

# BOLETIM

Referências valiosas para você desenvolver o seu trabalho.

ISSN 2237- 4515



## CEPGE

CENTRO DE ESTUDOS DA PROCURADORIA  
GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

MAIO/JUNHO 2009





# BOLETIM

Referências valiosas para você desenvolver o seu trabalho.



## CEPGE

CENTRO DE ESTUDOS DA PROCURADORIA  
GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO



*Editorial*

A Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado: momento de organizar, definir novas diretrizes e crescer.....	133
---	-----

*Cursos e Eventos*

Cursos do Centro de Estudos.....	137
Eventos em parceria com outras instituições .....	138

*Peças e Julgados*

Ação Civil Pública – “Apagão Aéreo”.....	141
Sistema Penitenciário – Regime de Cumprimento de Pena. Indenização por Danos Morais.....	183

*Doutrina*

As Imunidades Tributárias e o Sistema Constitucional .....	209
--	-----

*Ementário*

Contencioso Fiscal.....	233
Contencioso Geral .....	241

# 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 Berenchein 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 Berenchein 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 e Tatiana 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](mailto: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](http://www.imprensaoficial.com.br)  
[livros@imprensaoficial.com.br](mailto: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 ser 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.

## A Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado: momento de organizar, definir novas diretrizes e crescer

A Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado foi credenciada pelo Conselho Estadual de Educação através da Portaria CEE GP de 29.11.2005, para ministrar cursos de especialização, aperfeiçoamento e extensão universitária, nos termos das Deliberações CEE ns. 9/98 e 3/2000, devendo cumprir a meta de manter cursos com docentes devidamente habilitados, com título de mestre ou doutor, além de ter a permanente preocupação com a extensão de serviços à comunidade.

Em quatro anos de existência, a ESPGE consolidou-se como um importante marco no mundo acadêmico e está conseguindo executar cada etapa complexa de seus projetos com determinação e brilhantismo. Até agora, podemos visualizar três fases distintas nesse caminho. A primeira consistiu em elaborar o projeto e implementá-lo com a criação das duas primeiras turmas. A segunda foi providenciar a execução do projeto arquitetônico, com objetivo de construir um espaço físico próprio e ampliar o número de cursos. A atual é estruturar a parte administrativa, aprimorar os cursos já existentes e fixar as novas diretrizes para o futuro.

No início, foi aprovado o funcionamento dos Cursos de Especialização *Lato Sensu* em Direito do Estado e Direito Processual Civil, ambos com dois anos de duração e carga horária de 452 horas-aula. As primeiras turmas foram constituídas em 2006, exclusivamente por Procuradores do Estado, sob regência da primeira diretora, Dora Maria Vendramini Barreto.

Em 2007, novos passos foram dados. Sob direção do diretor Marcio Sotelo Felipe, a Escola foi instalada em uma sede bem estruturada, com salas de aula modernas e bem equipadas. Foram ofertados dois novos cursos, Especialização *Lato Sensu* em Direitos Humanos e em Direito Tributário. Nesse contexto, foi publicado o Decreto n. 51.774, de 25 de abril de 2007, que passou a prever a possibilidade de abertura dos cursos a servidores públicos do Estado, quando constatada capacidade ociosa equivalente a no máximo 50% das vagas inicialmente abertas, e desde que caracterizada inexistência de custo adicional, assim como foi aberta a possibilidade de participação de público externo pagante.

No final de 2008, foi realizada a formatura das duas primeiras turmas da Escola, compostas por 33 alunos, que se dedicaram a literalmente construir o projeto ESPGE, em parceria com um grupo muito competente de coordenadores e monitores que, juntos, selecionaram os melhores professores e caminhos pedagógicos, passando pelos percalços e alegrias de realizar algo novo, sem paradigma até então na Carreira.

No ano de 2009, assumi a direção da Escola, em conjunto com a Doutora Marily Diniz do Amaral Chaves. Trouxemos a experiência de já ter participado das gestões anteriores, seja dando aulas, seja na coordenação do Curso de Direito do Estado, juntamente com o Carlos José Teixeira de Toledo, atual coordenador do Centro de Estudos. A integração e experiência conjunta anterior ajudaram muito a compreender o que deveria ser mantido ou alterado, bem como identificar os novos desafios e a importância da atuação coesa da Escola e Centro de Estudos, com a somatória de esforços.

Assim, três novas turmas iniciaram o curso em fevereiro, nos Cursos de Especialização *Lato Sensu* em Direitos Processual Civil, Direito Tributário e Direitos Humanos. A Turma de Direito do Estado estava completa e em andamento, com perspectiva de terminar o curso no final de 2009, motivo pelo qual não foram ofertadas vagas para novas inscrições. Ao todo, são 218 alunos em plena atividade acadêmica no ano de 2009.

Nesse contexto, fixamos como prioridades:

1) Agregar e possibilitar a participação de toda a Carreira nas atividades da ESPGE, intenção concretizada com apoio do Centro de Estudos, através de comunicado semanal distribuído para toda a Carreira, via *Notes*. Também foi disponibilizado no *site* da PGE (área restrita – Escola Superior) o cronograma completo semestral de todos os cursos, para que os interessados possam acompanhar o trabalho desenvolvido e participar efetivamente.

2) Enriquecer o conteúdo programático e apresentar um curso academicamente consistente e diferenciado. Para atingir essa meta, contamos com a participação de professores brasileiros e estrangeiros, expoentes nas respectivas áreas. No âmbito internacional, destacamos a troca de experiência e aprimoramento de pesquisa, como o professor Alessandro Corbino, catedrático da Universidade de Catania, Itália, sobre o Direito Romano, e o professor espanhol Juan Zarnozza Pérez, catedrático da Universidade Carlos III de Madri, que deu duas excelentes aulas, uma sobre direito comunitário e sistema tributário, e outra sobre a experiência da implementação do direito social à saúde na Espanha, possibilitando aos alunos tecer um quadro comparativo e conhecer linhas de interpretação essenciais para aprimorar uma área sensível no Brasil.

3) Realizar eventos internacionais:

a) 1º Seminário Internacional de Direito Constitucional Luso-brasileiro da

ESPGE: com a participação dos catedráticos da Faculdade de Direito de Lisboa Jorge Miranda, Carlos Blanco de Moraes e José Alexandrino. Contou-se ainda com a presença do diretor da Faculdade Eduardo Augusto Alves Vera Cruz Pinto, que assinou o Protocolo de Cooperação entre as Instituições. O evento consolidou o primeiro protocolo internacional da ESPGE, e agora estamos trabalhando para dar andamento a novos projetos em comum no ano de 2010.

b) Colóquio Internacional Justiça Social e Direitos Humanos na América Latina: também foi uma iniciativa notória e resultou na assinatura do segundo protocolo internacional, com a Universidade de Washington, Seattle, através do diretor do Centro de Estudos Brasileiros, professor Jonathan Warren. Atualmente está sendo diagramado um livro com o resultado do evento, com a participação de Procuradores do Estado, professores nacionais e estrangeiros.

4) Divulgar os trabalhos acadêmicos feitos pela ESPGE, para difundir as linhas de pesquisa predominantes nos cursos. A intenção é lançar as próximas revistas com os melhores Trabalhos de Conclusão de Curso (TCC), que estão sendo escolhidos pela Comissão Editorial entre os mais relevantes, e também publicar o material das aulas e palestras fornecidas pelo corpo docente.

5) Atualizar os projetos iniciais de cada curso, com a intenção de aprimorar o conteúdo e o formato. Nesse contexto, o Curso de Especialização em Direito do Estado, que compreende as disciplinas Direito Constitucional, Direito Administrativo e Direito Ambiental, foi um sucesso e será avaliado, após a formação de três turmas, com a intenção de ser aperfeiçoado; para tanto, será realizado um *workshop* com os coordenadores, monitores, orientadores, revisores e os ex-alunos, para que possa ser feita uma avaliação dos pontos positivos e negativos, para embasar a reformulação do projeto.

6) Manter os ex-alunos vinculados às atividades da ESPGE, agregando as experiências para fortalecer o crescimento da comunidade acadêmica dos Procuradores do Estado, assim como aproximars os Procuradores lotados no Interior. Estamos aguardando autorização do Conselho da Educação para oferecer cursos semipresenciais e outras alternativas tecnológicas que possibilitem a participação mais efetiva nos cursos.

7) Um grande desafio atual, não tão visível externamente, mas muito importante para a solidificação da ESPGE, é a organização burocrática dos arquivos, implementação e organização de um sistema virtual para integração da ESPGE com os alunos, professores e público externo. É um trabalho criterioso e minucioso que registrará a seriedade e excelência dos cursos ministrados.

8) Outro ponto importante a ser destacado é a organização dos recursos humanos. A ESPGE conta com uma pequena e muito dedicada equipe de funcionários. Nossa opção foi criar duas estruturas especializadas: a primeira, com a finalidade de atender aos professores convidados e receber a todos de forma

afável, organizada e bem estruturada; e a segunda, para oferecer aos alunos todo o suporte possível para que o curso fosse excelente e rigoroso sob o enfoque didático e, ao mesmo tempo, que se criasse uma atmosfera agradável e humanista, de integração entre o corpo discente, o docente e a direção.

Por fim, a ESPGE agradece imensamente ao Conselho Curador, que discute e aprova as metas fixadas, aos coordenadores e monitores, que estudam com afinco e procuram sempre trazer temas atualizados e importantes para o dia a dia da Carreira, que se desdobram para conciliar a agendas dos melhores professores com as aulas e, por fim, enfatiza a importância do apoio integral do Gabinete do Procurador Geral do Estado e do Centro de Estudos na realização das atividades, mantendo sempre a isenção e proporcionando liberdade para a escolha das opções dos temas de debate e do corpo docente.

A Escola é uma conquista que possibilita o desenvolvimento intelectual de cada Procurador do Estado e a integração com os demais membros grupo e, ao mesmo tempo, revela no âmbito nacional e internacional a excelência da produção acadêmica da Procuradoria Geral do Estado. Espera-se que todos continuem participando dos eventos, contribuindo com perspicaz erudição e também tragam propostas para o aperfeiçoamento das atividades.

*Patricia Ulson Pizarro Werner*  
Diretora da ESPGE

*Marily Diniz do Amaral Chaves*  
Vice-diretora da ESPGE

## Cursos do Centro de Estudos

**05.05** – Aula Direito Comunitário e Sistema Tributário.

**05.05** – Curso de Especialização *Lato Sensu* em Direitos Humanos: Direitos humanos e cultura da paz.

**05.05** – Curso de Especialização *Lato Sensu* em Direito Tributário: Tributos, espécies, impostos e taxas. Caracterização do tipo. Designação pela lei, destinação de receita. Peculiaridades. Direito comunitário e sistema tributário.

**06.05** – Curso de Especialização *Lato Sensu* em Direito do Estado: Responsabilidade do Estado por atos do Poder Judiciário. Responsabilidade extracontratual do Estado.

**06.05** – Curso de Especialização *Lato Sensu* em Direito Processual Civil: Responsabilidade tributária. Defesa heterotópica. Ação anulatória e *querella nulitatis*.

**07.05** – Painel Casos do Sistema Interamericano: o papel do Poder Público e das ONGs.

**08.05** – Aula Filosofia. Da lógica clássica à nova lógica. Lógica e pensamento jurídico contemporâneo. Os problemas lógicos na interpretação e atribuições do direito.

**18.05** – Curso SPED: Sistema Público de Escrituração Judicial: Nota Fiscal Eletrônica, Conhecimento de Transporte Eletrônico e Nota Fiscal Paulista.

**19.05** – 1ª Reunião da equipe DAS/PPD e PPI/CADIN da Coordenadoria da Dívida Ativa.

**27 e 28.05** – I Seminário Internacional de Direito Constitucional Luso-brasileiro da Escola da PGE.

**03 e 04.06** – 14º Congresso Brasileiro de Direito Ambiental das Cidades.

**17.06** – Curso Tutelas Diferenciadas: preventivas e de urgência.

**22.06** – Curso Acesso e Utilização do Sistema Informatizado do CADIN Estadual da Coordenadoria da Dívida Ativa.

## Eventos em parceria com outras instituições

**04 a 15.05** – Curso Introdução à Lógica de Programação, promovido pelo Instituto Tecnológico Impacta (ITI).

**05, 07, 12, 14, 19 e 21.05** – Curso de Contabilidade para Não Contadores, promovido pela Fundação Instituto de Pesquisas Contábeis, Autarquias e Financeiras (Fipecapi).

**06 a 08.05** – II Congresso CONSAD de Gestão Pública, promovido pelo Conselho Nacional de Secretários da Administração.

**07.05** – Curso Principais Questionamentos Jurídicos sobre Licitações e Contratos Administrativos: estudos e casos práticos, promovido pela LEX Editora S.A.

**08.05** – Seminário Ações Acidentárias na Justiça do Trabalho, promovido pela LTR Desenvolvimento Profissional Ltda.

**08, 15, 22 e 29.05** – Curso Atualização em Direito Administrativo, promovido pelo Centro de Estudos da PGE, Instituto de Direito Administrativo Paulista (IDAP) e a Escola Superior da PGE.

**12 e 13.05, 08 e 09.06** – Curso Transformando o Valor do Trabalho, promovido pela Star Coach Consultoria.

**16.05** – VIII Seminário Jurídico de Atualizações, promovido pela DUE Eventos.

**19.05** – Curso Prático ICMS/SP. Substituição e antecipação tributária. Mercado-rias inseridas no regime em 2008 e 2009. Cálculo, emissão e escrituração de documentos fiscais, promovido pela FISCO Soft Editora Ltda.

**20 e 27.05** – Curso Função Política do Controle de Constitucionalidade, promovido pela Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP).

**21, 22 e 23.05** – Curso Avaliação de Aluguéis, promovido pelo Instituto Brasileiro de Avaliações e Perícias de Engenharia (IBAPE).

**29.05** – Seminário Teoria e Prática da Execução Trabalhista, promovido pela LTR Desenvolvimento Profissional Ltda.

**01 a 22.06** – Curso O Juiz e a Lei: função jurisdicional, dogmática e segurança jurídica, promovido pela Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP).

**03 e 04.06** – 13º Congresso Internacional de Direito Ambiental, 14º Congresso Brasileiro de Direito Ambiental, 4º Congresso de Direito Ambiental dos Países de Língua Portuguesa e Espanhola e 4º Congresso de Estudantes de Graduação

e Pós-graduação de Direito Ambiental, promovido pelo Instituto “O Direito por um Planeta Verde”.

**03, 10 e 17.06** – Curso Função Política do Controle de Constitucionalidade, promovido pela Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP).

**04 e 05.06** – III Jornada de Debates sobre Questões Polêmicas de Direito Tributário, promovido pela Fisconsultores Ltda.

**04 a 06.06** – XXIX Congresso Brasileiro de Direito Constitucional “O Constitucionalismo do Século XXI”, promovido pela Instituto Brasileiro de Direito Constitucional (IBDC).

**04.06 a 31.07** – II Curso de Direitos Fundamentais, promovido pelo Instituto de Direito Internacional e de Cooperação com os Estados e Comunidades Lusófonas *Ius Gentium Conimbrigae* (IGC) da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e IBCCRIM.

**07 a 10.06** – 13º Congresso Brasileiro de Advocacia Pública “Novos Horizontes da Advocacia Pública”, promovido pelo Instituto Brasileiro de Advocacia Pública, Procuradoria Geral do Estado do Pará e Defensoria Pública Geral do Estado do Pará.

**15 a 17.06** – Curso Access Avançado 2007, promovido pela Brassel Computadores e Sistemas Ltda.

**16.06** – Colóquio Internacional Justiça Social e Direitos Humanos: América Latina e Brasil, promovido pelo Centro de Estudos Brasileiros da Universidade de Washington Seattle, Centro de Estudos da PGE/SP e Escola Superior da PGE, com apoio da Associação Nacional dos Direitos Humanos, Pesquisa e Pós Graduação (ANDHEP), Instituto Brasileiro de Advocacia Pública, Associação Palas Athena – Filosofia em Ação e Programa de Mestrado em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

**17 a 30.06** – Curso Formação *Web Designs*, promovido pelo Centro de Treinamento Especializado em Computação Gráfica, Vídeo e Áudio Digital – Web Design Fundamental.

**20.06** – Curso Débitos Tributários: questões administrativas e judiciais, promovido pela LEX Editora S.A.

**23 e 24.06** – Curso: Sistema de Registro de Preços (SRP) e a Lei das Micros e Pequenas Empresas (LC 123/06), promovido pela LEX Editora S.A.

**25.06** - I Seminário O Terceiro Setor na Área de Saúde: Organizações Sociais, OSCIPs e Fundações, promovido pelo Instituto Brasileiro de Direito Público (IBDP).

**26.06** – Seminário Concorrência e Inovação Tecnológica, promovido pela Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP).



## Ação Civil Pública – “Apagão Aéreo”

Excelentíssimo Senhor Doutor Juiz Federal da 1ª Subseção Judiciária de São Paulo da Justiça Federal da 3ª Região

A Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor (PROCON/SP), pessoa jurídica de direito público instituída pela Lei estadual paulista n. 9.192/95, inscrita no CNPJ/MF sob o n. 57.659.583/0001-84, com sede na Rua Barra Funda, 930, São Paulo, SP, pelos Procuradores do Estado infra-assinados e por sua Diretora Executiva, Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC), inscrito no CNPJ/MF sob n. 58.120.387/0001-8, com sede na Rua Doutor Costa Júnior, 356, São Paulo, SP, Associação de Defesa da Cidadania e do Consumidor (ADECON), inscrita no CNPJ/MF sob n. 03.296698/0001-22, com sede na Rua do Riachuelo, 105, Edifício Círculo Católico, salas 217/221, Recife, PE e Movimento das Donas de Casa e Consumidores de Minas Gerais (MDC-MG), inscrita no CNPJ/MF sob n. 209.66842/0001-00, com sede na Rua Guajajaras, 40, Edifício Mirafiori, conjunto 2.402, Belo Horizonte, MG, por seu advogado infra assinado, com lastro na Lei n. 7.347/85 e artigos 81, parágrafo único, III, e 82, III, ambos do Código de Defesa do Consumidor, vêm, respeitosamente perante Vossa Excelência, propor ação civil pública, com pedido de liminar, em face da União Federal, Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), autarquia especial integrante da Administração Pública Federal Indireta, criada pela Lei n. 11.182/2005, com sede no Aeroporto Internacional de Brasília, Setor de Concessionárias, Lote 5, Brasília, DF, BRA Transportes Aéreos Ltda., inscrita no CNPJ sob o n. 03.411.928/0001-57, com sede na Avenida Ipiranga, 318, bloco B, 9º andar, São Paulo, SP, Gol Transportes Aéreos S/A, inscrita no CNPJ sob o n. 04.020.028/0001-41 e com sede na Rua Gomes de Carvalho, 1.629, Vila Olímpia, São Paulo, SP, Ocean Air Linhas Aéreas, inscrita no CNPJ sob o n. 02.575.829/0001-48, com sede na Avenida Washington Luiz, 7.059, Aeroporto de Congonhas, São Paulo, SP, Pantanal Linhas Aéreas Sul Mato-grossenses S/A, inscrita no CNPJ sob o n. 33.727.132/0001-79, com sede na Avenida Nações Unidas, 10.989, 8º andar, conjunto 81, Vila Olímpia, São Paulo, SP, Rio-Sul Linhas Aéreas S/A, inscrita no CNPJ sob o n. 33.746.918/0001-33, com sede na Avenida Almirante Silvio de Noronha, 365, Bloco C, 4º andar,

Castelo, Rio de Janeiro, RJ, TAM Linhas Aéreas S/A, inscrita no CNPJ sob o n. 02.012.862/0001-60, com sede na Avenida Jurandir, 856, Lote 4, 6º andar, Planalto Paulista, São Paulo, SP, Total Linhas Aéreas S/A, inscrita no CNPJ sob o n. 32.068.363/0002-36, com sede na Rua dos Hangares, 3, Itapoá, Pátio Norte, Aeroporto da Pampulha, Belo Horizonte, MG e VARIG S/A Viação Aérea Rio-grandense, inscrita no CNPJ sob o n. 92.772.821/0253-10, com sede na Avenida Almirante Silvio de Noronha, 365, Bloco C, 4º andar, Castelo, Rio de Janeiro, RJ, com base nos argumentos de fato e de direito abaixo relacionados:

## 1 Foro competente

Move-se a presente ação perante a Justiça Federal em razão de a União Federal e a ANAC figurarem no pólo passivo, o que faz incidir a regra prescrita no artigo 109, I, da Constituição Federal, que atribui à Justiça Federal competência para processar e julgar as causas em que a União ou entidade autárquica federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes.

## 2 Legitimidade ativa

### 2.1 Da legitimidade ativa da Fundação PROCON

O PROCON/SP é fundação pública estadual instituída pela Lei estadual paulista n. 9.192/95 e tem por atribuição elaborar e executar a política estadual de proteção e defesa do consumidor, nos termos do artigo 2º dessa lei. E, enquanto órgão da Administração pública indireta, dotado de personalidade jurídica própria, tem legitimidade ativa para a propositura de ações coletivas destinadas à tutela de interesses individuais homogêneos, nos termos dos artigos 81, parágrafo único, III, e 82, III, ambos do Código de Defesa do Consumidor.

### 2.2 Da Legitimidade ativa do IDEC, ADECON e MDC-MG

O Código de Defesa do Consumidor define os direitos ou interesses coletivos *lato sensu* tal como segue:

“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:

(...)

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.”

O IDEC pode defender qualquer espécie de direito coletivo: o essencialmente

coletivo (difuso ou coletivo, cujo objeto é indivisível) ou o acidentalmente coletivo (direito individual homogêneo, cujo objeto é divisível).

O rol dos legitimados para a propositura das ações coletivas está estabelecido no artigo 82, IV, do Código de Defesa do Consumidor, *in verbis*:

“Artigo 82 - Para os fins do artigo 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente:

(...)

IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código, dispensada a autorização assemblear. (...).”

A norma então, permite que os legitimados acima, entre os quais associações como o IDEC, defendam direitos difusos e coletivos dos consumidores e ainda, na qualidade de substitutos processuais, defendam em nome próprio direito individual alheio dos consumidores, desde que de origem comum, sendo cabível todo e qualquer tipo de ação, inclusive a coletiva.

O IDEC é uma associação civil sem fins lucrativos, fundada em julho de 1987, cuja finalidade precípua é a defesa do consumidor, e que desenvolve, para tanto, várias atividades, entre elas a propositura de ações judiciais, nos termos da lei.

Com relação aos fins institucionais do Instituto autor, vale transcrever os artigos 1º e 3º, “f”, do seu Estatuto, *in verbis*:

“Artigo 1º - O Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC) é uma associação civil de finalidade social, sem fins lucrativos, apartidária, regida pela legislação vigente e por este Estatuto, e constituída por prazo indeterminado, situado na Rua Doutor Costa Júnior, 356, São Paulo, SP.

(...)

Artigo 3º - Para cumprir seus objetivos, poderão ser desenvolvidas atividades:

(...)

f- atuar judicial ou extrajudicialmente em defesa do consumidor, associados ou não, nas relações de consumo e qualquer outra espécie de ação correlata, coletiva ou individualmente, também perante os poderes públicos, inclusive nos casos em que o consumidor seja prejudicado com a exigência de tributos.”

Os artigos supramencionados, portanto, demonstram que entre as finalidades do IDEC está a defesa dos direitos do consumidor por meio de ações judiciais. Preenchido está o requisito de legitimidade, de acordo com o artigo 82 e seguintes do Código de Defesa do Consumidor.

Sobre o tema, inúmeras são as decisões judiciais que reconhecem a legitimidade do IDEC para a defesa de interesses individuais homogêneos dos consumidores, dentre as quais pede-se vênua para citar:

“Legitimidade Ativa *Ad Causam* – Ação proposta pelo IDEC para a defesa de interesse individual homogêneo de seu associado. Relação de consumo caracterizada. Legitimidade reconhecida. Recurso provido para afastar o decreto de carência.” (TJSP - AC n. 23.011-4/São Paulo, 6ª Câm. Dir. Priv., rel. Des. Octavio Helene, j. 06.03.1997, v.u.).

“Ação Civil Pública - Código de Defesa do Consumidor. Consórcio. Associação. Legitimidade de parte ativa. A associação, que tem por finalidade a defesa do consumidor, pode propor ação coletiva em favor dos participantes, desistentes ou excluídos, de consórcio, visto cuidar-se aí de interesses individuais homogêneos.” (STJ - REsp n. 222.569/SP, 4ª Turma, rel. Min. Barros Monteiro, j. 27.08.2001, v.u.).

Inegável a intenção do legislador em adotar uma solução mista de defesa de tais interesses e direitos, atribuída a vários órgãos públicos ou privados. O fato de conferir legitimação às associações não governamentais para propositura de ações coletivas ou civis públicas configura uma contribuição para melhor tutela de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos e, ainda, retira do Estado um grande ônus, fazendo com que haja valorização da democracia participativa e melhor funcionamento da máquina pública, sem contar o enorme benefício trazido àqueles efetivamente tutelados por tais instituições.

Da mesma forma, a ADECON, constituída em junho de 1999, traz em seus estatutos, na Cláusula Primeira, os seguintes objetivos:

“Cláusula Primeira - A Associação de Defesa da Cidadania e do Consumidor (ADECON-PE) é uma instituição civil sem fins lucrativos, com foro na comarca de Recife e tem como finalidade a defesa judicial e extrajudicial do consumidor, como tal definido nos artigos 2º, 17 e 29 da Lei n. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), a defesa dos direitos e interesses relativos ao meio ambiente, ao portador de deficiência física, à economia popular, à ordem econômica, à concorrência, à livre iniciativa, à saúde, ao ensino, à tributação e taxação justas, legais e constitucionais; direitos e interesses relativos aos direitos humanos, patrimônio público, histórico e paisagístico, cidadania e quaisquer outros direitos e/ou interesses difusos coletivos e individuais homogêneos (Lei n. 7.347, de 24.07.1985, arts. 1º e 5º), podendo atuar em todo o território do Estado de Pernambuco, na forma prevista no parágrafo único do artigo 81 c.c. o inciso IV do artigo 82 do mesmo Código do Consumidor, postulando também, na forma do artigo 5º, inciso LXX, alínea ‘b’, da Constituição Federal e firmar convenção coletiva de consumo que tenha por objeto estabelecer condições e características de produtos e serviços e, ainda, quando se tratar de composição de conflito de consumo.”

Não é diferente o caso da MDC-MG, constituída em 30.08.1983. Rezam seus estatutos:

“Artigo 1º - O Movimento das Donas de Casa e Consumidores de Minas Gerais é uma associação civil de finalidade social, sem fins econômicos e lucrativos, apartidária, regida pela legislação vigente e por este Estatuto, e constituída por prazo indeterminado, situada à Rua da Bahia, 1.148, salas 302 a 314, Belo Horizonte, MG.

(...)

Artigo 3º - Para cumprir seus objetivos, poderão ser desenvolvidas as seguintes atividades:

(...)

e) atuar judicial ou extrajudicialmente em defesa do consumidor, associado ou não, nas relações de consumo e qualquer outra espécie de relação correlata, coletiva ou individualmente, também perante os poderes públicos, inclusive nos casos em que o consumidor seja prejudicado com a exigência de tributos;”

Restam, portanto, comprovadas a legitimidade do IDEC, ADECON e MDC-MG, no tocante à propositura da presente ação.

### 3 A legitimidade passiva das rés

À União, nos termos do artigo 21, XII, letra “c”, da Constituição Federal, compete explorar, diretamente ou mediante autorização, permissão ou concessão, a navegação aérea, aeroespacial e a infraestrutura aeroportuária.

Por meio da Lei n. 11.182/95, foi instituída a Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), autarquia federal especial que, enquanto representante do poder concedente (União), é responsável pela regulação e fiscalização das atividades de aviação civil e de infraestrutura aeronáutica e aeroportuária em nome da União.

Dentre as atribuições conferidas pelo artigo 8º da Lei n. 11.182/95 à ANAC, merecem destaque as seguintes:

“X - Regular e fiscalizar os serviços aéreos, os produtos e processos aeronáuticos, a formação e o treinamento de pessoal especializado, os serviços auxiliares, a segurança da aviação civil, a facilitação do transporte aéreo, a habilitação de tripulantes, as emissões de poluentes e o ruído aeronáutico, os sistemas de reservas, a movimentação de passageiros e carga e as demais atividades de aviação civil;

(...)

XIV - Conceder, permitir ou autorizar a exploração de serviços aéreos;

(...)

XXX - Expedir normas e estabelecer padrões mínimos de segurança de voo, de desempenho e eficiência, a serem cumpridos pelas prestadoras de serviços aéreos e de infraestrutura aeronáutica e aeroportuária, inclusive quanto a equipamentos, materiais, produtos e processos que utilizarem e serviços que prestarem;”

Vê-se, portanto, que como órgão executor das políticas de aviação da União, a ANAC interfere decisivamente na perfeita execução dos contratos de transporte aéreo, porquanto é responsável por oportunizar ao sistema condições técnicas para que a prestação de serviços se dê desembaraçadamente. Por essas razões, ambas foram inseridas no polo passivo da presente ação.

E, ao lado da ANAC e da União, figuram também as companhias aéreas responsáveis pela celebração dos contratos de transporte aéreo com os consumidores. Todos os réus integram um mesmo sistema destinado a uma atividade fim – a prestação do serviço de transporte aéreo – e atuam coordenadamente, razão pela qual respondem em conjunto pela efetiva prevenção e reparação dos prejuízos materiais e morais decorrentes da inexecução ou execução imperfeita do contrato de transporte celebrado com seu destinatário final, qual seja, o passageiro/consumidor.

## 4 Dos fatos

Desde 27.10.2006, como amplamente divulgado pela mídia e constatado pelas reclamações recebidas pela Fundação Procon, os consumidores vêm sofrendo com a crise que se instalou no sistema de tráfego aéreo brasileiro.

Como demonstram as cópias das notícias que seguem em anexo, em 27 de outubro de 2006, e nos dias que se seguiram, houve atrasos e cancelamentos dos voos em todos os aeroportos do país. A crise atingiu seu ápice no feriado de 02.11.2006, quando o tempo de espera para embarcar chegou a 15 horas.

Muitos passageiros passaram o período de espera abandonados à própria sorte nos saguões ou nas salas de embarque, sem informação ou auxílio de qualquer espécie; alguns se viram obrigados a dormir no chão ou nas cadeiras e muitos ficaram sem comida e água, uma vez que as lanchonetes não suportaram a demanda.

Os atrasos causaram ainda tumultos nos aeroportos, tendo alguns passageiros invadido as pistas de pouso e decolagem, impedido o embarque de outros passageiros, atirado objetos em escadas rolantes, dentre outros atos.

A causa do problema, apesar de negada pela Aeronáutica, foi imputada à operação padrão realizada por controladores de tráfego aéreo. Em 10 dias, atingiu cerca de 43% das decolagens do país, causando atrasos em todos os aeroportos.

Alguns dias depois, próximo ao feriado nacional de 15.11 e municipal de 20.11, a situação voltaria a se repetir, com atrasos de até 10 horas. Dessa vez, as razões alegadas pelo Poder Executivo foram desde a ausência de 2 controladores de tráfego aéreo, passando por um maior espaçamento entre pouso e decolagem das aeronaves, até o rompimento de um cabo de fibra óptica do Cindacta 2, que coordena o tráfego da Região Sul. No dia 20.11, os atrasos atingiram 51,3% dos voos.

De 05.12.2006 a 10.12.2006, nova crise se instalou, com novos atrasos e cancelamentos de voos em função, segundo as autoridades, de uma pane no Cindacta 1. No dia 07.12.2006, os atrasos atingiram 43% dos voos.

A crise, portanto, vem se estendendo desde 27.10.2006. Durante todo esse período, o Poder Executivo tem sistematicamente se omitido, seja informando as causas do problema, seja tomando medidas para a solução do problema.

Também as empresas aéreas falharam na assistência aos consumidores, pois como demonstram as notícias de jornal, as pessoas permaneceram por horas nos aeroportos sem informação e sem auxílio, em filas intermináveis, dormindo no chão, sem conseguir se comunicar, e muitas vezes sem comida e água.

Alguns casos ilustram bem o desrespeito pelo consumidor. A matéria da *Folha Online* de 06.12.2006 relata o caso do Senhor Graciliano Martins, que tinha voo marcado de Brasília para São Luís para a terça feira às 12h40, mas que até as 11h40 da quarta feira ainda não tinha previsão para decolar. Nesse período, ele e outros passageiros permaneceram na sala de embarque, impedidos de sair, sobe pena de “atrasar-se para a decolagem”. Somente às 4h00 da madrugada da quarta feira foram encaminhados para um hotel, com um vale refeição de R\$ 15,00.

O mesmo jornal de 06.12.2006 mostra a situação da menina de 10 anos Jéssica A. P. Menezes, que teve seu voo, originalmente marcado para terça feira às 11h00, cancelado. A garota permaneceu sozinha cerca de 24 horas no aeroporto, inclusive durante a madrugada, sem acompanhamento de um funcionário da companhia aérea e sem contato com a família. Ela foi obrigada a dormir no banco do aeroporto, já que não foi levada para um hotel.

Também as reclamações recebidas pela Fundação Procon demonstram o descaso e o abandono dos consumidores, cabendo descrever alguns casos a título de exemplificação.

Da análise das reclamações registradas em face da TAM Linhas Aéreas S/A, do período de 24.10.2006 a 19.11.2006, nota-se que os problemas dos consumidores consistiram desde atraso/cancelamento de voo à falta de assistência por parte da empresa. A seguir, estão relacionados, a título de exemplo, alguns dos milhares de consumidores que sofreram com esses problemas:

Ademir de Souza	Mauricio R. Dos Santos	Rafael da S. Millan	Alexandre B. Lofrano	Juliana B. de Santana	Maria Lúcia T. Moita
Alexandre M. de Castro	Mirela M. de Matos Almeida	Rubens F. Millan	André L. M. Moreira	Karima B. Kassab	Mauricio Bohrer
Daniela Cruz	Gustavo D. Bergamasco	Shirley A. da S. Millan	Danielle de N. Tiso	Ligia Pessutti	<i>Rita de Cássia Camacho</i>
Diego Castilho	Nathany C. G. Bergamasco	Priscila D. da Costa	Elizabeth M. da Silva	Liliane B. de Oliveira	Roberto C. Berber
Luiz Fernando Sanches	Denise G. Moreno	Stefano Caritas	Fabiana J. Chagas	Luciano José de A. Barros	Rogério Pecci Filho
Marcelo V. Carvalho	Ricardo F. Barbieri	Ailton Ribeiro	Guilherme C. G. de Souza	Luiz Paulo da Cunha	Viviane O. Rocha
Mariana Pedrosa	Luciana da S. Millan	Alexandre A. Cremonesi	José Roberto Rodrigues Junior	Marcelo Parizotto	Walnei A. P. Busin

Para melhor elucidar esse d. juiz, exemplificamos com a reclamação de Rita de Cássia Camacho (acima grifada), que adquiriu duas passagens aéreas da empresa TAM, origem Congonhas/São Paulo e destino Recife. O embarque estava previsto para às 22h17 de 01.11.2006 e a chegada à 1h00 de 02.11.2006. Ocorre que, depois de quase 5 horas de espera, às 3h00, a consumidora e sua filha tiveram que fazer o traslado de Congonhas para Guarulhos, onde o embarque, segundo a empresa, seria imediato. Não foi, contudo, o que ocorreu. Esperaram mais 6 horas para embarcar e ainda ficaram mais 1 hora dentro da aeronave, esperando a decolagem, que só se deu às 10h da manhã de 02.11.2006.

Rita de Cássia relata com detalhes os constrangimentos sofridos durante as longas 12 horas em que esteve nos dois aeroportos:

“Tivemos que enfrentar filas nos banheiros. Apenas metade das pessoas tinha onde sentar. Precisamos nos acomodar no chão gelado, sem nenhum tipo de apoio, travesseiro ou manta, pois a companhia alegava que não tinha. Só às 6h da manhã, após muita briga, a companhia distribuiu lanches frios, sucos e refrigerantes, numa tamanha desorganização. Todo o tempo dava informações desencontradas, passava horas sem dar satisfação, anunciava o voo nos painéis nos mais diferentes horários e portões, provocando o nosso deslocamento desnecessário. Uma balbúrdia, uma falta de respeito. Nas

lanchonetes, já não havia mais nada saudável para ser consumido. Não houve nenhuma iniciativa da companhia para amenizar o constrangimento e o desconforto dos passageiros.”

Podemos verificar que no caso da empresa Gol Transportes Aéreos S/A, as reclamações não são diferentes.

Desde o final de outubro, os consumidores têm enfrentado situações lamentáveis de descaso da companhia nos principais aeroportos do país, pela absoluta falta de informações acerca de horários efetivos de decolagem, submetendo milhares de consumidores a esperas intermináveis, em situações precárias, deixando-os sem condições mínimas de assistência, expostos a tumultos e insegurança, sem alimentação, acomodações ou qualquer atendimento essencial e obrigatório, para posteriormente, em muitos casos, cancelar os voos.

Segue o rol das reclamações nesse contexto acostadas à petição inicial:

Eugênio Carlos Pedro Castanheiro	Nandressa Fabiane Franco Nunes	Caroline Rodrigues	Ricardo Villela Junqueira	Simone Miyojum	Jose Eduardo Gallo
Denise Brandolin	Paulo Eduardo Zangrado Toneli	Emerson Bulcão Gomes Pereira	Fabício Velloso Marques dos Santos	Carlos Adati	Monica Testoni Cardozo
<i>Bruna Domeneghetti</i>	Juliana Tofano de Campos Leite	Denise Maria Gomes do Amaral	Thiago Alves Reis de Souza	Luciana Mello	Katia Artolph
Edna Mitiko Yamashita	Cesar Wallace Romagnoli	Jose Lupo Filho	Tamara Abi Saber Cypriana	<i>Waldir Lima</i>	Maria do Socorro Fernandes da Silva
Hideki Katsumata	<i>Rodrigo Calciolari</i>	Vivian Bergami João	Jose Roberto Moreira Napoleone	Renata Mara de Oliveira	Paulo de Tarso Pandolfo Ramos
Ricardo Silva Bernardes	Andressa Cristina Mendonça	Giulianna Paolla Cruzetta	Augusto Jose Faria de Oliveira	Caio Douglas de Oliveira Pereira	Nathália Alaro Casas
Ivani Resende	Roseli Sales Barbosa	Cristiane Aparecida Alves			

Dentre tantos casos reclamados, alguns evidenciam-se pela circunstância de hipossuficiência declarada nos relatos, como o caso do Senhor Rodrigo Calciolari (supragrifado) que, em viagem familiar para Vitória, ES, permaneceu mais de 10 horas aguardando o embarque no saguão do aeroporto, com uma criança de três anos e um bebê de colo, sem qualquer informação, sem qualquer apoio ou tentativa da companhia em amenizar o problema.

Com a Senhora Bruna Domeneghueti (supragrifada) não foi diferente. Tendo como destino a cidade de Fortaleza, CE, submeteu-se à transferência do voo inicial com uma conexão em Brasília para outro com duas escalas, a primeira em Recife e a segunda em Salvador. Pacientemente, por mais de 10 horas aguardando no Aeroporto de Salvador informações acerca da previsão da decolagem, foi surpreendida com a notícia do cancelamento do voo, sem que a companhia lhe prestasse mínimo auxílio, numa situação em que estava sozinha em cidade desconhecida e impossibilitada de seguir viagem, não lhe restando outra alternativa senão retornar, após 24 horas de transtornos contínuos, à cidade de origem, sem cumprir qualquer programação inicial.

Situação pior enfrentou o casal Waldir Lima e Maria do Rosário Moreira (supragrifado), passageira portadora de diabetes que permaneceu cerca de 7 horas “enclausurada” dentro de uma aeronave impedida de injetar insulina necessária e prescrita para sua doença, em razão da proibição de agulhas internas no avião. A companhia nenhuma assistência prestou, nenhuma escolha possibilitou, ignorou o fato e o problema.

Também foram registradas reclamação em face da BRA Transportes Aéreos Ltda. pelo o consumidor Jens Raffelsieper e contra a OceanAir Linhas Aéreas Ltda. pela consumidora Cristina H. Makino, ambas por atraso de voo.

Pelos relatos acima narrados a título de exemplificação, resta evidente a necessidade de assistir adequadamente a essas pessoas. Todavia, não com base nas regras restritivas constantes no Código Brasileiro de Aeronáutica, que prefixam as perdas e danos (arts. 257, 260 e 262) e garantem ao passageiro o direito de reembarque em outra aeronave ou, na impossibilidade, de receber alimentação, transporte, hospedagem somente a partir da quarta hora de atraso (arts. 230 e 231).

Conforme se verá adiante, tais comandos foram revogados não só pelo Código de Defesa do Consumidor, como também pela regulação conferida pelo Código Civil de 2002 ao contrato de transporte que, além de impor às companhias aéreas obrigação de resultado, garante a efetiva prevenção e reparação integral dos danos morais e materiais decorrentes da inexecução ou imperfeição da prestação desse serviço.

## 5 Presença de relação de consumo: prevalência da Lei n. 8.078/90 sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica

Preliminarmente a qualquer outra colocação, diga-se que o contrato de transporte aéreo caracteriza típica relação de consumo. Não obstante, oportuno fazer breve comentário acerca de sua interação com outros diplomas, no que tange ao transporte aéreo.

Antes da edição do Código de Defesa do Consumidor, vigorava a Lei n. 7.565/86, denominada Código Brasileiro de Aeronáutica, lei especial responsável pela regulação do transporte aéreo realizado dentro do território nacional.

Assim como a Convenção de Varsóvia, o Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei n. 7.565/86) criou sistema de prefixação das perdas e danos derivadas da má prestação do serviço de transporte aéreo, estabelecendo valores indenizatórios máximos por danos causados a passageiro, bagagem de mão e carga, nos seus artigos 257, 260 e 262.

Por outro lado, impôs às companhias aéreas o dever de prestar assistência material aos passageiros somente a partir da quarta hora de atraso, nos termos dos seus artigos 230 e 231.

Percebe-se, portanto, que as regras de reparação dos prejuízos materiais e morais contempladas na Lei n. 7.585/86 são limitativas e não garantem ao passageiro o direito à reparação integral dos prejuízos que vier a experimentar nos casos de má prestação do serviço de transporte contratado.

Todavia, com a posterior edição do Código de Defesa do Consumidor, tais comandos passaram a não mais harmonizar com a regra de prevenção e reparação integral dos danos materiais e morais decorrentes da má execução do contrato de transporte aéreo, direito básico do consumidor prescrito no artigo 6º, VI, da Lei n. 8.078/90.

Muito embora regule especificamente o mercado de consumo, a Lei n. 8.078/90 pode – ou não – ser considerada especial. Tudo dependerá do referencial, ou seja, do paradigma de comparação.<sup>1</sup>

Em face do Código Civil, não há dúvidas: o Código de Defesa do Consumidor constitui, sim, lei especial, já que impõe regras contratuais e extracontratuais aplicáveis apenas às pessoas que se enquadrem nos conceitos de fornecedor e consumidor conferidos por seus artigos 2º e 3º, conferindo tratamento desigual

1 Nesse sentido, Cláudia Lima Marques: “O critério da especialização baseia-se na ideia de leis especiais para reger determinados assuntos ou determinados indivíduos ou grupos, pressupondo a maior força das leis específicas face às leis gerais (...). Nesse sentido, a determinação de uma lei como especial ou geral apresenta hoje aspectos mais casuísticos.” (*Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 239).

a situações desiguais, em atenção ao princípio da igualdade material, previsto no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal.

Contudo, a mesma conclusão não pode ser tirada diante de legislação federal que trata especificamente de determinadas relações comerciais, a exemplo do que sucede nos contratos de transporte aéreo por meio do Código Brasileiro de Aeronáutica. Nesse caso, o Código de Defesa do Consumidor deve ser considerado lei geral.

Surge, com isso, conflito normativo entre lei infraconstitucional especial (Código Brasileiro de Aeronáutica) e lei geral infraconstitucional (Código de Defesa do Consumidor).

Num primeiro momento, tende-se a aceitar a tese de que a lei especial, ainda que anterior, prevalece diante da lei geral, já que *lex posterior generalis non derogat priori speciali*, nos termos do artigo 2º, parágrafo 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil. Com base nesse raciocínio, as regras de limitação do valor de indenização previstas no Código Brasileiro de Aeronáutica prevaleceriam sobre as regras da indenização efetiva e integral previstas no Código de Defesa do Consumidor.

Todavia, essa não é a conclusão correta, já que a questão vai além da simples aplicação do critério da especialidade. Na verdade, o que se encontra nesse debate é conflito normativo entre lei especial e Constituição Federal, já que a regulação conferida pela Lei n. 8.078/90 goza de lastro constitucional os artigos 5º, XXXII, e 170, V, da Constituição Federal, valores fontes destinados à proteção do consumidor e do mercado.

A questão, portanto, não deve ser apreciada sob o prisma exclusivo da especialidade, já que o que se vislumbra é conflito entre os metacritérios especialidade e hierarquia, caracterizadores de antinomia de segundo grau.

Norberto Bobbio, ao analisar a questão do conflito entre os critérios hierárquico e da especialidade, acena pela preponderância do critério hierárquico<sup>2</sup>, não obstante o critério da especialidade também tenha lastro no princípio constitucional da igualdade material prescrito no artigo 5º, *caput*, porquanto trata desigualmente pessoas desiguais.

O conflito entre esses critérios faz surgir o que Bobbio denominou lacuna ideológica ou *de iure condendo*, caracterizada pela ausência de norma justa<sup>3</sup>. Maria Helena Diniz afirma que, nessa situação, tem-se ausência de norma justa, ou seja, “existe um preceito normativo, mas, se for aplicado, sua solução será insatisfatória ou injusta”.<sup>4</sup>

2 BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília: UnB, 1999. p. 109.

3 *Ibidem*, p. 140.

4 DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 95.

E, segundo escólio desses renomados autores, havendo perplexidade acerca de qual norma aplicar, deve o intérprete se valer do critério do *justum* ao fazer sua opção, ou seja, ao caso concreto deverá ser aplicada a norma mais justa para sua adequada regulação.

*Suum cuique tribuere* (dar a cada um o que é seu) e *alterum non laedere* (não lesar o próximo) constituem antigos princípios gerais do direito oriundos de Roma e servem perfeitamente para justificar a base da doutrina da responsabilidade civil integral.

Por sua vez, o artigo 944 do Código Reale contempla tais princípios ao prescrever no seu caput que “a indenização mede-se pela extensão do dano”.

A prevenção efetiva dos danos materiais e morais, por sua vez, contempla o dever de cautela que incumbe a todo indivíduo, além de consistir direito básico do consumidor, à luz do artigo 6º, VI, da Lei n. 8.078/90.

Tais comandos bem demonstram a preocupação do legislador, desde os mais remotos tempos, de evitar danos e recompor integralmente o patrimônio do lesado, nos casos em que for vítima de conduta danosa praticada por terceiro. Essa, segundo Rui Stoco, é a essência da responsabilidade civil: “Toda reparação deve ser efetiva no sentido da restauração do estado anterior à lesão.”<sup>5</sup>

Por outro lado, forçoso reconhecer que as leis especiais têm por objetivo equalizar relações jurídicas, de forma a restabelecer o equilíbrio entre partes que não detêm a mesma força ou poderio econômico. José Geraldo Brito Filomeno, referindo-se à lição de Gerard Cas, afirma que, por meio das regras especiais, o legislador procura proteger os mais fracos contra os mais poderosos, o leigo contra o melhor informado; os contratantes devem sempre curvar-se diante do que os juristas modernos chamam de ordem pública econômica.<sup>6</sup>

É isso o que sucede nas relações de consumo. A preponderância do fornecedor em face do consumidor constitui a base do sistema de proteção da Lei n. 8.078/90 que, em razão de seu caráter social, regula a autonomia privada e as práticas comerciais através de normas de ordem pública que, em regra, não comportam relativização.

Dessa forma, nada justifica afastar a incidência do Código de Defesa do Consumidor sobre os contratos de transporte aéreo, em especial os comandos que garantem ao consumidor o direito à efetiva prevenção e reparação dos danos materiais e morais que vier a sofrer (art. 6º, VI), já que as regras especiais contidas no

5 STOCO, Rui. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 654.

6 FILOMENO, José Geraldo Brito. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 117.

Código Brasileiro de Aeronáutica visam a favorecer a parte mais forte, qual seja, as companhias aéreas, na contramão do princípio constitucional da igualdade material e das regras constitucionais de proteção ao consumidor (art. 5º, XXXII, e 170, V).

Limitar o pleno e integral ressarcimento dos prejuízos materiais e morais experimentados pelo passageiro, ou ainda restringir a assistência a ele, consumidor à luz do artigo 2º da Lei n. 8.078/90, contemplará injustiça, sanável apenas através da aplicação dos comandos constitucionais e infraconstitucionais destinados à sua proteção.

Oportuna a lição de Claudia Lima Marques<sup>7</sup> que, ao discorrer sobre a aplicação irrestrita do Código de Defesa do Consumidor às relações de consumo, e atentar para seu espírito equitativo, pontua:

“Não deve surpreender, portanto, que o Código de Defesa do Consumidor tenha hierarquia superior, uma vez que todas as suas normas civis são de ordem pública (*ex vi* art. 1º), e de lei especial, pois está à procura da equidade, do tratamento casuístico/tópico da justiça contratual, com calma e equilíbrio, não voltado para o igual geral, mas para o diferente.”

Prepondera, pois, o critério hierárquico para fazer prevalecer as normas de ordem pública e interesse social prescritas na Lei n. 8.078/90 e garantir ao consumidor ao direito básico de efetiva prevenção e reparação dos prejuízos que vier a sofrer, vedada qualquer cláusula contratual que atenuie, limite ou exonere o fornecedor do dever de indenizar.

“Transporte Aéreo – Extravio de bagagem (danos à bagagem/danos à carga). Indenização (responsabilidade). Código Brasileiro de Aeronáutica e Convenção de Varsóvia/Código de Defesa do Consumidor. 1. Segundo a orientação formada e adotada pela 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, quando ali se ultimou o julgamento dos REsp ns. 158.535 e 169.000 (sessão de 04.04), a responsabilidade do transportador não é limitada, em casos que tais. Código de Defesa do Consumidor, artigos 6º, VI, 14, 17, 25 e 51, parágrafo 1º, II. 2. Retificação de voto. 3. Recurso especial conhecido pelo dissídio, mas desprovido.” (STJ - REsp n. 538685/RO (2003/0036274-6), 4ª Turma, rel. Min. Barros Monteiro, j. 25.11.2003, DJU, de 16.02.2004, p. 269).

“Civil – Transporte aéreo. Carga. Mercadoria. Extravio. Transportador. Indenização Integral. Código de Defesa do Consumidor. Aplicação. Convenção de Varsóvia. Afastamento. 1- A jurisprudência pacífica da Segunda Seção é

---

7 MARQUES, Claudia Lima. *Comentário ao Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

no sentido de que o transportador aéreo, seja em viagem nacional ou internacional, responde (indenização integral) pelo extravio de bagagens e cargas, ainda que ausente acidente aéreo, mediante aplicação do Código de Defesa do Consumidor, desde que o evento tenha ocorrido na sua vigência, conforme sucede na espécie. Fica, portanto, afastada a incidência da Convenção de Varsóvia e, por via de consequência, a indenização tarifada. 2- Recurso especial conhecido e provido para restabelecer a sentença.” (STJ - REsp n. 552.553/RJ (2003/0109312-3)).

“Responsabilidade Civil – Extravio de mercadoria. Indenização tarifada. Matéria constitucional. Inadmissibilidade. Convenção de Varsóvia. Inaplicabilidade. Código de Defesa do Consumidor. Vigência. I - Inadmissível na via do especial a apreciação de insurgência com fundamento constitucional, ainda que com intuito de prequestionamento. II - Consoante reiterados julgados das turmas que integram a Segunda Seção, a indenização tarifada prevista na Convenção de Varsóvia não é de observância obrigatória para fatos ocorridos após a edição do Código de Defesa do Consumidor, podendo ser considerada como mero parâmetro. Agravo interno improvido.” (AgR REsp n. 222.657/SP (1999/0061737-1)).

Com efeito, a incidência do Código de Defesa do Consumidor nos contratos de transporte aéreo é inafastável. Seus comandos de ordem pública buscam garantir não só os direitos do passageiro de forma plena e efetiva, como também garantir a salubridade do mercado concorrencial, que tem por princípio basilar o respeito aos direitos do consumidor (art. 170, V, da CF/88), razão pela qual o dever de efetiva prevenção de danos aos passageiros, através de assistência material devida pelas companhias aéreas desde os primeiros momentos do atraso, e não apenas a partir da quarta hora de espera pelos passageiros, e a efetiva reparação integral dos prejuízos materiais e morais por eles experimentados, mostra-se medida de rigor.

## **6 Incidência do Código de Defesa do Consumidor nos contratos de transporte prestado pelas companhias aéreas e o direito básico à efetiva prevenção e reparação integral dos danos sofridos**

As normas limitativas prescritas no Código Brasileiro de Aeronáutica não mais prevalecem desde o início da vigência do Código de Defesa do Consumidor. Editado em atenção ao comando constitucional do artigo 5º, XXXII, da Constituição Federal, que impõe ao Estado o dever de garantir e tutelar os direitos do consumidor por meio de cláusula pética, cuidou de editar normas

de ordem pública destinadas a equalizar direitos e obrigações entre as partes contratantes que ostentassem condições econômicas e sociais díspares.

Dada a sua reconhecida vulnerabilidade (art. 4º, I, do CDC), o consumidor mereceu especial proteção por meio de regras que coíbem civil, administrativa e penalmente práticas comerciais contrárias ao princípio da boa-fé, sem embargo da especial proteção contratual conferida, principalmente, pelo seu artigo 51.

Dentre as regras protetivas, merecem destaque as que garantem ao consumidor o direito básico à efetiva prevenção e reparação integral dos danos materiais e morais que sofrer por conduta do fornecedor (art. 6º, VI), inclusive valendo-se de meios facilitadores do exercício do seu direito em juízo, como a inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII) e da desnecessidade de demonstração de culpa do fornecedor para ser indenizado por danos decorrentes do fato ou vício do produto ou serviço (arts. 12 e 18), porquanto responde objetiva e solidariamente (arts. 7º, parágrafo único e 25, § 1º) pelos prejuízos que causar.

Efetiva será a conduta capaz de prevenir ou reparar integralmente o dano material experimentado pelo consumidor, restituindo-o ao seu *status quo ante*, e/ou apta a amenizar o sofrimento de quem experimentou dano moral, no exercício de sua função lenitiva.

O artigo 25 da Lei n. 8.078/90, por sua vez, referenda a regra da indenização integral, ao proibir qualquer estipulação contratual destinada a atenuar, impossibilitar ou exonerar o fornecedor da obrigação de indenizar nas formas previstas na Lei n. 8.078/90. E, havendo cláusula nesse sentido, será reputada nula nos expressos termos do seu artigo 51, I.

Por sua vez, o contrato de transporte aéreo de pessoas, sem dúvida, constitui modalidade de relação de consumo. De um lado figura o passageiro que, na condição de destinatário final do serviço de transporte, subsume-se ao conceito de consumidor prescrito no artigo 2º da Lei n. 8.078/90; do outro, a companhia aérea que, enquanto pessoa jurídica que promove comercialização de serviço de transporte, enquadra-se no conceito de fornecedor prescrito no artigo 3º do mesmo diploma.

Por isso, as companhias aéreas submetem-se à regra prescrita no artigo 22 da Lei n. 8.078/90, que determina às concessionárias de serviço público o dever de prestá-lo de forma adequada, eficiente e segura, sob pena de responder pelos prejuízos experimentados pelo consumidor, no caso de não lhes proporcionar aquilo que legitimamente se esperou no momento da aquisição do bilhete aéreo, nos termos do parágrafo único do referido comando.

Conforme definições conferidas pelo *Dicionário Houaiss*, adequado será o serviço “que está em perfeita conformidade com os padrões normais e esperados de execução”. E será eficiente se “suas características ou qualidades criarem

condições apropriadas ou ideais para a consecução de determinada finalidade (uma ação, um trabalho, uma operação etc.)”.

Todavia, não é isso que se tem visto nos aeroportos. Ao descumprirem os horários prometidos quando da celebração do contrato de transporte, as empresas aéreas frustram a legítima expectativa dos consumidores/passageiros de empreenderem viagem no tempo e horário prometidos, que são constrangidos a aguardar por longas horas a saída, a qualquer momento, dos voos contratados, quando não são sumariamente cancelados.

Por consequência da violação ao dever de eficiência e adequação, os consumidores passaram a ficar desprovidos dos insumos mínimos para, ao menos, tornar o período de espera menos cansativo, desgastante e, sobretudo, indigno. Não recebem qualquer assistência material (v.g. alimentação, telefones para contato) e tampouco recebem informações de pessoal treinado pelas companhias aéreas e pelas autoridades aeroportuárias, não obstante se tratar de obrigação imposta não só pelo artigo 6º, III, da Lei n. 8.078/90 (direito básico à informação), mas também pela Instrução Normativa de Aviação Civil n. 2203-0399, que estabelece como premissa básica da prestação do serviço o direito do passageiro à informação precisa sobre os serviços que a ele são oferecidos (vide item 1.1 da Instrução Normativa).

Muitos são os relatos no sentido de que os atendentes das companhias aéreas não se apresentam para organizar filas, locais de espera e informar sobre horários de partida e chegada dos voos, bem como sobre o tempo de espera.

São muitos também os que estão desprovidos de qualquer reparação civil dos prejuízos materiais e morais que se consumaram por força dos atrasos e cancelamento. Perderam compromissos, oportunidades de emprego, tratamentos médicos, negócios, efetivaram gastos com alimentação, ligações telefônicas, transporte e hospedagem, enfim, um sem-número de situações que ensejaram ressentimentos patrimoniais a título de lucros cessantes, danos emergentes e morais.

Evidente, portanto, que as empresas aéreas vêm descumprindo o dever de prestação de serviços adequados, seguros e eficientes prescrito no artigo 22 da Lei n. 8.078/90, cuja inexecução (cancelamento) ou execução imperfeita (atraso) ensejam o dever de prevenção e reparação dos prejuízos materiais e morais que se consumaram ou que poderão advir.

## **7 Da responsabilidade solidária entre a União (poder concedente), ANAC (outorgante) e as empresas aéreas na prevenção e reparação dos danos experimentados pelos consumidores**

Ao lado das empresas aéreas, a União e a Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) respondem solidariamente pelos prejuízos materiais e morais suportados pelos passageiros, por duas razões basicamente: (1) todas são integrantes de um

único sistema destinado a uma atividade-fim – o serviço de transporte aéreo – que vem sendo executada precariamente e em desconformidade com inúmeros dispositivos da Lei n. 8.078/90, notadamente seu artigo 22; (2) todas, em suas respectivas esferas de deveres e atribuições, praticaram, ou deixaram de praticar, atos que geraram os danos experimentados pelos passageiros.

Nos termos do artigo 22, XII, letra “c”, da Constituição Federal, à União compete a exploração, de forma direta ou sob o regime de concessão, autorização ou permissão, da navegação aérea, aeroespacial e a infraestrutura aeroportuária.

Tal competência foi delegada pela União à Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), por força do que expressamente determina o artigo 2º da Lei n. 11.182/2005.

As empresas aéreas, por sua vez, atuam no mercado sob o regime da concessão. E enquanto concessionárias, respondem, ao lado do poder concedente, em razão de danos provocados por má prestação dos serviços. Nesse sentido, confirmam-se os artigos 7º, parágrafo único e 22, *caput* e parágrafo único, da Lei n. 8.078/90:

“Artigo 7º - Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.

Parágrafo único - Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo.

(...)

Artigo 22 - Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

Parágrafo único - Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste Código.”

A solidariedade, no âmbito do contrato de transporte aéreo, justifica-se pelo fato de todos os seus atores atuarem coordenadamente, com o escopo de proporcionar ao passageiro seu deslocamento de acordo com os horários de saída e chegada pactuados. Vale dizer: União, ANAC e companhias aéreas integram um mesmo sistema e atuam coordenadamente, no sentido de desempenhar uma única atividade fim: a prestação adequada e eficiente do serviço de transporte aéreo que tem por destinatário o consumidor.

Tanto a União (poder concedente) como a ANAC e as empresas (concessionárias) participam diretamente na prestação do serviço público de navegação

aérea. Enquanto às empresas incumbe o dever de realizar o transporte com obediência ao horário e itinerário estampados no bilhete de passagem, ao Poder Público incumbe organizar o espaço aéreo nacional e proporcionar condições técnicas para que o serviço seja prestado de forma ordenada e eficiente.

Tais tarefas estão umbilicalmente ligadas e, portanto, fazem parte de um único contrato de prestação de serviços, de forma que havendo falha de um ou outro, pouco importa ao consumidor, que poderá demandar por seus prejuízos, em face de todos esses atores do setor aéreo, haja vista a solidariedade imposta pelos artigos 7º, parágrafo único, e 22, parágrafo único, da Lei n. 8.078/90.

Por outro lado, a responsabilidade civil por vício na prestação de serviços é objetiva e, portanto, prescinde da análise de culpa, nos termos do artigo 14 da Lei n. 8.078/90. Funda-se, segundo Zelmo Denari, na teoria do risco administrativo<sup>8</sup>, pela qual o poder concedente responde ao lado do concessionário por ele eleito pelos danos decorrentes da má prestação do serviço público.

A mesma regra vem repetida no artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal, ao estabelecer que “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”.

Por essas razões, a todos os integrantes do sistema de prestação de serviços de transporte aéreo incumbe o dever de prestar assistência material e informativa e de indenizar solidariamente os prejuízos experimentados pelos consumidores vítima de atraso ou cancelamento dos voos que contrataram. E a prevenção e reparação desses danos deve ser efetiva e integral, nos termos do artigo 6º, VI, da Lei n. 8.078/90 que, conforme visto, prevalece sobre os revogados artigos 230, 231, 257, 260 e 262 do Código Brasileiro de Aeronáutica.

## 8 Além da responsabilidade objetiva: a negligência das rés

Diante da crise, surge a óbvia conclusão de que a simples existência do chamado “apagão aéreo” atesta a falta de estrutura e capacidade das rés para execução de seus misteres, fazendo sobre elas incidir as normas de responsabilidade civil objetiva e solidária do Código de Defesa do Consumidor.

É oportuno dizer, no entanto, que ainda que não fosse considerada a responsabilidade objetiva das rés, constatar-se-ia, com certa facilidade, sua notável culpa na concretização dos danos.

8 DENARI, Zelmo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 192.

A crise do sistema (controle de tráfego etc.) pode ser atribuída, em menor ou maior grau, a todos os atores que concorrem para a prestação do serviço de aviação civil.

Mesmo as companhias aéreas, que tanto invocam excludentes de responsabilidade por conta de falhas alheias à sua vontade, concorrem diretamente para os problemas de infraestrutura.

Veja-se.

Aponta-se, em primeiro lugar, as resoluções apresentadas pelo Conselho Nacional de Aviação Civil (CONAC) em 2003, que recomendavam medidas para o crescimento sustentável do setor de aviação civil. Estatísticas apontam que o transporte aéreo cresce a taxas bem altas desde 2003 (12% em 2004, 19,5% em 2005 e 13% em 2006), porcentagem bastante superior à que cresce a economia nacional. Dessa maneira, a prática das resoluções do CONAC se faziam tão urgentes na época em que foram divulgadas, como se fazem agora.

A Resolução n. 15, por exemplo, determinava a necessidade de se elevar o número de controladores de voo, em vista do aumento da demanda por transporte aéreo. O número recomendado internacionalmente de aeronaves com que cada controlador deve operar é 14, enquanto os controladores brasileiros operavam com até 22 aeronaves simultaneamente.

Diante disso, as rés União e ANAC nada fizeram e as companhias aéreas, co-nhecedoras do sistema, foram pressionando, ampliando e intensificando a oferta do transporte aéreo.

Recentemente, os documentos e provas mais contundentes sobre as causas da crise foram produzidos pelo Tribunal de Contas da União.

Trata-se do Relatório de Levantamento de Auditoria realizado no Ministério da Defesa, Comando da Aeronáutica, Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero) e Agência Nacional de Aviação (ANAC), realizado pelo Tribunal de Contas da União (TC-026.789/2006-7).

Esse expediente foi instaurado no dia 17.11.2006 (Portaria de Fiscalização n. 1.541, de 17.11.2006, alterada pela Portaria n. 1.561, de 24.11.2006) e tem como objetivo, segundo as próprias palavras de seu ministro relator, “avaliar a situação do controle do tráfego aéreo no país e subsidiar eventual trabalho de fiscalização, na modalidade de auditoria de natureza operacional, a ser efetuado pelo Tribunal”.

Após conclusão dos trabalhos de auditoria, com o levantamento de inúmeros documentos e a elaboração de um relatório técnico, as questões foram submetidas ao plenário, com a apresentação do voto do relator. O acórdão, com suas recomendações aos envolvidos e o relatório da auditoria foram aprovados.

As conclusões da auditoria são perturbadoras e corroboram muitas informações que acabaram irrompendo nos meios de comunicação nos últimos meses.

Merece destaque o patente descaso das rés União e ANAC com a coordenação, manutenção e ampliação do sistema de controle de tráfego aéreo.

Os dados e documentos trazidos pelos técnicos do TCU apontam inexoravelmente para negligência (e até imperícia) das rés na gestão da aviação civil do país. Vejam-se as contundentes conclusões do ministro relator em seu voto:

“45. Diante da miríade de informações trazidas ao conhecimento desta Corte de Contas por meio da auditoria, é possível asseverar, em resumo, que a crise vivenciada atualmente, que teve como estopim o infortúnio relativo à tragédia da colisão aérea ocorrida em setembro último, não foi obra do acaso, mas de dificuldades de gestão para prover adequadamente o sistema de controle do espaço aéreo brasileiro. O chamado ‘apagão aéreo’ nada mais é do que uma sucessão de equívocos quanto aos cortes nas propostas orçamentárias elaboradas pelo DECEA, contingenciamento de recursos para o setor, indolência em relação às necessidades de expansão e modernização do SISCEAB e quanto à ineficiente política de alocação de recursos humanos.

46. A crise por que passa o setor e que ora ressoa às portas do Poder Executivo foi anunciada com bastante antecedência pelas autoridades aeronáuticas, como fazem prova os inúmeros alertas técnicos encaminhados pelo DECEA ao COMAER e sobre os quais tomou ciência o Ministério do Planejamento e a Casa Civil da Presidência da República, não dando oportuna guarida aos referidos alertas.

47. Nesse diapasão, cumpre registrar o modo como foram tratadas pelos agentes governamentais as questões referentes ao contingenciamento e à necessidade de recursos para o controle do tráfego aéreo, ou seja, com certo descaso por parte do Poder Público.

48. Por esse prisma, depreende-se do relatório oferecido pela equipe técnica que as autoridades envolvidas no contingenciamento agiram de forma pouco diligente, visto que se cuida de assunto relativo à segurança do usuário do transporte aéreo. Nada justifica o ocorrido. O Governo Federal deve perceber que não pode efetuar limitações orçamentárias lineares, cortando propostas orçamentárias e contingenciando recursos de modo uniforme, sem atentar para a importância estratégica e operacional de cada setor ou ação governamental.”

Tanto o relatório quanto o acórdão acabam por atribuir responsabilidades aos réus (inclusive as companhias aéreas) pelo “apagão aéreo”. Oportuno destacar as seguintes ações e omissões constatadas e relatadas pela equipe técnica do TCU:

#### UNIÃO

- 1) falta de elaboração de políticas públicas eficientes para o setor;

- 2) descompasso entre o crescimento da demanda por voos e a capacidade técnica do controle de tráfego aéreo do país – falta de equipamentos e controladores;
- 3) coordenação das atividades dos órgãos do sistema realizada de forma deficiente;
- 4) falta de qualquer aporte de recursos pelo Tesouro Nacional, consistindo o custeio do sistema de controle do espaço aéreo brasileiro exclusivamente em arrecadação de tarifas;
- 5) omissão do Comando da Aeronáutica, responsável pela coordenação e alocação dos recursos do sistema, na apuração de repasse a menor operado pela Infraero dos valores tarifários (em 6 anos, 582 milhões a menos!);
- 6) as propostas orçamentárias apresentadas pelo DECEA para as ações referentes ao SISCEAB, para os anos de 2004 a 2007 (que refletem, a rigor, as necessidades do sistema), foram severamente reduzidas pelo Comando da Aeronáutica, que procurou adequar os recursos às previsões entradas das tarifas (TAN, TAT e ATAERO). O déficit para os anos de 2004, 2005, 2006 e 2007 é da ordem de R\$ 590 milhões;
- 7) o DECEA já vinha informando o Comando da Aeronáutica da possibilidade de colapso do sistema desde 2003;
- 8) contingenciamento dos recursos já defasados aprovados pelo Comando da Aeronáutica (59 milhões, além da redução do que foi solicitado pelo DECEA para 2005);
- 9) diminuição do número de vagas para controladores de voos em 2005 e 2006, com o estarrecedora constatação de que não se realizou concurso autorizado pelo Ministério do Planejamento, que poderia ter resultado na admissão de mais 64 controladores.

#### ANAC

- 1) outorgas de linhas aéreas com indícios de ausência de consulta aos outros órgãos do sistema (DECEA, Infraero);
- 2) falta de diligência na concessão ou alteração de horários de voos, sem a devida instrução e consulta aos órgãos competentes.

#### COMPANHIAS AÉREAS

- 1) Inadimplência no pagamento de tarifas, cujos recursos seriam utilizados na manutenção e modernização do sistema (rombo da ordem de R\$ 1,5 bilhão). Vê-se, então, que mesmo sob hipotética tese de responsabilidade subjetiva (que não se aplica ao caso, repita-se) às rés não assistiria melhor sorte.

Inafastável, portanto, a responsabilidade solidária de todos os réus pelos danos causados pela má prestação do serviço de transporte aéreo.

## 9 Natureza jurídica do contrato de transporte. Obrigação de resultado e prevalência do Código Civil de 2002 sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica

Ao lado da expressa revogação imposta pelo Código de Defesa do Consumidor, há que registrar ainda que, nos termos do artigo 730 do Código Civil, “o contrato de transporte é aquele pelo qual alguém se obriga, mediante retribuição, a transportar, de um lugar para outro, pessoas ou coisas”.

Trata-se de contrato bilateral, oneroso, comutativo consensual e, o mais importante, impõe ao transportador obrigação de resultado materializada pelo dever, imposto pelo artigo 737 do Código Civil, de observar os horários e itinerários contratados, sob pena de responder por perdas e danos, de força maior. Vale dizer: o transportador se obriga a alcançar objetivo certo: cumprir os horários de partida e de chegada contratados, sob pena de ser responsabilizado pelos danos experimentados pelo passageiro, não se tolerando, destarte, atrasos.

Nos expressos termos do artigo 732 da Lei Civil, os preceitos contidos em lei especial somente são aplicáveis aos contratos de transporte desde que cabíveis e quando não contrariarem as disposições contidas no Código Civil.

Por essa razão, o comando do artigo 737 do Código Civil prevalece sobre os artigos 257, 260 e 262 do Código Brasileiro de Aeronáutica, responsáveis pela prefixação das perdas e danos, bem como sobre os artigos 230 e 231 do Código Brasileiro de Aeronáutica, que estabelecem o limite de tolerância de quatro horas de atraso, para que as companhias aéreas sejam obrigadas a prestar amparo material aos passageiros.

Com efeito, havendo atraso ou cancelamento de voo, o transportador incidirá em mora desde os seus primeiros minutos, e não somente após a quarta hora, a contar do horário de partida indicado no bilhete, conforme rezavam os revogados artigos 230<sup>9</sup> e 231<sup>10</sup> do Código Brasileiro de Aeronáutica. Nessas condições, a ele incumbe o dever de prestar não só informações claras e precisas sobre o tempo de atraso, como também a providenciar, desde logo, assistência material aos

---

9 “Artigo 230 - Em caso de atraso da partida por mais de 4 (quatro) horas, o transportador providenciará o embarque do passageiro, em voo que ofereça serviço equivalente para o mesmo destino, se houver, ou restituirá, de imediato, se o passageiro o preferir, o valor do bilhete de passagem.”

10 “Artigo 231 - Quando o transporte sofrer interrupção ou atraso em aeroporto de escala por período superior a 4 (quatro) horas, qualquer que seja o motivo, o passageiro poderá optar pelo endosso do bilhete de passagem ou pela imediata devolução do preço. Parágrafo único - Todas as despesas decorrentes da interrupção ou atraso da viagem, inclusive transporte de qualquer espécie, alimentação e hospedagem, correrão por conta do transportador contratual, sem prejuízo da responsabilidade civil.”

passageiros. Eles cumpriram o dever que lhes incumbia – pagar o elevado preço do transporte – e por essa razão têm legitimidade para reclamar, desde o início do atraso, o pagamento de despesas com alimentação e comunicação telefônica, enquanto aguardam a saída do voo contratado, bem como das despesas de transporte e hospedagem, em razão de cancelamento ou atraso prolongado.

Da mesma forma, incumbe ao transportador em mora o dever de reparar integralmente os danos materiais e morais experimentados pelos passageiros, uma vez que a regra do artigo 737 do Código Civil, que prevalece sobre os artigos 257, 260 e 262 do Código Brasileiro de Aeronáutica, não estabelece limite quantitativo à pretensão indenizatória.

Resta evidente, portanto, que o dever de reparação dos danos materiais e morais, bem como de acesso, assistência material e informativa devida aos passageiros surge, nos termos do artigos 732 e 737 do Código Civil, a partir do momento em que o horário indicado na passagem for descumprido pela companhia aérea e não só após a quarta hora de atraso, sendo inaplicáveis à espécie as disposições em sentido contrário constantes do Código Brasileiro de Aeronáutica, porquanto revogados pela novel legislação civil que disciplina o contrato de transporte.

## **10 Do pedido: das providências necessárias à efetiva prevenção e reparação integral dos danos experimentados pelos consumidores**

Diante de todo o exposto, impõe-se a imediata intervenção do Poder Judiciário com o escopo de respaldar os milhares de consumidores que, no “jogo de empurra” travado entre Poder Público e empresas aéreas, têm sido tratados de forma manifestamente indigna nos aeroportos brasileiros.

Enquanto titulares do direito básico de efetiva prevenção e reparação dos danos patrimoniais e morais que sofreram em razão da má prestação do serviço de transporte aéreo (art. 6, IV), fazem jus a um tratamento digno e adequado, já que pagam elevadas quantias por um meio de transporte presumidamente mais célere e organizado.

Com base no pressuposto da inaplicabilidade das regras limitativas prescritas no Código Brasileiro de Aeronáutica, e com o escopo de prevenir e reparar integralmente os danos materiais e morais experimentados pelos consumidores, urge a adoção de providências destinadas à prevenção e à reparação dos danos materiais sofridos pelos passageiros.

## **11 Pedido de liminar**

O período de final de ano é marcado pelo grande fluxo de passageiros nos terminais aéreos de todo o país. Esse grande movimento perdura durante todas as férias de verão, estendendo-se até o carnaval, ou seja, até o final do mês de fevereiro de 2007.

Sem dúvida, durante esse período, e considerando as declarações prestadas pelo presidente da ANAC, no sentido de que haveria expectativa de normalização do setor aéreo somente a partir de março de 2007, muitos passageiros sofrerão todos os constrangimentos narrados nesta petição inicial, em virtude de atrasos e cancelamentos de voos.

Diante desse quadro, urge a imediata intervenção do Poder Judiciário, a fim de impor às rés, desde logo, o dever de *assistência material e informativa* a esses passageiros, nos moldes do que dispõe o artigo 6º, VI, do Código de Defesa do Consumidor, com o escopo de prevenir a consumação de danos materiais.

Ante o exposto, com lastro no artigo 84, parágrafo 3º, da Lei n. 8.078/90, requer-se a concessão de *liminar*, a fim de impor às rés, desde logo, as seguintes obrigações de fazer:

### **11.1 Medidas destinadas à prevenção de danos: dever de assistência informativa e material**

A - Quanto ao dever de *informação*

I - Às empresas aéreas caberá:

I.1 Informar os passageiros, com antecedência e por telefone, da ocorrência do atraso e a que horas o voo irá partir, a fim de evitar seu deslocamento desnecessário às dependências do aeroporto e, conseqüentemente, impedir o acúmulo de pessoas no aeroporto que tanto desconforto tem proporcionado aos consumidores;

I.2 Acaso não se consiga evitar o comparecimento do consumidor, incumbirá às empresas aéreas o dever de disponibilizar pessoal treinado em número suficiente para alertar sobre os atrasos de voo e horário previsto para sua saída, que deverão ser espalhados pelo aeroporto e também posicionados na entrada do setor de embarque, a fim de evitar o indesejado confinamento dos passageiros naquele local, de pequenas proporções.

II - À União e à ANAC caberá:

II.1 Disponibilizar pessoal em número suficiente para alertar sobre os atrasos de voo e horário previsto para sua saída, espalhados pelo aeroporto e também posicionados na entrada do setor de embarque, a fim de evitar o confinamento dos passageiros naquele lugar;

II.2 Disponibilizar informações claras, precisas e em língua nacional nos painéis eletrônicos dos atrasos de voo e horário previsto para sua saída.

B - Quanto ao dever das companhias aéreas de prestar *assistência material*

1) Alimentação: a partir da primeira meia hora de atraso, caberá às empresas aéreas fornecer aos passageiros submetidos à espera alimentação *in natura*, por exemplo, por meio do fornecimento de lanches ou congêneres, inclusive dentro da área de embarque. Com isso, evitar-se-á a formação de filas

nas lanchonetes existentes nos aeroportos, que certamente não comportarão toda a demanda.

2) Ligações telefônicas: para que os passageiros possam informar o atraso a quem lhes interessar, caberá às empresas aéreas disponibilizar linhas telefônicas ou cartões telefônicos gratuitos para a realização das chamadas, a partir da primeira meia hora de atraso, inclusive dentro da área de embarque;

3) Transporte e hospedagem: nos casos de atrasos superiores a 4 horas, incumbirá às companhias aéreas disponibilizar, gratuitamente e independente do horário do voo, traslado aeroporto-hotel-aeroporto e estadia aos passageiros submetidos à espera, desde que o consumidor não opte por aguardar nas dependências do aeroporto para embarque em outra aeronave.

4) Devolução do valor do bilhete. se assim desejar, o consumidor poderá reclamar a devolução imediata e em dinheiro do valor integral da passagem aérea, independente da forma de pagamento e do tipo de tarifa/bilhete vendido.

Outrossim, para o caso de descumprimento do determinado, requer-se a fixação de multa diária no importe equivalente a R\$ 1.000,00, a fim de assegurar a efetividade da medida pleiteada.

## **12 Do pedido principal**

### **12.a Medidas destinadas à efetiva prevenção dos danos materiais**

Na esteira do que foi argumentado no item 11 supra, impõe-se tornar definitiva a liminar nos exatos termos ali pleiteados, com o escopo de oportunizar aos passageiros submetidos a atrasos e cancelamento de voos adequada assistência durante o período de espera e, com isso, prevenir danos materiais decorrentes de despesas com alimentação, ligações telefônicas, transporte, hospedagem e valor da passagem aérea.

### **12.b Medidas destinadas à reparação integral e efetiva dos danos materiais e morais (responsabilidade solidária entre União, ANAC e empresas aéreas)**

Nos termos do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, os fornecedores de serviços respondem objetivamente pelos prejuízos materiais e morais experimentados pelos consumidores na hipótese de má prestação de serviços, norma repetida pelo artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal aplicável às pessoas jurídicas de direito público. E, conforme analisado no item 7 supra, há responsabilidade solidária entre União, ANAC e empresas aéreas pela reparação dos danos, haja vista a normas insertas nos artigos 7º, parágrafo único, e 22, parágrafo único, da Lei n. 8.078/90.

Os danos materiais consistem em despesas, lucros cessantes e danos emergentes que venham a ser comprovados pelos passageiros, através de habilitação nos autos da presente ação civil pública.

Por outro lado, é inconteste a ocorrência de danos morais passíveis de indenização. Os atrasos e cancelamento de voos ofenderam uma série de direitos da personalidade dos consumidores (dignidade, honra, imagem etc.), o que enseja reparação a título de dano moral, nos termos do artigo 5º, X, da Constituição Federal. Enfrentaram desgaste físico e psíquico anormal, além de terem sido submetidos a condições indignas de tratamento, notadamente quando constrangidos a aguardar indefinidamente a saída de voos nas salas de embarque, e até mesmo no interior das aeronaves.

Sem dúvida, os fatos acima relatados não configuram mero aborrecimento, situação comum do cotidiano, mas de um transtorno enfrentado pelo passageiro que alterou todos os seus planos, causando-lhe grande desconforto e horas de desassossego, visto que dependeu de um serviço absolutamente mal prestado, cuja explicação nunca lhe foi fornecida.

Posto isso, impõe-se a condenação de cada empresa aérea, solidariamente à União e à ANAC, ao pagamento de indenização a título de danos materiais e morais que forem comprovados pelos passageiros em fase de liquidação de sentença, nos termos do artigo 97 e seguintes da Lei n. 8.078/90.

### 13 Requerimentos finais

Posto isso, requer-se de Vossa Excelência:

a) Nos termos do artigo 84, parágrafo 3º, da Lei n. 8.078/90, a concessão de medida liminar destinada a impor às companhias aéreas demandadas o dever de prestar assistência material e informativa aos passageiros, nos termos colocados no item 11 supra, medida necessária à prevenção efetiva de danos materiais, sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00 (mil reais) por passageiro não assistido;

b) Deferida a liminar, a transmissão, via fax, da decisão aos réus, para que desde logo a cumpram, tendo em vista a proximidade das festividades de final de ano (Natal e Ano Novo);

c) A citação dos réus para que, querendo, respondam à presente ação;

d) Ao final, a procedência da ação para:

1) Impor às empresas aéreas o permanente dever de assistência material e informativa, com base nos termos do item 11 e 12.a supra, sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00 por passageiro, na hipótese de descumprimento;

2) Nos termos do artigo 95 da Lei n. 8.078/90, condenar solidariamente os réus à reparação integral e efetiva dos danos materiais e morais experimentados pelos consumidores decorrentes dos atrasos ou cancelamento de voos,

que deverão ser objeto de liquidação em momento oportuno, nos moldes do artigo 97 do mesmo diploma legal.

3) Condenar os réus ao pagamento das custas processuais, com as devidas atualizações monetárias;

e) Dispensa do pagamento de custas, emolumentos e outros encargos, desde logo, em face do previsto no artigo 18 da Lei n. 7.347/85 e do artigo 87 da Lei n. 8.078/90;

f) Publicação de edital no *Diário da Justiça da União*, nos termos do artigo 94 do Código de Defesa do Consumidor;

g) Seja deferida a inversão do ônus da prova em favor da coletividade de consumidores substituídos pelos autores, nos termos do artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor;

i) A intimação do Ministério Público, para todos os atos a serem praticados na presente ação;

Protestam provar o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos. Dá-se à causa o valor de R\$ 10.000,00.

Nestes termos

P. Deferimento.

São Paulo, 18 de dezembro de 2006

PATRÍCIA DE OLIVEIRA GARCIA RIBEIRO MACHADO

Procuradora do Estado

PAULA CRISTINA RIGUEIRO BARBOSA ENGLER PINTO

Procuradora do Estado

VALTER FARID ANTONIO JUNIOR

Procurador do Estado

MARLI APARECIDA SAMPAIO

Diretora Executiva Fundação PROCON/SP

PAULO FERREIRA PACINI

IDEC/ADECON/MDC-MG

---

## Processo n. 2006.61.00 028224 - Ação civil pública

Vistos

Trata-se de ação civil pública ajuizada pela Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor PROCON/SP e outros em face da União Federal, da Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) e de concessionárias provedoras de transporte aéreo com atuação em São Paulo. Objetivam os autores basicamente dois pedidos de natureza distintas: I) a determinação judicial para que as rés efetivem prestação de assistência informativa aos passageiros e a população referente aos voos e respectivos atrasos,

bem como assistência material, consistente em prover alimentação, comunicação telefônica, transporte, hospedagem e devolução do valor do bilhete; II) reparação de danos materiais e morais causados aos passageiros, quando da crise no sistema de tráfego aéreo, em outubro passado. Requer antecipação de tutela quanto ao primeiro pedido.

Entendem os autores que possui a União Federal competência sobre a navegação aérea, bem como sua infraestrutura, de maneira que recai sobre ela a responsabilidade pela crise suprarreferida. Ademais, tendo a União delegado tal competência à ANAC, verificar-se-ia a ocorrência de responsabilidade solidária, devendo também a Agência figurar como ré.

Requer-se às empresas aéreas, à União e à ANAC a imposição do dever de informação, mantendo os passageiros atualizados acerca dos atrasos nos pousos e decolagens, através da disponibilização de funcionários treinados.

Ademais, requerem os autores a prestação de assistência material, quando da verificação do atraso no voo, através, do fornecimento de alimentação, ligações telefônicas, transporte e hospedagem. A devolução imediata do valor do bilhete também é reivindicada.

Por fim, pedem a condenação das empresas aéreas ao pagamento de indenização por danos morais e materiais, de acordo com o disposto no artigo 97 do Código de Defesa do Consumidor, norma que clamam ser especial em face das demais normas.

O pedido liminar não foi apreciado pela MM. juíza federal de plantão, por conta de sua complexidade e por não ter sido vislumbrada a urgência inerente à apreciação no plantão judiciário.

Preliminarmente, manifestaram-se a União, BRA Transportes Aéreos Ltda., TAM Linhas Aéreas S.A., ANAC, Gol Transportes Aéreos S.A. e Total Linhas Aéreas S.A.

Apresentaram contestação Pantanal Linhas Aéreas S.A, Oceanair Linhas Aéreas Ltda., Viação Aérea Rio-grandense S.A e Rio Sul Linhas Aéreas S.A, além de Gol Transportes Aéreos S.A.

A União arguiu sua ilegitimidade para figurar como ré nesta ação, indicando a Infraero como ente público competente para tanto. Em informações complementares, apresentou medidas que têm sido realizadas para dirimir a crise do tráfego aéreo.

A ANAC alegou falta de interesse de agir superveniente na apreciação da liminar, bem como ilegitimidade passiva para esta causa.

BRA Transportes Aéreos Ltda., TAM Linhas Aéreas S.A., Pantanal Linhas Aéreas S.A e Oceanair Linhas Aéreas Ltda. alegaram prestar a devida assistência material pleiteada pelos autores.

A empresa Gol Transportes Aéreos S.A requer a exclusão de sua responsabilidade, afirmando prestar a almejada assistência material. Alega, ainda, que a presente ação não se submete à tutela oferecida pelo Código de Defesa do Consumidor.

A Total Linhas Aéreas S.A afirmou não poder ser atingida pela decisão judicial ora pretendida, tendo em vista que não opera no Estado de São Paulo.

A Viação Aérea Rio-Grandense S.A e a Rio Sul Linhas Aéreas S.A. afirmam estar em processo de recuperação judicial, de maneira que, atualmente, é a empresa VRG Linhas Aéreas S.A que opera os contratos de transporte anteriormente pertencentes às rés.

A Procuradoria da República no Estado de São Paulo manifestou-se, requerendo a inclusão da Infraero e da empresa VRG Linhas Aéreas S.A. no polo passivo desta ação, como litisconsortes necessários, e, na qualidade de legitimado coletivo, postula a inclusão de tais no polo passivo da demanda. Requer ainda seja concedida ordem liminar determinando que a ANAC, dentro do prazo de quinze dias, elabore minuta de resolução, dispondo sobre o pleiteado pelos autores. De acordo com o disposto no artigo 331, parágrafo 2º, do Código de Processo Civil, requer ainda designação de audiência preliminar e, nessa oportunidade, a inversão do ônus da prova quanto à responsabilidade pelos danos causados aos passageiros.

É o relatório. Decido.

A questão ora em apreciação cinge-se ao pleito liminar expresso na inicial e reiterado pelo *Parquet* federal, qual seja, a determinação judicial para que as rés efetivem prestação de assistência informativa aos passageiros e à população referente aos voos e respectivos atrasos, bem como assistência material, consistente em prover alimentação, comunicação telefônica, transporte, hospedagem e devolução do valor do bilhete.

Passo a avaliar a regularidade formal do processo e das partes.

Consoante exarado pelo Ministério Público Federal, o feito em pauta necessariamente requer a participação da INFRAERO, pois cabe a essa empresa pública federal administrar e operar a infraestrutura aeroportuária – seu objetivo institucional, artigo 2º da Lei n. 5.862/72, de forma que controla os painéis de voos e outros suportes materiais para o desempenho das atividades de informação ao público e assistência material – de sorte que a determinação judicial desse *decisum*, necessariamente alcança *ex vi* o artigo 47 do Código de Processo Civil. Necessária, pois, a sua citação, já devidamente requerida pelo Ministério Público Federal.

Fiel à limitação territorial do pleito de ressarcimento, na redação da Lei n. 9.494/97, artigo 2º, a corré Total Linhas Aéreas é ilegítima, pois tal empresa

aérea não opera na Capital de São Paulo, de sorte que o pleito indenizatório não a alcança.

Dada a substituição operacional da companhia aérea Varig pela empresa VRG Linhas Aéreas S.A., necessária sua inclusão na lide.

Diante da notória crise do sistema aéreo que se instaurou e ainda persiste, parece claro que a situação ora analisada advém de uma somatória de comportamentos inadequados ou até negligentes por parte das rés, sobretudo da União Federal, que lamentavelmente limitou investimentos na gestão e modernização das facilidades operacionais dos aeroportos, consoante frisa o relatório do Tribunal de Contas da União.

Assim, mantém-se intacto o interesse de agir da ação; inegável, também, a legitimidade passiva da União Federal na presente ação.

A insuficiência do quadro de controladores de voo contribuiu de maneira decisiva para a crise e, sendo tais funcionários agentes públicos federais, muitos desses servidores diretamente vinculados às Forças Armadas, reforça a responsabilidade da União Federal ao pleito.

O descumprimento de determinações da ANAC é factível e, por óbvio, recai sobre as outras rés, o que não exclui a sua responsabilidade enquanto reguladora e fiscalizadora da atividade aérea civil. Assim, tendo a própria ANAC reconhecido sua função, deve ser excluída qualquer possibilidade de alegação de sua ilegitimidade.

De outro giro, é fato notório, seja na imprensa, seja no dia a dia dos usuários de aeroportos, a ausência de informações precisas e confiáveis por parte das empresas aéreas e da Infraero quanto aos atrasos de voos e da efetiva prestação material à qual o usuário tem direito, situação que clama pela legitimidade passiva de todos os réus.

Por outro lado, o regramento para a prestação de assistência material aos passageiros em voos atrasados é firmado por tratados internacionais, entre eles a Convenção de Chicago e de Montreal, cuja imposição de tais obrigações vem delineada na forma do conteúdo normativo da Instrução de Aviação Civil n. 2203-0339. Contudo quanto à assistência material, tais normas são insuficientes para determinar a precisa obrigação das companhias aéreas, frente aos usuários, consoante enfatiza o douto Procurador da República Doutor Alexandre Gravonski, em seu parecer.

Deveras, à luz das circunstâncias presentes e dos reiterados atrasos de voos em nível nacional, o país tem assistido lamentavelmente situação que refoge ao controle das autoridades, de sorte que requer a reanálise institucional e normativa de alguns aspectos da operacionalidade da aviação, entre tais a efetiva assistência de informação à população, premissa já exigida nas convenções internacionais de aviação e condição inerente ao exercício de cidadania.

Resta, pois, presente a necessidade de se otimizar a normatização a esse respeito, dever-poder da ANAC, consoante expressa a sua lei de criação, Lei n. 11.182/05, *in verbis*:

“Artigo 8º - Cabe à ANAC adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento e fomento da aviação, da infraestrutura aeronáutica e aeroportuária do País, atuando com independência, legalidade, impessoalidade e publicidade competindo-lhe:

I - Implementar, em sua esfera de atuação, a política de aviação civil;

(...)

IV - realizar estudos, estabelecer normas, promover a implementação das normas e recomendações internacionais de aviação civil, observados os acordos, tratados e convenções internacionais de que seja parte a República Federativa do Brasil;

(...)

XXX - expedir normas e estabelecer padrões mínimos de segurança de voo, de desempenho e eficiência, a serem cumpridos pelas prestadoras de serviços aéreos e de infraestrutura aeronáutica e aeroportuária, inclusive quanto a equipamentos, materiais, produtos e processos que utilizarem e serviços que prestarem;

Ora, diante da normativa escassa sobre o assunto, tenho que a ANAC deverá normatizar o assunto – assistência de informação e material aos usuários dos voos em atraso – de modo uniforme, estabelecendo padrões mínimos à assistência material, seguindo as diretrizes das convenções internacionais de aviação em que a República Federativa do Brasil é signatária, sobretudo a Convenção de Chicago de 1944 e a Convenção de Montreal de 1999 e anexos (disponível em: <[www.aerolex.com.br](http://www.aerolex.com.br)>), bem como do Código Brasileiro de Aeronáutica.

Friso que diante da natureza especial do tema, o Código de Defesa do Consumidor representa norma geral, de sorte que só é factível de incidência naquilo que não contrariar as disposições do Código de Aeronáutica e dos tratados internacionais, matéria de relevância internacional, cuja natureza do tema sobrepõe-se a normas de caráter local. Ademais, vale o princípio geral de direito *lex posterior generedis non derogat priori speciali*, lei posterior geral não derroga a anterior especial.

Ora, como o país comprometeu-se a efetivar as diretrizes internacionais de aviação, concretizadas no Código Brasileiro de Aviação, não resta admissível sua derrogação frente à Lei n. 8.078/90, norma de caráter geral consumeirista, pois destoaria dos compromissos internacionais e do campo especial de incidência normativa regrado pelas normas supraapontadas.

Por tal entendimento, indefiro a inversão ao ônus da prova quanto ao pleito indenizatório.

Acolho, pois, parte do pedido dos autores e do Ministério Público Federal, forte no artigo 461 do Código de Processo Civil e 11 da Lei da Ação Civil Pública, para determinar à ANAC que elabore em 15 dias minuta de resolução dispondo sobre assistência material e prevendo sanções para seu descumprimento, bem como abra o processo legal de consulta e audiências públicas previsto nos artigos 27 e 28 da Lei n. 11.182/2005, de modo que, no prazo de 90 dias, seja editada e fiscalizada a norma pertinente, seguindo as diretrizes das convenções internacionais de aviação e o Código Brasileiro de Aeronáutica, sob as penas da lei.

Esclareçam a rés, no prazo de 30 dias, mediante proposta conjunta, como assegurarão o direito à informação aos usuários dos aeroportos, bem como será procedida a fiscalização do acesso à informação.

Excluo Total Linhas Aéreas da lide.

Citem-se a Infraero e a empresa VRG Linhas Aéreas S.A.

Providencie-se ainda a citação dos réus ainda não citados.

Intimem-se. Expeça-se ofício à Diretoria da ANAC para o cumprimento desta decisão.

Após o cumprimento da liminar e apresentação de contestação das rés, designe-se audiência, na forma do artigo 331 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 13 de julho de 2007.

DOUGLAS CAMARINHA GONZALES

Juiz Federal Substituto,

no exercício da titularidade da 6ª Vara

## **Processo n. 2007.03.00.085418-2 - Agravo de instrumento**

Origem: Processo n. 2006.61.00 028224 – 6ª VF São Paulo/SP

Relator: Des. Fed. Consuelo Yoshida – 6ª Turma

Vistos

Os agravantes interpuseram o presente agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo ativo, *rectius*, antecipação de tutela da pretensão recursal, contra a r. decisão dos autos da ação civil pública, ajuizada com o propósito de compelir as agravadas a efetivarem prestação de assistência informativa aos passageiros e à população, referente aos voos e respectivos atrasos, bem como assistência material, consistente em prover alimentação, comunicação telefônica, transporte, hospedagem e devolução do valor dos bilhetes.

A liminar foi deferida parcialmente, para determinar à ANAC que elabore, em 15 dias, minuta de resolução dispondo sobre assistência material e prevendo sanções para seu descumprimento, bem como abra o processo legal de consulta e audiências públicas previsto nos artigos 27 e 28 da Lei n. 11.182/2005, de modo

que, em prazo de 90 dias, seja editada e fiscalizada a norma pertinente, seguindo as diretrizes das convenções internacionais de aviação e o Código Brasileiro de Aeronáutica, sob as penas da lei, bem como para que as agravadas esclareçam, no prazo de 30 dias, mediante proposta conjunta, como assegurarão o direito à informação aos usuários dos aeroportos e como será procedida a fiscalização do acesso à informação.

Pretendem os agravantes a reforma da r. decisão agravada, pelas razões que aduzem.

A decisão ora prolatada restringe-se à determinação de providências que visam a assegurar a prestação de informações adequadas, com níveis crescentes de precisão e celeridade, aos usuários dos serviços de transporte aéreo, dando cumprimento e efetividade às disposições da Instrução de Aviação Civil n. 2.203/99, que regulamenta a matéria.

Ressalto que foram previamente agendadas e presididas por esta relatora sucessivas reuniões com a participação de todas as partes que figuram na ação civil pública, uma vez que a garantia do fluxo de informações adequadas aos usuários, na forma pretendida, depende: (a) da otimização e eficiência da infraestrutura existente e de sua ampliação e aperfeiçoamento, diante das demandas decorrentes do crescimento vertiginoso da aviação civil nos últimos tempos; (b) e da imprescindível atuação conjunta e coordenada de todos os setores, dentro das respectivas esferas de competências e atribuições.

Exposições técnicas sobre o sistema de controle do espaço aéreo brasileiro foram feitas por representantes do DECEA, amplas discussões e debates tiveram lugar entre todos os participantes, nas reuniões realizadas no edifício desta Corte, nos dias 23.08.2007, 03.09.2007 e 17.09.2007; ao final, deliberações e compromissos consensuais foram firmados nas reuniões dos dias 24.09.2007 e 27.09.2007, essa última ocorrida na Procuradoria da República de São Paulo, com a presença de representantes do Ministério Público Federal, da ANAC, Infraero e do Serviço Regional de Proteção ao Voo de São Paulo. A Infraero reavaliou a viabilidade técnica da implantação de algumas providências, na forma e nos prazos assinalados na ata da reunião mencionada.

Dos esclarecimentos prestados acerca das atribuições da Infraero, ANAC, CGNA (Centro de Gerenciamento da Navegação Aérea) e companhias aéreas, quanto aos aspectos relacionados à disponibilização e repasse das informações e respectivo controle, pode ser dito, de forma resumida, que:

À Infraero incumbe a disponibilização dos recursos informatizados e físicos (sistemas de som e imagem); a capacitação das empresas aéreas, quando for o caso, para que possam transmitir aos usuários as informações; o repasse à ANAC das informações necessárias para o acompanhamento e fiscalização da adequada transmissão.

Ao CGNA incumbe a coordenação para manter o fluxo de tráfego aéreo; ele detém informações acerca do tráfego aéreo nacional e das restrições ao respectivo fluxo (ex.: sequenciamentos na saída dos aeroportos, prováveis esperas provenientes de excesso de fluxo ou falhas do sistema; restrições devidas às condições meteorológicas; duração provável dessas restrições).

À ANAC compete, entre outras atribuições, apurar omissões ou atrasos no repasse das informações pelos órgãos, setores e companhias aéreas na forma abaixo estipulada, bem como providenciar a elaboração e distribuição de cartilhas informativas dos direitos dos usuários dos transportes aéreos e procedimento para as reclamações.

Às empresas aéreas incumbem as providências que constam dos itens 3.1.4 e 3.1.6 da IAC n. 2.203/99, entre outros itens que lhes dizem respeito.

Assim, considerando-se: (a) as atribuições acima delineadas; (b) o que foi acordado no prévio processo participativo e integrador desencadeado nas reuniões noticiadas; (c) a viabilidade técnica da implantação das providências com a infraestrutura atualmente existente; d) a necessidade de agilização da ampliação e melhoria da infraestrutura atual, determino que sejam implementadas nos prazos respectivos as providências a seguir discriminadas:

I- Pelas empresas aéreas:

1) a informação ao usuário, no momento do *check in*, sobre a situação do voo (previsão de atraso qualquer que seja a estimativa de tempo); a hora provável do embarque e respectivo portão de embarque; o motivo dos eventuais atrasos (problemas operacionais, condições meteorológicas ou tráfego aéreo);

2) o imediato endosso do bilhete aéreo para o primeiro voo disponível em qualquer companhia aérea, nos casos de comprovada urgência do embarque, em se tratando de atraso ou cancelamento de voo atribuído à companhia;

2.1) as companhias aéreas firmarão, no prazo de 60 (sessenta) dias, acordo disciplinando o endosso dos bilhetes aéreos;

2.2) a disponibilidade de vagas, em situações de emergência, será comunicada entre as companhias aéreas;

3) a atualização das informações sobre a situação do voo na sala de embarque a cada 15 minutos, no mínimo, mediante a utilização do sistema de som e sem prejuízo da atualização do painel.

II - Pelos órgãos, setores e companhias aéreas, no âmbito das respectivas atribuições, o compartilhamento imediato das informações sobre a situação dos voos, com a previsão do tempo de atraso (“Atraso min. 30min”, “Atraso min. 1 h”, 2 h, 3 h e 4h):

1) Independentemente da compatibilidade dos sistemas eletrônicos e da implantação e operação do Sistema Siso nos aeroportos, determino de imediato o

compartilhamento das informações detidas, até o presente momento, com exclusividade, pelos diferentes órgãos, setores e companhias aéreas, utilizando-se cada qual dos meios disponíveis e viáveis, com a finalidade de gerar informações adequadas, em tempo real e com possibilidade de cruzamento e controle, acerca da situação dos voos;

2) O CGNA repassará em tempo real à ANAC, à Infraero e às empresas aéreas as informações disponíveis sobre restrições ao fluxo de tráfego aéreo diretamente aos seus representantes no CGNA ou por meio telefônico ou eletrônico, de modo a permitir que as empresas possam otimizar suas programações e precisar o máximo possível suas previsões de atraso, pousos e decolagens;

3) As companhias aéreas poderão obter as informações diretamente no próprio CGNA, sendo disponibilizado espaço para os representantes dessas empresas.

III - Pela Infraero, a adoção, no prazo de 30 dias, das providências necessárias para que as informações atualizadas sobre a situação do voo, com a previsão do tempo de atraso, sejam disponibilizadas nos painéis, diretamente pelas empresas aéreas, quando o sistema o permitir, ou pela própria Infraero, nas demais situações (ex: obtenção de informações de decolagens provenientes do sistema SGTC, confrontadas com a tabela de HOTRAN, mantida pela ANAC). A Infraero envidará esforços para adotar as providências que viabilizem, no maior número possível de aeroportos, no prazo de 120 dias, a inserção direta e imediata de informações pelas empresas aéreas;

IV - Pela Infraero, CGNA e empresas aéreas deverão desde logo ser desenvolvidos, aperfeiçoados e agilizados os meios para a geração e disponibilização de relatórios contendo as informações que cada qual é detentor, para fins de controle e cruzamento de informações pela ANAC. Afora o relatório de atrasos, outros relatórios poderão ser solicitados pela ANAC;

V - Pela ANAC, deverá ser providenciada a designação imediata, nos aeroportos de Congonhas e Guarulhos, coordenada pela 4ª Gerência Regional, de uma escala de inspetores especificamente incumbidos de apurar omissões ou atrasos no repasse das informações pelos órgãos, setores e companhias aéreas na forma estipulada, elaborando-se relatórios periódicos. A ANAC deverá providenciar estudos de viabilidade, no prazo de 120 (cento e vinte) dias, para a elaboração e distribuição de cartilhas destinadas aos usuários do transporte aéreo quanto aos seus direitos como passageiro, bem como o procedimento para reclamações;

No prazo de 120 dias a contar da presente data, serão apresentados a este Juízo Recursal relatórios pela ANAC, Infraero, Ministério da Aeronáutica e companhias aéreas, informando as datas da implantação das providências ora ajustadas para cada órgão/entidade, e avaliação quanto ao desempenho, no que se refere à prestação de informações.

Nesse período caberão ao Ministério Público Federal e aos autores da ação civil pública acompanhar a avaliação quanto ao desempenho e efetividade das medidas determinadas relativas ao direito à informação, sem prejuízo do encaminhamento do relatório conclusivo por todos os envolvidos para juntada aos autos.

O óbice oposto por qualquer das partes à adoção das providências determinadas deverá ser comunicado a este Juízo no prazo de vinte e quatro horas, a contar da ciência da dificuldade.

Comunique-se ao MM. Juízo *a quo* com urgência, dispensando-o de prestar informações, nos termos do artigo 527, IV, do mesmo Código.

Traslade-se a cópia da presente decisão para os autos dos Agravos de Instrumento ns. 2007.03.00.086146-0 e 2007.03.00.085606-3.

Intimem-se.

São Paulo, 5 de outubro de 2007.

CONSUELO YOSHIDA

Desembargadora Federal

Relatora

---

Vistos.

Na decisão de fls., restou consignado que compete à ANAC, entre outras atribuições, providenciar a elaboração e distribuição de cartilhas informativas dos direitos dos usuários dos transportes aéreos e procedimento para as reclamações. E, conseqüentemente, foi a ela determinado, entre outras providências, a preparação de estudos de viabilidade, no prazo de 120 dias, para a elaboração e distribuição de cartilhas destinadas aos usuários do transporte aéreo quanto aos seus direitos como passageiro, bem como o procedimento para reclamações.

Na reunião do dia 22.11.2007, foi apresentado pela ANAC o esboço do que foi denominado Guia do Passageiro. Por solicitação desta relatora, o arquivo digital lhe foi encaminhado e por ela repassado às partes desta ação civil pública, que ofereceram sugestões, as quais foram compiladas no texto em anexo, com cores diferentes, conforme legenda.

Ponto fulcral a ser reconhecido desde logo, na esteira de sólida jurisprudência dos nossos Tribunais, mormente do E. Superior Tribunal de Justiça, e que, portanto, deve figurar claramente no “Guia do Passageiro”, é a aplicação das normas do Código de Defesa do Consumidor, Lei n. 8.078/90, que disciplina o direito fundamental estampado no artigo 5º, XXXII, da Constituição Federal.

Dentre os inúmeros precedentes da Corte Especial, são bem ilustrativos os julgados cujas ementas são transcritas a seguir:

“Transporte Aéreo – Atraso de voo e extravio de bagagem. Dano moral. Código de Defesa do Consumidor e Convenção de Varsóvia. Danos material e moral fixados em primeiro grau. Apelação. Reforma da sentença. Recurso especial. Pretendida reforma. Sentença de 1º grau restabelecida. Recurso especial conhecido e provido em parte.

I - Prevalece o entendimento na Seção de Direito Privado ‘de que tratando-se de relação de consumo, em que as autoras figuram inquestionavelmente como destinatárias finais dos serviços de transporte, aplicável é à espécie o Código de Defesa do Consumidor’ (REsp n. 538.685, Min. Raphael de Barros Monteiro, *DJU*, de 16.02.2004). II - De igual forma, subsiste orientação da E. Segunda Seção, na linha de que a ‘ocorrência de problema técnico é fato previsível, não caracterizando hipótese de caso fortuito ou de força maior’, de modo que ‘cabe indenização a título de dano moral pelo atraso de voo e extravio de bagagem. O dano decorre da demora, desconforto, aflição e dos transtornos suportados pelo passageiro, não se exigindo prova de tais fatores’ (AgR AI n. 442.487/RJ, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, *DJU*, de 09.10.2006). III - Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, provido também em parte, para restabelecer-se a sentença de primeiro grau, fixada a indenização por dano material em R\$ 194,90 e, por seu turno, a relativa ao dano moral na quantia de R\$ 5.000,00, atualizáveis a contar da data da decisão do recurso especial.” (STJ – REsp n. 612.817/MA, 4ª Turma, rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, *DJU*, de 08.10.2007, p. 287).

“Responsabilidade Civil – Transporte aéreo. Extravio de bagagem. Código de Defesa do Consumidor.

Tratando-se de relação de consumo, prevalecem as disposições do Código de Defesa do Consumidor, em relação à Convenção de Varsóvia e ao Código Brasileiro de Aeronáutica. Precedentes da Segunda Seção do STJ. Recurso especial não conhecido.” (STJ – REsp n. 538.685/RO, 4ª Turma, rel. Min. Barros Monteiro, *DJU*, de 16.02.2004, p. 269).

“Transporte Aéreo – Atraso. Viagem internacional, Convenção de Varsóvia. Dano moral. Código de Defesa do Consumidor.

O dano moral decorrente de atraso de viagem internacional tem sua indenização calculada de acordo com o Código de Defesa do Consumidor. Demais questões não conhecidas. Recurso dos autores conhecido em parte, e, nessa parte, parcialmente provido. Recurso da ré não conhecido.” (STJ – REsp n. 235.678/SP, 4ª Turma, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, *DJU*, de 14.02.2000, p. 43).

“Civil – Transporte aéreo. Carga. Mercadoria. Extravio. Transportador. Indenização integral. Código de Defesa do Consumidor. Aplicação. Convenção de Varsóvia. Afastamento.

1 - A jurisprudência pacífica da Segunda Seção é no sentido de que o transportador aéreo, seja em viagem nacional ou internacional, responde (indenização integral) pelo extravio de bagagens e cargas, ainda que ausente acidente aéreo, mediante aplicação do Código de Defesa do Consumidor, desde que o evento tenha ocorrido na sua vigência, conforme sucede na espécie. Fica, portanto, afastada a incidência da Convenção de Varsóvia e, por via de consequência, a indenização tarifada. 2 - Recurso especial conhecido e provido para restabelecer a sentença.” (STJ – REsp n. 552.553/RJ, 4ª Turma, rel. Min. Fernando Gonçalves, *DJU*, de 01.02.12006, p. 561).

“Responsabilidade Civil Objetiva – Voo internacional. Atraso. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

Se o fato ocorreu na vigência do Código de Defesa do Consumidor, a responsabilidade por atraso em voo internacional afasta a limitação tarifada da Convenção de Varsóvia (arts. 6º, VI, e 14, do CDC). O contrato de transporte constitui obrigação de resultado. Não basta que o transportador leve o transportado ao destino contratado. É necessário que o faça nos termos avençados (dia, horário, local de embarque e desembarque, acomodações, aeronave, etc.). O Protocolo Adicional n. 3, sem vigência no direito internacional, não se aplica no direito interno. A indenização deve ser fixada em moeda nacional (Dec. n. 97.505/89).” (STJ – REsp n. 151.401/SP, 3ª Turma, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, *DJU*, de 01.07.2004, p. 188).

Todas as providências determinadas na mencionada decisão de fls., em fase de cumprimento pelas diferentes partes da ação civil pública, e, entre elas, a própria elaboração e ampla divulgação do Guia do Passageiro pela ANAC, são meios de implementar o direito do consumidor e o correlato e inarredável dever do fornecedor do produto ou serviço de prestar informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com as especificações necessárias (art. 6º, III, do CDC)

O que se buscou no presente caso, e constou daquela decisão, foi assegurar prestação de informações adequadas, com níveis crescentes de precisão e celeridade, aos usuários dos serviços de transporte, aéreo, dando cumprimento efetividade às disposições da Instrução de Aviação Civil n. 2.203/99, que regulamenta a matéria.

Em matéria de transporte aéreo, três são os diplomas básicos aplicáveis: o Código Brasileiro de Aeronáutica, o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil, que devem ser interpretados de forma sistemática e harmônica, resolvendo-se os conflitos diante das diferentes situações que se apresentam.

No que se refere à informação, inclino-me, por ora, por acolher o entendimento de Rizzato Nunes (disponível em: <[www.terra.com.br/TerraMagazine](http://www.terra.com.br/TerraMagazine)>),

coluna de 13.08.2007, e <[www.beabadoconsumidor.com.br](http://www.beabadoconsumidor.com.br)>): no caso, aplica-se o Código de Defesa do Consumidor plenamente, uma vez que inexistente conflito com as outras normas. As companhias aéreas e todos os demais órgãos e setores envolvidos têm o dever de oferecer informações prévias, claras, extensivas aos consumidores do transporte aéreo, direito básico estampado no artigo 6º, III, do Código de Defesa do Consumidor.

Conflitam com as normas protetivas dos direitos do consumidor a previsão, via portaria, de reembolso, em até 30 dias, e a prestação de ajuda material após 4 horas de atraso, como prevê o Código Brasileiro de Aeronáutica. Na medida que constitui direito básico do consumidor a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais (art. 6º, VI, do CDC), não pode haver cerceamento e restrições indevidas.

Todavia, é importante que o Guia do Passageiro:

1) informe todos os direitos do usuário e o que pode ser por ele exigido sem qualquer controvérsia com base nos diplomas normativos existentes, embora conflitantes com o Código de Defesa do Consumidor e com o Código Civil, cabendo a ele comunicar à ANAC para as autuações necessárias, em caso de descumprimento daquelas normas;

2) esclareça, de forma bem destacada, que o Código de Defesa do Consumidor lhe assegura postular perante os órgãos do consumidor, Juizados Especiais e demais instâncias judiciais a proteção mais ampla dos seus direitos.

As diretrizes ora estabelecidas devem nortear a elaboração da minuta de resolução sobre assistência material e a previsão de sanções para seu descumprimento, bem como o procedimento de consulta e audiências públicas previstos nos artigos 27 e 28 da Lei n. 11.182/2005. O início dos trabalhos conjuntos deverá ser acordado na reunião prevista para o próximo dia 12.12.2007.

O Guia do Passageiro deve, ademais, esclarecer as competências e atribuições de todos os órgãos e setores envolvidos, diante da complexidade da matéria, à semelhança do que constou da decisão de fls., baseando-se em informações e contribuições fornecidas a este Juízo Recursal.

Intimem-se com urgência.

São Paulo, 3 de dezembro de 2007.

CONSUELO YOSHIDA

Desembargadora Federal

Relatora

---

## 6ª Vara Cível da Subseção Judiciária de São Paulo

### Processo n. 2006.61.00 028224 - Ação civil pública

1. Tendo em vista a tentativa infrutífera de intimação dos autores, através do Mandado n. 3.459/2008, publique-se a r. decisão de fls. 3.386/3.386-verso.

2. Defiro o pedido formulado pelo Ministério Público Federal, às fls., razão pela qual determino a intimação das rés Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) e Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero), para que apresentem relatório em que conste: a) o número de voos com atrasos superiores a 30 minutos ou cancelados, a partir do dia 19.12.2008; b) o percentual diário de voos com atrasos e cancelados; c) o percentual diário de voos com atrasos e cancelados por companhia aérea.

3. Manifestem-se os autores.

4. Publique-se o r. despacho de fls. Int.

Despacho de 3.386/3.386-verso:

Vistos.

Trata-se de tutela antecipada requerida pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), em reiteração ao pleito de fls., tendo em vista iminente perigo de dano irreparável aos direitos e interesses dos consumidores, ante a noticiada paralisação do transporte aéreo, pelo Sindicato Nacional das Empresas Aéreas (SNEA). Ouvido, o Ministério Público Federal opinou pela concessão do pedido, bem como requereu a juntada de cronograma para realização de consulta pública pela ANAC.

É o relatório. Decido.

Fatos supervenientes estão a autorizar a apreciação do pedido de tutela específica requerido pela Ordem dos Advogados do Brasil. O transporte aéreo de pessoas constitui uma relação de consumo e está disciplinado pelo Código de Defesa do Consumidor. A reparação de danos resultantes da má prestação do serviço pode, por conseguinte, ser pleiteada, em termos de antecipação de tutela, nos termos do artigo 273, I, do Código de Processo Civil, havendo receio de dano irreparável, ou de difícil reparação, aos consumidores. O contrato de transporte constitui obrigação de resultado. Não basta que o transportador leve o transportado ao destino contratado. É necessário que o faça nos termos avençados (dia, horário, local de embarque e desembarque, acomodações, aeronave etc.), respeitando sempre o básico princípio da dignidade da pessoa humana. Com a notícia de que haverá greve nos serviços de transporte aéreo durante os festejos natalinos que se aproximam, teme-se que o respeito aos usuários de aeroportos seja afrontado novamente, de maneira intolerável, à luz da epistemologia constitucional contida no artigo 1º, III, da Constituição Federal. Assim, presentes os requisitos legais, concedo parcialmente a tutela antecipada para determinar: a) que a ANAC fiscalize com rigor o horário dos transportes, e que as empresas aéreas informem

a todos os passageiros, de forma clara, adequada e de fácil compreensão, com antecedência mínima de 2 horas a contar do horário previsto para embarque, eventuais problemas que possam retardar ou mesmo impedir a partida do voo, cominada multa de R\$10.000,00 (dez mil reais) por omissão; e, b) nos casos de atraso ou cancelamento, o dever de prestar todo o auxílio aos consumidores, diante da impossibilidade do cumprimento do horário do voo, independentemente do motivo do atraso ou cancelamento, garantindo adequada alimentação, suporte de comunicação, instalações(hospedagem e transporte) compatíveis, para o descanso dos consumidores e guarda de seus objetos pessoais, sob pena de multa diária, por empresa ré, fixada no importe de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais). Determino, ainda, a imediata juntada aos autos do cronograma para realização de consulta pública pela ANAC, conforme requerido pelo Ministério Público Federal.

Despacho e exarado às fls. 3.340:

Saíram as parte intimadas, em audiência, dos documentos juntados pela Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC). Dê-se vista à parte autora dos documentos juntados pelos réus, quais sejam, União Federal, Pantanal Linhas Aéreas S/A, TAM Linhas Aéreas S/A, Gol Transportes Aéreos S/A e VRG Linhas Aéreas S/A, Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero) e Oceanair Linhas Aéreas Ltda.

Prazo: 15 (quinze) dias.

Int.

## Sistema Penitenciário – Regime de Cumprimento de Pena. Indenização por Danos Morais

Excelentíssimo Senhor Doutor Juiz de Direito da 3ª Vara da Fazenda Pública

Processo n. 107/053.08.601510-5

A Fazenda do Estado de São Paulo, por sua procuradora, que esta subscreve, nos autos da ação civil pública, proposta pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, manifestar-se sobre o pedido de liminar, assim como apresentar sua contestação, nos termos a seguir expostos e a final requeridos:

A presente demanda visa a compelir a ré a pagar indenização a todos os presos condenados no regime semiaberto, ou aos condenados que obtiveram progressão de regime para o semiaberto, mas que cumpriram pena no regime fechado, consistente em danos morais, no valor de meio salário mínimo por dia de indevido cumprimento da pena e, em *bis in idem*, danos decorrentes do mesmo motivo e no mesmo valor, assim como na condenação de obrigação de fazer, relativa a não mais incluir nenhum preso em regime diverso e mais gravoso do estabelecido em decisão judicial, além de remover todos os presos que estiverem cumprido pena em C, com a fixação de multa diária de R\$ 50.000,00 pelo descumprimento.

Em resumo, a autora pretende, com a ação proposta, realizar a mágica da solução do sistema penitenciário.

Como liminar, requer tutela inibitória, com a obrigação de não mais incluir presos em regime mais gravoso, remover imediatamente todos os que estiverem em regime mais gravoso em relação os que foram condenados e fixação de multa diária pelo descumprimento de R\$ 50.000,00.

### Da liminar

O pedido liminar não merece prosperar, senão vejamos:

Em primeiro lugar, a ação trata de direitos individuais disponíveis, sem

identificar quem efetivamente está cumprindo pena em regime mais gravoso, ou se, mesmo tendo direito à progressão de pena, cumpre outra referente a diverso delito, infelizmente fato cotidiano na vida carcerária.

Da leitura detalhada da petição inicial, nota-se que o a autora desta ação fundamenta seus pedidos exclusivamente em um único dado sem qualquer análise, extraído do sítio do Ministério da Fazenda, não trazendo sequer indício oficial que demonstre a ocorrência dos fatos da maneira como foram narrados. Ou seja, a falta de vagas no sistema semiaberto, sem considerar quem efetivamente está preso e cumprindo um regime mais gravoso.

Havendo pessoas que realmente se encontram cumprindo pena em regime inadequado, o meio para resolver a situação é a utilização dos recursos processuais perante a Vara de Execuções, o que deve ser feito em nome de cada um dos eventuais prejudicados e comprovando-se essa situação, haja vista que nos autos não há prova do alegado para a concessão da liminar.

Assim, saliente-se, não há comprovação de pessoas na situação descrita na inicial, o que já demonstra a impossibilidade de conceder uma liminar inócua, até porque toda liminar deve ser concedida com extrema cautela, *sendo impraticável antecipar atos de natureza executória*, diante da impossibilidade de se identificarem quais os possíveis prejudicados, contrariando o artigo 12 da Lei n. 7.347/85.

Ainda que pense a autora que o sistema presidiário é equivalente ao regime nazista ou fascista, não leva em consideração que vivemos uma democracia, com os representantes do Executivo e Legislativo escolhidos pelo povo, o mesmo que merece a atenção especial em matéria de segurança pública e, desse modo, a discricionariedade da Administração Pública tem em conta a conveniência e oportunidade, sempre à vista do interesse público, e por esse motivo não deixa de construir presídios, como a seguir demonstrado, porém não na mesma velocidade com que aumenta a população carcerária, um problema social mundial, haja vista não ser possível interromper a criminalidade com a simples assinatura de um decreto.

Em verdade, pretender que o Poder Público venha a não incluir mais nenhum preso em regime mais gravoso ou removê-los em trinta dias, atropelando o procedimento estabelecido nas Varas de Execuções Criminais, sem atentar para a conveniência e oportunidade do ato, mercê de prioridades orçamentárias e outras, constitui verdadeira aberração jurídica e fere todos os princípios que norteiam a Administração Pública.

Nesse sentido, o entendimento da Egrégia Corte Estadual, como se vê do v. acórdão proferido no julgamento do recurso de apelação n. 227.591-5/0-00, de lavra do Excelentíssimo Senhor Desembargador Geraldo Lucena, cujo trecho abaixo se pede licença para transcrever:

“Quanto ao mérito, é de ser admitido que o artigo 24 da Constituição Federal de 1988, que adota a concorrência de atribuição sobre a matéria, tem uma conotação discricionária para cada caso, ou seja, tem caráter específico e não de alcance generalizado.

É que dentro do princípio da conveniência e oportunidade do ato administrativo, cabe ao governante a escolha do local onde o serviço público é oferecido ao administrado, sempre norteado com a previsão orçamentária. Se tal não acontecer, o agente público poderá ser responsabilizado administrativamente e até no âmbito penal, de conformidade com o artigo 167, incisos I, II e V, da própria Constituição Federal de 1988.

Trata-se de uma interpretação constitucional sistemática entre os mandamentos constantes dos artigos 227, 244 e 167, incisos I, II e V, da Constituição Federal, sem esquecer ainda que na petição do orçamento cada serviço de saúde, educação, segurança pública, transporte etc. tem sua parcela orçamentária que não pode a bel talante do governante ser utilizada para outra finalidade. É de ser lembrado o princípio da liberdade administrativa limitada ou condicionada à previsão legal, consistente em impor ao governante somente executar o serviço quando a lei e orçamento autorizarem. A se entender em contrário, a Administração Pública ficaria à mercê de exigências, sendo que somente ele governante possui atribuição legal de exercer o ato de governo. E o princípio de conveniência, oportunidade e eficiência que rege o ato administrativo estaria comprometido.

No caso concreto, convém ressaltar constar que a própria Administração Pública vem espontaneamente dotando prédios educacionais da região com as medidas pleiteadas pelo autor, significando que providências estão sendo tomadas nesse sentido, sempre aguardando oportunidade, conveniência e dotação orçamentária para a sua implantação.

Não cabe ao Poder Judiciário intervir em assuntos que encerram atos de governo, na escolha de determinada política de educação, de saúde, segurança pública, mas apenas corrigi-los no aspecto formal sem penetrar na sua substância, pois isto constitui o mérito do ato administrativo. (j. 12.11.2003, DOE, de 22.10.2004).”

Do mesmo pulsar, o posicionamento do Colendo Superior Tribunal de Justiça: “Direito Administrativo – Poder discricionário. Escolha de assessores de Presidente de Tribunal. Diárias e despesas de viagens. Os Presidentes de Tribunais, por exercerem relevante função na estrutura administrativa do Poder Judiciário, dentro da margem de discricionariedade que lhes é conferida, têm o poder de decisão sobre a conveniência e oportunidade na escolha de servidores para desempenharem funções extraordinárias relacionadas com o interesse da administração. Segurança concedida.

(...)

Deveras, os atos discricionários autorizam certa margem de liberdade, porquanto a lei, ao regular a matéria, relega um campo de apreciação ao administrador, insindicável pelo Poder Judiciário (...).” (STJ – MS n. 8821/DF, 1ª Seção, rel. Min. Luiz Fux, DJU, de 16.08.2004).

Impossível, portanto, a concessão de liminar, por ausentes os requisitos que lhe autorização, principalmente, no que diz respeito ao *fumus bonis iuris*, pelo simples fato de não haver nos autos comprovação de qualquer encarcerado que esteja vivendo uma situação de lesão, assim mesmo pela falta de perigo, uma vez que a Defensoria Pública possui os meios para evitar eventual prejuízo, mediante a utilização dos meios processuais junto à Vara de Execuções Criminais.

Ainda que fosse possível a concessão da liminar, não haveria modo de, com um passe de mágica, fosse possível a construção de estabelecimentos prisionais em trinta dias, requerendo-se assim, sua rejeição, principalmente por colocar em risco a ordem pública.

## **Preliminarmente**

### **Da incompetência do Juízo**

“A Vara da Fazenda Pública não é competente para julgar a presente demanda, haja vista que a questão de progressão da pena deve ser julgada e analisada pelo juízo criminal em cada caso concreto.

A competência é a concretização da jurisdição, compreendendo critérios de determinação objetivos, que em razão da matéria é absoluta, segundo os artigos 111 e 113 do Código de Processo Civil, e gera a nulidade dos atos proferidos, caso seja desrespeitada.

Desse modo, por força do disposto na Lei n. 7.210/84, constata-se que a competência em razão da matéria é do Juízo das Execuções Criminais, senão vejamos:

Artigo 65 - A execução penal competirá ao Juiz indicado na lei local de organização judiciária e, na sua ausência, ao da sentença.

Artigo 66 - Compete ao Juiz da execução:

(...)

VI - zelar pelo correto cumprimento da pena e da medida de segurança;

VII - inspecionar, mensalmente, os estabelecimentos penais, tomando providências para o adequado funcionamento e promovendo, quando for o caso, a apuração de responsabilidade;

VIII - interditar, no todo ou em parte, estabelecimento penal.

(...)

Artigo 194 - O procedimento corresponde às situações previstas nesta lei será judicial, desenvolvendo-se perante o juízo da execução”.

Portanto, requer-se a extinção do feito, sem julgamento de seu mérito.

## Da ilegitimidade ativa

Em primeiro lugar, pela ilegitimidade da Defensoria Pública em figurar no polo ativo da demanda, uma vez que, muito embora a lei lhe atribua legitimidade a propor ação civil pública, ela é referida apenas a pessoas hipossuficientes, com direitos concretos de serem apurados, e não os indiscriminados aqui reclamados, até porque se trata de direitos disponíveis.

Atente-se ao que decidiu o Juízo da 7ª Vara da Fazenda Pública acerca da legitimidade da Defensoria Pública, na propositura de uma ação civil pública em face da Cetesb (Processo n. 053.08.119902-1), haja vista que esses interesses são representados pelo Ministério Público, não podendo haver um conflito de atuações:

“(…) os argumentos deduzidos na referida ADI afiguram-se extremamente razoáveis, na medida que a alteração imposta pela Lei n. 11.448/2007, ao atribuir legitimação ativa à Defensoria Pública para o ajuizamento aparentemente incondicional da ação civil pública, padece de vício de inconstitucionalidade, *pois desvincula a atuação daquele do objetivo para o qual foi criado: a prestação de assistência jurídica gratuita aos necessitados*. Com efeito, dispõe o artigo 134 da Constituição Federal que ‘a Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do artigo 5º, LXXIV’. Já o artigo 5º, LXXIV, da Carta prevê que o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos. *É indiscutível, portanto, que atuação da Defensoria Pública somente se justifica quando presente a situação fática que determinou sua criação, qual seja, a existência de beneficiário hipossuficiente*. Lembre-se que as decisões que reconheciam a legitimidade da Defensoria Pública para a propositura de ações civis públicas em defesa dos consumidores, por força da regra insculpida no artigo 82, III, da Lei n. 8.078/90, sempre vincularam tal atuação à defesa dos interesses dos necessitados. Note-se que o entendimento ora externado não tem o condão de limitar os legitimados para a propositura das ações coletivas, instrumento que tem se mostrado extremamente eficaz para a proteção dos transindividuais, mas sim de delimitar o campo de atuação de cada um dos órgãos que podem lançar mão da ação civil pública, evitando-se embates, conflitos ou atropelo da atuação de um sobre o outro. Repita-se que a legitimação para o ajuizamento da ação civil pública em casos como

o presente deve ser reservada ao Ministério Público, que possui atribuição constitucional de defesa ampla dos interesses difusos e coletivos, *ex vi* do artigo 129, III, da Constituição Federal. Não há como compatibilizar a função constitucionalmente assegurada à Defensoria Pública, isto é, defesa judicial dos hipossuficientes econômicos, com a ideia de legitimação incondicional deste órgão para o manejo da ação prevista na Lei federal n. 7.347/85, pois, repita-se, a atuação da defensoria dar-se-á em razão da carência econômica da parte, não em corolário do direito discutido.

(...)

Posto isso, decreto a ilegitimidade ativa *ad causam* da Defensoria Pública do Estado de São Paulo e, conseqüentemente, indefiro a petição inicial, julgando extinto este processo, sem resolução de mérito, com fundamento no artigo 295, II, c.c. o artigo 267, VI, ambos do Código de Processo Civil. Indevida imposição de sucumbência, por ser a Defensoria Pública isenta desse ônus.

P.R.I.C.

São Paulo, 4 de agosto de 2008

EMÍLIO MIGLIANO NETO

Juiz de Direito” (g.n.)

Do mesmo modo em ação civil pública pretendida em face de vários bancos, julgada pela 42ª Vara Cível de São Paulo (Processo n. 583.00.2008.180424-6):

“A ação deve ser extinta sem resolução do mérito. A presente ação difere do Processo n. 583.00.2007.173439-5 (...), apenas no tocante ao plano econômico cujas perdas se reclama. Naquela busca a autora a cobrança do Plano Bresser, nesta, dos planos Verão, Collor I e Collor II. Conforme sentença lançada naquele processo, a preliminar suscitada por todos os réus e pelo Ministério Público, de ilegitimidade da autora para a ação, foi acolhida. *A solução a ser dada nesta ação, portanto, deve ser idêntica. Porquanto esteja a autora autorizada à propositura de ação civil pública, nos termos da Lei n. 11.448/2007, tal faculdade não é ampla nem irrestrita.* Encontra seu limite em sua própria função institucional, fixada na Constituição Federal, que é a defesa dos necessitados. Assim, não pode a autora ajuizar ação civil pública em defesa do interesse patrimonial de pessoas que não seriam beneficiárias da assistência judiciária, se observado o disposto no parágrafo único do artigo 2º da Lei n. 1.060/50. Não faz sentido, aliás, o Poder Público, por meio da Defensoria, tutelar interesse privado e patrimonial daquele que não necessita do auxílio do Estado para sua defesa em juízo. Dispõe o artigo 134 da Constituição Federal que ‘a Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os

graus, dos necessitados, na forma do artigo 5º, LXXIV”. O artigo 5º, LXXIV, por sua vez, estabelece que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”. A ação, tal como proposta, inclui indistintamente dentre os eventuais beneficiados pessoas que não são necessitadas, nos termos da norma constitucional e legalmente definida.

Ante o exposto, indefiro a petição inicial e julgo extinta a presente ação, sem resolução do mérito nos termos do artigo 267, I, c.c. o artigo 295, II, ambos do Código de Processo Civil. Sem condenação nas verbas de sucumbência, face à qualidade da autora.

P.R.I.

São Paulo, 25 de agosto de 2008

EDWARD A.L.D.C.C. WICKFIELD

Juiz de Direito” (g.n.)

Como se vê, por força da Constituição Federal, e nos termos do artigo 4º da Lei n. 1.060/50, a Defensoria Pública somente pode atuar em juízo em relação aos necessitados, os carentes de recursos econômicos, e para isso deve juntar declaração de pobreza e indicar todos os beneficiários:

“Artigo 4º - A parte gozará dos benefícios da assistência judiciária, mediante simples afirmação, na própria petição inicial, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família.”

Ainda, por força do artigo 15 da Lei de Execuções Criminais (Lei n. 7.210/84), somente o preso sem recurso financeiro terá direito à assistência jurídica gratuita, não podendo a Defensoria Pública falar em nome de todos, indiscriminadamente, como se vê de sua leitura:

“Artigo 15 - A assistência jurídica é destinada aos presos e aos internados sem recursos financeiros para constituir advogado.”

Com efeito, em situação assemelhada, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que o Ministério Público não tinha legitimidade para propor ação civil pública na defesa de interesses individuais disponíveis, como é o caso, conforme a ementa a seguir transcrita:

“Recurso Especial – Ação civil pública. Ministério Público. Legitimidade ativa *ad causam*. Direitos individuais disponíveis.

1. Falta ao Ministério Público legitimidade para pleitear em juízo o recebimento para particulares contratantes do DPVAT – chamado de seguro obrigatório – de complementação de indenização na hipótese de ocorrência de

sinistro, visto que se trata de direitos individuais identificáveis e disponíveis, cuja defesa é própria da advocacia.

2. O fato de a contratação do seguro ser obrigatória e atingir a parte da população que se utiliza de veículos automotores não lhe confere a característica de indivisibilidade e indisponibilidade, nem sequer lhe atribui a condição de interesse de relevância social a ponto de torná-la defensável via ação coletiva proposta pelo Ministério Público.

3. Recurso especial provido.” (STJ – REsp n. 858.056/GO, 2ª Seção, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 11.06.2008, *DJe*, de 04.08.2008).

Desse modo, a ação deve ser extinta, por falta de legitimidade ativa.

## Da falta de interesse de agir

Não há nos autos qualquer elemento que caracterize o interesse de agir da autora, haja vista que não aponta nenhum dado concreto para fundamentar sua demanda.

Saliente-se que não há parâmetros, dados ou indicação de alguém que esteja na situação explanada como danosa, mas apenas um singelo quadro demonstrativo extraído do sítio do Ministério da Justiça que *não demonstra a existência de presos cumprindo pena em regime mais gravoso*.

Ainda que verdadeiro o dado de que há falta de vagas, a informação não faz presumir que presos estão em situação irregular, até porque os dados se referem à existência de vagas, e não mandados de prisão cumpridos ou penas sob execução.

A falta de interesse de agir fica mais patente no sentido de que somente o preso interessado é que poderia vir a juízo expor sua condição irregular, para justificar uma demanda com esse fundamento; no entanto, o E. Tribunal de Justiça não concede *habeas corpus* para sua remoção, haja vista que é necessário haver local apropriado para o cumprimento da pena no regime semiaberto.

Como exemplo, citam-se duas recentes decisões:

“*Habeas Corpus*. Progressão ao regime semiaberto concedida ao paciente. Não efetivação da remoção. Providência administrativa que não pode ser debitada por conta do Poder Judiciário. Expectativa de direito, dependente de vaga. Remoção imediata que iria ferir direitos de terceiros e caracterizaria clara ofensa ao princípio da isonomia. Ordem denegada.” (HC n. 990080346695/ Assis, 5ª Câmara de Direito Criminal, rel. Des. Pinheiro Franco, j. 04.09.2008). (g.n.)

“*Habeas Corpus*. Remoção para estabelecimento semiaberto. Pedido de regime aberto, enquanto se aguarda vaga em estabelecimento adequado. A re-

*moção de preso promovido ao regime semiaberto para estabelecimento adequado demanda tempo para a tramitação burocrática. Conhecido o avassalador volume de presos no Estado de São Paulo, é ridículo esperar-se que a remoção possa dar-se em prazo de trinta ou sessenta dias. Este prazo, talvez, seja aplicável em regiões onde a criminalidade não seja tão acentuada.”* (HC n. 990080028200/Assis, 6ª Câmara de Direito Criminal, rel. Des. Ericson Maranhão, j. 04.09.2008). (g.n.)

## Da prescrição

No que diz respeito ao pedido indiscriminado de indenização aos presos que já cumpriram pena, estará prescrito, desde que ultrapassado o período de três anos estabelecido no artigo 206, parágrafo 3º, V, do Código Civil.

De acordo com a nova ordem legal instituída pela referida norma, as ações indenizatórias devem ser propostas no prazo de *três* anos, contados do ato ou fato que lhe tenha dado origem.

O Decreto n. 20.910/32, que regula a prescrição em face da Fazenda Pública, instituiu a regra do lapso quinquenal, excetuando, em seu artigo 10, que “o disposto nos artigos anteriores não altera as prescrições de menor prazo, constantes das leis e regulamentos, as quais ficam subordinadas às mesmas regras”.

Na lição de Luiz Duarte de Oliveira:

“(…) há, portanto, autorização legislativa bastante para que a Fazenda Pública, apesar de já beneficiada pela prescrição liberatória quinquenal trazida pelo Decreto de 1932, beneficie-se também dos prazos prescricionais menores, estabelecidos em razão da especificidade da pretensão de direito material veiculada.”<sup>1</sup>

Menciona o autor que a questão já foi submetida ao crivo do Judiciário paulista, na vigência do Código Civil de 1916<sup>2</sup>. Enfrentavam-se, à época, as ações movidas por peritos judiciais, nomeados em demandas em que as partes eram

1 OLIVEIRA, Luiz Duarte de. A prescrição das ações movidas em face da Fazenda Pública e o novo Código Civil. In: CIANCI, Mirna (Coord.). *A prescrição no Código Civil: uma análise interdisciplinar*. São Paulo: Saraiva, 2007.

2 A tese foi bem recepcionada, como se vê da jurisprudência do Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo: “Ação de cobrança – Salários periciais – A prescrição da ação de cobrança tem prazo de um ano, nos termos do artigo 178, parágrafo 6º, inciso X, do Código Civil, norma especial que prevalece sobre os cinco anos da geral do Decreto n. 20.910, de 1932 – A data do início do prazo é a decisão final no processo – Reexame obrigatório e apelação providos em parte”. (2º TACSP – Ap. n. 616174-00/7, 9ª Câmara, rel. Juiz Eros Piceli, v.u., j. 21.11.2001).

beneficiárias da gratuidade processual, que reclamavam do Tesouro Estadual a paga dos honorários arbitrados. Na oportunidade, sustentou-se que, embora o pleito fosse dirigido em face do Poder Público, a prescrição haveria de ser anual, segundo o disposto no artigo 178, parágrafo 6º, inciso X, da codificação revogada, em razão da especialidade da pretensão.

Assim, vigorante a respeito novo prazo para a indenização, porque teve o lapso início já no curso da nova ordem civil, aplica-se a regra da prescrição trienal prevista no âmbito da demanda indenizatória.

Do exposto, requer seja julgado extinto o processo, com exame de mérito, acolhida a alegação de prescrição.

## Da inépcia da inicial

O Código de Processo Civil exige que o autor indique na petição inicial o fato e os fundamentos jurídicos do pedido (art. 282, III). Trata-se de pressuposto processual objetivo, cuja falta autoriza a decretação da nulidade do processo. Ou seja, a causa de pedir reside nos fatos alegados pelo autor como fundamento de seu pedido, sendo inepta a petição inicial a que falte a causa de pedir (art. 295, parágrafo único, I, do CPC).

O modo como a inicial expôs as razões que fundamentam seu pedido, sem indicar elementos concretos para a efetiva defesa da ré, realizando um genérico pedido de indenização e remoção indiscriminada de presos não individualizados, não permite a oportunidade de contestar adequadamente o feito e fazer prova negativa de sua ocorrência, ferindo o princípio constitucional do contraditório, previsto no inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal.

Qual o dano que a autora pretende ver reparado?

Não há descrição de danos, mas uma exaustiva e conhecida exposição sobre a dignidade da pessoa humana e a finalidade da pena, no entanto, ao mencionar eventuais danos, afirma meramente que os presos têm uma enorme expectativa de deixar a prisão, mas isso, todos os que estão preso sentem.

Com o pedido de indenização indiscriminado, na suposição da existência de um dano, a autora subverte o pedido de uma ação civil pública, em que o dinheiro arrecadado deve ser levado a um fundo, e portanto não há a reparação individualizada; no entanto, a inicial descreve fatos que não correspondem ao pedido indenizatório, até porque a ação não se presta à finalidade pretendida.

Da mesma maneira em relação à transferência de presos. Quais?

Como se pode transferir presos sem identificá-los, sem ser possível dizer quem deveria estar, e não está, cumprindo o regime semiaberto?

Com efeito, a inicial é inepta e ação deve ser julgada extinta, sem julgamento de seu mérito.

## Da ausência dos requisitos autorizadores do ajuizamento da ação civil pública

Deve-se ponderar ser incabível o aforamento da ação civil pública para tutelar o direito aqui perseguido, na medida que não está em jogo qualquer interesse metaindividual identificável que justifique seu cabimento, nos termos do artigo 1º, inciso IV, da Lei n. 7.347/85, modificado pelos termos do artigo 88, parágrafo único, da Lei n. 8.884, de 11.06.1994.

A Lei n. 7.347/85 (Lei de Ação Civil Pública) restringe o objeto da ação civil pública exclusivamente à “proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico”. Essa é a redação original do dispositivo, que posteriormente veio a sofrer acréscimo comandado pela Lei n. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), que introduziu a possibilidade de defesa de qualquer interesse difuso ou coletivo.

Com essa modificação, a doutrina considerou que teria sido restaurada a versão original do texto legal, pois essa possibilidade havia antes recebido veto presidencial. De todo modo, tendo sido a modificação ordenada no texto do Código de Defesa do Consumidor, é razoável a interpretação que considera atinente a reforma unicamente às relações de consumo, o que não se configura na espécie em discussão, muito embora reinante a discórdia a respeito dessa abrangência.

Porém, encontra-se superada a questão, na medida que a Lei n. 8.884/94, em seu artigo 88, parágrafo único, restaurou a redação do texto legal, mantendo excluída a hipótese de defesa de quaisquer interesses coletivos ou difusos por meio da ação civil pública:

“Artigo 88 - O artigo 1º da Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, passa a vigorar com a seguinte redação e a inclusão de novo inciso:

‘Artigo 1º - Regem-se pelas disposições desta lei, sem prejuízo da ação popular, a ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: (...)

V - por infração da ordem econômica.

Parágrafo único. O inciso II do artigo 5º da Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, passa a ter a seguinte redação.

Artigo 5º - (...)

(...)

II - inclua entre suas finalidades institucionais a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.”

Não se trata aqui de discutir interesses individuais homogêneos, categoria prevista no Código de Defesa do Consumidor, mas o debate está restrito

a interesses individuais disponíveis em uma relação não consumerista, mas de presos condenados que vão ao cárcere não para consumir, mas por uma determinação judicial.

Tanto é verdade que a petição inicial afirma: “Note-se que a pretexto de atuar nos interesses da coletividade o Poder Público trouxe a um incontável número de presos lesões às suas esferas individuais, aos seus direitos fundamentais consagrados no Texto Maior”. Ou seja, confessa que se trata de interesses individuais e identificáveis.

O Superior Tribunal de Justiça é claro quando decide que somente nas relações de consumo é possível a defesa de direitos dessa natureza em sede de ação civil pública, a saber:

“Processual Civil – Previdenciário. Benefício previdenciário. Direito individual disponível. Ação civil pública. Descabimento. Precedentes. Recurso especial conhecido e provido.

1. A ação civil pública visa, em regra, à defesa de interesses difusos ou coletivos, prestando-se à tutela de direitos individuais disponíveis tão somente quando homogêneos e oriundos de relação de consumo.

2. O direito à percepção de benefício previdenciário é de natureza individual disponível e o vínculo entre beneficiário e o instituto de previdência não caracteriza relação de consumo. Ademais, o artigo 1º, parágrafo único, da Lei n. 7.347/85 veda o ajuizamento de ação civil pública para conduzir pretensões que envolvem benefícios previdenciários.

3. Na espécie, a ação civil pública foi ajuizada pelo Ministério Público com vistas à declaração de ilegalidade da Portaria MPAS n. 4.273/97 e da OS/INSS n. 590/97, que vedam a comprovação de tempo de serviço rural, para fins previdenciários, por meio de documentos de integrantes do grupo familiar, razão pela qual é descabida. Precedentes.

4. Recurso especial conhecido e provido. (STJ – REsp n. 422810/PR, 5ª Turma, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 28.11.2006, DJU, de 18.12.2006, p. 460).

Desse modo, a ação deve ser julgada extinta, o que se requer.

## **Do mérito**

### **Da falsa conclusão**

A Defensoria Pública parte de uma proposição, para chegar a uma conclusão, a que falta um dado importante para constituir uma outra premissa, isto é, a existência de presos cumprindo pena em regime mais gravoso.

Os dados da inicial dão conta de que há falta de vagas, em relação ao número de condenados para o cumprimento do regime semiaberto, no entanto não há

o dado que fundamente o pedido, referente ao número de pessoas e à sua existência, que de fato estão sofrendo um prejuízo. Ou seja, *não há demonstração da existência de presos cumprindo pena em regime mais gravoso*.

A informação não se presume, e uma conclusão tão grave sustentada pela ação deve estar baseada no simples processo de raciocínio lógico denominado de silogismo. Sem a demonstração de algo como verdadeiro, não é possível haver uma conclusão real, mas faltando seu elemento essencial, a conclusão da petição inicial, se é que se pode chamar de conclusão, é falsa.

Por outro lado, deve-se argumentar o fato de que a autora possui os meios adequados para resolver os problemas do que afirmam prejudicados, através da utilização do *habeas corpus*, e aqui é de se perguntar: por que não o fazem? Não há nos autos nenhuma prova de que condenados estão encarcerados injustamente. Não há demonstração de que houve a utilização de instrumentos para colocá-los no regime para o qual foram apenados.

Há de se lembrar que a autora é a primeira a impedir a modernização do sistema processual penal, principalmente quando milita contra a utilização da videoconferência, ou interrogatório *on-line*, instrumento que muito ajudaria à agilização do sistema judiciário, como bem reclama o editorial do dia 14 de setembro p.p., do jornal Folha de S. Paulo:

#### “OMISSÃO PERIGOSA

Na superfície, parece absurda a decisão de terça-feira da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal (STF), que mandou libertar nove acusados de integrar uma organização criminosa incrustada nos presídios paulistas.

O bando foi detido em 2004 com dezenas de armas, após escutas telefônicas que revelaram o plano de tomar uma penitenciária e libertar mais de mil presos. Já encarcerados, os acusados teriam participado da orquestração de ataques a policiais que aterrorizaram São Paulo em maio de 2006.

Trata-se, sem dúvida, de um grupo com alta periculosidade. Apesar disso, os cinco magistrados foram unânimes em considerar abusiva a manutenção da prisão, por mais de quatro anos, sem condenação.

Tecnicamente, a decisão é defensável. Quem é detido de modo provisório não pode pagar com antecipação da pena pela incapacidade do Estado de julgar com celeridade. Na sexta, porém, uma juíza estadual voltou a ordenar a prisão dos nove acusados, e não se sabe como o Supremo reagirá a essa manifestação da primeira instância.

O relator do *habeas corpus* na Corte, Ministro Carlos Ayres Britto, justificou o voto com o fato de muitas audiências terem sido canceladas e remarçadas por falta de efetivo para apresentação de presos ao juízo criminal. O governo de São Paulo nega que isso tenha acontecido. Qualquer que seja a razão, o caso

constitui só mais um exemplo lamentável da morosidade da Justiça.

A dificuldade do transporte de presos perigosos para audiências seria muito minorada com depoimentos por videoconferência. O próprio STF, contudo, anulou em 2007 a condenação de um acusado porque meios eletrônicos haviam sido empregados. E o Congresso segue omissivo, sem aprovar lei prevendo tal recurso óbvio de modernização do processo penal.”

No entanto, é dever funcional da Defensoria Pública, quando procurada, defender os interesses dos condenados que se sentem prejudicados, e tal é feito cotidianamente, mas é de se estranhar uma ação judicial desse tipo, uma aventura jurídica, pois há defensores especializados nas Varas de Execuções Penais que possuem os dados concretos e realizam um excelente trabalho em prol dos encarcerados, como, aliás, já vinha sendo feito pela Procuradoria de Assistência Judiciária. Assim, não há prejudicados sem amparo.

## Do sistema prisional no Estado de São Paulo

No Estado de São Paulo, existem 52 (cinquenta e duas) unidades prisionais destinadas aos presos que cumprem pena no *regime semiaberto*, divididas entre as Coordenadorias Regionais, conforme demonstram os quadros abaixo:

### Coordenadoria de Unidades Prisionais de São Paulo e da Grande São Paulo

Unidades	Masculino	Feminino
Centro de Progressão Penitenciária de Franco da Rocha	x	
Centro de Progressão Penitenciária de São Miguel Paulista	x	
Penitenciária Guarulhos I – Regime Semiaberto	x	
Penitenciária Franco da Rocha I – Ala de Progressão Penitenciária	x	
Centro de Detenção Provisória Belém I – Ala de Progressão Penitenciária	x	
Centro de Detenção Provisória Belém II – Ala de Progressão Penitenciária	x	
Centro de Detenção Provisória Itapequerica da Serra – Ala de Progressão Penitenciária	x	
Penitenciária Feminina do Butantã – Regime Semiaberto		x

### Coordenadoria de Unidades Prisionais da Região Central do Estado

Unidades	Masculino	Feminino
Penitenciária Hortolândia I – Regime Semiaberto	x	
Centro de Progressão Penitenciária de Campinas	x	
Penitenciária de Itirapira I – Regime Semiaberto	x	

Penitenciária de Sorocaba I – Regime Semiaberto	x	
Penitenciária Casa Branca – Ala de Progressão Penitenciária	x	
Penitenciária de Iperó – Ala de Progressão Penitenciária	x	
Penitenciária de Itirapina II – Ala de Progressão Penitenciária	x	
Centro de Detenção Provisória de Piracicaba – Ala de Progressão Penitenciária	x	
Centro de Ressocialização de Atibaia – Regime Semiaberto	x	
Centro de Ressocialização de Bragança Paulista – Regime Semiaberto	x	
Centro de Ressocialização de Limeira – Regime Semiaberto	x	
Centro de Ressocialização de Mococa – Regime Semiaberto	x	
Centro de Ressocialização de Mogi-Mirim – Regime Semiaberto	x	
Centro de Ressocialização de Rio Claro – Regime Semiaberto	x	
Centro de Ressocialização de Sumaré – Regime Semiaberto	x	

### Coordenadoria de Unidades Prisionais do Vale do Paraíba e Litoral

Unidades	Masculino	Feminino
Centro de Progressão Penitenciária de Mongaguá	x	
Centro de Progressão Penitenciária de Tremembé	x	
Centro de Ressocialização Feminino de São José dos Campos – Regime Semiaberto		x

### Coordenadoria de Unidades Prisionais da Região Oeste do Estado

Unidades	Masculino	Feminino
Centro de Progressão Penitenciária de Pacaembu	x	
Centro de Progressão Penitenciária de Valparaíso	x	
Instituto Penal Agrícola de São José do Rio Preto	x	
Penitenciária de Mirandópolis I – Regime Semiaberto	x	
Penitenciária Mirandópolis I – Regime Semiaberto	x	
Penitenciária de Osvaldo Cruz – Regime Semiaberto	x	
Penitenciária de Presidente Prudente – Regime Semiaberto	x	
Penitenciária de Lucélia – Ala de Progressão Penitenciária	x	
Centro de Ressocialização de Araçatuba – Regime Semiaberto	x	
Centro de Ressocialização de Birigui – Regime Semiaberto	x	
Centro de Ressocialização de Presidente Prudente – Regime Semiaberto	x	
Centro de Ressocialização de São José do Rio Preto – Regime Semiaberto		x

## Coordenadoria de Unidades Prisionais da Região Noroeste do Estado

Unidades	Masculino	Feminino
Penitenciária de Bauru I – Regime Semiaberto	x	
Penitenciária de Bauru II – Regime Semiaberto	x	
IPA - Instituto Penal Agrícola de Bauru	x	
Penitenciária de Marília – Regime Semiaberto	x	
Penitenciária de Iaras – Ala de Progressão Penitenciária	x	
Penitenciária de Itai – Ala de Progressão Penitenciária	x	
Penitenciária de Ribeirão Preto – Ala de Progressão Penitenciária	x	
Centro de Ressocialização de Araraquara – Regime Semiaberto	x	
Centro de Ressocialização de Avaré – Regime Semiaberto	x	
Centro de Ressocialização de Jaú – Regime Semiaberto	x	
Centro de Ressocialização de Lins – Regime Semiaberto	x	
Centro de Ressocialização de Marília – Regime Semiaberto	x	
Centro de Ressocialização de Ourinhos – Regime Semiaberto	x	
Centro de Ressocialização Feminino de Araraquara – Regime Semiaberto		x

Os Centros de Progressão Penitenciária são estabelecimentos dedicados ao regime semiaberto, bem como as Alas de Progressão Penitenciária, que são construídas próximas às unidades prisionais, na forma de anexos, que também abrigam presos do regime semiaberto. Além deles, existem as penitenciárias que também abrigam presos do regime semiaberto, sendo a eles reservada certa quantidade de vagas, em alas separadas dos presos que cumprem pena no regime fechado.

Todavia, o Estado de São Paulo irá construir 45 (quarenta e cinco) novos estabelecimentos prisionais para essa finalidade, entre este ano até 2011, tanto que dois decretos foram publicados pelo vice-governador em exercício, declarando de utilidade pública, para fins de desapropriação, bens imóveis situados no Município de Jardinópolis e Mogi das Cruzes, necessários à instalação de unidades prisionais que serão destinadas ao abrigo de presos do regime semiaberto.

Portanto, todas as providências necessárias no sentido de sanear o problema sempre foram e continuam sendo adotadas pelo governo estadual paulista, contudo, é de se ressaltar que a população se opõe à construção de novos estabelecimentos, conforme demonstram os documentos acostados a esta contestação, como a população da cidade de Mogi das Cruzes, que se mobiliza para impedir uma construção, ou de outras cidades paulistas, contando com a ajuda de representantes do Ministério Público.

Exemplificando, pretender através do Poder Judiciário que o Poder Público venha a oferecer um sistema prisional sem respeitar critérios preestabelecidos e

sem atentar para a conveniência e oportunidade do ato, mercê de prioridades orçamentárias e outras, constitui verdadeira aberração jurídica e fere todos os princípios que norteiam a Administração Pública, especialmente o da moralidade administrativa, não fosse levado em conta ainda o impacto orçamentário-fiscal que decorreria da obrigação, *maxime* se genericamente formulada contra a Administração, a respeito de todas as necessidades emergentes do Estado.

Com efeito, a pretensão na forma como foi formulada olvida-se por completo do princípio constitucional da dotação orçamentária, pois visa a compelir o Estado a despender numerário não previsto no orçamento, para construção de novos presídios, comprometendo o erário, em total arrepio das normas impressas nos artigos 165 e seguintes da Constituição Federal, sendo expressamente vedado, ao Poder Executivo, “o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual” (art. 167 da CF).

Maria Silvia Zanella Di Pietro define a discricionariedade administrativa como “a faculdade que a lei confere à Administração para apreciar o caso concreto, segundo critérios de oportunidade e conveniência, e escolher dentre duas ou mais soluções, todas válidas perante o direito”.<sup>3</sup>

Não se há negar que a hipótese insere-se no rol das competências próprias do Executivo que, na qualidade de administrador público, e conquanto adstrito aos princípios da legalidade, moralidade e razoabilidade, dispõe de margem de discricionariedade na escolha dos meios necessários ao cumprimento de sua missão de bem gerir o interesse público.

Desse modo, não é lícito submeter à apreciação judicial matéria relativa à conveniência e oportunidade administrativa, haja vista que a pretensão posta nesta ação, em verdade, implica verdadeira afronta ao princípio constitucional da separação de poderes, que se encontra esculpido no artigo 2º da Constituição Federal, na medida que reclama provimento jurisdicional que traduz, a rigor, ingerência do Poder Judiciário nas ações de competência exclusiva do Poder Executivo.

Por qualquer ângulo que se analise a questão, nota-se que razão não assiste à autora, de modo que se tem por devidamente prequestionado o disposto nos artigos 167, I e IV, bem como 176, I e IV da Constituição Federal, atinentes à vedação do início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual, bem como a transposição, o remanejamento ou a transferência de recursos de uma categoria para outra ou de um órgão para outro, sem prévia autorização legislativa.

---

3 DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. *Discricionariedade administrativa perante a Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991. p. 41.

## Do dano

Não é passível de indenização por danos morais, por não demonstrar a auto-ra prejuízo de cunho moral, além do que o valor pleiteado chega às vias de locupletamento indevido, requerendo a fixação de um valor sem critério e para todos os possíveis prejudicados, sem averiguar se há de fato um dano.

Assim, o dano moral é descabido na espécie. A lição jurisprudencial, a exemplo do que decidiu a 6ª Câmara do 1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, repudia a ideia de ressarcibilidade em casos como o da espécie, merecendo transcrição *in verbis* o trecho em que afirma:

“(...) ou seja, os danos morais não podem ficar apenas no plano da mera alegação de existência, como se, definida a litigância de má-fé, a indenização seja invencível por força de inequívoca relação de causalidade. É mister, portanto, sejam eles comprovados quanto à sua existência, mesmo que não determinado desde logo o seu valor.”

Ainda que fosse possível a indenização, jamais o seria no absurdo valor pretendido na inicial e, considerando-se o fato que o eventual dano seria decorrente das decisões judiciais, haja vista que a execução da pena e a manutenção de presos no sistema carcerário independe da vontade do Poder Executivo, mas de decisões judiciais, vale ressaltar o que ensina José de Aguiar Dias<sup>4</sup>, “a irresponsabilidade do Estado continua dominando em relação aos atos de governo, de polícia, legislativos e judiciais”.

Como se vê, os fatos ocorridos na inicial não se enquadram no dispositivo constitucional que trata do assunto. Ademais, prevalece na doutrina e a jurisprudência o entendimento de que o Estado é irresponsável pelos atos cometidos no exercício das funções, salvo na hipótese em que houver expressa previsão legal, o que não ocorreu no presente caso.

Vale transcrever também os seguintes julgados:

“O Supremo Tribunal Federal, em reiterados julgados, tem assentado a não responsabilidade do Estado por possíveis danos consequentes a erros de decisões. O Estado não é civilmente responsável pelos atos do Poder Judiciário, senão em casos expressamente previstos em lei (RT 47/42).” (RT 259/127).

“Responsabilidade objetiva do Estado – Ato do Poder Judiciário – A orientação que veio a predominar nesta Corte, em face das Constituições anteriores à de 1988, foi a de que a responsabilidade objetiva do Estado não se aplica

---

4 DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. v. 2.

aos atos do Poder Judiciário a não ser nos casos expressamente declarados em lei – Precedentes do Supremo Tribunal Federal – Recurso extraordinário não conhecido.” (RTJ 145/268).

Sob outro aspecto, só haverá responsabilidade do Poder Público estadual mediante a comprovação de um dano certo experimentado pelo autor. Sem essa efetiva demonstração, não há que se falar em responsabilidade civil do Estado e a conseqüente pretensão indenizatória.

Nesse sentido, confira-se:

“Sem a real demonstração do prejuízo, inexistente obrigação de indenizar, mesmo porque, se assim não fosse, haveria enriquecimento injustificado por parte do suposto credor.” (RT 544/115).

E ainda:

“Como regra geral, devemos ter presente que a inexistência de dano é óbice à pretensão de uma reparação, aliás sem objeto. Ainda mesmo que haja violação de um dever legal e que tenha existido culpa e até dolo da parte do infrator, nenhuma indenização será devida, uma vez que não tenha verificado prejuízo.”<sup>5</sup>

A finalidade da indenização por dano moral é a de minimizar os efeitos de prejuízos ditos irreparáveis, dependendo, no entanto, das sequelas e da repercussão suportadas. Não basta, assim, o fator em si do acontecimento, requerendo a prova de sua repercussão, prejudicialmente moral (RJTJESP 143/90).

No caso em tela, não há demonstração de prejuízo de cunho moral, até porque não evidencia a existência de presos cumprindo pena em regime mais gravoso, portanto, inviável a condenação nesse sentido, assim como quando a inicial pede em duplicidade a reparação de danos decorrentes da prisão indevida, o que nada mais é do que o mesmo pedido de danos morais. Desse modo, a inicial, nos itens h.1 e h.2, faz o mesmo pedido, tratando-se de danos da mesma natureza.

Por cautela, caso a ação seja julgada procedente, o valor reclamado está fora dos parâmetros da razoabilidade, haja vista que o valor arbitrado não pode ser fixado de forma a causar o enriquecimento sem causa ao suposto prejudicado e deve obedecer aos parâmetros determinados nos artigos 944, 945, 953, parágrafo único, e 954 do Código Civil, assim como a apuração de cada caso individualmente, com a efetiva demonstração de seu prejuízo.

5 ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1955, n. 143, p. 197.

## Dos demais pedidos condenatórios

A Administração Pública, no que diz respeito à colocação de condenado em estabelecimentos prisionais, cumpre o mandamento da decisão judicial proferida no Juízo Criminal, não o fazendo de forma aleatória. Assim, é o Poder Judiciário que determina qual o regime a ser cumprido, cabendo ao administrador público cumprir suas ordens.

Desse modo, não pode ser compelido, na presente demanda, à transferência de presos em regime diverso do que determinado pelo Juízo da Vara de Execuções Criminais, assim como eventual remoção.

Fique claro, como já demonstrado na presente resposta e pelos documentos aqui acostados, da dificuldade que o Executivo encontra na construção de novos presídios, pois, em evidente paradoxo, a mesma população que exige o encarceramento dos presos, se opõe à construção de presídios, não havendo escolha mais tormentosa para o administrador público.

Juntam-se a esta ofícios das autoridades municipais, cópias de jornais e mensagens da população, reclamando de que as autoridades estaduais deixem de construir presídios em suas cidades, demonstrando a dificuldade da Administração Pública.

O Estado de São Paulo não está inerte e busca medidas para resolver essa questão e, não havendo omissão, não é possível a imposição de uma medida judicial que substitua o poder discricionário da Administração. Essa liberdade de ação é limitada pelo direito<sup>6</sup>, mas, de acordo com os critérios de oportunidade e conveniência para a escolha do ato a ser praticado; e, por ser uma opção, configura que qualquer que for realizado, dentro dos parâmetros aceitos, será válido<sup>7</sup>, motivo pelo qual o Judiciário não pode modificá-lo, ao contrário do ato vinculado.

Somente se houvesse omissão estatal é que o Judiciário poderia intervir nessa seara; no entanto, fica demonstrado que omissão não há, estando o Estado de São Paulo, dentro dos limites impostos pelo orçamento, cumprindo seu dever, razão pela qual a ação não merece prosperar.

---

6 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Discricionabilidade administrativa na Constituição de 1988*, cit., p. 173. Haja vista que os atos discricionários não apenas encontram limites na lei, mas também em princípios gerais de direito, “o princípio da legalidade há de ser observado, não no sentido estrito, concebido pelo positivismo jurídico e adotado no chamado Estado legal, mas no sentido amplo que abrange os princípios que estão na base do sistema jurídico vigente, e que permitem falar em Estado de Direito propriamente dito.” (Ibidem, mesma página).

7 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Discricionabilidade administrativa na Constituição de 1988*, cit., p. 67.

## Do pedido de fixação de multa

Também inviável de ser atendido o pedido de imposição de multa diária, no absurdo valor de R\$ 50.000,00, na hipótese de descumprimento do comando judicial.

Evidentemente, pelo que se colhe da experiência forense, a aplicação de multa ao Poder Público não assegura a coercitividade almejada, a par de acarretar consideráveis custos a serem suportados pela sociedade, revertidos, injustificadamente, em benefício de particular. Ademais, o valor reclamado sob essa rubrica é excessivo e desproporcional ao caso em tela, sendo desprovido de qualquer critério lógico e técnico.

Em se tratando de pessoa jurídica de direito público, como no caso da Fazenda Estadual, é inadmissível a fixação da multa pecuniária visando compeli-la ao cumprimento da obrigação principal objeto da decisão judicial.

A multa diária, imposta de forma aleatória, é exorbitante e afronta diretamente o disposto nos artigos 920 e 924 do Código Civil. Aliás, tem sido reiteradamente afastada essa possibilidade, a exemplo de:

“Agravo de Instrumento – Execução de sentença contra a Fazenda Pública para o cumprimento de obrigação de fazer. Determinação do magistrado para que o cumprimento da obrigação se faça em 60 dias, sob pena de multa diária de um salário mínimo. Inocuidade da imposição em relação ao agente público, respondendo pela penalidade a Fazenda Pública, que se utilizará da renda proveniente de recursos tributários pagos pelos próprios contribuintes. Recurso provido.”<sup>8</sup>

Com efeito, em se tratando de pessoa jurídica de direito público, no caso a Fazenda do Estado, os meios cabíveis para exigir o adimplemento da execução são outros, pois o pagamento seria efetuado pelos cofres públicos, e não pelo devedor renitente.

Como bem destacado pelo Desembargador Demóstenes Braga, “o que não parece apropriado é o Estado impor sanção pecuniária a si próprio, para assegurar a realização de ato burocrático, sacrificando o erário público por ato de respon-

8 TJSP – AI n. 178.099.5/3/SP, 2ª Câmara de Direito Público, j. 05.09.2000. E ainda: “Entidade de direito público interno. Impossibilidade de imposição de multa cominatória a pedido de outro órgão público. Intervenção não prevista na Constituição. Recurso provido.” (TJSP – AI n. 117.851.5/0, 2ª Câmara de Direito Público, j. 09.11.1999); “Servidor público estadual – Obrigação de fazer – Imposição de multa diária – Sanção que não foi aplicada na decisão exequenda e nem requerida pelo credor – Medida que sacrifica o erário sem nenhum proveito prático – Descumprimento da ordem judicial que deve ser objeto, se for o caso, de medidas penais e disciplinares contra o servido renitente. Agravo provido.” (TJSP – AI n. 095.514-5/4, 2ª Câmara de Direito Público, j. 01.12.1998).

sabilidade individual do seu próprio agente, que deve responder administrativamente pela relutância descabida de realizar obrigação funcional” (TJSP – AI n. 28.572-5/2).

Pontificou-se ainda que:

“Essa coação econômica exercida pela aplicação de multa diária à Fazenda do Estado mostra-se inócua, pois seus recursos materiais provêm da arrecadação de impostos, arcando o contribuinte, em última instância, com o pagamento da penalidade que foi imposta à agravante. Por isso, a conclusão é de que o artigo 644 do Código de Processo Civil não tem aplicação à Fazenda Pública. O cumprimento do comando da sentença referente ao cumprimento da obrigação de fazer a que foi condenada a agravante se dá com a fixação de prazo para seu cumprimento, sob pena de desobediência, com a consequente instauração de procedimento criminal contra o servidor faltoso, sem prejuízo das providências disciplinares que a Administração possa contra ele adotar”. (TJSP – AI n. 78.727, rel. Des. Alberto Gentil).

Extraí-se daí que a multa tem uma finalidade, qual seja, compelir o devedor a satisfazer a obrigação de fazer no prazo fixado mediante coação de caráter econômico. Resta, então, perguntar qual a eficácia da norma em relação à Fazenda Pública.

Enfrentando a intenção do legislador, a conclusão a que se chega é que a multa pecuniária no caso da Fazenda do Estado é ineficaz e inócua, pois seus recursos materiais provêm da arrecadação de impostos, arcando o contribuinte, em última instância, com o pagamento da penalidade.

Então, existe medida contra a Fazenda do Estado que venha a ter a mesma finalidade? A resposta é afirmativa, pois para ela a penalidade aplicável e que proporciona o alcance do objetivo buscado é a fixação de prazo para cumprimento, sob pena de desobediência, com a consequente instauração de procedimento criminal contra o servidor faltoso, desde que comprovado que ele agiu de forma dolosa, sendo-lhe ainda aplicáveis penalidades administrativas disciplinares impostas pela própria Administração.

Com isso, efetivamente, estar-se-á aplicando o justo direito, sem prejuízo aos demandantes nem à Fazenda Pública Estadual, e com a vantagem de não haver o indevido enriquecimento ilícito em detrimento do Erário.

Demonstrada, portanto, a inconsistência do pedido de fixação de multa cominatória.

## **Do pedido**

Ante o exposto, o Estado de São Paulo requer que sejam os pedidos formulados na inicial julgados improcedentes.

Requer provar o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos, em especial pela juntada de novos documentos e demais que se fizerem necessários.

## Dos honorários advocatícios

Com efeito, a Defensoria Pública é órgão da Administração Direta do Estado e não possui personalidade jurídica, sendo seus procuradores remunerados diretamente pelos cofres públicos estaduais. Ou seja, trata-se de um órgão da própria Administração Pública estatal direta cobrando honorários em face do próprio Estado, para benefício desse mesmo Estado.

Ocorre que, conforme jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça, não são devidos honorários advocatícios nas ações em que a Defensoria Pública se sai vencedora em face da Fazenda Pública estadual, conforme os exemplos a seguir discriminados:

“Processual Civil – Ofensa aos artigos 7º, XIII, e 8º da Lei n. 8.080/90. Súmulas ns. 282 e 356 do STF. Honorários de advogado devidos pelo Estado à Defensoria Pública. Impossibilidade. Confusão. Artigo 1.049 do Código Civil de 1916.

1. Aplicam-se os óbices previstos nas Súmulas ns. 282 e 356 do STF na hipótese em que a questão infraconstitucional suscitada, qual seja, violação dos artigos 7º, II, IX e XII, da Lei n. 8.080/90, não tenha sido enfocada no acórdão recorrido nem, a respeito, tenham sido opostos embargos de declaração.

2. O Estado não paga honorários advocatícios nas demandas em que a parte contrária for representada pela Defensoria Pública. Precedentes.

3. Extingue-se a obrigação quando configurado o instituto da confusão (art. 318 do CC atual).

4. A mera indicação de dispositivos legais como violados é insuficiente à visualização de questão infraconstitucional hábil a ensejar o cabimento do recurso especial. Caso, pois, de incidência da Súmula n. 284 do STF.

5. Recurso especial conhecido parcialmente e provido.” (STJ – REsp n. 598.260/RS, 2ª Turma, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 13.02.2007, *DJU*, de 05.03.2007, p. 269).

“Recurso Especial – Honorários advocatícios. Estado. Defensoria Pública. Confusão entre credor e devedor.

É indevida a condenação do Estado ao pagamento da verba honorária quando a parte vencedora está representada em juízo pela Defensoria Pública. Confusão entre credor e devedor. Recurso conhecido e provido.” (STJ – REsp n. 798.673/RS, 4ª Turma, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 06.02.2007, *DJU*, de 30.04.2007, p. 327).

“Administrativo – SUS. Fornecimento de remédio. Condenação do Estado ao pagamento da verba advocatícia. Parte vencedora representada pela

Defensoria Pública estadual. Impossibilidade. Confusão entre credor e devedor. Precedentes.

1. A questão atinente ao pagamento de honorários advocatícios em favor da Defensoria Pública nas demandas contra o Estado já foi objeto de divergência entre as Turmas de Direito Público deste Tribunal.

2. Entretanto, na assentada de 14.04.2004, a Primeira Seção desta Corte firmou entendimento de que a Defensoria Pública é órgão do Estado, por isso que não pode recolher honorários sucumbenciais decorrentes de condenação contra a Fazenda em causa patrocinada por defensor público (STJ – REsp n. 596.836/RS, rel. Min. Eliana Calmon, rel. p/acórdão Min. Luiz Fux, DJU, de 02.08.2004.)

3. Com relação à alegação de que as Defensorias gozam de autonomia administrativa e funcional, a partir da Emenda Constitucional n. 45, impende assinalar que, conforme bem asseverou a Ministra Eliana Calmon, o posicionamento não se altera mesmo diante da Emenda Constitucional n. 45/2004, que conferiu às Defensorias Públicas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária, com o acréscimo do parágrafo 2º ao artigo 134 da Constituição Federal. (AI n. 878.545/RS, 2ª Turma, j. 16.8.2007, DJU, de 5.9.2007). Agravo regimental improvido.” (STJ – AgR AI n. 668428/RS, 2ª Turma, rel. Min. Humberto Martins, j. 16.10.2007, DJU, de 29.10.2007, p. 203).

A confusão é assim definida no artigo 381 do Código Civil: “Extingue-se a obrigação, desde que na mesma pessoa se confundam as qualidades de credor e devedor.”

Assim, a confusão é forma indireta de extinção das obrigações e, no caso do Estado de São Paulo, acontece quando se trata de honorários advocatícios destinados à Defensoria Pública e devidos pela Fazenda Pública, porque a nobre instituição é órgão do Estado de São Paulo, como aliás, dispõe o artigo 103 da Constituição paulista, até mesmo do modo de sua criação pela Lei Complementar n. 988, de 9 de janeiro de 2006.

Portanto, nas demandas em que a parte vencida for o próprio Estado, é evidente a confusão entre a pessoa do credor e do devedor, prevista nos artigos 381 do Código Civil de 2002 (art. 1.049 do CC de 1916), e 267, X, do Código de Processo Civil, sendo indevida a verba honorária sucumbencial.

Termos em que,

P. deferimento.

São Paulo, 22 de setembro de 2008.

MARIA CLARA OSUNA DIAZ FALAVIGNA

Procuradora do Estado

**Processo n. 053.08.601519-5 - Ação Civil Pública**

Requerente: Defensoria Pública do Estado de São Paulo

Requerido: Estado de São Paulo

Vistos.

Trata-se de ação civil ajuizada pela Defensoria Pública objetivando a condenação do Estado (1) a não incluir mais nenhum preso em regime diverso e mais gravoso do estabelecido na sentença ou decisão judicial; (2) a remover definitivamente todos os presos que estiverem cumprindo pena em regime diverso e mais gravoso estabelecido na sentença ou decisão judicial; (3) no pagamento de multa diária pelo descumprimento das obrigações anteriores; (4) no pagamento de indenização por dano moral a todos os presos condenados no regime semiaberto e aos que obtiveram progressão para esse regime mas que cumpriram a pena no regime fechado. A título de liminar, compeli o Estado, sob pena de multa, (5) a não incluir mais nenhum preso em regime diverso mais gravoso do estabelecido na sentença ou decisão judicial; (6) a remover imediatamente todos os presos que estiverem em regime mais gravoso do estabelecido na sentença ou decisão judicial.

Sustenta que milhares de condenados ao regime semiaberto, ou que obtiveram progressão para esse regime, cumprem pena no regime fechado, por falta de vagas em colônias agrícolas, industriais ou estabelecimentos similares, por desprezível inércia dos administradores públicos, o que ofende os princípios da legalidade, moralidade, eficiência, dignidade da pessoa humana, individualização da pena, chegando a tipificar o delito de tortura. Aduz que, ao impetrar com sucesso ordens de *habeas corpus*, a Administração Penitenciária, num passe de mágica, transfere os beneficiados para o regime semiaberto ou prisão albergue domiciliar. Deu à causa o valor de R\$ 2.000.000,00 e juntou documentos.

A Fazenda do Estado apresentou contestação, a suscitar preliminares de incompetência do Juízo, ilegitimidade ativa, falta de interesse de agir, prescrição da pretensão indenizatória, de inépcia da inicial e de inadequação da via eleita. No mérito, diz que não há prova da falta de vagas no regime semiaberto, há projeto de criação de novos estabelecimentos prisionais nesse regime, deve ser respeitado o princípio da discricionariedade administrativa, não há prova do dano moral, a pretensão é excessiva e cumpre as ordens judiciais quanto ao regime de encarceramento. Juntou documentos

O Ministério Público opinou pela extinção do processo. A autora replicou.

É o relatório.

Decido.

Acolho a preliminar de incompetência do Juízo.

A inicial, muito bem elaborada e instruída por substanciosos documentos, que comprovam a inexistência de vagas suficientes nos presídios (fato confessado

pela Fazenda e de conhecimento geral), formulou pedidos distintos, ambos incompatíveis com a demanda proposta.

O cumprimento das sentenças condenatórias criminais compete ao Juízo das Execuções Criminais, que tem o dever de zelar pelo correto cumprimento da pena e inspecionar mensalmente os estabelecimentos penais, tomando providências para o adequado funcionamento, inclusive sua interdição, e promovendo, quando for o caso, a apuração de responsabilidade (art. 65 da Lei n. 7.210/84,).

Aquele Juízo cabe analisar e decidir o regime de cumprimento da pena em cada caso concreto, não ao Juízo Fazendário.

Diferente seria se o pedido fosse de condenação do Estado *a construir presídios* em quantidade necessária para acolher a demanda e na espécie suficiente para os diversos regimes de pena.

Poder-se-ia dizer, então, que este Juízo seria competente para o pedido principal, consistente no pagamento de indenização por dano moral a cada presidiário que tenha cumprido pena em regime mais gravoso do que o devido.

Ora, se fosse possível bipartir a competência, então seria o caso de acolher a preliminar de carência, por ilegitimidade ativa, pela simples razão de que, sendo *personalíssimo o dano moral*, somente a própria vítima pode invocá-lo para perseguir reparação. Daí decorre a impropriedade da ação civil pública, que não se presta a tal desiderato; a pretensão poderia ser perseguida por ação ordinária, de caráter individual ou mesmo em litisconsórcio, mas sempre com individualização de cada caso concreto.

Isso posto, julgo extinto o processo, sem exame do mérito, nos termos do artigo 267, I e VI, do Código de Processo Civil. Sem custas nem honorários advocatícios, por ser a Defensoria Pública órgão do Estado.

P.R.I.

São Paulo, 3 de março de 2009.

VALTER ALEXANDRE MENA

Juiz de Direito

# As Imunidades Tributárias e o Sistema Constitucional

Paulo Guilherme Gorski de Queiroz<sup>1</sup>

## 1 Considerações introdutórias

### 1.1 Direito

Em um primeiro momento, julgo fundamental traçar conceitos iniciais, com o escopo de expor as bases adotadas e justificar as conclusões sugeridas. Dessa forma, será possível apresentar a imunidade tributária segundo um ponto de vista estritamente normativo, sem interferências externas, prejudiciais à compreensão esmerada do tema pelo estudioso do Direito.

Sem a pretensão de tecer um estudo aprofundado sobre o direito positivo e a norma jurídica, reputo imprescindível, mesmo que em breve passagem, tecer breves comentários sobre esse ponto de partida, essencial para qualquer trabalho que se repute “jurídico”.

Segundo a lição de Paulo de Barros Carvalho, premissa que aqui adotamos, entendemos o Direito como “o complexo de normas válidas num dado país”<sup>2</sup>. Trata-se de objeto do mundo cultural, fruto de produção intelectual humana, com finalidade eminentemente prescritiva, isto é, voltada para a compostura de comportamentos humanos.

O Direito, preliminarmente, difere da linguagem do legislador. O veículo físico (texto legislado) compõe a realidade empírica e serve de base para a extração das normas.

As normas, como unidades do Direito, são realidades culturais, obtidas a partir desses signos construídos pelo legislador.

1 Procurador do Estado de São Paulo, lotado na Procuradoria Regional de Campinas, Seccional de Jundiaí. Especialista em direito tributário pela PUC/SP.

2 CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 2.

O intérprete é peça fundamental no processo de construção da norma. Ele, deparando-se com o texto, formará em sua mente (plano das significações) a norma jurídica completa (juízo-hipotético composto por um antecedente ligado a um conseqüente, através de um vetor deôntico).

O Direito, outrossim, é camada de linguagem própria, que não se confunde com a Ciência do Direito. Essa tem por objeto o Direito em si. Consiste em linguagem de sobreposição face à linguagem das normas. Esse conjunto de normas será o norte da Ciência do Direito que, com sua técnica própria, construirá a linguagem voltada para a compreensão dessa realidade cultural. Por essa razão, é caracterizada como uma linguagem descritiva, eis que nada impõe sobre a realidade empírica, resumindo-se a estudar o Direito (enquanto conjunto de normas) e compreendê-lo.

“Entre outros traços que separam as duas estruturas de linguagem pode ser salientada a circunstância de que cada qual corresponde a uma lógica específica: ao direito positivo, a lógica deôntica (lógica do dever ser, lógica das normas); à Ciência do Direito, a lógica apofântica (lógica das ciências, lógica alética ou lógica clássica). Em função disso, as valências compatíveis com a linguagem das normas jurídicas são diversas das aplicáveis à proposições científicas. Das primeiras dizemos que são válidas ou inválidas; quanto aos enunciados da ciência, usamos os valores da verdade e falsidade. As proposições que o jurista formula sobre o direito positivo podem ser verdadeiras ou falsas. Paralelamente, há diferença importante no campo semântico e também no pragmático, bastando lembrar que as proposições normativas se dirigem para a região material da conduta, ao passo que as científicas simplesmente descrevem seu objeto sem interferir.”<sup>3</sup>

Essa asserção inicial, sem antecipar o assunto central do trabalho, serve para delimitar o objeto do presente. A imunidade, então, será apresentada em uma visão puramente normativa, desconsiderando aspectos de outras ciências (sociologia, política, filosofia etc.) que, embora relevantes sob o aspecto político, refogem da visão positivista da questão.

## 1.2 Sistema

O vocábulo “sistema” é amplamente utilizado nos mais diversos ramos do conhecimento. Daí ouvirmos falar, a título de ilustração, em sistemas digestivo, operacional e jurídico.

Antes, porém, de encarar o direito positivo como um sistema, medular compreender os caracteres essenciais para a sua identificação.

3 CARVALHO, Paulo de Barros, *Curso de direito tributário*, cit., p. 4.

Sistema, em um primeiro passo, é um todo, composto por unidades, frações. Uma segunda característica essencial reside na existência de relações recíprocas entre as partes. Suas unidades estão interligadas por vínculos de maior ou menor complexidade. Não há sistema sem nexos relacionais. Se as unidades são independentes, não estaremos diante de um sistema.

Por fim, para a identificação de um sistema, fundamental a existência de um vetor comum, que sirva de liame coletivo para as partes integrantes. Esse traço unificador é importante, pois nem sempre as partes manterão relações de coordenação; então, será esse liame comum que permitirá a identificação das normas como componentes de um sistema.

Clélio Chiesa enfatiza que “não obstante as mais variadas acepções atribuídas ao termo ‘sistema’, todos concordam que o vocábulo tem uma significação base, que consiste em um conjunto de elementos organizados sob uma perspectiva comum”.<sup>4</sup>

Sobre a questão, ademais, vale a lição de Norberto Bobbio:

“Para que se possa falar em ordem é necessário que os entes que a constituem não estejam somente em relacionamento com o todo, mas também num relacionamento de coerência entre si. Quando nos perguntamos se um ordenamento jurídico constitui um sistema, nos perguntamos se as normas que os compõem estão em um relacionamento de coerência entre si, e em que condições é possível essa relação.”<sup>5</sup>

O problema, neste momento, reside em saber se o conjunto de normas válidas (direito positivo) corresponde a um sistema. Em que pesem opiniões em sentido contrário, entendemos que sim. As normas são as frações e inegavelmente mantêm vínculos para lhes conferir um mínimo de organização: “Assim sendo, as normas jurídicas formam um sistema, na medida que se relacionam de várias maneiras, segundo um princípio unificador”<sup>6</sup>. E também: “Enquanto conjunto de enunciados prescritivos que se projetam sobre a região das condutas inter-humanas, o direito posto há de ter um mínimo de racionalidade para ser recepcionado pelos sujeitos destinatários, circunstância que lhe garante, desde logo, a condição de sistema.”<sup>7</sup>

4 CHIESA, Clelio. *Sistema constitucional tributário*. São Paulo: LTR, 1997. p. 19.

5 BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*, 1999. p. 71, apud TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 99.

6 CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem e método*. São Paulo: Noeses, 2008. p. 213.

7 CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 45.

A existência de uma norma fundamental, como propôs Kelsen, que serve de fundamento de validade para a Constituição, confirma que as normas mantêm vínculos de hierarquia. Uma norma sempre tem como fundamento de validade outra norma. Em outras palavras, uma norma apenas é introduzida com base em uma norma anterior, processo lógico que vai até a norma hipotético-fundamental, para não se processar ao infinito.

A norma fundamental de Kelsen permite concluir que, por menor seja a relação de coordenação entre as normas, sempre estarão ligadas por um elemento comum, relacionado à origem. Basta observar uma norma de Direito Civil que discipline aspectos do casamento e outra de Direito Administrativo sobre licitações. Ambas, embora equidistantes, têm como fundamento de validade a Constituição Federal, tanto no aspecto material quanto formal e, em um aspecto mais remoto, a norma hipotético-fundamental.

No mais, o relacionamento de coordenação é evidente, na medida que as normas se conjugam para a realização de suas finalidades, como no caso das normas procedimentais.

O direito positivo, sob um outro enfoque, é um sistema dinâmico, pois a complexidade das relações interiores permite sua autorregulamentação. Ele, independente de fatores externos, possui mecanismos para criar, modificar e extinguir as normas componentes.

A importância da noção do Direito como sistema é cristalina. A interpretação de um texto para a conformação da norma jurídica não deve ser simplória e desconsiderar o fato que as normas ostentam vínculos, que são fundamentais para a racionalidade e compatibilidade lógica. A violação dessa harmonia redundará em vícios (exemplo: inconstitucionalidade), que ensejará a introdução de normas passíveis de regularização de sua coerência (exemplo: norma individual e concreta introduzida por uma sentença judicial). Como foi dito, por ser um sistema dinâmico, o direito ostenta mecanismos internos para expurgar os vícios de incoerência interna.

Podemos prosseguir adiante e vislumbrar dentro do sistema do direito positivo uma pluralidade de outros sistemas internos. Eles não são autônomos, vez que componentes do todo (direito positivo), mas com grande valia para a Ciência do Direito. É que, por diversas razões, grupos de normas internas apresentam tamanha relação de coordenação e especificidade que nos possibilita a identificação de subsistemas dentro do todo.

O direito positivo, logo, consiste em um sistema composto por vários sistemas internos. Daí falarmos em “sistema tributário” como fração do sistema “direito positivo”, pois, como ensina Zelmo Denari: “O direito tributário não compreende, somente, um conjunto de tributos ou de normas tributárias, consistindo

sobretudo em um sistema caracterizado pela união e conexão mais ou menos consequente dessas normas.”<sup>8</sup>

### 1.3 Sistema constitucional tributário

As normas tributárias, dentro do sistema do direito positivo, apresentam-se em diversos veículos, sendo que as introduzidas pela Constituição estão no ápice da cadeia hierárquica.

A disciplina esmiuçada de matérias tributárias pelo legislador de 1988 permite concluir pela existência de um sistema constitucional tributário, como fração do sistema “constitucional” e componente do sistema “direito tributário”, segundo ensina Geraldo Ataliba:

“Por sistema constitucional tributário entende-se o conjunto de princípios constitucionais que informa o quadro orgânico de normas fundamentais e gerais no direito tributário, vigentes em determinado país. Se sistema é um conjunto ordenado de elementos segundo uma perspectiva unitária, o sistema constitucional brasileiro é o conjunto de normas constitucionais que tratam da matéria tributária, matéria esta tomada como princípio de relação que as unifica.”<sup>9</sup>

O legislador constituinte originário não deixou dúvidas e confirma a asserção de Ataliba, ao denominar o Título VI, Capítulo I, da Constituição Federal como “Do sistema tributário nacional”.

Impossível uma compreensão clara do direito tributário sem que o estudioso tome por base as normas de hierarquia superior e passe para a interpretação das normas infraconstitucionais.

Nem todos os ordenamentos são dotados de um sistema constitucional tributário; apenas aqueles em que as estruturas fundamentais estão presentes na Lei Maior.

Em estudo pormenorizado sobre a “competência tributária”, Clelio Chiesa chama a atenção para o caráter analítico do diploma constitucional:

“Trata-se de um sistema rígido porque não permite ao legislador infraconstitucional alterar a estrutura engendrada no texto constitucional. Seu campo de atuação é bastante restrito, cinge-se a dar efetividade ao que ficou predefinido pelo constituinte e pouco, ou melhor, quase nada restou para se fazer em termos de estruturação.”<sup>10</sup>

8 DENARI, Zelmo. *Curso de direito tributário*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 37.

9 ATALIBA, Geraldo. *Sistema constitucional tributário brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. p. 8.

10 CHIESA, Clélio. *A competência tributária do estado brasileiro*. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 37.

E conclui o autor, ao afirmar: “Enfim, o constituinte praticamente esgotou a atividade de estruturar o sistema tributário, haja vista que dispôs de forma pormenorizada sobre as balizas fundamentais do sistema no próprio texto constitucional.”<sup>11</sup>

Pode-se concluir, dessa forma, que a supremacia hierárquica do sistema constitucional tributário estabelece um vetor basilar do sistema global.

## 2 Competência tributária

### 2.1 Conceito

Mencionamos que o sistema de direito positivo é um sistema dinâmico com aptidão de se autorregular, criando, modificando e extinguindo elementos de sua composição (normas).

O sistema jurídico gera seus próprios elementos através das normas de auto-produção normativa (normas que falam de outras normas), segundo bem esclarece Cristiano Carvalho:

“Essas metanormas consubstanciam-se nas chamadas regras de competência, e espalham-se pelo ordenamento em diversas categorias hierárquicas. Desde as regra constitucionais autorizativas da criação de tributos, bem como as limitações ao poder de tributar, até as regras relativas ao processo judicial, e finalmente regras de procedimento e processo administrativo, todas elas têm um denominador comum: sua função é ditar o *modus* de criação de outras regras no sistema.”<sup>12</sup>

O federalismo é princípio prestigiado pela Constituição Federal. A autonomia dos entes há de ser preservada por meio de caracteres mínimos, entre os quais a autonomia financeira. Nesse diapasão, a possibilidade de criar fontes de custeio torna-se fundamental para a identificação da autonomia, em seu sentido pleno.

Com efeito, seguindo o princípio federativo, atribuiu o legislador constituinte à União, Estados e Municípios aptidão para a introdução de normas tributárias, seja no que concerne à criação da regra-matriz de incidência, seja em relação à gama de obrigações e procedimentos instrumentais ligados ao recolhimento do tributo. Em suma, denominamos essa aptidão ampla de inovar o ordenamento de “competência tributária”.

11 CHIESA, Clélio, *A competência tributária do estado brasileiro*, cit., p. 37.

12 CARVALHO, Cristiano. Sistema, competência e princípios. In: SANTI, Eurico Marcos Diniz. *Curso de especialização em direito tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 863.

“Noutro falar, a competência tributária é a habilitação ou, se preferirmos, a faculdade potencial, que a Constituição confere a determinadas pessoas para que tributem. Obviamente, quem pode tributar (criar unilateralmente o tributo, com base em normas constitucionais) pode, igualmente, aumentar a carga tributária (agravando a alíquota ou a base de cálculo do tributo, ou ambas), diminuí-la (adotando procedimento inverso) ou, até, suprimi-la, através da não tributação pura e simples ou do mecanismo jurídico das isenções.”<sup>13</sup>

Contudo, adverte Paulo de Barros Carvalho que a acepção restrita (aptidão para implementar o tributo) é uma entre as possíveis que o termo comporta:

“Não podemos deixar de considerar que têm, igualmente, competência tributária o presidente da República, ao expedir um decreto sobre IR, ou seu ministro ao editar a correspondente instrução ministerial; o magistrado e o tribunal que vão julgar a causa; o agente da administração encarregado de lavrar o ato de lançamento, bem como os órgãos que irão participar da discussão administrativa instaurada com a peça impugnatória; aquele sujeito de direito privado habilitado a receber o pagamento do tributo (bancos, por exemplo); ou mesmo o particular que, por força de lei, está investido na condição de praticar a sequência procedimental que culminará com a produção da norma, individual e concreta (casos de IPI, ICMS, ISS, etc.).”<sup>14</sup>

A competência tributária é matéria que compõe o sistema constitucional tributário. O exercício pelos entes competentes exige o estudo pormenorizado dessa parcela do sistema constitucional, dotado de normas que permitirão a inovação do direito tributário, consoante expõe José Souto Maior Borges:

“No Estado constitucional moderno, o poder tributário deixa de ser um poder de fato, mera relação tributária de força (*Abgabegewaltverhältnis*) para converter-se num poder jurídico que se exerce através das normas. Esgota-se a relação de poder a partir do momento em que o Estado exerce, no âmbito da Constituição, o seu poder tributário e o faz por meio do instrumento de lei formal e material, ato do poder legislativo.”<sup>15</sup>

13 CARRAZZA, Antonio Roque. *Curso de direito constitucional tributário*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 250.

14 CARVALHO, Paulo de Barros, *Direito tributário linguagem e método*, cit., p. 229.

15 BORGES, José Souto Maior. *Teoria geral da isenção tributária*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 25.

## 2.2 Normas de estrutura e de conduta

A inovação do direito tributário depende da conjugação de uma pluralidade de normas. A competência legiferante subordina-se a condicionantes constitucionais, seja em relação ao tema (aspecto material), seja em relação ao rito procedimental (aspecto formal).

A violação de qualquer desses requisitos maculará o produto legislado pelo vício da inconstitucionalidade.

Desde já é possível concluir que uma gama de normas não volta seu conseqüente somente para a regulação de condutas subjetivas, mas para a produção de outras normas.

Neste momento, relevante traçar um paralelo entre as normas de estrutura e normas de conduta. As normas de conduta têm a finalidade prescritiva clássica, voltada para dirigir, ou compelir as condutas humanas. As de estrutura são normas cujo mister último reside na produção de outras normas.

Dissertando sobre o tema, Cristiane Mendonça leciona sobre as nuances das normas em questão:

“O diferencial entre as denominadas normas de estrutura e as normas de conduta está em que as primeiras estruturam o processo criativo do direito (tributário, administrativo, constitucional, etc.), ou seja, estabelecem como devem ser criadas as normas jurídicas no espectro sistêmico, quer gerais e abstratas, quer individuais e concretas; enquanto as últimas objetivam atingir determinados comportamentos dos sujeitos de direito no âmbito do interrelacionamento social (o pagamento de tributo, o cumprimento dos deveres instrumentais, etc.). Incluem-se entre as primeiras as normas constitucionais que autorizam os distintos órgãos dos entes políticos a criar as regras jurídicas instituidoras de tributos. E, entre as últimas, as regras matrizes de incidência tributária, que estabelecem as hipóteses que, uma vez verificadas no plano fenomênico, implicam o dever de o sujeito passivo pagar e o direito de o sujeito ativo receber um determinado valor patrimonial, expresso em dinheiro.”<sup>16</sup>

As normas do processo legislativo são exemplos típicos de regras de estrutura. Embora voltem seu conseqüente para o legislador (conduta intersubjetiva), o escopo principal está na introdução de outra norma. As normas de conduta se satisfazem com a realização da conduta prescrita em seu conseqüente (exemplo: não mate), sem o *plus* que a norma de estrutura apresenta (exemplo: produção da regra-matriz do ISS).

---

16 MENDONÇA, Cristiane. *Competência tributária*. São Paulo: Quartier Latin, 2004. p. 68.

Porém, não é demais lembrar que as normas de conduta dependem do processo de positivação, por meio da introdução de norma individual de concreta, para que possam ferir as condutas subjetivas. Esse fato não aflige a diferenciação proposta, que toma como premissa a finalidade primordial da regra. As normas (juízo hipotético-condicional), sejam de estrutura, sejam de conduta, são estruturalmente idênticas. Por oportuno, vale destacar novamente as palavras de Paulo de Barros Carvalho:

“Isso não quer dizer que as normas de conduta, por tipificarem deonticamente as relações interpessoais, prescindam de outras normas, de inferior hierarquia, para chegar efetivamente ao campo dos comportamentos sociais. Não. Aquilo que se quer expressar é que as regras de que tratamos esgotam a qualificação jurídica da conduta, orientando-se em termos decisivos e finais. As outras, com seu timbre de mediatidade, instituem condições, determinam limites ou estabelecem outra conduta que servirá de meio para a construção de regras do primeiro tipo. Denominemos normas de conduta as primeiras e normas de estrutura as segundas.”<sup>17</sup>

### 3 Imunidade

#### 3.1 Aspectos iniciais

O poder constituinte originário, ao disciplinar analiticamente o sistema tributário nacional, estabeleceu, por razões políticas vigentes durante a Assembleia Geral Constituinte, que determinadas condutas e bens não seriam onerados pelo poder de tributar. De uma forma simplória, sem antecipar o ponto central do presente, a essa “opção” deu-se o nome de imunidade. A doutrina assim se manifesta:

“As imunidades fiscais, instituídas por razões de privilégio, ou de considerações de interesse geral (neutralidade religiosa, econômico, sociais ou político), excluem a atuação do poder de tributar.”<sup>18</sup>

“Surgimento no Brasil: sob a influência da 14ª Emenda a Constituição norte-americana (1868), as imunidades surgiram, entre nós, com a Carta de 1891, por influência de Ruy Barbosa.”<sup>19</sup>

17 CARVALHO, Paulo de Barros, *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. cit. p. 43.

18 SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 719

19 BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 1.200.

Constata-se que o tema está incluído no âmbito da Constituição, mais precisamente no sistema constitucional tributário: “A imunidade é congênita à Constituição, sua sede é inelutavelmente constitucional.”<sup>20</sup>

Não pretende este trabalho, entretanto, avaliar causuisticamente as razões que levaram a introdução de cada uma das imunidades. As razões políticas são diversas, mas a estrutura normativa de cada um dos casos é semelhante e guarda uma função, como será demonstrado.

Um ponto é certo: pela hierarquia, a imunidade cumpre, juntamente com as demais normas do sistema constitucional tributário, o balizamento das normas infraconstitucionais, razão que justifica o estudo aprofundado de sua natureza e função dentro do ordenamento vigente.

### 3.2 Conceito

O legislador constituinte, ao delimitar a competência tributária, excluiu de forma enfática alguns sucessos que, segundo a experiência política, seriam fatalmente objeto de tributação. Ao mesmo tempo, a título de exemplo, que instituiu a capacidade de instituir imposto de renda para a União, excluiu a possibilidade de onerar a renda dos partidos políticos e entidades religiosas.

Percebe-se que a imunidade é tema ligado de forma umbilical à seara da competência, pois afeta diretamente sua disciplina. As imunidades foram implementadas pelo mesmo legislador que criou as demais regras de competência, mas devido à relevância de algumas situações, entendeu por bem ser enfático, para evitar a introdução de regras-matrizes de incidência.

“As imunidades alcançam as situações que normalmente – não fosse a previsão expressa de intributabilidade – estariam conceitualmente incluídas no desenho do fato jurídico tributário. Por isso mesmo são vistas e confundidas as imunidades com um dos seus efeitos: o de limitar o poder de tributar.”<sup>21</sup>

Vale, neste ponto, retomar a ideia do direito como sistema, como conjunto ordenado de normas por vínculos de coordenação e hierarquia.

Uma determinada realidade ou instituto jurídico não necessariamente será regulado por uma única norma. Assim, não é diferente em relação à competência tributária.

Conceituamos a competência como a aptidão dos entes políticos para introduzir normas tributárias (sentido amplo) no sistema.

20 COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 288.

21 *Ibidem*, mesma página.

A aptidão de inovar o direito positivo decorre de uma pluralidade de normas constitucionais que, conjugadas, delimitarão a matéria e o procedimento necessário para a introdução de normas válidas.

Esse é o ponto em que devemos situar as imunidades, isto é, como normas constitucionais que, conjugadas com outras de mesma hierarquia (“normas de competência”), servirão para delimitar o poder tributário dos entes federados.

Nesse sentido, não basta o intérprete valer-se do artigo 153, III, da Constituição Federal, para concluir que é facultada à União a competência para instituir imposto sobre renda e proventos de qualquer natureza, pois esse enunciado deve se conjugar às regras de imunidade, tais como o artigo 150, VI, que impede a tributação da renda dos demais entes federados. Logo, a competência não abrange toda e qualquer renda, como poderia uma visão isolada do artigo 153, III, indicar. A materialidade é menor, menos extensiva.

A interpretação sistemática, na seara da competência tributária, constitui técnica fundamental. A análise isolada de um enunciado, sem dúvida, permitirá a extração de uma norma que atribui a competência, como no exemplo do imposto sobre a renda. Mas a leitura atenta dos demais signos do texto positivado trará novas normas que modularão negativamente o âmbito da norma anterior.

Humberto Ávila faz um raciocínio impecável, asseverando a existência de relações entre normas, cujo resultado final delimitará a competência dos entes federados:

“A competência tributária, no entanto, é resultado da análise conjunta de duas espécies de normas jurídicas: de um lado, das normas que atribuem o poder ao Estado para instituir tributos por meio da especificação de fatos e situações que se tornam suscetíveis de tributação (normas de competência); de outro, das normas que subtraem poder do Estado sobre determinados fatos e situações que se tornam insuscetíveis de tributação (normas limitadoras de competência). A parcela de poder do Estado para instituir tributos é resultado do poder que se lhe atribui menos o poder que lhe é subtraído, nos termos da Constituição.”<sup>22</sup>

Verifica-se que as imunidades, enquanto normas, voltam seu conseqüente para a delimitação da competência, estabelecendo as situações em que não existirá. Nesse aspecto, são diferentes das demais normas de competência (atributivas), pois atuam de forma negativa, delimitando enfaticamente as situações de inexistência da competência.

22 ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário*. 3. ed. São Paulo: Saraiva. 2008. p. 217.

A norma de competência estabelece em seu conseqüente uma aptidão. Exemplo: compete à União instituir impostos sobre exportação, para o exterior, de produtos nacionais e nacionalizados (art. 153 da CF). A imunidade fixa, ao contrário, uma proibição, ou seja, atua de forma negativa. Exemplo: é vedado à União instituir tributo sobre livros jornais, periódicos e o papel destinado à sua impressão (150, VI, “d”, da CF).

As normas, como já mencionado, mantêm relações entre si. Não pode, dessa forma, o intérprete ou legislador, ao definir a competência tributária, analisar duas normas de igual hierarquia (a imunizante e a norma de competência atributiva), introduzidas em um mesmo momento, de forma separada, sem conjugar seus efeitos: “Desse modo, o legislador, ao criar as figuras da exação, deve percorrer o caminho determinado pelo Texto Maior, observando atentamente as diretrizes por ele eleitas.”<sup>23</sup>

Frise-se que não se pretende passar a ideia de que a competência é atribuída e posteriormente retirada, através de uma sucessão temporal de normas. A competência é fruto da conjugação das normas. Ela não surge para em seguida desaparecer. Ela, nos casos de imunidade, sequer foi atribuída.

A competência, então, decorre de uma visão sistêmica, consoante define Regina Helena Costa:

“Com efeito, se a competência tributária, tal como contemplada no Texto Fundamental, já se revela privada dos campos imunes, pode-se afirmar que a competência tributária é a aptidão para legislar sobre tributos, nela já consideradas as situações de intributabilidade constitucionalmente estabelecidas. A imunidade é, portanto, área estranha e alheia à competência. A relação entre a competência tributária e a norma imunizante é tanto mais destacada quando se observa que esta impede a existência daquela na situação que expressa ou implicitamente aponta.”<sup>24</sup>

Daí o equívoco da doutrina tradicional que conceitua a imunidade tomando por base o efeito de “limitar o poder de tributar”. Não se nega que esse seja o mister, mas os entendimentos correntes de imunidade como limitação ao poder de tributar, como isenção constitucionalmente qualificada ou como supressão de competência, pecam com o devido acatamento, por pressupor a existência de uma competência anterior que posteriormente é retirada. Ocorre que competência, diante de uma hipótese de imunidade, sequer existirá.

23 CARVALHO, Paulo de Barros, *Direito tributário linguagem e método*, cit., p. 228

24 COSTA, Regina Helena. *Imunidades tributárias*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 56.

Essa doutrina parte do pressuposto que buscamos afastar, ou seja, de que a competência decorre de uma única norma ou conjunto de normas, desconsiderando as normas de imunidade.

Somente delimitarei, de forma precisa, a competência tributária se conjugar todas as normas do sistema tributário. Caso não leve em conta a norma de imunidade, fatalmente conceituarei, como juristas de porte, a imunidade como uma limitação ao poder de tributar.

Misabel Abreu Machado Derzi não só atualizou a obra de Aliomar Baleeiro, como teceu considerações pertinentes, entre as quais sobre as imunidades tributárias:

“Observe-se que aquilo que se convencionou chamar de imunidade (assim como acontece com a isenção, no plano das leis) é regra parcial de exceção. A imunidade e a isenção jamais são totais ou coincidentes (no sentido negativo), no primeiro caso, com a norma atributiva de poder tributário, no segundo, como o âmbito de incidência do tributo. Se o forem, equivalerão à cassação de competência ou à revogação da competência da lei tributante. Daí a explicável analogia feita pela doutrina, entre imunidade e isenção, em que pesem as diferenças substanciais”.<sup>25</sup>

E prossegue a tributarista:

“A imunidade é regra constitucional expressa (ou implicitamente necessária), que estabelece a não competência das pessoas políticas da Federação para tributar certos fatos e situações, de forma amplamente determinada, delimitando negativamente, por meio de redução parcial, a norma de atribuição do poder tributário. A imunidade é, portanto, regra de exceção e de delimitação da competência, que atua, não de forma sucessiva no tempo, mas concomitantemente. A redução que opera no âmbito da abrangência da norma concessiva de poder tributário é tão só lógica, mas não temporal.”<sup>26</sup>

A introdução das imunidades, ou “regras de incompetência”, como prefere Paulo de Barros Carvalho, foi intencional para cumprir a função de “limitar o poder de tributar”, sem que com isso possamos aglutiná-las segundo a mesma estrutura dos demais princípios limitadores (verdadeiras limitações constitucionais ao poder de tributar).

Essa diferença torna-se clara no momento que cotejamos uma norma de imunidade com uma norma que estabelece uma típica limitação ao poder de tributar.

Tomemos como exemplo o princípio da legalidade tributária, clara limitação

25 BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*, 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 116.

26 *Ibidem*, mesma página.

ao poder de tributar, esculpida no artigo 150, I, da Constituição. Por meio desse princípio, é vedado exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça. Sem dúvida é uma mensagem evidente sobre a necessidade de um veículo formal (lei) para a implementação ou majoração de um tributo. Imagine essa regra e a inexistência da norma de imunidade do artigo 150, VI, “a”, pelo qual é vedado à União, Estados e Municípios instituir impostos sobre o patrimônio, renda ou serviços uns dos outros. Bastaria um Município qualquer, por meio de lei, implementar o IPTU e exigí-lo dos demais entes federados, sem qualquer restrição. O princípio da legalidade consiste, sobremaneira, em uma limitação, uma garantia constitucional, mas que não tem efeito sobre a competência.

A introdução de uma norma em desrespeito ao princípio da legalidade redundará, sem dúvida, em uma inconstitucionalidade, porém, passível de correção. Imagine, agora, um Município que implemente o IPTU por meio de decreto. A violação ao princípio da legalidade é gritante. Um contribuinte poderá questionar judicialmente o vício e obter uma sentença que retome a coerência lógica do sistema. O Município, então, convencido do equívoco, poderá instituir o IPTU por meio de lei e exigir o tributo, para as situações futuras, por meio de veículo constitucionalmente adequado.

No nosso exemplo (imunidade recíproca), a norma imunizante exclui, *ab initio*, qualquer tentativa de criação do IPTU sobre o patrimônio dos demais entes. Caso o Município tente fazê-lo, pecará pelo vício da incompetência que, questionada judicialmente, não permitirá a introdução de nova norma para suprir a incompatibilidade, pois jamais terá competência para tanto. O vício de competência não é passível de correção, como no caso do IPTU instituído por decreto.

O expediente (imunidade), como norma de estrutura, voltada para o legislador, é uma mensagem direta de delimitação, de modo que as situações imunes não venham sequer a ser objeto de iniciativa legislativa. Daí a asserção de Paulo de Barros Carvalho, ao conceituar a imunidade como:

“(...) a classe finita e imediatamente determinável de normas jurídicas, contidas no texto da Constituição Federal, e que estabelecem, de modo expresso, a incompetência das pessoas políticas de direito constitucional interno para expedir regras instituidoras de tributos que alcancem situações específicas e suficientemente caracterizadas.”<sup>27</sup>

Como tantas outras questões constitucionais, eliminou-se do legislador derivado o poder de disciplinar o critério material da regra-matriz segundo seu

---

27 CARVALHO, Paulo de Barros, *Curso de direito tributário*, cit., p. 203.

talante, como ocorre nas isenções.

Ante o exposto, possível definir a imunidade como regra constitucional de compostura da competência tributária (norma de estrutura), cujo conseqüente menciona as situações não abrangidas pela competência tributária.

## 4 A imunidade e as cláusulas pétreas

### 4.1 A rigidez constitucional

As Constituições são em regra feitas para durar no tempo. Porém, entende-se que devem ostentar mecanismos de reforma, para adaptação de suas normas às evoluções sociais: “Evita-se, desse modo, que o poder constituinte originário, tenha de se manifestar, às vezes, para mudanças meramente pontuais.”<sup>28</sup>

Contudo, o poder constituinte originário, prevendo a possibilidade de deturpação de seu produto, pondo por terra a estabilidade que o Estado constitucional buscava propiciar, como no caso da nossa Lei Maior, entendeu por bem fixar nuances para a reforma, com o escopo de garantir os princípios basilares vigentes no momento de sua introdução. Um dos mecanismos encontrados foi a rigidez constitucional.

A rigidez constitucional decorre do fato de que a alteração das normas constitucionais exige um formalismo maior que o determinado para a modificação das normas infraconstitucionais. Da rigidez emana, como principal consequência, o princípio da supremacia da Constituição que, no dizer de Pinto Ferreira, “é reputado como uma pedra angular, em que assenta o edifício do moderno direito político”.<sup>29</sup>

O poder reformador, diferentemente do originário, é condicionado e limitado. Sujeita-se aos limites procedimentais e materiais impostos na Constituição.

André Ramos Tavares enfatiza que:

“O próprio Texto Constitucional admite a possibilidade de sua alteração, e contempla, para tanto, um processo legislativo especial, mais dificultoso que aquele previsto para a alteração das leis em geral. Isso confere, ademais, a característica de rigidez à Constituição Federal.

Conseqüentemente, aprovada uma proposta de emenda constitucional, ela se transforma em norma constitucional, ou seja, adquire a mesma natureza,

28 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 203.

29 FERREIRA, Pinto, *Direito constitucional moderno*, 4. ed. São Paulo, Saraiva, 1962. v. 1, p. 85, apud SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 45.

o mesmo *status* das demais normas da Constituição. Em outras palavras, alcança a hierarquia constitucional.”<sup>30</sup>

Essa maior formalidade procedimental é nítida no que concerne à iniciativa, procedimento e *quorum* de aprovação de uma emenda constitucional.

A iniciativa de uma emenda constitucional é restrita a determinados agentes, conforme prevê o artigo 60 da Constituição Federal. Enquanto um deputado ou senador pode iniciar o processo legislativo referente a uma lei ordinária, somente um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal iniciará o procedimento tendente a emendar a Constituição.

Enquanto que a aprovação de uma lei ordinária exige a maioria simples dos membros das duas casas (Câmara dos Deputados e Senado Federal), uma emenda depende de três quintos dos votos dos membros de ambas as Casas e a votação em dois turnos (art. 60, § 2º, da CF).

Ao lado desses obstáculos formais, somam-se vedações expressas e implícitas, para evitar a mudança dos valores centrais. Trata-se dos chamados limites substanciais ou materiais, ligados não ao procedimento, mas à matéria passível de alteração. Determinados temas, tendo em vista a relevância, compõem um grupo de cláusulas imodificáveis, também chamadas de núcleo duro ou cláusulas pétreas:

“Trata-se do cerne intangível da Constituição, ou seja, do núcleo normativo que engloba matérias imprescindíveis à configuração das suas linhas-mestras, e por isso, não pode ser modificado.

Exemplificando, seria inaceitável uma emenda constitucional suprimir o *habeas corpus*, descriminalizar o racismo, eliminar a liberdade de expressão etc. Tais assuntos integram a essência da manifestação do contribuinte que criou a Carta de 1988. Qualquer proposta de emenda tendente a aboli-los equivaleria a uma afronta ao cerne da nossa Lei Maior.

Fazendo uma comparação, o homem, para viver, dever ter condições mínimas de saúde. Pois bem, violar o cerne intangível da manifestação do constituinte originário é o mesmo que tirar o coração do corpo humano.

As proibições materiais ao poder reformador, portanto, integram o cerne intangível da Constituição brasileira, ele é imodificável, irreformável, inalterável por quaisquer emendas que pretendam aboli-lo, direta ou indiretamente.”<sup>31</sup>

As limitações materiais estão presentes no artigo 60, parágrafo 4º, da Constituição Federal:

30 TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 5.ed. São Paulo : Saraiva, 2007. p. 1.112.

31 BULOS, Uadi Lammêgo, *Curso de direito constitucional*, cit., p. 298.

“§4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direito, secreto, universal e periódico;

III - a separação de Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.”

Essas são as restrições expressas. Sobre esses temas, a norma é categórica e impede até mesmo a proposta de emenda sobre o tema protegido.

Como limites implícitos, destaca a doutrina constitucional a proposta de emenda que venha a modificar o rol dos limites materiais expressos, com evidente burla ao sistema protetivo.

#### 4.2 A ampliação da competência tributária

Nos termos do salientado, a Constituição embora rígida, em regra não é imodificável.

Poderia uma emenda, em tese, ampliar a competência tributária dos entes federados, como o fez alínea “a” do artigo 155, IX, com a redação determinada pela Emenda Constitucional n. 33/2001. O mesmo se diga com relação à chamada contribuição de iluminação pública, introduzida pela Emenda Constitucional n. 49/2002.

Ambas as emendas seguiram o rito procedimental especial e não macularam nenhuma cláusula pétrea, o que confirma a sua constitucionalidade.

Vedada seria a modificação da competência que viesse a suprimir, a título de ilustração, o ICMS dos Estados. Nesse caso, a forma federativa seria maculada, pois a autonomia financeira, como já mencionado, configura um elemento essencial para a autonomia plena.

Paulo de Barros Carvalho não deixa dúvidas sobre a possibilidade de alteração da competência tributária:

“O mesmo se pode averbar quanto aos dois outros qualificativos: a alterabilidade está ínsita no quadro das prerrogativas de reforma constitucional e a experiência brasileira tem sido rica em exemplos dessa natureza. Se aprovar ao legislador, investido no chamado poder constituinte derivado, promover modificações no esquema discriminativo das competências, somente outros limites constitucionais poderão ser levantados e, mesmo assim, dentro do binômio federação e autonomia dos municípios. A prática de inserir alterações no painel das competências tributárias, no Brasil, tem sido efetivada reiteradamente, sem que seu exercício haja suscitado oposições mais graves.”<sup>32</sup>

32 CARVALHO, Paulo de Barros, *Curso de direito tributário*, cit., p. 241.

Com fulcro nessa breve explanação, viável a correlação entre as imunidades e a alteração da competência tributária.

### 4.3 A imunidade como norma instrumental

Para José Afonso da Silva, a expressão “direitos fundamentais do homem” é reservada para designar, no nível do direito positivo, as prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de convivência digna, livre e igual de todas as pessoas.<sup>33</sup>

As imunidades, por maior que seja o raciocínio empregado, não podem ser consideradas como direitos fundamentais, enquanto liberdades públicas. Da mesma forma, não se enquadram em nenhuma das cláusulas pétreas analiticamente destacadas.

Entretanto, algumas imunidades foram postas por razões de ordem política e objetivam resguardar interesses, princípios e valores reputados de grande relevância. Exemplos: a imunidade recíproca tende a preservar a federação, evitando a interferência de um ente em outro; a imunidade dos templos religiosos visa a preservar o direito fundamental à liberdade religiosa; a imunidade dos partidos políticos resguarda o princípio republicano.

O estudo dessas imunidades permite extrair sempre uma finalidade especial, um valor vital protegido e que, percebe-se, vai ao encontro dos valores essenciais introduzidos na Constituição. Nesse sentido, não ousou caracterizar a imunidade como cláusula pétrea, mas como norma instrumental de preservação do núcleo intangível propriamente dito, conforme conclui Regina Helena Costa:

“Verifica-se que as imunidades tributárias, além de densificarem princípios e valores constitucionais, conferindo a determinados sujeitos autêntico direito público subjetivo de não sujeição à imposição fiscal, revelam-se, também, instrumentos de proteção de outros direitos fundamentais.”<sup>34</sup>

José Souto Maior Borges não deixa dúvidas sobre esse papel especial das imunidades, notadamente quanto aos valores que almeja preservar:

“É necessário entretanto completar o exame da imunidade, até agora empreendido sob o aspecto forma ou externo, com o seu estudo sistemático e conceitual. Sob esse ponto de vista, a análise teleológica do grupo de preceitos imunitórios estabelecidos na Constituição Federal demonstra que, através deles, se procura assegurar certos valores sociais; preceitos básicos do regime político. A regra da imunidade é estabelecida em função de considerações

33 SILVA, José Afonso, *Curso de direito constitucional positivo*, cit., p. 179.

34 COSTA, Regina Helena, *Imunidades tributárias*, cit., p. 83.

de ordem extrajurídica. Através da imunidade, nos termos em que está disciplinada na Constituição Federal, torna-se possível a preservação de valores sociais das mais diversas naturezas: político, religiosos, educacionais, sociais e culturais.”<sup>35</sup>

Por essa razão, é inegável que grande parte das imunidades tem o condão instrumental de preservar cláusulas pétreas.

A supressão de uma imunidade que resguarde um limite material redundará em supressão de uma garantia desse direito, um caminhar para sua extinção ou minimização.

Por isso, não podemos permitir que as imunidades garantidoras de valores fundamentais sejam passíveis de modificação, eis que essenciais à proteção de algumas cláusulas pétreas. Uma emenda que venha a afastar uma imunidade instrumental será inegavelmente “tendente” a abolir uma cláusula pétrea.

Assim, embora a competência seja modificável, conforme expusemos, ela encontrará limites, como no caso de específicas imunidades:

“Em outras palavras, quaisquer excessos que venham a violar disposições constitucionais serão barrados pelo próprio sistema jurídico, através dos órgãos responsáveis. A separação de poderes, cláusula pétrea, é uma das formas encontradas para que o Estado vigie a si mesmo. Assim, para que se possa manter o Estado Democrático a salvo, o constituinte elegeu aquelas quatro matérias imutáveis às quais nem sequer uma emenda constitucional poderá abolir. Contudo, não se encontra dentre essas matérias a competência tributária. O núcleo do sistema jurídico moderno é a Constituição, ainda que nem sempre seja manifestada através de um diploma fundante. As regras para a criação de tributos, ou competências tributárias, encontram-se todas enunciadas na Carta Maior. Mas nem por isso são elas próprias ‘clausulas pétreas’. O *modus* como esse processo de criação de normas tributárias pode ser alterado por emenda, desde, obviamente, que essa alteração resultar em violação a alguma cláusula pétrea, caberá ao próprio sistema, se provocado, expulsar essa norma. Normas constitucionais podem vir a ser declaradas inconstitucionais, se postas pelo poder derivado em desconforme com as regras dispostas para tanto.”<sup>36</sup>

Dessa forma, totalmente inconstitucional, *verbi gratia*, proposta de emenda tendente a excluir a imunidade dos partidos políticos, com a ampliação da

35 BORGES, José Souto Maior, *Teoria geral da isenção tributária*, cit., p. 221.

36 CARVALHO, Cristiano. São as imunidades cláusulas pétreas. In: PEIXOTO, Marcelo Magalhães. *Imunidade tributária*. São Paulo: MP, 2005. p. 84.

competência tributária de todos os entes federados. Caso essa imunidade fosse excluída, a União poderia tributar a renda, os Estados a propriedade de veículos automotores e o Município cobrar o IPTU dos partidos políticos. A ideia de preservação da democracia e do princípio republicano restariam prejudicados com a possibilidade de interferência estatal nesses entes que ostentam o monopólio das candidaturas.

Assim, desde que voltadas para a preservação de cláusulas pétreas, notadamente as esculpidas no artigo 5º da Constituição Federal, viável concluir, por conseguinte, que as imunidades serão obstáculos para a alteração das competências tributárias.

Sobre o tema, assentou o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 938/DF, que as imunidades do artigo 150, V, da Constituição Federal são intangíveis por meio de emenda constitucional. Esse aresto julgou a inconstitucionalidade da Emenda Constitucional n. 3, de 17.03.1993 que, no artigo 2º, autorizou a União a instituir o IPMF e, no parágrafo 2º, dispôs que a tal tributo não se aplicava o artigo 150, III, “b” e VI, da Constituição.

O Ministro Sepúlveda Pertence, no julgamento dessa ação, dispôs sobre o caráter instrumental das imunidades e, de forma precisa, afastou sua caracterização como direitos ou garantias fundamentais do homem:

“É que, ainda que não se trate tecnicamente de direitos e garantias individuais, as imunidades ali outorgadas, na alínea b, aos ‘templos de qualquer culto’, na letra c, ao ‘patrimônio, renda e serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e assistência social, sem fins lucrativos’, e, na letra d, a ‘livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão’, constituem todas elas instrumentos de salvaguarda fundamentais de princípios, liberdades e direitos básicos da Constituição, como liberdade religiosa, de manifestação do pensamento, pluralismo político do regime, a liberdade sindical, a solidariedade social, o direito à educação e assim por diante.”<sup>37</sup>

Lembre-se que o artigo 60, parágrafo 4, dispõe que não será objeto de deliberação proposta de emenda “tendente” a abolir os casos que especifica. Logo, inconstitucional não será somente uma emenda que elimine a liberdade

---

37 STF – ADI n. 939-7. Confederação Nacional dos Trabalhadores do Comércio e Presidente da República e Congresso Nacional. Rel. Min. Sydney Sanches. j. 18.03.1994. Disponível em: <[http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(ADI\\$.SCLA.%20E%20939.NUME.\)%20OU%20\(ADI.ACMS.%20ADJ2%20939.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(ADI$.SCLA.%20E%20939.NUME.)%20OU%20(ADI.ACMS.%20ADJ2%20939.ACMS.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 18 ago. 2008, p. 225.

religiosa. Inconstitucional, outrossim, será aquela “tendente” (na expressão do legislador) a abolir a liberdade religiosa. Uma emenda que signifique um mero caminhar, um singelo prejuízo à liberdade religiosa será inconstitucional. Esse é o lugar de certas imunidades, isto é, como normas que prestigiam liberdades públicas.

O Ministro Celso de Mello deixou transparecer esse aspecto no voto favorável à inconstitucionalidade da Emenda Constitucional n. 3/93:

“Isso porque a supressão, ainda que temporária, da garantia de imunidade estabelecida pela ordem constitucional brasileira em favor dos organismos sindicais, representativos das categorias profissionais, dos templos de qualquer culto, dos partidos políticos, das instituições educacionais ou assistenciais e dos livros, dos jornais, dos periódicos e do papel destinado à sua impressão (CF, art. 150, VI), compromete em última análise, o próprio exercício de liberdade de consciência, da liberdade de manifestação do pensamento e da liberdade de associação, valores em função dos quais essa prerrogativa de índole tributária foi conferida.

Não se pode desconhecer, dentro desse contexto, que as imunidades tributárias de natureza política destinam-se a conferir efetividade a determinados direitos e garantias fundamentais reconhecidos e assegurados às pessoas e as instituições. Constituem, por isso mesmo, expressões significativas das garantias de ordem instrumental, vocacionadas, na especificidade dos fins a que se dirige, a proteger o exercício da liberdade sindical, da liberdade de culto, da liberdade de organização partidária, da liberdade de expressão intelectual e da liberdade de informação.”<sup>38</sup>

Ante o exposto, determinadas imunidades, a que chamaremos de “instrumentais”, tal como previstas no artigo 150, V, da Lei Maior, são normas de garantia, e uma emenda voltada a aboli-las representará afronta direta, vale ressaltar, ao *caput* do parágrafo 4º do artigo 60, pois “tendente” a abolir uma das matérias elencadas nos cinco incisos que especifica.

A imunidade, pois, além de regra de compostura de competência, pode assumir, em casos pontuais, o viés de limite material para a alteração da competência tributária.

38 STF – ADI n. 939-7. Confederação Nacional dos Trabalhadores do Comércio e Presidente da República e Congresso Nacional. Rel. Min. Sydney Sanches. j. 18.03.1994. Disponível em: <[http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(ADI\\$.SCLA.%20E%20939.NUME.\)%20OU%20\(ADI.ACMS.%20ADJ2%20939.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(ADI$.SCLA.%20E%20939.NUME.)%20OU%20(ADI.ACMS.%20ADJ2%20939.ACMS.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 18 ago. 2008, p. 286.

## 5 Referências

- ATALIBA, Geraldo. *Sistema constitucional tributário brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.
- ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- BORGES, José Souto Maior. *Teoria geral da isenção tributária*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CARVALHO, Cristiano. São as imunidades cláusulas pétreas? In: PEIXOTO, Marcelo Magalhães; CARVALHO, Cristiano (Coords.). *Imunidade tributária*. São Paulo: MP Editora, 2005. p. 77-90.
- \_\_\_\_\_. Sistema, competência e princípios. In: SANTI, Eurico Marcos Diniz. *Curso de especialização em direito tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 861-896.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- \_\_\_\_\_. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- \_\_\_\_\_. *Direito tributário, linguagem e método*. São Paulo: Noeses, 2008.
- CARRAZZA, Antonio Roque. *Curso de direito constitucional tributário*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- CHIESA, Clélio. *A competência tributária do estado brasileiro*. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- \_\_\_\_\_. *Sistema constitucional tributário*. São Paulo: LTR, 1997.
- COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- COSTA, Regina Helena. *Imunidades tributárias*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- DENARI, Zelmo. *Curso de direito tributário*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- MENDONÇA, Cristiane. *Competência tributária*. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.



## Contencioso Fiscal

### 65) Mandado de Segurança – Compensação de débito tributário. Adesão ao PPI do ICMS. Impossibilidade

Mandado de segurança. 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 – Apel. c/ Revisão n. 815.887.5/2-00 – 1ª Câm. Dir. Públ. – Rel. Des. Danilo Panizza – j. 24.03.2009).

### 66) Mandado de Segurança Preventivo – ICMS

Impetração objetivando que a autoridade fiscal se abstenha de exigir o tributo sobre a importação de equipamentos de radio e televisão. Segurança concedida em primeiro grau. Decisório que não merece subsistir. Ausência de direito líquido e certo. Convênio CONFAZ n. 10/2007, ratificado pelo Governo Estadual através do Decreto n. 51.755/2007, que isenta algumas mercadorias do recolhimento

de ICMS. Necessária comprovação, no entanto, de que os produtos são isentos também de imposto de importação e de contribuições de PIS/PASEP e COFINS. Necessidade, outrossim, da inexistência de produto similar produzido no país, atestado por órgão federal competente ou por entidade representativa do setor. Exigências não comprovadas. Denegação da ordem que se impõe. Sentença reformada. Reexame necessário (pertinente na espécie) e recurso voluntário da Fazenda Estadual providos. (TJSP – Apel. n.749.046.5/0-00/Guarulhos – 8ª Câm. Dir. Públ. – Rel. Des. Rubens Rihl – j. 27.05.2009).

### 67) Mandado de Segurança – PPI do ICMS

Pretensão da empresa executada de ver assegurado o direito de manter-se no programa instituído pelo Decreto n. 51.960/2007, mediante o abatimento dos débitos parcelados com depósitos judiciais decorrentes de precatório. Segurança concedida em primeiro grau. Decisório que não merece subsistir. Compensação. Somente lei pode atribuir à autoridade administrativa o poder de

deferir ou não a compensação entre créditos líquidos e certos com débitos vencidos ou vincendos (art. 170 do CTN). Decreto n. 51.960/2007 que, em momento algum, sinaliza a possibilidade de utilização de tais créditos para a compensação pretendida, não se tratando de moeda corrente, tampouco de depósitos judiciais efetivados em garantia do juízo referente a débitos incluídos no parcelamento (arts. 1º e 9º do Dec. n. 51.960/2007). Não subsiste, no mais, a tese de que a conversão em renda é possível com base no artigo 78, parágrafo 2º, do ADCT, que confere poder liberatório, caso não haja liquidação do débito até o final do exercício referente. Necessidade de legislação infraconstitucional traçando requisitos e possibilitando a compensação pretendida pela impetrante. Natureza alimentar dos precatórios, ademais, que deve ser levada em conta, até porque a previsão constitucional transitória não confere poder liberatório do pagamento de tributos para a entidade devedora, aos precatórios por créditos de natureza alimentícia, característica que não perdem só porque objeto de cessão, sob pena de afronta ao artigo 100 da Constituição Federal. Denegação da segurança que se impõe. Reexame necessário e recurso da Fazenda Pública providos. (TJSP – Apelação c/ Revisão n. 8704955600 – 8ª Câmara. Dir. Públ. – Rel. Des. Rubens Rihl – j. 25.03.2009).

**68) Processual Civil e Tributário – Embargos de declaração. ICMS. Embargos à execução fiscal. Majoração de alíquota de 17% para 18% declarada inconstitucional. Exclusão da alíquota majorada. Validade da CDA. Contradição. Equívoco na parte dispositiva**

1. Esta Corte entende que a exclusão da CDA do percentual equivalente à majoração da alíquota de ICMS declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal não implica em sua nulidade, sendo perfeitamente destacável do valor executado. Precedentes. 2. Constatada a existência de contradição na parte dispositiva do julgado, merecem acolhida os embargos de declaração, para sanar equívoco, a fim de que conste “recurso especial parcialmente provido, somente para declarar a nulidade da CDA na parte em que visa à cobrança da inconstitucional majoração do ICMS”, ao invés de “recurso especial provido”. 3. Embargos de declaração acolhidos. (STJ – EREsp n. 855.017/SP (2006/0132823-6) – Rel. Min. Eliana Calmon – j. 02.04.2009).

**69) Processual Civil e Tributário – Extinção do crédito. Compensação. Precatório. Prova preconstituída. Inexistência. Matéria controversa**

1. Hipótese em que a impetrante pleiteia reconhecimento judicial da extinção de determinado crédito tributário, por conta da compensação

com precatório anteriormente apresentado à Secretaria da Receita Estadual. 2. O pedido refere-se a valor determinado. Não se trata de simples declaração da possibilidade de, em tese, extinguir crédito tributário por meio de compensação com precatório. 3. A inicial não foi instruída com prova da existência do precatório, essencial para a viabilidade do *mandamus*. A contribuinte junta apenas instrumento de cessão e apresenta-se como cessionária de parte de crédito relativo a precatório, sem demonstrar atraso em seu pagamento. 4. O próprio Tribunal de Justiça, que emite os precatórios contra o Estado, não reconhece a exigibilidade do crédito suscitado pela empresa. Questão controvertida que não pode ser dirimida no bojo do *writ*. 5. Não há falar em ofensa ao princípio da isonomia, pois cada ação é autônoma no que se refere à comprovação do direito líquido e certo e à adequada instrução do *writ*. 6. A extinção do presente *mandamus* não faz coisa julgada (art. 267, IV, do CPC), de modo que eventual direito pode ser pleiteado administrativa ou judicialmente, desde que devidamente comprovado. 7. Agravo regimental não provido. (STJ – AgR RMS n. 20.656/PR (2005/0150650-1) – Rel. Min. Herman Benjamin – j. 07.05.2009).

**70) Processual Civil e Tributário – Mandado de segurança. Negativa de autorização que objetiva registro**

**para efeito de inscrição estadual. Empresa impedida pela Administração ante o suposto débito que a sua sócia possui com o Fisco estadual. Ilegitimidade passiva *ad causam*. Teoria da encampação. Inaplicabilidade. Extinção do processo sem julgamento de mérito**

1. A teoria da encampação é aplicável ao mandado de segurança tão somente quando preenchidos os seguintes requisitos: (1) existência de vínculo hierárquico entre a autoridade que prestou informações e a que ordenou a prática do ato impugnado; (2) ausência de modificação de competência estabelecida na Constituição Federal; e (3) manifestação a respeito do mérito nas informações prestadas. Precedentes: MS n. 12.149/DF, 1ª Seção, rel. Min. Luiz Fux, j. 27.08.2008, *DJe*, de 15.09.2008; RMS n. 21.809/DF, 1ª Turma, rel. Min. Denise Arruda, j. 11.11.2008, *DJe*, de 15.12.2008; RMS n. 24.927/RR, 1ª Turma, rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 02.12.2008, *DJe*, de 11.12.2008; RMS n. 22.383/DF, 2ª Turma, rel. Min. Castro Meira, j. 09.09.2008, *DJe*, de 29.10.2008. 2. *In casu*, o ato coator foi praticado pelo chefe de fiscalização fazendária estadual que indeferiu o pedido de inscrição estadual, ao fundamento de que a sócia da empresa requerente possuía débitos com o fisco estadual. O recorrido, por sua vez, apontou como autoridade coatora o secretário de Fazenda Estadual, sob o fundamento de que a Portaria n. 114/2002-SEFAZ,

emitida pela secretaria fazendária, é que aponta a necessidade de certidão negativa dos sócios para a almejada inscrição estadual. 3. A doutrina abalizada nos revela que: “Coator é a autoridade superior que pratica ou ordena concretamente e especificamente a execução ou inexecução do ato impugnado e responde pelas suas consequências administrativas; executor é o agente subordinado que cumpre a ordem por dever hierárquico, sem se responsabilizar por ela. Exemplificando: numa imposição fiscal ilegal, atacável por mandado de segurança, o coator não é nem o ministro ou o secretário da Fazenda que expede instruções para a arrecadação de tributos, nem o funcionário subalterno que científica o contribuinte da exigência tributária; o coator é o chefe do serviço que arrecada o tributo e impõe sanções fiscais respectivas, usando o seu poder de decisão” (Hely Lopes Meirelles, *Mandado de segurança, ação popular...*, 28. ed., atualizada por Arnoldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes, São Paulo: Malheiros, 2005, p. 63). 4. A teoria da encampação é inaplicável no caso concreto, porquanto o secretário de Fazenda do Estado de Mato Grosso não defendeu o mérito do ato, limitando-se a declarar sua ilegitimidade passiva *ad causam*. Ademais, a correção do polo passivo enseja mudança na competência jurisdicional, uma vez que compete originariamente ao Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso o jul-

gamento do mandado de segurança contra secretário de Estado (art. 96, inc. I, “g”, da Constituição Estadual), prerrogativa não extensível ao servidor responsável pela fiscalização fazendária. 3. Recurso especial provido, determinando-se a extinção do mandado de segurança sem resolução do mérito. (STJ – REsp n. 997.623/MT (2007/0243877-0) – Rel. Min. Luiz Fux – j. 02.06.2009).

**71) Tributário – Recurso especial. ICMS. Importação de aeronave mediante contrato de arrendamento mercantil (leasing). Novel jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Interpretação do artigo 155, inciso IX, parágrafo 2º, alínea “a”, da Constituição Federal de 1988. Artigo 3º, VIII, da Lei Complementar n. 87/96**

1. O ICMS incide sobre a entrada de bem ou mercadoria importados do exterior, desde que atinente a operação relativa à circulação desse mesmo bem ou mercadoria, por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, qualquer que seja a sua finalidade, *ex vi* do disposto no artigo 155, parágrafo 2º, IX, “a”, da Constituição Federal de 1988, com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 33/2001 (exegese consagrada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal nos autos do RE n. 491.968/SP, rel. Min. Eros Grau, j. 30.05.2007, *DJ*, de 24.08.2007). 2. Deveras, restou assente na Excelsa

Corte que o arrendamento mercantil, contratado pela indústria aeronáutica de grande porte para viabilizar o uso, pelas companhias de navegação aérea, de aeronaves por ela construídas, não constitui operação relativa à circulação de mercadoria sujeita à incidência do ICMS, sendo certo que “o imposto não é sobre a entrada de bem ou mercadoria importada, senão sobre essas entradas desde que elas sejam atinentes a operações relativas à circulação desses mesmos bens ou mercadorias”.

3. Acerca da aparente dissonância entre o aludido julgado e aquele proferido nos autos do RE n. 206.069-1/SP, da relatoria da Ministra Ellen Gracie, impende destacar excerto do voto condutor do acórdão da lavra do Min. Eros Grau: “E nem se alegue que se aplica ao caso o precedente do RE n. 206.069, relatora a Ministra Ellen Gracie, no bojo do qual se verificava a circulação mercantil, pressuposto da incidência do ICMS. Nesse caso, aliás, acompanhei a relatora. Mas o precedente disse com a importação de equipamento destinado ao ativo fixo de empresa, situação na qual a opção do arrendatário pela compra do bem ao arrendador era mesmo necessária, como salientou a eminente relatora. Tanto o precedente supõe essa compra que a eminente relatora a certo ponto do seu voto afirma: ‘eis porque, em contraponto ao sistema da incidência genérica sobre a circulação econômica, o imposto será recolhido pelo comprador do

bem que seja contribuinte do ICMS’. Daí também porque não se pode aplicar às prestadoras de serviços de transporte aéreo, em relação às quais não incide o ICMS, como foi decidido por esta Corte na ADI n. 1.600” (RE n. 461.968/SP).

4. Destarte, é certo que se encontra pacificado hodiernamente no Supremo Tribunal Federal o entendimento de que a incidência do ICMS, mesmo no caso de importação, pressupõe operação de circulação de mercadoria (transferência da titularidade do bem), o que não ocorre nas hipóteses de arrendamento, em que há “mera promessa de transferência pura do domínio desse bem do arrendante para o arrendatário”.

5. Consecutivamente, impõe-se a submissão da orientação desta Corte ao julgado do Pretório Excelso, como técnica de uniformização jurisprudencial, instrumento oriundo do sistema da *common law* e que tem como desígnio a consagração da isonomia fiscal no caso *sub examine*, reiterando a jurisprudência desta Corte que, com base no artigo 3º, inciso VIII, da Lei Complementar n. 87/96, propugna a não incidência de ICMS sobre operação de *leasing* em que não se efetivou transferência da titularidade do bem (circulação de mercadoria), quer o bem arrendado provenha do exterior, quer não.

6. A Súmula n. 293 do STJ consolidou a orientação jurisprudencial no sentido de que: “A cobrança antecipada do valor residual garanti-

do (VRG) não descaracteriza o contrato de arrendamento mercantil”. 7. Outrossim, é cediço na Primeira Seção que: “Tributário – Arrendamento mercantil. *Leasing*. Descaracterização do contrato. ICMS. Incidência na importação de bens em regime de *leasing*. Precedentes. 1. A jurisprudência tem entendido que o contrato de *leasing* deve ser respeitado como tal, em nome do princípio da liberdade de contratar. 2. Somente quando o *leasing* estiver contemplado em uma das situações de repúdio, previstas na Lei n. 6.099/74 (arts. 2º, 9º, 11, § 1º, 14 e 23), é que se tem autorização legal para a descaracterização do arrendamento mercantil e imputação das consequências. 3. O simples fato de haver concentração dos pagamentos nas primeiras prestações e um resíduo mínimo para pagamento nas demais não desnatura o instituto do arrendamento mercantil. 4. Posição remansosa desta Corte, em vários precedentes, quanto à não incidência de ICMS na importação de bem sob a modalidade de *leasing*.” (REsp n. 692.945/SP, 1ª Seção, rel. Min. Eliana Calmon, j. 23.08.2006, DJ, de 11.09.2006). 8. *In casu*, consoante o Tribunal de origem: “Trata-se a toda de contrato de arrendamento operacional de aeronave, cuja natureza jurídica é de locação. Logo, transferência não há da propriedade do bem.

Mas ainda que se vislumbre, aí, um contrato de *leasing*, seja operacional,

seja financeiro, mesmo assim tem razão a recorrente. É que, em qualquer dessas modalidades, a transferência do domínio para a arrendatária só ocorre se e quando for feita efetivamente a opção de compra. (...) Ocorre que o bem importado pela apelante não fora por ela adquirido; a importação realizou-se mediante contrato de arrendamento operacional ou de *leasing*, que não se confunde com compra e venda a prazo.

A incidência desse tributo, destarte, só poderá ocorrer em caso da venda desse bem à apelante, o que ainda não aconteceu. Por outro lado, dadas as peculiaridades do arrendamento operacional, é certo que esse bem pode vir a ser devolvido ao arrendante até mesmo ao término do contrato; assim, não se mostra razoável admitir-se que possa ser consumido, tampouco incorporado ao patrimônio do arrendatário desde logo”. 9. Entrementes, o juízo singular assinalou que: “Conclui parte da doutrina que, não existindo a tríplice opção ao final do contrato, não se estará falando de um contrato de *leasing*. Desse modo, também é nítido que o contrato vastamente utilizado no financiamento de certos bens móveis no Brasil não é *leasing*, na medida que a compra do bem está decidida desde o momento da celebração do contrato. Conforme entendimento do próprio Tribunal de Justiça, deve ser considerado praticamente impossí-

vel, pelo menos à primeira vista, que um contrato no valor do presente, ou seja, de US\$ 4.000.000,00, para pagamento em 120 prestações iguais de US\$ 46.000,00, se intitule *leasing* ou arrendamento operacional, e não de compra e venda financiada”. 10. Desta sorte, tendo em vista a existência de indício de que a operação de importação de aeronave ocorreu mediante simulacro de arrendamento mercantil operacional sem opção de compra (na verdade, cuidar-se-ia

de compra e venda financiada), não se vislumbra o direito líquido e certo do impetrante, pressuposto da concessão da segurança pleiteada, razão pela qual deve ser restabelecido o entendimento exarado na sentença, o que não consubstancia contrariedade à Súmula n.293 do STJ ou à jurisprudência da Primeira Seção. 11. Recurso especial provido. (STJ – REsp n. 959.387/RJ (2007/0131635-0) – j. 18.06.2009 – Rel. Min. Denise Arruda – Rel. p/Acórdão Min. Luiz Fux).



## Contencioso Geral

### 72) **Apelação – Mandado de segurança**

Apelação. Mandado de segurança. Liberação de veículo independentemente do pagamento da multa e das custas de estadia. Ordem concedida em primeiro grau. Decisório que não merece subsistir. Apreensão que não caracterizou ilegalidade ou abuso de poder. Prova preconstituída incapaz de demonstrar o direito alegado. Evidente ausência de direito líquido e certo a amparar a concessão da segurança. Reexame necessário (pertinente na espécie) e recurso de apelação providos. (TJSP – Apel. n. 861.918.5/7-00 – 8ª Câm. Dir. Públ. – Rel. Des. Rubens Rihl – j. 25.03.2009).

### 73) **Conflito de Competência – Juiz estadual de primeira instância e Tribunal Superior do Trabalho. Competência do Supremo Tribunal Federal para julgamento do conflito. Reclamação trabalhista. Verbas pleiteadas quanto a período posterior à implantação do regime jurídico único. Competência da Justiça estadual**

1. O Supremo Tribunal Federal é competente para dirimir o conflito entre Juízo estadual de primeira instância

e o Tribunal Superior do Trabalho, nos termos disposto no artigo 102, I, “o”, da Constituição do Brasil. Precedente (CC n. 7.027, rel.Min. Celso de Mello, *DJ*, de 01.09.1995). 2. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que compete exclusivamente à Justiça do Trabalho processar e julgar reclamação de servidor público relativamente a vantagens trabalhistas anteriores à instituição do regime jurídico único. Precedente (AgR AI n. 405.416, rel. Min. Carlos Velloso, *DJ*, de 27.02.2004). 3. Hipótese em que as verbas postuladas pelo reclamante respeitam a período posterior à implantação do regime jurídico único. Conflito conhecido para declarar a competência da Justiça estadual. (STF – CC n. 7.242/MG – Tribunal Pleno – Rel. Min. Eros Grau - j. 18.09.2008 – *DJe*, de 18.12.2008).

### 74) **Constitucional – Competência judicante em razão da matéria. Ação de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente do trabalho, proposta pelo empregado em face de seu ex-empregador. Competência da Justiça do Trabalho. Artigo 114 da Magna Carta. Redação anterior e posterior à Emenda Cons-**

## titucional n. 45/2004. Evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Processos em curso na Justiça comum dos Estados. Imperativo de política judiciária

1. Numa primeira interpretação do inciso I do artigo 109 da Carta de Outubro, o Supremo Tribunal Federal entendeu que as ações de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente do trabalho, ainda que movidas pelo empregado contra seu empregador, eram da competência da Justiça comum dos Estados membros.

2. Revisando a matéria, porém, o Plenário concluiu que a Lei Republicana de 1988 conferiu tal competência à Justiça do Trabalho. Seja porque o artigo 114, já em sua redação originária, assim deixava transparecer, seja porque aquela primeira interpretação do mencionado inciso I do artigo 109 estava, em boa verdade, influenciada pela jurisprudência que se firmou na Corte sob a égide das Constituições anteriores.

3. Nada obstante, como imperativo de política judiciária – haja vista o significativo número de ações que já tramitaram e ainda tramitam nas instâncias ordinárias, bem como o relevante interesse social em causa –, o Plenário decidiu, por maioria, que o marco temporal da competência da Justiça trabalhista é o advento da Emenda Constitucional n. 45/2004. Emenda que explicitou a competência da Justiça laboral na matéria em apreço.

4. A nova orientação alcança os processos em trâmite na Justiça comum estadual, desde que

pendentes de julgamento de mérito. É dizer: as ações que tramitam perante a Justiça comum dos Estados, com sentença de mérito anterior à promulgação da Emenda Constitucional n. 45/2004, lá continuam até o trânsito em julgado e correspondente execução. Quanto àquelas cujo mérito ainda não foi apreciado, hão de ser remetidas à Justiça do Trabalho, no estado em que se encontram, com total aproveitamento dos atos praticados até então. A medida se impõe, em razão das características que distinguem a Justiça comum estadual e a Justiça do Trabalho, cujos sistemas recursais, órgãos e instâncias não guardam exata correlação.

5. O Supremo Tribunal Federal, guardião-mor da Constituição Republicana, pode e deve, em prol da segurança jurídica, atribuir eficácia prospectiva às suas decisões, com a delimitação precisa dos respectivos efeitos, toda vez que proceder a revisões de jurisprudência definidora de competência *ex ratione materiae*. O escopo é preservar os jurisdicionados de alterações jurisprudenciais que ocorram sem mudança formal do Magno Texto.

6. Aplicação do precedente consubstanciado no julgamento do Inquérito n. 687, Sessão Plenária de 25.08.1999, ocasião em que foi cancelada a Súmula n. 394 do STF, por incompatível com a Constituição de 1988, ressalvadas as decisões proferidas na vigência do verbete.

7. Conflito de competência que se resolve, no caso, com o retorno dos autos ao Tribunal Superior do Trabalho. (STF – CC n. 7.204/MG – Tribu-

nal Pleno – Rel. Min. Carlos Britto – j. 29.06.2005 – DJ, de 09.12.2005, p. 5).

**75) Processual Civil – Ação popular. Ato praticado por sociedade de economia mista. Ilegitimidade passiva do Estado. Configurada**

1. A ação popular reclama cúmulo subjetivo no polo passivo, cujo escopo é o de alcançar e convocar para o âmbito da ação não apenas os responsáveis diretos pela lesão, mas todos aqueles que, de forma direta ou indireta, tenham concorrido para sua ocorrência, bem assim os que dela se beneficiaram. 2. É cediço em abalizada doutrina sobre o *thema* que: “(...) a insubsistência do ato atacado passa a ser uma inovação no *status quo ante* que se coloca em face de todos os corréus. Daí a necessidade, sentida pelo legislador, de que venham aos autos todos os legítimos contraditores, até para que se cumpra o artigo 47 do Código de Processo Civil (...)” (Rodolfo de Camargo Mancuso, *Ação popular*, 5. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.172). 3. Consectariamente, devem ser citados para integrar o litisconsórcio passivo necessário simples os sujeitos elencados no artigo 6º c/c o artigo 1º da Lei n. 4.717/65, *verbis*: “Artigo 1º - Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista, de sociedades mútuas de seguro nas quais a

União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos. (...) Artigo 6º - A ação será proposta contra as pessoas públicas ou privadas e as entidades referidas no artigo 1º, contra as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, ou que, por omissas, tiverem dado oportunidade à lesão, e contra os beneficiários diretos do mesmo. § 1º - Se não houver benefício direto do ato lesivo, ou se for ele indeterminado ou desconhecido, a ação será proposta somente contra as outras pessoas indicadas neste artigo. § 2º - No caso de que trata o inciso II, item “b”, do artigo 4º, quando o valor real do bem for inferior ao da avaliação, citar-se-ão como réus, além das pessoas públicas ou privadas e entidades referidas no artigo 1º, apenas os responsáveis pela avaliação inexata e os beneficiários da mesma. § 3º - A pessoa jurídica de direito público ou de direito privado, cujo ato seja objeto de impugnação, poderá abster-se de contestar o pedido, ou poderá atuar ao lado do

autor, desde que isso se afigure útil ao interesse público, a juízo do respectivo representante legal ou dirigente. 4. A ação popular, *in casu*, ajuizada em face da Companhia Energética do Estado do Maranhão (CEMAR) e do Estado do Maranhão, aduzindo a prática de ato ensejador de dano ao erário, consubstanciado no pagamento, pela primeira demandada, de publicação de matéria na imprensa local veiculando mensagem de felicitação a governador daquele Estado, pela passagem seu aniversário natalício, na qual o juiz singular excluiu o Estado do Maranhão do polo passivo, mantendo apenas a Companhia de Energia Elétrica do Estado do Maranhão. 5. A exegese da legislação aplicável à ação popular revela que as pessoas jurídicas de direito público, cuja citação se faz necessária para integrar o litisconsórcio passivo necessário simples, restringem-se àquelas cujos atos estejam sendo objeto da impugnação, vale dizer, no caso *sub judice*, a Companhia Energética do Estado do Maranhão (CEMAR), posto sociedade de economia mista, com personalidade própria e patrimônio distinto do Estado do Maranhão. Precedentes do STJ: REsp n. 258.122/PR, DJ, de 05.06.2007 e REsp n. 266.219/RJ, DJ, de 03.04.2006). 6. Recurso especial desprovido. (STJ – REsp n. 879.999/MA (2006/0182755-6) – Rel. Min. Luiz Fux – j. 02.09.2008).

**76) Processual Civil – Litispêndênciã. Mandado de segurãnça versando**

**o mesmo pedido de açãõ ordinãria. Trãnsito em julgado da sentençã. Coisa julgada**

1. Mandado de segurãnça que visa à compensaçãõ de tributos, cuja pretensãõ já fora deduzida em açãõ ordinãria, versando os mesmos tributos. Manifesta litispêndênciã. 2. A *ratio essendi* da litispêndênciã é que a parte nãõ promova duas ações visando ao mesmo resultado, o que, em regra, ocorre quando o autor formula, em face da mesma parte, o mesmo pedido fundado na mesma *causa petendi*. 3. Deveras, um dos meios de defesa da coisa julgada é a eficãcia preclusiva prevista no artigo 474 do Cãdigo de Processo Civil, de sorte que, ainda que outro o rãtulo da açãõ, vedasse-lhe o prosseguimento ao pãlio da coisa julgada, se ela visa infirmar o resultado a que se alcançou na açãõ anterior. 4. Consectariamente, por forçã desses princãpios depreendidos das normas e da *ratio essendi* das mesmas é possãvel afirmar-se que há litispêndênciã quando duas ou mais ações conduzem ao “mesmo resultado”; por isso: *electa una via altera non datur*. 5. Recurso especial improvido. (STJ – REsp n. 443.614/AL (2002/0077450-2) – Rel. Min. Luiz Fux – j. 08.04.2003).

**77) Processual Civil – Recurso especial submetido à sistemãtica prevista no artigo 543-C do Cãdigo de Processo Civil. Honorãrios advocãtãcios. Defensoria Pãblica. Artigo 381 do Cãdigo Civil. Confusãõ. Pressupostos**

1. Segundo noção clássica do direito das obrigações, ocorre *confusão* quando uma mesma pessoa reúne as qualidades de credor e devedor. 2. Em tal hipótese, por incompatibilidade lógica e expressa previsão legal, extingue-se a obrigação. 3. Com base nessa premissa, a jurisprudência desta Corte tem assentado o entendimento de que não são devidos honorários advocatícios à Defensoria Pública quando atua contra a pessoa jurídica de direito público da qual é parte integrante. 4. *A contrario sensu*, reconhece-se o direito ao recebimento dos honorários advocatícios se a atuação se dá em face de ente federativo diverso, como, por exemplo, quando a Defensoria Pública estadual atua contra Município. 5. Recurso especial provido. Acórdão sujeito à sistemática prevista no artigo 543-C do Código de Processo Civil e à Resolução n. 8/2008 do STJ. (STJ – REsp n. 1.108.013/RJ (2008/0277950-6) – Rel. Min. Eliana Calmon – j. 03.06.2009).

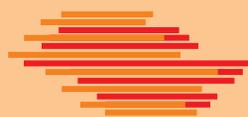
**78) Reclamação Constitucional – Autoridade de decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal: Artigo 102, inciso I, alínea I, da Constituição da República. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.395. Contratação temporária de servidores públicos: artigo 37, inciso IX, da Constituição da República. Ações ajuizadas por servidores temporários contra a Administração Pública: competência da Justiça comum. Causa de pedir relacionada a**

**uma relação jurídico-administrativa. Agravo regimental provido e reclamação procedente**

1. O Supremo Tribunal Federal decidiu no julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.395 que “o disposto no artigo 114, I, da Constituição da República não abrange as causas instauradas entre o Poder Público e servidor que lhe seja vinculado por relação jurídico-estatutária”. 2. Apesar de ser da competência da Justiça do Trabalho reconhecer a existência de vínculo empregatício regido pela legislação trabalhista, não sendo lícito à Justiça comum fazê-lo, é da competência exclusiva desta o exame de questões relativas a vínculo jurídico-administrativo. 3. Se, apesar de o pedido ser relativo a direitos trabalhistas, os autores da ação suscitam a descaracterização da contratação temporária ou do provimento comissionado, antes de se tratar de um problema de direito trabalhista, a questão deve ser resolvida no âmbito do direito administrativo, pois para o reconhecimento da relação trabalhista, terá o juiz que decidir se teria havido vício na relação administrativa a descaracterizá-la. 4. No caso, não há qualquer direito disciplinado pela legislação trabalhista a justificar a sua permanência na Justiça do Trabalho. 5. Agravo regimental a que se dá provimento e reclamação julgada procedente. (STF – AgR Rcl n. 4.489/PA – Tribunal Pleno – Rel. Min. Marco Aurélio – Rel. p/Acórdão Min. Carmen Lúcia – j. 21.08.2008 – *DJe*, de 20.11.2008).

editoração, ctp, impressão e acabamento

**imprensaoficial**



PGE  
PROCURADORIA GERAL  
DO ESTADO DE SÃO PAULO