BOLETIM

Referências valiosas para você desenvolver o seu trabalho.

ISSN 2237- 4515

CEPGE

CENTRO DE ESTUDOS DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

JULHO/AGOSTO 2009

BOLETIM

Referências valiosas para você desenvolver o seu trabalho.

CEPGE

CENTRO DE ESTUDOS DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

www.pge.sp.gov.br – B. CEPGE v. 33 – n. 4 – julho/agosto 2009

Sumário

Editorial
Coordenadoria das Autarquias 247

Cursos e Eventos
Eventos do Centro de Estudos e da Escola Superior da PGE 249
Eventos em parceria com outras instituições 249

Peças e Julgados
Ação Civil Pública – Prestação de Serviço de TV a Cabo 251
Responsabilidade Objetiva do Estado – Indenização por Danos Morais. Inexistência 273

Ementário
Consultoria 283
Contencioso Fiscal 285
Contencioso Geral 290

Expediente

Procuradoria Geral do Estado

Procurador Geral do Estado
Marcos Fábio de Oliveira Nusdeo

Procurador Geral do Estado Adjunto
Marcelo de Aquino

Procuradora do Estado Chefe de Gabinete
Carmen Lúcia Brandão

Subprocuradora Geral da Consultoria
Maria Christina Tibiriçá Bahbouth

Subprocurador Geral do Estado da Área do Contencioso Geral
Ary Eduardo Porto

Subprocurador Geral do Estado da Área do Contencioso Tributário–Fiscal
Eduardo José Fagundes

Procurador do Estado Corregedor Geral
Nilson Berenchtein Junior

Procuradora do Estado Ouvidora Geral
Flávia Cherto Carvalhaes

Assessoria

Anadil Abujabra Amorim, Antonia Marilda Ribeiro Alborgheti, Carla Maria Rossa Elias Rosa, Célia Almendra Rodrigues, Cristiana Correa Conde Faldini, Cristina Maura Rodrigues Sanches Marçal Ferreira, Cyro Saadeh, Daniela Fernandes Anselmo Gonçalves Rodrigues, Fernanda Ribeiro de Mattos Luccas, Flávia Cherto Carvalhaes, Geraldo Alves de Carvalho, Guilherme Dario Russo Kohnen, Inês Maria Jorge dos Santos Coimbra, Jacqueline Zabeu Pedroso, Jaques Lamac, José Luiz Borges de Queiroz, José Roberto de Moraes, Lúcia Cerqueira Alves Barbosa, Luciana Rita Laurenza Saldanha Gasparini, Olavo José Justo Pezzotti, Paola de Almeida Prado, Pasqual Totaro, Renato Kenji Higa, Renato Peixoto Piedade Bicudo, Rosely Sucena Pastore, Tatiana Gaiotto Madureira, Vera Lúcia Gonçalves Barbosa, Virgilio Bernardes Carbonieri e Wladimir Ribeiro Júnior.

Conselho da PGE

Marcos Fábio de Oliveira Nusdeo, Maria Christina Tibiriçá Bahbouth, Ary Eduardo Porto, Nilson Berenchtein Junior, Eduardo José Fagundes, Marcos Mordini, Marcelo de Carvalho,Cristina Margarete Wagner Mastrobuono, Antonio Augusto Benini, Daniel Smolentzov, Fernando Franco, Rogério Pereira da Silva e José Renato Ferreira Pires.

Centro de Estudos

Procurador do Estado Chefe
Carlos José Teixeira de Toledo

Assessoria
João Carlos Pietropaulo, José Luiz Souza de Moraes e Roberto Ramos

Escola Superior da PGE

Diretora
Patricia Ulson Pizarro Werner

Vice–Diretora
Marily Diniz do Amaral Chaves

Comissão Editorial
Ana Paula Manenti Santos, Caio Cesar Guzzardi da Silva, Carla Maria Rossa Elias Rosa, Celso Luiz Bini Fernandes, Luciana Rita L. Saldanha Gasparini, Mara Regina Castilho Reinauer Ong, Maria Marcia Formoso Delsin, Patricia Ulson Pizarro Werner eTatiana Capochin Paes Leme

Redação e Correspondência

Serviço de Divulgação do Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, procurador responsável José Luiz Souza de Moraes, Rua Pamplona, 227, 4º andar, CEP 01405–902 – São Paulo, SP, Tel. (11) 3286–7020, servicodedivulgacao@pge.sp.gov.br.

Projeto, produção gráfica e impressão

Imprensa Oficial do Estado de São Paulo
Rua da Mooca, 1921 – Mooca
03103–902 – São Paulo – SP – Brasil
www.imprensaoficial.com.br
livros@imprensaoficial.com.br
SAC Grande São Paulo 11 5013–5108 / 5013–5109
SAC Demais Localidades 0800 0123 401

Tiragem: 1.800 exemplares

As colaborações poderão der encaminhadas diretamente ao Serviço de Divulgação do Centro de Estudos. Os artigos jurídicos, pareceres e peças processuais somente serão publicados com a aprovação da Comissão Editorial, e as opiniões neles contidas são de exclusiva responsabilidade dos respectivos autores, não vinculando a Administração Pública.

Coordenadoria das Autarquias

A Procuradoria Geral do Estado representa judicial e extrajudicialmente as autarquias estaduais, inclusive as de regime especial, exceto as universidades, nos termos do artigo 99, I, da Constituição Estadual. A importante atribuição decorreu da Emenda Constitucional 19, de 14 de abril de 2004. A Procuradoria Geral do Estado é uma instituição séria e comprometida com a defesa do interesse público indisponível da Administração Pública direta. Essa mesma atuação agora se estende às autarquias estaduais, pessoas jurídicas de direito público que prestam relevantes serviços à sociedade.

A criação da Coordenadoria das Autarquias por meio da Resolução PGE n. 23, de 31 de março de 2009, decorreu da vontade do Procurador Geral do Estado Doutor Marcos Fábio de Oliveira Nusdeo em estabelecer uma atuação coordenada e uniforme para que a defesa das autarquias fosse adequada e eficiente.

A Coordenadoria das Autarquias não deve ser provocada apenas quando o problema se apresenta. A atuação deve ser preventiva, sobretudo fornecendo orientação e apoio técnico aos Procuradores do Estado incumbidos de defender as autarquias. Visitar periodicamente as autarquias e unidades da PGE e promover o intercâmbio de informações fará parte de nossa tarefa. A diretriz de atuação deve ser ativa, evitando–se uma postura formal e burocrática, que se limite analisar friamente relatórios, representações ou mensagens eletrônicas.

São várias as autarquias espalhadas por todo o Estado de São Paulo. Em algumas autarquias, foram designados Procuradores do Estado para lá se estabelecerem. Em outras, não há a presença física de Procuradores do Estado, mas os expedientes administrativos são encaminhados à Procuradoria Geral do Estado para que sejam adotadas as medidas cabíveis. Excepcionalmente, por razões de gestão, algumas ações continuam sendo acompanhadas por Procuradores autárquicos, que colaboram na defesa do ente autárquico e atuam sob orientação da Procuradoria Geral do Estado.

Em suma, o contencioso das autarquias estaduais é responsabilidade da Procuradoria Geral do Estado, direta ou indiretamente. O desafio é grande, uma vez que os Procuradores do Estado estão conhecendo a realidade das autarquias estaduais,

cada qual com suas especificidades. A Coordenadoria das Autarquias deve zelar pelo cumprimento das rotinas administrativas que se consolidaram nas inúmeras resoluções conjuntas que foram estabelecidas até agora. Contudo, quando necessário, deve estar atenta para recomendar a alteração de alguma resolução conjunta que não se mostre mais adequada à nova realidade.

A Coordenadoria das Autarquias deve conhecer a estrutura, funcionamento e peculiaridades de cada autarquia para que sejam apresentadas medidas concretas que viabilizem um serviço público de qualidade. Nesse sentido, esforços serão empreendidos para que haja um mapeamento preciso, permitindo a adoção de medidas administrativas pertinentes. A justa distribuição da quantidade de Procuradores do Estado para atender a demanda das ações judiciais de cada autarquia é um princípio que deve ser perseguido.

Muito já foi feito até agora. Não posso deixar de citar a contribuição decisiva de alguns colegas que se dedicaram para o pleno êxito dessa transição. O Procurador Geral do Estado Adjunto Doutor Marcelo de Aquino e as Procuradoras do Estado Doutoras Flavia Cherto Carvalhaes, Inês Maria Jorge dos Santos Coimbra, Jacqueline Zabeu Pedroso e Paola de Almeida Prado merecem o reconhecimento pelo trabalho árduo que foi realizado.

Com a criação formal da Coordenadoria de Autarquias, está sendo inaugurada uma nova fase. Não podemos perder o que foi conquistado, mas é preciso avançar mais. O desafio para aprimorar qualquer atividade humana exige paciência, constância e coragem.

A Coordenadoria de Autarquias, sob supervisão do Subprocurador Geral do Estado – Área do Contencioso Geral Doutor Ary Eduardo Porto pretende dispensar total atenção para a escorreita defesa judicial das autarquias, fato que contribuirá para o desenvolvimento do Estado de São Paulo e beneficiará o povo paulista.

Por fim, faço menção à Coordenadoria das Empresas e Fundações Públicas, criada nessa gestão, que é composta atualmente pelos procuradores do Estado Doutores José Roberto de Moraes e Olavo José Justo Pezzotti, sob a coordenação do primeiro. Consolidou–se definitivamente a atuação da Procuradoria Geral do Estado na orientação e supervisão das empresas e fundações públicas. Foram quase dois anos que lá trabalhei, período que pude aproveitar dos ensinamentos seguros sobre o direito, entusiasmo e competência profissional dos meus colegas. Espero que Coordenadoria das Autarquias, a exemplo da Coordenadoria de Empresas e Fundações Públicas, contribua para que a Procuradoria Geral do Estado cumpra com zelo as suas relevantes atribuições constitucionais.

RENATO KENJI HIGA
Procurador do Estado Assistente
Coordenadoria das Autarquias

Eventos do Centro de Estudos e da Escola Superior da PGE

05.08 – II Debate Internacional de Direito Processual Civil: O Novo Direito Coletivo.

05.08 – Workshop da Procuradoria do Patrimônio Imobiliário em Brasília.

28.08 – Curso de extensão sobre matérias tributárias em geral discutidas e de relevância na PGE.

Eventos em parceria com outras instituições

07.07 – Curso de Férias: Atualização em Processo Civil, promovido pela Associação dos Advogados de São Paulo (AASP).

13.07 – Curso Aplicado de Internet e Direito Digital, promovido pela Associação dos Advogados de São Paulo (AASP).

21.07 – 9º Congresso Internacional de Geoinformação, promovido pela Reed Exhibitions Alcântara Machado.

27.07 – Curso Sistema de Registro de Preços, promovido pela Elo Consultoria.

02.08 – Seminário Ada Pellegrini Grinover, promovido pelo Instituto Brasileiro de Ensino e Pesquisa.

03.08 – Curso Fotografia para Profissionais Imobiliários, promovido pelo Secovi.

03.08, 24.08 e 31.08 – Cursos de Formação de Pregoeiros, promovidos pela Fundação do Desenvolvimento Administrativo (Fundap).

10.08 – 1º Congresso Sul–americano de Direito do Estado, promovido pelo Instituto Brasileiro de Advocacia Pública (IBAP).

12.08 – Congresso da Associação Brasileira de Entidades do Meio Ambiente (ABEMA).

13.08 – XII Congresso de Direito Processual Civil, promovido pela Ordem dos Advogados do Brasil – Subsecção Araraquara

14.08 e 17.08 – Treinamento sobre acesso e utilização do sistema informatizado do CADIN Estadual, promovido pela Prodesp/Secretaria de Estado dos Negócios da Fazenda.

20.08 – II Congresso Brasiliense de Direito Administrativo, promovido pela Editora Fórum.

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, sobrevindo 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 da 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 1esão 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 ií–crito, 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 público[1], 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 subsunção). 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: l – 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 República[6], 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 repreensão 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 juízo[9]. 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 discorrido, 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: (...) ll – 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 Nery[14] 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 colegitimados 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 individual[19]. 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 consumidor[20], nos termos do artigo 6º da Carta da República, ou seja, é direito fundamental[21]. 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 entrechocar 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 judicie*, 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 guarida dos consumidores que contrataram com a empresa apelada Net São Paulo Ltda, pela via da ação civil pública.

Subsidiariamente[26], 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 (confiram–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 Publico 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

Responsabilidade Objetiva do Estado – Indenização por Danos Morais. Inexistência

Excelentíssimo Senhor Doutor Juiz de Direito da 12ª Vara da Fazenda Pública
Autos n. 053.09.200538–8
Ação Indenizatória

A Fazenda do Estado de São Paulo, pelo Procurador do Estado infra–assinado, nos autos da ação indenizatória que lhe move Reginaldo da Silva Júnior, vem à presença de Vossa Excelência, para apresentar sua contestação, mediante as razões de fato e de direito articuladas a seguir:

I – Síntese da inicial

Cuidam os autos de ação indenizatória, na qual o autor alega que foi vítima de disparo de arma de fogo perpetrado pela policial militar Eliane Domingos, no dia 15 de maio de 2007; transcreve os relatos das testemunhas do crime; acrescenta que manteve relacionamento amoroso com Eliane por mais de 10 anos e que o casal estava separado há cerca de 2 meses; a agressão teria sido motivada pelo sentimento de rejeição de Eliane por causa do fim do romance; o autor cita a cláusula geral de responsabilidade prevista no Código Civil e afirma a responsabilidade objetiva do Estado, fundada no risco administrativo; menciona a doutrina e pede a condenação do Estado ao pagamento de danos morais no valor de *1.000 salários mínimos*!

Razão, porém, não assiste ao autor. Senão vejamos!

II – Excludente da causalidade: ausência da qualidade de agente estatal

Embora o autor faça menção aos dispositivos do Código Civil que tratam da responsabilidade por culpa, pode–se extrair do contexto geral que seu pedido tem está fundado na teoria da responsabilidade objetiva, que tem como núcleo o risco da atividade; no caso do Estado, o risco administrativo.

Como se sabe, a responsabilidade civil do Estado é objetiva e se abriga no artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição. Para caracterizar a responsabilidade objetiva do Estado, a vítima é dispensada de provar culpa, mas é obrigada a demonstrar que os danos decorreram de algum ato ou de alguma atividade desenvolvida pelo Estado.

Diz o texto constitucional:

> "§ 6º – As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa."

Da leitura deste dispositivo se extrai, com simplicidade, que o Estado só responde pelos *danos causados pelos seus agentes*. Mas, não é só: é necessário que os atos danosos tenham sido praticados *na qualidade de agente do Estado*.

Isso tem um significado. É que a responsabilidade do Estado é atrelada ao risco da atividade administrativa, ou seja, o Estado responde objetivamente por todo e qualquer dano causado em decorrência da sua atividade, ficando a vítima dispensada de provar a culpa do agente estatal. Basta ligar o dano à atividade.

A contrário senso, o mencionado dispositivo quer dizer que *o Estado não responde por toda e qualquer ação praticada por seus agentes, mas tão somente por aquelas inerentes à atividade estatal*.

No caso em comento, está claro como água cristalina (para utilizar uma expressão empregada pelo autor, na inicial) que o episódio se desenvolveu no âmbito das relações familiares entre Eliane e Reginaldo, não guardando nenhuma relação com as atividades desempenhadas pelo Estado.

Estamos diante de situação em que a esposa agrediu o marido, causando–lhe ferimentos. Trata–se de ação completamente estranha à atividade estatal que constituiu *causa adequada* para produção do malefício.

O fato de Eliane ser policial militar, ou ser empregada doméstica, ou ser vendedora, ou exercer outra profissão qualquer, é totalmente irrelevante para a produção do evento.

III – Risco administrativo e risco integral

Cabe esclarecer que, ao contrário do que o autor sugere na inicial, o risco administrativo não é sinônimo de risco integral. Esse só se caracteriza nas hipóteses especiais previstas na lei, como é o caso da responsabilidade por atividades nucleares (Lei n. 6.453, de 17.10.1977) e, na opinião de alguns autores, a responsabilidade por danos ambientais (Lei n. 9.605, de 12.02.1998).

Nas hipóteses de risco integral, o responsável pela atividade tem o dever de reparar o dano independentemente de quem o causou, desde que seja decorrente

da atividade. Não tem sequer direito de regresso contra o causador direto do dano nem pode alegar as excludentes do nexo causal, como culpa da vítima, ação de terceiros e caso fortuito ou força maior.

O risco da atividade administrativa não é integral, como quer o autor, visto que o Estado só responde pelos danos causados por seus agentes. A ação de terceiros ou da própria vítima pode romper o nexo causal e, além disso, o Estado tem ação de regresso contra o agente público que houver causado o dano por culpa ou dolo. É o que se extrai do artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição.

Não bastasse, na responsabilidade civil por risco administrativo, o dano tem que ser relacionado diretamente à atividade estatal, pois o Estado não responde por toda e qualquer conduta dos seus agentes, mas somente por aquelas que estejam relacionadas com a atividade administrativa. Muito menos o Estado responde pela conduta dos seus funcionários no âmbito das suas vidas privadas, em especial nas suas relações familiares. Menos ainda responde o Estado por eventuais atos criminosos praticados por seus agentes, quando esses crimes não são praticados durante ou em razão do exercício das atividades funcionais.

Logo, é equivocado o raciocínio desenvolvido pelo autor que aponta o Estado como responsável pela ação de sua esposa, praticada no âmbito das suas relações familiares e, portanto, absolutamente fora do exercício das suas atividades profissionais.

IV – Excludente da causalidade: culpa do autor

No caso dos autos, vê–se desde logo que os danos experimentados pelo autor não se relacionam o exercício das atividades desempenhadas pelo Estado, o que por si só já afasta a responsabilidade estatal.

Todavia, há mais um fator que incide na espécie, quebrando definitivamente o nexo de causalidade: a ação da própria vítima. Com efeito, o autor é certamente um dos responsáveis pelo episódio que culminou com o disparo da arma de fogo, visto que com sua conduta insensata concorreu decididamente para a produção do resultado.

Consta da inicial que o autor viveu maritalmente com Eliane por cerca de 10 anos e que havia rompido o relacionamento há apenas 1 mês. Consta também que, apesar da separação tão recente, o autor já dava o relacionamento como encerrado, *relação antiga,* tendo inclusive estabelecido convivência marital com outra mulher.

Ora, é certo que ninguém está obrigado a manter casamento ou união estável com outra pessoa contra a própria vontade. Muito menos é possível ao direito impor que alguém desenvolva e mantenha qualquer modalidade de sentimento em relação a outra pessoa.

Não se pode deixar de ver, porém, que o autor foi imprudente ao romper seu relacionamento com Eliane de maneira abrupta e definitiva, entabulando imediatamente outro relacionamento com outra mulher. Esse é sem dúvida o pivô de todo o problema e é a causa do inconformismo de Eliane. Aliás, plenamente justificável!

A doutrina é unânime em apontar as excludentes do nexo de causalidade: a culpa exclusiva da vítima, o fato de terceiro e o caso fortuito ou força maior (Fernando Noronha, *Direito das obrigações,* São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1, p. 618–619; Sérgio Cavalieri Filho, *Programa de responsabilidade civil*, 6. ed. rev. aum., São Paulo: Malheiros, 2005, p. 89–92; Maria Helena Diniz, *Curso de direito civil brasileiro*: responsabilidade civil, 19. ed. rev. atual., São Paulo: Saraiva, 2005, v. 7, p. 111; Yussef Said Cahali, *Responsabilidade civil do Estado*, 3. ed. rev., atual. ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 43; Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito administrativo*, 20. ed., São Paulo: Atlas, 2007, p. 602).

É curioso o autor falar em dano moral quando demonstra tanto desapreço pelos sentimentos da ex–companheira, com quem viveu cerca de 10 anos. Em menos de 2 meses após a separação, o autor já está convivendo maritalmente com outra mulher e se refere a Eliane como sendo uma *relação antiga.*

A rigor, o autor é devedor de danos morais em favor da ex–companheira, não por haver rompido o relacionamento, mas por tê–lo feito de modo intempestivo, com desprezo pelos sentimentos da mulher (Jones Figueiredo Alves, Abuso de direito no direito de família, in Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.), *Anais V Congresso Brasileiro de Direito de Família*, Belo Horizonte: IBDFAM, 2006, p. 481–505).

V – Circunstâncias obscuras do fato

Cabe salientar que ainda pairam dúvidas consideráveis acerca das circunstâncias em que ocorreu o disparo da arma de fogo.

Ao que se depreende da petição inicial, o casal entravou discussão acalorada, tendo por objeto a recente separação e a negativa de reatar o relacionamento por parte do autor. Tudo isso apimentado pelo fato de que o autor, separado há um mês e dez dias, já estava amasiado com outra mulher.

Em depoimento prestado à Comissão de Sindicância da Polícia Militar, o autor confirma que agrediu fisicamente a companheira. Consta que Reginaldo tomou a arma das mãos da esposa e esvaziou o tambor. Em seguida, Eliane retornou com a arma, ocasião em que o autor foi tentar desarmá–la novamente, estando o casal em franca luta corporal quando ocorreu o disparo.

O depoimento da testemunha Luiz Aparecido Pedro dá conta de que o autor agrediu fisicamente a companheira, desferindo–lhe vários socos no rosto. Pelo relato transcrito na sindicância, o casal entrou em franca luta corporal, iniciando–se no interior da firma e prosseguindo na parte externa.

Vale dizer que as circunstâncias em que ocorreu o disparo da arma de fogo são absolutamente obscuras, não se podendo afirmar com clareza se Eliane agrediu Reginaldo ou se apenas tentou se defender dos socos que ele lhe desferia. Ademais, não há certeza sobre a intenção de Eliane, pois os depoimentos das testemunhas e até mesmo o do autor sugerem que o disparo foi acidental, ocorrido no momento em que Reginaldo esbofeteava Eliane e tentava tirar a arma das mãos da esposa.

VI – Teoria da causalidade adequada

Há várias teorias que procuram explicar a relação de causalidade entre o evento e o dano, dentre as quais se destacam a da *equivalência dos antecedentes* e a da *causalidade adequada*. Conquanto o Código Civil não contenha dispositivo expresso acerca da causalidade, como faz o artigo 13 do Código Penal, a doutrina afirma que o direito civil brasileiro adotou a teoria da causalidade adequada, por interpretação dos artigos 1.060 do Código Civil de 1916 e 403 do Código Civil atual (Sérgio Cavalieri Filho, *Programa de responsabilidade civil*, cit., p. 71–73).

De acordo com essa teoria, dentre todas as condições que concorrem para o evento danoso, deve–se destacar aquela mais apta a produzir o resultado: *a causa*.

Transpondo esse raciocínio para o caso concreto tratado nos autos, podemos dizer que os danos sofridos pelo autor têm várias causas: o fato de ser companheiro de Eliane; de ter se separado; de ter iniciado namoro com outra mulher; de ter rejeitado Eliane; de ter se engalfinhado com a esposa quando ela portava uma arma; de a arma haver disparado etc. Nenhum desses fatos pode ser tomado por si só como causa dos danos sentidos pelo autor. Todos tiveram algum significado na produção do resultado. Porém, um fato é central em relação a todos os outros e desencadeou o evento danoso. Conforme o próprio autor esclareceu na petição inicial, "o crime fora sem duvida praticado por motivo torpe, vez que restou claro como água cristalina que a indiciada Eliane estava decida a matar a vítima, tão somente porque ela negou–se a reatar a antiga relação amorosa, por já estar convivendo maritalmente com outra mulher".

Essa é, sem dúvida, a *causa adequada,* ou seja, a causa apta a produzir o dano. Todos os demais eventos são periféricos em relação à causa central. Desta feita, não se pode dizer que o Estado ou a direção da Escola tenham agido para causar o dano ou que tenham deixado de agir para evitá–lo.

Portanto, por mais esse viés, deve ser afastada a responsabilidade do Estado pelos eventuais danos sofridos pelo autor, uma vez que a atividade estatal não pode ser tomada como *causa adequada* a produzir o evento danoso.

VII – Inexistência de danos morais

O autor afirma em sua petição inicial que "o dano moral acarretou um prejuízo, porém valorado sob ótica não pecuniária, porque o dano moral resulta da lesão de um interesse espiritual que está relacionado com a intangibilidade da pessoa humana".

Em seguida, o autor menciona as definições de dano moral construídas pela doutrina.

No entanto, ele deixa de descrever especificamente em que medida a ação de Eliane lhe causou abalo moral, a ponto de justificar uma reparação, seja por parte da agressora, seja por parte do Estado.

Conforme mencionamos acima, a doutrina é unânime em afirmar que são pressupostos da responsabilidade civil a ação, o dano e o nexo causal. Mas, dentre esses pressupostos, o dano é aquele mais fundamental, sem o qual não se pode falar sequer em responsabilidade. Conforme diz Sergio Cavalieri Filho, "se a vítima não sofreu nenhum prejuízo, a toda evidência, não haverá o que ressarcir" (*Programa de responsabilidade civil*, cit., p. 96).

No caso da responsabilidade civil objetiva, é certo que a vítima fica dispensada de comprovar a culpa do agente, mas é seu dever demonstrar o dano e o nexo causal, nos termos do artigo 333, I, do Código de Processo Civil.

No que se refere ao dano, a vítima é obrigada a demonstrar sua *existência* e sua *extensão*, visto que a reparação será determinada pela extensão do dano, a teor do artigo 944, *caput*, do Código Civil. Ressalve–se que, em alguns casos, a doutrina e a jurisprudência admitem a presunção dos danos quanto à *existência*, mas ainda assim a vítima tem que demonstrar a extensão, até porque cada pessoa tem uma estrutura psíquica própria, não se podendo estabelecer *tabula rasa* sobre o impacto sentido por cada uma em decorrência da conduta lesiva.

Todavia, o autor deixa de dizer em que medida foi alcançado pela ação de sua esposa, ou seja, qual a extensão dos danos sofridos.

Em verdade, não se pode falar em dano moral porque a ação se deu no âmbito de relações familiares, permeadas por afetos. O autor revela, em certo momento, até um certo sentimento de satisfação, ao dizer que a companheira agiu motivada por ciúmes, na tentativa de reatar o *antigo relacionamento*, quando o autor, em posição de superioridade psicológica, já se encontrava ligado a outra mulher.

Ora, no plano dos sentimentos, pode–se presumir, *juris tantum*, que Eliane foi muito mais ofendida do que Reginaldo, não havendo lugar para reparação de danos morais.

VIII – Das verbas indenizatórias

Conforme já restou demonstrado nas linhas acima, não se configura nos autos a hipótese de responsabilidade civil do Estado, haja vista que o ato foi praticado no

âmbito das relações privadas da policial Eliane, não guardando nenhuma relação com as atividades administrativas do Estado. O fato de Eliane ser policial em nada interferiu na produção do resultado. Ademais, o autor teve participação determinante para a ocorrência do evento danoso, visto que agiu de maneira temerária, com abuso de direito, ao se separar da companheira e em seguida entabular novo relacionamento amoroso, provocando a reação destemperada de Eliane.

É bem verdade que os danos morais são considerados danos impróprios, visto que não representam desfalque no patrimônio material da pessoa, mas apenas ofensa à sua esfera de direitos existenciais. Sendo assim, os danos morais não são conversíveis em pecúnia, não podem ser indenizados. O que se admite, em sede de danos morais, é algum tipo de reparação para compensar o mal sofrido pela vítima.

Mas, se os danos morais não são conversíveis objetivamente em dinheiro, como se pode determinar o valor da reparação? A resposta se encontra no artigo 953, parágrafo único, do Código Civil: "Se o ofendido não puder provar o prejuízo material, caberá ao juiz fixar, equitativamente, o valor da indenização, na conformidade das circunstâncias do caso."

Todavia, o *arbitramento* do montante indenizatório pelo juiz não se confunde com *arbitrariedade*. Ao contrário, é uma atividade intelectual que se desenvolve com base nas circunstâncias do caso *sub judice*. Isso quer dizer que o juiz deve se louvar nos elementos constantes dos autos e, conforme o caso, na sua experiência de vida, para alcançar um valor que seja razoável para aquele caso.

Em se tratando de dano moral, uma primeira dificuldade que se apresenta é que um mesmo episódio produz impacto diferente em cada pessoa, atendendo à sua estrutura psíquica e emocional.

Além disso, sob o prisma puramente financeiro, é de se considerar o problema da significação econômica da indenização, que também varia de pessoa para pessoa, conforme as suas condições sociais. Uma determinada quantia, livremente imaginada pelo magistrado, pode ser absolutamente insignificante para uma certa pessoa, ou pode representar uma fortuna para outra.

Por tudo isso, é que se afirma a necessidade do autor, ao deduzir o pedido de indenização por danos morais, fornecer ao juiz os elementos necessários ao abalizamento da sua decisão. Ainda que ela se dê por arbitramento, não pode se dar por arbítrio do juiz.

No caso dos autos, o autor não é propriamente vítima de danos, uma vez que ele mesmo deu causa ao evento danoso; ele mesmo criou um conjunto de circunstâncias que desencadearam a reação da companheira. Ademais, não consta que o autor tenha sofrido agressão aos direitos da personalidade, isto é, não consta que tenha sofrido constrangimento ou que tenha sido diminuído na sua condição de pessoa humana, a ponto de justificar uma reparação moral. Ao contrário, o autor ofendeu a honra ou a dignidade subjetiva da companheira, ao romper um relacionamento de 10 anos e,

após 1 mês de separação, já se encontrar ligado ostensivamente a outra mulher, tratando o relacionamento com Eliane como *uma relação antiga*.

No caso, não há sequer danos a serem reparados. Muito menos é o caso de ser deferida uma indenização no valor pretendido: *1.000 salários mínimos!!!*

Ad cautelam, na hipótese improvável de procedência da presente ação, importa notar que para a reparação de danos morais, os nossos tribunais têm utilizado o critério estabelecido nos artigos 81 e 84 do Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei n. 4.117, de 27.08.1962), ou seja, a indenização não será inferior a 5 nem superior a 100 salários mínimos. No caso, deverá ser fixada no mínimo, ou seja, 5 salários mínimos.

Nesse sentido, confira–se o seguinte arresto:

> "É de se aplicar à hipótese o princípio da razoabilidade, para se evitar o excesso que pode gerar um verdadeiro enriquecimento dos beneficiários e insuportável penalização do devedor. Adequado se revela o arbitramento pelo dano moral, utilizando–se por analogia o critério estabelecido no Código Brasileiro de Telecomunicações, que prevê o montante da reparação em valor não inferior a cinco e nem superior a cem vezes o maior salário mínimo vigente no país, variando de acordo com a natureza do dano e as condições sociais e econômicas do ofendido e do ofensor (arts. 81 e 84, § 1°, da Lei n. 4.117, de 27.08.1962)." (TJSP – AC n. 252.370–1/5, 5ª Câm. de Dir. Pub., rel. Des. William Marinho).

Por último, impende consignar que, em caso de condenação da Fazenda Pública, o que se admite apenas para argumentar, os juros de mora são limitados a 6%, nos termos da Lei n. 4.414, de 24 de setembro de 1964, contados a partir da citação inicial, por força do artigo 219 do Código de Processo Civil. Já a correção monetária tem sua contagem a partir da sentença que fixar o montante indenizatório.

IX – Requerimentos

Ante o exposto, a Fazenda Pública do Estado requer a Vossa Excelência que se digne de julgar improcedente a presente ação, condenando o autor nas verbas de sucumbência.

Protesta provar o alegado por todos os meios de prova admitidos em direito, especialmente pelo depoimento pessoal do autor, pela oitiva de testemunhas, perícia e juntada de novos documentos.

Termos em que

Pede deferimento.

São Paulo, 8 de julho de 2009.

ROMUALDO BAPTISTA DOS SANTOS

Procurador do Estado

Processo n.: 007.09.200538–8 – Procedimento Ordinário (em Geral)

Requerente: Reginaldo da Silva Júnior

Requerido: Fazenda Pública do Estado de São Paulo

Vistos

Reginaldo da Silva Júnior ajuizou na 2ª Vara Cível de Itaquera ação em face da Fazenda Pública do Estado de São Paulo, com o objetivo de ver a ré condenada a lhe ressarcir os danos morais experimentados em razão de disparos de arma de fogo.

Como causa de pedir, alegou o autor que, no dia 15 de maio de 2007, foi alvejado por disparo feito à queima–roupa pelo soldado policial militar feminino Eliane Domingos.

De acordo com a inicial, o autor e a policial, depois de dez anos de relacionamento, separaram–se. Dois meses depois da separação, a policial militar procurou o autor e, tentando se vingar da rejeição, disparou contra o antigo namorado.

Na ocasião, a servidora estava fardada.

Insiste o autor que a intenção da policial era matá–lo e, pelo risco que a agente do Estado criou, responde o Estado.

Com a inicial, vieram os documentos de fls.

Os autos foram remetidos a esta Vara.

Citada, a ré contestou.

Sustentou a Fazenda que, uma vez que o fundamento do pedido do autor é a responsabilidade objetiva, não há, no caso, nexo causal que torne o Estado obrigado a indenizar. Isso porque a servidora não agiu em nome e interesse do Estado, mas no seu interesse próprio. Sendo assim, afastada a condição de agente, não há responsabilidade objetiva. Além disso, entende a ré que o autor colaborou para o evento porque, depois de manter com a servidora relacionamento estável por mais de dez anos, com pouco mais de um mês de separados, já estava vivendo com outra mulher.

O autor replicou.

Vieram–me os autos conclusos.

É o relatório.

Fundamento e decido.

Na presente demanda, busca o autor o reconhecimento da responsabilidade do Estado pela conduta de agente seu.

O fundamento do pedido é, sem dúvida, a responsabilidade objetiva. Aliás, não poderia ser diferente.

O pedido de indenização deduzido em face do Estado tem um dos dois seguintes fundamentos: falha no serviço ou conduta do agente. De falha, por óbvio, não se trata. Portanto, o pedido do autor vem calcado na alegação de conduta do agente.

Para que o Estado seja obrigado a indenizar, é preciso que estejam presentes os requisitos constitucionais que caracterizam a responsabilidade objetiva.

Desses requisitos, o primeiro é a conduta de agente.

Ou seja: o dano noticiado há de ser resultado de conduta de agente. O dano tem de ser resultado de alguém que age em nome do Estado.

E a esse requisito, como bem o demonstrou a Fazenda, o caso dos autos não atende.

O autor bem o sabe, e os documentos juntados aos autos apenas confirmam a situação, que a servidora não agiu em nome do Estado. O soldado feminino, muito embora estivesse fardado, agiu em seu próprio interesse.

A farda, no caso dos autos, não altera essa conclusão. Aliás, o fato de o policial feminino ter procurado disfarçar a vestimenta da corporação sobrepondo uma jaqueta jeans mostra que a intenção de Eliane era apartar sua motivação da sua condição de servidora.

E, quanto à motivação, tudo o que está nos autos comprova que Eliane agiu por ciúmes, por vingança, ou por qualquer outro sentimento, todos próprios de uma relação pessoal com o autor, relação que é estranha à situação de agente do Estado.

Em hipóteses semelhantes já decidiu o Tribunal de Justiça do Estado:

> "Indenização – Responsabilidade civil. Soldado que matou a ex–namorada por ciúme. Crime praticado quando não estava em serviço. Ausência do dever de indenização pelo Estado. Necessidade de que o agente público estivesse, no momento do crime, na qualidade de agente. Artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal. Recurso improvido." (TJSP – AC n. 35.947–5, 2ª Câm. Dir. Públ., rel. Aloísio de Toledo, j. 06.04.99 *JTJ–LEX* 218/80)." (Rui Stoco, *Tratado de responsabilidade civil*, 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 848).

Assim, não se aperfeiçoou a hipótese constitucional que torna o Estado obrigado a reparar o dano.

Ante todo o exposto, julgo improcedente o pedido e condeno o autor ao pagamento das custas e de honorários advocatícios, que fixo em 10% do valor da causa, corrigido a partir da citação.

P.R.I.

São Paulo, 12 de agosto de 2009.

MARIA FERNANDA DE TOLEDO RODOVALHO

Juíza de Direito

Consultoria

79) Administração Indireta – Sociedade de economia mista. Desequilíbrio econômico–financeiro da empresa. Contrato

Controle de cheias no Sistema Tietê/Pinheiros. Consulta sobre a possibilidade de celebração de ajuste com esse objeto. Contrato anteriormente firmado entre DAEE e EMAE já extinto pelo transcurso do prazo. Inexistência de maior detalhamento nos autos sobre a explicitação do objeto e pertinência de sua contratação pelo Estado/DAEE. Objetivo do reequilíbrio econômico–financeiro da empresa deve ser alcançado por outros meios. (Parecer PA n. 89/2009. Aprovado pelo Procurador Geral do Estado Adjunto em 17.07.2009).

80) Coisa Julgada

Regularidade jurídica do recebimento de vencimentos relativos a uma função de natureza técnica por servidor que não possui diploma universitário, tendo em vista que tal critério de cálculo dos seus vencimentos foi estabelecido em sentença transitada em julgado e não mais passível de rescisão. Nos termos do artigo 469 do Código de Processo Civil, não fazem coisa julgada os motivos que fundamentam a decisão judicial irrecorrível. (Parecer PA n. 121/2009. Aprovado pelo Procurador Geral do Estado Adjunto em 21.08.2009).

81) Constituição Estadual – Assembléia Legislativa. Fiscalização. Secretário de Estado

Solicitação da Casa Civil de manifestação da Procuradoria Geral do Estado sobre os limites e requisitos dos requerimentos de informação encaminhados pela Assembléia Legislativa a Secretários de Estado e demais dirigentes de entidades da Administração Indireta estadual. Exame da prerrogativa parlamentar à luz do princípio da separação dos poderes e demais disposições constitucionais e regimentais pertinentes. A requisição de informações está condicionada à demonstração da efetiva utilidade para o desempenho da função parlamentar, apontando–se a conexão com propositura legislativa em tramitação ou com trabalho de fiscalização em andamento ou que possa vir a ser deflagrado em face de ato ou fato concreto. Resposta aos quesitos da consulta. Dever de motivação dos requerimentos de informação. No caso de desatendimento aos requisitos constitucionais e regimentais, devem os destinatários

responder aos requerimentos no prazo, expondo as razões pelas quais se recusam a prestar as informações demandadas. (Parecer PA n. 106/2009. Aprovado pelo Procurador Geral do Estado Adjunto em 17.07.2009).

82) Processo Administrativo Disciplinar – Prescrição

Uma vez extinta a punibilidade da falta disciplinar pela prescrição, descabe o exame do mérito da imputação que ensejou o processo administrativo disciplinar. Proposta modificação de entendimento anteriormente aprovado (Parecer PA n. 208/2005). (Parecer PA n. 181/2008. Aprovado pelo Procurador Geral do Estado Adjunto em 27.08.2009. Alterada orientação anterior).

83) Tributário – PIS PASEP. Imposto sobre a renda. Imunidade

A SPPREV, autarquia instituída pela Lei Complementar Estadual n. 1.010/2007, só estará obrigada a recolher a contribuição ao PASEP diretamente aos cofres públicos a partir do momento em que contar em seus quadros com seus próprios servidores. Todavia, por força do artigo 35 e seu parágrafo único da citada lei, a entidade deve incluir o montante devido a título de PASEP (ou PIS) no ressarcimento a ser pago em razão do afastamento de servidores oriundos de outros setores da Administração Pública estadual que prestem atualmente serviços à autarquia. Por outro lado, os rendimentos auferidos pelas aplicações financeiras de seus recursos não sofrem a incidência do imposto sobre a renda, em razão da imunidade recíproca prevista constitucionalmente (art. 150, VI, "a" e § 2º da Carta de 1988). Entretanto, não poderá a autarquia equiparar–se a "entidade de assistência social" para o fim de ser–lhe reconhecida a imunidade capitulada no artigo 150, VI, "c" da Constituição Federal, uma vez que lhe faltam os requisitos da generalidade e universalidade na prestação dos seus serviços, sem exigência de contraprestação, aspectos típicos dos órgãos assistencialistas, segundo jurisprudência predominante no Supremo Tribunal Federal (RE n. 202.700). E, conforme salienta o Parecer PA n. 44/2009 (ainda pendente de aprovação superior), as pessoas jurídicas integrantes da Administração Pública não se encontram contempladas pela imunidade prevista no artigo 195, parágrafo 7º da Lei Maior. (Parecer PA n. 51/2009. Aprovado pelo Procurador Geral do Estado Adjunto em 16.07.2009).

84) União de Cônjuges

A remoção por união de cônjuges jamais poderá ter como motivação doença do pai do servidor removido, sob pena de nulidade, por desvio de poder. Face ao disposto no artigo 226, parágrafo 3o, da Carta Magna e à vista do princípio da interpretação conforme a Constituição, deve–se entender que o termo "cônjuge", contido no artigo 130 da Constituição Paulista, abrange também o companheiro, em caso de união estável. O artigo 40 da Lei Orgânica da Polícia do Estado de São Paulo (LOP) estabeleceu ser "preferencial, na união de cônjuges, a sede de exercício

do policial civil, quando ele for cabeça do casal". Descabendo, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, falar–se em "cabeça do casal" (cf. § 5º do art. 26 da Carta Magna), e não sendo lícito ao intérprete, "a partir da supressão seletiva de fragmentos do discurso normativo inscrito naquele dispositivo legal, proceder à criação de outra regra legal, substancialmente divorciada do conteúdo material que lhe deu o próprio legislador", o artigo 40 da Lei Complementar n. 207/79 deve ser tido como inteiramente revogado. Os requisitos legais para o deferimento da remoção por união de cônjuges, prevista no artigo 130 da Constituição Estadual, limitam–se a que o cônjuge ou companheiro do servidor requerente seja também servidor e que exista vaga no local de residência do cônjuge ou companheiro; presentes tais requisitos, está a Administração obrigada a deferir o pleito formulado por qualquer dos membros do casal de servidores. (Parecer PA n. 15/2009. Aprovado parcialmente pelo Procurador Geral do Estado Adjunto em 17.08.2009, com entendimento de que é necessária também a avaliação do interesse público para deferimento da medida).

Contencioso Fiscal

85) Mandado de Segurança – Compensação do débito tributário. Adesão ao PPI do ICMS

Pretendida a compensação do débito tributário com os créditos decorrentes de cessão (precatórios judiciais) para fins de adesão ao PPI do ICMS. Impossibilidade. Ausência de direito líquido e certo. Inteligência dos artigos 78, parágrafo 2º, do ADCT e 170 do Código Tributário Nacional. Decisão mantida. Recurso desprovido. (TJSP – Apelação c/ Revisão n. 815.887.5/2–00 – Rel. Danilo Panizza– 1ª Câm. Dir. Públ. – j. 24.03.2009).

86) Processual Civil – Embargos à execução fiscal. Efeito suspensivo. Lei n. 11.382/2006. Reformas processuais. Inclusão do artigo 739–A no Código de Processo Civil. Reflexos na Lei n. 6.830/80. "Diálogo das fontes"

1. Após a entrada em vigor da Lei 11.382/2006, que incluiu no Código de Processo Civil o artigo 739–A, os embargos do devedor poderão ser recebidos com efeito suspensivo somente se houver requerimento do embargante e, cumulativamente, estiverem preenchidos os seguintes requisitos: a) relevância da argumentação; b) grave dano de difícil ou incerta reparação; e, c) garantia integral do juízo. 2. A novel legislação é mais uma etapa da denominada "reforma do Código de Processo Civil", conjunto de medidas que vêm modernizando o ordenamento jurídico para tornar mais célere e eficaz o processo como técnica de composição de lides. 3. Sob esse enfoque, a atribuição de efeito suspensivo aos embargos do devedor deixou de ser decorrência automática de seu simples ajuizamento. Em homenagem aos princípios da boa–fé e da lealdade processual, exige–se que o executado demonstre efetiva vontade de colaborar para a rápida e justa solução do litígio e comprove que o seu direito é bom. 4. Trata–se de nova concepção aplicada à teoria geral do processo de execução, que, por essa *ratio*, reflete–se na legislação processual esparsa que disciplina microssistemas de execução, desde que as normas do Código de Processo Civil possam ser subsidiariamente utilizadas para o preenchimento de lacunas. Aplicação, no âmbito processual, da teoria do "diálogo das fontes". 5. A Lei de Execuções Fiscais (Lei n. 6.830/80) determina, em seu artigo 1º, a aplicação subsidiária das normas do Código de Processo Civil. Não havendo disciplina específica a respeito do efeito suspensivo nos embargos à execução fiscal, a doutrina e a jurisprudência sempre aplicaram as regras do Código de Processo Civil. 6. A interpretação sistemática pressupõe, além da análise da relação que os dispositivos da Lei n. 6.830/80 guardam

entre si, a respectiva interação com os princípios e regras da teoria geral do processo de execução. Nessas condições, as alterações promovidas pela Lei n. 11.382/2006, notadamente o artigo 739–A, parágrafo 1º, do Código de Processo Civil, são plenamente aplicáveis aos processos regidos pela Lei n. 6.830/80. 7. Não se trata de privilégio odioso a ser concedido à Fazenda Pública, mas sim de justificável prerrogativa alicerçada nos princípios que norteiam o Estado Social, dotando a Administração de meios eficazes para a célere recuperação dos créditos públicos. 8. Recurso especial não provido. (STJ – REsp n. 1.024.128/PR (2008/0015146–7) – Rel. Min. Herman Benjamin – j. 13.05.2008).

87) Processual Civil – Nulidade do acórdão por falta de motivação. Artigos 131, 165 e 458, II, do Código de Processo Civil. Não ocorrência. Violação do artigo 535 do Código de Processo Civil. Deficiência na fundamentação. Súmula n. 284 do STF. Termo a quo do prazo para embargos à execução fiscal. Garantia do juízo mediante penhora. Juntada do mandado. Recurso repetitivo. Artigo 543–C do Código de Processo Civil

1. Não há nulidade no julgamento se a fundamentação, embora concisa, for suficiente para a solução da demanda. 2. Não se conhece de recurso especial em relação a ofensa ao artigo 535 do Código de Processo Civil quando a parte não aponta, de forma clara, o vício em que teria incorrido o acórdão impugnado. Aplicação, por analogia, da Súmula n. 284 do STF. 3. O termo inicial para a oposição dos embargos à execução fiscal é a data da efetiva intimação da penhora, e não a da juntada aos autos do mandado cumprido. 4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido. Acórdão sujeito ao regime do artigo 543–C do Código de Processo Civil e da Resolução n. 8/2008 do STJ. (STJ – REsp n. 1.112.416/MG (2009/0045613–2) – Rel. Min. Herman Benjamin – j. 27.05.2009).

88) Processual Civil – Tributário. CPMF. Atraso no pagamento ao abrigo de decisão judicial. Liminar. Posterior cassação. Efeitos. Correção monetária, juros de mora e multa em período acobertado por liminar. Admissibilidade. Medida Provisória n. 2.037/2000. Instrução Normativa SRF n. 89/2000. Artigo 63, parágrafo 2º, da Lei n. 9.430/96. Não incidência. Princípio da especificidade. Ofensa ao artigo 535 do Código de Processo Civil. Inocorrência

1. O provimento liminar, seja em sede de mandado de segurança, seja por via de antecipação de tutela ou ainda em ação civil pública, decorre sempre de um juízo provisório, passível de alteração a qualquer tempo, quer pelo próprio juiz prolator da decisão, quer pelo Tribunal ao qual encontra–se vinculado; a parte que se beneficia da medida acautelatória fica sujeita à sua cassação, devendo arcar com os consectários decorrentes do atraso ocasionado

pelo deferimento da medida, cuja cassação tem eficácia *ex tunc*. 2. A correção monetária nada acrescenta ao valor da moeda, adaptando–a à realidade e evitando a corrosão do valor pelos efeitos da inflação. Os juros moratórios, por serem remuneratórios do capital, também são devidos ante a cassação do provimento judicial provisório. 3. Consectariamente: 'Retornando os fatos ao *status quo ante*, em razão de ter sido cassada a liminar anteriormente deferida, cabe ao Fisco a cobrança do crédito tributário na sua integralidade, inclusive quanto aos encargos decorrentes da mora. O valor da CPMF, portanto, deverá ser acrescido de juros de mora e multa conforme a previsão do artigo 2º, parágrafo 2º, I e II, da Instrução Normativa SRF n. 89/2000." (REsp n. 674.877/MG). 4. Deveras, afigura–se correta a incidência de juros de mora e multa (art. 2º, § 2º, I e II da IN SRF n. 89/2000) quando da denegação da ordem de segurança e consequente cassação da liminar anteriormente deferida, inclusive se a liminar foi concedida em sede de ação civil pública. Precedentes jurisprudenciais do Superior Tribunal de Justiça: AgR REsp n. 742.280/MG, rel. Min. Herman Benjamin, *DJU*, de 19.12.2008; REsp n. 676.101/MG, desta relatoria, *DJU*, de 17.12.2008; AgR REsp n. 510.922/MG, rel. Min. Humberto Martins, *DJU*, de 28.05.2008; REsp n. 928.958/MG, rel. Min. Castro Meira, *DJU*, de 04.06.2007; REsp. 674.877/MG, rel. Min. José Delgado, *DJU*, de 16.11.2004; REsp n. 571.811/MG, rel. Min. Francisco Falcão, *DJU*, de 03.11.2004; REsp n. 586.883/MG, rel. Min. Teori Zavascki, *DJU*, de 09.03.2004 e REsp n. 503.697/MG, desta relatoria, *DJU*, de 29.09.2003. 5. A responsabilidade pelos consectários do inadimplemento do tributo, por óbvio, é do próprio contribuinte, uma vez que o fato de estarem os valores depositados em determinada instituição financeira não desloca a responsabilidade do pagamento dos mesmos para a fonte que apenas retém a exação, mormente porque o numerário, a despeito de estar depositado em seus cofres, não está à sua disposição, ao revés, pertence ao correntista contribuinte, a quem incumbe o pagamento dos juros e correção monetária respectivos, posto não se tratar de depósito feito voluntariamente. 6. *In casu*, o contribuinte impetrou mandado de segurança individual, obtendo a medida liminar para a suspensão do pagamento do tributo (art. 151, IV do CTN) e, em decorrência de sua posterior cassação, impõe–se à parte o adimplemento da exação com todos os consectários legais exigidos, sem eximi–la da correção, multa e juros, diferentemente do que ocorre no caso do depósito previsto no artigo 151, II do Código Tributário Nacional, que também suspende a exiquibilidade do crédito tributário, mas no qual a instituição consignatária dos montantes discutidos promove a correção monetária do capital. 7. O artigo 63, parágrafo 2º, da Lei n.

9.430/96 dispõe que: "A interposição da ação judicial favorecida com a medida liminar interrompe a incidência da multa de mora, desde a concessão da medida judicial, até 30 dias após a data da publicação da decisão judicial que considerar devido o tributo ou contribuição". Nada obstante, o artigo 46, inciso III da Medida Provisória n. 2.037–22/2000 (reeditada sob o n. 2.158–35/2001 e em vigor na forma da EC n. 32/2001), ao dispor sobre o recolhimento da CPMF no caso de revogação da liminar ou antecipação que suspendeu a retenção, determinou a cobrança de juros de mora e multa moratória. 8. O princípio da especialidade (*lex specialis derrogat lex generalis*) afasta o disposto no artigo 63, parágrafo 2º da Lei n. 9.430/96, prevalecendo, *in casu*, a regra contida na referida medida provisória, sendo devida a multa moratória (EREsp n. 510.794/MG, *DJU*, de 24.10.2005). 9. O artigo 535 do Código de Processo Civil resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia–se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão. 10. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido para determinar que o recolhimento do tributo seja acrescido de juros de mora, incidindo o referencial SELIC, e multa, afastando a aplicação do disposto no artigo 63, parágrafo 2º da Lei n. 9.430/96. (STJ – REsp n. 1.011.609/MG (2007/0285073–8) – Rel. Min. Luiz Fux – j. 23.06.2009).

89) Processual Civil e Tributário – Execução fiscal. Artigo 15, I, da Lei n. 6.830/80. Substituição da penhora em dinheiro por fiança bancária. Impossibilidade

1. Nos termos do artigo 15, I da Lei n. 6.830/80, a penhora sobre qualquer outro bem pode ser substituída por dinheiro ou fiança bancária. Todavia, realizada a penhora sobre dinheiro, é incabível a sua substituição por outro bem, mesmo por fiança bancária. Militam em favor desse entendimento os princípios que regem o processo executivo, especialmente aquele segundo o qual a execução é realizada invariavelmente em benefício do credor (art. 612 do CPC), razão pela qual a sua finalidade última é expropriar bens para transformá–los em dinheiro destinado a satisfazer a prestação executada (art. 646 do CPC). Reverter a penhora em dinheiro para fiança bancária é promover um retrocesso da atividade executiva, impulsionando–a para sentido inverso ao da sua natural finalidade. Precedentes da 1ª Turma. 2. Recurso especial improvido. (STJ – REsp n. 1.089.888/SC (2008/0204888–9) – Rel. Min. Teori Albino Zavascki – j. 07.05.2009).

90) Tributário – Embargos à execução fiscal. Suspensividade. Artigo 739–A do Código de Processo

Civil. Aplicação subsidiária à Lei n. 6.830/80. Fiança bancária. Depósito do valor em juízo. Levantamento da quantia depositada condicionado ao trânsito em julgado da sentença. Medida cautelar para dar efeito suspensivo a recurso especial ainda não admitido na origem. Ausência de teratologia no acórdão atacado. Incidência das Súmulas ns. 634 e 635 do STF. Agravo regimental a que se nega provimento

1. Compete ao Tribunal de origem a apreciação do pedido de efeito suspensivo a recurso especial pendente de juízo de admissibilidade (Súmulas ns. 634 e 635 do STF). 2. Em casos excepcionalíssimos, entretanto, e desde que demonstrado o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, o Superior Tribunal de Justiça tem concedido efeito suspensivo a recurso especial ainda não admitido, notadamente nos casos de decisões teratológicas. 3. O acórdão recorrido do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul concluiu, com amparo na jurisprudência mais recente do Superior Tribunal de Justiça, que o artigo 739–A, parágrafo 1º, do Código de Processo Civil, acrescentado pelo artigo 739–A do Código de Processo Civil, é aplicável à execução fiscal, diante da ausência de norma específica na Lei n. 6.830/80, não havendo, por conseguinte, como se outorgar suspensividade aos embargos quando o executado deixar de garantir a execução e de demonstrar relevantes fundamentos fáticos e jurídicos em seu favor. A conclusão do Tribunal de origem, portanto, está longe de ser teratológica. 4. Cumpre salientar que o voto condutor do acórdão recorrido, ao prover o agravo de instrumento do Município de Gravataí, determinou o prosseguimento da execução fiscal, do que resultou a intimação do prestador da fiança para que, em 48 horas, depositasse em juízo o valor atualizado da execução. No pertinente ao levantamento do depósito, restou consignado que a liquidação da fiança submete–se à regra do artigo 32 da Lei de Execuções Fiscais, que dispõe em seu parágrafo 2º ("Após o trânsito em julgado da decisão, o depósito, monetariamente atualizado, será devolvido ao depositante ou entregue à Fazenda Pública, mediante ordem do Juízo competente"). Como visto, ao contrário do alegado pelo ora agravante, não houve infringência ao dispositivo legal em referência, porquanto o levantamento da quantia depositada pelo banco afiançante ficou condicionado ao trânsito em julgado da sentença. 5. Agravo regimental não–provido. (STJ – AgR MC n. 15.208/RS – Rel. Min. Mauro Campbell Marques – j. 17.03.2009).

91) Tributário – Processo civil. Execução fiscal. IPVA. Nulidade da Certidão de Dívida Ativa. Substituição viável

1. A substituição ou emenda da Certidão de Dívida Ativa é uma faculdade conferida à Fazenda Pública, em observância ao princípio da economia processual. Tal procedimento,

contudo, é permitido até a prolação da sentença, consoante dispõe o parágrafo 8º do artigo 2º da Lei n. 6.830/80. 2. Antes de prolatada a sentença nos embargos do devedor, deve ser oferecida oportunidade à exequente para substituição ou emenda da Certidão de Dívida Ativa, a fim de sanar as deficiências verificadas. 3. O auto de lançamento se presta para comunicar ao contribuinte a existência de crédito em aberto, sendo anterior à emissão da Certidão de Dívida Ativa e com esta não se confundindo. Dessarte, a juntada desse auto não pode suprir falha da referida certidão. 4. Embargos de divergência providos. (STJ – EREsp n. 839.824/RS (2006/0214837–1) – Rel. Min. Castro Meira – j. 28.02.2007).

Contencioso Geral

92) Execução Extrajudicial – Conflito intertemporal de normas. Lei n. 11.382/2006. Prazo para oferecimento de embargos. *Dies a quo*. Intimação da penhora. Verificação de requisitos para a concessão de efeito suspensivo. Impossibilidade em sede de recurso especial. Súmulas ns. 5 e 7 do STJ.

Embora o processo seja reconhecido como um instrumento complexo, no qual os atos que se sucedem se interrelacionam, tal conceito não exclui a aplicação da teoria do isolamento dos atos processuais, pela qual a lei nova, encontrando um processo em desenvolvimento, respeita a eficácia dos atos processuais já realizados e disciplina o processo a partir da sua vigência. Esse sistema, inclusive, está expressamente previsto no artigo 1.211 do Código de Processo Civil. Apesar da teoria do isolamento dos atos processuais não ser uma regra absoluta, ela somente comporta exceções quando, a despeito da edição de lei nova, os atos a serem praticados possuam nexo imediato e inafastável com ato praticado sob a égide da lei antiga ou com os efeitos dele. Na sistemática existente antes do advento da Lei n. 11.382/2006, a condição imposta para o oferecimento dos embargos não era a citação, mas sim a garantia do juízo pela penhora. A verificação do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, mormente quando a alegação de afronta à lei federal incide sobre o parágrafo 1º do artigo 739–A do Código de Processo Civil, está circunscrita ao livre convencimento do juiz, não sendo possível seu exame sem a análise do conjunto fático probatório dos autos, circunstância que encontra óbice nas Súmulas ns. 5 e 7 do STJ. Recurso especial a que se nega provimento. (STJ – REsp n. 1.035.540/SP (2008/0043381–2) – Rel. Min. Nancy Andrighi – j. 28.04.2009).

93) Processual – Honorários advocatícios. Sociedade de advogados. Mandato outorgado ao advogado. Alvará de levantamento em nome da sociedade. Impossibilidade. Artigo 15, parágrafo 3º, da Lei n. 8.906/94. Novel entendimento firmado pela Corte Especial

1. O artigo 15, parágrafo 3º, da Lei n. 8.906/94 (Estatuto da Advocacia) determina que, no caso de serviços advocatícios prestados por sociedade de advogados, as procurações devem ser outorgadas individualmente aos causídicos e indicar a sociedade de que façam parte. 2. Os serviços advocatícios prestados por sociedade de advogados pressupõe que nas procurações outorgadas individualmente aos causídicos deve constar a pessoa jurídica integrada pelos referidos profissionais porquanto, assim não ocorrendo, torna–se impossível se aferir se

os serviços foram prestados pela sociedade, ou individualmente pelo profissional que dela faça parte. 3. O serviço não se considera prestado pela sociedade na hipótese em que a procuração não contém qualquer referência a ela, impedindo, portanto, que o levantamento da verba honorária seja feito em nome da pessoa jurídica com seus efeitos tributários diversos daqueles que operam quando o *quantum* é percebido *uti singuli* pelo advogado. Recurso especial desprovido. (STJ – REsp n. 1.013.458/SC (2007/0289886–9) – Rel. Min. Luiz Fux – j. 09.12.2008).

94) Processo civil – Antecipação dos efeitos da tutela. Exigência de caução, com fundamento no artigo 273, parágrafo 3º, do Código de Processo Civil. Remissão feita pela lei ao artigo 588 do Código de Processo Civil, que foi revogado pela reforma promovida pela Lei n. 11.232/2005. Alegação de impossibilidade de exigência de caução não acolhida. Dispositivo que foi meramente deslocado, do artigo 588 para o artigo 475–O do Código de Processo Civil. Hipótese em que, ademais, é da natureza dos provimentos não definitivos a possibilidade de causar dano à parte contrária, do que exsurge a possibilidade de exigência de caução. Recurso não conhecido

A prévia propositura de medida cautelar pelo recorrente e seu deferimento, pela relatora, nesta Corte, não vinculam a decisão a ser tomada por ocasião do julgamento do recurso especial. O julgamento de medidas cautelares se dá com base em cognição sumária e provisória dos fatos e elementos da causa. O recurso especial é julgado mediante cognição exauriente e definitiva, o que pode levar o julgador à revisão de seu posicionamento inicial. A revogação do artigo 588 do Código de Processo Civil, pela Lei n. 11.232/2005, não leva à perda de eficácia da remissão feita a ele pelo artigo 273, parágrafo 3º, do Código de Processo Civil. A revogação desse dispositivo foi meramente formal, já que a regra nele contida, do ponto de vista substancial, continua presente no artigo 475–O do Código, com redação quase idêntica. Assim, a interpretação teleológica do Código de Processo Civil recomenda que remissão feita a um dispositivo seja lida como se indicasse o outro. Não há incompatibilidade entre o procedimento da antecipação de efeitos da tutela e a exigência de caução. Apesar do artigo 475–O mencionar apenas a execução provisória do julgado, sua proteção deve ser estendida, no que couber, aos provimentos antecipatórios. Recurso especial não conhecido. (STJ – REsp n. 952.646/SC (2007/0114040–2) – Rel. Min. Nancy Andrighi – j. 04.11.2008).

95) Processual Civil – Apelação civil. Efeito devolutivo. Artigo 515 do Código de Processo Civil. Parágrafo 3º inserido pela Lei n. 10.352/2001. Teoria da causa madura. Aplicação. Declaração incidental de inconstitucionalidade. Remessa ao Tribunal

Pleno irrecorrível. Falta de prequestionamento. Súmula n. 211 do STJ. Divergência jurisprudencial. Ausência de demonstração analítica do dissídio

1. O incidente de inconstitucionalidade por si só é etapa do julgamento do recurso no qual é suscitado e não vinculativo para o Tribunal Pleno competente para a sua apreciação (art. 481 do CPC). Consectariamente, a suscitação do incidente não é recorrível. 2. A função jurisdicional de definição de direitos caracteriza–se pela atividade de concreção, consistente na aplicação de determinada lei ao caso concreto. O instituto *in foco* permite que se declare incidentalmente a inconstitucionalidade da lei aplicada ao caso concreto e, em consequência, confira–se um resultado à causa de acordo com essa prévia declaração. Outrossim, o órgão do Tribunal pode ser o Pleno, como indica o artigo 481 do Código de Processo Civil, ou Órgão Especial que lhe faça as vezes, como permite o artigo 93, XI, da Constituição Federal. "A Câmara, reconhecendo esse grau de prejudicialidade, deve sustar o processo até a deliberação do órgão competente, lavrando acórdão nesse sentido. Ao réves, desacolhida a alegação, prossegue–se no julgamento da causa como se não tivesse havido a arguição prejudicial. É que a Câmara não tem competência funcional para declarar a inconstitucionalidade, mas detém–na para concluir pela constitucionalidade. De toda sorte, a deliberação da Câmara quanto à admissibilidade do incidente e remessa ao órgão próprio é irrecorrível. A eventual lesão que se venha perpetrar com o julgamento 'subjetivamente complexo' pela integração das decisões desafiará o recurso extraordinário, porquanto o fundamento do acórdão será necessariamente constitucional, dês que a violação seja a Carta Maior e não ao diploma estadual" (Luiz Fux, *Curso de processo civil*: processo de conhecimento, 4. ed., ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. 1, p. 955). 3. É cediço em doutrina que: "O julgamento do incidente tem como finalidade compor o acórdão do órgão onde ele foi suscitado. Em consequência, a decisão que enseja a interposição de recurso ordinário ou extraordinário não é do Plenário, que resolve o incidente de inconstitucionalidade, mas a do órgão (Câmaras, Grupos ou Turmas) que completa o julgamento do feito (Súmula n. 513 do STF)" (Luiz Fux, *Curso de processo civil*: processo de conhecimento, cit., p. 947–957). 4. *In casu*, o acórdão recorrido apenas determinou a remessa dos autos ao Pleno para que fosse apreciado o incidente de inconstitucionalidade de lei municipal, o que não desafia os presentes recursos especiais. 5. Sob o ângulo formal e à luz do acórdão em confronto com o recurso especial, tem–se que: (a) o prequestionamento é requisito essencial à apreciação do recurso especial. Ante à sua ausência, impõe–se a aplicação da Súmula n. 282 do STF: "É inadmissível o recurso extraordinário,

quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada"; (b) "Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal *a quo*". (Súmula n. 211 do STJ); (c) os dispositivos legais tidos por violados não foram debatidos no acórdão hostilizado, inviabilizando, assim, o conhecimento do recurso especial; (d) é entendimento pacífico nesta Corte Superior que quando a matéria controvertida não foi apreciada pela instância originária, ainda que tenha surgido no próprio acórdão recorrido, obsta–se o conhecimento do apelo extremo; (e) a divergência jurisprudencial, ensejadora de conhecimento do recurso especial pela alínea "c", deve ser devidamente demonstrada, conforme as exigências do parágrafo único do artigo 541 do Código de Processo Civil, c.c. o artigo 255, e seus parágrafos, do RISTJ; (f) à demonstração do dissídio jurisprudencial impõe indispensável revelar soluções encontradas pelo *decisum* recorrido e paradigma tiveram por base as mesmas premissas fáticas e jurídicas, havendo entre elas similitude de circunstâncias, sendo insuficiente para esse fim a mera transcrição de ementas. Precedentes: REsp n. 425.467/MT, 4ª Turma, rel. Min. Fernando Gonçalves, *DJ*, de 05.09.2005; REsp n. 703.081/CE, 2ª Turma, rel. Min. Castro Meira, *DJ*, de 22.08.2005; AgR REsp n. 463.305/PR, 1ª Turma, rel. Min. Denise Arruda, *DJ*, de 08.06.2005); (g) o aresto recorrido refere–se ao fato do órgão fracionário do Tribunal de Justiça prover recurso de apelação do Ministério Público, determinando a remessa dos autos ao Pleno para apreciar incidente de inconstitucionalidade de lei municipal, o que difere dos arestos paradigmas colacionados pelas recorrentes; (7) a título de argumento *obiter dictum* merece destaque o fato do Tribunal local, com fulcro nos artigos 515, parágrafo 3º, e 481 do Código de Processo Civil, ter reformado a sentença monocrática e enviado os autos ao Tribunal Pleno, para que ali apreciasse a arguição incidental de inconstitucionalidade na ação civil pública, não havendo que se falar em decisão passível de interposição dos presentes recursos especiais. 8. O artigo 515 do Código de Processo Civil restou modificado pela Lei n. 10.352, de 26 de dezembro de 2001, que lhe inseriu o parágrafo 3º, segundo o qual: "Nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267), o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento" (cognominada teoria da causa madura). 9. O cognominado princípio da causa madura, introduzido no Código de Processo Civil pela Lei n. 10.352/2001, ao permitir que o Tribunal, no exercício do duplo grau de jurisdição, pronuncie–se sobre matéria não examinada na Primeira Instância, nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito, ampliou a

devolutividade do recurso de apelação. 10. *In casu*, o Tribunal *a quo* assim ponderou de maneira acertada: (...) "Dou provimento ao recurso de apelação, para reconhecer como possível o controle de constitucionalidade de ato normativo municipal, pelo método difuso, em sede de ação civil pública, o que faço em desarmonia com o parecer ministerial. Em decorrência do disposto no artigo 515, parágrafo 3º, do Código de Processo Civil e no art. 211, do RITJPB, determino a remessa do feito ao Tribunal Pleno, para que ali seja apreciada a arguição incidental de inconstitucionalidade, adotando–se as providências de estilo". 11. A matéria controversa acerca da declaração de inconstitucionalidade e que pode ser objeto do recurso será a decisão que a absorver como causa *decidendi*, vale dizer, o aresto do órgão que completar o julgamento acolhendo a declaração do Tribunal Pleno quanto à matéria de inconstitucionalidade incidentalmente arguida. 12. Recursos especiais não conhecidos. (STJ – REsp n. 866.997/PB (2006/0101938–8) – Rel. Min. Luiz Fux – j. 16.06.2009).

96) Processual Civil – Multa do artigo 475–J do Código de Processo Civil. Incidência na execução provisória. Impossibilidade. Incompatibilidade lógica. Necessidade de afastamento da multa

1. O artigo 475–J, com redação dada pela Lei n. 11.232/2005, foi instituído com o objetivo de estimular o devedor a realizar o pagamento da dívida objeto de sua condenação, evitando assim a incidência da multa pelo inadimplemento da obrigação constante do título executivo. 2. A execução provisória não tem como escopo primordial o pagamento da dívida, mas sim de antecipar os atos executivos, garantindo o resultado útil da execução. 3. Compelir o litigante a efetuar o pagamento sob pena de multa, ainda pendente de julgamento o seu recurso, implica em obrigá–lo a praticar ato incompatível com o seu direito de recorrer (art. 503, parágrafo único, do CPC), tornando inadmissível o recurso. 4. Por incompatibilidade lógica, a multa do artigo 475–J do Código de Processo Civil não se aplica na execução provisória. Tal entendimento não afronta os princípios que inspiraram o legislador da reforma. Doutrina. Recurso especial provido. (STJ – REsp n. 1.100.658/SP (2008/0236605–3) – Rel. Min. Humberto Martins – j. 07.05.2009).

97) Processual Civil. Recurso ordinário em mandado de segurança. Artigo 105, II, "b", da Constituição Federal de 1988. Precatório parcelado nos moldes do artigo 78 do ADCT. Não pagamento de parcelas nas datas de vencimento. Sequestro de verbas públicas. Decisão do presidente do Tribunal reformada por órgão especial colegiado, em sede de agravo regimental. Impetração de *writ of mandamus* . Termo *a quo*. Decadência não configurada

1. O agravo regimental contra o ato administrativo do presidente do

Tribunal acerca do sequestro do precatório não jurisdicionaliza o *decisum* originário. Precedentes: RMS n. 24.510/SP, 1ª Turma, rel. Min. Denise Arruda, rel. p/ acórdão Min. Teori Albino Zavascki, 1ª Turma, j. 21.05.2009, *DJe*, de 22.06.2009; AgR RMS n. 28.178/SP, 1ª Turma, rel. Min. Francisco Falcão, j. 02.04.2009, *DJe*, de 22.04.2009. 2. Consectariamente, é daquela decisão no agravo interno que se computa o prazo decadencial. 3. *In casu*, a decisão do presidente do Tribunal de Justiça deferindo o sequestro foi publicada em 30.11.2005. Referido *decisum* foi reformado pelo órgão especial, que determinou a exclusão de juros moratórios e compensatórios. O aresto que apreciou os embargos de declaração foi publicado em 05.10.2006. O mandado de segurança foi impetrado em 01.11.2006, dentro do prazo legal, conjurando–se, portanto, a decadência. 4. Decadência do mandado de segurança afastada, determinando–se o retorno dos autos ao tribunal de origem para o julgamento do mandado de segurança. (STJ – RMS n. 28.692/São Paulo (2009/0012493–2) – Rel. Min. Benedito Gonçalves – Rel. p/Acórdão Min. Luiz Fux – j. 09.06.2009).

98) Reclamação – Procurador federal. Multa pessoal. Sanção disciplinar. Descumprimento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.652/DF

1. Os procuradores federais estão incluídos na ressalva do parágrafo único do artigo 14 do Código de Processo Civil, não sendo possível, assim, fixar–lhes multa em razão de descumprimento do dever disposto no artigo 14, inciso V, do Código de Processo Civil. 2. Sem discutir o acerto ou desacerto da condenação por litigância de má–fé – prevista no artigo 17, inciso V, do Código de Processo Civil –, imposta pela autoridade reclamada, tem–se que a condenação pessoal do procurador do Instituto Nacional do Seguro Social ao pagamento de multa processual é inadequada porque, no caso vertente, ele não figura como parte ou interveniente na ação. 3. Reclamação julgada procedente. (STF – Rcl n. 5.133/MG – Tribunal Pleno – Rel. Min. Carmen Lúcia – j. 20.05.2009 – *DJe*, de 20.08.2009).

99) Responsabilidade Civil do Estado – Poliomelite contraída no curso da imunização obrigatória

Responsabilidade civil do Estado. Aquisição de poliomielite no curso da imunização obrigatória. Inexistência de falha do serviço público, quer no tocante à atuação de seus agentes, quer na qualidade da vacina aplicada. Risco da própria imunização, obrigatória em virtude de lei nacional, acentuado por fatores de ordem sanitária. Ação julgada procedente. Sentença reformada. Recurso da ré provido, prejudicado o do autor. (TJSP – Apel. c/Revisão n. 6600285000/São José do Rio Preto – 7ª Câm. Dir. Públ. – Rel. Des. Coimbra Schmidt – j. 10.03.2008).

100) Servidor Público – Policiais civis. Dissídio coletivo de greve.

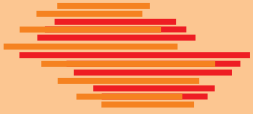
Serviços ou atividades públicas essenciais. Competência para conhecer e julgar o dissídio. Artigo 114, inciso I, da Constituição do Brasil. Direito de greve. Artigo 37, inciso VII, da Constituição do Brasil. Lei n. 7.783/89. Inaplicabilidade aos servidores públicos. Direito não absoluto. Relativização do direito de greve em razão da índole de determinadas atividades públicas. Amplitude da decisão proferida no julgamento do Mandado de Injunção n. 712. Artigo 142, parágrafo 3º, inciso IV, da Constituição do Brasil. Interpretação da Constituição. Afronta ao decidido na ADI n. 3.395. Incompetência da Justiça do Trabalho para dirimir conflitos entre servidores públicos e entes da Administração às quais estão vinculados. Reclamação julgada procedente

1. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o MI n. 712, afirmou entendimento no sentido de que a Lei n. 7.783/89, que dispõe sobre o exercício do direito de greve dos trabalhadores em geral, é ato normativo de início inaplicável aos servidores públicos civis, mas cabe ao Poder Judiciário dar concreção ao artigo 37, inciso VII, da Constituição do Brasil, suprindo omissões do Poder Legislativo. 2. Servidores públicos que exercem atividades relacionadas à manutenção da ordem pública e à segurança pública, à administração da justiça – aí os integrados nas chamadas carreiras de Estado, que exercem atividades indelegáveis, inclusive as de exação tributária – e à saúde pública. A conservação do bem comum exige que certas categorias de servidores públicos sejam privadas do exercício do direito de greve. Defesa dessa conservação e efetiva proteção de outros direitos igualmente salvaguardados pela Constituição do Brasil. 3. Doutrina do duplo efeito, segundo Tomás de Aquino, na *Suma Teologica* (II seção da II parte, questão 64, artigo 7). Não há dúvida quanto a serem, os servidores públicos, titulares do direito de greve. Porém, tal e qual é lícito matar a outrem em vista do bem comum, não será ilícita a recusa do direito de greve a tais e quais servidores públicos em benefício do bem comum. Não há mesmo dúvida quanto a serem eles titulares do direito de greve. A Constituição é, contudo, uma totalidade. Não um conjunto de enunciados que se possa ler palavra por palavra, em experiência de leitura bem comportada ou esteticamente ordenada. Dela são extraídos, pelo intérprete, sentidos normativos, outras coisas que não somente textos. A força normativa da Constituição é desprendida da totalidade, totalidade normativa, que a Constituição é. Os servidores públicos são, seguramente, titulares do direito de greve. Essa é a regra. Ocorre, contudo, que entre os serviços públicos há alguns que a coesão social impõe sejam prestados plenamente, em sua totalidade. Atividades das quais dependam a manutenção da ordem pública e a segurança pública, a administração

da justiça – onde as carreiras de Estado, cujos membros exercem atividades indelegáveis, inclusive as de exação tributária – e a saúde pública não estão inseridos no elenco dos servidores alcançados por esse direito. Serviços públicos desenvolvidos por grupos armados: as atividades desenvolvidas pela polícia civil são análogas, para esse efeito, às dos militares, em relação aos quais a Constituição expressamente proíbe a greve (art. 142, § 3º, IV). 4. No julgamento da ADI n. 3.395, o Supremo Tribunal Federal, dando interpretação conforme ao artigo 114, inciso I, da Constituição do Brasil, na redação a ele conferida pela Emenda Constitucional n. 45/2004, afastou a competência da Justiça do Trabalho para dirimir os conflitos decorrentes das relações travadas entre servidores públicos e entes da Administração à qual estão vinculados. Pedido julgado procedente. (STF – Rcl n. 6.568/São Paulo – Tribunal Pleno – Rel. Min. Eros Grau – j. 21.05.2009 – *DJe*, de 24.09.2009).

editoração, ctp, impressão e acabamento

imprensaoficial



PGE
PROCURADORIA GERAL
DO ESTADO DE SÃO PAULO