

HARD CASE¹

São cada vez mais frequentes as lides para as quais a lei, por si só, não é suficiente para a devida solução.

Neste episódio, um conjunto condominial, regularmente construído, mediante concessão de licença adequada, acaba influenciando a vida de uma comunidade formada no entorno de talude, que, a seu turno, necessitava de cuidados extras de competência mista, Poder Público e iniciativa privada.

O Poder Público não foi chamado aos autos, embora as consequências tenham sido danosas para a comunidade precária e despida de apoio oficial. Casas em perigo, inundadas. Móveis perdidos.

A matéria é tanto mais desgraçadamente oportuna, quanto é fato que cidades e bairros montanheseiros, como acontece todos os anos, estão sendo fustigados pela natureza e pela incúria administrativa. É fato notório. Está nos jornais. Basta ler.

Neste caso, de saraivadas recursais, a solução transitou por circunstâncias muito próximas do abuso de direito e da indignação que o signatário só pôde ver quando da construção do Elevado Paulo de Frontin, que exterminou o bucolismo de um logradouro aprazível, arborizado, silencioso, invejavelmente agradável. O Elevado, além de destruir — sem que os moradores pudessem competir com o proveito público — ainda desmoronou, em grande parte, agravando a destruição das

¹ “Black’s Law Dictionary”. 2011 Thomson Reuters. *HARD CASE.(1836) A lawsuit involving equities that tempt a judge to stretch or even disregard a principle of law at issue. Hence the expression, “Hard cases make bad law.”*

Tradução do autor: Ação envolvendo diferenças de equidade e impõe a um juiz modificar ou mesmo desconsiderar um princípio legal na questão. Desta forma a expressão “casos difíceis” produzem péssimas leis.

esperanças individuais. Outras histórias como estas acontecem em todo o Brasil.

É da obra de Dworkin o trecho alusivo a esta filosofia:

Alguns juristas acadêmicos extraem conclusões especialmente radicais da sofisticada versão do ponto de vista do direito como simples questão de fato. Afirmam que as decisões institucionais do passado não somente às vezes, mas quase sempre, são vagas, ambíguas ou incompletas e, com frequência, também incompatíveis ou mesmo incoerentes. Concluem que realmente nunca existe direito relativo a nenhum tópico ou questão, mas apenas retórica que os juízes utilizam para mascarar decisões que, na verdade, são ditadas por preferências ideológicas ou de classe. A sequência que descrevi, da confiante crença do leigo em que o direito está por toda parte, até a zombeteira descoberta do cínico de que ele absolutamente não existe, é o curso natural seguido pela convicção, uma vez que aceitemos o ponto de vista do direito como simples questão de fato e sua consequente alegação de que a divergência teórica é apenas política disfarçada. Pois quanto mais aprendemos sobre o direito, mais nos convencemos de que nada de importante sobre ele é totalmente incontestável.

Devo acrescentar que o ponto de vista da simples questão de fato não é aceito por todos. É muito popular entre os leigos e escritores acadêmicos cuja especialidade é a filosofia do direito. mas é rejeitado nas explicações que advogados e juízes ponderados e atuantes fazem de seu trabalho. Eles talvez endossem o modelo do simples fato como uma peça da doutrina formal sempre que solicitados, em tom devidamente grave, a emitir sua opinião sobre o que é direito. em momentos de menos reserva, porém contarão uma história diferente, mais romântica. Dirão que direito é instinto, que não vem explicitado numa doutrina, que só pode ser identificado por meio de técnicas especiais cuja descrição ideal é impressionista, quando

não misteriosa. Dirão que julgar é uma arte, não uma ciência, que o bom juiz mistura analogia, ciência, sabedoria política e a consciência de seu papel para chegar a uma decisão intuitiva, que ele “vê” o direito com mais clareza do que consegue explicá-lo, de tal modo que sua opinião escrita, por mais cuidadosamente racional que possa ser, nunca será capaz de apreender a plenitude de seu discernimento.²

Lembrando Hart, o autor esclarece:

Hart se baseia na distinção entre núcleo e penumbra ao explicar por que os juízes devem ter poder discricionário para corrigir lacunas nas leis, e em seguida sugere que a regra principal que qualquer comunidade usa para identificar a extensão do direito tende, ela própria, a possuir uma área de penumbra que pode gerar controvérsias nas quais “tudo que se sai bem é um sucesso”.³

O direito se põe de pés e mãos amarrados para o deslinde da problemática.

Vai daí que ...

² DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 13/14.

³ Idem, *ibidem*. P. 48.

Apelação Cível nº xxxxxxxxxxxxxxxx
Apelantes: xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx
Apelado: xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx
Relator: DES. ANTONIO CARLOS ESTEVES TORRES

RELATÓRIO

Trata-se de ação de obrigação de fazer, cumulada com pedido de indenização por danos morais e materiais, ajuizada por xxxxxxxxxxxx em face de xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, aduzindo terem sofrido prejuízos em razão da construção inadequada do sistema de escoamento de águas provenientes do condomínio construído à montante do terreno que ocupa, tudo de responsabilidade da sociedade ré, diz-se. Sob forma de tutela antecipada, requer seja realizada a mudança do caminho de percolação das águas, como canaletas de drenagem; proteção superficial dos taludes de corte, drenagem dos rios e canais próximos aos edifícios construídos pela demandada, no prazo máximo de 30 dias, sob pena de multa de R\$10.000,00 por dia de atraso no cumprimento da obrigação. Ao final, além da definitividade do pedido antecipatório, requerem indenização pelas perdas materiais sofridas e danos morais em valor a ser arbitrado.

Tutela deferida às fls. 242, sob pena de multa diária de R\$5.000,00, conclusão de exame levado em consideração pelo juiz mais próximo do fato.

Em contestação de fls. 330/342, alega-se que houve precipitação no deferimento da tutela na forma requerida, com base em laudo unilateral e apócrifo, cujos efeitos se farão sentir de forma irreversível. No mérito, esclarece que os projetos dos condomínios foram todos devidamente autorizados pelas autoridades e instâncias competentes; que, em análise geotécnica recente, se comprova que a área se encontra com quase toda a superfície e cobertura vegetal plenamente recuperadas, verificando-se o resultado pela análise das fotografias aéreas tiradas em novembro/2001, março/2002 e janeiro/2007, que demonstram não terem os taludes sofrido qualquer alteração, o que caracteriza sua estabilidade; atribui os problemas de

alagamento às edificações constantes na inicial a vários fatores, dentre eles a ausência de sistema de esgotamento sanitário ou de coleta de águas pluviais, culminando com a obstrução causada por lixo, aterro e vegetação, nenhum de origem dos prédios da ré. Alega-se, por fim, inexistir nexos de causalidade entre as construções realizadas pela demandada e os eventos danosos citados inicialmente.

Laudo técnico às fls. 390/415.

Sentença de fls. 464/471, com julgamento de procedência parcial, devido a reconhecimento de culpa concorrente, tornando permanente a antecipação de tutela, condenando a ré ao pagamento de indenização por danos materiais, na proporção de 50%, do montante apurado em liquidação, e morais, estes fixados em R\$3.000,00 para cada autor, incidentes juros legais a partir da citação e correção monetária a contar do julgado.

Razões de apelo (fls. 480/491) por parte dos autores, reeditando conclusões periciais, e pleiteando o alçamento da indenização por dano moral e reconhecimento da responsabilidade da apelada pela integralidade da recomposição material, além de elevação da verba honorária.

Contrarrazões a fls. 506/510, com pedido de improvimento do apelo.

Apelo da ré, (fls.492/501), também reeditando trabalhos periciais, que considera imprecisos, pleiteando a reforma da sentença, revogada a antecipação de tutela, e redução da multa.

Contrarrazões de fls. 511/522, com pedido de improvimento do apelo.

Relatados, à douta revisão.

Apelação Cível nº xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx
Apelantes: xxxxxxxxxxxxxxxxx
Apelados: OS MESMOS
Relator: DES. ANTONIO CARLOS ESTEVES TORRES

APELAÇÃO CÍVEL. OBRIGAÇÃO E FAZER COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA, CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. CONSTRUÇÃO DE CONDOMÍNIO. PREJUÍZO AOS MORADORES DO ENTORNO COM A OCORRÊNCIA DE ENCHENTES. NECESSIDADE DE PLANEJAMENTO PARA O CAMINHO DE PERCOLAÇÃO DAS ÁGUAS PLUVIAIS E DO ESGOTO SANITÁRIO. REVESTIMENTO DOS TALUDES COM A VEGETAÇÃO. PRIMEIRO APELO IMPROVIDO. PROVIMENTO PARCIAL AO SEGUNDO RECURSO PARA REDUZIR A MULTA APLICADA EM ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. NÃO CUMPRIDA A OBRIGAÇÃO NO PRAZO DE SEIS MESES, CONVERTE-SE EM PERDAS E DANOS. SENTENÇA MANTIDA QUANTO AO DANO MORAL E MATERIAL.

O fato que se analisou está contido entre os limites da alegação de que as providências geológicas para a construção de obras realizadas pela entidade ré, especialmente no tocante a cortes de taludamento e descaminhos de vias de escoamento de águas, teriam, em outra fase, causado prejuízos aos moradores demandantes, que tiveram suas casas inundadas e objetos diversos danificados.

A contrariedade, sem negar a ocorrência danosa, conjetura sobre a anterioridade de suas origens com relação às construções que erigira, a montante da localidade em que vivem os demandantes, repelindo o argumento de que seu proceder tivesse sido a causa dos prejuízos, que já existiriam por força de acúmulo de lixo obstrutivo de canais de escoamento pluvial.

Ocorre que, como se extrai do exame técnico, a canalização inicialmente executada em manilhas de concreto não foi suficiente

para escoar uma determinada intensidade de chuvas e suportar certo grau de assoreamento, tanto que foi construído um canal a céu aberto para tentar resolver este problema (fls. 408); embora o muro de contenção e divisório com o local se encontre em bom estado, sem sinais de comprometimento estrutural, deveria ter recebido tratamento impermeabilizante ou drenador contra infiltrações (fls. 409).

Somado a isto, o vistor afirma, com todas as letras, não ter elementos para afirmar a exclusividade de causa das ocorrências, a despeito de, sem dúvidas, concluir a fls. 479 que o procedimento não adequado foi a forma como a ré implantou a canalização (condutos livres), para o que se deveria ter providenciado projeto que levaria em conta diversos elementos, tais como cálculo de vazão, declividade, comprimento, forma de conduto, estudo que não foi encontrado pelo perito (fls.480).

Para este cenário, tratando-se de hipótese consumerista, o cotejo entre o nível dos demandantes, notoriamente inferiorizado, perante as condições econômicas e técnicas inegavelmente superiores com que atua a ré, para que se liberasse da responsabilidade indenizatória, era imprescindível que tivesse comprovado, cabalmente, a culpa exclusiva — exclusiva, repita-se — dos autores ou de terceiros, no conjunto de ocorrências, de acordo com o comando expresso do art. 14 da Lei nº 8.078/90. CEDAE, Prefeitura ou outro órgão qualquer teriam de ser consultados e se manifestado de forma a garantir que as obras não atingissem a comunidade carente.

O cenário em que a disputa se desenvolve, como, por mais de vez, o Sr. Perito classificou de complexo, não é incomum nas cidades brasileiras. Comunidades se formam, desorganizadamente, sem que o Poder Público tenha condições de reprimir, sem o risco da crítica social, acabam por se fixar, definitivamente, ingressando no teatro da proteção constitucional do direito à moradia.

Lá estava a comunidade. A ré dela tomou conhecimento.

Estas circunstâncias são inegáveis, como inegáveis são, nestas localidades de provisoriedade eternizada, a incidência de doenças por falta de condições sanitárias, acúmulo de lixo, a incerteza no aguardo de situações como a que está sob julgamento.

Sopesar esses dois parâmetros é a função angustiante do magistrado. De um lado, a legalidade estrita dos licenciamentos e autorizações regularmente concedidos. De outro, o descaso, o desatendimento, a falta de escolas, a falta de saúde, a precariedade das casas ocupantes de locais sujeitos a todo tipo de consequência pelo abandono social.

O direito do consumidor, as previsões constitucionais, o dever humano, a comiseração religiosa não são suficientes para uma solução tranquila.

Eis porque o julgador reduziu a descrição do episódio a uma montagem silogística capaz de permitir conclusão o mais justa possível.

Se houve ou não houve consequências danosas antes das que servem de fundamentação ao pleito, este fato não está devidamente comprovado nos autos. Se haverá ou não haverá situações da espécie, esta indagação pertence ao ramo da futurologia, para a qual a magistratura não está habilitada.

Na margem de tudo, a importância do Executivo local; a insuficiência de meio dos agentes prestadores de serviço, SERLA e CEDAE, e a aventura do risco das ocupações precárias. Para tudo, reduzida a questão ao denominador aceitável, o complemento de obras que possam minorar os efeitos de ocorrências danosas; o atendimento ao pleito do cidadão excluído do bem-estar; a desgraça de inevitabilidade de episódios desta natureza não podem deixar de levar em consideração o direito do que pagou pelo empreendimento que, oficialmente, atendeu aos ditames legais, cumpriu o seu dever de contribuinte e pagou seus impostos.

A linha do denominador possível passa, assim, pelos seguintes caminhos:

A concorrência de culpa, sendo a que dá a natureza da responsabilidade da ré, objetiva, não pode ser levada em conta, diante do grau de imprecisão francamente exposto nos exames e alegações. A responsabilidade é da ré, exclusivamente.

O aspecto punitivo-pecuniário não pode escapar à relatividade do panorama. Embora devida a multa, é preciso que seu cômputo não enverede os escaninhos da injustiça, devendo ser computada a partir de quando se tornou efetivamente devida, com o trânsito em julgado da decisão de fls. 389 vº, reduzida a 10% do total a ser apurado.

Os Tribunais se acertaram neste particular:

0014607-96.2012.8.19.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO

DES. MYRIAM MEDEIROS - Julgamento: 25/04/2012 - VIGESIMA CAMARA CIVEL

AGRAVO INOMINADO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. DIREITO À SAUDE. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA PARA DETERMINAR QUE O ENTE FEDERATIVO REALIZE CIRURGIA DE SUBSTITUIÇÃO DE PRÓTESE, NO PRAZO DE 10 DIAS, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA DE R\$ 1.000,00 (MIL REAIS) OU, DIANTE DA RECALCITRÂNCIA, ARQUE COM O CUSTEIO DO SERVIÇO A SER REALIZADO EM HOSPITAL PARTICULAR. INSURGÊNCIA QUANTO À VALIDADE DE LAUDO MÉDICO DA REDE PARTICULAR QUE SE REVELA CARENTE DE SUBSTRATO JURÍDICO. TODAVIA, EM RELAÇÃO AO PRAZO E AO VALOR DA MULTA, APESAR DE, EM SUA ESSÊNCIA, TER POR ESCOPO A PROMOÇÃO DA EFETIVIDADE DA DECISÃO JUDICIAL, REVELAM-SE, NO CASO CONCRETO, O PRIMEIRO DIMINUTO E O SEGUNDO EXAGERADO, FACE A IDEIA MATRIZ CONCRETIZADORA DOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE: VEDAÇÃO DO EXCESSO. REDUÇÃO DA ASTREINTE AO PATAMAR DE R\$ 500,00, COM A DILAÇÃO DO PRAZO PARA 30 DIAS. FORMULAÇÃO DE PEDIDO SUBSIDIÁRIO NO QUE CONCERNE AO CUSTEIO DO ATENDIMENTO NA REDE PRIVADA SEGUNDO A TABELA DO SUS QUE NÃO MERECE GUARIDA, RECOMENDANDO-SE, ENTRETANTO, A REALIZAÇÃO DE PERÍCIA, COM O OBJETIVO DE APURAR O JUSTO VALOR NESTE PARTICULAR. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

0000071-80.2012.8.19.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO

DES. PATRICIA SERRA VIEIRA - Julgamento: 28/03/2012 -

DECIMA SETIMA CAMARA CIVEL

AGRAVO DE INSTRUMENTO. Impugnação ao cumprimento de sentença em ação de obrigação de fazer. Home care. Excesso de execução. Regularidade na representação processual. Decisão que rejeita a impugnação, fixando a execução em R\$ 323.769,52 (trezentos e vinte e três mil, setecentos e sessenta e nove reais e cinquenta e dois centavos), a título de somatório da condenação por dano moral e das multas diárias por descumprimento de decisão proferida em sede de tutela antecipada. Insurgência da impugnante. Pedido alternativo de exclusão ou redução da multa. A finalidade da multa não é indenizatória, mas coercitiva, visando a justamente quebrar a resistência da parte que não cumpre obrigação que lhe fora imposta. No vertente caso, a agravante não logrou êxito em comprovar o cumprimento da obrigação de fazer determinada liminarmente e confirmada na sentença. Todavia, no que concerne à multa diária, é lícito ao julgador, a qualquer tempo, modificar o seu valor e/ou a sua periodicidade conforme se mostre insuficiente ou excessiva (art. 461, §6º, do CPC). Redução da multa para limitá-la ao montante da condenação principal, em consideração às particularidades do caso concreto e aos critérios da proporcionalidade e da razoabilidade. Precedentes do STJ e deste Tribunal. PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO.

0001435-87.2012.8.19.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO

DES. MILTON FERNANDES DE SOUZA - Julgamento: 06/03/2012 - QUINTA CAMARA CIVEL

OBRIGAÇÃO DE FAZER. COMPARECIMENTO ESPONTANEO. INTIMAÇÃO PESSOAL. DESNECESSIDADE. MULTA DIÁRIA. POSSIBILIDADE DE REDUÇÃO. 1- O ordenamento processual autoriza, como medida coercitiva indireta, a fixação de multa para o caso de descumprimento da obrigação de fazer no prazo determinado (art. 461, § 4º, CPC). 2- A jurisprudência tem considerado imprescindível a intimação pessoal da parte nos termos da decisão mandamental, exigência que não é suprida pela mera publicação da referida medida no Diário Oficial (inteligência da Súmula 410 do STJ). 3- Contudo, o comparecimento espontâneo do devedor demonstrando inequívoca ciência da obrigação, dispensa sua intimação pessoal. 4- De igual forma o ordenamento processual autoriza a fixação de multa para o caso de descumprimento da obrigação de fazer no prazo determinado na decisão, como medida coercitiva indireta. 5- Nesse aspecto, considerada a sua natureza de medida coercitiva indireta com o objetivo de compelir ao cumprimento da obrigação de fazer, o arbitramento final do valor da astreinte exige a proporcionalidade necessária à consecução da sua finalidade e, se constatado o excesso, autoriza a redução do valor inicialmente fixado.

Desta forma, meu voto á para DAR PARCIAL PROVIMENTO A AMBOS OS RECURSOS, para, mantida determinação da sentença, cujo cumprimento será pela ré, vencida, reduzir o montante da punição pecuniária a 10% do que se apurar a partir da data de fls. 389, sendo que, com apoio no art. 84 do CPDC, caso as determinações não sejam cumpridas no prazo de seis meses, contados a partir do trânsito em julgado da decisão, por impossibilidade de materialização da tutela ou de atingimento do resultado imposto, converte-se a obrigação em perdas e danos, desde já, fixados em R\$50.000,00 para cada autor, mantidos os demais consectários da sentença em relação ao dano moral e material e especialmente nas circunstâncias da sistemática de correção e fixação de honorárias , seja pela previsão legal e jurisprudencial, seja pela justeza e razoabilidade.

Rio de Janeiro,

DES. ANTONIO CARLOS ESTEVES TORRES

Para este julgado, vieram declaratórios, rejeitados por unanimidade:

**EMBARGOS DECLARATÓRIOS.
INCONFORMIDADE. NÃO ADMISSÃO DE
CULPA CONCORRENTE. IMPRECISÃO
ESTIMATIVA DE PRAZO PARA
REALIZAÇÃO DE OBRAS.
INALTERABILIDADE DO COMANDO POR
QUALQUER DOS MOTIVOS. AUSÊNCIA
DOS VÍCIOS ENSEJADORES DOS
EMBARGOS DE DECLARAÇÃO.
RECURSO REJEITADO.**

Trata-se de embargos declaratórios, alegando-se que o acórdão de fls. 532/537 pecaria por contradição por, mencionada a inexistência de culpa concorrente, os consectários da sentença teriam que ser modificados (fls.541/542). Já a fls. 544/546, o julgado é acoimado com a tripla pecha de

contraditório, omissivo e obscuro, porque aventava hipótese de obrigação de fazer em bases cronológicas semestrais, sem saber se há possibilidade, criticando o uso do art. 84 do CPC, para o sustento jurídico do comando censurado.

Ao afastar a tese da culpa concorrente, o acórdão amoldou o julgado aos seus dimensionamentos, mantendo o que era de ser mantido e adequando o conjunto indenizatório. Nada mais. Não há contradição.

O ataque ao estilo de metralha do segundo embargo declaratório, na realidade, critica o prazo semestral para a realização de obras parciais, sem que se dê a devida atenção ao permissivo do art. 84, do Código de Defesa do Consumidor, não do CPC, ou mesmo se releia o conjunto de fls.292/294, em que, ao tratar de matéria análoga, prevê, para a integralidade de providência que vão de arruamento, com a indispensável montagem de sistema de coleta de águas pluviais e esgotos, prazo de um ano, o que torna a reprovação em seio de esclarecimento mais uma das razões impeditivas do transcurso processual célere.

Desta forma, não estando presentes as hipóteses previstas no art. 535 do CPC, descabe o manejo dos embargos de declaração para fim nenhum.

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DECLARATÓRIOS EM AGRAVO REGIMENTAL. OMISSÃO NÃO VERIFICADA. PRETENSÃO DE REEXAME DA CAUSA.

I - Os embargos declaratórios não constituem recurso de revisão e, mesmo que manejados para fins de prequestionamento, são inadmissíveis se a decisão embargada não padecer dos vícios que autorizam a sua interposição (obscuridade, contradição e omissão). Na espécie, o embargante, à conta de omissão no decisum, pretende o reexame da matéria já decidida.

II - In casu, a decisão embargada consignou que a apreciação do recurso especial encontraria óbice nos enunciados nºs 284/STF e 126/STJ. Dessa forma, não há que se falar em omissão, no que se refere à matéria de mérito, no decisum que sequer ultrapassou o juízo de admissibilidade. Embargos declaratórios rejeitados. (EDcl no AgRg no REsp 793659/PB, Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJ 01/08/2006)

2008.001.65776 - APELACAO

DES. ELISABETE FILIZZOLA - Julgamento: 28/01/2009 - SEGUNDA CAMARA CIVEL

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO.
PREQUESTIONAMENTO. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO,
CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE NO ACÓRDÃO.

PRETENSÃO DE REEXAME DO JULGADO. DESCABIMENTO. Ao contrário do sustentado pela embargante, inexistente qualquer omissão, obscuridade ou contradição a ser sanada, uma vez que a decisão recorrida examinou os argumentos contidos no recurso interposto, estando suficientemente fundamentada. Na verdade, a pretexto de ocorrência de omissão, obscuridade ou contradição pretende o embargante instaurar uma nova discussão sobre questões já decididas. O simples fato de não concordar o embargante com a decisão final proferida ou de divergir dos fundamentos por ela adotados, não lhe autoriza a manejar os embargos declaratórios, haja vista que o referido recurso só tem cabimento nos estritos termos do art. 535 do CPC. Não tendo sido demonstrada qualquer omissão, contradição ou obscuridade na decisão embargada, impõe-se a rejeição dos declaratórios. REJEIÇÃO DOS EMBARGOS.

2008.002.38525 - AGRAVO DE INSTRUMENTO

DES. JESSE TORRES - Julgamento: 28/01/2009 - SEGUNDA CAMARA CIVEL

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. Intenção modificativa e pré-questionadora da embargante, que não aponta contradição, omissão ou obscuridade, configura pretexto para reabrir a análise de matéria examinada e decidida quanto à incompetência da Justiça estadual para conhecer de ação indenizatória de DPVAT, cuja autora é domiciliada em outro Estado. Inviável o reexame meritório em sede declaratória, para atender a interpretação divergente da recorrente, que pretende novo julgamento. Embargos desprovidos.

Assim, porque ausentes as hipóteses do art. 535 do CPC, meu voto é pela **REJEIÇÃO DOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS**, mantido o acórdão em todos os seus termos.

Voltam os inconformados com novos declaratórios, com elementos desgarrados da sequência fatural e técnica

**EMBARGOS
INCONFORMIDADE.
FUNDAMENTAÇÃO PARA O AFASTAMENTO DA
CULPA CONCORRENTE. RESPONSABILIDADE
DOS ÓRGÃOS TÉCNICOS LICENCIADORES.
COMUNIDADES IRREGULARES SEM
REPRESSÃO. CRÍTICA À EXPRESSÃO ESTILO
METRALHA. EXCESSO DA ASTREINTE. FALTA
DE FUNDAMENTAÇÃO DOS BALIZADORES.
OMISSÃO QUANTO AO TERMO INICIAL DA
DECLARATÓRIOS.
FALTA DE**

MULTA, DA CORREÇÃO MONETÁRIA E DOS JUROS. DUPLA PENALIZAÇÃO: MULTA E CONVERSÃO OBRIGACIONAL EM INDENIZAÇÃO. OBRIGAÇÃO NÃO FUNDAMENTADA DE ADENTRAR ÁREAS PÚBLICAS. TODOS OS ASPECTOS CONSISTENTES NA FUNDAMENTAÇÃO RECURSAL JÁ FORAM TRATADOS E RESPONDIDOS *AD NAUSEAM*. AUSÊNCIA DOS VÍCIOS ENSEJADORES DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO REJEITADO.

Os embargos declaratórios estão baseados nos seguintes pontos:

- 1 - Falta de fundamentação para o afastamento da culpa concorrente;
- 2 – responsabilidade dos órgãos técnicos licenciadores ;
- 3 – comunidades irregulares sem repressão;
- 4 – crítica à expressão estilo metralha;
- 5- excesso da astreinte — falta de fundamentação dos balizadores (bis in idem);
- 6 – falta de termo inicial da multa, da correção monetária e dos juros — omissão;
- 7 – dupla penalização: multa e conversão obrigacional em indenização;
- 8 – obrigação não fundamentada de adentrar áreas públicas.

Este episódio, que aguça o universo da compreensão do julgador, já estamos no multiplicar de tentativas de esclarecimentos , com todo o respeito que as dificuldades interpretativas inoculam veneno na fórmula judicial, está cercado por três fatores que entram em combate: incide sobre o caso o direito do consumidor pelo art. 17, do CDC; dentro dos escaninhos administrativos o embargante cumpriu as determinações oficiais, e a avalanche social das comunidades carentes, irregulares protagonistas de épocas de enchente. Nesta data é só ler os jornais sobre os acontecimentos de da região serrana do Estado.

Como vimos acima, todos os aspectos consistentes na fundamentação recursal já foram tratados e respondidos *ad nauseam*;

Alguma outra prova que tivesse de ser produzida, deveria tê-lo sido pelo embargante. Repetir, repetir, repetir argumentos que desafiam recurso próprio é metralha. É metralha quando não há ponto obscuro algum; é metralha na circunstância de inexistência de contraditório, e é metralha porque não se omitiu coisa alguma.

Nesta circunstância, o vocábulo está devidamente aplicado, valendo transcrever a definição dada pelo Moderno Dicionário da Língua Portuguesa - Michaelis: “conjunto de recursos tendentes ao mesmo fim”.⁴

Repita-se, não há contradição, não há omissão e não há obscuridade, o intento repetitivo deve ser lançado às instâncias do recurso que couber, nunca embargos declaratórios que já tangenciam, perigosamente, o terreno da litigância de má-fé.

Ausentes, pois, resquícios de omissão, contradição ou obscuridade, a repetição de argumentos ingressa irremediavelmente nas sendas recursais adequadas, no caso inconformidades aos Tribunais Superiores, já que, como se demonstrou, até matéria preclusa volta ao cenário do pleito. A jurisprudência, na hipótese de omissão, contradição ou obscuridade, tem admitido a alteração de julgados, para adequá-los à realidade da vida.

Entretanto, o “... Tribunal deverá impedir a fraude processual, a colusão ou qualquer outra conduta ilícita ou dilatória. Os atos processuais, em virtude do dito imperativo, deverão ser lícitos, pertinentes e úteis...” (p. 9) Esta forma de pensar integra a importante obra *Abuso de los Derechos Procesales en America Latina*⁵, sob coordenação de José Carlos Barbosa, de que se recolhe que a “... noção de abuso trabalha sobre distintos

⁴ MICHAELIS: **Moderno Dicionário da Língua Portuguesa**, São Paulo: Companhia Melhoramentos, 1998, p. 1369.

⁵ *Abusos dos direitos processuais* /coordenador, José Carlos Barbosa Moreira; Francisco Ramos Médez [et al.]. – Rio de Janeiro: Forense, 2000, 1ª edição. Relatórios Ibero-americanos apresentados ao simpósio da Associação Internacional de Direito processual, realizado em New Orleans, em outubro de 1998. ISBN 85-309-0898-8

aspectos nos quais os instrumentos processuais são empregados de forma disfuncional” (p. 31).

E para que não se renove a pecha do cerceamento, leia-se na mesma grande obra (p. 111).

O direito de demandar e de defender-se cabe sempre a qualquer pessoa, de sorte que tal direito, em si, nunca é abusivo. [...] em outros termos, a teoria do abuso de direito processual não nega o permanente direito que a todos assiste de demandar ou defender-se, “senão apenas visa evitar que o exercício de tal direito seja abusivo”.

O recorrente não leu ou ouviu coisa alguma sobre fraude ou dolo; temeridade; simulação. Para este caso, o que está a impedir o curso processual dentro de sua normalidade, é a emulação, “... abuso de direito processual quando representa a prática de atos “sem utilidade”... o erro grosseiro... inescusável... desatenção expressa à letra de lei...” (pag.96)”. O art. 535, do CPC, como se retira da jurisprudência dominante:

2010.001.06069 - APELACAO

DES. CELSO PERES - Julgamento: 04/03/2010 - DECIMA CAMARA CIVEL

Embargos Declaratórios. Não há omissão, contradição ou obscuridade quando o aresto alvejado apresenta de forma fundamentada as razões de sua decisão, manifestando-se sobre todas as questões que lhe foram submetidas na apelação. Impossibilidade de se utilizar a presente via para efeitos de prequestionamento. Precedente desta Corte Estadual. Aplicabilidade da Súmula nº52 do TJRJ. Recurso improvido.

2003.001.09063 - APELACAO

DES. CARLOS EDUARDO PASSOS - Julgamento: 03/03/2010 - SEGUNDA CAMARA CIVEL

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. Prequestionamento. Inocorrência de omissão. Recurso desprovido.

2009.001.52730 - APELACAO

DES. MONICA TOLLEDO DE OLIVEIRA - Julgamento: 03/03/2010 - QUARTA CAMARA CIVEL

Contrato de Consórcio. Os embargos de declaração, ainda que opostos com o mero fim de prequestionamento, são cabíveis

somente nas hipóteses do art. 535, incs. I e II, do CPC. Inocorrência de omissão, contradição ou obscuridade no acórdão recorrido. Desprovimento do recurso.

2009.001.54052 - APELACAO

DES. AGOSTINHO TEIXEIRA DE ALMEIDA FILHO - Julgamento: 03/03/2010 - VIGESIMA CAMARA CIVEL

Embargos de Declaração. Alegação de contradição e de omissão, para fins de prequestionamento. A contradição deve existir intrinsecamente, no bojo do acórdão, entre seus próprios termos. É desnecessária a manifestação expressa sobre todos os dispositivos legais invocados pela parte, máxime quando já há razões suficientes para embasar a decisão. Vícios não configurados. Declaratórios que, na verdade, buscam a reforma do julgado. Desprovimento do recurso.

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DECLARATÓRIOS EM AGRAVO REGIMENTAL. OMISSÃO NÃO VERIFICADA. PRETENSÃO DE REEXAME DA CAUSA.

I - Os embargos declaratórios não constituem recurso de revisão e, mesmo que manejados para fins de prequestionamento, são inadmissíveis se a decisão embargada não padecer dos vícios que autorizam a sua interposição (obscuridade, contradição e omissão). Na espécie, o embargante, à conta de omissão no decisum, pretende o reexame da matéria já decidida.

II - In casu, a decisão embargada consignou que a apreciação do recurso especial encontraria óbice nos enunciados nºs 284/STF e 126/STJ. Dessa forma, não há que se falar em omissão, no que se refere à matéria de mérito, no decisum que sequer ultrapassou o juízo de admissibilidade. Embargos declaratórios rejeitados. (EDcl no AgRg no REsp 793659/PB, Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJ 01/08/2006)

0003583-91.2006.8.19.0029 (2008.001.23803) - APELACAO

DES. ISMENIO PEREIRA DE CASTRO - Julgamento: 19/05/2010 - DECIMA QUARTA CAMARA CIVEL
EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PREMISSA EQUIVOCADA. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. INEXISTÊNCIA. INCONFORMISMO COM O JULGADO. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA DE MÉRITO. IMPOSSIBILIDADE. INFRINGÊNCIA AO ART. 535 DO CPC. PREQUESTIONAMENTO. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. DESPROVIMENTO DO RECURSO.

2008.001.65776 - APELACAO

DES. ELISABETE FILIZZOLA - Julgamento: 28/01/2009 - SEGUNDA CAMARA CIVEL
EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PREQUESTIONAMENTO. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE NO ACÓRDÃO. PRETENSÃO DE REEXAME DO JULGADO. DESCABIMENTO. Ao contrário do sustentado pela embargante, inexistente qualquer omissão, obscuridade ou contradição a ser sanada, uma vez que a decisão recorrida examinou os argumentos contidos no recurso interposto, estando

suficientemente fundamentada. Na verdade, a pretexto de ocorrência de omissão, obscuridade ou contradição pretende o embargante instaurar uma nova discussão sobre questões já decididas. O simples fato de não concordar o embargante com a decisão final proferida ou de divergir dos fundamentos por ela adotados, não lhe autoriza a manejar os embargos declaratórios, haja vista que o referido recurso só tem cabimento nos estritos termos do art. 535 do CPC. Não tendo sido demonstrada qualquer omissão, contradição ou obscuridade na decisão embargada, impõe-se a rejeição dos declaratórios. **REJEIÇÃO DOS EMBARGOS.**

2008.002.38525 - AGRAVO DE INSTRUMENTO

DES. JESSE TORRES - Julgamento: 28/01/2009 - SEGUNDA CAMARA CIVEL

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. Intenção modificativa e pré-questionadora da embargante, que não aponta contradição, omissão ou obscuridade, configura pretexto para reabrir a análise de matéria examinada e decidida quanto à incompetência da Justiça estadual para conhecer de ação indenizatória de DPVAT, cuja autora é domiciliada em outro Estado. Inviável o reexame meritório em sede declaratória, para atender a interpretação divergente da recorrente, que pretende novo julgamento. Embargos desprovidos.

A reabertura da chance de conserto do que possa haver de equívoco administrativo significa, para quem dá plenamente cumprimento ao art. 84 do Código de Defesa do Consumidor, que, enquanto não houver descumprimento da determinação, não há multa e, observada a impossibilidade, expressa e efetivamente demonstrada, do conserto deflagra-se a situação indenizatória, ainda sem multa.

Neste cenário de incongruências e dificuldades, o máximo que se pode fazer e já foi feito, fora reduzir o custo que o embate social impingiu ao embargante.

Assim, porque ausentes as hipóteses do art. 535 do CPC, meu voto é pela **REJEIÇÃO DOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS**, mantido o acórdão em todos os seus termos.

Rio de Janeiro, 27.03.2013.

ANTONIO CARLOS ESTEVES TORRES