

VOTO Nº: 7.035

APELAÇÃO Nº: 795.164.5/0-00

COMARCA: CAPITAL

APELANTE: PAULO ROBERTO BESKOW

APELADA: FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Responsabilidade civil - Ação de indenização por danos morais - Tortura - Atribuição de responsabilidade ao Poder Público Estadual – Regime da prescrição – Imprescritibilidade – Observação que se faz sobre o caso concreto – Indenização já paga administrativamente – Pedido de majoração – Prescrição, agora, regida pelo Decreto Federal 20.910/32 – Inocorrência – Decreto de prescrição afastado - Recurso provido.

Responsabilidade civil - Ação de indenização por danos morais - Tortura - Indenização já paga administrativamente – Pedido de majoração - Critério para se fixar o valor – Recurso provido.

Paulo Roberto Beskow ajuizou ação contra Fazenda do Estado de São Paulo porque, perseguido político a partir de 1.967 até 1.987, foi preso, torturado e até impedido de continuar curso de Economia na Universidade de São Paulo, situação reconhecida pela ré tanto que, com base na Lei Estadual 10.726/01, foi-lhe deferida indenização no importe de R\$ 22.000,00.

Por entender ser caso de indenização infinitamente mais alta do que a concedida administrativamente, ajuizou esta ação em que, reconhecida a prescrição argüida pela ré, deu-se extinção do processo a termo do art. 269, III, do Código de Processo Civil.

Recorre o autor para, afastado aquele decreto, ser procedente seu pedido indenizatório. Recurso bem processado, respondido a fls. 188/194.

É o relatório.

Antes do mais, observo ser de todo desnecessário dissertar sobre quão abjeto, ignóbil, ignominioso, repulsivo e mesmo odioso é todo e qualquer ato de tortura.

Também não é caso de disputa sobre terem ocorrido os absurdos sofrimentos físico, emocional, mental, intelectual, moral, psíquico, psicológico, do que, por evidente e óbvio, resultaram danos morais constitucionalmente indenizáveis.

No entanto, e por incrível que parecer possa, a ré quis negar as ocorrências descritas na petição inicial (cf. fls. 135, sob epígrafe Da Falta de Nexo de Causalidade).

É certo haver situações em que **noblesse oblige**, mas também é de bom alvitre tomar como certo que **summum jus summa injuria**.

É que essa negativa não tem o menor sentido, pois se instaurou expediente administrativo, em conformidade com a Lei Estadual 10.726/01, e a Comissão Especial opinou pelo deferimento do pedido feito pelo autor *de reconhecimento da situação de ex-preso político torturado no Estado de São Paulo entre 31 de março de 1.964 e 15 de agosto de 1.979*.

Esse expediente, entranhado nos autos, culminou com parecer favorável ao autor, atribuída a ele indenização no valor de R\$ 22.000,00, a justificar ofício do Sr. Secretário da Justiça e da Defesa da Cidadania, endereçado ao Governador do Estado, no sentido da *adoção das providências necessárias para efetivar o imediato pagamento* (daquele valor), como se vê a fls. 113/114.

É certo terem sido trazidas matérias outras pela ré. Ao contestar, advertiu sobre ocorrência prescricional, considerado o prazo do Decreto 20.910/32, porque os fatos aconteceram há mais de 30 anos e a ação foi proposta apenas em 18 de maio de 2.007.

Também argüiu falta de interesse de agir e trouxe para disputa o instituto nominado **supressio**, pelo qual entende esvanecido o direito propugnado pelo autor.

Como será afastada a prescrição, embora reconhecida no I. Juízo de origem, necessário será analisar todos esses outros pontos, daí a observação já feita sobre eles.

A disputa, repito, não é de haver indenização, mas sim de se elevar o valor fixado na esfera administrativa.

Ponho a limpo.

Embora a petição inicial seja um tanto falha sob o aspecto da dogmática processual, o inconformismo do autor é pelo montante da indenização deferida, a ser infinitamente mais alta, como lá constou.

Dir-se-á ter havido expressa referência na réplica sobre ser pretendido *nestes autos reparação pelos terríveis danos morais*, que não se confundiria com o valor deferido administrativamente, ainda não pago (cf. fls. 145/146). Dir-se-á, ainda, haver na petição inicial e na réplica minudente descrição de quanto se impôs de violência ao autor, mas, ainda assim, e por se cuidar essa narrativa dos fatos formadores da causa de pedir remota, não vejo como possível ir além da causa de pedir próxima, a fixação de indenização ao autor em R\$ 22.000,00.

Assim entendo por também não ser possível aceitar a verdadeira emenda à petição inicial vinda com a réplica, já ocorrente a angularização processual.

Então, nem cabe disputa sobre prescritibilidade, ou imprescritibilidade, por decurso de mais de 30 anos, como aventou a Fazenda do Estado. A análise, agora, é sob o regime do Decreto Federal 20.910/32.

O inconformismo do autor, razão de ter vindo com esta ação, não é por nunca ter havido indenização, mas sim porque, tendo havido, não satisfaz sua pretensão (aqui já se esbarra nas alegadas falta de interesse de agir e **supressio**).

Afasto o decreto prescricional e a questão, aqui, é objetiva, é cronológica.

O direito em disputa, que teria nascido com o advento da referida Lei 10.726/01, foi exercido com o já mencionado requerimento feito pelo autor e a própria Administração o reconheceu por ato do Excelentíssimo Governador do Estado publicado em 11 de dezembro de 2.004 (fls. 116/118). Eis o termo inicial para prescrição.

Como a ação foi proposta antes do quinquênio a que se refere o Decreto Federal 20.910/32, não houve prescrição, por qualquer ângulo que se a analise.

Cuida-se, em verdade, e se assim fosse possível nominar, e como já consignei, de verdadeira ação revisional de indenização, motivo a afastar qualquer disputa sobre causas interruptivas ou suspensivas do lapso prescricional, que, na forma dos artigos 8º e 9º do referido decreto, poderia levar a contagem prescricional pela metade daquele quinquênio.

Respeitado o entendimento **a quo** e a tese da ré, não era, como não é, caso de ser reconhecida a prescrição, motivo pelo qual afasto o decreto de extinção deste processo e, na forma do artigo 515 do Código de Processo Civil, prossigo no julgamento.

Já foi escrito que a Administração reconheceu o autor dentre aqueles presos políticos com direito a indenização por ter sofrido tortura na prisão.

Cumpre saber se o autor tem direito a ver elevado o valor reconhecido pelo Estado de São Paulo, matéria impugnada pela recorrida como ausência de interesse de agir.

Dá-se que a decisão da Comissão Especial criada pela Lei Estadual 10.726/01, ao menos não houve documento posto nos autos, não indicou qual o critério para a fixação daquele valor (R\$ 22.000,00).

Note-se que o art. 7º da referida lei dispõe: *as indenizações não serão superiores a R\$ 39.000,00, nem inferiores a R\$ 3.900,00, e para sua fixação serão considerados os resultados lesivos, na seguinte ordem decrescente de gravidade: I- invalidez permanente ou morte; II- transtornos psicológicos; III- invalidez parcial; IV- outras lesões.*

Não se vê nesse diploma gradação ou dosagem entre os valores e à míngua de informações documentais, ou mesmo de indicação pela ré, tem-se possibilidade dentro dos parâmetros maior e menor previstos na lei de se elevar o valor. É o que constou na petição inicial: que a indenização seja *infinitamente mais alta*.

Como o infinito é infinito (**sic**), e isso não se adequa ao rigorismo processual que exige pedido certo, limita-se o pedido ao permitido na própria lei como valor máximo, R\$ 39.000,00.

Então, é caso de rejeição da denúncia de falta de interesse de agir.

Já decidi sobre prescrição, o que poderia, numa penada, pôr fim também ao tema **supressio**. Afinal, o que não está prescrito, prescrito não está e está latente, em vigor.

Percebo ter havido certo equívoco da Fazenda do Estado ao argüir esse tema, tanto que não se cuida de direito que não mais possa ser exercido. Melhor considerar que não deveria ser exercido.

Vem a pêlo texto machadiano, dos mais célebres, que tem boa cabida para se analisar a matéria também um pouco, pequeno tanto, fora do jurídico.

É a pungente passagem O Almocreve, capítulo XXI das Memórias Póstumas de Brás Cubas. Para quem se esqueceu ou para quem não a conhece, ei-la:

Vai então, empacou o jumento em que eu vinha montado; fustiguei-o, ele deu dous corcovos, depois mais três, enfim mais um, que me sacudiu fora da sela, com tal desastre, que o pé esquerdo me ficou preso no estribo, tento agarrar-me ao ventre do animal, mas já então, espantado, disparou pela estrada fora. Digo mal: tentou disparar, e efetivamente deu dous saltos, mas um almocreve, que ali estava, acudiu a tempo de lhe pegar na rédea e detê-lo, não sem esforço nem perigo. Dominado o bruto, desvencilhei-me do estribo e pus-me de pé.

--Olhe do que vosmecê escapou, disse o almocreve.

E era verdade; se o jumento corre por ali fora, contundia-me deveras, e não sei se a morte não estaria no fim do desastre; cabeça partida, uma congestão, qualquer transtorno cá dentro, lá se me ia a ciência em flor. O almocreve salvara-me talvez a vida; era positivo; eu sentia-no no sangue que me agitava o coração. Bom almocreve! enquanto eu tornava à consciência de mim mesmo, ele cuidava de consertar os arreios do jumento, com muito zelo e arte. Resolvi dar-lhe três moedas de ouro das cinco que trazia comigo; não porque tal fosse o preço da minha vida,-- essa era inestimável; mas porque era uma recompensa digna da dedicação com que ele me salvou. Está dito, dou-lhe as três moedas.

--Pronto, disse ele, apresentando-me a rédea da cavalgadura.

-- Daqui a nada, respondi; deixa-me, que ainda não estou em mim. . .

--Ora qual!

--Pois não é certo que ia morrendo?

--Se o jumento corre por aí fora, é possível; mas, com a ajuda do Senhor, viu vosmecê que não aconteceu nada.

Fui aos alforjes, tirei um colete velho, em cujo bolso trazia as cinco moedas de ouro, e durante esse tempo cogitei se não era excessiva a gratificação, se não bastavam duas moedas. Talvez uma. Com efeito, uma moeda era bastante para lhe dar estremeções de alegria. Examinei-lhe a roupa; era um pobre-diabo, que nunca jamais vira uma moeda de ouro. Portanto, uma moeda. Tirei-a, vi-a reluzir à luz do sol; não a viu o almocreve, porque eu tinha-lhe voltado as costas; mas suspeitou-o talvez, entrou a falar ao jumento de um modo significativo; dava-lhe conselhos, dizia-lhe que tomasse juízo, que o "senhor doutor" podia castigá-lo; um monólogo paternal. Valha-me Deus! até ouvi estalar um beijo: era o almocreve que lhe beijava a testa.

--Olé! exclamei.

-- Queira vosmecê perdoar, mas o diabo do bicho está a olhar para a gente com tanta graça...

Ri-me, hesitei, meti-lhe na mão um cruzado em prata, cavalguei o jumento, e segui a trote largo, um pouco vexado, melhor direi um pouco incerto do efeito da pratinha. Mas a algumas braças de distância, olhei para trás, o almocreve fazia-me grandes cortesias, com evidentes mostras de contentamento. Adverti que devia ser assim mesmo; eu pagara-lhe bem, pagara-lhe talvez demais. Meti os dedos no bolso do colete que trazia no corpo e senti umas moedas de cobre; eram os vinténs que eu devera ter dado ao almocreve, em lugar do cruzado em prata. Porque, enfim, ele não levou em mira nenhuma recompensa ou virtude, cedeu a um impulso natural, ao temperamento, aos hábitos do ofício; acresce que a circunstâncias de estar, não mais adiante nem mais atrás, mas justamente no ponto do desastre, parecia constituí-lo simples instrumento da Providência; e de um ou de outro modo, o mérito do ato era positivamente nenhum. Fiquei desconsolado com esta reflexão, chamei-me pródigo, lancei o cruzado à conta das minhas dissipações antigas; tive (por que não direi tudo?) tive remorsos.

Como assim?

Até o advento da Lei Estadual 10.726 não havia a indenização. Vinda pelo decreto do Senhor Governador, foi achada irrisória pelo autor, que ajuizou esta ação para ser levada a valor muito maior.

Para o Estado, exacerbado valor; para o ofendido, irrisório valor. Remorso pelo valor, ambos estão a sentir. Remorso pela tortura? Não é matéria para se cuidar aqui, convenha-se. Tampouco devem ser tratadas mesquinhez ou mesquinharia, latentes também no texto machadiano, pois aí seria adentrar seara não permitida ao juiz.

Não havia a indenização, mas, também é para se convir, havia o direito de ação, só exercido a partir dos R\$ 22.000,00 prometidos.

E não se fale em **supressio**, mas sim em **surrectio**, que esta vem em prol do autor, enquanto aquela em nada favorece a ré e tampouco desfavorece o apelante. Resvala-se, ainda, por instituto outro, como se verá adiante.

Supressio, Verwirkung da doutrina alemã, não exclui direito, mas pode reduzir obrigação se uma das partes exercer direito ou faculdade de forma diversa, a ponto de criar diferente expectativa por parte da outra.

É o que veio em excerto de v. acórdão trazido pela própria ré: verifica-se a **supressio** quando, pelo modo como as partes vêm se comportando ao longo da vida contratual, certas atitudes que poderiam ser exigidas originalmente passam a não mais poderem ser exigidas na sua forma original (sofrem uma minoração), por ter se criado uma expectativa de que aquelas disposições iniciais não seriam exigidas daquela forma inicialmente prevista¹.

Seria a supressão, por redução, de determinado direito ou faculdade, como leciona Judith Martins Costa: *por igual atua a boa-fé como limite ao exercício de direitos subjetivos nos casos indicados sob a denominação de 'supressio'. Segundo recente acórdão do Tribunal de Justiça do RS, esta 'constitui-se em limitação ao exercício de direito subjetivo que paralisa a pretensão em razão da boa-fé objetiva'. Exige-se, para a sua configuração, "(I) o decurso de prazo sem exercício do direito com indícios objetivos de que o direito não mais seria exercido e (II) desequilíbrio, pela ação do tempo, entre o benefício do credor e o prejuízo do devedor". Diferentemente da 'supressio', que indica o encobrimento de uma pretensão, coibindo-se o exercício do direito em razão do seu não exercício, por determinado período de tempo, com a conseqüente criação da legítima expectativa, à contraparte, de que o mesmo não seria utilizado, outra figura, a 'surrectio', aponta para o nascimento de um direito como efeito, no tempo, da confiança legitimamente despertada na contraparte por determinada ação ou comportamento. Assim ocorreu ao examinar-se lide decorrente de contrato de locação, que previa a rescisão unilateral, mediante prévio aviso de 60 (sessenta) dias à contraparte, por carta protocolada que expressasse o poder extintivo da denúncia contratual, contemplando, outrossim, a possibilidade de renovação do contrato, desde que, por meio de carta protocolada, a parte interessada assim expressasse sua vontade com antecedência mínima de 60 (sessenta) dias. Por um período superior a 12 (doze) anos, as partes vinham prorrogando a avença, sempre mediante o recurso à formalidade do envio de cartas. Em certa ocasião, contudo, em resposta ao pedido de prorrogação feita pelo locatário, respondeu a locadora que não pretendia renová-lo. O debate centrou-se na argumentação, do lado do locatário, do "direito à automaticidade" da prorrogação; de outro, por parte da locadora, da legitimidade de sua pretensão a resilir a avença. A decisão, embora considerando caber razão à locadora, no sentido da inocorrência da 'automaticidade' da prorrogação contratual, uma vez terem as partes sempre observado o requisito da forma contratualmente prevista, entendeu, porém, obstado o poder formativo extintivo de rescisão (denúncia contratual), apontando, conseqüentemente, ao nascimento do direito à prorrogação pelo fato de, no período imediatamente anterior ao 'dies ad quem' do prazo contratual, ter a locadora imposto ao locatário a realização de despesas com reformas no prédio, levando-o a acreditar que não romperia, inopinadamente, uma tradição de 12 (doze) anos no sentido da continuidade da relação contratual. Nos fundamentos do*

¹ Cf. fls. 136: Agravo de Instrumento nº 70010323012, Décima Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Raupp Ruschel, julgado em 22/11/2004.

*acórdão está o princípio da boa-fé objetiva, como proteção à confiança traída. Esses exemplos são suficientes, no meu entender, para demonstrar como vem a jurisprudência brasileira construindo a normatividade do princípio da boa-fé objetiva como norma reitora da proteção da confiança, da colaboração e da consideração com os interesses alheios que presidem a relação obrigacional*².

Afastada a idéia de ser maçante, o texto é marcante.

Perceba-se vir tratado também o tema **surrectio**, mas convém observar cuidar-se de situações com melhor cabida em obrigação contratual, não naquelas situações extra-contratuais, como se dá no caso em análise, nada obstante alguém entenda possível nestas, por decurso de prazo sem exercício do direito com indícios objetivos de que o direito não mais seria exercido.

Não se tem idéia sobre que prazo haveria de decorrer e, para quem assim entenda, com a devida vênia, temos situação outra, **venire contra factum proprium**, mas nada se demonstrou sobre ter o autor agido alguma vez de molde a mostrar que jamais reclamaria indenização pela estupidez que lhe infligiram, como descrito na petição inicial e, repito, já aceito administrativamente.

Com apoio em Menezes Cordeiro, Nery Júnior e Rosa Nery ensinam que a *locução 'venire contra factum proprium' traduz o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente pelo exercente*³.

Inexiste anterior comportamento do autor a gerar alguma ou qualquer expectativa na Administração, mesmo com o requerimento que ele fez para ter a indenização naquela esfera, pois não poderia supor, antes, de quanto seria o valor a ser recebido.

Não se pode vislumbrar conduta contraditória, mas sim, e bem diferente, vislumbra-se lesão de direito, autorizante do exercício do direito de ação -afasto de novo a denúncia de falta de interesse de agir-.

Volvendo, agora, à referência acerca de **surrectio**, tem-se situação jurídica em favor do autor, pois, ao contrário da **supressio**, amplia-se a obrigação.

² Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2003, págs. 217-219.

³ Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery. Código Civil Anotado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, pág. 236.

Para caracterizar essa situação, são necessários três requisitos: *exige-se um certo lapso de tempo, por excelência variável, durante o qual se atua uma situação jurídica em tudo semelhante ao direito subjetivo que vai surgir; requer-se uma conjunção objectiva de factores que concitem, em nome do Direito, a constituição do novo direito; impõe-se a ausência de previsões negativas que impeçam a surrectio*⁴.

Desses institutos, como visto, teria proveito apenas a **surrectio**, aqui analisada porque, é possível concluir da lição da Professora Maria Judith, esta pode surgir quando não se dá a **supressio**.

A atitude da Administração, seja pela edição da Lei 10.726, seja pelo decreto governamental, autorizou o autor concluir pela possibilidade de ampliação do conteúdo obrigacional da ré, que criou expectativa de direito.

Como visto, tudo a ver com O Almocreve, só que os contornos aqui estão limitados pelas chamadas condições da ação, de todo presentes.

Não ocorre prescrição, inexistente aplicação da **supressio**, ocorre interesse de agir e, como considerei sobre **surrectio**, conclui-se pelo cabimento do pedido e só resta saber em que medida deverá ser fixada a indenização, ou melhor, a quanto se elevar a indenização já devida pela Fazenda do Estado –consta na réplica ainda não ter havido o pagamento-.

Dentro dos limites propostos pelas partes, não vejo equívoco em lei fixar o **quantum** indenitário, ainda que sobre indenização por danos morais, como se debuxa do art. 7º, II e IV da Lei 10.726.

Dir-se-á estar o algoz fixando sua pena ao impor indenização tarifada, mas não se vê ferimento ao preceito de se indenizar dano moral (Constituição Federal, art. 5º, X), nem se tem notícia de declaração de inconstitucionalidade da referida lei estadual, além do que, em repetição, o limite do pedido veio imposto na petição inicial.

Não vejo, pois, como ir além dos R\$ 39.000,00, mas também não é caso de se ficar aquém desse valor. Importa observar não haver invasão da atuação do Executivo na edição da lei, que é respeitada, nem da discricionariedade da Comissão que fixou a indenização em R\$ 22.000,00, que, também em repetição, não indicou que critérios houve para a fixação abaixo do teto.

⁴ Antônio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro - Da Boa Fé no Direito Civil, Livraria Almedina – Coimbra – 1.984, vol. II, pág. 821/822

Apenas amolda-se o caso concreto ao regime legal.

Entendo ser caso de provimento do recurso e, pelo meu voto, afasto o decreto de prescrição para julgar procedente a ação. Fixo o valor da indenização em R\$ 39.000,00, nos termos da Lei Estadual 10.726/01, mas, compensados os R\$ 22.000,00 deferidos na esfera administrativa, resulta na condenação da Fazenda do Estado em R\$ 17.000,00. Esse valor é considerado para a data em que a lei passou a vigor e terá correção monetária desde então, pela tabela prática elaborada de acordo com a jurisprudência dominante do E. Tribunal de Justiça, contados juros moratórios de 1% ao mês desde a citação, a termo do art. 406 do Código Civil.

Pela sucumbência, a ré reembolsará eventuais despesas adiantadas pelo autor e pagará honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor atualizado da condenação.

Dou provimento ao recurso.

BORELLI THOMAZ

Relator