Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
212
Carimbado Eletronicamente

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0013471-25.2016.8.19.0000

AGRAVANTE: FETRANSPOR FEDERAÇÃO DAS EMPRESAS DE TRANSPORTES DE PASSAGEIROS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
AGRAVANTE: RIOCARD TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO S/A
AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
AGRAVADO: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
RELATOR DESIGNADO PARA A LAVRATURA DE ACÓRDÃO: Desembargador **WERSON RÊGO**

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ALEGAÇÃO DE VÍCIO NO SERVIÇO PRESTADO PELAS RÉS NA GESTÃO, EMISSÃO, COMERCIALIZAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO DOS CARTÕES DE BILHETAGEM ELETRÔNICA RIOCARD, CONSISTENTE NO CONFISCO DAS SOBRAS DOS VALORES INSERIDOS PELOS CONSUMIDORES NOS SEUS CARTÕES RIOCARD, APÓS O VENCIMENTO DO PRAZO ANUAL, BEM ASSIM DE OFENSA AOS ARTIGOS 39, V E 51 §1º, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PRONUNCIAMENTO INTERLOCUTÓRIO RECORRIDO QUE, *INITIO LITIS*, SEM A FORMAÇÃO DA RELAÇÃO JURÍDICO-PROCESSUAL E SEM A OPORTUNIDADE DE UM CONTRADITÓRIO MÍNIMO, ENFRENTOU O MÉRITO DA DEMANDA E ENTREGOU A TUTELA RECLAMADA PELOS AUTORES. AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO PELA PARTE RÉ. PRELIMINAR DE NULIDADE DA R. DECISÃO AGRAVADA, SUPOSTAMENTE PROFERIDA POR JUÍZO ABSOLUTUAMENTE INCOMPETENTE. EM RELAÇÃO À QUESTÃO MERITÓRIA, ALEGAM OS RECORRENTES QUE OS AUTORES TERIAM INDUZIDO A ERRO O D. JUÍZO *A QUO*. AFIRMAM QUE O SISTEMA POR ELES OPERADOS ESTÁ EM CONSONÂNCIA COM A LEI ESTADUAL 4.291/04, QUE INSTITUIU O CHAMADO "SISTEMA DE BILHETAGEM ELETRÔNICA" NOS SERVIÇOS DE TRANSPORTE COLETIVO DE PASSAGEIROS POR ÔNIBUS, NO ÂMBITO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. RECLAMAM A INCIDÊNCIA AO CASO CONCRETO DO ART. 19, DA LEI ESTADUAL 5.628/09. DEFENDEM QUE TODOS OS CARTÕES POR ELAS EMITIDOS ENCONTRAM ABRIGO LEGAL, SENDO ELES DESTINADOS À AQUISIÇÃO DE BILHETES DE PASSAGEM, DE FORMA ANTECIPADA, E NÃO A UM "ARMAZENAMENTO DE VALORES". NEGAM A OCORRÊNCIA DE CONFISCO DE QUALQUER VALOR, VEZ QUE OS CRÉDITOS EXPIRADOS TERIAM SIDO TOTALMENTE DESTINADOS AO CUSTEIO DAS DESPESAS INCORRIDAS COM A IMPLANTAÇÃO, MANUTENÇÃO, OPERACIONALIZAÇÃO E MODERNIZAÇÃO DO SISTEMA DE BILHETAGEM ELETRÔNICA, SEM O REPASSE DE UM ÚNICO CENTAVO SEQUER ÀS CONCESSIONÁRIAS DE SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSPORTE DE PASSAGEIROS. PONDERAM, ADEMAIS, QUE A QUALQUER USUÁRIO, DE QUALQUER CARTÃO ELETRÔNICO OPERADO PELAS AGRAVANTES, SERIA ASSEGURADO O DIREITO DE REQUERER E DE OBTER O REEMBOLSO DE VALORES EXISTENTES EM SEUS CARTÕES, DESDE QUE O FAÇAM DENTRO DO PRAZO DE VALIDADE PREVISTO EM LEI PARA TANTO, O QUE AFASTARIA O FUNDAMENTO DA R. DECISÃO IMPUGNADA DE QUE HAVERIA A RETENÇÃO INDEVIDA DAS SOBRAS QUE NÃO FORAM SUFICIENTES PARA NOVAS VIAGENS PELO CONSUMIDOR. POR FIM, AFIRMAM QUE, SEGUNDO A LEI ESTADUAL 5.628/09 E SEU DECRETO REGULATÓRIO 42.262/10, FORA CRIADO O FUNDO ESTADUAL DE TRANSPORTES, NO QUAL O ESTADO DEPOSITA OS VALORES REFERENTES AO SUBSÍDIO DA TARIFA SOCIAL, INFORMADOS MENSALMENTE À SECRETARIA DE TRANSPORTES, QUE FISCALIZA E AUDITA O SISTEMA COMO UM TODO.

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ
WERSON FRANCO PEREIRA REGO:16700 Assinado em 07/07/2017 12:58:49
Local: GAB. DES. WERSON FRANCO PEREIRA REGO

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
213
Carimbado Eletronicamente

1. **PRELIMINAR DE NULIDADE DA R. DECISÃO AGRAVADA. INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DO R. JUÍZO EMPRESARIAL. REJEIÇÃO. -** À época do ajuizamento da ação e da prolação da r. decisão interlocutória recorrida, inquestionável a competência das varas empresariais para o conhecimento e julgamento de ações coletivas que versam sobre questões relativas a relações de consumo, *ex vi* do artigo 50, I, c, da Lei de Organização e Divisão Judiciária do Estado do Rio de Janeiro. O *eventual* e *superveniente* interesse do Estado do Rio de Janeiro na presente demanda, em decorrência da inclusão do §3º ao artigo 19, da Lei estadual n. 5.628/09, com a redação que lhe fora dada pela Lei estadual n. 7.506/16 (não manifestado nos autos até a data deste julgamento), não interferirá sobre a validade e a eficácia da r. decisão recorrida, diante do que dispõe o artigo 64, §4º, do CPC, que preserva os efeitos de decisões proferidas por órgãos incompetentes, até que outra decisão seja conferida por aquele considerado competente, sendo irrelevante a natureza da incompetência, isto é, se absoluta ou relativa.
2. **MÉRITO** - A decisão deferida *initio litis* em ação civil pública tem, inequivocamente, natureza antecipatória, constituindo-se, com efeito, em **verdadeira antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional a ser concedida na sentença**. Não se trata, pois, de um provimento próprio, autônomo, senão de um provimento antecipatório, concedido no limiar do processo, com requisitos específicos. Objetiva entregar aos Autores da ação, desde logo, o provimento que só se obteria ao final do processo, por conta da grande probabilidade de êxito da pretensão, evitando-se, desta forma, grave prejuízo ao demandante, por conta do transcurso do tempo da ação. Trata-se de **TUTELA ESPECÍFICA**, que não se confunde com a medida cautelar do artigo 4º, que teria função preventiva, assecuratória, nem tampouco com a própria tutela antecipada genérica (art. 273, CPC/73; art. 294 e seguintes, CPC vigente).
3. No caso concreto, há que se ponderar a existência de regras jurídicas a versar sobre o tema controvertido, notadamente, o artigo 19, da Lei estadual n. 5.628/2009 (quer em sua redação original, vigente ao tempo da r. decisão agravada, quer em sua redação alterada, vigente ao tempo deste voto). Insta aduzir que o vergastado dispositivo fora, por duas vezes, SEM ÊXITO, objeto de representações de inconstitucionalidade, perante o e. Órgão Especial deste Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.
4. Não cabe ao Poder Judiciário (especialmente fora das hipóteses de controle de constitucionalidade), sob pena de indesejável ativismo, invalidar atos legislativos cuja constitucionalidade é sustentável (*judicial self restraint*), desviando-se da metodologia interpretativa, atuando como "legislador positivo" (*legislation from the bench*), para alcançar resultados não vislumbrados ou pretendidos pelo legislador e pelas políticas públicas. É preciso que o Poder Judiciário se autocontenha e seja deferente com a atuação legítima dos demais poderes.
5. A prática vergastada na presente ação tem em curso há pelo menos 07 anos, amparada por lei vigente. **Não se vislumbra**, pois, pelo menos em linhas iniciais, em cognição perfunctória e sem instrução exauriente, **o pressuposto da probabilidade do direito.**
6. Quanto ao **perigo de dano**, assim se entende a probabilidade de um prejuízo ou de um dano a qualquer bem juridicamente protegido. E, por **risco ao resultado útil do processo**, a possibilidade de ofensa à busca pelo bem da vida em prazo razoável, sem que se permita postergação da prestação jurisdicional. Sobreleva em importância afirmar que o periculum in mora da tutela cautelar NÃO É IDÊNTICO AO DA TUTELA ANTECIPADA.

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
214
Carimbado Eletronicamente

7. Na tutela antecipada, há necessidade de "execução para a segurança", nas palavras de Pontes de Miranda. Vale dizer, é preciso satisfazer adiantadamente a pretensão material para afastar-se o risco à esfera do requerente. Como diria Calamandrei, tal esfera seria acometida por um "*pericolo di tardività*". Já na tutela cautelar, ainda com Calamandrei, a pretensão seria ameaçada por um "*pericolo di infruttuosità*".
8. Destarte, por se deslocar temporalmente a providência reclamada – do momento da prolação da sentença para o momento da decisão interlocutória antecipatória dos efeitos do julgamento do mérito, deve-se considerar aquela providência submetida a um risco intolerável, sendo necessária a existência de um "perigo concreto decorrente da demora da prestação jurisdicional, pelo risco que existe na própria espera".
9. Por fim, o deferimento da antecipação da tutela, *initio litis*, sem a oitiva da parte contrária, não é cabível *tout court*, sendo providência de inequívoca excepcionalidade, somente justificável em situações de direito evidente e diante de um grave e concreto perigo de demora, que coloque em sério e sincero risco a prestação da tutela jurisdicional – o que não ocorre no caso concreto. A regra geral é postergar-se, justificadamente, a análise do pedido de antecipação da tutela. Nesse sentido, o artigo 9º, caput, do Código de Processo Civil, não se podendo esquecer que o princípio do contraditório TAMBÉM TEM NATUREZA DE DIREITO FUNDAMENTAL CONSTITUCIONAL.
10. Ausentes, por ora, elementos suficientes que justifiquem o tratamento excepcional - de se antecipar, *in limine litis* e *inaudita altera pars*, para o momento do deferimento da petição inicial, os efeitos da tutela jurisdicional postulada -, voto no sentido de se dar provimento ao presente agravo, reformando-se integralmente a r. decisão recorrida.

Visto, relatado e discutido este recurso de agravo de instrumento nº **0013471-25.2016.8.19.0000,** em que figuram como Agravantes **FETRANSPOR FEDERAÇÃO DAS EMPRESAS DE TRANSPORTES DE PASSAGEIROS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO e RIOCARD TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO S/A** e Agravados **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO e DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO,**

A C O R D A M os Desembargadores que integram a Vigésima Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por **maioria de votos**, em **dar provimento** ao recurso, nos termos do voto do Desembargador Relator.

Rio de Janeiro, 12 de abril de 2017.

Desembargador **WERSON RÊGO**
Relator Designado

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
215
Carimbado Eletronicamente

VOTO VENCEDOR

Agravo de instrumento interposto contra r. decisão proferida pelo MM. Juízo de Direito da 6ª Vara Empresarial da Comarca da Capital que, em Ação Civil Pública, deferiu o pedido de antecipação de tutela formulado pelos autores da ação, nos seguintes termos:

> *"Trata-se de ação civil pública consumerista, com pedido de antecipação de tutela, proposta pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro em face da FETRANSPOR - Federação das Empresas de Transportes de Passageiros do Estado do Rio de Janeiro e RIOCARD TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO S.A., ao argumento de vício no serviço prestado pelas Rés na gestão, emissão, comercialização e distribuição dos cartões de bilhetagem eletrônica RioCard, consistente no confisco das sobras dos valores inseridos pelos consumidores nos seus cartões RioCard, após o vencimento do prazo anual. Esclarecem que foram as próprias Rés que fixaram o prazo de um (1) para que os consumidores utilizem os créditos que tiverem inserido na ´bolsa crédito´ de seus cartões RioCard. E, vencido este, as sobras são automaticamente transferidas para o patrimônio das Demandadas. Os Autores acrescentam, ainda, que as Rés atuam conjuntamente na gestão, emissão, comercialização e distribuição dos cartões RioCard --- que funcionam como meio de pagamento eletrônico de passagens modais de transporte ---, cartões estes utilizados pelos consumidores em quase todas as empresas permissionárias do segmento de transporte coletivo de passageiros no Estado do Rio de Janeiro, quer viário, quer marítimo, quer férreo. Explicam, detalhadamente, que, com o cartão RioCard, os consumidores, através de postos de recarga, podem facilitar o pagamento das passagens, além de manterem créditos em seu cartão, tendo a ´bolsa crédito´ sido viabilizada pelas Rés como forma de incentivar a recarga e garantir a segurança na sua utilização. Destacam, na mesma linha, que o sistema de ´bolsa de crédito´ permite àqueles que utilizam os cartões de bilhetagem eletrônica por elas comercializados inserir valores (e não número de passagens), os quais serão utilizados em momento futuro, para a compra de passagens nos diversos meios modais de transporte coletivo de passageiros. Evidenciam que, embora o sistema de ´bolsa de crédito seja proveitoso para os consumidores, já que podem se programar para o pagamento de seu transporte, traz inúmeras vantagens às Rés, não se podendo deixar de considerar que a elas é transferido antecipadamente os referidos valores, os quais só serão efetivamente utilizados em momento futuro. É fato que o crédito é disponibilizado, na verdade, pelo próprio consumidor. Frisam, ainda, os Autores, que os consumidores somente poderão usufruir dos benefícios tarifários do Bilhete Único e da Tarifa Social se devidamente cadastrados no sistema RioCard. Os Autores também impugnam a justificação legal (Lei Estadual 5628/2009, art. 19) dada pelas Rés para a fixação do diminuto prazo anual, ao argumento de que aquele é para utilização do bilhete único ou bilhetes adquiridos antecipadamente ou não. E isto porque o sistema de bolsa de crédito com ele não se confunde. Por fim, alegam os Autores, que, nos termos dos artigos 39, V e 51 §1º, ambos do CDC, o confisco das sobras dos Cartões após o prazo de 1 (um) ano afronta o direito consumerista vigentes. Por tudo, pedem seja concedida a antecipação de tutela liminar para que as Rés: (i) se abstenham de fazer perder a validade ou deixem expirar os créditos inseridos nas ´bolsas de crédito´ dos consumidores do cartão RioCard, em todas as*

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
216
Carimbado Eletronicamente

suas modalidades, possibilitando o uso ou o reembolso pelos consumidores a qualquer tempo, sob pena de multa diária no valor de R$ 100.000,00 (cem mil reais) por cada constatação em desacordo; e (ii) Deem publicidade a eventual decisão de deferimento do pedido supra, através de alerta inserido em local de destaque de seus sites e redes sociais, além de fixação de cartazes informativos em postos de atendimento e recarga. Eis o sucinto relato. APRECIO a tutela antecipada requerida. Cinge-se a presente demanda, em síntese, acerca de eventual vício no serviço de gestão, emissão, comercialização e distribuição dos cartões RioCard, consistente na fixação de prazo para validade de créditos inseridos nas bolsas de crédito dos usuários do cartão RioCard e o irregular confisco das referidas sobras pelas Rés. De logo, impõe-se evidenciar que a espécie de oferta estabelecida pelo sistema RioCard em apreciação configura, na sua essência, como contrato cativo; assim entendido como aqueles que representam as relações jurídicas complexas de longa duração, típicas da sociedade atual moderna e globalizada, importando em dependência dos clientes consumidores. Na verdade, são relações que acontecem todos os dias e que se perduram no tempo, quase que aparentando uma perpetuidade, apesar de serem por tempo determinados. Assim, considerando a dificuldade em se especificar completamente no contrato relacional todos os seus elementos, como preço, quantidade, qualidade e entrega, tem-se que é muitas vezes patente um alto grau de mutabilidade e de flexibilidade, a exigir a cooperação mútua das partes contraentes. Não se pode, portanto, analisar um contrato relacional como o do presente feito, sob o enfoque individualista, pois não se está frente a uma situação estática, mas sim numa relação contínua e cativa, especialmente porque o Consumidor rotineiro não tem outra opção de locomoção pública coletiva nesta cidade que não seja através da inserção no sistema RioCard. Nessa linha, tem-se que regramentos que desconsiderem a boa-fé objetiva que deve nortear, também e em especial, as relações das Rés como os consumidores não podem ficar à deriva da vigilância/fiscalização dos órgãos públicos, como os Autores, no caso. Na hipótese dos autos, as provas produzidas, bem como os fatos narrados, levam à convicção de que as Rés se valem de interpretação de texto legal em prejuízo aos consumidores. É fato que a Lei Estadual 5.628/2009, que instituiu o Bilhete Único nos serviços de transporte coletivo intermunicipal de passageiros na região metropolitana do Estado do Rio de Janeiro, em seu artigo 19, estabelece que: ´O Bilhete Único, o Vale-Transporte e qualquer outro bilhete de passagem, emitidos sob qualquer forma, inclusive cartão eletrônico, utilizados nos serviços de transporte coletivo de passageiros, adquiridos antecipadamente ou não pelos usuários desses serviços de transporte concedido ou permitido, em todo o Estado do Rio de Janeiro, terão prazo de validade, de uso e de restituição dos valores dos bilhetes de passagem de 1 (um) ano, a contar da sua aquisição. § 1º O prazo máximo de reembolso do valor das passagens é de 30 (trinta) dias, a contar do pedido formulado pelo titular do bilhete, comprovada a sua aquisição. § 2º Se o bilhete houver sido adquirido à crédito, o reembolso, por qualquer motivo, somente será efetuado após a comprovada quitação do crédito´. Donde se pode verificar que o prazo a que se refere é de validade do Bilhete de Passagem, acrescentando, ainda, o seu §2º, que aquele bilhete que tiver sido adquirido à crédito, terá reembolso, por qualquer motivo, após comprovada a quitação do crédito. No caso dos autos, o prazo dado pelas Rés é para utilização do crédito inserido na bolsa de crédito do Cartão personalidade RioCard do consumidor.

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
217
Carimbado Eletronicamente

Totalmente diferente é a hipótese legal evidenciada neste feito, cujo combate ora pretendem os Autores. Aduza-se que a interpretação prejudicial ao consumidor também afronta os próprios termos da contratação concedida, uma vez que deixa de ser adequado o serviço oferecido, não satisfazendo as condições de modicidade das tarifas. Vale ressaltar que, por tal sistema em que o valor do crédito não encontra igual contrapartida no valor da tarifa cobrada, haverá sempre sobras no RioCard em desfavor do consumidor e a favor das Rés, empresárias. Advirta-se que há notícia nos autos -- fonte: do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro - TCE --- de terem as sobras alcançado a cifra de R$ 90.000.000,00, em favor das Rés, que as confiscaram. Observe-se que este valor se refere apenas às linhas intermunicipais, sendo muito maior a abrangência do sistema de ´bolsa de crédito´ do cartão RioCard. Nota-se, assim, que a retenção das sobras dos créditos inseridos nas ´bolsas de crédito´ não gastos em um ano passaram, indevidamente e contra as premissas contratuais, a ser usufruídos integralmente pelas Rés em flagrante detrimento do direito dos consumidores. Tal dano efetivamente se mostra irreparável à coletividade, que perde, na verdade, duas vezes: a primeira porque paga antecipado e não usa e a segunda porque não consegue ser reembolsado de sua sobra, não se vislumbrando outro meio que não a antecipação de tutela pretendida para suspender a irregularidade evidenciada. O sistema de ´bolsa de crédito´ com utilização anual e perda do crédito implementado pelas Rés somente a ela beneficia, pois, além de sempre cobrar e receber o valor atualizado da tarifa, retêm indevidamente as sobras que não foram suficientes para novas viagens pelo consumidor após o exíguo prazo de um ano por elas estabelecido. Ante ao exposto e para impedir a transferência aos consumidores dos riscos próprios da atividade econômica das Rés, CONCEDO A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA REQUERIDA, para o fim de DETERMINAR que as Rés: (i) ABSTENHAM-SE de aplicar a perda de validade, ou deixar expirar os créditos inseridos nas ´bolsas de crédito´ dos usuários do cartão RioCard, em todas as suas modalidades; (ii) POSSIBILITEM o uso ou o reembolso pelos consumidores, a qualquer tempo dos créditos contidos em seus cartões RioCard, sob pena de multa diária que FIXO em R$ 100.000,00 (cem mil reais) por eventual constatação em desacordo ao acima determinado; e (iii) INSIRAM o teor da presente decisão em local de destaque em seus sites e redes sociais, além de fixarem cartazes informativos em postos de atendimento e recarga; Citem-se as Rés, intimando-as, ainda, da presente decisão. Publique-se o Edital de que trata o artigo 94, do CDC."

Não resignadas, interpõem as Rés o presente recurso de agravo de instrumento, pugnando pela reforma da r. decisão recorrida.

Em **preliminar**, arguem a nulidade da r. decisão agravada, diante da **incompetência absoluta** do d. juízo prolator, ao argumento de que o Estado do Rio de Janeiro seria, diretamente, interessado no resultado da demanda, motivo pelo qual seria caso de litisconsórcio passivo necessário, atraindo, consequentemente, a competência de uma das Varas de Fazenda Pública.

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
218
Carimbado Eletronicamente

No **mérito**, sustentam que os Autores induziram a erro o d. juízo *a quo*, deduzindo alegações que não se coadunam com a verdade dos fatos. Afirmam que o sistema por elas operados está em consonância com a Lei Estadual 4.291/04, que instituiu o chamado "Sistema de Bilhetagem Eletrônica" nos serviços de transporte coletivo de passageiros por ônibus, no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, não sendo elas, portanto, as criadoras do modelo, como pretendem fazer crer os ora Agravados. Aduzem que a Lei Estadual 5.628/09, - a qual, segundo os Autores da ação, seria inaplicável -, em seu artigo 19, faz remissão àquela lei instituidora do sistema. Defendem que todos os cartões por elas emitidos encontram abrigo legal, sendo eles destinados à aquisição de bilhetes de passagem, de forma antecipada, e não a um "armazenamento de valores".

Argumentam que a aplicabilidade do prazo previsto no artigo 19, da Lei Estadual 5.628/09, às suas atividades é comprovada não só pelo disposto em lei, como também pelo próprio Estado do Rio de Janeiro e pelo Poder Legislativo, no exercício de suas atividades de controle. Ponderam que jamais houve confisco de qualquer valor, na medida em que, conforme informado ao Tribunal Estadual de Contas, os créditos expirados foram totalmente destinados ao custeio das despesas incorridas com a implantação, manutenção, operacionalização e modernização do sistema de bilhetagem eletrônica, sem o repasse de um único centavo sequer às concessionárias de serviço público de transporte de passageiros.

Ponderam, ademais, que a qualquer usuário, de qualquer cartão eletrônico operado pelas Agravantes, é assegurado o direito de requerer e de obter o reembolso de valores existentes em seus cartões, desde que o façam dentro do prazo de validade previsto em lei para tanto, o que afasta o fundamento da r. decisão impugnada de que haveria a retenção indevida das sobras que não foram suficientes para novas viagens pelo consumidor. Afirmam que, segundo a Lei Estadual 5.628/09 e seu decreto regulatório 42.262/10, foi criado o Fundo Estadual de Transportes, no qual o Estado deposita os valores referentes ao subsídio da tarifa social, informados mensalmente à Secretaria de Transportes, que fiscaliza e audita o sistema como um todo.

Requerem, pois, seja conhecido e provido o presente recurso, a fim de que seja anulada a r. decisão agravada ou, no mérito, seja a mesma reformada, uma vez que contrária às normas vigentes e em descompasso com a verdade dos fatos.

A r. decisão de fls. 36/38 deferiu, em parte, o efeito suspensivo ao recurso, apenas quanto aos itens (ii) e (iii) do r. pronunciamento judicial agravado.

Informações prestadas pelo d. juízo a quo, a fls. 50/53, no sentido da manutenção de sua r. decisão.

O Ministério Público apresentou contrarrazões, a fls. 60/80, prestigiando a decisão agravada.

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
219
Carimbado Eletronicamente

A d. Procuradoria de Justiça manifestou-se, a fls. 160/169, opinando pela manutenção da r. decisão impugnada.

Os Agravantes, a fls. 175, comunicaram a ocorrência de fato superveniente, qual seja, a publicação da Lei Estadual nº 7.506/16, que, dentre outras providências, alterou a redação do artigo 19, da Lei Estadual nº 5.628/09.

Manifestaram-se a d. Procuradoria de Justiça, a fls. 194/196, e a d. Defensoria Pública, a fls. 197/203.

Iniciado o julgamento, votou o eminente desembargador relator originário pelo provimento parcial do recurso. Diante da relevância do tema, pediu vista o desembargador 1º vogal, que recebeu os autos no dia 16 de novembro, devolvendo-os no dia 21 de novembro, ou seja, cinco dias após.

Retomado o julgamento, discutiu-se, inicialmente, questão de ordem – suscitada pelo Des. Luiz Fernando Pinto, 2º vogal -, no sentido da suspensão do julgamento e abertura de vista ao Estado do Rio de Janeiro, para que este se manifestasse sobre seu eventual interesse no feito, diante da derrubada, pela Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, do veto do Governador Luiz Fernando Pezão ao §3º, do supramencionado artigo 19, que transfere à gestão do Fundo Estadual de Transporte os créditos armazenados na forma de valores monetários, não reclamados pelos usuários no prazo de doze meses, a contar de sua aquisição. Após as manifestações das partes e da d. Procuradoria de Justiça, todas no sentido do prosseguimento do feito, decidiu-se, por unanimidade de votos, dar-se sequência ao processo.

É O BREVE RELATÓRIO DO ESSENCIAL. PASSO A DECIDIR.

Satisfeitos os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, este recurso deve ser conhecido.

PRELIMINAR
INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO EMPRESARIAL. NULIDADE. REJEIÇÃO

Afasta-se a arguição de nulidade da r. decisão agravada, por incompetência do r. juízo *a quo.*

À **época do ajuizamento da ação** e da **prolação da r. decisão interlocutória recorrida**, inquestionável a competência das varas empresariais, à luz da legislação então vigente. Destas, a competência para o conhecimento e julgamento de ações coletivas que versam sobre questões relativas a relações de consumo*, ex vi* do artigo 50, I, c, da Lei de Organização e Divisão Judiciária do Estado do Rio de Janeiro:

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
220
Carimbado Eletronicamente

Art. 50 - Compete aos Juízes de Direito em matéria empresarial:
I - processar e julgar:
...
c) ações coletivas em matéria de direito do consumidor, ressalvadas as que tratarem de matéria de competência exclusiva do Juizado do Torcedor e Grandes Eventos;

O *eventual* e *superveniente* interesse do Estado do Rio de Janeiro na presente demanda, em decorrência da inclusão do §3º ao artigo 19, da Lei estadual n. 5.628/09, com a redação que lhe fora dada pela Lei estadual n. 7.506/16 **(não manifestado nos autos até a data deste julgamento)**, não interferirá sobre a validade e eficácia da r. decisão recorrida, diante do que dispõe o artigo 64, §4º, do CPC, que preserva os efeitos de decisões proferidas por órgãos incompetentes, até que outra decisão seja conferida por aquele considerado competente, sendo irrelevante a natureza da incompetência, isto é, se absoluta ou relativa. Confira-se:

Art. 64. (...).
§ 4º - Salvo decisão judicial em sentido contrário, conservar-se-ão os efeitos de decisão proferida pelo juízo incompetente até que outra seja proferida, se for o caso, pelo juízo competente.

Suplantada a análise da questão preliminar, passa-se ao exame do mérito recursal, restrito à análise da satisfação dos pressupostos processuais necessários ao deferimento da antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional reclamada, ***initio litis*** e ***inaudita altera pars***.

DO MÉRITO
TUTELAS PROVISÓRIAS NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

A Ação Civil Pública, como importante instrumento de tutela coletiva na proteção da cidadania contra comportamentos antijurídicos e nocivos à sociedade, é dotada por lei de medidas de urgência hábeis à garantia de provimentos úteis e eficazes. Confiram-se, nesse sentido, as regras contidas nos artigos 4º e 12, da Lei n. 7.347/85, que versam sobre as medidas liminares.

Ademais disso, defende este Relator designado – e não é de hoje – que **o tempo do processo não pode causar prejuízo à parte que tem um <u>direito evidente</u>**. Nesse mesmo sentido caminhou o legislador processual civil. Deve-se, com efeito, resguardar a integridade da relação jurídica de direito material e o próprio processo, evitando-se o perecimento ou deterioração do bem jurídico tutelado e os questionamentos sobre a credibilidade e a utilidade do provimento jurisdicional. Logo, **perfeitamente admissível, em ação civil pública, a concessão de medidas antecipatórias dos efeitos da decisão de mérito**, por aplicação subsidiária da legislação processual civil, consoante permissivo contido no art. 19, da Lei n. 7.347/85.

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
221
Carimbado Eletronicamente

Luiz Guilherme Marinoni ensina que

> *"A tutela antecipada pode ser concedida no curso do processo de conhecimento, constituindo verdadeira arma contra os males que podem ser acarretados pelo tempo do processo, sendo viável não apenas para evitar um dano irreparável ou de difícil reparação, mas também para que o tempo do processo seja distribuído entre as partes litigantes na proporção da evidencia do direito do autor e da fragilidade da defesa do réu"*[1].

Sendo assim, com vistas à garantia da instrumentalidade, da celeridade e da efetividade do processo, distinguem-se **<u>três diferentes espécies</u>** de provimentos provisórios aplicáveis às ações civis públicas:

(i) medidas cautelares (art. 4º, LACP);
(ii) medidas liminares na ação principal (art. 12, LACP) e;
(iii) tutelas provisórias de urgência e de evidência (art. 294 e seguintes, CPC).

TUTELA CAUTELAR EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA (ART. 4º, LACP)

Dispõe o artigo 4º, da Lei n. 7.347/85:

> *Art. 4º - Poderá ser ajuizada ação cautelar para os fins desta Lei, objetivando, inclusive, evitar dano ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos, à ordem urbanística ou aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico*.

A tutela cautelar, na lição de Humberto Theodoro Júnior[2],

> "*dirige-se à **segurança** e **garantia** do **eficaz desenvolvimento** e do **profícuo resultado** das **atividades de cognição e de execução***".

A *ratio essendi* idealizada pela ordem jurídica processual é destinar a tutela cautelar à **<u>prevenção</u>**, pelo que se lhe confere, a um só tempo, as funções do processo cognitivo e de execução. Nesse sentido, a doutrina de Francesco Carnelutti, para quem o processo cautelar seria um

> *"(...) processo duplamente instrumental ou instrumental ao quadrado, eis que sua finalidade é assegurar o resultado útil futuro de outro processo (de conhecimento ou de execução), que, por seu turno, tem o fito de assegurar o direito material correspondente"*[3].

[1] MARINONI, Luiz Guilherme. *Manual do processo de conhecimento*. 5 ed. Rev. atual e ampl. São Paulo: Editora RT, 2006.
[2] THEODORO JR. Humberto. *Processo Cautelar*, 17ª edição, 1998, EUD, p. 43.
[3] FRANCESCO CARNELUTTI, *apud* THEODORO JR., op. cit., p. 61.

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
222
Carimbado Eletronicamente

Para tanto, a concessão de medidas cautelares sempre esteve submetida à conjugação de **dois pressupostos mínimos**, sintetizados no *fumus boni iuris* e no *periculum in mora*. A aparência do bom direito seria a tutelabilidade em abstrato do direito alegado, a plausibilidade das alegações iniciais da parte. A **existência provável do direito afirmado**. Já o perigo da demora do processo consubstancia-se na **possibilidade de perda ou privação de um bem jurídico ou interesse** por conta do transcurso do tempo de tramitação da demanda.

MEDIDAS LIMINARES EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA (ART. 12, LACP)

Dispõe o artigo 12, da Lei n. 7.347/85:

> *Art. 12. Poderá o juiz conceder mandado liminar, com ou sem justificação prévia, em decisão sujeita a agravo.*

A decisão deferida *initio litis* em ação civil pública tem, inequivocamente, **natureza antecipatória**, constituindo-se, com efeito, em **verdadeira antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional a ser concedida na sentença. Não se trata, pois, de um provimento próprio, autônomo**, senão de um **provimento antecipatório, concedido no limiar do processo, com requisitos específicos**. Significa a expressão liminar, portanto, que a providência está sendo concedida **de plano**, *in limine litis*, **antecipando o provimento meritório**.

Objetiva-se, desse modo, entregar-se ao Autor da ação, **desde logo, o provimento que só se obteria ao final do processo, por conta da grande probabilidade de êxito da pretensão, evitando-se, desta forma, grave prejuízo ao demandante, por conta do transcurso do tempo da ação**.

Trata-se, doutrinária e jurisprudencialmente, **de TUTELA ESPECÍFICA, idealizada para a Ação Civil Pública, com a nítida intenção de permitir uma proteção mais ágil, segura e firme ao direito material**. Não se confunde, portanto, com a medida cautelar do artigo 4º, que teria função preventiva, assecuratória, nem tampouco com a própria tutela antecipada genérica (art. 273, do Código de Processo Civil anterior; art. 294 e seguintes, CPC vigente).

ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA JURISDICIONAL EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Conforme acentuado linhas acima, é possível em Ação Civil Pública a concessão de medidas cautelares, com fito assecuratório apenas (art. 4º, LACP), e de provimentos liminares, *initio litis*, com nítida feição antecipatória especial da tutela, atendidos requisitos específicos (art. 12, LACP). Nada obstante isso, nenhuma das situações antes referidas afasta o deferimento das tutelas provisórias previstas nos artigos 294 e seguintes do novo Código de Processo Civil (anterior art. 273, CPC/73), aplicável subsidiariamente, *ex vi* do disposto no art. 19 da LACP.

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
223
Carimbado Eletronicamente

O instituto da tutela provisória, na nova legislação processual civil, pode ter fundamento em **urgência** ou **evidência** (art. 294, CPC), e está relacionada com a busca pela **efetividade do processo**.

Sobre efetividade do processo, Luiz Guilherme Marinoni[4] comenta que:

> "*A busca de uma tutela mais rápida se dá em homenagem à efetividade do direito de ação. Mas se falamos em efetividade do direito de ação para indicar a necessidade de efetividade da tutela dos direitos, queremos também deixar claro que a morosidade do processo é fator potencializador das disparidades entre as partes. (...) A demora do processo coloca em risco importantes mecanismos da democracia participativa*".

Lúcia Valle Figueiredo, citada por Rodolfo de Camargo Mancuso[5] em obra de todos conhecida, a respeito pertinência da antecipação da tutela na ação civil pública, ensina que:

> *"Deverá o magistrado pela prova trazida aos autos, no momento da concessão da tutela, estar convencido de que, ao que tudo indica – o autor tem razão e a procrastinação do feito ou sua delonga normal poderia pôr em risco o bem de vida protegido – dano irreparável ou de difícil reparação".*

Sem embargo, como tive a oportunidade de realçar antes, para a concessão de tutela antecipada em Ação Civil Pública não são suficientes os requisitos simplesmente necessários para a concessão de provimentos liminares, *initio litis*, de um modo geral. Com efeito, **é IMPERIOSO estejam presentes os robustos requisitos exigidos em lei**.

No caso da **TUTELA DE URGÊNCIA**, confira-se:

> *Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.*
> *(...)*
> *§ 3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.*

Já para a **TUTELA DE EVIDÊNCIA**, confira-se:

> *Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:*

---

[4] MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Antecipatória, Julgamento Antecipado e Execução Imediata da Sentença*, RT, 1995, p. 36.
[5] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública*, 5ª edição, Editora Revista dos Tribunais, p. 145.

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
224
Carimbado Eletronicamente

I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;

II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;

III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa;

IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente.

AS PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO
AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS LEGAIS PARA O DEFERIMENTO DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA DE MÉRITO

O Ministério Público e a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, autores da presente ação civil pública, alegam **vício na prestação de serviço das Rés no que respeita à gestão, emissão, comercialização e distribuição dos cartões de bilhetagem eletrônica RioCard**. Insurgem-se contra o que **consideram "confisco das sobras** dos valores inseridos pelos consumidores nos seus cartões RioCard, após o vencimento do prazo anual". Ponderam que tal **prazo de um ano teria sido estabelecido unilateralmente** pelas rés, argumentando que a justificação legal para tanto (Lei Estadual n. 5.628/2009, art. 19) não se aplicaria ao sistema de bolsa de crédito. Concluem, assim, que **tal prática ofenderia a legislação consumerista**, notadamente os artigos 39, V e 51 §1º, ambos do Código de Defesa do Consumidor.

A atenta leitura da r. decisão agravada revela que a eminente e culta magistrada *a quo*, de modo antecipado, **enfrentou o mérito da demanda e entregou, *initio litis*, sem instauração de contraditório mínimo, a tutela reclamada pelos Autores,** ao afirmar que

"(...) Na hipótese dos autos, as provas produzidas, bem como os fatos narrados, levam à convicção de que as Rés se valem de interpretação de texto legal em prejuízo aos consumidores. (...) Aduza-se que a interpretação prejudicial ao consumidor também afronta os próprios termos da contratação concedida, uma vez que deixa de ser adequado o serviço oferecido, não satisfazendo as condições de modicidade das tarifas. Vale ressaltar que, por tal sistema em que o valor do crédito não encontra igual contrapartida no valor da tarifa cobrada, haverá sempre sobras no RioCard em desfavor do consumidor e a favor das Rés, empresárias (...)".

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
225
Carimbado Eletronicamente

Assim sendo, CONCEDEU

> "A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA REQUERIDA, para o fim de DETERMINAR que as Rés: (i) ABSTENHAM-SE de aplicar a perda de validade, ou deixar expirar os créditos inseridos nas ´bolsas de crédito´ dos usuários do cartão RioCard, em todas as suas modalidades; (ii) POSSIBILITEM o uso ou o reembolso pelos consumidores, a qualquer tempo dos créditos contidos em seus cartões RioCard, sob pena de multa diária que FIXO em R$ 100.000,00 (cem mil reais) por eventual constatação em desacordo ao acima determinado; e (iii) INSIRAM o teor da presente decisão em local de destaque em seus sites e redes sociais, além de fixarem cartazes informativos em postos de atendimento e recarga".

No que pese a admiração e o respeito nutridos pela cultura jurídica da eminente magistrada prolatora da r. decisão recorrida – diga-se, **uma das <u>mais destacadas e eficientes</u> juízas de direito deste Estado, a Dra. Maria Cristina Brito Lima** -, penso que a mesma, *data maxima venia*, não se houve com o costumeiro acerto, neste caso específico.

Gira a controvérsia em torno da incidência ou não ao caso concreto da regra contida no artigo 19, da Lei Estadual n. 5.628/2009, notadamente após a nova redação que lhe deu a Lei Estadual n. 7.056, de 30 de dezembro de 2016, a saber:

> ***"Art. 19 - O Bilhete Único, o Vale-Transporte e qualquer outro bilhete de passagem, e os créditos armazenados na forma de valores monetários, emitidos sob qualquer forma, inclusive cartão eletrônico, utilizados nos serviços de transporte coletivo de passageiros, adquiridos antecipadamente ou não pelos usuários desses serviços de transporte concedido ou permitido, em todo o Estado do Rio de Janeiro, terão prazo de validade, de uso e de restituição dos valores de 1 (um) ano, a contar da sua aquisição".***

A questão controvertida está sendo objeto de apurações e de discussões acaloradas em diversas searas, conforme amplamente divulgado pela mídia. São fatos públicos e notórios que dispensam maiores digressões a respeito. Não se trata, pois, de questão singela, do ponto de vista do direito material, a exigir do Poder Judiciário **<u>serenidade</u>** e **<u>prudência</u>** – notadamente em respeito ao valor *segurança jurídica.*

Já não bastasse isso, depara-se o Poder Judiciário com sucessivas alterações no texto legal, quer explicitando-se e/ou acrescentando-se o que seria objeto de perdimento, se não exercido o direito de reembolso no prazo de doze meses, quer definindo-se a quem competiria a gestão dos créditos armazenados na forma de valores monetários.

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
226
Carimbado Eletronicamente

Neste voto, contudo, restringimo-nos aos aspectos estritamente processuais, sem avançar sobre a questão meritória relacionada ao direito material em berlinda, sobre a qual, após cognição exauriente, novamente se pronunciará o primeiro grau de jurisdição.

AUSÊNCIA DO *FUMUS BONI JURIS* E DO *PERICULUM IN MORA*. INEXISTÊNCIA DE URGÊNCIA. LEGISLAÇÃO VIGENTE DESDE 2009. ARTIGO 300 E SEGUINTES DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

É da natureza do processo judicial o transcurso de razoável lapso temporal para a prática de seus atos, desde a sua instauração até a data do julgamento da demanda. Trata-se de conquista da civilização e permite, nos termos da Constituição, o exercício do contraditório e da ampla defesa, em atenção ao princípio do devido processo legal (*due process of law*).

Sem embargo, também é sabido que, por múltiplas razões, a extensão temporal do processo pode se alongar em demasia, colocando em risco a utilidade da prestação jurisdicional e/ou o próprio direito material em litígio.

Por isso, em **SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS**, desde que satisfeitas as exigências legais e em situações de perigo e/ou de evidência do direito, é possível deferir-se, liminarmente, a tutela jurisdicional reclamada – inclusive, sem a oitiva da parte contrária -, como **técnica processual de sumarização do processo**, a fim de evitar a frustração daquela em si. Nesse sentido, inúmeros precedentes do e. Superior Tribunal de Justiça, a conferir: AgRg no AREsp 580.269/SE, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 17/11/2014; AgRg no REsp 1.372.950/PB, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma; AgRg no Ag 1.314.453/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma; REsp 1.018.614/PR, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma; REsp 439.833/SP, Rel. Min. Denise Arruda, Primeira Turma.

Entenda-se, pois, que **a tutela antecipada é meio**.

Robson Renault Godinho, em seus comentários ao artigo 294, do Código de Processo Civil[6], afirma que

> "*a tutela provisória de urgência é técnica processual que visa a antecipar uma tutela jurisdicional definitiva, por meio do provimento provisório e a partir de cognição sumária, afetando o impacto do ônus do tempo do processo*".

A concessão da *tutela de urgência* não prescinde da comprovação da satisfação dos requisitos legais exigidos pelo artigo 300, do Código de Processo Civil, a saber: (a) **probabilidade do direito** e; (b) **perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.**

[6] Comentários ao novo Código de Processo Civil / coordenação Antonio do Passo Cabral, Ronaldo Cramer. – 2ª ed. rev. atual. e ampl. , - Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 460

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
227
Carimbado Eletronicamente

Confira-se:

> *"Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo"*.

Importante orientação doutrinária emana do enunciado n. 143, do Fórum Permanente de Processualistas Civis:

> *"Enunciado 143. (art. 300, caput) A redação do art. 300, caput, superou a distinção entre os requisitos da concessão para a tutela cautelar e para a tutela satisfativa de urgência, erigindo a probabilidade e o perigo na demora a requisitos comuns para a prestação de ambas as tutelas de forma antecipada".* (Grupo: Tutela Antecipada)

A leitura do texto legal aponta para a exigência da **PRESENÇA CONJUNTA** dos requisitos da **probabilidade do direito**, quer com o **perigo de dano**, quer com o **risco ao resultado útil do processo**.

O primeiro requisito – **probabilidade do direito** - já foi muito bem analisado por Cândido Rangel Dinamarco[7]:

> "Probabilidade é a situação decorrente da preponderância dos motivos convergentes à aceitação de determinada proposição, sobre os motivos divergentes. As afirmativas pesando mais sobre o espírito da pessoa, o fato é provável; pesando mais as negativas, ele é improvável (Malatesta). A probabilidade, assim conceituada, é menos que a certeza, porque lá os motivos divergentes não ficam afastados, mas somente suplantados; e é mais que a credibilidade, ou verossimilhança, pela qual na mente do observador os motivos convergentes e os divergentes comparecem em situação de equivalência e, se o espírito não se anima a afirmar, também não ousa negar. O grau dessa probabilidade será apreciado pelo juiz, prudentemente e atento à gravidade da medida a conceder"

No caso concreto, há que se ponderar a existência de regras jurídicas a versar sobre o tema controvertido, notadamente, o artigo 19, da Lei estadual n. 5.628/2009 (quer em sua redação original, vigente ao tempo da r. decisão agravada, quer em sua redação alterada, vigente ao tempo deste voto). Insta aduzir que o vergastado dispositivo fora, por duas vezes, **SEM ÊXITO, objeto de representações de inconstitucionalidade,** perante o e. Órgão Especial deste Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

[7] DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma do Código de Processo Civil*, 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 145.

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
228
Carimbado Eletronicamente

Gostando-se disso, ou não, concordando-se com isso, ou não, tem-se que**, há pelo menos 07 anos, tem-se uma prática em curso, amparada por lei vigente**.

Julgar não pode ser um ato de puro voluntarismo do magistrado (por melhor que seja sua intenção), mas um ato de conhecimento. A ideologia pessoal do julgador, o seu sentimento pessoal, não podem ser os elementos preponderantes no momento de se proferir uma decisão. A atuação da magistratura deve respeitar os limites balizadores impostos pela própria Constituição e demais leis do país, em necessária deferência e respeito ao Estado Democrático de Direito. Neste, todos temos alternativas de ação que nos são previamente conferidas e, no processo decisional, o espaço de discricionariedade é reduzido ao que a legislação oferece como possibilidade.

Não cabe ao Poder Judiciário (especialmente fora das hipóteses de controle de constitucionalidade), sob pena de indesejável *ativismo*, invalidar atos legislativos cuja constitucionalidade é sustentável (*judicial self restraint),* desviando-se da metodologia interpretativa, atuando como "legislador positivo" (*legislation from the bench*), para alcançar resultados não vislumbrados ou pretendidos pelo legislador e pelas políticas públicas. É preciso que o Poder Judiciário se autocontenha e seja deferente com a atuação legítima dos demais poderes.

Não se vislumbra, pois, pelo menos em linhas iniciais, em cognição perfunctória e sem instrução exauriente, o pressuposto da probabilidade do direito.

Quanto ao **perigo de dano**, assim se entende a probabilidade de um prejuízo ou de um dano a qualquer bem juridicamente protegido. E, por **risco ao resultado útil do processo**, a possibilidade de ofensa à busca pelo bem da vida em prazo razoável, sem que se permita postergação da prestação jurisdicional. Sobreleva em importância afirmar que o *periculum in mora* da tutela cautelar **NÃO É IDÊNTICO AO DA TUTELA ANTECIPADA.**

Na tutela antecipada, há necessidade de "execução para a segurança", nas palavras de Pontes de Miranda. Vale dizer, é preciso satisfazer adiantadamente a pretensão material para afastar-se o risco à esfera do requerente. Como diria Calamandrei, tal esfera seria acometida por um *"pericolo di tardività"*. Já na tutela cautelar, ainda com Calamandrei, a pretensão seria ameaçada por um "*pericolo di infruttuosità"*[8].

Destarte, por se deslocar temporalmente a providência reclamada – do momento da prolação da sentença para o momento da decisão interlocutória antecipatória dos efeitos do julgamento do mérito, deve-se considerar aquela providência submetida a um *risco intolerável,* sendo necessária a existência de um "perigo concreto decorrente da demora da prestação jurisdicional, pelo risco que existe na própria espera"[9].

[8] FONSECA COSTA, Eduardo José da. Art.300. In: STRECK, Lenio Luiz, NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.). *Comentários ao Código de Processo Civil.* São Paulo: Saraiva, 2016, p. 413
[9] MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela.* São Paulo: RT, 2012, p. 131-133

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
229
Carimbado Eletronicamente

Por fim, o deferimento da antecipação da tutela, *initio litis,* sem a oitiva da parte contrária, não é cabível *tout court, sendo* providência de inequívoca excepcionalidade, somente justificável em situações de direito evidente e diante de um grave e concreto perigo de demora, que coloque em sério e sincero risco a prestação da tutela jurisdicional – o que não ocorre no caso concreto. A regra geral é postergar-se, justificadamente, a análise do pedido de antecipação da tutela. Nesse sentido, o artigo 9º, *caput,* do Código de Processo Civil, não se podendo esquecer que o *princípio do contraditório* TAMBÉM TEM NATUREZA DE DIREITO FUNDAMENTAL CONSTITUCIONAL.

CONCLUSÃO

Destarte, ausentes, por ora, elementos suficientes que justifiquem o tratamento excepcional - de se antecipar, *in limine litis* e *inaudita altera pars*, para o momento do deferimento da petição inicial, os efeitos da tutela jurisdicional postulada -, encaminho o voto no sentido do conhecimento e provimento do presente agravo, reformando-se integralmente a r. decisão recorrida.

Preclusas as vias impugnativas, retornem os autos ao r. juízo de origem – inclusive, para a apuração de eventual interesse do Estado do Rio de Janeiro no presente feito.

Rio de Janeiro, 12 de abril de 2017 (data da sessão)

Desembargador **WERSON RÊGO**
Relator Designado

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ