Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
702
Carimbado Eletronicamente

Apelação Cível nº 0001978-08.2018.8.19.0024

Apelante: **MINISTERIO PUBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

Apelado: **MUNICÍPIO DE ITAGUAÍ**

Relator: **DESEMBARGADOR ALCIDES DA FONSECA NETO**

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CRIAÇÃO E IMPLEMENTAÇÃO DE ÓRGÃO MUNICIPAL DE DEFESA DO CONSUMIDOR. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. EQUÍVOCO DO *DECISUM*, QUE SE REFORMA. Ação civil pública proposta, na origem, pelo Ministério Público com o fim de compelir o Município de Itaguaí a criar órgão local de defesa do consumidor (PROCON). Sentença de improcedência ao fundamento de que criação do indigitado órgão se encontraria na esfera de discricionariedade do Executivo local. Recurso ministerial que deve ser acolhido em parte. Possiblidade, em tese, de manejo de ação civil pública em face de entes públicos quando houver, por parte deles, omissão específica consistente na inobservância de direitos fundamentais dos cidadãos. Em tais situações, é lícito ao Judiciário se imiscuir na seara do mérito administrativo determinar uma obrigação de fazer à Administração, apta a salvaguardar o direito coletivo violado. Quando se trata de criação de órgão público, no entanto, a jurisprudência encontra-se dividida, ora a determinar que o Executivo providencie sua implementação, ora a enquadrar sua efetivação na área de discricionariedade da Administração. Questão sob exame, então, consiste em perquirir se a não instalação, pelo Executivo local, de um PROCON

ALCIDES DA FONSECA NETO:15402 Assinado em 23/04/2021 13:46:13
Local: GAB. DES. ALCIDES DA FONSECA NETO

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
703
Carimbado Eletronicamente

naquele município consubstanciaria inobservância de direitos fundamentais dos cidadãos apta a autorizar a excepcional intervenção do Judiciário com o escopo de lhe dar concretude, através de comando positivo em desfavor do ente omisso. Defesa ao consumidor que é, ao mesmo tempo, um direito de natureza fundamental dos cidadãos e um princípio basilar da ordem econômica nacional, *ex vi* arts. 5º, inc. XXXII, e 170, inc. V, da CRFB. Criação de órgãos administrativos com vistas à prevenção e à reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, que é, então, meio de garantir e materializar a proteção teórica prevista na Constituição da República. Art. 282, parágrafo único, inc. I, Lei Orgânica municipal, que prevê a criação de PROCON local. Evidente a mora do Executivo municipal para implementar a Lei Orgânica e criar o referido órgão de proteção ao consumidor. À vista das premissas de, por um lado, ser possível ao Judiciário, ante inércia da Administração para efetivação de direitos fundamentais, adentrar em seu mérito e determinar a prática de atos que lhe sejam atinentes, e, por outro, constituir a defesa do consumidor direito fundamental dos cidadãos, é forçoso reconhecer, na espécie, situação que torne lícita a imposição de obrigação de fazer pretendida pelo apelante. Afinal, é atribuição inequívoca da Administração Pública garantir o estabelecimento e o efetivo funcionamento do órgão local de defesa do consumidor, sob pena de afronta à legislação pertinente. A margem para discricionaridade do Executivo se dá, então, a partir do momento em que garanta, minimamente, a criação do órgão previsto na Lei Orgânica (como escolher tipo de pessoa jurídica a ser adotado, localização, quadro

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
704
Carimbado Eletronicamente

de pessoal, dotação orçamentária etc.). Não há falar em discricionariedade para a criação em si, porquanto se tratar isso de implementação de política pública que escapa ao âmbito de escolha do agente político. Precedentes. Reforma da sentença para condenar o apelado a criar, em âmbito local, órgão de defesa do consumidor (PROCON), sob pena de sanções que deverão ser determinadas pelo juízo *a quo*, em sede de eventual cumprimento de sentença, se for o caso. PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da **APELAÇÃO CÍVEL Nº 0001978-08.2018.8.19.0024**, em que figuram como apelante **MINISTÉRIO PÚLBICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO** e apelado **MUNICÍPIO DE ITAGUAÍ**,

ACORDAM os Desembargadores que integram a 12ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, **por unanimidade**, em **DAR PROVIMENTO AO RECURSO**, nos termos do voto do relator.

VOTO DO RELATOR

Cuidam os autos de recurso de apelação interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, inconformado com a sentença de fls. 606/609, prolatada pelo juízo de direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Itaguaí, que julgou improcedente o pedido veiculado em ação civil pública, sem condenação em despesas processuais e honorários de sucumbência.

Razões recursais às fls. 622/649, em que o apelante afirmou a existência de omissão específica do Poder Público Municipal de Itaguaí no tange à criação, no âmbito local, de um órgão público/autarquia/fundação para defesa dos direitos individuais e coletivos dos consumidores residentes naquele município (PROCON). Requereu, com isso, a reforma da sentença, de sorte a se julgar

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
705
Carimbado Eletronicamente

procedente a pretensão inicial e condenar o apelado a na obrigação de fazer consistente em instituir *"(…) efetivamente o PROCON Municipal como uma entidade em cujo conteúdo mínimo de implementação deverá ter contar: (i) a personalidade jurídica, prerrogativa de atuação na esfera extra e judicial; (ii) o estabelecimento de estatuto próprio legal de criação, controle de atividades econômicas, de fiscalização, de sanção e de cumprimento de todas as competências, prerrogativas, direitos e garantias conferidas às entidades integrantes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SINDEC); (iii) a alocação específica de recursos humanos e de profissionais capacitados na área jurídica, contábil, técnica e administrativa; (iv) o provimento de imóvel (próprio ou alugado) para o seu funcionamento dotado de recursos materiais, de equipamentos e estruturas fixas e móveis logísticos, incluindo veículo; todas essas exigências indispensáveis para a sua adequada e efetiva operação; e por fim, (v) o estabelecimento de orçamento específico para o PROCON, próprio e anual com dotação suficiente de recursos públicos, sem prejuízo das receitas públicas oriundas das taxas de fiscalização e de controle das atividades econômicas"*.

Contrarrazões às fls. 657/672, em que o apelado pugnou pelo desprovimento do recurso em cotejo.

Parecer às fls. 681/691, no qual o órgão de atuação da Procuradoria de Justiça junto a esta Câmara opinou pela reforma da sentença sob ataque e procedência da pretensão ministerial exarada na inicial da demanda.

É o relatório.

O recurso preenche os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, pelo que deve ser conhecido.

Cumpre asseverar, primeiramente, a possiblidade, em tese, de manejo de ação civil pública em face de entes públicos quando houver, por parte deles, omissão específica consistente na inobservância de direitos fundamentais dos cidadãos. Em tais situações, é lícito ao Judiciário se imiscuir na seara do mérito

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
706
Carimbado Eletronicamente

administrativo determinar uma obrigação de fazer à Administração, apta a salvaguardar o direito coletivo violado. Confiram-se, em tal sentido, os precedentes abaixo:

> *"PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TRANSFERÊNCIA DE PRESOS E INTERDIÇÃO DE UNIDADE PRISIONAL. CABIMENTO DA VIA. 1. Conforme a jurisprudência desta Corte, é possível o manejo da ação civil pública para tutela de direitos fundamentais da população encarcerada e da segurança pública da comunidade, ainda que as providências coincidam com previsões da Lei de Execuções Penais. 2. Agravo interno a que se nega provimento."* (STJ, AgInt no REsp 1841159/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/08/2020, DJe 09/09/2020)
>
> *"APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MUNICÍPIO DE NOVA FRIBURGO. POLÍTICAS PÚBLICAS DECORRENTES DAS CHUVAS DE 2011. NECESSIDADE DE INTERVENÇÃO DE ENGENHARIA, GEOTECNIA E URBANÍSTICA DIANTE DO RISCO DE DESLIZAMENTOS. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. ALEGAÇÃO DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL QUE NÃO SE SUSTENTA. DEMONSTRAÇÃO DE OMISSÃO ESPECÍFICA DO PODER PÚBLICO. SITUAÇÃO EMERGENCIAL QUE EXIGE A INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO PARA ASSEGURAR A IMPLEMENTAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, ESPECIALMENTE DIANTE DA NECESSIDADE DE PROTEÇÃO À VIDA E SEGURANÇA DA POPULAÇÃO AFETADA. DESCABIDA A CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM FAVOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SIMETRIA. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA APELADA. RECURSOS CONHECIDOS E NÃO PROVIDOS."* (TJRJ - 0008424-56.2016.8.19.0037 – APELAÇÃO - Des(a). MARIA AUGUSTA VAZ

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
707
Carimbado Eletronicamente

MONTEIRO DE FIGUEIREDO - Julgamento: 19/11/2019 - QUARTA CÂMARA CÍVEL)

Quando se trata de criação de órgão público, a jurisprudência encontra-se dividida, ora a determinar que o Executivo providencie sua implementação, ora a enquadrar sua efetivação na área de discricionariedade da Administração. Vejam-se as seguintes decisões no âmbito do e. Superior Tribunal de Justiça:

Pela obrigatoriedade de criação:

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICA PÚBLICA. POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS. OMISSÃO ESTATAL. DIREITOS ESSENCIAIS INCLUSOS NO CONCEITO DE MÍNIMO EXISTENCIAL. INSTALAÇÃO, ESTRUTURAÇÃO E APARELHAMENTO DO CONSELHO MUNICIPAL DO IDOSO. 1. Trata-se de Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro contra o Município de Trajano de Moraes, requerendo o Parquet seja compelida a municipalidade a providenciar a criação, implantação, implementação e funcionamento do Fundo e do Conselho Municipal do Idoso. 2. Ao dirimir a controvérsia, o Tribunal local consignou (fls. 245-246, e-STJ): "(...) não cabe ao Poder Judiciário substituir-se ao administrador na escolha de políticas públicas, especialmente no que tange a estruturação do Conselho do Municipal do Idoso, em afronta ao princípio da separação de poderes"; e "ausente frontal violação dos direitos preceitos fundamentais a justificar a intervenção judicial, bem como diante da atuação gradativa da Administração Pública no que concerne à implementação do Conselho do Idoso, não se afigurando hipótese de omissão do administrador, não há como imiscuir-se o Poder Judiciário na alocação dos recursos públicos, por se tratar de função típica do Poder Executivo". 3. O funcionamento efetivo do Conselho Municipal do Idoso constitui uma das diretrizes da Política Nacional do Idoso, uma vez que possibilita às pessoas de idade avançada a integração ao meio social em que vivem. 4. Sua previsão encontra guarida no art. 7º do Estatuto do Idoso, que

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
708
Carimbado Eletronicamente

determina expressamente a criação e o funcionamento obrigatórios do Conselho Municipal do Idoso. Assim, torna-se imperioso à Administração Pública garantir seu devido funcionamento, sem margem para discricionariedade. 5. Isso posto, a não destinação de estrutura mínima necessária ao funcionamento do Conselho Municipal do Idoso resulta em afronta aos dispositivos legais acima indicados. Não basta assegurar tão somente mera existência formal do Conselho, impossibilitado de exercer seu mister previsto em disposição legal. 6. O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento firme e consolidado de que, na hipótese de demora do Poder competente, o Poder Judiciário poderá determinar, em caráter excepcional, a implementação de políticas públicas de interesse social, sem que haja invasão da discricionariedade ou afronta à reserva do possível. Nesse sentido: AREsp 1.069.543/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 2/8/2017; REsp 1.586.142/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 18.4.2016. 7. Além disso, "o controle jurisdicional de políticas públicas se legitima sempre que a 'inescusável omissão estatal' na sua efetivação atinja direitos essenciais inclusos no conceito de mínimo existencial" (AgInt no REsp 1.304.269/MG, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 20.10.2017). 8. Recurso Especial provido." (REsp 1702195/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, julgado em 10/04/2018, DJe 06/03/2019)

Pela não obrigatoriedade de criação:

"Trata-se de agravo interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que não admitiu recurso especial, fundado na alínea "a" do permissivo constitucional, e que desafia acórdão assim ementado (e-STJ fl. 303): EMBARGOS À EXECUÇÃO. TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICA MUNICIPAL. CRIAÇÃO DE ÓRGÃOS E ESTRUTURAS. PROTEÇÃO AO PATRIMÔNIO CULTURAL. INEXIGIBILIDADE. OBJETO ILÍCITO. INGERÊNCIA INDEVIDA EM ATRIBUIÇÃO DO CHEFE DO EXECUTIVO. - Para que seja considerado válido o Termo de Ajustamento de conduta

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
709
Carimbado Eletronicamente

deve apresentar todos os pressupostos de validade do todo ato jurídico, quais sejam, agente capaz, objeto licito e forma prescrita em lei. - O objeto do Termo de Ajustamento de Conduta é todo aquele que pode ser validamente pleiteado em ação civil pública, motivo pelo qual não podendo ser exigido do Chefe do Executivo em tal ação o objeto do ajuste, que consiste na implementação de política municipal, com a criação de órgãos e estruturas necessárias ao seu funcionamento, por não depender apenas de sua atribuição e por implicar ainda em ingerência do Ministério Público no poder discricionário do Prefeito, necessário se faz o acolhimento dos embargos para extinguir a execução. Embargos de declaração rejeitados, em julgamento assim sumariado (e-STJ fl. 325): EMBARGOS À EXECUÇÃO. TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICA MUNICIPAL. CRIAÇÃO DE ÓRGÃOS E ESTRUTURAS. PROTEÇÃO AO PATRIMÔNIO CULTURAL. INEXIGIBILIDADE. OBJETO ILÍCITO. INGERÊNCIA INDEVIDA EM ATRIBUIÇÃO DO CHEFE DO EXECUTIVO. CONTRADIÇÃO. VÍCIO INEXISTENTE. - Se o acórdão embargado faz expressa menção à inexistência nos autos de título executivo exigível, deixando claro a impossibilidade de se ajuizar a execução com base em Termo de Ajustamento de Conduta que firma obrigações para o Chefe do Executivo que não poderiam ser cumpridas sem a participação do Legislativo, implicando em ingerência indevida do Ministério Público na Administração, não se mostra o julgado contraditório para se sujeitar a qualquer declaração, devendo os embargos observar os requisitos traçados no art. 535 CPC. No especial obstaculizado, a parte ora agravante aponta violação dos arts. 585, II e 586 do CPC/1973, do art. 5º, § 6º, da Lei 7.347/1985 e do art. 25, IV, "a", da Lei 8.625/1993. Sustenta que "o Termo de Ajustamento de Conduta que deu lastro à execução dispõe dos atributos imprescindíveis à sua validade" (e-STJ fl. 338). Depois de contra-arrazoado (e-STJ fl. 344), o apelo nobre recebeu juízo negativo de admissibilidade pelo Tribunal de origem, ao entendimento de que incide a Súmula 211 do STJ (e-STJ fls. 346/347). Na presente irresignação, o agravante alega, em resumo, que o recurso obstado atende aos pressupostos de admissibilidade

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
710
Carimbado Eletronicamente

e, ao final, reitera os argumentos anteriormente expendidos. Contraminuta às e-STJ fls. 362/372. Passo a decidir. Inicialmente, cumpre destacar que "aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça" (Enunciado Administrativo 2 do Plenário do STJ). Considerado isso, verifico que a irresignação recursal não merece prosperar. No caso concreto, o Tribunal de origem declarou a nulidade do Termo de Ajustamento de Conduta, nos termos da seguinte motivação (e-STJ fls. 309/313): É certo que o Termo de Ajustamento de Conduta é considerado título executivo, conforme o disposto no art. 585, VIII, do CPC, o que possibilita sua execução, diante do descumprimento das obrigações nele estabelecidas, que podem ser de pagar ou de fazer ou não fazer, nos termos do art. 3° da Lei 7.347/85. Ocorre que para que o termo de ajuste possua executoriedade, é fundamental que esteja nele prevista primeiramente uma e obrigação certa, quanto a sua existência, e determinada, quanto ao seu objeto e objetivo, sujeitando-se, portanto, à observância dos requisitos de validade de todo ato jurídico, sob pena de ser inválido. No caso dos autos, verifica-se que as obrigações estabelecidas no TAC ora executado envolviam não apenas mero encaminhamento de Projeto de Lei pelo Prefeito para viabilizar a implementação da política pública municipal de proteção ao meio ambiente, mas estabelecia também a constituição de órgãos públicos destinados a efetivar proteção do patrimônio cultural, como Departamento de Patrimônio Cultural, Conselho Deliberativo e Arquivo Público, com respectivo pessoal e estrutura física, providências que dependiam, portanto, de previsão orçamentária. Nesse sentido, verifica-se que o compromisso do Prefeito que assinou o TAC, ao reconhecer sua omissão em implementar a política de proteção ao patrimônio cultural, foi adequar sua conduta às exigências legais que tratam da matéria, o que, entretanto, não poderia fazer sem cumprir suas demais obrigações legais, dentre elas, efetuar a necessária previsão de recursos orçamentários para criar os órgãos destinados a dar efetividade a

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
711
Carimbado Eletronicamente

esta proteção. Dito isso, entendo que as obrigações assumidas perante o Ministério Público Estadual no TAC somente poderiam ser levadas a efeito com encaminhamento do Projeto de Lei para a Câmara Municipal e mediante aprovação desta do orçamento enviado, o que não dependeria apenas do Prefeito executado, ora embargante. Com efeito, entendo que não seria possível que o Ministério Público exigisse através de um Termo de Ajustamento de Conduta que um Prefeito, como Chefe do Poder Executivo, além de encaminhar projeto de lei para a Câmara, já criasse cargos e estrutura física para órgãos destinados a implementar política de proteção ao patrimônio cultural, sem antes aferir a conveniência e a possibilidade orçamentária de criação de tais órgãos. Mais ainda, no presente caso entendo que carece de validade o termo de ajustamento da conduta executado, pois seu objeto se mostra juridicamente impossível, na medida em que implicam a maioria das obrigações estipuladas em ingerência do Ministério Público na Administração Pública, ferindo o poder discricionário atribuído ao Chefe do Poder Executivo Municipal, a quem cabe definir as prioridades de sua Administração. Nesse esteio, considerando que o TAC só pode veicular o que poderia ser obtido na Ação Civil Pública, e que seria impossível conseguir através de tal ação a condenação do apelante no cumprimento de todas as obrigações assumidas no TAC ora executado, necessário se faz extinguir a execução, diante da inexigibilidade de seu título, decorrente da ilegalidade de seu objeto. [...] Nesse esteio, entendo que se o objeto do TAC não pode ser veiculado como o foi - ou ser exigido, por ser ilícito do ponto de vista jurídico, em razão de não ser possível de ser alcançado através de Ação Civil Pública, entendo que devem ser acolhidos os embargos e extinta a execução, em razão da inexigibilidade das obrigações estabelecidas no TAC. Nesse esteio, não vislumbro a exigibilidade do aludido título, até porque não poderia o representante do Executivo que firmou o TAC cumprir todas as obrigações nele fixadas, sem antes observar suas demais obrigações legais, e sem a participação do Legislativo, de quem dependeria, por exemplo, a aprovação da legislação encaminhada para criação dos órgãos necessários para implementar a política de

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
712
Carimbado Eletronicamente

proteção ao patrimônio cultural, bem como a aprovação dos recursos orçamentários destinados a estrutura dos órgãos. Ante o exposto, em reexame necessário, reformo a r. sentença, prejudicado o recurso voluntário, para julgar procedentes os embargos, extinguindo a execução, por inexigibilidade do título executivo, em virtude da nulidade do TAC por falta de objeto lícito. Deixo de condenar o Ministério Público em custas e honorários advocatícios, em virtude de isenção legal. (Grifos acrescidos) Como se vê, a revisão a que chegou o Tribunal de origem sobre a a ausência de certeza, exigibilidade e liquidez do título demanda o reexame dos fatos e provas constantes nos autos, bem como a interpretação das cláusulas do Termo de Ajustamento de Conduta firmado entre as partes, o que é vedado no âmbito do recurso especial. Incide ao caso as Súmula 5 e 7 do STJ. Ilustrativamente: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA. NULIDADE. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC/1973. NÃO OCORRÊNCIA. LOTEAMENTO. OCUPAÇÃO. REEXAME DE PROVAS E DE CLÁUSULAS DO ACORDO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULAS 5 E 7/STJ. 1. Não há violação do art. 535, II, do CPC/1973 quando o acórdão recorrido manifesta-se, de maneira clara e fundamentada, acerca de todas as questões relevantes para a solução da controvérsia, apenas não adotando a tese defendida pelo recorrente. 2. A revisão a que chegou o Tribunal de origem sobre a possibilidade de aproveitamento de todos os lotes, desde que respeitada a faixa de preservação permanente, demanda o reexame dos fatos e provas constantes nos autos, bem como a interpretação das cláusulas do Termo de Ajustamento de Conduta firmado entre as partes, o que é vedado no âmbito do recurso especial. Incide ao caso as Súmula 5 e 7/STJ. A propósito: AgRg no REsp 1.138.363/RS, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, DJe 22/02/2016. 3. Agravo interno não provido. (AgInt no REsp 1.444.425/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 25/04/2017, DJe 08/05/2017). PROCESSUAL CIVIL. AMBIENTAL. POLUIÇÃO. EXECUÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA - TAC. TÍTULO EXECUTIVO

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
713
Carimbado Eletronicamente

EXTRAJUDICIAL. LICENÇA AMBIENTAL. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. REEXAME DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. 1. Trata-se de Execução que tem como causa de pedir o descumprimento de obrigação de fazer de caráter ambiental constante de Termo de Ajustamento de Conduta. RECURSO ESPECIAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL 2. Não se pode conhecer da irresignação contra a ofensa aos arts. 614 e 632 do CPC e ao art. 5º, § 6º, da Lei 7.347/1985, uma vez que os mencionados dispositivos legais não foram analisados pela instância de origem. Ausente, portanto, o requisito do prequestionamento, o que atrai, por analogia, o óbice da Súmula 282/STF. 3. No âmbito de Termo de Ajustamento de Conduta - TAC, a legitimidade, a liquidez e a certeza do título executivo dependem apenas da presença dos elementos constitutivos principais, prescritos em lei e em normas editadas pelos órgãos públicos legitimados. Dispensáveis, pois, como pressupostos de validade e eficácia, especificações matemáticas das prestações estipuladas, bastando que o documento contenha - ou de suas cláusulas se possam inferir - critérios que possibilitem a compreensão e a quantificação das condutas ajustadas, tanto mais quando estas materializam obrigações de resultado, deixados os meios à escolha do empreendedor. Por outro lado, não incumbe ao credor gerar prova pré-constituída e sob bases do contraditório, como condição para a execução. Mesmo que assim não fosse, restaria destacar que conclusões de vistoria por técnicos do Ministério Público ou de outros órgãos públicos - típica declaração do Estado - gozam de presunção relativa de legitimidade e veracidade, qualidade comum a todos os atos administrativos, que inverte, judicialmente, o ônus da prova. Finalmente, convém frisar que a existência de licença ambiental, piso e não teto de garantias ecológico-sanitárias, não impede o empreendedor de, espontaneamente, ampliar e melhorar os mecanismos de salvaguarda do meio ambiente e da saúde humana nela exigidos, nem de celebrar TAC com exigências de prevenção, mitigação, compensação e reparação de danos mais rigorosas que as impostas

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
714
Carimbado Eletronicamente

no licenciamento. 4. Na hipótese concreta dos autos, contudo, o Tribunal, em outros pontos de sua fundamentação, utilizou puros argumentos probatórios, sobretudo no que se refere ao conteúdo de licença de operação válida e não violada. Evidente que modificar o entendimento firmado no acórdão recorrido demanda incursão no contexto fático-probatório dos autos, vedada em Recurso Especial, conforme a Súmula 7/STJ. [...] CONCLUSÃO 6. Recurso Especial do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul e Agravo em Recurso Especial da empresa não providos. (REsp 1.333.251/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/04/2017, DJe 05/05/2017). PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. REQUISITOS DO TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. CONTRATO DO FIES. LIQUIDEZ E CERTEZA AFERIDAS PELO TRIBUNAL A QUO. SÚMULA 7/STJ. 1. A insurgência quanto à liquidez e certeza do título executivo extrajudicial demanda o reexame de provas, o que atrai o óbice constante na Súmula 7/STJ. 2. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1.476.036/PE, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/10/2014, DJe 28/10/2014). Ante o exposto, com base no art. 253, parágrafo único, II, "a", do RISTJ, CONHEÇO do agravo para NÃO CONHECER do recurso especial. Sem arbitramento de honorários sucumbenciais recursais (art. 85, § 11, do CPC/2015), em razão do disposto no Enunciado n. 7 do STJ." (AREsp 630680/MG, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, julgado em 23/04/2020, DJe 24/04/2020)

Deveras, o princípio fundamental da separação de Poderes, consagrado no art. 2º da Carta Magna e sobre o qual se alicerça a República, não pode ser entendimento como uma mera proposição teórica. Ao revés, ele consagra que as políticas públicas empreendidas pela Administração fiquem sob o comando do respectivo Executivo, de sorte que a escolha das prioridades na operacionalização fique sob seu juízo de conveniência e oportunidade, contrapondo-se as necessidades coletivas e os recursos disponíveis. Apenas em casos extremos, nos quais haja, por parte do Executivo, uma omissão qualificada pelo

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
715
Carimbado Eletronicamente

descumprimento de preceitos constitucionais e/ou legais ao ponto de caracterizar verdadeiro abuso do direito à discricionariedade, é que se terá a intervenção jurisdicional não apenas como admissível, mas como imprescindível.

A questão sob exame, então, consiste em perquirir se a não instalação, pelo Executivo local, de um PROCON naquele município consubstanciaria inobservância de direitos fundamentais dos cidadãos apta a autorizar a excepcional intervenção do Judiciário com o escopo de lhe dar concretude, através de comando positivo em desfavor do ente omisso.

Nesse passo, deve-se asseverar que a defesa ao consumidor é, ao mesmo tempo, um direito de natureza fundamental dos cidadãos e um princípio basilar da ordem econômica nacional, nos termos dispostos, respectivamente, nos arts. 5º, inc. XXXII, e 170, inc. V, da CRFB.

A criação de órgãos administrativos com vistas à prevenção e à reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, é meio de garantir e materializar a proteção teórica prevista na Constituição. E, no caso do Município de Itaguaí, a Lei Orgânica local estabelece que:

> *Art. 282. O consumidor tem direito à proteção do Município.*
>
> *Parágrafo único: A proteção far-se-á, entre outras medidas criadas em lei, através de:*
>
> *I - criação de um organismo de defesa do consumidor.*

No caso, é evidente a mora do Executivo municipal para implementar a Lei Orgânica e criar o referido órgão de proteção ao consumidor.

Assim, à vista das premissas de, por um lado, ser possível ao Judiciário, ante inércia da Administração para efetivação de direitos fundamentais, adentrar em seu mérito e determinar a prática de atos que lhe sejam atinentes, e,

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
716
Carimbado Eletronicamente

por outro, constituir a defesa do consumidor direito fundamental dos cidadãos, é forçoso reconhecer, na espécie, situação que torne lícita a imposição de obrigação de fazer pretendida pelo apelante. Em outras palavras: demonstrada a omissão específica da Administração, pode e deve o Poder judiciário determinar que ela cumpra as obrigações relativas à efetivação de direitos fundamentais que se encontrem maculados.

Afinal, é atribuição inequívoca da Administração Pública garantir o estabelecimento e o efetivo funcionamento do órgão local de defesa do consumidor, sob pena de afronta à legislação pertinente. A margem para discricionaridade do Executivo se dá, então, a partir do momento em que garanta, minimamente, a criação do órgão previsto na Lei Orgânica (como escolher tipo de pessoa jurídica a ser adotado, localização, quadro de pessoal, dotação orçamentária etc.). Consequentemente, não há falar em discricionariedade para a criação em si, porquanto de tratar isso de implementação de política pública que escapa ao âmbito de escolha do agente político.

Nesse diapasão, em relação especificamente à criação de órgãos de defesa do consumidor, colhem-se os seguintes arestos, que vão ao encontro do posicionamento ora adotado:

> *"APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA NECESSÁRIA. CRIAÇÃO DE ÓRGÃOS MUNICIPAIS DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INEXISTÊNCIA DE DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA QUANTO À IMPLEMENTAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. AFASTADA A ALEGAÇÃO RECURSAL DE INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO ORÇAMENTÁRIA E DE IMPOSSIBILIDADE DE IMPOSIÇÃO DE ASTREINTES AO PODER PÚBLICO. RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO E IMPROVIDO E REMESSA NECESSÁRIA CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. I. Face aos direitos fundamentais sociais, sucumbe a discricionariedade do administrador em decidir acerca de sua efetivação ou não, eis que a implementação de direitos fundamentais é atividade vinculada, desmoronando, nesse sentido, qualquer alegação de*

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
717
Carimbado Eletronicamente

discricionariedade. Nessa esteira, as normas programáticas, como podem ser classificadas as normas constitucionais que prevêem a defesa do consumidor, estabelecem programas obrigatórios a serem cumpridos pelos Entes Públicos, aos quais cabe, em tese, a escolha acerca da forma de sua implementação. II. Admitindo-se uma vinculação da atividade administrativa quanto aos fins, que são constitucionais, haveria uma discricionariedade de meios, isto é, a Administração teria o poder discricionário para decidir as formas de efetivação dos direitos fundamentais sociais. III. No caso, além de a Constituição Federal já haver determinado à Municipalidade a adoção de medidas cabíveis para a promoção da defesa do consumidor (artigo 5º, inciso XXXII e artigo 170, inciso V), a legislação federal também o fez, tendo determinado a criação do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, nos termos do artigo 105, do Código de Defesa do Consumidor, regulamentado pelo Decreto Federal nº 2.181/1997. Assim, o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor é composto por órgãos federais, estaduais, distritais e municipais, formando uma rede nacional de defesa dos direitos do consumidor, conforme determina o texto constitucional. IV. O Fundo Municipal de Defesa do Consumidor e o Conselho Gestor de Defesa do Consumidor afiguram-se como importantes órgãos municipais componentes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, haja vista que este último será o gestor dos recursos a serem depositados no Fundo, conforme previsão do artigo 56, inciso I c/c artigo 57, ambos do Código de Defesa do Consumidor, bem como pelo artigo 29, do Decreto Federal nº 2.181/1997. V. Seguindo as determinações da Constituição Federal e da legislação federal, a própria Municipalidade Recorrente editou a Lei Complementar nº 1.509/1995 em que previu a criação do Fundo Municipal de Defesa do Consumidor e do Conselho Gestor de Defesa do Consumidor. Posteriormente, tal lei restou revogada, sendo certo que, atualmente, vige, em âmbito municipal, a Lei Municipal nº 2.848/2008. Observe-se, por conseguinte, que o próprio MUNICÍPIO DE GUARAPARI possui legislação desde o ano de 1995 prevendo a criação do Fundo Municipal de Defesa do Consumidor e do Conselho Gestor de Defesa do Consumidor, sendo que até o presente momento (ano de 2012),

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
718
Carimbado Eletronicamente

tais órgãos não foram implementados. VI. Por conseguinte, comprovado que a própria legislação municipal já previu, desde o ano de 1995, a criação de referidos órgãos de defesa do consumidor, e já afirmado que a Administração Pública não possui o poder discricionário de implementar, ou não, os direitos fundamentais sociais, deve-se afastar a alegação do Recorrente de que o pleito ministerial encontra óbice na discricionariedade administrativa, ou seja, afasta-se a alegação de que a Sentença guerreada feriria a separação dos Poderes. VII. A ausência de previsão orçamentária não impede o acolhimento da pretensão autoral, pois o orçamento público não é norma vinculativa, de modo que o Recorrente poderá, para criar esses órgãos, remanejando verbas destinadas a fins menos prioritários, como por exemplo propaganda. Ademais, o Recorrente poderá incluir nos orçamentos seguintes verba específica para o Fundo Municipal de Defesa do Consumidor e o Conselho Gestor de Defesa do Consumidor, o que aparentemente não fez desde o ano de 2008 quando esta Ação foi intentada. VIII. No que pertine à alegação de que não pode haver condenação ao Município em multas, sob pena de causar prejuízo ao erário, aduz-se que a legislação civil não prevê nenhuma restrição quanto ao destinatário das astreintes, consoante dispõe o artigo 461, § 5º, do Código de Processo Civil. Além disso, se as astreintes chegarem a ser aplicadas ao Recorrente, na hipótese de descumprimento da ordem judicial, o mesmo poderá adotar as medidas cabíveis para ressarcir o erário contra o gestor público omisso, como, por exemplo, o ajuizamento de Ação de Ressarcimento ao Erário ou de Ação de Improbidade Administrativa, além do que tal conduta poderá caracterizar crimes contra a Administração Pública, a serem apurados pelo parquet. IX. Em razão da ampla devolutividade inerente à Remessa Necessária, a Sentença deverá ser parcialmente reformada para elastecer o prazo de cumprimento da obrigação para 01 (um) ano, para que o Recorrente possua tempo suficiente para incluir os gastos em sua dotação orçamentária. X. Recurso e Remessa Necessária conhecidos e improvidos, à unanimidade. ACORDA a Egrégia Segunda Câmara Cível, em conformidade da ata e notas taquigráficas da sessão, que integram

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
719
Carimbado Eletronicamente

este julgado, por unanimidade dos votos, conhecer da Apelação Voluntária e negar-lhe provimento e conhecer da Remessa Necessária e conferir-lhe parcial provimento para reformar a Sentença proferida pelo Juízo a quo, apenas no capítulo referente ao prazo para cumprimento da obrigação estipulada, determinando que Recorrente implemente e estruture o Fundo Municipal de Defesa do Consumidor e o Conselho Gestor de Defesa do Consumidor no prazo de 01 (um) ano." (TJES, Classe: Remessa Ex-officio, 021080094994, Relator: NAMYR CARLOS DE SOUZA FILHO, Órgão julgador: SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, Data de Julgamento: 08/05/2012, Data da Publicação no Diário: 16/05/2012)

"APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA – CRIAÇÃO E IMPLEMENTAÇÃO DE ÓRGÃO MUNICIPAL DE PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR – OBRIGAÇÃO DO MUNICÍPIO – INEXISTÊNCIA DE DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA QUANTO À IMPLEMENTAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – SENTENÇA REFORMADA – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. I - A criação e implementação de órgãos municipais de proteção ao consumidor é obrigação do Município. II – Em virtude dos direitos fundamentais sociais, sucumbe a discricionariedade do administrador em decidir acerca de sua efetivação ou não, eis que a implementação de direitos fundamentais é atividade vinculada, caindo por terra, nesse sentido, qualquer alegação de discricionariedade. III – No caso em tela, há sim a necessidade do Poder Judiciário compelir o município apelado a efetivar a política de proteção aos consumidores locais através de criação do órgão próprio, de tal sorte que se apresenta infundada a alegação de ofensa ao princípio da separação dos poderes e de afronta à discricionariedade administrativa." (TJMS. Apelação Cível n. 0800413-73.2014.8.12.0003, Bela Vista, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Amaury da Silva Kuklinski, j: 11/04/2018, p: 12/04/2018)

Pelo exposto, voto para DAR PARCIAL PROVIMENTO ao recurso para condenar o Município apelado a criar, em âmbito local, órgão de defesa do consumidor (PROCON), nos moldes do requerido no item (2) da petição inicial do

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
720
Carimbado Eletronicamente

feito (fls. 13/14), no prazo de um ano a contar desta decisão, sob pena de sanções que deverão ser determinadas pelo juízo *a quo*, em sede de eventual cumprimento de sentença, se for o caso.

Rio de Janeiro, na data da sessão.

DESEMBARGADOR ALCIDES DA FONSECA NETO
RELATOR

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ