

Ação Civil Pública – Prestação de Serviço de TV a Cabo

SENTENÇA

14ª Vara da Fazenda Pública

Processo n. 053.02.015651-3

Vistos

O Estado de São Paulo e a Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor (Procon) ajuizaram a presente ação civil pública contra a Net São Paulo Ltda., alegando, em síntese, que, relativamente aos contratos firmados pela ré com os assinantes para recebimento de sinais de televisão “via cabo”, vem ela reduzindo paulatinamente a qualidade dos serviços prestados, além de cometer outras irregularidades, tais como inclusão no contrato de cláusulas que proíbem sua decisão quando da existência de mensalidades em atraso, exigência do consumidor do pagamento de serviços de cobrança praticados por terceiro na hipótese de inadimplemento, inclusão no contrato de cláusula que prevê livre acesso nas dependências do assinante, previsão de obrigação do assinante levar os equipamentos até local determinado na hipótese de desistência do serviço, inclusão de cláusula que prevê a possibilidade de alterações contratuais unilaterais pela ré, bem como a cessação da entrega e distribuição da revista de programação. Assim, requereram o restabelecimento do equilíbrio contratual, com o fornecimento do mesmo número de canais com mesma frequência de programação, ou, alternativamente, a redução dos valores das prestações, o reinício da entrega e distribuição da revista de programação, bem como a declaração da nulidade das cláusulas contratuais abusivas. Postularam a antecipação da tutela.

Juntaram documentos.

Após manifestação do órgão do Ministério Público, foi deferida a pretendida antecipação da tutela. Contra tal decisão foi interposto pela ré recurso de agravo de instrumento, ao qual foi dado provimento, nos termos do v. acórdão constante dos autos em apenso ao sexto volume.

Citada a ré, foi apresentada a contestação de fls. Preliminarmente, arguiu a ilegitimidade ativa. No mérito, sustentou a improcedência da demanda.

Manifestação dos autores sobre a contestação a fls.

O órgão do Ministério Público opinou pela procedência parcial da demanda. Foram as partes convocadas para tentativa de conciliação, sobrevivendo em audiência pleito de suspensão do processo.

Em que pese a concessão de prazos suplementares para tentativa de acordo, não foi o mesmo alcançado pelas partes.

Após especificação de provas pelas partes, ciente o órgão do Ministério Público, os autos vieram-me conclusos. É o relatório

Decido.

Impõe-se, por primeiro, a análise da preliminar arguida pela ré, concluindo-se por sua procedência.

Falta aos autores legitimidade ativa, bem como não se configura interesse de agir, já que incabível a propositura de ação civil pública no caso em tela.

Para melhor discussão, é necessário que sejam fixados alguns conceitos básicos, em especial o referente ao alcance da expressão “interesses difusos ou coletivos”, que ensejariam a propositura de ação civil pública com base na Lei n.7.347/85, com as alterações introduzidas.

Constituem os interesses coletivos ou difusos interesses plurissubjetivos, eis que não concernem apenas a uma pessoa.

(...)

Contudo, na lição do desembargador aposentado do Egrégio Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro Luis Antonio de Andrade (Interesses difusos ou coletivos. Ação civil pública. Lei 7.347/85. Proteção a consumidores. *Revista dos Tribunais*, v. 648, p. 7–12, out. 1989, estando nas p. 8–9 o trecho ora transcrito):

“Mas não se definem tão somente pela circunstância de dizerem respeito a uma pluralidade de pessoas. Distinguindo os interesses coletivos ou difusos de situações em que há interesses com pluralidade de sujeitos, indica, com a autoridade que lhe é peculiar, José Carlos Barbosa Moreira, duas hipóteses que não se confundem com os interesses coletivos ou difusos, e que não suscitam os problemas de que se cogita quando se cuida da proteção jurisdicional destes últimos: ‘a) a existência de vários titulares do lado ativo ou do lado passivo de uma única relação jurídica (condôminos de determinada coisa, credores de um devedor comum, devedores de um credor comum, etc.); b) a da existência de titulares de relações jurídicas distintas mas análogas, derivadas de uma relação-base de que todos participam (acionistas de uma sociedade anônima, considerados nas suas relações com a própria sociedade)’.” (Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. In: *Temas de direito processual*: terceira série. Rio de Janeiro, 1984. p. 193 e ss., estando na p. 194 o trecho transcrito). Elemento que se reputa essencial, portanto, à configuração do conceito é o fato de tais interesses terem por titular uma pluralidade indeterminada e praticamente indeterminável de pessoas, no tocante às quais os interesses se manifestam, não em virtude da presença de uma relação jurídica

de que coparticipem, ou de relações jurídicas paralelas ou convergentes, em que estejam engajados, mas de dados contingentes e variáveis, como os que surgem em função da necessidade de proteger a –fauna e a flora, a salubridade de um rio que abasteça determinada cidade, ou da atmosfera, os monumentos históricos, e assim sucessivamente.”

E continua o autor (na obra citada, p. 9):

“Não são apenas dados relativos aos sujeitos que ensejam, porém, a caracterização dos interesses coletivos ou difusos. Neles, é específico, também, o respectivo objeto, identificado pela indivisibilidade. Não se trata, em outras palavras, de interesses cuja satisfação ou lesão possa dar-se de modo fracionado, para um ou para alguns dos interessados, e não para todos. A indivisibilidade do objeto do interesse, que a doutrina põe em devido destaque, significa que entre os cotitulares se forma, ‘por assim dizer, uma comunhão indivisível de que participam todos os possíveis interessados, sem que se possa discernir, sequer idealmente, onde acaba a ‘quota’ de um e onde começa a de outro. Por isso mesmo, instaura-se entre os destinos dos interessados tão firme união que a satisfação de um só implica de modo necessário a satisfação de todos e, irreciprocamente, a lesão de um só constitui, *ipso facto*, lesão da inteira coletividade.’ (José Carlos Barbosa Moreira, *trab. e ob. cit.*, p. 195).”

Assim, analisando a legitimidade do Ministério Público para propor ação visando a coibir que o reajuste das prestações devidas pelos usuários dos sistemas do chamado seguro-saúde se faça, ou não, de acordo com determinados critérios, concluiu o autor que (na obra citada, p. 10):

“Não se configuram certamente, na situação concreta que é descrita, interesses coletivos ou difusos, tal como antes caracterizado. Há, evidentemente, uma pluralidade de pessoas, cada uma das quais interessada, de per se, em que se adote, no que respeita à sua própria relação contratual, a providência jurisdicional que é pedida pelo Ministério Público. A esta pluralidade de pessoas – e pouco importa, convém assinalar, o elevado número a que montem – não correspondem, porém, interesses coletivos ou difusos, mas uma pluralidade de interesses individuais, que não perdem, cada um deles, sua identidade própria, pela circunstância de reproduzirem-se em relação a grande número de pessoas. Embora análogos sob o prisma pelo qual foram submetidos a juízo, trata-se no caso da consulta, vale repetir, de interesses individuais, derivados de relações jurídicas semelhantes, mas distintas, e perfeitamente definidas, que vinculam, de um lado, os usuários, e, de outro, as entidades que realizam o seguro-saúde, estando presente, assim, no que lhes respeita, a relação-base cuja ausência constitui uma das notas caracterizadoras dos interesses coletivos ou difusos. Mais do que isso: no caso da consulta, não pode falar-se, como faz mister no concernente a interesses coletivos ou difusos, em indivisibilidade de objeto. O lançamento de detritos industriais no rio que abasteça uma cidade é fato que, ocorrendo, lesa toda a população que se sirva da

água, e que, sendo evitado, a beneficia como um todo, sem que se possa sequer conceber situação na qual um ou alguns dos habitantes do local vejam satisfeitos seus interesse na salubridade da água, sem que o mesmo ocorra em relação aos demais. Está-se, em tais circunstâncias, diante de um interesse difuso ou coletivo, cuja tutela é suscetível de realizar-se por intermédio do regime previsto na Lei n.7.34 7/85. Situação bem diversa é descrita na consulta. Trata-se aí, de interesses individuais, embora semelhantes, cuja satisfação ou lesão pode verificar-se de modo fracionado em relação aos vários interessados, sendo praticamente possível que para alguns vigore determinado critério de reajuste, inaplicável a outros, mesmo que não haja diversidade nas situações jurídicas individuais que justifiquem a desigualdade de tratamento. O fenômeno longe estaria de ser inconcebível na prática. Se cada usuário instaura isoladamente um processo, formulando, cada qual para si mesmo, o pedido de que não se utilize, em relação a ele, certo índice de correção das prestações, não estaria fora da realidade imaginar-se que alguns, e não outros, obtivessem bom êxito na empreitada, e que terminassem por cristalizar-se, com os trânsitos em julgado das diferentes sentenças, resultados diferentes. Em algum dos lados se aninharia naturalmente uma injustiça – de que não pode escapar de toda, porém, qualquer atividade humana. Mas é inegável a possibilidade prática de que houvesse desfechos diferentes para situações análogas – o que basta, por si só, para demonstrar não haver, aí, um interesse cujo objeto seja indivisível e, por conseguinte, um interesse coletivo ou difuso.”

Ora, na hipótese em exame, verifica-se que a ação é proposta, no que toca ao restabelecimento do equilíbrio contratual, pela perda da qualidade dos produtos e à entrega da revista de programação suspensa a partir de fevereiro de 2001, em benefício dos consumidores que aderiram ao contrato na época em que os autores reputam que a qualidade dos serviços era superior àquela existente quando da propositura da demanda e que recebiam a revista gratuitamente até a data indicada. Logo, a demanda não visa nesse ponto à proteção de toda a coletividade dos assinantes. Por outro lado, a perda da qualidade da programação é por demais subjetiva, uma vez que é notório que houve alteração da grade de programação, inclusive havendo a possibilidade de alteração de plano pelos consumidores. Assim, não há definição precisa nem mesmo dos consumidores que efetivamente foram lesados pela alteração da grade de programação, não se sabendo ao certo quais datas devem ser utilizadas como base para a análise da alegada perda da qualidade dos serviços, pois como é notório, quanto à revista, como visto, a ação visa à proteção de grupo pequeno de assinantes da ré, grupo esse, diga-se, perfeitamente determinável. Não há, portanto, interesse difuso ou coletivo a ser defendido, mas interesse individual plúrimo, patrimonial e disponível.

Cada consumidor assinou contrato em data diversa, havendo a possibilidade das grades das datas das assinaturas dos contratos serem também diversas entre si.

No mais, quanto às cláusulas consideradas abusivas, o direito de sua revisão

pertence aos consumidores individuais que se considerarem lesados, não havendo tampouco interesse difuso ou coletivo passível de proteção por meio de ação civil pública, até porque tais direitos dizem respeito a um grupo de pessoas assinantes de determinado serviço de TV a cabo.

Assim, manifesta a ilegitimidade ativa dos autores para a propositura da ação civil pública, bem como a própria inadequação do meio processual eleito.

Isto posto e considerando o mais que dos autos consta, declaro extinto o processo, sem julgamento do mérito, nos termos do artigo 267, inciso VI, do Código de Processo Civil.

Inviável a condenação dos autores nos ônus da sucumbência.

P.R.I.

São Paulo, 26 de abril de 2004.

CHRISTINE SANTINI

Juíza de Direito

Excelentíssimo Senhor Doutor Juiz de Direito da Décima Quarta Vara da Fazenda Pública do Estado de São Paulo

Autos n. 053.02.015651-3 – Ação Civil Pública

O Estado de São Paulo e a Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor – Procon/SP, pessoa jurídica de direito público¹, por seu Procurador do Estado infra-assinado, nos autos do processo em epígrafe que movem em face de Net São Paulo Ltda., pessoa jurídica de direito privado, tendo em vista a respeitável decisão de fls., vem interpor recurso de apelação, nos termos dos artigos 513 e seguintes do Código de Processo Civil, e requerer o recebimento das inclusas razões, para apreciação do Egrégio Tribunal *ad quem*.

Termos em que,

Pedem deferimento.

São Paulo, 9 de junho de 2004

NORBERTO OYA

Procurador do Estado

Egrégio Tribunal,
Colenda Câmara de Direito Privado,
Ilustres Julgadores,
Douta Procuradoria de Justiça

1 Lei estadual n. 9.192/95, regulamentada pelos Decretos estaduais ns. 41.170/96 e 41.727/97.

Razões de Apelação

Preliminarmente,
Juízo de Admissibilidade do Recurso

I. Condições de admissibilidade

- a) possibilidade jurídica recursal: apelação, artigo 496, I, do Código de Processo Civil, ante a decisão de fls.;
- b) legitimidade: o Estado de São Paulo e a Fundação apelantes, artigo 499 do Código de Processo Civil;
- c) interesse (necessidade/utilidade): reverter a extinção do processo sem julgamento do mérito.

II. Pressupostos recursais

- a) interposição tempestiva do recurso: publicação da r. decisão: 11.05.2004; prazo em dobro (art. 188 do CPC); prazo final: 10.06.2004;
 - b) regularidade formal: nos termos do artigo 514 do Código de Processo Civil;
 - c) ausência de fatos impeditivos ou extintivos ao direito de recorrer;
 - d) preparo: isenção legal, artigo 511, parágrafo 1º, do Código de Processo Civil.
- Presentes assim os requisitos necessários para o recebimento, conhecimento do recurso e apreciação do juízo de mérito.

Da demanda

Os apelantes ingressaram com ação civil pública para compelir a empresa apelada a:

- a) restabelecer o equilíbrio contratual que existia antes da perda da qualidade dos produtos oferecidos;
- b) entregar e distribuir a revista de programação para todos os assinantes que contrataram com ela, na forma realizada até fevereiro de 2001, sem custo, sendo que para os demais (contratação realizada após essa data), ficaria facultada a aquisição mediante desembolso financeiro (com aumento na mensalidade) ou direta nas bancas de jornais, desde que estivesse claro no contrato firmado e houvesse concordância do consumidor;
- c) declarar a nulidade de diversas cláusulas contratuais abusivas;
- d) assim como condená-la, genericamente, a ressarcir os prejuízos causados aos consumidores, decorrente dos danos relacionados nos itens anteriores.

A julgadora *a quo*, em sua respeitável decisão monocrática, considerou os apelantes partes ilegítimas para propositura de ação civil pública, assim como inadequado o caminho processual escolhido para a defesa de consumidores lesados pela empresa apelada, divorciando-se, assim, dos ensinamentos de Francesco Ferrara, para quem “o juiz terá de adaptar a norma abstracta à situação de

facto, terá de sotopor o caso controverso aos princípios exactos que o governam, de escolher, isto é, que princípios são de aplicar na hipótese (actividade de sub-sunção). A todo, o caso singular não é aplicável uma só disposição, mas um conjunto de disposições combinadas e reagindo umas sôbre as outras”.²

Histórico da Fundação Procon no Estado de São Paulo

Pede-se vênia para discordar desse entendimento judicial pois, assim prevalecendo, estar-se-á *aniquilando, derrocando, esvaziando* por completo as razões pelas quais fora criado, em 1976, pelo Governo do Estado de São Paulo, o primeiro órgão público de proteção ao consumidor que recebeu o nome de Grupo Executivo de Proteção ao Consumidor, hoje Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor (Procon/SP), quando adquiriu personalidade jurídica própria de direito público e a primeira do país, pela Lei Estadual n. 9.192, de 23.11.1995, regulamentada pelos Decretos Estaduais ns. 41.170/96 e 41.727/97, vinculado à Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania.

O Estado de São Paulo, coapelante, com essa iniciativa, inovou na prestação de serviços de proteção e defesa do consumidor no Brasil, iniciando um grande processo de revitalização, modernização e reestruturação, para que, de forma contínua, a proteção e defesa do consumidor conseguisse, com novos contornos, preservar as conquistas alcançadas, além de avançar na busca do equilíbrio das relações de consumo.

Exatamente quando foi distribuída a presente demanda (06.06.2002), o Procon/SP completava 25 anos de existência. O momento dessa passagem certamente foi único na vida de todos e ficou registrado como um marco na busca incessante do que é justo no mercado de consumo e que somente poderá ser alcançado com o efetivo equilíbrio nessas relações, até porque a história não termina aqui. Continuará sendo escrita, cabendo à Fundação coapelante avançar no trabalho de conscientização da população acerca de seus direitos, lutar pelos avanços legislativos e distribuição da justiça e, paralelamente, buscar dos fornecedores o necessário respeito aos consumidores, ao meio ambiente e o compromisso da responsabilidade social.

Com a contribuição do trabalho desenvolvido pela Fundação Procon, coapelante, surge o *consumidor cidadão*, que busca previamente informação e orientação, questiona e exige respeito a direitos nos diversos segmentos de mercado, participa e acompanha as mudanças que se fazem necessárias para a solução de problemas individuais e coletivos. Com uma atuação efetiva, o *consumidor cidadão* e a Fundação co-apelante, sem dúvida, já têm seu lugar na história.³

2 FERRARA, Francesco. *Interpretação e aplicação das leis*. São Paulo: Saraiva, 1934. p. 95-96, conforme original.

3 Texto adaptado e extraído do sítio da Fundação Procon coapelante. Disponível em: <www.procon.sp.gov.br>.

Justamente esse designado *consumidor cidadão* procurou a Fundação coapelante para noticiar as arbitrariedades, bem descritas na peça inicial, cometidas pela empresa apelada. Legitimados pela combinação dos artigos 81, parágrafo único, incisos II e III, e 82, incisos II e III, do Código de Proteção do Consumidor (Lei n. 8.078/90), 1º, inciso I, e 5º, *caput*, da Lei n. 7.347/85 (Lei que disciplina a ação civil pública); 3º, inciso V, da Lei estadual n. 9.192, de 23.11.1995 (Lei criadora da Fundação Procon), regulamentada pelos Decretos Estaduais ns. 41.170, de 23.09.1996, artigo 4º, inciso V, e 41.727, de 22.04.1997, artigo 4º, inciso V (Estatuto da Fundação Procon)⁴, só restaram aos coapelantes ingressarem com a ação civil pública em discussão.

Antes de mais nada, a defesa do consumidor tem natureza constitucional, como direito fundamental, e é princípio geral da atividade econômica (arts. 5º,

4 Código de Defesa do Consumidor: “Artigo 81 – A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único – A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II – interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum. Artigo 82 – Para os fins do artigo 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente: I – o Ministério Público, II – a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal; III – as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código; (...) Artigo 91 – Os legitimados de que trata o artigo 82 poderão propor, em nome próprio e no interesse das vítimas ou seus sucessores, ação civil coletiva de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos, de acordo com o disposto nos artigos seguintes”. Lei de Ação Civil Pública: Artigo 1º – Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos causados: I – ao meio-ambiente; (...) Artigo 5º – A ação principal e a cautelar poderão ser propostas pelo Ministério Público, pela União, pelos Estados e Municípios. Poderão também ser propostas por autarquia, empresa pública, fundação, sociedade de economia mista ou por associação que: (...)”. Lei n. 9.192, de 23.11.1995: *Autoriza o Poder Executivo a instituir a Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor – Procon* (...) Artigo 3º – Para a consecução de seus objetivos, deverá a Fundação: (...) V – promover as medidas judiciais cabíveis, na defesa e proteção dos interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos dos consumidores”. Decreto n. 41.170, de 23.09.1996: *Regulamenta a Lei n. 9.192, de 23.11.1995, e institui a Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor – PROCON e dá providências correlatas* (...) Artigo 4º – Para a consecução de seus objetivos, deverá a Fundação: (...) V – promover as medidas judiciais cabíveis, na defesa e proteção dos interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos dos consumidores”. Decreto n. 41.727, de 22.04.1997: *Aprova os Estatutos da Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor – Procon* (...) Artigo 4º – Para consecução de seus objetivos, deverá a Fundação: (...) V – promover as medidas judiciais cabíveis, na defesa e proteção dos interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos dos consumidores.”

inc. XXXII e 170, inc. V)⁵. Dando cumprimento à Carta da República⁶, a Lei ordinária n. 8.078/90 instituiu o Código de Defesa do Consumidor, que veio propiciar a proteção da sociedade, o equilíbrio das relações de consumo, a repressão ao abuso do poder econômico e do lucro arbitrário, o desenvolvimento socioeconômico, sendo, portanto, um direito–dever de cidadania.⁷

Tamanha a relevância da matéria consumerista que o constituinte bandeirante, em razão do poder constituinte derivado decorrente, cuidou também de inserir na Carta Política Estadual o amparo ao consumidor.⁸

É bom que se registre que o Procon/SP, antes mesmo de adquirir personalidade jurídica própria, já tinha legitimação ativa para a defesa judicial dos consumidores. O inciso III do artigo 82 atribuiu legitimação *ad causam* a entidades e órgãos da Administração pública, direta e indireta, ainda que sem personalidade jurídica, o que se fazia necessário para que órgãos públicos como o Procon (Grupo Executivo de Proteção ao Consumidor), bastante ativos e especializados em defesa do consumidor, pudessem também agir em juízo⁹. Está aí consignado o reconhecimento do legislador para a relevância da atividade desenvolvida pela Fundação Procon na proteção dos consumidores, diante dos abusos cometidos pelas empresas fornecedoras e prestadoras de serviço aos seus clientes.

5 Constituição Federal: “Artigo 5º – Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo–se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXXII – o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor; (...) Artigo 170 – A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) V – defesa do consumidor;”

6 ADCT: “Artigo 48 – O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor.”

7 RUSSOMANO, Rosah. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1997. p. 260.

8 Constituição Estadual: Título VII – Da Ordem Social... Capítulo VI – Da Defesa do Consumidor: “Artigo 275 – O Estado promoverá a defesa do consumidor mediante adoção de política governamental própria e de medidas de orientação e fiscalização, definidas em lei. Parágrafo único – A lei definirá também os direitos básicos dos consumidores e os mecanismos de estímulo à auto–organização da defesa do consumidor, de assistência judiciária e policial especializada e de controle de qualidade dos serviços públicos. Artigo 276 – O Sistema Estadual de Defesa do Consumidor, integrado por órgãos públicos das áreas de saúde, alimentação, abastecimento, assistência judiciária, crédito, habitação, segurança e educação, com atribuições de tutela e promoção dos consumidores de bens e serviços, terá como órgão consultivo e deliberativo o Conselho Estadual de Defesa do Consumidor, com atribuições e composição definidas em lei.”

9 WATANABE, Kazuo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999. p. 642–643, comentários ao artigo 82.

Aliás, esse significativo entendimento ficou bem assentado com a manifestação do Superior Tribunal de Justiça em 2002, na ação civil pública, patrocinada pela Procuradoria Geral do Estado, a pedido do Procon/SP, quando esse órgão ainda era Coordenadoria de Proteção e Defesa do Consumidor.

A demanda fora ajuizada em face da Lello Vendas, Administração de Imóveis e Condomínios S/C Ltda., Gomes de Almeida Imobiliária e Administração S/C Ltda., Hubert Imóveis e Administração Ltda. e ITA Negócios Imobiliários (Autos n. 173/94, da 7ª Vara da Fazenda Pública da Capital), objetivando a suspensão da cobrança das taxas de intermediação, elaboração de contrato, administração imobiliária, prestação de locar imóveis, ou quaisquer outras denominações que possam ter, praticadas pelas demandadas em relação aos seus clientes que as procuravam para alugar imóvel. Ao apreciar a legitimidade do Procon/SP, o Superior Tribunal de Justiça assim de pronunciou:

“O Procon – Coordenadoria de Proteção e Defesa do Consumidor, por meio da Procuradoria Geral do Estado, tem legitimidade ativa para ajuizar ação coletiva em defesa de interesses individuais homogêneos, assim considerados aqueles direitos com origem comum, divisíveis na sua extensão, variáveis individualmente, com relação ao dano ou à responsabilidade. São direitos ou interesses individuais que se identificam em função da origem comum, a recomendar a defesa coletiva, isto é, a defesa de todos os que estão presos pela mesma origem. No caso, o liame está evidenciado, alcançando os candidatos a inquilinos que são cobrados de taxas indevidas. Recurso conhecido e provido.” (STJ – REsp n. 200827/SP, 3ª Turma, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, v.u., j. 26.08.2002, DJ, de 09.12.2002, p. 339).

Como se pode constatar, se antes de adquirir personalidade jurídica própria o Procon/SP já era reconhecido como legitimado e com interesse de agir para ajuizar ação civil pública na defesa dos consumidores, aliás, diga-se de passagem, causa, motivo, razão de sua instituição e existência, ainda mais a partir de sua autonomia obtida em 1995, quando se transformou em Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor (Procon/SP), órgão público vinculado à Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania.

Prequestionamento de artigos da Constituição Federal, do Código de Defesa do Consumidor e da Lei de Ação Civil Pública

A princípio, consigne-se que a r. sentença guerreada infringiu a Carta da República, artigos 5º, inciso XXXII, e 170, inciso V, assim como normas infraconstitucionais, a saber o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90), artigos 81, parágrafo único, incisos II e III, e 82, incisos II e III, e a Lei n. 7.347/85 (Lei que disciplina a ação civil pública – LACP), artigos 1º, inciso I, e 5º, *caput*, os

quais ficam desde já prequestionados para o fim de eventual interposição de recurso extraordinário (especial ou extraordinário estrito senso), requerendo, acerca desses artigos, expressa análise pelo Tribunal *ad quem*.

Dos fundamentos da r. decisão monocrática

Eis a parte da fundamentação:

“Impõe-se por primeiro, a análise da preliminar arguida pela ré, concluindo-se por sua procedência.

Falta aos autores legitimidade ativa bem como não se configura interesse de agir, já que incabível a propositura de ação civil pública no caso em tela.”

Em seguida, é utilizado parecer integrante da *Revista dos Tribunais* (v. 648, p. 7-12, out. 1989), da lavra do desembargador aposentado do Rio de Janeiro Luis Antonio de Andrade, no qual discorre sobre interesses difusos e coletivos.

E continua,

“Logo, a demanda não visa nesse ponto à proteção de toda a coletividade dos assinantes. Por outro lado, a perda da qualidade da programação é por demais subjetiva (...). Não há definição precisa nem mesmo dos consumidores que efetivamente foram lesados pela alteração da grade de programação, não se sabendo ao certo quais datas devem ser utilizadas como base para a análise da alegada perda da qualidade dos serviços (...).

Quanto à revista, como visto, a ação visa à proteção de grupo pequeno de assinantes da ré, grupo esse, diga-se, perfeitamente determinável. Não há, portanto, interesse difuso ou coletivo a ser defendido, mas interesse individual plúrimo, patrimonial e disponível.

No mais, quanto às cláusulas consideradas abusivas, o direito de sua revisão pertence aos consumidores individuais que se considerarem lesados, não havendo tampouco interesse difuso ou coletivo passível de proteção por meio de ação civil pública, até porque tais direitos dizem respeito a um grupo de pessoas assinantes de determinado serviço de TV a cabo.

Assim, manifesta a ilegitimidade ativa dos autores para a propositura da ação civil pública, bem como a própria inadequação do meio processual eleito.

Isto posto e considerando o mais que dos autos consta, declaro extinto o processo, sem julgamento do mérito, nos termos do artigo 267, VI, do Código de Processo Civil. Inviável a condenação dos autores nos ônus da sucumbência.”

Da defesa dos direitos dos consumidores

Ora, *com o devido respeito*, essa fundamentação não tem o respaldo do ordenamento jurídico vigente que rege a relação consumerista dos tutelados pelos coapelantes e a empresa apelada. As normas que incidem nessa relação são o Código de Defesa do Consumidor, surgido em 11.10.1990, portanto após a publicação

da doutrina utilizada no r. *decisum* (out. 1989), combinado com a lei que disciplina a ação civil pública (Lei n. 7.347/85).

Na mesma época, em 1989, artigo *também* integrante da *Revista dos Tribunais* de outubro de 1989 (v. 648, p. 31–45), de autoria do advogado de Brasília Luiz Otávio de Oliveira Amaral, já trazia a história e fundamentos do direito do consumidor, com estas palavras:

“De fato, a complexidade da sociedade moderna, a tecnologia, a produção e o consumo impõem novas formas de participação social e de solução dos conflitos que, de ordinário, ultrapassam o simplismo do dualismo autor *versus* réu, do interesse próprio (individual) e da atual legitimação processual ativa que aqui, não obstante a nossa recente ação civil pública (Lei n.7.347, de 04.07.1985), ainda carece ser mais adequada aos atuais dias.” (p. 36–37).

“O consumidor enquanto adquirente está largamente desamparado; enquanto usuário tem à disposição o regime da responsabilidade extracontratual, que esbarrava, contudo, na prova da culpa, do dano e do prejuízo.

No Brasil até agora não se pode falar em um ‘direito do consumidor’, em que pese a vasta legislação que direta ou indiretamente ‘protege’ o consumidor.

Os interesses difusos (que são ao mesmo tempo de todos e de ninguém), cujas características são precisamente a extrema órbita de conflituosidade (segmentos sociais *versus* segmentos sociais) e a informalidade do vínculo aglutinador, na configuração atual rendem ensejo ao ideal de novas formas de participação necessárias como implemento para melhorar a qualidade de vida social.” (p. 37).

“Um dos pontos que ainda poderá marcar indelevelmente a chamada Nova República será a concretização de uma política de defesa do consumidor, de âmbito nacional, conforme se prevê no Decreto n. 91.469, de 27.07.1985 (já alterado pela Dec. n. 95.508, de 23.06.1987, que criou o Conselho Nacional de Defesa do Consumidor – CNDC).

Uma política efetiva de proteção aos direitos do consumidor não pode e não deve ser entendida como uma ação contra as forças de produção e distribuição. Ela deve representar, em verdade, uma salutar busca de equilíbrio e justiça social, com um incisivo respeito aos direitos humanos e, deve se dirigir, punitivamente, apenas àqueles que violem esses ideais.” (p. 41–42).

À vista disso, era sob esse enfoque que surgiu o Código de Defesa do Consumidor, para tutelar os interesses dos consumidores, que antes de 1988 se via pouco amparado pelo ordenamento jurídico, apenas através de esparsas e casuísticas normas infraconstitucionais. Ao longo do tempo e em decorrência de um processo de conscientização gradual, ganhou importante espaço dentro de nossa Carta Magna, não apenas pelo dispositivo em questão (art. 5º, XXXII), como também pela criação de um código específico para a defesa de seus direitos, a citada Lei n. 8.078/90.¹⁰

10 A CONSTITUIÇÃO do Brasil 1988 Comparada com a Constituição de 1967 e Comentada. São Paulo: Price Waterhouse, 1989, p. 171.

Como se pode inferir, dentro desse contexto histórico percorrido, é inegável a legitimidade e interesse das coapelantes para a propositura da ação civil pública. Legitimidade disjuntiva e concorrente estampada no artigo 82, incisos II e III, do Código de Defesa do Consumidor, e interesse (necessidade–adequação), amparado no artigo 81, parágrafo único, incisos II e III, do mesmo *codex*.

A necessidade decorre da incumbência concedida aos coapelantes, notadamente à Fundação Procon, consubstanciada na precitada Lei estadual n. 9.192/95, que se traduz em sua razão de existência, na promoção das medidas judiciais cabíveis, na defesa e proteção dos interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos dos consumidores (art. 3º, inc. V), que na espécie referem-se aos usuários de TV por assinatura por meio de cabo, serviço esse prestado pela empresa apelada.

A adequação também está correta, pois a medida utilizada, ação civil pública, é a única que evitará decisões conflitantes, garantindo sobremaneira a segurança jurídica, em razão das eventuais múltiplas demandas a serem ajuizadas pelos consumidores lesados (arts. 83 do CDC e 1º, inc. II, da Lei n. 7.347/85)¹¹, como sugere a nobre magistrada.

No Estado de São Paulo, a Procuradoria Geral do Estado, por exemplo, tem prestado valiosa assistência judicial ao Procon, ingressando com ações civis públicas em prol dos consumidores difusa e coletivamente considerados, como nos casos de publicidade enganosa (“Caso Yakult” – produto “bom para barriguinha”), “planos de saúde” e, mais recentemente, “cobrança de resíduos de bens imóveis”.¹²

É de se ver que bem antes da coapelante Fundação Procon adquirir sua autonomia, ou seja, obter personalidade jurídica própria, ela já detinha legitimidade, conforme o inciso III do artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor, que outorgou legitimação específica às entidades e órgãos da Administração pública direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, desde que interessados na defesa do consumidor (como *e.g.* os Procons de São Paulo ou de Goiânia).¹³

11 Código de Defesa do Consumidor: “Artigo 83 – Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela”. Lei n. 7.347, de 24.07.1985: “Artigo 1º – Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: (...) II – ao consumidor;”

12 GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 106.

13 CRUZ e TUCCI, José Rogério. Código do Consumidor e Processo Civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 80, n. 671, p. 34, set. 1991.

Comentando o artigo 5º da Lei de Ação Civil Pública, que se refere aos legitimados, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery¹⁴ ensinam que:

“Para as ações coletivas na tutela de direitos difusos e coletivos, trata-se de *legitimação autônoma*; já para a tutela de direitos individuais homogêneos (v. CDC 81, par. ún., III), haverá substituição processual, isto é, legitimação extraordinária. Quando o Estado federado move ACP, não está ali na tutela de direito seu, individual, mas de direito que transcende a individualidade. Para a correta solução dos problemas processuais decorrentes da tutela jurisdicional dos direitos difusos e coletivos, não se pode raciocinar com o instituto do *interesse* processual, como se estivéssemos diante de tutela meramente individual. A fundação pública tem *personalidade judiciária*, podendo ajuizar ACP, autorizados pelo CDC 82, III, aplicáveis às demais ações coletivas por força da LACP 21, desde que o órgão tenha finalidade institucional a defesa de um dos direitos objeto de proteção pela LACP.”

Mais, os direitos em discussão transcendem a simples individualidade preconizada pela i. julgadora. Caracterizam-se em direitos eminentemente coletivos em sentido estrito, interesses socialmente relevantes, metaindividuais, visto abranger todos os usuários do serviço prestado pela empresa apelada até aquele momento em que fora distribuída a presente demanda (junho de 2002), e os futuros assinantes.

Isso demonstra claramente a ligação que une os tutelados, vale dizer, o contrato formalizado com a empresa apelada, que forma um grupo de consumidores prejudicados pelo comportamento lesivo da contratante.

É preciso ter em vista que, seguindo o emitido na r. sentença, ao se transferir exclusivamente para cada consumidor lesado a iniciativa da demanda, é certo que não se chegaria a bom termo o objetivo coletivo, pois, na realidade, é com isso que conta a empresa apelada.

A ação coletiva representa, do ponto de vista processual, a grande vantagem do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, quer pelo vigor que a ação coletiva carrega consigo, quer pelas facilidades (inexistem quaisquer despesas, art. 87), quer ainda, pelo esforço conjunto, somado e conjugado a ser exercitado perante um fornecedor que é, praticamente sempre, sem comparação mais forte e aparelhado, a todos os títulos, do que o mero consumidor, se individualmente considerado. Nas hipóteses dos incisos I e II do artigo 81, há que se ter presente que, mesmo que não nominados individualmente os interessados, podem vir eles a aproveitarem-se dos efeitos favoráveis da sentença, pelo agir dos legitimados que estão indicados pelo Código de Proteção e Defesa do Consumidor (art. 82). No que diz respeito à hipótese do inciso III do parágrafo único do artigo 81, beneficiam-se dos efeitos

14 NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 1.319-1.320.

favoráveis do agir dos legitimados do artigo 82 e, bem assim, pelo agir dos legitimados, pela Lei n. 7.347, de 24.07.1985 (art. 5º), por causa do disposto no artigo 103, parágrafo 3º, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor.¹⁵

É de se destacar a natureza das ações introduzidas e os escopos das respectivas tutelas, conforme o Código de Proteção do Consumidor, segundo ministra José Rogério Cruz e Tucci:¹⁶

“A tutela judicial do consumidor, nos moldes em que estruturada no aludido Código, conferiu relevo à defesa coletiva, como, aliás, expressa o parágrafo único do artigo 81.

Assim, além da ação civil pública, regulada pela Lei n. 7.347/85, e da ação de responsabilidade civil, prevista nos artigos 101 e 102 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, o examinado parágrafo único do artigo 81 instituiu as outras ações de conhecimento que se consubstanciam nas espécies de tutela jurisdicional típica do consumidor no campo do processo civil.

A tutela visada pelas ações, previstas nos incisos I e II do dispositivo mencionado por derradeiro, tem conotação preventiva, sendo meramente inibitória, se a lesão ao direito do consumidor ainda não tiver ocorrido, mas também sancionatória, se o pedido for cumulado com o de aplicação de multa, ou imposta, de ofício pelo juiz.

Já aquela prevista no inciso III, atinente à proteção dos direitos individuais homogêneos, é exclusivamente reparatória, porquanto visa à indenização dos danos sofridos pelo consumidor.”

Assim, somente uma ação coletiva tem o poder, a força e a expressão significativa para compelir a empresa recorrida a cumprir os mandamentos esculpidos no Código de Defesa do Consumidor, e, sobretudo, uniformizar o entendimento judicial, evitando, assim, a diversidade de interpretações judiciais que ocorrem nas demandas individuais.

A esse respeito, doutrina Rodolfo de Camargo Mancuso:¹⁷

“Logo, se num caso concreto constata-se que o interesse objetivado é um daqueles já nominadamente ‘normatizados’ (v.g. meio ambiente, consumidores) ou então é um outro interesse socialmente relevante, seja em sua *essência* (difusos, coletivos em sentido estrito) ou em sua exteriorização (individuais homogêneos), não se poderá denegar a tutela judicial através da ação civil pública, ajuizável por qualquer dos legitimados ativos. Colocar restrições ou exigências para essa tutela, não autorizadas – na letra ou no espírito dos textos de regência (Leis ns.

15 ALVIM, Arruda et al. *Código do Consumidor comentado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 374–375.

16 CRUZ e TUCCI, José Rogério, *Código do Consumidor e Processo Civil*, cit., p. 33.

17 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Interesses difusos e coletivos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 87, n. 747, p. 71–72, jan. 1998.

7.347/85; 8.078/90, arts. 81 a 104, 110, 117) – é, de um lado, *questionar as razões da lei* e, de outro, distinguir onde não o fez o legislador – *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*: onde a lei não distingue, não pode o intérprete distinguir (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 246).

Ao prever o trato processual coletivo para situações eminentemente coletivas (embora estas comportem a gradação antes referida), pretendeu o legislador atingir, a um tempo, relevantes objetivos:

- a) outorgar resposta judiciária isonômica e unitária aos grandes conflitos de massa, onde se controvertem interesses plurissubjetivos de largo espectro social;
- b) coartar o tratamento processual atomizado de tais situações, pelo risco de decisões qualitativamente diversas, que acarretam injustiça às partes e descrédito na função judicial;
- c) contribuir, poderosamente, para a desobstrução do serviço judiciário, hoje assoberbado pelo constante ajuizamento de demandas individuais, decorrentes da ‘atomização’ ou ‘fracionamento’ de controvérsias que, de outro modo, poderiam e deveriam ser conduzidas em modo processual coletivo. Nesse sentido, Kazuo Watanabe (Demandas coletivas e os problemas emergentes da *práxis* forense. *Revista de Processo* 67/19) aponta ‘o objetivo colimado pelo legislador, que foi o de tratar molecularmente os conflitos de interesses coletivos, em contraposição à técnica tradicional de solução atomizada, para com isso conferir peso político maior às demandas coletivas, solucionar mais adequadamente os conflitos coletivos, evitar decisões conflitantes e aliviar a sobrecarga do Poder Judiciário atulhado de demandas fragmentárias’.”

Destaque–se: essa a razão da ação coletiva para a proteção dos consumidores. Tem–se que dar amplitude de interpretação na defesa dos usuários de serviço de TV a cabo prestado pela empresa apelada. Não se pode simplesmente ignorar o Código de Defesa do Consumidor, considerando–o letra inexistente.

Exigir que cada usuário–consumidor pelo serviço prestado gerador de lesão proponha sua ação individual, protegendo seus interesses individuais, com a devida *vênia*, seria desconsiderar as razões, os fundamentos e objetivos da ação coletiva. Justamente essa medida visa a agrupar, numa mesma demanda judicial, o maior número de direitos, cabendo à fase preparatória da execução cuidar da individualização dos danos sofridos, por meio da habilitação dos efetivamente prejudicados com a conduta da empresa recorrida, para fins de ressarcimento dos danos (art. 91 e ss. do CDC).

Há, sim, direitos coletivos a serem tutelados pelos coapelantes.

Esses direitos são representados pelo grupo de consumidores determináveis que contrataram com a empresa apelada, surgindo, daí, a relação jurídica–base tratada no inciso II do artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor.

Ainda que não se visualize abrangência a toda categoria, vez que alguns consumidores podem ter formalizado contrato em situações diferenciadas, certamen-

te há uma categoria, da qual fazem parte aqueles consumidores que formalizaram reclamação perante a Fundação Procon coapelante, ainda que em menor escala, vinculada, unida, decorrente da origem comum da efetiva lesão patrocinada pela empresa apelada, caracterizando, nesse caso, interesses ou direitos individuais homogêneos (art. 81, inc. III, do CDC).

Por outro lado, há certos direitos e interesses individuais homogêneos que, quando visualizados em seu conjunto, de forma coletiva e impessoal, passam a representar mais que a soma de interesses dos respectivos titulares, mas verdadeiros interesses sociais, sendo cabível sua proteção pela ação civil pública.¹⁸

Na realidade, o fato é que a pretensão material e a tutela jurisdicional é o que efetivamente identifica o direito como coletivo e individual homogêneo. Ou seja, o tipo de pretensão é que classifica um direito ou interesse como difuso, coletivo ou individual¹⁹. Não se pode tachar a presente lide como sendo exclusivamente coletiva ou individual homogênea. Seja como for, as características da situação conflituosa dão legitimidade às coapelantes para ajuizarem ação civil pública, o que denota o infeliz encaminhamento dado pela i. julgadora de primeiro grau à demanda proposta.

Assinale-se que ainda que o interesse em disputa seja disponível, isso não descaracteriza a proteção pela via de ação civil pública. A razão é bem simples: o serviço de TV por assinatura constitui-se em atividade de lazer, e o lazer é considerado direito social do homem como consumidor²⁰, nos termos do artigo 6º da Carta da República, ou seja, é direito fundamental²¹. Os direitos sociais são normas constitucionais, que se efetivam como dimensões específicas dos direitos fundamentais do homem, refletindo prestações positivas do Estado e permitindo condições de vida mais humanas à classe trabalhadora.²²

Inquestionável, incontestável, inatacável, após as assertivas acima, a legitimidade e interesse de agir das coapelantes na defesa coletiva em juízo dos consumidores da empresa apelada, por meio da ação civil pública em debate; portanto, não agem eles em benefício próprio. Isso decorre, naturalmente, do diálogo harmonioso entre o Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90) e a Lei de Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85).

18 STJ – REsp n. 95347/SE, 5ª Turma, rel. Min. Edson Vidigal, v.u., j. 24.11.1998, DJ, de 01.02.1999, p. 221, recurso conhecido e provido.

19 NERY JUNIOR, Nelson. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999. p. 874, comentários ao art. 110.

20 SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 290.

21 Constituição Federal: Art. 6º, CF – São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (nosso destaque).

22 FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 223.

Em realidade, os legitimados pelo artigo 82 agem *ex lege*, independentemente de autorização daqueles em cujo benefício agem, mas o fazem no interesse deles (ou seja, no interesse alheio); ou agem em seu próprio nome, mas em função de um interesse que não lhes é pessoal ou patrimonial, direta ou indiretamente.²³

Importante assinalar também que a parte contrária é empresa significativa no mercado, detendo 38% do mercado brasileiro, número esse que lhe dá a dianteira nesse segmento comercial, representando 59% a prestação de serviço de TV a cabo (fonte: sítio da recorrida <http://nettv.globo.com/NETServ/br/empr/ri_frame.jsp?PageLink=1>).

Ou seja, ante o poder econômico que representa a empresa apelada, frente à desproporcionalidade na relação individual com seus consumidores, é de rigor a facilitação na defesa dos interesses e direitos desses últimos, que, aliás, é considerado um dos direitos básicos do consumidor, dentre outros (art. 6º, II a VIII, do CDC).²⁴

Ademais, os consumidores, como grupo difuso que são, não se organizam, ou não se organizam adequadamente para a defesa de seus interesses. Cabe então ao Estado substituir-se a eles, tutelando-lhes os direitos e interesses.²⁵

Antes de concluir, chama-se a atenção para os julgados favoráveis, que dizem respeito a outras questões similares, envolvendo de um lado os coapelantes na proteção dos consumidores frente aos prestadores de serviços, em que se utilizou, como meio para a obtenção da prestação jurisdicional, a ação civil pública.

Conclusão

De tudo que foi explanado, é cristalino que o direcionamento dado pela preclara julgadora não foi o mais acertado, por se entrenchocar com os comandos

23 ALVIM, Arruda et al., *Código do Consumidor comentado*, cit., p. 360–361.

24 Dos Direitos Básicos do Consumidor: Artigo 6º – São direitos básicos do consumidor: (...) II – a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações; III – a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem; IV – a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços; V – a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas; VI – a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos; VII – o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção jurídica, administrativa e técnica aos necessitados; VIII – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

25 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direito constitucional econômico*. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 45.

legais que regem a relação consumerista, razão por que não deve ser mantido o combatido e obedecido *decisum*. Logo:

I. conquanto a demanda não absorva toda coletividade de assinantes, indiscutivelmente há um grupo, categoria, classe de pessoas da qual fazem parte aqueles consumidores que formalizaram reclamação perante a Fundação Procon coapelante, ainda que em menor escala, vinculada, unida, decorrente da origem comum da efetiva lesão patrocinada pela empresa apelada, caracterizando, nesse caso, interesses ou direitos individuais homogêneos (art. 81, inc. III, do CDC);

II. há, sim, interessados determináveis que, de fato, foram lesados pela alteração da grade de programação, ficando para a fase de liquidação a habilitação desses consumidores que pretenderem ser ressarcidos dos danos sofridos (art. 97 do CDC);

III. a respeito da revista de programação, vale o que está descrito no item I;

IV. em relação às cláusulas abusivas, como insistentemente realçado, não se pode simploriamente transferir a iniciativa a cada consumidor lesado, pois isso contraria a intenção do legislador, ao possibilitar a ampla forma de defesa via ação civil pública, outorgada aos entes arrolados no artigo 82, do Código de Defesa do Consumidor. Cabível, inegavelmente, na espécie, a ação civil proposta;

V. em casos dessa espécie, decorrente dessas abusividades relacionadas, é de rigor a condenação da empresa apelada, *genericamente*, a ressarcir os prejuízos causados aos consumidores (art. 95 do CDC);

VI. indubitável, por consequência, a legitimidade e interesse de agir das coapelantes para a propositura da presente demanda *sub judice*, com destaque, além disso, para a Fundação Procon, que tem na sua essência a defesa dos consumidores lesados por fornecedores e/ou prestadores de serviço.

De todo o exposto, aguardam e requerem o Estado de São Paulo e a Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor – Procon/SP seja o presente recurso de apelação *conhecido e provido*, para que a respeitável decisão monocrática de primeira instância seja reformada, para afastar a carência de ação, reconhecendo, destarte, a legitimidade e o interesse de agir das coapelantes para a defesa e guarda dos consumidores que contrataram com a empresa apelada Net São Paulo Ltda, pela via da ação civil pública.

Subsidiariamente²⁶, pleiteiam-se, ao menos, a manutenção da legitimidade e interesse de agir da Fundação Procon.

São Paulo, 9 de junho de 2004.

NORBERTO OYA

Procurador do Estado

²⁶ Princípio da eventualidade, artigo 289 do Código de Processo Civil.

ACÓRDÃO

Apelação com Revisão n. 967.106–0/0/São Paulo
Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
Seção de Direito Privado
35ª Câmara

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os desembargadores desta turma julgadora da Seção de Direito Privado do Tribunal de Justiça, de conformidade com o relatório e o voto do relator, que ficam fazendo parte integrante deste julgado, nesta data, deram provimento ao recurso, ficando afastada a extinção decretada em primeiro grau, por votação unânime. Fará declaração de voto vencedor o revisor.

Turma Julgadora da 35ª Câmara
Relator: Des. Melo Bueno
Revisor: Des. Manoel Justino Bezerra Filho
3º Juiz: Des. Clovis Castelo
Juiz Presidente: Des. Melo Bueno
Data do julgamento: 18.02.2008
DES. MELO BUENO
Relator

VOTO

Prestação de Serviços – Ação civil pública. Associação de consumidores. Entidade que possui legitimidade ativa para a ação. Extinção afastada. Matéria alegada que depende da produção de provas. Prosseguimento em primeiro grau. Recurso provido.

Trata-se de apelação contra r. sentença que, reconhecendo a ilegitimidade ativa, julgou extinto o processo, sem julgamento do mérito. Pleiteiam os apelantes a reforma do julgado, sustentando que possuem legitimidade ativa, pois, apesar da ação não absorver toda a coletividade de assinantes, há um grupo que formalizou reclamação perante a Fundação Procon, decorrente da lesão comum patrocinada pela apelada, caracterizando direitos individuais homogêneos; há interesses determináveis que foram lesados pela alteração da grade de programação dos canais; quanto às cláusulas abusivas do contrato, não se pode simplesmente transferir a iniciativa de cada consumidor lesado, por contrariar a intenção do legislador ao possibilitara ampla forma de defesa via ação civil pública.

O recurso, que é tempestivo, foi regularmente processado respondido, tendo o Ministério Público opinado pelo seu provimento.

É o relatório.

O recurso apresentado merece acolhida.

Com efeito, a associação de consumidores tem legitimidade para ajuizar a presente ação, contra empresa de televisão a cabo. Sendo certo que, neste sentido, o E. Superior Tribunal de Justiça, reconheceu a legitimidade ativa da apelante. Pois, o pedido inicial versa sobre a defesa de interesses coletivos de um grupo de pessoas determinadas que celebraram contrato de prestação de serviços (confirmam-se AI n. 651.212-MG, rel. Min. Humberto Gomes de Barros; REsp n. 566.862-SP, rel. Min. Nancy Andrighi).

Discorrendo sobre a questão, escreve Rizzatto Nunes:

“Além disso, é a própria Lei n. 8.078 que expressamente dá legitimidade para que a associação privada possa propor ações judiciais para a defesa dos interesses e direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos dos consumidores (art. 82, IV, c.c. o art. 81 e parágrafo único). Da mesma forma a Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347, de 24.07.0985) garante que as ações que ela regula possam ser propostas por associação privada (art. 5º).” (*Curso de direito do consumidor*, São Paulo: Saraiva, p. 378).

Impõe-se, pois, o afastamento da extinção decretada em primeiro grau, com o prosseguimento do feito à fase instrutória. Mesmo porque a autora postulou a produção de provas, inclusive periciais, para a comprovação do aumento abusivo dos preços, bem como a qualidade dos serviços prestados ao longo tempo.

Aliás, reiterada sua produção, conforme se verifica a fls.

Assim, incabível a aplicação do artigo 515, parágrafo 3º, do Código de Processo Civil, uma vez que o processo reclama a produção de provas, a fim de que sejam devidamente analisados os pedidos formulados na inicial, impondo-se o seu prosseguimento em primeiro grau.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso, ficando afastada a extinção decretada em primeiro grau.

FERNANDO MELO BUENO FILHO

Desembargador Relator

Declaração de Voto Vencedor

1. Manifesto-me de acordo com o resultado do voto do eminente relator, pois entendo que deve ser afastada a extinção da ação, vez que os autores têm legitimidade ativa. Os autores são o Estado de São Paulo, pessoa jurídica de direito público interno (art. 41, II, do CC) e a Fundação Procon (art. 44, I e III do CC).

2. Observo ainda que o apelado dirige toda a sua argumentação no sentido de afirmar que o Ministério Público não tem legitimidade para a ação. No entanto, a ação não está sendo ajuizada pelo Ministério Público, e sim pelo Estado de São Pau-

lo e pelo Procon. Este ponto aliás está bem analisado na manifestação do Ministério Público. O parecer da Procuradoria Geral de Justiça é no mesmo sentido.

3. Assim, pelas razões constantes da apelação, com os subsídios dos julgados juntados a fls., com base ainda nos pareceres do Ministério Público de Primeira e Segunda Instâncias, acompanho o resultado do voto do douto relator.

São Paulo, 18 de fevereiro de 2008.

MANOEL JUSTINO BEZERRA FILHO

Revisor