

Peças

• • •

## **PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO**

**MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**APELAÇÃO CÍVEL**

**PROCESSO Nº 0238988-11.2017.8.19.0001**

**APELANTE: COMPANHIA ESTADUAL DE ÁGUAS E ESGOTOS – CEDAE**

**APELADO 1: JORGE CLAUDIO DA SILVA**

**APELADO 2: MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO**

**ATRIBUIÇÃO: FAZENDA PÚBLICA**

Pretensão de responsabilidade civil em face do Município e da CEDAE, empresa pública responsável pelo fornecimento de serviço essencial. Serviço de esgoto entupido. Preliminarmente. Arguição de incidente de assunção de competência. Medida processual contrária à efetividade dos direitos fundamentais de efetividade imediata, onde nem mesmo a ausência de lei deve impedir sua eficácia. Incidente que atrasa a efetividade da jurisdição e a análise equitativa própria dos dramas individuais vividos pela comunidade, prejudicando o acesso à saúde, e a dignidade do cidadão, que paga pelo serviço público essencial e se vê vítima do mesmo, e do acesso à moradia, que uma vez conquistado, se vê inviabilizado pelo dano causado à saúde, e ao bem estar dos moradores. A forma é exigida por razões de segurança e não pode legitimar a insegurança da ineficácia de um direito fundamental, pois processo é meio, não fim em si mesmo. No mérito. Necessidade de providências de equidade individual que atenuem o sofrimento dessas pessoas, bem como imponha as medidas necessárias à efetividade dos direitos fundamentais violados. A moradia em condições dignas no que respeita à saúde e condições mínimas de conforto é condição para a própria dignidade da pessoa humana, fonte primeira de todos os demais direitos fundamentais garantidos pela Constituição da República (art. 1º, II e III). Sentença omissa quanto à imposição de multa cominatória em caso de descumprimento, posto que como fato beneficiará todos os demais moradores do bairro que estão privados do acesso aos direitos fundamentais. Necessidade de imposição de preceito. Reforma parcial da sentença, para impor

a multa cominatória nos termos deste parecer, afastando-se o incidente, por contrário a natureza do direito pretendido, e pela consequente desvalorização do humano, face a impossibilidade de aferição de juízo de valor, ou seja, de equidade individual, na reparação dos dramas individuais trazidos a análise do Judiciário.

### ***Egrégia Câmara,***

Trata-se de recurso de Apelação interposta nos autos de Ação de Responsabilidade Civil com pedido de tutela antecipada, proposta por Jorge Claudio da Silva em face do Município do Rio de Janeiro e da CEDAE – Companhia Estadual de Águas e Esgotos.

O MM. Juiz julgou procedente a pretensão inicial para condenar os réus: i) a promoverem as obras de reparo e desobstrução da tubulação da rede de esgoto sanitário, viabilizando a prestação adequada e eficiente do serviço de saneamento básico ao imóvel da parte autora, no prazo de 120 (cento e vinte) dias, a contar do trânsito em julgado; ii) ao pagamento da quantia de R\$5.000,00 (cinco mil reais), em favor do autor, a ser corrigido monetariamente a partir da publicação da sentença e acrescido de juros de mora a contar da citação, conforme art. 405 do CC, condenando ainda os réus ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, na forma do inciso I do §3º do artigo 85 do NCPC, na proporção de 50% para cada qual. Julgou, por fim, improcedente a ação reconvenicional.

Razões recursais acostadas (doc. 001044), a Concessionária aduz, preliminarmente, a sua ilegitimidade passiva *ad causam* em razão do refluxo ser causado pela inexistência de galeria de águas pluviais, sendo de atribuição da municipalidade a instalação e manutenção deste aparato público. Afirma que a canalização que abastece os autores é de natureza irregular, assim sendo, a apelada não seria cliente da empresa.

Alega a ilegitimidade ativa da autora, pois os fatos narrados na peça vestibular materializam direito coletivo indivisível, não cabendo ao particular, de forma individual, pretender sua implementação, posto que são problemas crônicos da localidade, devendo esta matéria ser alvo de discussão e apreciação através de Ação Civil Pública.

Quanto ao mérito, declara que sua atividade não é regida pelo Código de Defesa do Consumidor, por se tratar de Sociedade de Economia Mista. Repulsa o valor do dano moral pelos motivos expostos em preliminar, ao qual alternativamente pede a minoração. Pugna, ao final pelo conhecimento e provimento do recurso, reformando-se a sentença com a consequente improcedência do pedido.

Contrarrazões (doc. 0001103 e 0001104).

Vejamos a quem assiste razão.

## PRELIMINARMENTE

A matéria de fundo versada nos autos além de ser divergente nesse E. Tribunal é atinente à questão que envolve grande repercussão social e elevado interesse público. Tanto é assim que foi suscitado incidente de assunção de competência, pela E. 7ª Câmara Cível, quando o julgamento da Apelação Cível nº 0005852-07.2017.8.19.0001, cuja ementa se transcreve:

APELAÇÃO – CEDAE – REDE DE ESGOTO – REPAROS – CANAL DO ANIL – DEMANDA REPETITIVA – INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA – INSTAURAÇÃO. – Ação de Obrigação de Fazer objetivando os Autores que a Ré proceda à realização da obra de reparo definitivo da instalação da rede de esgoto sanitário, viabilizando a prestação adequada e eficiente do serviço de saneamento básico ao seu imóvel, além da reparação moral. – Inequívoco interesse público a justificar a admissão do Incidente, justificando-se, por sua importância, a concentração do julgamento de recursos que, aliás, tem a tendência de se repetir no âmbito do judiciário. – Questão que envolve grande repercussão social e elevado interesse público, a justificar a unificação dos respectivos julgamentos na fase recursal pela E. Seção Cível deste Tribunal, que deliberará, com efeito vinculativo, sobre o julgamento da responsabilidade eventual do Município do Rio de Janeiro e CEDAE sobre as obras e serviços que se pretende realizar no local. – Incidente de Assunção de Competência que se suscita.

O incidente, revela-se contrário à tutela dos direitos fundamentais pretendidos, que são de aplicabilidade imediata, onde nem mesmo a ausência de lei possibilita sua postergação, como demonstra a Constituição da República, posto que atrasa a efetividade da jurisdição e a análise equitativa própria dos dramas individuais vividos pela comunidade, em razão do entupimento da rede de esgotos e sua consequente situação de insalubridade, prejudicando o acesso à saúde, a dignidade do cidadão, que paga pelo serviço público essencial e se vê vítima do mesmo, e o acesso à moradia, que, uma vez conquistado, se vê inviabilizado pelo dano causado à saúde e ao bem estar dos moradores.

Nesse sentido, a lei ordinária federal, através do Código de Defesa do Consumidor, reafirma sua importância ao conferir legitimação à suas vítimas nas situações de consumo, onde não seja observada, pelo serviço responsável, a efetividade de direitos fundamentais.

Nesse sentido o art. 81, parágrafo único, da Lei nº 8.078/90:

Art. 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.

Tratando-se de direito fundamental de efetividade imediata, qualquer restrição à sua efetividade contrasta com os comandos da Constituição da República.

Nesse sentido, cabe lembrar, que *a forma é exigida por razões de segurança, e não pode legitimar a insegurança da ineficácia de um direito fundamental, pois processo é meio, não fim em si mesmo!*

Em outras palavras, estamos tratando de direito social fundamental de efetividade imediata, onde a correlação hipotética entre o direito e o titular que o pretende em juízo é adequada, não se devendo confundir efeitos de *fato* da sentença de mérito, com os limites *subjetivos* da *coisa julgada*.

O fato de a sentença, em relação ao autor, beneficiar como *fato* os demais moradores apenas indica a necessidade de análise individual dos dramas de cada família, decorrentes da omissão do Município e da empresa pública responsável pela prestação do serviço.

Devemos ter em conta que a equidade individual deve ser aferida em cada caso concreto, de forma a se realizar a verdadeira justiça e não generalizar o drama com desvalorização do humano, transformando em demanda estrutural reparações que merecem toda a atenção do Judiciário de forma a se realizar uma justiça mais perfeita.

*Nesse sentido, a sentença foi ineficiente ao não impor sanção cominatória pelo descumprimento do prazo estipulado para as obras necessárias aos reparos no serviço essencial.*

No Direito Romano, “a coisa julgada entre uns não prejudicava outros” (*Res inter alios iudicatae nullun aliis praeiudicium faciunt*) (1 D.44.22). Além desta passagem de Ulpiano, há uma resposta de Paulo que merece ser considerada a esse propósito: Lúcio Tício agiu criminalmente contra Gaio Seio por esse havê-lo injuriado. O Prefeito pretório sentenciou não ter havido qualquer injúria. Perguntou-se então se as testemunhas falazes deviam ser tidas por infames. Respondeu Paulo: “Não convém que a sentença, justa ou injusta, pronunciada contra um prejudique outro” (*non oportet ex sententia, sive iusta sive iniusta, pro alio habita alium pregravari*) (21 D.3.2).<sup>1</sup>

<sup>1</sup> TORNAGHI, Hélio. *Instituições de Processo Penal*, Vol. I, p.478.

Já no Direito germânico, a sentença poderia atingir quem quer que dela tivesse notícia e, por isso mesmo, são vários ali os meios de intervenção de terceiros.<sup>2</sup>

Da fusão dessas duas tendências provém, no Direito comum, de um lado, a limitação dos efeitos do julgado aos litigantes e, do outro, a possibilidade de terceiros intervirem na causa.

Isso não significa que a sentença não seja sentença para os não contendores. Ao contrário: ela é FATO jurídico que a ninguém é dado desprezar: todos, partes ou terceiros, estão diante de um fato histórico, relevante para o Direito e que não pode ser apagado da realidade. Apenas esse FATO não pode trazer prejuízo para os que não estiverem em litígio, ou melhor, para os que não estiveram no processo.

Isso não significa que DE FATO não possa advir da sentença um prejuízo para terceiro. Chioenda figura a hipótese da sentença que diminuiu o patrimônio de alguém e que, DE FATO, lhe prejudica o herdeiro; e da que reconhece novos débitos de um indivíduo e, DE FATO, lhe prejudica os credores. Haveria prejuízos DE DIREITO, se essas sentenças negassem o direito de sucessão e o de crédito, respectivamente.

A sentença, portanto, pode alterar a situação DE FATO de terceiros, mas não a situação jurídica. O fato de uma sentença afirmar que Tício é herdeiro de Caio não impede que também Cícero o seja. Pode é, DE FATO, e por via de consequência, diminuir o quinhão de Cícero. Ou, melhor: não diminui, propriamente, mas impede que Cícero receba o que, de direito, deve pertencer a Tício.

A coisa julgada, portanto, opera *de iure, inter partes*, mas de fato, *erga omnes*. A doutrina fala aqui dos efeitos reflexos da coisa julgada, caso particular da teoria de lhering sobre os efeitos reflexos dos fatos jurídicos.<sup>3</sup>

Nas questões relativas ao estado civil das pessoas, a coisa julgada opera *adversus omnes*: a sentença declara ou constitui situação de Direito material que não varia. Se, por exemplo, o juiz anula um casamento, as partes voltam a ser solteiras, não apenas uma perante a outra, mas diante de todos.<sup>4</sup>

No nosso caso específico, a sentença como FATO beneficiará todos os demais moradores do bairro que estão privados do acesso aos direitos fundamentais à saúde e à moradia com dignidade.

Portanto, é importante sempre repetir, que, para que se possa invocar a coisa julgada, é preciso que a mesma coisa (*eadem res*) seja novamente pedida pelo mesmo

<sup>2</sup> CHIOVENDA, *Instituições*, Vol. I, p. 572.

<sup>3</sup> Sobre a extensão da coisa julgada a terceiros: ALLORIO, *La Cosa Giudicata rispetto ai Terzi*: Hofmann, Über das Wesen die subjektiven Grenzen der Rechtskraft, p. 37 e ss.; NOSEK, *Die Rechtswirkungen des Urteils gegen dritte Personen*. Rosenberg, Lehrbuch, par. 152, p.514, par. 157, p. 532 e ss.; LIEBMAN, *Eficácia e Autoridade da Sentença*, p. 73 e ss., que contesta a possibilidade de conciliar a teoria dos efeitos reflexos com a natureza atributiva que ele empresta à coisa julgada. Tornaghi sustenta que este não tem razão, pois a coisa julgada, mesmo de acordo com a concepção de Libman, torna imutável a decisão e o problema está em saber se ela é inalterável apenas para as partes ou também para terceiros. *Instituições*, vol. I p. 479.

<sup>4</sup> ALLORIO, ob. cit. LIEBMAN, *A coisa julgada nas questões de Estado*, artigo publicado na revista La Ley, Buenos Aires, 1939. Publicado na Revista Forense, vol. 82, p. 272 e ss.

autor contra o mesmo réu (*eadem personae*) e sob o mesmo fundamento de fato (*eadem causa petendi*).

Assim, quando se fala em limites objetivos da coisa julgada, se está referindo aos parâmetros do que foi pedido em juízo, ou seja, da pretensão do autor, objeto do processo. Quando se refere a limites subjetivos, se fala em partes da relação jurídico-processual, ou seja, os atores processuais que têm correlação hipotética entre o direito pretendido em juízo e a titularidade para a sua defesa.

Nesse sentido, estabelece a Constituição da República como direito fundamental de natureza social e dever do Estado de efetividade imediata, o acesso à saúde, que está sendo negado pelas condições a que está sendo submetido o autor, a moradia, que uma vez conquistada é inviabilizada pela má prestação do serviço público, e da dignidade da pessoa, que se vê impelida a viver em condições insalubres apesar de pagar pelo serviço público de natureza essencial.

Art. 6º - São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Não se deve esquecer que a moradia em condições dignas no que respeita à saúde e condições mínimas de conforto é condição para a própria dignidade da pessoa humana, fonte primeira de todos os demais direitos fundamentais garantidos pela Constituição da República (art. 1º, II e III).

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

Os Direitos sociais têm aplicação imediata e não estão submetidos à instância administrativa ou mesmo à existência de lei para sua efetividade, como demonstra o mandado de injunção, possível sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais, que englobam, nesse caso, os Direitos expressos dos arts. 5º ao 11 da Carta da República, onde se inclui os Direitos à saúde e à moradia (art. 6º).

Não é por outra razão que a nossa Constituição cidadã de 1988 assegura a efetividade desses direitos fundamentais.

Diz a Constituição da República do Brasil de 1988, no seu art. 5º, LXXI:

Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício:

a) dos direitos e liberdades constitucionais (arts. 5º a 11);

b) das prerrogativas inerentes:

-à nacionalidade (art. 12);

-à soberania (popular arts. 14 a 16);

-à cidadania (art. 1º, II, art. 22, XIII).

Como consequências do preceito constitucional:

1º - alarga o campo da jurisdição de equidade;

2º – transporta para o Direito Público o remédio (*relief*) da *injunction* que, no Direito inglês e no americano, se aplica à área do Direito Privado;

3º – abre as portas para renovação e o ajustamento do Direito a novas realidades sociais<sup>5</sup>.

Ou seja, nem mesmo a ausência de lei impede a efetividade desses direitos, sendo esta imposição reafirmada no parágrafo primeiro do artigo 5º da Constituição da República ao determinar:

§ 1º- As normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata.

O Professor Hélio Tornaghi, em precioso estudo sobre o Mandado de Injunção, logo após o seu surgimento na Constituição da República de 1988, afirmava que “em matéria jurídica, o labor nunca está terminado. *Ex facto oritur ius*: O Direito nasce dos fatos<sup>6</sup>. As leis avançam por degraus; a realidade é esteira que não para. As leis imitam os ponteiros do relógio, que pulam de quando em quando; as transformações sociais são ininterruptas. São necessários mecanismos que adaptem permanentemente o Direito à realidade e amparem os legítimos interesses que a norma legal ainda não traduziu

<sup>5</sup> Para um exame mais profundo sobre as consequências no ordenamento pátrio, ver TORNAGHI, Hélio: *O mandado de injunção*, Revista de Processo nº 5, *apud* FABIÃO GUASQUE, Luiz, *O Controle de Inconstitucionalidade das Leis*. p.133 e ss., Editora Freitas Bastos, 2ª edição 2013.

<sup>6</sup> Os antigos esclareciam terem-lhes vindo dos deuses as suas leis. Os cretenses atribuíam as suas, não a Minos, mas a Júpiter; os lacedemónios acreditavam por seu legislador, não a Licurgo, mas a Apolo. Os romanos afirmavam ter Numa escrito como lei o que uma das divindades mais poderosas da Itália antiga, a deusa Egéria, lhe ditara. Os etruscos receberam as suas leis do deus Tagés. Em todas opiniões encontramos algo de verdadeiro. O autêntico legislador, entre os antigos, nunca esteve no homem, mas na crença religiosa de que o homem era portador. As leis ficaram sendo, durante muito tempo, coisa sagrada., COULANGES, Fustel de. *A Cidade antiga*, p. 233.

em forma de direitos<sup>7</sup>. Esse tem sido o papel da equidade social, que fez a grandeza do Direito Romano e a flexibilidade do Direito inglês. E é esse milagroso remédio que se introduziu entre nós para a proteção ‘dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania (popular) e à cidadania’, sempre que a falta de norma regulamentadora lhes torne inviável o exercício (Constituição da República, art. 5º, LXXI).

Trata-se de instrumento de proteção e ao mesmo tempo de ferramenta forjadora de direitos<sup>8</sup>.

Calamandrei, em notável estudo sobre “O Significado constitucional das jurisdições de equidade”<sup>9</sup>, lembra a existência de dois sistemas de manifestação do Direito. O mais comum em nossos dias é o da formulação legislativa, decorrente da separação de poderes. Nele, a função de modelar a norma jurídica pertence ao Legislativo e a de aplicá-la, ao Judiciário. É do legislador a tarefa de interrogar a consciência coletiva e de avaliar os interesses; de ordenar os sentimentos, as tendências e as aspirações das quais nasce o Direito de um povo em certo momento de sua história. Neste sistema, a modelagem do Direito não se faz caso por caso, mas em moldes que abstraem das particularidades de cada evento.

Mas pode acontecer que a lei não regule determinado caso. Nessa hipótese, os tribunais voltam ao método primitivo, o juiz formulava a regra que, em seguida, aplicava. É o “sistema da formulação do Direito”. Mostra Calamandrei que, em sua pátria, foram até criados órgãos judiciários encarregados de julgar por equidade. Nesse caso, diz o mestre italiano, “o juiz se põe diretamente em contato com a consciência popular, na qual o Direito flutua no estado de sentimento ainda não fixado em precisas normas racionais. E dessa consciência, da qual ele próprio participa como membro da sociedade, ele retira inspiração para resolver cada caso, de acordo com princípios que ele não cria, mas encontra já existentes”. “Nenhum obstáculo se interpõe entre o Direito e o juiz, que se encontra em permanente contato com a viva e fresca realidade social e que, assim, pode sentir-lhe as necessidades e fielmente seguir-lhe a evolução”.

Se na jurisdição legal o juiz submete o caso concreto à lei, ele o faz segundo seu modo de interpretar os fatos e o texto legal. Ocorre que o Direito legislado tem apenas uma parte da consciência jurídica: a outra é dada pelo costume e pela jurisprudência, pois não podemos negar que direito vivo é o que os tribunais consagram.<sup>10</sup>

<sup>7</sup> O princípio supremo em que se inspira a conduta de um Estado é o da sobrevivência, exatamente como ocorre no estado de natureza segundo a hipótese hobbesiana. Este princípio encontrou uma formulação clássica na máxima ciceroniana “*Salus populi suprema lex esto*” (*De legibus*, III, 3), que foi repetida ao longo dos séculos com poucas variantes (em latim original: O bem-estar do povo é a lei suprema. BOBBIO, Norberto, *O Futuro da Democracia...* p.293.)

<sup>8</sup> TORNAGHI, Hélio, “*O mandado de injunção*”. Revista do Ministério Público, Vol. I, p.54.

<sup>9</sup> Preleção com que abriu o ano letivo do Instituto de Ciências Sociais Cesare Alfieri, depois publicada nos *Studi sul processo civile*. Vol.II, p.1 e ss.

<sup>10</sup> A equidade, enquanto justiça do caso concreto, pode ser redefinida como a justiça do homem em contraste com a justiça da lei. BOBBIO, Norberto, *O Futuro da Democracia...* p.252.

O Professor Hélio Tornaghi alerta para o fato de que não se trata de equidade individual (epiquéia), como acontecia, por exemplo na Lei de Luvas, em que o juiz levava em conta as circunstâncias do caso concreto (art. 16); trata-se, em contrário, da equidade social (a *equity* dos ingleses), que tem em consideração o que normalmente é justo, a fim de formular a norma, em seguida aplicada ao caso concreto<sup>11</sup>.

A equidade é sempre o modo de determinar o que é justo em cada caso concreto e completa a lei e a torna mais perfeita em duas hipóteses:

1ª – a lei, que é genérica e abstrata, não prevê todas as circunstâncias particulares de cada caso concreto. A equidade a preenche e a torna mais justa ao mandar que o juiz leve em conta as peculiaridades do caso. Aí funciona como a fita métrica usada pelos operários da ilha de Lesbos (semelhantes a que utilizam os alfaiates e as costureiras de hoje), que seria o contorno das superfícies sinuosas a serem medidas. Esta é a equidade individual.

É possível a utilização da equidade nos casos em que a negação da norma atende ao seu sentido teleológico. É o exemplo da permissão de entrada de um cego acompanhado de seu cão-guia em lugares onde fosse proibida a entrada de animais: somente negando a norma é que se alcançaria a sua finalidade de melhor uso do espaço, respeitando o caráter singular de sua aplicação.<sup>12</sup>

2ª – de outras vezes, a lei é totalmente lacunosa, não prevê a hipótese que se apresenta em concreto. Nesse caso, surge a equidade social, que manda o juiz completar a lei formulando ele próprio a norma aplicável. Calamandrei, no sexto parágrafo do ensaio anteriormente citado, admite até a equidade social *contra legem* e indica (na nota 26), no mesmo sentido, Geny, Miceli, Pachioni e Del Vecchio.

No presente caso, a falta de providências do Município e da empresa pública deve ensejar *medidas de equidade individual* que atenuem o sofrimento dessas pessoas, bem como imponha as medidas necessárias à efetividade dos direitos fundamentais violados.

Nesse aspecto, a reparação imediata com a imposição de penalidade pelo descumprimento se revela o mecanismo mais apropriado de forma a se dar cumprimento à Constituição da República.

Em sentido contrário, qualquer medida de banalização do problema e do drama individual, tornando coletiva uma ação individual que pretende a efetividade imediata de um direito fundamental garantido na Constituição da República.

Nesse sentido, nos manifestamos contra o incidente de assunção de competência por considerá-lo contrário à natureza do direito pretendido e sua efetividade constitucional, bem como a perfeita reparação às lesões individuais.

<sup>11</sup> TORNAGHI, Hélio, *O mandado de injunção*, Revista de Processo, nº 5, p. 62. A distinção entre equidade individual e social já vinha de Aristóteles. Na Ética de Nicômaco, ele ensinava que a equidade se adapta às várias contingências de cada fato, enquanto que a equidade social se aplica aos casos em que não há norma de lei e exige que o juiz estabeleça uma regra adequada ao caso que lhe é submetido, apud FABIÃO GUASQUE, Luiz, *O Controle de Inconstitucionalidade das Leis*, p.140, Editora Freitas Bastos, 2ª edição, 2013.

<sup>12</sup> FONTES, André, *Jurisdição de equidade e equidade criação*. Revista Justiça & Cidadania nº 34, p. 23.

Tratando-se de direito fundamental, a decisão de efetividade individual beneficia como *fato* todos os demais moradores.

A propósito, não se trata de tutela que expresse possibilidade de irreversibilidade do direito, nos termos do artigo 300 do CPC, posto que sua reparação e imposição de multa pelo descumprimento é mecanismo que pune o desvalor do governo em relação ao indivíduo e impõe sanção pecuniária ao agente político que mal administra os recursos públicos não os direcionando à satisfação das necessidades básicas do cidadão na tutela de seus direitos fundamentais.

Portanto, devem ser impostas medidas que aliviem o sofrimento das pessoas nesta situação indigna de insalubridade e obriguem o Poder Público a realizar as adaptações necessárias à adequação dos seus serviços aos preceitos que regulamentam os parâmetros de valoração do direito fundamental.

Assim, usando do mesmo mecanismo de construção do direito a partir da equidade, da reparação e da sanção por omissão, se presta a aperfeiçoar a Democracia no Estado contemporâneo, como meio de controle de efetividade da Constituição, e deve se utilizar do mesmo princípio do mandado de injunção, fundado na equidade, para dar cumprimento a preceito constitucional de aplicabilidade imediata.

A equidade-criação serve de fundamento ao juiz para proferir decisões não lastreadas na lei. Se ao juiz é determinada a observância da lei e do Direito em atendimento ao princípio da vinculação da jurisdição, que lhe impõe decisões *secundum legis*, excepcionalmente deverá julgar “como se fosse legislador”, criando a solução do caso e resolvendo o litígio.

Quando exerce jurisdição lastreada somente na lei, diz-se que se tem jurisdição legal. Ao contrário, quando se tem decisões lastreadas na equidade, tem-se a jurisdição de equidade, que é a forma como se revela a equidade criação.<sup>13</sup>

A diferença entre esses dois tipos de equidade ressalta da comparação entre o art. 4º e o art. 1º do Código Civil suíço.

O art. 4º (equidade individual) manda que o juiz leve em conta as circunstâncias do caso concreto.

O art. 1º (equidade social) ordena que, na falta de norma regulamentadora, o juiz aplique a que ele próprio formularia se fosse legislador. Nessa hipótese, a equidade é fonte formal do Direito, como o que se dá agora entre nós, com o Mandado de Injunção.

Nesse sentido, deve-se ter em conta, porém, que na hipótese de equidade social, a atividade do Judiciário não é criadora do Direito objetivo, genérico e abstrato. É apenas declaratória de uma norma equitativa, ou seja, norma sim, mas para ser aplicada apenas ao caso levado à apreciação do judiciário.

<sup>13</sup> FONTES, André, *idem*, p. 23.

Assim como a lei admite, por vezes, o costume como fonte subsidiária, assim também a Constituição recorre à equidade nos casos do art. 5º, LXXI, para suprir as hipóteses de falta de efetividade do Direito fundamental.

Desta forma, a reparação de efetividade de direito fundamental deve, como expressão de juízo adequado de equidade à situação posta em análise, ser concedida de forma a amenizar a situação de sofrimento dessas famílias, que, uma vez atendida, impulsionará o Poder Público a tomar as providências necessárias a normalização do serviço essencial.

Por outro lado, a condenação por multa cominatória por descumprimento impõe ao poder público o dever de impedir o crescimento de indenizações que podem alcançar valores compatíveis com a solução do problema por iniciativa dos próprios atingidos.

Em outras palavras, ou faz ou vai pagar tanta multa que o particular pode contratar serviços particulares e buscar a regularização do problema.

Afirmamos isso, posto que as ações coletivas têm afastado o particular de seus efeitos, sempre proferidos por decisões para reestruturação do serviço que na grande maioria das vezes não é atendida, ou atendida parcialmente, sem a participação direta dos atingidos, desvalorando o humano e o direito fundamental correlato.

Por estas razões, a sentença deve ser reformada no sentido de impor sanção pecuniária por mês de descumprimento na regularização do reparo ao serviço de natureza essencial, equivalente ao valor do dano moral, ou seja, pagamento de multa de R\$ 5 mil reais ao morador, a cada mês vencido após os 120 dias impostos na decisão de primeira instância.

Pelo exposto, espera o Ministério Público a reforma parcial da sentença, para impor a multa cominatória nos termos supra referidos, afastando-se o incidente, por contrário à natureza do direito pretendido, e pela conseqüente desvalorização do humano, face a impossibilidade de aferição de juízo de valor, ou seja, de equidade individual, na reparação dos dramas individuais trazidos à análise do Judiciário.

É o que me parece

Rio de Janeiro, 11 de setembro de 2019.

**LUIZ FABIÃO GUASQUE**

Procurador de Justiça