QUINTA CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

APELAÇÃO CÍVEL Nº: 0130427-68.2009.8.19.0001
APELANTE 1: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
APELANTE2: TRANSPORTE MAGELI LTDA
APELADOS: OS MESMOS
RELATORA: DESª CLAUDIA TELLES

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OBRIGAÇÃO DA EMPRESA DE TRANSPORTE COLETIVO INTERMUNICIPAL EM CUMPRIR OS HORÁRIOS DETERMINADOS PELO DETRO-RJ, DISPONIBILIZANDO FROTA NECESSÁRIA À PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO ADEQUADO E EFICIENTE.
APELO DA RÉ. PRELIMINAR DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO QUE SE REJEITA. A ALTERAÇÃO DO PONTO DE PARTIDA DO TRAJETO NÃO INVIABILIZA A PRETENSÃO DEDUZIDA. PACÍFICO NO STJ QUE O TRANSPORTE PÚBLICO DEVERÁ SER PRESTADO EM HORÁRIOS PRÉ-DETERMINADOS PELA ADMINISTRAÇÃO. HIGIDEZ DO INQUÉRITO CIVIL PÚBLICO À MINGUA DE PROVA CAPAZ DE INFIRMAR OS ELEMENTOS ALI CONTIDOS. MULTA DIÁRIA QUE DEVE OBSERVAR O PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE.
APELO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DANO MORAL COLETIVO INCOMPATÍVEL COM A NOÇÃO DE TRANSINDIVIDUALIDADE. PRECEDENTES NO STJ. DANO MATERIAL QUE SE AFASTA POR SER IMPOSSÍVEL A MENSURAÇÃO DOS USUÁRIOS PREJUDICADOS.
PARCIAL PROVIMENTO DO APELO DA RÉ PARA REDUZIR A MULTA DIÁRIA DE R$ 100.000,00 PARA R$ 60.000,00.
DESPROVIMENTO DO RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos da apelação cível nº **0130427-68.2009.8.19.0001**, em que são apelantes (1) **Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro** e (2) **Transporte Mageli Ltda**. e apelados **Os mesmos**.

Acordam os Desembargadores que compõem a **Quinta Câmara Cível** do Tribunal de Justiça, por **unanimidade** de votos, em **negar provimento** ao recurso do Ministério Público e em **dar parcial provimento** ao recurso da ré.

CLAUDIA TELLES
DESEMBARGADORA RELATORA

RELATÓRIO

Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro ajuizou ação civil pública em face da empresa de transporte coletivo intermunicipal, Transporte Mageli Ltda, pretendendo a condenação da ré a cumprir os horários previamente determinados pelo DETRO-RJ e a disponibilizar a frota necessária à prestação do referido serviço de forma adequada e eficiente.

Afirma que a concessionária é responsável pelo trajeto que liga São João de Meriti à Praça Mauá tendo estipulado o DETRO-RJ diversos horários ao longo do dia, entretanto, a ré vem disponibilizando o transporte apenas entre os horários de 05h00m a 07h30m, interrompendo-o, indevidamente, a partir de então. Postula a antecipação dos efeitos da tutela para que a empresa cumpra os horários determinados pelo Poder Público. Ao final, requer a consolidação da tutela e indenização por danos materiais e morais ambos em sentido coletivo no valor mínimo de R$ 400.000,00, a ser revertido em favor do Fundo de Reconstituição de Bens Lesados.

A ré apresenta resposta às fls.20/37, argüindo preliminar de ilegitimidade ativa e no mérito ressalta que presta o serviço público de forma correta, postulando a improcedência dos pedidos.

Sentença de fls. 169/174 julgando parcialmente procedentes os pedidos condenando a ré a cumprir os horários determinados para a linha São João de Meriti x Praça Mauá, com a frota determinada pelo poder público, sob pena de multa diária de R$ 100.000,00 e afastando os danos materiais e morais.

Condenou, ainda, a ré no pagamento das custas e taxa judiciária, deixando de impor honorários ao fundamento de que o Ministério Público age por dever de ofício.

Recurso do Ministério Público às fls.177/191 objetivando o ressarcimento pelos danos materiais e morais causados aos consumidores em caráter coletivo. Ressalta que a comprovação do prejuízo individual deve ser feita em liquidação de sentença consoante os artigos 97 e 98 do Código de Defesa do Consumidor. Requer a reforma parcial da sentença.

Inconformada, apela a ré às fls. 214/236 arguindo, preliminarmente, a impossibilidade jurídica do pedido ao fundamento de que o DETRO-RJ modificou as condições concernentes à execução do serviço alterando o ponto de partida do trajeto transferindo-o do Centro de São João de Meriti para o bairro do Éden. No mérito, impugna a fiscalização realizada pelo GAP - Grupo de Apoio aos Promotores de Justiça - nos autos do inquérito civil público (fls. 112/113) ao fundamento de que não se presta a comprovar a alegada falha na prestação do serviço público. Por fim, reputando excessivo o valor das *astreintes* postula sua redução para R$ 200,00.

Contrarrazões às fls. 199/213 e às fls. 263/273 prestigiando o julgado.

Em segunda instância, a Procuradoria de Justiça emitiu parecer pelo desprovimento do recurso da transportadora e pelo provimento do apelo do Ministério Público por entender configurado o dever de indenizar em sua dimensão coletiva (fls. 279/289)

É o relatório.

ASSINADO DIGITALMENTE TJRJ

VOTO

Inicio apreciando o recurso interposto pela concessionária de serviço público.

A preliminar de impossibilidade jurídica do pedido não se sustenta.

Como cediço, esta condição da ação deve ser verificada segundo um critério negativo. Assim, o pedido juridicamente impossível é aquele vedado pelo ordenamento jurídico, circunstância esta que impossibilita o Poder Judiciário em prestar a tutela jurisdicional pretendida.

Neste sentido, elucidativa as lições do insigne doutrinador Humberto Theodoro Júnior (*in* Curso de Direito Processual Civil. 40. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003. 1 v.2003, p. 50), citando Alfredo Buzaid e Arruda Alvim:

> "I – Pela possibilidade jurídica, indica-se a exigência de que deve existir, abstratamente, dentro do ordenamento jurídico, um tipo de providência como a que se pede através da ação. Esse requisito, de tal sorte, consiste na prévia verificação que incumbe ao juiz fazer sobre a viabilidade jurídica da pretensão deduzida pela parte em face do direito positivo em vigor. O exame realiza-se, assim, abstrata e idealmente, diante do ordenamento jurídico."

Estabelecida esta premissa ressoa evidente que a transferência do ponto de partida do Centro de São João de Meriti para o bairro do Éden, não torna o pedido juridicamente impossível.

O que se vê, em verdade, é a atuação do órgão de fiscalização – DETRO-RJ - modificando o local de partida do serviço de transporte intermunicipal com fim de atender o interesse público de forma adequada e eficiente.

Assim, rejeita-se a preliminar, passando ao exame do mérito.

ASSINADO DIGITALMENTE TJRJ

As matérias devolvidas pela empresa recorrente versam sobre (i) a existência, ou não, de falha na prestação do serviço, (ii) a fiscalização realizada pelo GAP - Grupo de Apoio aos Promotores de Justiça e, por fim, (iii) o excesso da multa diária fixada em caso de descumprimento.

A Constituição da República atribui ao concessionário do serviço público o dever de manter o serviço adequado, eficiente e de qualidade. Nesse particular, assim estabelece o artigo 175, parágrafo único e inciso IV:

> "*Art. 175 – Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, direitamente ou sob o regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.*
> *Parágrafo único. A lei disporá sobre*:
> *IV – a obrigação de manter serviço adequado*."

No presente caso, o particular verificando que a empresa concessionária não vinha seguindo os padrões de atuação exigidos pela Carta Constitucional, representou ao Ministério Público dando início ao procedimento.

Com efeito, o inquérito civil é um procedimento cujo objetivo é colher elementos de informações que dêem suporte ao Ministério Público para a propositura da ação civil pública ou coletiva. Nesse não se decidem controvérsias, não há acusação e, por isso mesmo, não há contraditório nem defesa. Daí ser um mero procedimento e não um processo.

Verifica-se, pela natureza jurídica do procedimento em apreciação, que inexiste nulidade nessa específica colheita de provas, que servem, em juízo, como prova indiciária, elemento de convicção por ser uma investigação pública e oficial.

Assim, o que se apura no inquérito civil público tem validade e eficácia, concorrendo para reforçar o entendimento do julgador, quando em confronto com as provas produzidas pela parte contrária.

ASSINADO DIGITALMENTE TJRJ

Hugo Nigro Mazzilli, em "O Inquérito Civil", Ed. Saraiva, 2ª ed., pág. 62 e 63, invoca registro de Eduardo Espínola Filho para dizer:

> "(...), nada obsta, antes tudo aconselha a que se valha o magistrado da prova existente no inquérito, com o convencimento de ser ela a verdadeira, não havendo anulado fatos ou circunstâncias mais fidedignas, conseguidos na instrução criminal."

A prova produzida no inquérito não precisa ser repetida em juízo, senão quando impugnada pela outra parte e entender o julgador que tem pertinência a impugnação.

Nesta linha de intelecção, se infere a inconsistência da impugnação da concessionária ao trabalho realizado pelo GAP – Grupo de Apoio aos Promotores.

Restou configurado no inquérito civil nº 490/2005 a falha na prestação do serviço, já que a empresa apelante disponibilizava o transporte coletivo intermunicipal apenas no período entre 05h00m e 07h30m, em divergência ao que fora determinado pelo Poder Público.

Em razão da má prestação do serviço e apesar das diversas autuações e notificações impostas pelo Detro (fls. 30, 65 e 66 do inquérito em apenso), inclusive, com imposição de penalidades, (autos de infração nº 30.528, nº 33640 e nº 33641 - fls. 46/47, 67 e 68) nenhuma providência foi adotada no afã de corrigir o problema existente.

Ressalte-se que os agentes do GAP realizaram diligência *in loco* constatando a manutenção da falha, dando azo à notificação do Ministério Público (fls. 127) para assinatura de Termo de Ajustamento de Conduta, entretanto, a empresa não compareceu ao ato, consoante certidão às fls. 128 do inquérito civil público.

Diante disso, evidente a inobservância às determinações do Poder concedente e a falta de respeito aos usuários, sendo certo que a atuação desidiosa da concessionária perdurou de 2006 até 2009, culminando com o ajuizamento da ação civil pública.

ASSINADO DIGITALMENTE TJRJ

Conclui-se que a sentença de primeiro grau analisou detalhadamente a prova dos autos, sendo de se afastar a alegação da recorrente à míngua da existência de qualquer prova capaz de infirmar os elementos trazidos pelo inquérito civil público.

Neste sentido, confira-se no Superior Tribunal de Justiça:

> "PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – INQUÉRITO CIVIL: VALOR PROBATÓRIO.
> 1. O inquérito civil público é procedimento facultativo que visa colher elementos probatórios e informações para o ajuizamento de ação civil pública.
> 2. **As provas colhidas no inquérito têm valor probatório relativo, porque colhidas sem a observância do contraditório, mas só devem ser afastadas quando há contraprova de hierarquia superior, ou seja, produzida sob a vigilância do contraditório.**
> **3. A prova colhida inquisitorialmente não se afasta por mera negativa, cabendo ao juiz, no seu livre convencimento, sopesá-las, observando as regras processuais pertinentes à distribuição do ônus da prova**.
> 4. Recurso especial provido."
> (REsp 849.841/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/08/2007, DJ 11/09/2007, p. 216)

Por fim, insurge-se a recorrente quanto ao valor da multa diária fixada em R$ 100.000,00 pelo juízo *a quo*.

A *astreinte* possui natureza coercitiva e não penal, eis que o objetivo buscado pelo legislador é coagir o devedor ao cumprimento da obrigação específica, para efetivação de uma decisão judicial, cujo descumprimento não só importa em lesão ao credor, mas também em insubordinação à autoridade.

Embora o instituto da *astreinte* se justifique no processo para assegurar a efetividade da prestação jurisdicional, o valor da multa deve se coadunar com a obrigação, sob pena de redução, a teor do art. 461, § 5º e 6º do CPC.

In casu, nota-se que o arbitramento da multa revela-se excessivo, motivo pelo qual deve ser reduzida adequando-se, assim, ao princípio da razoabilidade e proporcionalidade.

Ante o exposto merece parcial acolhida o recurso, apenas para reduzir o valor das *astreintes* para R$ 60.000,00 (sessenta mil reais).

Passo ao exame do apelo interposto pelo Ministério Público.

Pretende o recorrente o acolhimento do recurso para que sejam concedidos os danos morais e materiais, ambos em sua dimensão coletiva.

As condenações pretendidas, em se tratando da tutela de direitos difusos, esbarram em óbice insuperável: a impossibilidade de se fixar um parâmetro para o seu *quantum*.

O dano moral tem por objetivo reparar lesão a tributo da personalidade, qualificado pela noção de dor e sofrimento psíquico (pessoa física) e imagem e reputação (pessoa jurídica), não podendo se estender à coletividade pela impossibilidade de determinação das vítimas e indivisibilidade da ofensa objeto de reparação.

O eminente Ministro Luiz Fux, à época compondo o Superior Tribunal de Justiça, decidiu no julgamento do REsp 821.891/RS, publicado em 12/05/2008: "Dano moral coletivo. Necessária vinculação do dano moral à noção de dor, de sofrimento psíquico, de caráter individual. Incompatibilidade com a noção de transindividualidade (indeterminabilidade do sujeito passivo e indivisibilidade da ofensa e da reparação)".

Dessa forma, não há como se impor tal condenação na hipótese presente, uma vez que não se pode afirmar que aquilo que, para determinada pessoa, representa violação a direitos da sua personalidade, necessariamente irá, da mesma forma, infligir, a outro indivíduo, a mesma reação, o mesmo sentimento ensejador de dano moral.

ASSINADO DIGITALMENTE TJRJ

Também no que se refere ao dano material mostra-se impossível mensurar os usuários que tiveram seu patrimônio prejudicado em decorrência das irregulares praticadas pela empresa de transporte.

Nesse contexto, deve ser mantida a rejeição referente aos danos morais e materiais postulados pela ora recorrente.

Pelo exposto, nega-se provimento ao recurso do Ministério Público e dá-se parcial provimento ao recurso da ré, apenas para determinar a redução da multa diária para o valor de R$ 60.000,00 (sessenta mil reais).

Rio de Janeiro, 29 de março de 2011.

CLAUDIA TELLES
DESEMBARGADORA RELATORA

Certificado por DES. CLAUDIA TELLES DE MENEZES
A cópia impressa deste documento poderá ser conferida com o original eletrônico no endereço www.tjrj.jus.br.
Data: 30/03/2011 16:30:52 Local: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro - Processo: 0130427-68.2009.8.19.0001 - Tot. Pag.: 9