

vez de um benefício. E como resolver o problema daquele que, interdito no estrangeiro, haja sido trazido para o Brasil por seu curador, que aqui fixou domicílio? Logicamente, de acordo com a tese mais rigorosa, precisaria, na hipótese de cura, regressar ao país de origem, para tentar recuperar sua capacidade. Poderia até acontecer que a Justiça desse país se declarasse incompetente, pelo fato de ser ele domiciliado no Brasil, caso em que o infeliz, apesar de restabelecido, jamais conseguiria liberar-se da curatela. . . Estaria condenado a morrer incapaz — situação kafkiana, que nem ao próprio KAFKA parece ter ocorrido!

6. Na espécie, o interdito reside com o pai, embora seja a mãe a curadora. Do ponto-de-vista da competência, a circunstância em nada influi, pois também nesta cidade tem domicílio a mãe. Se o pai está legitimado ou não para requerer o levantamento é outra questão, que não cabe examinar aqui. Neste ensejo, apenas o problema da competência requer solução.

À vista do exposto, o melhor consiste, *data venia*, em reconhecer competente o órgão local. Daí o provimento do agravo, para reformar-se a decisão pela qual o MM. Dr. Juiz a quo declinou da competência para o Juízo da 1ª Vara da Comarca de Guaratinguetá.

Rio de Janeiro, 23 de outubro de 1979

Des. Julio Alberto Alvares
Presidente

Des. J.C. Barbosa Moreira
Relator

Ciente:

Rio de Janeiro, 30 de outubro de 1979

Mariza C. Villela Perigault
Procuradora da Justiça em exercício

EMBARGOS INFRINGENTES NA APELAÇÃO CÍVEL Nº 6277

4º GRUPO DE CÂMARAS CÍVEIS

Embargante : Estado do Rio de Janeiro
Embargadas : 1 — Curadoria da Fazenda; 2 — Nailde Joana Ferreira Santos
Relator : Des. Vivalde Couto (designado para o acórdão)

Falta ao Ministério Público, quando funciona como fiscal da lei, interesse em recorrer da decisão que trata de direito disponível. A entidade de direito público interna é responsável objetivamente pelos danos decorrentes do mau atendimento médico nos hospitais que ela mantém. Embargos Infringentes que, em parte, são acolhidos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos Infringentes na Apelação Cível nº 6277, em que é embargante o Estado do Rio de Janeiro e embargados 1 — Curadoria da Fazenda; 2 — Nailde Joana Ferreira Santos.

COMENTÁRIO

Ministério Público: Interesse em recorrer no Processo Civil

1. O vigente Código deu melhor sistemática, mas não alterou a doutrina anterior no tocante às funções do Ministério Público no processo civil. Desde que expressamente autorizado por lei, pode atuar sob três qualidades:

a) **Parte processual** (CPC, art. 81), quando se coloca em um dos pólos da relação litigiosa, pleiteando: com legitimação ordinária, se age por direito próprio, defendendo o interesse geral como órgão **pro populo** (v.g., nulidade de casamento; declaração de inconstitucionalidade, dissolução de sociedade civil); ou com legitimação extraordinária (substituto processual), se defende direito alheio (v.g., curador *ad litem*).

b) **Fiscal da lei** (CPC, art. 82), quando intervém em posição neutra, simplesmente opinando em face de uma pretensão (nos procedimentos de jurisdição voluntária) ou a favor da parte que entende protegida pela vontade concreta da

Acordam, por maioria, os desembargadores que compõem o Quarto Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Vencidos parcialmente os desembargadores Relator, e Abeylard Gomes.

A embargada Nailde Joana Ferreira Santos ajuizou ação ordinária de responsabilidade civil contra o embargante (art. 159, 1538, § 1º e 1539 do Código Civil) objetivando o recebimento de indenização e pensão decorrente da invalidez parcial e permanente de que foi acometida, após ter sido internada no hospital Miguel Couto (em 1973) para redução de fratura nos ossos do antebraço esquerdo. Atendida com imperícia e negligência no ato de redução da mencionada fratura óssea, veio esta a se consolidar viciosamente; foi submetida, então, a tratamento cirúrgico, no mesmo hospital, com o resultado desastroso já apontado.

A decisão de primeiro grau (fls. 110-114) deu pela procedência parcial do pedido, condenando o embargante ao pagamento de

norma jurídica (nos procedimentos de jurisdição contenciosa). Isso ocorre em numerosas hipóteses especificamente mencionadas no CPC (arts. 478, 480, 944, 999, 1.105, 1.122, 1.126, 1.141, 1.145, § 2º, 1.151, 1.169, 1.162, e, ainda, nos arts. 460, § 2º, 595, 743, 744 e 775 do Código de 1939, mantidos pela nova Lei Processual), bem como nas seguintes, genericamente previstas: I) havendo interesse de incapazes; II) questionando-se sobre o estado de pessoa, pátrio poder, tutela, curatela, interdição, casamento, declaração de ausência e disposições de última vontade; III) verificando-se o interesse público, "evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte".

c) **Representante da parte** (CPC, art. 1.212 e CF, art. 126, c/red. EC 7/77), quando funciona como advogado das pessoas de direito público (1).

Pode-se abstrair, desde logo, por despicienda para a presente pesquisa, a última hipótese, em que o recurso, obviamente, é interposto pelo ente público, exercendo o M.P. funções típicas de advocacia, com seus poderes e deveres regulados pelas normas processuais que regem a atuação dos agentes postulatorios.

2. Em relação às outras duas, prescreve a lei instrumental em vigor: "O Ministério Público tem legitimidade para recorrer assim no processo em que é parte, como naqueles em que oficiou como fiscal da lei" (art. 499, § 2º). Com esse dis-

1) Cf. FREDERICO MARQUES, *Manual de Dir. Proc. Civil*, 1974, 1/285 e seqs.; MILTON FLAKS, "Representação Judicial do Estado", in *RDPRG* 32/94.

Cr\$ 5.000,00 (indenização por dano estético), eventuais despesas de tratamento médico, a serem apuradas em execução de sentença e honorários advocatícios, fixados em 10% do valor dado à causa. Custas pela metade. Inconformados, apelaram o embargante (fls. 117-120) e a Curadoria da Fazenda Pública (fls. 126-128), o primeiro pleiteando a total improcedência da ação, e o órgão do Ministério Público pleiteando o acolhimento das conclusões do laudo pericial de fls. 73-77 (dano estético e invalidez parcial e permanente), com a conseqüente procedência total do pedido.

Apreciando os recursos interpostos, o ven. acórdão de fls. 142-149, vencido o eminente desembargador Relator, negou provimento à apelação do embargante e deu provimento parcial à Curadoria da Fazenda Pública, assegurando à autora da ação (empregada do Estado), e independentemente de tal circunstância, o direito de também vir a receber pensão correspondente à invalidez parcial e permanente, desde que eventualmente rompido o vínculo contratual que a liga ao embargante. Contra este entendimento, e com respaldo no aludido voto vencido (fls. 147-149), foram apresentados, tempestivamente, os embargos de fls. 151-167, com preliminar de falta de interesse de agir por parte do Ministério Público.

positivo, atendeu a reiterados reclamos da doutrina e do próprio *parquet* (2), bem como pacificou, pelo menos sob o aspecto da legitimação, acesa controvérsia que se observava entre autores e julgados.

Como se recorda, dispunha o art. 814 do Código de 1939: "O direito de recorrer da sentença competirá a quem for parte na causa, ou, quando expresso em lei, ao órgão do Ministério Público". Admitia-se, tranqüilamente, que o M.P. recorresse quando parte no processo. Questionava-se, porém, se a faculdade também lhe era conferida quando atuasse, apenas, como **fiscal da lei**, ressalvadas as hipóteses expressamente previstas no próprio Código de Processo ou em leis extravagantes.

Sensíveis a intuitivas razões de conveniência, os Tribunais construíram uma jurisprudência casuística, autorizando o **custos legis** a recorrer, mesmo na falta de previsão legal, desde que em causa certos direitos indispensáveis ou determinadas questões de ordem pública (3).

2) Cf. CLOVIS PAULO DA ROCHA, "O M.P. como órgão agente e como órgão interveniente no Proc. Civil", in *RDMPGB* 17/14.

3) Cf. BARBOSA MOREIRA, *O Juízo de Admissibilidade no Sistema de Recursos Cíveis*, 1968, p. 67/68, especialmente nota 54.

Pois bem. Diz o C.P.C., no seu art. 499, § 2º, que o M.P. tem legitimidade para recorrer assim no processo em que é parte, como naquelas em que oficiou como fiscal da lei.

Entretanto, isso não é tudo.

A par da legitimidade, o outro requisito de admissibilidade do recurso é o interesse de recorrer, que, a seu turno repousa no binômio utilidade + necessidade (BARBOSA MOREIRA, *Coment.*, p. 336, 1ª ed.).

Utilidade significa, para o recorrente, a expectativa de um resultado a que corresponda situação mais vantajosa do ponto de vista prático, do que a emergente da decisão recorrida; já necessidade quer dizer a alternativa do recurso, para o alcance do plus.

Como se vê, essas razões vão implicar diretamente com a da titularidade do bem jurídico disputado, levando a concluir que, fora das ex-

3. É pacífico na doutrina nacional e estrangeira, deitando raízes no direito romano (4), o princípio de que para recorrer não basta a legitimidade: indispensável que se lhe some o interesse (5).

O vigente Código de Processo não estrema os dois requisitos de admissibilidade, justificando a crítica de BARBOSA MOREIRA: "No plano dogmático, há que distinguir entre legitimação para recorrer e o interesse em recorrer, de que o texto legal trata promiscuamente" (6).

4. Quando o M.P. atua como parte, o interesse se materializa desde que a decisão implique em gravame ou prejuízo, o que a literatura processual traduz por **sucumbência**. Esta se afere em relação aos próprios interesses materiais que o M.P. defende no processo (da sociedade, quando funciona como órgão **pro populo**; do revel citado por edital, quando funciona como curador **ad litem**). O M.P. poderá recorrer desde que preenchidos os pressupostos que autorizam qualquer outra parte a provocar o reexame do decisório.

Não pode, evidentemente, inconformar-se em conflito com os interesses que defende ou representa, pela mesma razão lógica que veda à parte recorrer contra si mesma. Como ironizava AFFONSO FRAGA, "o espírito humano não concebe

4) Cf. AFFONSO FRAGA, *Inst. do Proc. Civ. do Brasil*, 1941, 111/18.

5) Cf. BARBOSA MOREIRA, *Com. ao CPC*, 1978, V/299.

6) *Comentários*, cit., p. 327, grifos do original.

pressas ressalvas da lei, o único árbitro da utilidade do recurso é aquele que tem na sua esfera jurídica o bem de vida litigioso.

Ora, no caso dos autos, o M.P., oficiando como **custos legis**, apelou da sentença de fls., não para corrigi-la no processo, mas para emendá-la no mérito, naquilo que ela dispôs sobre a recomposição do patrimônio da lesada, contra a sua própria vontade, desde que ela mesma deixou de recorrer.

Isso violenta o princípio dispositivo, segundo o qual não se pode rever senão o que a parte requer, em se tratando, como se trata, de direito disponível, que é o direito patrimonial de quem é maior e capaz, para os atos da vida civil.

Assim, o requisito da utilidade da apelação não está presente na espécie em exame, pois dele abriu mão o seu exclusivo juiz, que é a embargada Nailde, a qual, não recorrendo da decisão de 1ª instância, abriu mão de situação mais vantajosa que, eventualmente, o recurso lhe pudesse trazer.

que alguém, a não ser por insânia, recorra de um ato que só o beneficia" (7). Com acerto, portanto, decidiu o TACSP que é defeso ao curador **ad litem** postular a reforma de sentença contrária ao ausente, no dispositivo que lhe negou honorários, porque "estará pleiteando o agravamento da situação do seu representado, com acréscimo à condenação imposta ao sucumbente" (8).

Aquela colocação, todavia, mostra-se imprestável para a hipótese em que o M.P. simplesmente intervém como fiscal da lei. Não sendo parte (pelo menos enquanto não recorre, v. *infra*, nº 15), inexistiria a sucumbência, no sentido que lhe emprestam os processualistas. Impende, assim, identificar o interesse em outros critérios discretivos.

5. Segundo a clássica especialização de funções (nos processos em que é obrigatória a intervenção do **custos legis**), entre duas teses de direito, igualmente sustentáveis, impõe-se ao advogado **defender** a que consulta aos interesses do seu representado; ao Ministério Público, **opinar** por aquela que melhor se ajusta ao caso concreto; e ao juiz, **decidir** qual a que expressa a "verdade judiciária".

Consoante doutrina que se vem firmando no seio da própria instituição, como atestam CLOVIS PAULO DA ROCHA, JOSÉ FERNANDO DA SILVA LOPES e ANTONIO RAFAEL SILVA SALVADOR, o M. P. desfruta de completa autono-

7) *Ob. loc. cit.*

8) In A. DE PAULA, *CPC anotado*, 1977, 11/491, nº 11.

Ao passo que o M.P., no plano do direito material não podia substituir-se a ela, nem a representava, tanto que funcionou, no processo, na qualidade de fiscal da lei. Podia sim, quando muito, na preservação da ordem pública, impugnar o **error in procedendo**, o que, porém, não visa a sua apelação, ao que já se viu.

Com isto, restabelece-se a sentença de primeiro grau, nos seus próprios Termos, não assistindo razão, *data venia*, ao d. voto vencido em cassá-la, pretendendo condicionar a indenização à pesquisa da culpa no atendimento médico da embargada.

Atendida que foi no Hospital Miguel Couto, então do ex-Estado da Guanabara, para reduzir fratura do braço, do qual afinal resultou-lhe uma deformidade permanente, a embargada tem no evento uma inafastável relação de causalidade, para o dano de que se queixa.

Dáí deriva a responsabilidade civil do embargante, a qual, repouso na teoria do risco administrativo mitigado, obriga ao ressarcimen-

mia e opina conforme a sua consciência jurídica do que seja a vontade concreta da lei. Não se vincula, necessariamente, aos interesses da parte que constitui a razão de ser de sua presença no processo (9).

Desse modo, apesar de intervir como **custos legis**, por exemplo, porque num dos pólos da relação processual figura um incapaz ou a Fazenda, presuntivamente para velar no sentido de que seus direitos sejam bem defendidos, nada impede que o M.P. se pronuncie a favor da parte contrária, se aquele a quem deveria assistir, *in thesis*, não está com a boa causa, *in hypothesis*.

Em conseqüência, já se pode afastar, *a priori*, como um dos critérios discretivos, a idéia de que o interesse recursal do M.P. nasce, sempre, com a sucumbência da parte que, presuntivamente, deveria assistir. Como visto, haverá casos em que, tendo opinado contrariamente à sua pretensão, ocorreria até mesmo a **preclusão lógica** da faculdade de recorrer, conseqüência do princípio que proíbe a **venire contra factum proprium** (10).

Outrossim, o interesse pode existir em conflito com o desejo de todas as partes, se o **custos legis** age para impedir que se consumem os efeitos de acordos ou conchavos contrários à letra ou ao espírito da lei (v.g., anulação de casamento por falsa causa; fraude à vontade do testador, mediante conluio entre os herdeiros).

9) Cf. CLOVIS PAULO DA ROCHA, *ob. cit.*, p. 7; JOSÉ FERNANDO DA SILVA LOPES, *O M.P. e o Processo Civil*, 1976, p. 49/50; ANTONIO RAFAEL SILVA SALVADOR, "M.P.: defensor do interesse público e não um representante da parte", *in RF* 259/313.

10) Cf. BARBOSA MOREIRA, *Comentários*, *cit.*, p. 388.

mento, enquanto não prove culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior. Essas excludentes, porém, não estão nos autos, por exame de fácil verificação.

Assim, nestes termos, recebem-se os embargos, em parte, para com o douto voto vencido, não se conhecer da apelação do M. Público.

Rio, 11 de julho de 1979

Des. Hamilton de Moraes e Barros
Pres. s/voto

Des. Vivalde Couto
Revisor — Designado para o acórdão

6. Em que pese a importância que o problema assumiu na prática forense, particularmente depois que o CPC legitimou o M.P. a recorrer em todos os processos nos quais intervém, numa ou noutra qualidade, a doutrina mostrou-se avara com respeito ao ponto. Consagrados Mestres, em regra exaustivos, não lhe dedicaram mais do que curtas frases, tão sintéticas que, por vezes, dificultam alcançar o seu real pensamento. Além disso, aplicados os ensinamentos na sua literalidade, conduziram a soluções ilógicas, certamente não consentidas nem desejadas.

Vale registrar a opinião de alguns dos autores mais importantes, quando procuram delimitar o interesse do M.P. em recorrer na qualidade de fiscal da lei, bem como os comentários que os seus escólios sugerem.

7. Para PONTES DE MIRANDA, ocorre o interesse "se o recurso se subsume no de algum legitimado especial ou se a lei mesma o legitimou" (11). O certo não se apresenta muito claro, pelo que é possível algum equívoco na sua interpretação.

De qualquer modo, se há subsunção do recurso (o que pressupõe a continência de um em outro), o M.P. não estaria recorrendo, em verdade, mas simplesmente opinando pelo provimento parcial ou total do apelo já interposto pela parte interessada. Por outro lado, só admitir o recurso autônomo do **custos legis** "se a lei mesma o legitimou", isto é (presume-se), nas hipóteses em que a lei, de forma específica, o autoriza a recorrer, seria fazer **tabula rasa** da inovação contida no art. 499, § 2º, do CPC, cujo objetivo foi, precisamente, o de facultar a provocação do reexame em outras hipóteses não expressamente nomeadas.

11) Com. ao CPC, 1975, VII/72.

VOTO VENCIDO

Des. José Cyríaco da Costa e Silva, vencido, parcialmente, **data venia** da douda maioria, com o seguinte voto: conhecia dos embargos, e os recebia apenas no ponto em que se estabeleceu um determinado percentual de indenização futura, sob a forma de pensão no caso de rompimento do contrato de trabalho entre a autora e a Administração, pensão que corresponderá a 45% (quarenta e cinco por cento) do que estiver percebendo a autora, na ocasião, como vencimento, e não os 55% (cinquenta e cinco por cento) que figuram no acórdão embargado.

A única modificação, pois, consiste na redução da taxa aludida, mantido, no mais, o aresto consagrado pela maioria da egrégia 2ª Câmara Cível.

O ilustre voto vencido começou por não conhecer da apelação interposta pela Curadoria da Fazenda Pública, órgão do Ministério Públi-

8. SERGIO BERMUDES afirma que o fiscal da lei terá interesse se "oficia no processo por determinação legal" (12). Essa colocação importa, salvo erro de entendimento, em não distinguir entre **interesse** e **legitimidade**, o que seguramente não foi a intenção do ilustre processualista, tanto mais porque implicaria nos contra-sensos adiante apontados.

Com efeito, o M.P. só intervém como fiscal porque a lei o determina. É o que resulta das disposições que cuidam da matéria. Considera-se pacífica a opinião de que o M.P. não está obrigado a recorrer, mas **intervir** é menos uma faculdade do que um dever que a lei lhe impõe, ou melhor: **faculdade-dever**, para usar de composto correntio em direito administrativo, significando que a certos privilégios dos órgãos públicos corresponde a imposição de utilizá-los. Em abono da assertiva, confronte-se o imperativo "competete" do art. 82 do CPC, cujo descumprimento poderá conduzir à nulidade da sentença (arts. 84 e 246), com o facultativo "pode" do art. 499.

O v. aresto reformado, no entanto, endossou a indistinção. Suprindo a inércia do autor, capaz e devidamente representado no processo, o **custos legis** apelou visando a agravar sentença que lhe fora só parcialmente favorável, em ação indenizatória movida contra a Fazenda. Rejeitando, por maioria de votos, a preliminar da falta de interesse, a E. 2ª C.C. do TJRJ assentou que "o M.P. tem legitimidade para recorrer, no processo em que oficiou como fiscal da lei" (13).

12) Com. ao CPC, 1977, VII/62.

13) Ac. de 18.7.78, in DJE 18.9.78.

co, que recorrera da sentença do Dr. Juiz de primeiro grau, uma vez que o magistrado não atendera todo o pedido.

Declarou o voto vencido que faltava àquele representante que acompanhava a ação, na qualidade de "custos legis", interesse em recorrer, acentuando que, não apontando ele (M. Público) violação da lei, infração de dispositivo de ordem pública ou irregularidade processual, irrelevante seria o seu apelo, fls. 147.

O art. 499, § 2º, do C. de Processo Civil, é amplo no sentido de reconhecer ao Ministério Público legitimidade para recorrer assim no processo em que é parte, como naqueles em que oficiou como fiscal da lei.

O recurso, em tais casos, não se restringe, **data venia**, às hipóteses lembradas no ilustre voto divergente, mas se estende aos demais itens da inicial, desde que não foram acolhidos pelo "decisum", em sua totalidade.

Em contrapartida, registram-se outras decisões, já na vigência do atual Código de Processo, e no mesmo sentido do v. aresto ora comentado, discriminando entre legitimidade e interesse. Essa discriminação está implícita em acórdão do TJSP, que se negou a conhecer de recurso interposto pelo M.P. visando à decretação de falência indeferida pelo juiz à **quo**, fundamentando-se em que "não tem ele qualidade para recorrer, mesmo se a decisão não tiver observado requisitos legais, visto como o seu cuidado não pode ser maior do que o dos próprios interessados" (14).

Explícito, por seu turno, foi aresto do TASP. Reconhecendo que a vigente lei processual legitima o **custos legis** a recorrer, o que nem sempre ocorria no direito anterior, decidiu: "Hipótese, não obstante, em que julgada procedente a ação, quer o M.P. a sua carência, contrariando interesses de menores. Ausência reconhecida do interesse em recorrer" (15).

9. Dois outros eminentes publicistas situam o problema no plano da **norma agendi**. Ensina BARBOSA MOREIRA que o fiscal da lei pode recorrer para a "satisfação do interesse (na observância do direito positivo) por ele sustentado no processo" (16), enquanto que para CLOVIS PAULO DA ROCHA haverá o interesse quando recorre "para a observância de normas de ordem pública" (17).

14) Ap. 234.254, 1ª C.C., in A. DE PAULA, ob. cit., 11/491, nº 10.

15) Ap. 19.346, in EDSON PRATA, Rep. Jur. do CPC, IX/2.726, nº 2.130.

16) Comentários, cit., p. 337/338.

17) Ob. cit., p. 14.

Na espécie, o recurso do M. Público visa exatamente beneficiar a autora através de uma maior extensão da condenação já imposta à Fazenda Estadual.

Na opinião do abalizado JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, "é suficiente. . . que a possibilidade de melhoria se configure no tocante a qualquer tópico, mesmo secundário, sem que se haja de exigir este ou aquele grau de relevância ao ângulo quantitativo (*Com. ao Cód. de Proc. Civil*, V vol., p. 339).

Aqui, o recurso do representante do M. P. foi independente, incabível qualquer distinção por atuar como fiscal da lei, e a única restrição admissível seria se houvesse, nessa qualidade, recorrido "adesivamente", à luz dos termos do art. 500 (cf. obra citada, fls. 334).

Daf, a validade do apelo interposto pela Curadoria da Fazenda, mantido pela maioria da 2ª Câmara.

Convém recordar, entretanto, que não é só a decisão **contra legem** sob a ótica do **custos legis** que justifica o interesse recursal. Poder-se-ia negá-lo se o M.P. recorre, em benefício de menores, contra a sentença simplesmente injusta, como a que resulta da má apreciação das provas ou a que arbitra pensão alimentícia irrisória?

Por outro lado, não parece que exista tal pressuposto se a sentença, embora vulnerando norma de direito público ou de direito privado, afeta exclusivamente interesses individuais disponíveis de quem tenha capacidade para dispor. Figure-se mandado de segurança, envolvendo regra de ordem pública, em que o M.P., intervindo como fiscal da lei (o que sucede, geralmente, nos Estados que dispõem de um corpo de procuradores), colocou-se ao lado do impetrante. Ser-lhe-ia lícito apelar da sentença denegatória, em nome da integridade da norma, se o próprio impetrante se conformou, desinteressando-se pelo litígio?

10. Em sua excelente monografia *O Ministério Público e o Processo Civil*, premiada em concurso instituído pelo **parquet** paulista, SILVA LOPES sustenta ocorrer o interesse sempre que o M.P. "demonstre, tão-só, a conveniência de reapreciação do decisório impugnado" (18). Esta fórmula, em última análise, também importa em não distinguir entre legitimidade e interesse.

É de se presumir que o **custos legis**, tendo necessariamente opinado em qualquer processo no qual interveio, sempre entenderá que **convém** deya prevalecer a sua opinião. Dentro dessa ótica, estaria automaticamente autorizado a recorrer, desde que vencido em sua promoção. Não se afigura lógico, contudo, que a conve-

18) *Ob. cit.*, p. 82.

Tratando-se de lesão ocorrida em paciente que se tratava em hospital público, cumpre invocar-se o art. 107, da atual Constituição, *in verbis*: "As pessoas jurídicas de direito público responderão pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causarem a terceiros". É a responsabilidade objetiva da Administração.

Já o embargante, pelo seu signatário das respectivas razões, apresentava as três teorias através das quais a doutrina da responsabilidade civil da Administração Pública evoluiu do conceito de irresponsabilidade para o da responsabilidade com culpa, e deste, para o da responsabilidade sem culpa.

E o ilustre patrono do embargante concluía, ao citar HELY LOPES MEIRELLES, que a jurisprudência, ao sufragar a melhor doutrina, consagrou a responsabilidade objetiva, "mas sob a modalidade do risco administrativo e não do risco integral", fls. 161.

niência do M.P. possa se sobrepor ao interesse da própria parte favorecida, se esta puder e estiver disposta a transigir com direitos disponíveis.

11. Como se constata, as soluções propostas não parecem satisfazer integralmente, na medida em que a sua aplicação, pura e simples, poderia resultar em *contra-sensos*.

É preciso, por conseguinte, buscar outros critérios discretivos, capazes de identificar, com maior exatidão, quando existe ou inexistente o interesse recursal do M.P., funcionando na qualidade de fiscal da lei.

12. Oportuno recordar que, em tese, é uma faculdade da parte renunciar ao direito sobre o qual se funda a ação, quando autor (CPC, art. 269, nº V), ou reconhecer a procedência do pedido, quando réu (CPC, art. 269, nº 11). É inéssona a opinião de que se veda ao juiz penetrar no âmago da renúncia ou do reconhecimento, mesmo para declarar se havia, efetivamente, algum direito renunciável ou reconhecível, devendo limitar-se à verificação dos seus pressupostos formais: a) disponibilidade do direito; b) capacidade para dispor; c) inexistência de colusão objetivando fraudar a lei ou prejudicar interesses de terceiros (19).

Inexistindo os impedimentos formais acima relacionados, a renúncia ou o reconhecimento provocarão uma sentença de mérito contra quem renuncia ou reconhece. Poderia o **custos legis**, intervindo no processo em qualquer das hipóteses determinadas na lei, opor-se a esse despojamento do autor ou do réu? Parece que

19) Cf. E.D. MONIZ DE ARAGÃO, *Com ao CPC*, 1974, 11/459.

Segundo o precitado publicista, "a teoria do risco administrativo faz surgir a obrigação de indenizar o dano, do só ato lesivo e injusto causado à vítima pela Administração. Não se exige qualquer falta do serviço público, nem culpa de seus agentes. Basta a lesão, sem o concurso do lesado. Na teoria da culpa administrativa exige-se a falta do serviço; na teoria do risco administrativo exige-se, apenas, o fato do serviço. Naquela, a culpa é presumida da falta administrativa; nesta é inferida do fato lesivo da Administração" (*Direito Administrativo Brasileiro*, 2ª edição, p. 530).

Prossegue o conhecido administrativista, dizendo que a teoria do risco administrativo tem merecido o acolhimento dos Estados modernos, inclusive do Brasil, permitindo, todavia, que o Poder Público demonstre a culpa da vítima, para excluir ou atenuar a indenização, não se confundindo com o risco integral (obra citada, *passim*).

só nos mesmos casos em que seria vedado ao juiz sentenciar conforme a renúncia ou o reconhecimento, se viesse a fazê-lo com desprezo por algum daqueles óbices.

Ora, se é lícito à parte, inexistindo — convém repetir — os mencionados impedimentos, provocar uma sentença de mérito contrária aos seus pretensos direitos, com melhores motivos ser-lhe-á legítimo conformar-se com o decisório judicial, independentemente da vontade do *custos legis*. Este, inclusive, poderá estar agindo, não segundo os interesses da parte presuntivamente defendida, mas até mesmo contra esses interesses se houver razões de foro íntimo ou de estratégia processual para não insistir no litígio.

13. Outrossim, segundo doutrina dominante, o M.P. não intervém em litígios envolvendo direitos tipicamente privados e disponíveis, exatamente porque o aparelho jurisdicional do Estado não tem convincentes razões para comprometer a sua neutralidade.

Como sublinha SILVA LOPES, "às partes, que têm o ônus da postulação e da instrução, devem ser creditadas as responsabilidades pelos fracassos que possam advir com a sentença, que refletirá o próprio desinteresse do litigante desatento ou inerte" (20).

14. Conjugados os princípios acima expostos, que informam o eventual despojamento de um dos litigantes e as razões pelas quais o M.P. participa de certos processos e de outros não, já se pode extrair a principal conclusão: não há interesse do M.P. em resguardar direitos disponíveis de quem tenha capacidade para dispor, se o decisório não afeta o interesse público, a organização social ou terceiros prejudicados por possível conluio.

20) Ob. cit., p. 42.

Na hipótese vertente, e consoante o laudo do perito do juízo, "a autora sofreu fratura dos ossos do antebraço esquerdo no dia 25.8.73", e socorrida no Hospital Miguel Couto, no Serviço de Ortopedia e Traumatologia, foi ali tratada com imobilização gessada, trocada no dia imediato, assim permanecendo até o dia 25.9.1973, quando foi removido o aparelho, verificando-se, então, a consolidação viciosa da fratura, fls. 73.

Informou ainda o mesmo perito que a paciente se submeteu, posteriormente, naquele hospital à cirurgia de "Darrech", para correção de consolidação viciosa da fratura, fls. 75, e, ao seu ver, a consolidação viciosa deveu-se ao insucesso na redução da fratura no primeiro socorro e tratamento imediato, fls. 77.

À autora embargada é o bastante para fazer jus a uma indenização.

Compreende-se, assim, que o M.P. possa recorrer, sempre, em benefício da Fazenda ou de incapazes, porque os seus direitos são indisponíveis e os seus representantes legais, em regra, não têm capacidade para dispor; em favor do vínculo conjugal, pois preservá-lo é uma questão de ordem pública; pela manutenção das disposições de última vontade, porquanto são inderrogáveis. Não se compreende, todavia, que possa substituir a quem está apto a defender os seus direitos e a eles renunciar, desde que devidamente representado no processo.

Dentro dessa linha de raciocínio, poderá ocorrer, em uma única sentença, que o M.P. tenha interesse em reformar determinados capítulos e outros não. Figure-se decisório proferido em dissolução de casamento: lícito lhe será recorrer contra os dispositivos que o dissolvem, cuidam da guarda dos filhos ou provêem sobre sua subsistência. Não haverá interesse, entretanto, com referência à partilha dos bens ou à pensão alimentícia arbitrada para a mulher, se o cônjuge aparentemente prejudicado for capaz de transigir com seus direitos patrimoniais. Nestes casos, excedendo o M.P. os limites do seu interesse, poderá o Tribunal *ad quem* conhecer do recurso parcialmente, balizando o exame do mérito por aqueles limites.

15. Cumpre lembrar, por derradeiro, que recorrendo no processo em que funciona como fiscal da lei, o M.P. assume a condição de *parte*; especial ou formal (21), visto que, não tendo interesse próprio na relação material em litígio, pode assemelhar-se, mas não se confunde com nenhum dos atores habituais: autor, réu, litisconsorte, assistente, terceiro prejudicado ou interveniente (CPC, arts. 56 *usque* 80). Leciona BARBOSA MOREIRA que seria "pouco razoável imaginar um procedimento recursal *sem parte* (ativa) quando só o Ministério Público recorre" (22).

21) Cf. ARRUDA ALVIM, *CPC comentado*, 1976, 111/423.

22) *Comentários*, cit., p. 334/335, grifos do original.

Nenhuma prova se fez no sentido de que ela fosse culpada desse "insucesso" de tratamento, ou mesmo, de qualquer sorte, houvesse concorrido para o "fracasso" (expressões do laudo) do maisinado tratamento.

Como se disse, à autora é suficiente o fato do serviço para o bom êxito desta ação, cabendo à Administração, se aprover, voltar-se contra algum ou alguns dos seus servidores, se neles encontrar culpa, os quais, dentro dos cânones legais, poderão defender-se amplamente.

Desse modo, a partir da interposição do recurso, o seu interesse recursal subsequente afere-se em termos de sucumbência (*supra*, nº 4), como tal importando a própria decisão que lhe nega interesse em recorrer, se cabível reexame pela instância superior.

16. Ressuma do exposto, salvo melhor entendimento, que o Ministério Público tem sempre **legitimidade** para recorrer em quaisquer processos nos quais atue como **parte** ou **fiscal da lei**, mas só terá **interesse**,

I) como **parte**, verificando-se a sucumbência, aferida em relação aos interesses materiais que o M.P. defende no processo;

II) como **fiscal da lei**:

a) em benefício do erário, de incapazes, dos ausentes, ou das disposições do testador, quando em causa direitos indisponíveis;

b) para impedir a colusão das partes, objetivando prejudicar interesses de terceiros ou fraudar a lei, hipótese que autoriza o M.P., inclusive, a propor ação rescisória (CPC, art. 487, III, "b");

c) em favor da integridade da norma de direito positivo, público ou privado, desde que inderrogável pela autonomia de vontade do requerente ou dos litigantes;

d) demonstrando o interesse público, acaso vulnerado pela sentença proferida em processo no qual interveio em atenção "à natureza da lide ou qualidade das partes".

17. O v. aresto do E. 4º Grupo de Câmaras Cíveis assentou corretamente que "falta ao Ministério Público, quando funciona como fiscal da lei, interesse em recorrer da decisão que trata de direito disponível".

Só num aspecto, todavia, o julgado merece reparo: ao sustentar que se aplica a teoria da responsabilidade objetiva ou do risco administrativo, mesmo inexistindo um nexa causal imediato entre a ação dos agentes do poder público e o evento danoso.

R. Dir. Proc. Geral, Rio de Janeiro, (35), 1979.

Houve, certamente, um equívoco do venerando acórdão embargado, que, agora, se busca sanar, naquele tópico que diz ser a pensão mensal correspondente a 55%, na hipótese do rompimento do contrato de trabalho, fls. 146, quando esse percentual deverá reduzir-se a 45%, para se ajustar à diminuição da capacidade laborativa da segunda embargada, de caráter permanente, na forma do laudo médico, às fls. 74, *in fine*, e fls 76, em resposta ao sétimo quesito.

Única modificação do acórdão recorrido, que mantinha, quanto ao mais, com a devida vênia.

18. No caso vertente, a embargada acidentou-se e procurou os serviços de um hospital público. Verificou-se o insucesso do seu tratamento, o que, no jargão médico, pode decorrer de causas naturais. Desse modo, a responsabilidade do Estado teria de ficar condicionada à prova de que foi atendida com imprudência, negligência ou imperícia, prova essa cujo ônus incumbia à própria embargada, como autora da demanda.

Como que escrevendo para a hipótese em exame, HELY MEIRELLES distingue o "dano causado por agentes da Administração (funcionários) dos danos ocasionados por atos de terceiros, ou por fenômenos da natureza". E arremata:

"Portanto, o legislador constituinte só cobriu o **risco administrativo** da atuação ou inação dos servidores públicos; não responsabilizou objetivamente a Administração por atos predatórios de terceiros, nem por fenômenos naturais que causam danos aos particulares. Para a indenização destes atos e fatos estranhos à atividade administrativa, observa-se o princípio geral da culpa civil, manifestada pela imprudência, negligência ou imperícia na realização do serviço público que causou ou ensejou o dano" (23).

Com efeito, outro entendimento resultaria em contra-sensos. Por exemplo, sempre que se revelasse o insucesso no tratamento de pacientes internados em seus hospitais, pelas mais variadas causas estranhas a qualquer atividade administrativa, o poder público, para elidir a responsabilidade, teria de fazer a prova difícilíssima, ou quase impossível, de que esse insucesso decorreu de causas naturais ou de culpa do

23) *Direito Administrativo Brasileiro*, 3ª ed., p. 595/596, grifos do original.

VOTO VENCIDO

Des. Abeylard Gomes, vencido, nos termos do voto do eminenté Des. Costa e Silva, que adoto sem restrição.

Ciente: Rio, 12.9.79

Newton Marques Cruz
Procurador da Justiça

próprio paciente, ao invés de competir a este comprovar a negligência, imprudência ou imperícia dos que o atenderam.

Milton Flaks
Procurador do Estado do Rio de Janeiro

APELAÇÃO CÍVEL Nº 9.829

5ª CÂMARA CÍVEL

Apelante : Estado do Rio de Janeiro
Apelada : Gráfica e Papelaria Estrela de David Ltda.
Relator : Des. Barbosa Moreira (designado para o Acórdão)

Impressão e venda de impressos: legitimidade da cobrança do imposto sobre circulação de mercadorias. — Em processo de mandado de segurança deve o sucumbente pagar honorários advocatícios.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Cível nº 9.829, em que é Apelante o ESTADO DO RIO DE JANEIRO e Apelada a GRÁFICA E PAPELARIA ESTRELA DE DAVID LTDA.

ACORDAM os Juízes da 5ª Câmara Cível, por maioria de votos, em dar provimento ao recurso, para denegar a segurança e condenar a Impetrante ao pagamento das custas processuais e de honorários de advogado, na base de 10% (dez por cento) do valor dado à causa, vencido o Des. Relator, que negava provimento ao recurso.

1. Afirmando, na inicial, que "presta serviços de impressão e fatura de notas fiscais, fichas de contas-correntes, cartas, talões de pedidos, cartões e similares", com utilização de "papéis de terceiros" e de "papéis fornecidos pelos encomendantes", pleiteou a Impetrante a concessão da segurança para que se determinasse a não incidência do ICM "nos serviços e impressos" por ela fornecidos, a seu ver sujeitos apenas ao ISS. Desde logo se vê que o pedido jamais mereceria acolhimento na amplitude com que foi formulado: ainda para quem sustenté a incidência apenas do ISS em se tratando de mercadorias direta e especificamente destinadas ao consumidor, patente ficará que a Impetrante não poderia pretender eximir-se do pagamento do ICM em relação, genericamente, a todas as vendas de impressos com que negocia, sejam quais forem.