condenação pelo Tribunal do Júri, a soberania dos veredictos e precedente da 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal com a seguinte ementa:

Direito Constitucional e Penal. Habeas Corpus. Duplo Homicídio, ambos qualificados. Condenação pelo Tribunal do Júri. Soberania dos veredictos. Início do cumprimento da pena. Possibilidade. 1. A Constituição Federal prevê a competência do Tribunal do Júri para o julgamento de crimes dolosos contra a vida (art. 5º, inciso XXXVIII, d). Prevê, ademais, a soberania dos veredictos (art. 5º, inciso XXXVIII, c), a significar que os tribunais não podem substituir a decisão proferida pelo júri popular. 2. Diante disso, não viola o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade a execução da condenação pelo Tribunal do Júri, independentemente do julgamento da apelação ou de qualquer outro recurso. **Essa decisão está em consonância com a lógica do precedente firmado em repercussão geral no ARE 964.246-RG, Rel. Min. Teori Zavascki, já que, também no caso de decisão do Júri, o Tribunal não poderá reapreciar os fatos e provas, na medida em que a responsabilidade penal do réu já foi assentada soberanamente pelo Júri.** 3. Caso haja fortes indícios de nulidade ou de condenação manifestamente contrária à prova dos autos, hipóteses incomuns, o Tribunal poderá suspender a execução da decisão até o julgamento do recurso. 4. Habeas corpus não conhecido, ante a inadequação da via eleita. Não concessão da ordem de ofício. Tese de julgamento: “A prisão de réu condenado por decisão do Tribunal do Júri, ainda que sujeita a recurso, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência ou não-culpabilidade.” (HC 118770, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 07/03/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-082 DIVULG 20-04-2017 PUBLIC 24-04-2017). Grifei.

Em que pese, todavia o decisum da 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, não unânime, o precedente firmado na repercussão geral do ARE 964.246-RG não pode servir de paradigma para as decisões proferidas pelo Conselho de Sentença, uma vez que não houve decisão em 2º (segundo) grau de competência, mas tão somente pelo Tribunal do Júri que pertence ao 1º (primeiro)

grau de jurisdição.

Digo isso pois, embora a decisão dos jurados seja soberana (art. 5º, XXXVIII, “c”, da CR/88), ela não é imutável, e sabidamente se sujeita ao duplo grau de jurisdição – ainda que com alguma limitação. Logo, não há plausibilidade para que a soberania dos veredictos prevaleça sobre o princípio da presunção de inocência, para fins de justificar um cumprimento antecipado de pena.

De mais a mais, a privação da liberdade do réu exige a exposição de fundamentação efetiva, escorada em fatos concretos, constantes dos autos, que demonstrem a necessidade contemporânea da custódia, sendo defeso a mera alusão à jurisprudência ou normas reguladoras.

Nesse sentido, cito, por todo, julgado do Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. CONDENAÇÃO. PRISÃO PREVENTIVA DETERMINADA NA SENTENÇA. RÉU QUE NÃO COMPARECEU À SESSÃO DO TRIBUNAL DO JÚRI. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. AGENTE QUE PERMANECEU EM LIBERDADE DURANTE TODA A INSTRUÇÃO CRIMINAL. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. AUSÊNCIA DE FATO NOVO APTO A RESPALDAR O ENCARCERAMENTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. RECURSO PROVIDO. 1. O art. 312 do Código de Processo Penal dispõe que a prisão preventiva poderá ser decretada quando presentes o *fumus commissi delicti*, consubstanciado na prova da materialidade e na existência de indícios de autoria, e o *periculum libertatis*, fundado no risco que o agente, em liberdade, possa criar à ordem pública ou econômica, à instrução criminal ou à aplicação da lei penal. 2. O art. 387, § 1º, do Código de Processo Penal prescreve que o juiz deve decidir, por ocasião da prolação da sentença, de maneira fundamentada, acerca da manutenção ou, se for o caso, da imposição da prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento da apelação interposta. **3. No caso, o recorrente permaneceu em liberdade durante toda a instrução processual, que perdurou por aproximadamente catorze anos, e a fundamentação declinada na sentença e preservada pelo Tribunal a quo não contou com qualquer fato novo apto a evidenciar a necessidade do recolhimento cautelar imposto, sendo forçoso concluir que não há motivação idônea para justificar a relativização do seu direito à liberdade.** 4. A ausência do acusado na sessão de julgamento perante o Tribunal do Júri não justifica, por si só, a decretação da prisão preventiva para assegurar a aplicação da lei penal, sobretudo, quando não há registro de que tenha se furtado aos atos processuais anteriores. Ademais, o art. 457 do Código de Processo Penal autoriza a realização da sessão de julgamento sem a presença do réu. Assim, é prescindível a presença do paciente para julgamento pelo Tribunal do Júri. 5. Recurso ordinário em habeas corpus provido para revogar a prisão preventiva do recorrente. (RHC 100.716/MG, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 13/11/2018, DJe 22/11/2018). Grifei.

O caso sob análise se amolda à rosca fina ao aresto transcrito, pois, assim como o benefi-

ciário do *writ* deferido pela corte cidadã, o paciente permaneceu solto durante todo o tramite do processo.

Observe-se que a ação penal tramita há mais de 15 anos, sem que, até a condenação do co-acto pelo Tribunal do Júri, se cogitasse da necessidade da decretação da prisão preventiva.

O édito constritor, como já destacado, não indica circunstância concreta ou alteração do quadro fático observado no curso da ação penal que porventura justificasse a determinação do cumprimento imediato da condenação, ainda recorrível.

Conquanto possível a decretação da prisão preventiva do réu que foi mantido solto durante o curso da ação penal, **é indispensável que se demonstre a efetiva necessidade da medida extrema**, mediante decisão concretamente fundamentada, não se admitindo para tanto a mera prolação de condenação recorrível.

Nessa linha colaciono os seguintes arestos:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CORRUPÇÃO DE MENORES. TRIBUNAL DO JÚRI. CONDENAÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE EXAURIMENTO DA JURISDIÇÃO ORDINÁRIA. PRISÃO PREVENTIVA DETERMINADA NA SENTENÇA. RÉUS QUE PERMANECERAM EM LIBERDADE NO CURSO DO PROCESSO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. GRAVIDADE CONCRETA DEMONSTRADA. **1. A sentença condenatória do Tribunal do Júri não é prontamente exequível. A sua execução provisória está condicionada ao exaurimento da jurisdição ordinária. Portanto, será viável somente após o julgamento do respectivo Tribunal de apelação que mantenha a condenação do Conselho de Sentença. Esta é a hermenêutica que coaduna a questão jurídica discutida à tese definida pelo STF no ARE 964.246-RG. 2. “É da jurisprudência das Turmas que compõem a Terceira Seção deste Superior Tribunal a permissividade de se negar ao acusado o direito de recorrer solto da sentença condenatória, se presentes os motivos para a segregação preventiva, ainda que o réu tenha permanecido solto durante a persecução penal”** (RHC 100.750/SC, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 21/08/2018, DJe 29/08/2018). (...) (RHC 93.520/RS, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, **julgado em 12/02/2019, DJe 21/02/2019**). Grifo nosso.

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. CONDENAÇÃO PELO TRIBUNAL DO JÚRI. PRISÃO MANTIDA NA SENTENÇA. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. RECURSO PROVIDO. 1. Nos termos do § 1º do art. 387 do Código de Processo Penal, o juiz, ao proferir sentença condenatória, decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento de apelação que vier a ser interposta. 2. No caso, não foi aponta-

do nenhuma fundamentação concreta, à luz das hipóteses excepcionais previstas no art. 312 do CPP, para justificar a manutenção da prisão preventiva da recorrente, mesmo após condenação pelo Tribunal do Júri. Precedentes. 3. Recurso ordinário em habeas corpus provido para determinar que o juízo sentenciante decida, de forma fundamentada, sobre a necessidade de manutenção da prisão da recorrente ou, se for o caso, sobre a imposição de outras medidas cautelares, nos termos do art. 387, § 1º, do Código de Processo Penal. (RHC 102.001/PA, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 18/09/2018, DJe 28/09/2018).

Dessa forma, além da sentença condenatória pelo Tribunal do Júri não ser automaticamente exequível, a prisão preventiva, medida excepcionalíssima, deve se apoiar em motivação concreta, contemporânea aos fatos, ou se subsistente, com o passar dos anos, mantiver idoneidade para lastrear a medida. No caso, contudo, nenhuma razão empírica foi utilizada como supe-
dâneo da segregação.

Por todo o exposto, em que pese o judicioso parecer do procurador de justiça, **voto pela concessão da ordem, para assegurar ao paciente Isaias Munduruku o direito de aguardar em liberdade o julgamento do recurso interposto, com expedição do alvará de soltura vinculado ao processo nº 0000021-23.2007.8.14.0112, se por outro motivo não estiver preso.**

É como voto.

Belém, 11 de março de 2019.

Des.or **MILTON AUGUSTO DE BRITO NOBRE**

Relator

EMENTA: CORREIÇÃO PARCIAL. TESTEMUNHAS DE DEFESA ARROLADAS FORA DO PRAZO LEGAL. INSURGÊNCIA MINISTERIAL. PEDIDO PARA ANULAR AS OITIVAS REALIZADAS, COM O RESPECTIVO DESENTRANHAMENTO DOS AUTOS. IMPROCEDÊNCIA. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. DECISÃO UNÂNIME.

1. O momento adequado para a apresentação do rol de testemunhas pela acusação e defesa é, respectivamente, no ato de oferecimento da denúncia (art. 41 do CPP) e de apresentação da resposta à acusação (art. 396-A do CPP), contudo cabe ao julgador avaliar a necessidade de produção de prova postulada fora do prazo legal, podendo este, inclusive, de ofício, ouvir testemunhas, além das arroladas pelas partes, para dirimir ponto relevante.

2. Não há que se falar em nulidade por violação ao devido processo legal ou inversão tumultuária dos atos ou fórmulas legais, quando constatado que o magistrado atuou nos estritos termos da legislação penal vigente.

3. Correição Parcial conhecida e improvida, à unanimidade.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Excelentíssimos Senhores Desembargadores integrantes da 2ª Turma de Direito Penal, à unanimidade, em conhecer e negar provimento à correção parcial, nos termos do voto do Desembargador Relator.

Sala das Sessões do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, aos 19 dias do mês de março de 2019.

Julgamento presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Rômulo José Ferreira Nunes.

Belém, 19 de março de 2019.

Des.or **MILTON AUGUSTO DE BRITO NOBRE**
Relator

VOTO

Presente os requisitos de admissibilidade, conheço.

É cediço que o momento adequado para a apresentação do rol de testemunhas pela acusação e defesa é, respectivamente, no ato de oferecimento da denúncia (art. 41 do CPP) e de apresentação da resposta à acusação (art. 396-A do CPP), todavia, não se pode olvidar que cabe ao julgador avaliar a necessidade de produção de prova postulada fora do prazo legal, podendo este, inclusive, de ofício, ouvir testemunhas, além das arroladas pelas partes (Testemunhas do Juízo), para dirimir ponto relevante no processo, nos termos do que prelecionam os artigos 156²⁶ e 209²⁷ do Código de Processo Penal.

Com efeito, ao contrário do defendido pelo requerente, no processo penal brasileiro, diante da possibilidade de se atingir bem jurídico tão importante como a liberdade, vige o princípio da verdade real, competindo ao magistrado determinar a produção de provas que entender perti-

nente ao deslinde da questão, não devendo – diante de uma lacuna surgida na instrução - se contentar com as trazidas pelas partes.

Sobre o tema, **Guilherme de Souza Nucci**:

“Perda do Prazo oportuno para a parte arrolar a testemunha: pode ser suprido pelo juiz, sem dúvida. Embora a parte não tenha mais o direito de exigir a oitiva de determinada pessoa, não arrolada no momento propício, é importante não olvidar que, no processo penal, vigora a busca da verdade real, passível de realização com eficácia, caso o magistrado participe ativamente da colheita das provas realmente interessantes ao deslinde da causa. Assim, se a testemunha não foi arrolada pela acusação (na denúncia) ou pela defesa (na defesa prévia), pode haver sugestão ao juiz para ouvi-la, ficando ao seu prudente critério deferir ou não.” (**Código de Processo Penal Comentado**. 13.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 516)

No caso dos autos, conforme já consignado, os nomes das testemunhas requeridas pela Defensoria Pública surgiram após a apresentação da defesa prévia do acusado, ao tempo de realização da audiência de instrução e julgamento, mais precisamente no momento do interrogatório judicial. Logo, havendo notícia, durante a instrução, de novas pessoas a serem ouvidas, cabe ao juiz examinar a necessidade ou não da oitiva, sempre considerando as peculiaridades do caso, como assim o fez na hipótese sob análise.

Nessa ordem de ideias, considerando que o julgador pode, inclusive, de ofício, ouvir testemunhas referidas quando julgar necessário, perfeitamente possível que defira o pedido defensivo extemporâneo de oitiva de testemunhas, mencionadas pelo réu quando do seu interrogatório, sobretudo considerando, além da importância da inquirição de pessoas que podem beneficiar o acusado, em homenagem ao postulado da ampla defesa, a dificuldade em que muitas vezes a Defensoria Pública enfrenta para apresentar rol de testemunha no momento da apresentação da defesa técnica, como bem destacado pelo magistrado a quo nas informações prestadas.

Assim, tendo o magistrado atuado nos estritos termos da legislação penal vigente, forçoso concluir que as colheitas dos mencionados depoimentos não acarretam qualquer tipo de violação ao devido processo legal ou inversão tumultuária dos atos ou fórmulas legais.

Em arremate, colaciono julgados do Superior Tribunal de Justiça que reforçam o entendimento exposto:

“AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. CORRUPÇÃO PASSIVA. EXPLORAÇÃO DE PRESTÍGIO. QUADRILHA. INQUIRÇÃO DE TESTEMUNHA ARROLADA PELA ACUSAÇÃO EM MOMENTO POSTERIOR AO OFERECIMENTO DA DENÚNCIA. INTEMPESTIVIDADE DO PEDIDO. IRRELEVÂNCIA. PROVA ORAL REPUTADA RELEVANTE PELO ENTÃO MINISTRO RELATOR. POSSIBILIDADE DE SUA OITIVA COMO TESTEMUNHA DO JUÍZO. INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 156 E 209 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO À DEFESA. POSSIBILIDADE DE CONTRADITAR AS DECLARAÇÕES COLHIDAS ATÉ O TÉR-

²⁶ **Art. 156.** A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, **facultado ao juiz de ofício**:

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

II – **determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.** (grifei)

²⁷ **Art. 209.** O juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes.

§ 1º Se ao juiz parecer conveniente, serão ouvidas as pessoas a que as testemunhas se referirem.

§ 2º Não será computada como testemunha a pessoa que nada souber que interesse à decisão da causa. (grifei).

MINO DA FASE INSTRUTÓRIA. EIVA RECHAÇADA. **1. Ainda que se possa considerar o requerimento de oitiva de testemunha pela acusação intempestivo, visto que apresentado após o oferecimento da denúncia, o certo é que a simples possibilidade de tal pessoa ser ouvida como testemunha do juízo afasta a ilegalidade suscitada pela defesa. 2. No caso, ao deferir a produção da prova oral, o então Relator desta ação penal reputou o depoimento necessário para o deslinde da controvérsia, de modo a tornar hígida sua coleta, nos termos dos artigos 156 e 209 Código de Processo Penal. Precedentes do STJ. 3. Além disso, não se verificou a ocorrência de qualquer dano à defesa do acusado, que teve a oportunidade de se contrapor às declarações do testigo até o término da fase instrutória, o que impede o reconhecimento da mácula suscitada, fazendo incidir no caso o princípio pas de nullité sans grief, insculpido no artigo 563 do Código de Processo Penal, que dispõe que “nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa. (...)” (STJ - APn: 626 DF 2008/0167019-3, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Julgamento: 15/08/2018, CE - CORTE ESPECIAL, Data de Publicação: DJe 29/08/2018) (grifei).**

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CORRUPÇÃO PASSIVA E QUADRILHA. **OITIVA DE TESTEMUNHA INDICADA DE OFÍCIO PELO JUÍZO. CONSONÂNCIA COM O PRINCÍPIO DA BUSCA DA VERDADE REAL. CONSTRAINGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE.** 1. O nosso sistema processual é informado pelo princípio da cooperação, sendo pois, o processo, um produto da atividade cooperativa triangular entre o juiz e as partes, onde todos devem buscar a justa aplicação do ordenamento jurídico no caso concreto, não podendo o Magistrado se limitar a ser mero fiscal de regras, devendo, ao contrário, quando constatar deficiências postulatorias das partes, indicá-las, precisamente, a fim de evitar delongas desnecessárias e a extinção do processo sem julgamento do mérito. 2. A regra ne procedat judex ex officio não transforma o juiz num órgão absolutamente inerte, pois a autoridade judiciária, pode e deve, promover o bom e rápido andamento do feito. Presidindo a instância penal, cabem ao juiz (art. 251, Código de Processo Penal) a direção e regularidade do processo. **3. A teor do art. 209 do CPP, o juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes, não havendo, assim, que falar em nulidade na oitiva de testemunhas indicadas pelo próprio Magistrado. Precedentes.** 4. No caso, não fere o sistema acusatório a determinação, de ofício, pelo Juízo processante da oitiva de testemunha sigilosa cujo depoimento foi colhido no inquérito policial. 5. Recurso ordinário em habeas corpus improvido. (STJ - RHC: 102457 SP 2018/0223940-7, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Data de Julgamento: 09/10/2018, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/10/2018) (grifei).

À vista do exposto, acompanho o parecer ministerial, **conheço da correção parcial e voto pelo seu desprovemento**, nos exatos termos da fundamentação.

É o meu voto.

Belém, 19 de março de 2019.

Des.or **MILTON AUGUSTO DE BRITO NOBRE**

Relator

DES. ROMULO FERREIRA NUNES

EMENTA

APELAÇÃO PENAL. CRIMES DOS ARTS. 138, 139 E 140 C/C 141, INC. II, TODOS DO CP. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. RECURSO DO QUERELANTE QUE PRETENDE A CONDENAÇÃO DOS QUERELADOS. A) DO CRIME DE CALÚNIA: DECLARAÇÕES DA RECORRIDA D. NO INQUÉRITO POLICIAL IMPUTANDO AO APELANTE O DELITO DE ABUSO DE AUTORIDADE. CONDUTA QUE SÓ PODE SER IMPUTADA À RECORRIDA D. LOPES DE SEIXAS, PERMANECENDO O RECORRIDO A. DAMASCENO CARDOSO ABSOLVIDO DESSE DELITO, TENDO EM VISTA QUE AS PROVAS COLHIDAS EM JUÍZO, INCLUSIVE A PROCURAÇÃO OUTORGADA PELOS RECORRIDOS AO SEU PATRONO PARA QUE ESTE PUDESSE INGRESSAR COM AÇÃO ANULATÓRIA DE ATO ADMINISTRATIVO, DEMONSTRAM QUE NÃO PRATICOU QUALQUER CONDUTA QUE CORRESPONDA AO TIPO PENAL DO ART. 138 DO CP. B) DO CRIME DE DIFAMAÇÃO: TRECHOS CONSTANTES DE PETIÇÃO INICIAL QUE POSSUEM CONTEÚDO OFENSIVO A SUA REPUTAÇÃO. PROCEDÊNCIA. APELADOS CONDENADOS ÀS PENAS DEFINITIVAS DE 08 (OITO) MESES DE DETENÇÃO E 15 (QUINZE) DIAS MULTA. CONFIGURAÇÃO DA PRESCRIÇÃO RETROATIVA, UMA VEZ QUE ENTRE A DATA DO RECEBIMENTO DA QUEIXA CRIME E O PRESENTE JULGAMENTO TRANSCORRERAM MAIS DE 03 (TRÊS) ANOS. C) DO CRIME DE INJÚRIA: PRESCRIÇÃO, IN ABSTRATO, TENDO EM VISTA QUE O PRAZO DE 03 (TRÊS) ANOS, PREVISTO NO ART. 109, INC. VI DO CP JÁ SE IMPLEMENTOU. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. DECISÃO UNÂNIME.

1. DO CRIME DE CALÚNIA. A recorrida **D. LOPES DE SEIXAS**, quando prestou declarações no inquérito policial, imputou ao apelante a prática do crime de abuso de autoridade, o qual teria lhe ofendido com as seguintes palavras “FECHE ISSO, SUA VAGABUNDA EU VOU TE LEVAR PRESA”. Dessa forma, ao imputar falsamente ao recorrente, a prática de ato que corresponde a crime, a apelada cometeu o crime de calúnia (art. 138 do CP). O abalo à sua reputação foi tão grave que, conforme a prova testemunhal colhida em juízo, o fato de figurar no polo passivo da ação cível foi o motivo de ter sido exonerado do cargo de Chefe da Consultoria Jurídica da Polícia Militar do Pará. Ressalta-se, ainda, que as provas dos autos, inclusive a procuração outorgada pelos recorridos ao seu patrono para que este pudesse ingressar com ação anulatória de ato administrativo, não demonstram que o recorrido **A. DAMASCENO CARDOSO** cometeu esse crime, permanecendo, portanto, absolvido.

2. PENA APLICADA À APELADA D. LOPES DE SEIXAS PELO CRIME DE CALÚNIA. Considerando que não há nos autos qualquer elemento que justifique maior reprovação da conduta do que a prevista para o tipo penal, a culpabilidade fica valorada como neutra; a personalidade e a conduta social não foram investigadas; os motivos do crime foram inerentes à espécie, as circunstâncias do crime militam contra a recorrida, uma vez que se utilizou de um serviço público para ofender a honra do apelante e cometeu o delito em concurso de pessoas; as consequências

foram graves, uma vez que a vítima, por conta dessa conduta, foi exonerada do cargo público que ocupava e nem contribuiu, de qualquer modo, para a prática do crime, motivo pelo qual, impõe-se a pena base em **01 (um) ano de detenção e 15 (quinze) dias multa**. Não há atenuantes nem agravantes. Inexistem causas de diminuição de pena. Presente a majorante do art. 141, inc. II, do CP, uma vez que as ofensas à vítima decorreram do fato de ser funcionária pública, aumentam-se as reprimendas em 1/3 (um terço), equivalentes a 04 (quatro) meses de detenção e 05 (cinco) dias multa, perfazendo as sanções definitivas em **01 (um) ano e 04 (quatro) meses de detenção e 20 (vinte) dias multa, calculados à razão de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época do fato**. A apelada preenche todos os requisitos do art. 44 do CP, motivo pelo qual a sanção privativa de liberdade fica substituída por duas medidas restritivas de direitos, que devem ser definidas pelo Juízo da Execução Penal.

3. DO CRIME DE DIFAMAÇÃO. Os apelados afirmaram, na petição inicial de uma ação cível que pretendiam anular o ato administrativo que determinou o arquivamento do inquérito policial militar em que o apelante figurou como investigado, pois este teria agido se prevalecendo do cargo de oficial da Polícia Militar para persegui-los, o que não deixa dúvida da prática, por parte dos recorridos, de ato ofensivo à honra objetiva do apelante. Assim, está provada a prática de crime de difamação, previsto no art. 139 do CP.

4. PENAS APLICADAS AOS RECORRIDOS PELO CRIME DE DIFAMAÇÃO. A) AO RECORRIDO A. DAMASCENO CARDOSO. Considerando que não há nos autos qualquer elemento que justifique maior reprovação da conduta do que a prevista para o tipo penal, a culpabilidade fica valorada como neutra; a personalidade e a conduta social não foram investigadas; os motivos do crime foram inerentes à espécie, as circunstâncias do crime militam contra o recorrido, uma vez que se utilizou de um serviço público para ofender a honra do apelante e cometeu o delito em concurso de pessoas; as consequências foram graves, uma vez que a vítima, por conta dessa conduta, foi exonerada do cargo público que ocupava e nem contribuiu, de qualquer modo, para a prática do crime, motivo pelo qual, impõe-se a pena **base em 08 (oito) meses de detenção e 15 (quinze) dias multa**. Não há atenuantes nem agravantes. Inexistem causas de diminuição de pena. Presente a majorante do art. 141, inc. II, uma vez que as ofensas à vítima decorreram do fato de ser funcionária pública, aumentam-se as **reprimendas em 1/3 (um terço), equivalentes a 02 (dois) meses de detenção e 05 (cinco) dias multa, perfazendo as sanções definitivas em 10 (dez) meses de detenção e 20 (vinte) dias multa, calculados à razão de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época do fato.** **B) À RECORRIDA D. LOPES DE SEIXAS.** Considerando que não há nos autos qualquer elemento que justifique maior reprovação da conduta do que a prevista para o tipo penal, a culpabilidade fica valorada como neutra; a personalidade e a conduta social não foram investigadas; os motivos do crime foram inerentes à espécie, as circunstân-

cias do crime militam contra a recorrida, uma vez que se utilizou de um serviço público para ofender a honra do apelante e cometeu o delito em concurso de pessoas; as consequências foram graves, uma vez que a vítima, por conta dessa conduta, foi exonerada do cargo público que ocupava e nem contribuiu, de qualquer modo, para a prática do crime, motivo pelo qual, impõe-se a pena **base em 08 (oito) meses de detenção e 15 (quinze) dias multa, calculados à razão de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época do fato**. Não há atenuantes nem agravantes. Inexistem causas de diminuição de pena. Presente a majorante do art. 141, inc. II, do CP, uma vez que as ofensas à vítima decorreram do fato de ser funcionária pública, **aumentam-se as reprimendas em 1/3 (um terço), equivalentes a 02 (dois) meses de detenção e 05 (cinco) dias multa, perfazendo as sanções definitivas em 10 (dez) meses de detenção e 20 (vinte) dias multa, calculados à razão de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época do fato.**

5. PRESCRIÇÃO RETROATIVA DO CRIME DE DIFAMAÇÃO. Ocorre que entre o recebimento da exordial acusatória, na data de 14/04/2016, e a data deste julgamento, transcorreram mais de 03 (três) anos, prazo previsto para os crimes punidos com pena máxima inferior a 01 (um) ano (CP, art. 109, inc. VI), estando extinta a pretensão punitiva do **CRIME DE DIFAMAÇÃO**.

6. CRIME DE INJÚRIA. A pretensão punitiva do crime de injúria foi atingida pela prescrição *in abstracto*, tendo em vista que entre o recebimento da queixa crime, ocorrido em 14/04/2016, e até a presente data, transcorreram mais de 03 (três) anos, prazo previsto para os crimes punidos com pena máxima inferior a 01 (um) ano (CP, art. 109, inc. VI).

7. Recurso conhecido e parcialmente provido. Decisão unânime.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Desembargadores da 2ª Turma de Direito Penal, por unanimidade, em conhecer e dar provimento ao recurso para declarar extinta a sua punibilidade dos delitos de difamação e injúria, e condenar a recorrida **D. LOPES DE SEIXAS** às penas de 01 (um) ano e 04 (quatro) meses de detenção e 20 (vinte) dias multa, calculados à razão de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época do fato, ficando a pena privativa de liberdade substituída por duas medidas restritivas de direitos que serão definidas pelo Juízo da Execução Penal, tudo na conformidade do voto do relator. Julgamento presidido pelo Desembargador MILTON NOBRE.

Belém, 11 de junho de 2019.

Desembargador RÔMULO NUNES
Relator

VOTO

Estando preenchidos os seus pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso interposto.

DOS FATOS

No dia 11/05/2015, o recorrente recebeu o Ofício nº 908/2015-PGE-PCTA, oriundo da Procuradoria Geral do Estado do Pará, no qual lhe foi informado que os recorridos ingressaram com ação de anulação do ato administrativo que homologou a conclusão do inquérito policial militar no sentido de que não havia indícios da prática de crime ou transgressão da disciplina. O expediente veio acompanhado da petição inicial da ação, onde os recorridos afirmaram que o recorrente praticou atos ilegais e agiu com abuso de autoridade.

Outrossim, o recorrente teve conhecimento que a recorrida **D. LOPES DE SEIXAS**, quando prestou declarações no inquérito policial que serviu de lastro probatório para o oferecimento da denúncia que lhe imputou a prática do crime de denúncia caluniosa, afirmou que o recorrente lhe chamou de vagabunda e lhe ameaçou de prisão caso não fechasse o seu bar.

Diante desses fatos – contidos na ação anulatória e nas declarações de **D. LOPES DE SEIXAS** colhidas no inquérito policial - o recorrente ajuizou queixa-crime contra os recorridos.

Encerrada a instrução processual, os apelados foram absolvidos, tendo em vista que não ficou provado que as declarações prestadas pelos querelados em inquérito policial civil eram falsas e não houve dolo específico por parte dos recorridos em difamar ou injuriar o apelante.

DO PEDIDO DE REFORMA DA DECISÃO

Aduz o apelante que, ao contrário do que entendeu o juízo sentenciante, há provas robustas da prática dos crimes que imputou aos apelados, uma vez que sabiam que os fatos que narraram na ação que pretendia anular a conclusão do inquérito policial que concluiu pela sua inocência e no documento de fls. 39, não condiziam com a verdade, assim como causaram dano a sua imagem, pois culminaram na sua exoneração do cargo de chefe da Consultoria Jurídica da Polícia Militar do Pará, que exercia quando do ajuizamento da referida ação.

DA CALÚNIA

Surge dos autos a tipificação do crime de calúnia praticado exclusivamente pela apelada **D. LOPES DE SEIXAS**, às fls. 39, quando teria, onde nos autos de inquérito policial teria declarado:

“Que a depoente informa que no ano de 2013, novamente o Major PM Marcelino Frota passou a perseguir o casal no estabelecimento ora citado, inclusive se fez presente, sob a mesma alegação de que a depoente e seu esposo A. estariam trabalhando irregular, e exigia que fechasse o mesmo, inclusive agrediu a depoente verbalmente com as seguintes textuais: ‘FECHE ISSO, SUA VAGABUNDA EU VOU TE LEVAR PRESA’”

Nesse aspecto, se constata que a apelada imputou falsamente o crime de abuso de autoridade ao apelante, de tal forma, que houve abalo gravíssimo a sua reputação que, conforme o depoimento do então Major Aduauto Luiz Moreira de Souza, o fato do apelante ter figurado no polo passivo da ação cível foi suficiente para ser exonerado do cargo de Chefe da Consultoria Jurídica da Polícia Militar do Pará. Assim passo a dosimetria da pena, relativamente a este delito:

Considerando que não há nos autos qualquer elemento que justifique maior reprovação da conduta do que a prevista para o tipo penal, a culpabilidade fica valorada como neutra; a personalidade e a conduta social não foram investigadas; os motivos do crime foram inerentes à espécie, as circunstâncias do crime militam contra a recorrida, uma vez que se utilizou de um serviço público para ofender a honra do apelante e cometeu o delito em concurso de pessoas; as consequências foram graves, uma vez que a vítima, por conta dessa conduta, foi exonerada do cargo público que ocupava e nem contribuiu, de qualquer modo, para a prática do crime, motivo pelo qual, impõe-se a pena base em 01 (um) ano de detenção e 15 (quinze) dias multa.

Não há atenuantes nem agravantes.

Inexistem causas de diminuição de pena. Presente a majorante do art. 141, inc. II, do CP, uma vez que as ofensas à vítima decorreram do fato de ser funcionária pública, aumentam-se as reprimendas em 1/3 (um terço), equivalentes a 04 (quatro) meses de detenção e 05 (cinco) dias multa, perfazendo as sanções definitivas em 01 (um) ano e 04 (quatro) meses de detenção e 20 (vinte) dias multa.

A apelada preenche todos os requisitos do art. 44 do CP, motivo pelo qual a sanção privativa de liberdade fica substituída por duas medidas restritivas de direitos, que devem ser definidas pelo Juízo da Execução Penal.

DA DIFAMAÇÃO

O apelante igualmente se diz vítima por parte dos recorridos do crime de difamação, quando estes, por meio da petição inicial da ação anulatória do ato que homologou a conclusão do inquérito policial militar que concluiu pela sua inocência, fizeram as seguintes declarações:

“... a ação nociva do miliciano referido na representação (e de outros a mando dele),

que se prevalece de ser oficial superior e de trabalhar no prédio do Comando Geral da Polícia Militar do Pará.”

Com efeito, o excerto antes mencionado não deixa qualquer dúvida da prática, por parte dos apelados, de ato ofensivo à honra objetiva do apelante, pois, em outras palavras, disseram que este os perseguia ao se prevalecer do cargo de oficial da Polícia Militar. Logo, está provada a prática de crime de difamação, previsto no art. 139 do CP. Havendo, portanto, autoria e materialidade delitivas, realizo a seguinte dosimetria:

APELADO A. DAMASCENO CARDOSO

Considerando que não há nos autos qualquer elemento que justifique maior reprovação da conduta do que a prevista para o tipo penal, a culpabilidade fica valorada como neutra; a personalidade e a conduta social não foram investigadas; os motivos do crime foram inerentes à espécie, as circunstâncias do crime militam contra o recorrido, uma vez que se utilizou de um serviço público para ofender a honra do apelante e cometeu o delito em concurso de pessoas; as consequências foram graves, uma vez que a vítima, por conta dessa conduta, foi exonerada do cargo público que ocupava e nem contribuiu, de qualquer modo, para a prática do crime, motivo pelo qual, impõe-se a pena base em 08 (oito) meses de detenção e 15 (quinze) dias multa.

Não há atenuantes nem agravantes.

Inexistem causas de diminuição de pena. Presente a majorante do art. 141, inc. II, do CP, uma vez que as ofensas à vítima decorreram do fato de ser funcionária pública, aumentam-se as reprimendas em 1/3 (um terço), equivalentes a 02 (dois) meses de detenção e 05 (cinco) dias multa, perfazendo as sanções definitivas em 10 (dez) meses de detenção e 20 (vinte) dias multa.

Ocorre que entre o recebimento da exordial acusatória, na data de 14/04/2016 (fls. 98 – Vol. I), e a data deste julgamento, transcorreram mais de 03 (três) anos, prazo previsto para os crimes punidos com pena máxima inferior a 01 (um) ano (CP, art. 109, inc. VI), estando extinta a pretensão punitiva do **CRIME DE DIFAMAÇÃO** pela prescrição retroativa.

RECORRIDA D. LOPES DE SEIXAS

Considerando que não há nos autos qualquer elemento que justifique maior reprovação da conduta do que a prevista para o tipo penal, a culpabilidade fica valorada como neutra; a personalidade e a conduta social não foram investigadas; os motivos do crime foram inerentes à espécie, as circunstâncias do crime militam contra a recorrida, uma vez que se utilizou de um serviço público para ofender a honra do apelante e cometeu o delito em concurso de pessoas; as consequências foram graves, uma vez que a vítima, por conta dessa conduta, foi exonerada do

cargo público que ocupava e nem contribuiu, de qualquer modo, para a prática do crime, motivo pelo qual, impõe-se a pena base em 08 (oito) meses de detenção e 15 (quinze) dias multa.

Não há atenuantes nem agravantes.

Inexistem causas de diminuição de pena. Presente a majorante do art. 141, inc. II, do CP, uma vez que as ofensas à vítima decorreram do fato de ser funcionária pública, aumentam-se as reprimendas em 1/3 (um terço), equivalentes a 02 (dois) meses de detenção e 05 (cinco) dias multa, perfazendo as sanções definitivas em 10 (dez) meses de detenção e 20 (vinte) dias multa.

Ocorre que entre o recebimento da exordial acusatória, na data de 14/04/2016 (fls. 98 – Vol. I), e a data deste julgamento, transcorreram mais de 03 (três) anos, prazo previsto para os crimes punidos com pena máxima inferior a 01 (um) ano (CP, art. 109, inc. VI), estando extinta a pretensão punitiva do **CRIME DE DIFAMAÇÃO** pela prescrição retroativa.

DO CRIME DE INJÚRIA

Esse delito teria se consumado quando os apelados encaminharam ao Corregedor Geral da PMPA, chefe imediato do apelante, representação com cópia ao diretor do CONJUR/PMPA, maculando a sua reputação, causando-lhe constrangimento e humilhação ao ser interpelado sobre possível anulação de IPM e ameaça de provas contra si, colocando em dúvida a conduta e a integridade do ofendido como Oficial da Polícia Militar do Pará. Ocorre que, se este delito (art. 140, CP) realmente se caracterizou, entendo que foi alcançado pela prescrição da pretensão punitiva, tendo em vista que entre o recebimento da queixa crime, ocorrido em 14/04/2016 (fls. 98 – Vol. I), e até a presente data, transcorreram mais de 03 (três) anos, prazo previsto para os crimes punidos com pena máxima inferior a 01 (um) ano (CP, art. 109, inc. VI).

Ressai, portanto, que o único delito que remanesceu foi o de calúnia, em relação à recorrida **D. LOPES DE SEIXAS**, tudo nos termos como antes demonstrado.

Ante o exposto, conheço e dou parcial provimento ao recurso para condenar a apelada **D. LOPES DE SEIXAS** às penas de 01 (um) ano e 04 (quatro) meses de detenção, a ser cumprida em regime aberto, substituída por duas medidas restritivas de direitos que serão definidas pelo Juízo da Execução Penal pela prática do crime previsto no art. 138 do CP, assim como declarar extinta a punibilidade dos recorridos pela prática dos crimes dos arts. 139 e 140 do CP.

É como voto.

Belém, 11 de junho de 2019.

Desembargador RÔMULO NUNES
Relator

DESA. MARIA DE NAZARÉ SILVA GOUVEIA DOS SANTOS

EMENTA

HABEAS CORPUS. ART. 157, §2º, I, II E V, ART. 288, PARÁGRAFO ÚNICO, ART. 351 C/C ART. 14, II E ART. 29, TODOS DO CP. FALTA DE JUSTA CAUSA AO RECEBIMENTO DA EXORDIAL. NÃO CONHECIMENTO. NÃO JUNTADA DA DECISÃO DE RECEBIMENTO.

- Não fora colacionado aos autos a decisão de recebimento da denúncia para se verificar se houve alguma ilegalidade por suposta ausência de justa causa.

PLEITO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL, SOB ALEGAÇÃO DE INÉPCIA DA DENÚNCIA. IMPROCEDÊNCIA.

- A profundidade cognitiva para o reconhecimento ou não da justa causa na persecução penal deve se dar de forma rasa, mediante prova pré-constituída, isto é, existindo suspeita fundada de crime e de sua autoria, justifica-se a instauração do processo penal.

- Embora o impetrante não tenha juntado a estes autos eletrônicos a denúncia em sua íntegra, percebe-se, pelo que fora colacionado, que o RMP ofereceu denúncia contra a paciente e demais corréus, expondo o fato delituoso com todas as suas circunstâncias, qualificando-a, individualizando e tipificando sua conduta, viabilizando a persecução penal e o contraditório, prevalecendo, nessa fase, o princípio do in dubio pro societate.

- Portanto, a denúncia não se revela inepta tampouco há razões para se trancar a ação penal.

ALEGAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 312, DO CPP. IMPROCEDÊNCIA. DECISÃO FUNDAMENTADA NOS REQUISITOS LEGAIS. GRAVIDADE CONCRETA DOS DELITOS. PACIENTE FORAGIDA HÁ ANOS. AMEAÇA A TESTEMUNHAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO.

- Não vislumbro constrangimento ilegal na decisão de decretação da prisão preventiva da paciente, de onde se infere os argumentos utilizados pelo juízo coator a necessidade de se garantir a ordem pública, a conveniência da instrução criminal e aplicação da lei penal, pois a paciente e os demais corréus planejaram a prática de diversos crimes gravíssimos que abalaram o estado do Pará (assaltos a bancos), que ocorriam de forma semanal, mesmo após tombamento do inquérito policial, sendo demonstrado, por meio de interceptações telefônicas, ameaça a testemunhas, inclusive com planejamento de assassinato do delegado de polícia civil e a capacidade de fuga, pois os réus demonstraram que são difíceis de serem localizados e identificados, pois mudam constantemente de endereço e de identidade, estando a paciente foragida até a presente data.

CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. SÚMULA Nº 08, DESTA CORTE.

As condições pessoais favoráveis que alega possuir a paciente não são, em si mesmas, suficientes para concessão da liberdade provisória, quando a prisão processual se encontra justificada nos pressupostos do art. 312, do CPP.

ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E DENEGADA. UNANIMIDADE.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Excelentíssimos Senhores Desembargadores que integram a Seção de Direito Penal deste egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Pará, à unanimidade de votos, **em denegar a ordem na parte conhecida**, nos termos do voto da Excelentíssima Senhora Desembargadora Relatora.

A Sessão foi presidida pela Excelentíssima Senhora Desembargadora Vânia Valente do Couto Fortes Bitar Cunha.

Belém, 11 de novembro de 2019.

Desembargadora Maria de **Nazaré Silva Gouveia** Dos Santos
Relatora

VOTO

Não conheço da ação mandamental quanto à tese de trancamento da ação penal por ausência de justa causa ao seu recebimento, porque não fora colacionado aos autos a decisão de recebimento da denúncia para se verificar se houve alguma ilegalidade por esse fundamento.

Conheço da ação mandamental quanto às demais teses.

De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, o trancamento da ação penal, em habeas corpus, constitui medida excepcional que só deve ser aplicada nos casos (i) de manifesta atipicidade da conduta; (ii) de presença de causa de extinção da punibilidade do paciente; ou (iii) de ausência de indícios mínimos de autoria e materialidade delitivas (justa causa), o que não ocorre na situação sob exame, em que a denúncia observou as regras do art. 41, do CPP.

Embora o impetrante não tenha juntado a estes autos eletrônicos a denúncia em sua íntegra, percebe-se, pelo que fora colacionado, que o RMP ofereceu denúncia (fls. 44-51 ID nº 2204647) contra a paciente e demais corréus, expondo o fato delituoso com todas as suas circunstâncias, individualizando sua conduta, qualificando-a e tipificando sua conduta (art. 157, §2º, I, II e V, art. 288, parágrafo único, art. 351 c/c art. 14, II e art. 29, todos do CP), viabilizando a persecução penal e o contraditório, prevalecendo, nessa fase, o princípio do *in dubio pro societate*.

A profundidade cognitiva para o reconhecimento ou não da justa causa na persecução penal deve se dar de forma superficial, mediante prova pré-constituída, isto é, existindo suspeita fundada de crime e de sua autoria, justifica-se a instauração do processo penal.

Ademais, não fora colacionado aos autos a decisão de recebimento da denúncia para se verificar se houve alguma ilegalidade nessa, por suposta ausência de justa causa.

Portanto, a denúncia não se revela inepta tampouco há razões para se trancar a ação penal.

Sabe-se que a prisão preventiva, como medida cautelar excepcional, poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria, com a efetiva demonstração desses requisitos, os quais estão previstos no art. 312, do Código de Processo Penal.

Assento que o impetrante não juntou a estes autos eletrônicos a decisão de decretação da prisão preventiva da paciente em sua inteireza para que se possa aferir a alegação de suposto constrangimento ilegal, em face de não observância dos requisitos do art. 312, do CPP (fls. 52-54 ID nº 2204654). Contudo, em informações, a autoridade coatora supriu omissão.

In casu, não vislumbro constrangimento ilegal na decisão de decretação da prisão preventiva da paciente (fls. 74-88 ID nº 2266288), de onde se infere os argumentos utilizados pelo juízo coator a necessidade de se garantir a ordem pública, a conveniência da instrução criminal e aplicação da lei penal, pois a paciente e os demais corréus planejaram a prática de diversos crimes gravíssimos que abalaram o estado do Pará (assaltos a bancos), que ocorriam de forma semanal, mesmo após tombamento do inquérito policial, sendo demonstrado, por meio de interceptações telefônicas, ameaça a testemunhas, inclusive com planejamento de assassinato do delegado de polícia civil e a capacidade de fuga, pois os réus demonstraram que são difíceis de serem localizados e identificados, pois mudam constantemente de endereço e de identidade, estando a paciente foragida até a presente data, como se nota:

“(…) Já após a morte de TIO CHICO na cidade de Moju, LEILA, que era esposa de TIO CHICO, entra em contato com EDIMILSON para lhe dar a notícia, demonstrando cabalmente a participação desse na associação ora investigada.

LEILA DE FÁTIMA FONSECA CARDOSO é esposa do assaltante LAESON RIBEIRO DE ARRUDA, vulgo TIO CHICO ou NARIGA. Tinha como função tirar documentos falsos para os integrantes da quadrilha, além de ter ido na fazenda de EDIMILSON antes do roubo de Concórdia e após o roubo, quando foram até a cidade de Mãe do Rio estudar o local e a provável rota de fuga que seria usada após o assalto que planejavam para aquela cidade. Durante o período de interceptação telefônica, ficou evidente que possuía pleno conhecimento de todas as atividades

criminosas do bando. (...)”

Em informações, a autoridade coatora destacou ainda (fls. 72-73 ID nº 2266288):

“(...) A ré, ora paciente, e mais treze envolvidos tiveram a prisão preventiva decretada em razão da participação no roubo ao BANPARÁ desta Cidade em 04.01.2016, com base em dezenas de interceptações e quebras de sigilo telefônico em inquérito policial iniciado após o referido crime.

Após as investigações e a conclusão do inquérito policial, quase todos os investigados foram indiciados (com exceção de dois (sic) policiais militares) e os autos foram ao Ministério Público, o qual ofertou denúncia contra a paciente e outros treze réus, sendo a denúncia recebida no dia 31.10.2016 contra todos os denunciados em razão das provas contidas nos autos.

Foi expedido o mandado de citação da acusada, ora paciente, no dia 03.07.2017, porém, a acusada não foi citada por não ser encontrada, nem mesmo foi presa preventivamente em razão de estar foragida. Assim, foi determinada a citação da ré por Edital, sendo que a mesma não constituiu advogado nem apresentou defesa, sendo os autos e o curso do prazo prescricional suspensos em relação à acusada com fulcro no art. 366 do CPP.

(...)

Por fim, ressalte-se que a ré, ora paciente, não foi presa preventivamente com os demais acusados em razão de ter se evadido e estar até a presente data foragida, a mais de três anos, o que demonstra sua intenção de se furtar a aplicação da lei penal, ameaçando cabalmente o cumprimento da pena em caso de uma possível condenação.

(...)”

A meu sentir, portanto, o juízo a quo fundamentou devidamente a custódia cautelar do paciente, à medida em que há prova da materialidade e indícios suficientes da autoria do delito, com seus requisitos permissivos insertos no art. 312, do CPP.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. IMPOSSIBILIDADE. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA. PERICULOSIDADE DO PACIENTE. MODUS OPERANDI DO DELITO. PACIENTE FORAGIDO DESDE A PRÁTICA DO DELITO HÁ 3 ANOS. GARANTIA DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. INSUFICIÊNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração sequer deveria ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal

- STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça - STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal que justifique a concessão da ordem de ofício.

2. Em vista da natureza excepcional da prisão preventiva, somente se verifica a possibilidade de sua imposição quando evidenciado, de forma fundamentada e com base em dados concretos, o preenchimento dos pressupostos e requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal - CPP. Devendo, ainda, ser mantida a prisão antecipada apenas quando não for possível a aplicação de medida cautelar diversa, nos termos previstos no art. 319 do CPP.

A prisão preventiva foi adequadamente motivada, uma vez que as instâncias ordinárias ressaltaram a gravidade do crime praticado pelo paciente, evidenciada pelo modus operandi do delito - por motivo torpe (o paciente não aceitava o relacionamento do ofendido com sua antiga companheira) e mediante recurso que impossibilitou a defesa da vítima, deferiu um golpe de faca no ofendido, causando-lhe os ferimentos que ensejaram a sua morte - e a nítida intenção de se furtar da aplicação da lei penal, permanecendo foragido desde a prática do delito, ocorrido em 6/9/2016.

3. “A fuga do distrito da culpa, comprovadamente demonstrada nos autos e que perdura, é fundamentação suficiente a embasar a manutenção da custódia preventiva, que revela-se imprescindível para o fim de se assegurar o cumprimento de eventual condenação, pois nítida a intenção do réu de obstaculizar o andamento da ação criminal e de evitar a ação da Justiça.” (HC 336.881/PR, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 2/2/2016).

4. Esta Corte Superior possui entendimento firme no sentido de que a presença de condições pessoais favoráveis do agente, como primariedade, antecedentes, domicílio certo e ocupação lícita, não representa óbice, por si só, à decretação da prisão preventiva, quando identificados os requisitos legais da cautela.

5. Inaplicável quaisquer medidas cautelares alternativas previstas no art. 319 do CPP, uma vez que as circunstâncias do delito evidenciam a insuficiência das providências menos gravosas.

6. Habeas corpus não conhecido.

(HC 461.222/MG, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 27/08/2019, DJe 10/09/2019)

As condições pessoais favoráveis que alega possuir o paciente não são, em si mesmas, suficientes para concessão da liberdade provisória, quando a prisão processual se encontra justificada nos pressupostos do art. 312, do CPP. Nesse diapasão, é o teor da súmula nº 08, desta Corte: “As qualidades pessoais são irrelevantes para a concessão da ordem de habeas corpus, mormente quando estiverem presentes os requisitos da prisão preventiva.”.

Ante o exposto, pelas razões expostas no presente voto e em consonância com o parecer da Procuradoria de Justiça, conheço, em parte, da impetração e, nesta extensão, denego a ordem.

É como voto.

Expediente

Coordenadoria e supervisão editorial

Departamento de Comunicação

Linomar Bahia - diretor

Coordenadoria de Imprensa

João Vital - coordenador

Marinalda Ribeiro - subcoordenadora

Airton Nascimento

Edição de arte

Ricardo Lima

Fotos

