



Agravo de Instrumento nº 0013843-32.2020.8.19.0000
Agravante: Município do Rio de Janeiro
Agravado: Concessionária do VLT Carioca S/A
Relator: Desembargador Luiz Henrique Oliveira Marques

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO ADMINISTRATIVO. CONTRATO ADMINISTRATIVO. CONCESSÃO ESPECIAL. PARCERIA PÚBLICO PRIVADA – PPP. AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO DE CONCESSÃO, NA MODALIDADE CONCESSÃO PATROCINADA. SERVIÇO DE TRANSPORTE DE PASSAGEIROS POR VEÍCULOS LEVES SOBRE TRILHOS (VLT). PRONUNCIAMENTO JUDICIAL QUE DEFERIU TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA. RECURSO DA PARTE RÉ. AB INITIO, DECISÃO RECORRIDA QUE TEVE POR PRESSUPOSTO A FALHA DO ENTE MUNICIPAL EM EXECUTAR UMA AÇÃO DE ADIMPLENTO CONTRATUAL QUE ELE MESMO SE PROPÔS A REALIZAR. AFRONTA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. INOCORRÊNCIA. O EXAME PELO PODER JUDICIÁRIO DE ATO ADMINISTRATIVO TIDO POR ILEGAL OU ABUSIVO NÃO VIOLA O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. PRECEDENTES DE AMBAS AS TURMAS DO E. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CONSTA DOS AUTOS QUE, EM 2013, AS PARTES FIRMARAM O CONTRATO EM DISCUSSÃO PARA EXPLORAÇÃO DO SERVIÇO DE TRANSPORTE DE PASSAGEIROS POR VEÍCULOS LEVES SOBRE TRILHOS (VLT) NO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO. INADIMPLENTO DO PODER CONCEDENTE. PEDIDO DE IMPLEMENTAÇÃO DA GARANTIA SUBSIDIÁRIA DO CONTRATO PREVISTA NO ADITIVO CONTRATUAL. EDIÇÃO DO DECRETO Nº 43.778/2017 COM O OBJETIVO DE VIABILIZAR A CITADA GARANTIA CONTRATUAL. GARANTIA NÃO IMPLEMENTADA PELO PODER CONCEDENTE. EM PARALELO A ISSO, O ARTIGO 39, PARÁGRAFO ÚNICO,



DA LEI 8.987/1995, ASSIM COMO A CLÁUSULA 44.2.1 DO CONTRATO DA CONCESSÃO EXIGEM QUE A CONCESSIONÁRIA AUTORA CONTINUE PRESTANDO O SERVIÇO PÚBLICO ATÉ O TRÂNSITO EM JULGADO DA PRESENTE AÇÃO DE RESCISÃO. CLAROS INDÍCIOS DE ENRIQUECIMENTO ILÍCITO DO PODER CONCEDENTE, ORA AGRAVANTE. (*FUMUS BONI IURIS*). EMBORA O MUNICÍPIO EVOQUE AS RESTRIÇÕES ORÇAMENTÁRIAS, ASSIM COMO O POSTULADO DA RESERVA DO POSSÍVEL, NÃO SE PODE OLVIDAR QUE EXISTE UM CONTRATO EM VIGOR, PRODUZINDO OS RESPECTIVOS EFEITOS JURÍDICOS, DENTRE OS QUAIS, AS OBRIGAÇÕES CONTRATUAIS ASSUMIDAS PELO PODER CONCEDENTE NA PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA. *PERICULUM IN MORA* CARACTERIZADO. PRINCÍPIOS DA CONTINUIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO E DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA (*FAVOR NEGOTTI*). RESPONSÁVEL FINANCEIRO SUBSIDIÁRIO. INADMISSIBILIDADE. VALORES FIXADOS EM PRIMEIRA INSTÂNCIA PARA A HIPÓTESE DE DESCUMPRIMENTO DA TUTELA DE URGÊNCIA CONCEDIDA QUE SE MOSTRAM PROPORCIONAIS E PAUTADOS PELO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE, TENDO EM VISTA A PECULIARIDADE E OS VALORES DISCUTIDOS NO CASO CONCRETO. DECISÃO DE DEFERIMENTO DA TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA QUE NÃO SE APRESENTA COMO TERATOLÓGICA, CONTRÁRIA À LEI OU À EVIDENTE PROVA DOS AUTOS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 59 DESTE E. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.**

ACÓRDÃO

ACORDAM os Desembargadores da Décima Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, **por unanimidade de votos**, em **CONHECER E NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO**, nos termos do voto do relator.



RELATÓRIO

Recurso de agravo de instrumento interposto por **MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO**, contra decisão do MM. Juízo da 2ª Vara de Fazenda Pública da Comarca da Capital, em ação de rescisão contratual, movida pela Agravada, nos autos do processo nº 0159841-62.2019.8.19.0001.

Insurge-se o agravante contra decisão que deferiu a tutela provisória de urgência, nos seguintes termos: (índice 2.182)

“Cuida-se de Ação de Rescisão de Contrato de Concessão, na modalidade Concessão Patrocinada, relativo ao Contrato de Parceria Público Privada para exploração do serviço de transporte de passageiros por Veículos Leves Sobre Trilhos (VLT) no Município do Rio de Janeiro, consubstanciado no art. 39 da lei 8.987/95, por inadimplemento do Poder Concedente, onde a parte autora formulou pedido de tutela provisória de urgência para determinar a implementação imediata da vinculação das receitas patrimoniais do Poder Concedente de modo a operacionalizar a Garantia Subsidiária do Contrato de Concessão formulado no bojo. Inicialmente, foi indeferida a tutela provisória inaudita altera parte, pela necessidade de se observar o contraditório, com esteio nos arts. 9º e 10 do CPC. Apresentadas as contestações dos réus, fls. 1.430/4.449, e fls. 2.095/2.172, vale dizer, instaurado o contraditório, passo a analisar o pedido de tutela de urgência. Pelo que se depreende dos autos, as partes firmaram Contrato de Parceria Público-Privada - PPP, na modalidade Concessão Patrocinada, para exploração do serviço de transporte de passageiros por Veículos Leves Sobre Trilhos (VLT) no Município do Rio de Janeiro. O aludido contrato, por sua própria natureza de Concessão Patrocinada, pontificou como modalidade remuneratória pelo Poder Concedente, duas Parcelas de Contraprestações Pecuniárias, ‘CAT-A’ e ‘CAT-B’, com o fito de complementar a Receita Tarifária da Concessionária Autora, bem como incrementar seu fluxo de caixa no caso da arrecadação do sistema ser inferior às receitas obtidas com as tarifas, respectivamente, além do Aporte Público. Essas receitas têm como fundamento o §1º do art. 2º, n/f do inciso IV do art. 5º, da Lei 11.079/04, que ao estabelecer que a parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão patrocinada, autorizou a contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado, como forma remuneratória, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, bem como o aporte financeiro em favor do parceiro privado (§2º do art. 6º da lei 11.079/04). Restou ainda estabelecida a Garantia Pública Principal pelo Poder Concedente a ser



operacionalizada pela CDURP, com base no art. 8º, V da lei 11.079/04, que prevê as obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública em contrato de parceria público-privada poderão ser garantidas mediante garantias prestadas por fundo garantidor. Assim, o contrato em comento ainda contemplou a criação da Conta Garantia como mecanismo para assegurar a manutenção do fluxo de caixa da Concessionária autora na eventualidade de um descompasso entre suas receitas tarifárias e a transferência do aporte público e das contrapartidas. Diante do não pagamento da CAT-A desde maio de 2018 pelo Município, e do atraso da parcela de dezembro de 2017, foi editado o Primeiro Termo Aditivo ao Contrato como forma vincular receitas patrimoniais e direitos creditórios ao Poder Concedente, de modo a equalizar o conteúdo econômico financeiro do contrato, esvaziado pela falta de repasse do aporte e das contraprestações públicas na forma pactuada. Com fundamento no art. 8º da Lei 11.079/04, que institui normas gerais de licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública, foi contemplado pelo Poder Concedente a Garantia Pública Subsidiária por meio do Decreto 43.778/2017, consubstanciado no Primeiro Termo Aditivo ao Contrato entabulado entre as partes. Entretanto, o Município réu deixou de cumprir a obrigação assumida, gerando grave prejuízo financeiro à parte autora que almeja a rescisão contratual por estar na iminência de paralisar a prestação do serviço. Pelo que consta nas provas dos autos, observa-se que ficou estabelecido na cláusula 6ª do Contrato de Parceria Público-Privada - PPP, a Contraprestação Pecuniária devida pelo Poder Concedente, com o fito de complementar a Receita Tarifária da Concessionária, conforme previsto no item III da cláusula 7.1 do contrato, cuja razão é a substância do contrato de concessão, que tem como essência a modicidade das tarifas (§1º do art. 6º da Lei 8.989/95). Dentre as obrigações assumidas para cumprimento da Contraprestação Pecuniária, o Poder Concedente outorgou garantias à concessionária, mediante as cláusulas 6.8 e 20 do Contrato de Concessão, consistente na constituição de um Fundo de Investimentos Imobiliário com Patrimônio Líquido mínimo de R\$ 40.000.000,00 ao longo do contrato (cláusula 20.1.3), que por força da cláusula 20.1.1 e 20.1.2, poderá ser acionada pela Concessionária no caso de inadimplemento total ou parcial da Contraprestação Pecuniária e/ou Aporte Público Financeiro, com previsão de depósito pelo Poder Concedente, em conta específica, o valor complementar suficiente sempre que for acionada a Garantia Pública (cláusula 20.1.3.1). O próprio 2º réu reconhece em sua defesa (fls. 1435 e 1439) que dentre as garantias, restou convencionada na cláusula 20, a manutenção da conta específica com saldo mínimo continuado de R\$ 40.000.000,00. Essa Garantia em Conta Específica encontra amparo legal no art. 8º da Lei 11.079/04. Art. 8º As obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública em contrato de parceria público-privada poderão ser garantidas mediante: II - instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei; V - garantias



prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade; VI - outros mecanismos admitidos em lei. Com esse espedeque normativo, a Cláusula 20.1.3 do Contrato de Concessão prevê que o Fundo de Investimento Imobiliário terá o Patrimônio Líquido mínimo ao longo de todo o Contrato de R\$ 40.000.000,00. Com isso, essa quantia líquida deve existir durante todo o vínculo contratual. Para isso, a Cláusula 20.1.3.1 reza que sempre a Garantia Pública for acionada, por conta da inadimplência da CDURP, o Poder Concedente deverá depositar na conta específica o valor complementar suficiente, de modo a manter o valor líquido mínimo estabelecido contratualmente com garantia. O 1º réu alega em sua defesa (fls. 2139) que a obrigação de manter Conta Específica com saldo mínimo que sirva de Garantia Pública à concessionária foi assumida primariamente pela CDURP, na forma da cláusula 20.1.3.1 do Contrato de Concessão, figurando o Poder Concedente, neste tópico, apenas como responsável financeiro subsidiário. A 2ª ré, por sua vez, afirma que não assumiu essa responsabilidade, invocando, inclusive, sua ilegitimidade passiva, não obstante reconhecer o estabelecimento da Conta Específica. Apesar das teses defensivas, a Cláusula 20.1.3.2 comprometeu a CDURP e o Poder Concedente garantidor a adotar todas as medidas necessárias para dar cumprimento ao fim previsto nessas cláusulas de garantias, satisfazendo assim, o pacto jurídico travado entre as partes. A cláusula 6.9 do Contrato de Concessão, por sua vez, ainda prevê a possibilidade da Concessionária, no caso de inadimplemento do Poder Concedente por mais de 90 dias, suspender os investimentos em curso na Concessão Patrocinada, bem como suspender demais atividades não essenciais à continuidade do serviço, reduzindo suas operações, o que evidente acarretaria um impacto negativo de grandes proporções ao interesse público. Para evitar essa drástica medida, o Poder Concedente decidiu implementar a Garantia Pública Subsidiária por meio do Decreto 43.778/2017, gerando o Primeiro Termo Aditivo ao Contrato. A previsão de vinculação de receitas e garantias prestadas por fundo garantido encontra eco nos incisos I e V do art. 8º da Lei 11.079/04. Art. 8º As obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública em contrato de parceria público-privada poderão ser garantidas mediante: I - vinculação de receitas, observado o disposto no inciso IV do art. 167 da Constituição Federal ; V - garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade; O Primeiro Termo Aditivo estabelece na Cláusula Oitava a aludida vinculação de Receitas Patrimoniais do Município como forma de Garantia Pública Subsidiária (fls. 231). Da mesma forma, o Decreto nº 43778/17 determina a vinculação e a constituição de ônus sobre as receitas patrimoniais do Município, para assegurar o cumprimento das obrigações de garantia públicas contraídas pelo Poder Concedente no Contrato de Parceria Público-Privada na Modalidade Concessão Patrocinada CVL nº 010008/2013, relativo ao Sistema de Transporte Coletivo de Passageiros por meio de Veículos Leves Sobre Trilhos -



VL.T. Com efeito, tanto no Contrato de Concessão, como seu Primeiro Termo Aditivo, bem como no Decreto Municipal nº 43.778/2017, com esteio na lei 11.079/04, há previsão de vinculação de receitas patrimoniais do Poder Concedente, de modo a implementar e satisfazer a Garantia Pública Subsidiária. A vasta prova documental produzida revela o inadimplemento do Poder Concedente por mais de 90 dias e, por conseguinte, os prejuízos amargados pela Concessionária que está se valendo do art. 39 da Lei 8987/95, para buscar a rescisão do contrato de concessão, o que acarretaria grande prejuízo à coletividade e à Cidade do Rio de Janeiro. 'Art. 39. O contrato de concessão poderá ser rescindido por iniciativa da concessionária, no caso de descumprimento das normas contratuais pelo poder concedente, mediante ação judicial especialmente intentada para esse fim.' O inadimplemento contratual gera evidentes dificuldades à concessionária para cumprir suas obrigações com seus fornecedores, funcionários, manutenção de seus sistemas e maquinários, bem como seus agentes financiadores, o que implicará, em última análise, no descumprimento da obrigação com os usuários do serviço prestado. A prova documental produzida na inicial, notadamente a de fls. 2.063/2.093, revela a lesão patrimonial que a assola em decorrência da inadimplência do Poder Concedente, devendo ser mencionado os documentos de fls. 2061/2062 que fazem prova dos efeitos danosos que o desequilíbrio econômico financeiro do contrato está gerando, ao ponto de atingir a esfera jurídica de terceiros, como os agentes financeiros. Por isso, o cumprimento das regras contratuais, como a vinculação de receitas patrimoniais do Poder Concedente, se mostra imprescindível para evitar o esvaziamento da estrutura de Garantias Públicas, prevista no Edital e estabelecida no Contrato de Concessão e gerar, como consequência, o comprometimento do serviço prestado. A adoção da medida almejada pela parte autora se revela pertinente, até porque tem o escopo de dar efetividade ao Princípio da Preservação da Empresa. Ressalte-se que a própria Secretaria Municipal de Fazenda, através do Ofício SMF nº 630/2018 (documento de fls. 891), emitiu manifestação, consubstanciada no Decreto 43.778/2017, não se opondo a utilização das receitas patrimoniais para compor a garantia ao Contrato de Parceria Público Privada na modalidade Concessão Patrocinada CVL 010008/2013. Em complemento, o Secretário Municipal de Fazenda ainda declarou que está sendo providenciado, junto aos órgãos de controle e jurídico, as avaliações quanto ao fluxo financeiro que será adotado a partir de 2019. Esse parecer foi corroborado pela Secretaria Municipal de Fazenda em setembro de 2018, conforme consta às fls. 893 dos autos, onde restou consignado a adoção de providências para implementação da medida. Confira. 'Considerando o ofício VLT-PCRJ 134/2018, a Secretaria Municipal de Fazenda reitera que não se opõe a utilização das receitas patrimoniais para confecção de procedimentos para compor a garantia ao contrato de parceria público privada na modalidade concessão patrocinada CVL nº 010008/2013,



conforme determinação do Decreto Rio nº 43.778 de 02 de outubro de 2017. Neste momento, dependemos do compromisso formal do Banco do Brasil em relação ao aceite dos termos do contrato de garantia, que foi elaborado em conjunto com a Instituição em reuniões com a participação de representantes dessa concessionária. Após a emissão do parecer positivo do Banco, o documento será encaminhado à Subsecretaria de Projetos Estratégicos para que aquele órgão obtenha, junto a Procuradoria Geral do Município, parecer jurídico final. Acreditamos que no prazo de 30 dias o contrato esteja apto a ser assinado. O Parecer jurídico da Procuradoria Geral do Município, a que o Secretário Municipal de Fazenda se refere, ao final do texto acima transcrito, extraído do documento de fls. 893, foi emitido em dezembro de 2018, conforme comprovado às fls. 895/903, onde a Procuradoria Geral do Município se manifesta favoravelmente, opinando 'pela legalidade e possibilidade da operação pretendida de afetação em garantia de receitas patrimoniais titularizadas pelo Município e da consequente celebração contratual com a instituição financeira depositária.' Nota-se que a própria Procuradoria Geral do Município reconheceu a legalidade de vinculação de receitas patrimoniais do Município em garantia subsidiária de contrato de parceria público-privada, opinando pela possibilidade sem necessidade de autorização legislativa, por se tratar de mera gestão de patrimônio e haver previsão contratual, pode ser operacionalizado por Decreto (fls. 895). Com base nesses fundamentos, observo pelo teor do documento de fls. 1.319/1.324, que foi elaborado pelas partes (Concessionária e Poder Concedente, com a interveniência do CDURP - Companhia de Desenvolvimento Urbano da Região do Porto do Rio de Janeiro), em fevereiro de 2019, Memorando onde restou convencionado no item II da Cláusula 1.1 (fls. 1321) as condições para início da operação, através de pagamento de elevada quantia pelo Poder Concedente à Concessionária autora (item I), e adoção de medidas para vinculação de receitas patrimoniais (Contrato de Vinculação de Receitas) relativo à Garantia Pública, pelo Poder Concedente, consubstanciado na minuta aprovada pela Procuradoria Geral do Município, por meio de manifestação técnica. E assim foi feito, mediante o Contrato de Vinculação de Receitas Patrimoniais de fls. 1327/1363, apesar de não finalizado com as devidas assinaturas. O Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro, por meio da 1ª Inspeção Geral de Controle Externo, ao analisar a questão, determinou diligências para apurar a regularidade da vinculação de receitas patrimoniais à garantia pública (fls. 1366/1372). Apesar da resposta da Secretaria de Projetos Estratégicos não ter sido conclusiva, doc. de fls. 1379/1400, restou consignado às fls. 1384, ao tratar da regularidade da vinculação de receitas patrimoniais à garantia pública por meio do 1º Aditivo, restou consignado que 'tais receitas possuem fluxo financeiro semelhante às que anteriormente seriam vinculadas à contratação por força da Cláusula 8ª do 1º Termo Aditivo, e não representam montante significativo aos cofres municipais.



Levantamento feito por esta SUBPE estima que, mensalmente, rendam aos cofres públicos valores que giram em torno de R\$ 12.000.000,00, representando anualmente R\$ 144.000.000,00. Nesse diapasão, considerando que a providência almejada pela parte autora não representa montante significativo aos cofres municipais, a medida não compromete as finanças do Poder Concedente, elemento que milita em favor da parte autora. Diante de todas essas constatações, bem como do elevado risco de dano grave de difícil reparação, impõe-se a adoção de medidas, com base no art. 139, IV do CPC, que supram as inadimplências do Poder Concedente, de modo a sanar as vicissitudes do esvaziamento da Conta Específica e evitar prejuízo à prestação do serviço público, que está na iminência de ser paralisado, em comprometimento ao art. 6º e seu §1º da Lei 8987/95 que exige que em toda concessão o serviço seja adequado, sem interrupção, com regularidade, continuidade, eficiência, segurança e atualidade, bem como ao parágrafo único do art. 39 da mesma norma que veda a paralização ou interrupção dos serviços pela concessionária. Lei 9887/95 Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato. § 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas. Art. 39. O contrato de concessão poderá ser rescindido por iniciativa da concessionária, no caso de descumprimento das normas contratuais pelo poder concedente, mediante ação judicial especialmente intentada para esse fim. Parágrafo único. Na hipótese prevista no caput deste artigo, os serviços prestados pela concessionária não poderão ser interrompidos ou paralisados, até a decisão judicial transitada em julgado. Com efeito, não há como deixar de reconhecer a necessidade da imediata providência e ultimateção de atos necessários para implementar a vinculação de receitas patrimoniais do Poder Concedente, sem prejuízo da realização de demais atos que sejam necessários para efetivar a Garantia Pública Subsidiária prevista no Contrato de Concessão, no seu Primeiro Termo Aditivo e no Decreto Municipal nº 43.778/2017. Destarte, entendo que merece ser concedida a tutela de urgência para implementação imediata da vinculação das receitas patrimoniais do Poder Concedente. Isso posto, CONCEDO A TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA para determinar aos réus que implementem e providenciem a operacionalização da Garantia Subsidiária do Contrato de Concessão (especificada no Primeiro Termo Aditivo e no Decreto Municipal nº 43.778/2017), praticando todos os atos necessários para tanto, em especial a assinatura do Contrato de Vinculação de Receitas e respectiva Cessão Fiduciária e dos demais instrumentos a ele relacionados, no prazo de 20 dias, de modo a dar cumprimento às obrigações legais e contratuais assumidas, sob pena de multa diária de R\$ 70.000,00, sem prejuízo de aplicação da multa prevista no §2º do art. 77 do CPC, por violação de



seu inciso IV e configuração de ato atentatório à dignidade da justiça. Intimem-se os réus pessoalmente para cumprimento. Sem prejuízo, ao autor sobre as contestações. Após, ao MP.”

Contra o citado pronunciamento judicial a Agravante opôs Embargos de Declaração, os quais foram decididos nos seguintes termos: (índice 2.407)

“Recebo os embargos de declaração de fls. 2310/2313, eis que tempestivos, contudo, no mérito os REJEITO por pretender a embargante modificar a decisão embargada através de recurso inadequado, impróprio para o seu desiderato. Ademais, os embargos de declaração não são sede própria para discussão sobre a pertinência subjetiva da lide, não servindo a via processual eleita pelo embargada para o que almeja. Quanto aos embargos de declaração de fls. 2315/2323, também os recebo, eis que tempestivos, entretanto, no mérito melhor sorte também não assiste o embargante, na medida em que pretende discutir a fundamentação da decisão embargada, apesar de estar devidamente lastreada nas provas e argumentos dos autos, em estrito atendimento ao disposto no art. 11 do CPC e art. 93, IX da CF/88. O inconformismo da parte deve ser formalizado através do instrumento processual adequado, o que afasta a possibilidade, inclusive, de atribuição de efeito suspensivo aos embargos e, notadamente, efeitos infringentes. Assim, rejeito ambos os embargos opostos pelos réus, de fls. 2310/2313 e fls. 2315/2323, mantendo a decisão embargada na forma em que foi lançada. Sem prejuízo, diante da informação de fls. 2392/2393, intimem-se novamente os réus, por OJA, para cumprimento da tutela provisória concedida. Autorizo o cumprimento pelo OJA de plantão.”

Em suas razões recursais, (índice 2), a parte Agravante alega, em síntese, que, após o advento do contraditório, o d. Juízo monocrático deferiu a antecipação dos efeitos da tutela pleiteada para: determinar aos réus que implementem e providenciem a operacionalização da Garantia Subsidiária do Contrato de Concessão (especificada no Primeiro Termo Aditivo e no Decreto Municipal nº 43.778/2017), praticando todos os atos necessários para tanto, em especial a assinatura do Contrato de Vinculação de Receitas e respectiva Cessão Fiduciária e dos demais instrumentos a ele relacionados, no prazo de 20 dias, de modo a dar cumprimento às obrigações legais e contratuais assumidas. No entanto, argumenta que o art. 1º da Lei 9.494/97 c/c art. 1º, §3º da Lei n. 8.437/92 vedam liminares contra atos do Poder Público que esgotem, no todo ou em parte, o objeto da ação.



Alerta que, ao conceder a antecipação dos efeitos da tutela, o d. Juízo *a quo* deferiu, *in totum*, o que foi postulado pela Agravante na peça inicial, esgotando, assim, o objeto da ação, em evidente violação ao disposto no artigo 1º, § 3º da Lei 8.437/92.

Defende, no caso concreto, a inadequação da intervenção do Poder Judiciário, uma vez que a implementação de garantia, em contrato de concessão de serviços públicos, constitui ato de planejamento de política pública, que envolve a aplicação de recursos, inserindo-se, portanto, no âmbito de discricionariedade do administrador público.

Nesse sentido, entende que a atuação do Judiciário em relação às políticas públicas se dá em caráter excepcional, diante do Princípio da Separação dos Poderes (art. 2º CR/88), bem como da reserva do possível, não se vislumbrando, no caso em análise, os requisitos legais para o deferimento da antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional.

Acrescenta que a antecipação dos efeitos da tutela, ora recorrida, transforma a decisão interlocutória em decisão definitiva sem a devida autorização legal, tampouco instrução processual, o que, em tese, violaria o contraditório, ampla defesa e a respectiva reapreciação da matéria pela instância superior, contrariando e negando a vigência, também, ao que dispõe a remessa necessária prevista no Código de Processo Civil e ao devido processo legal, constitucionalmente assegurado.

Sustenta a possibilidade de irreversibilidade da medida liminar (dano *in re verso*), o que seria vedado pelo artigo 300, § 3º do *Codex* Processual Civil pátrio.

Adentrando ao mérito recursal, aduz que o Poder Concedente depende, antes de mais nada, de previsão orçamentária e, considerando o momento de restrições orçamentárias em que vive o Município, a alocação de recursos nessa conta não é uma medida de possível de atendimento.

Ressalta que a decisão guerreada delinea apenas um estado de coisas a ser alcançado e não os meios para a sua concreção, em flagrante violação ao artigo 20 do Decreto-lei nº 4.657/1942.



Invoca a doutrina da reserva do possível como óbice fático que não pode ser superado por aventureiras, ingênuas ações judiciais e decisões desmotivadas.

Esclarece que o acionamento das cláusulas de garantia financeira do contrato de concessão, bem como a discussão sobre os deveres de provimento das parcelas mensais do Poder Concedente à concessionária (“CAT A”) dependem, intrinsecamente, da análise de demonstrações contábeis em torno da performance da operação.

Assevera que a obrigação de manter conta específica com saldo mínimo que sirva de Garantia Pública à Concessionária foi assumida primariamente pela CDURP, na forma da cláusula 20.1.3.1 do Contrato de Concessão, figurando o Poder Concedente, neste tópico, apenas como responsável financeiro subsidiário.

Aponta a ocorrência da exceção do contrato não cumprido (*exceptio non adimpleti contractus*), já que a Agravada não estaria operando no período das 00:00h às 06:00 horas, caracterizando, *ipso facto*, descumprimento de cláusula contratual essencial, violando, nesses termos, o princípio da continuidade do serviço público.

Impugna o valor arbitrado a título de multa, em caso de descumprimento da decisão judicial alvejada, uma vez que afronta o princípio da proporcionalidade e razoabilidade.

Requer, por fim, a reforma da r. decisão agravada para que seja indeferida a tutela provisória de urgência em razão dos argumentos articulados.

Contrarrazões pela manutenção da decisão interlocutória agravada (fls. 40/55).

Por fim, o Ministério Público opinou, às fls. 60/62, em parecer da lavra da i. Procuradora de Justiça, Dra. Míriam Cristina Mendonça Real de Almeida, pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.



VOTO

O recurso é tempestivo e estão os presentes os requisitos de admissibilidade.

Cinge-se a controvérsia sobre a regularidade, ou não, do deferimento da tutela provisória de urgência concedida pelo d. Juízo de primeiro grau, bem como se estão presentes os requisitos autorizadores da referida medida antecipatória.

Consta dos autos que, em 2013, as partes firmaram Contrato de Parceria Público-Privada - PPP, na modalidade Concessão Patrocinada, (índice 86 – autos principais) para exploração do serviço de transporte de passageiros por Veículos Leves Sobre Trilhos (VLT) no Município do Rio de Janeiro.

Não obstante a celebração do citado pacto, a Agravada sustenta que o Poder Concedente (Município do Rio de Janeiro) encontra-se inadimplente em relação às parcelas das contraprestações pecuniárias, as quais visam complementar a Receita Tarifária da Concessionária Autora, consoante norma insculpida na Lei 11.079/2004.

Em razão disso, a Agravada (Concessionária do VLT Carioca S/A) ajuizou ação de rescisão do sobredito Contrato de Concessão, por inadimplemento do Poder Concedente, no qual pleiteia tutela provisória de urgência para viabilizar a implementação imediata da vinculação das receitas patrimoniais do Poder Concedente de modo a operacionalizar a Garantia Subsidiária do Contrato de Concessão.

Diante dessa situação fática, o d. Juízo *a quo* concedeu a tutela provisória de urgência, cuja parte dispositiva contém o seguinte teor:

“Isso posto, CONCEDO A TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA para determinar aos réus que implementem e providenciem a operacionalização da Garantia Subsidiária do Contrato de Concessão (especificada no Primeiro Termo Aditivo e no Decreto Municipal nº 43.778/2017), praticando todos os atos necessários para tanto, em especial a assinatura do Contrato de Vinculação de Receitas e respectiva Cessão Fiduciária e dos demais instrumentos a ele relacionados, no prazo de 20 dias, de modo a dar cumprimento às obrigações



legais e contratuais assumidas, sob pena de multa diária de R\$ 70.000,00, sem prejuízo de aplicação da multa prevista no §2º do art. 77 do CPC, por violação de seu inciso IV e configuração de ato atentatório à dignidade da justiça. Intimem-se os réus pessoalmente para cumprimento. Sem prejuízo, ao autor sobre as contestações. Após, ao MP.” (Grifei)

Antes de qualquer coisa, ressalta-se que, segundo a dinâmica dos fatos, fora contemplado pelo Poder Concedente (Município do Rio de Janeiro) a **Garantia Pública Subsidiária** por meio do Decreto 43.778/2017, consubstanciado no Primeiro Termo Aditivo ao contrato primitivo entabulado entre as partes. (índice 222 – autos principais).

De acordo com o mencionado aditivo contratual, a **Garantia Pública Subsidiária** consiste no compromisso, assumido pelo Poder Público Concedente (Município do Rio de Janeiro), de vincular, por meio de ato normativo próprio, receita patrimonial própria, ou seja, receita orçamentária municipal (cláusula 8ª – fls. 231 dos autos principais). Reproduzo:

CLÁUSULA OITAVA – DA VINCULAÇÃO DE RECEITAS PATRIMONIAIS DO MUNICÍPIO A TÍTULO DE GARANTIA PÚBLICA SUBSIDIÁRIA

8.1. Por meio deste Termo Aditivo, e, observadas a regras legais e constitucionais, o Poder Concedente vinculará, através de ato normativo próprio, receitas patrimoniais próprias oriundas de laudêmios, concessões de uso, remuneração provisória de ocupações e permissões de uso, ao cumprimento da obrigação subsidiária assumida na parte final da subcláusula 20.1.3.2, do Contrato, até o limite de R\$ 40.000.000,00 (quarenta milhões de reais), sempre que necessário.

Em termos práticos, o Primeiro Termo Aditivo estabelece na Cláusula Oitava a aludida **vinculação de Receitas Patrimoniais do Município** como forma de **Garantia Pública Subsidiária**. Da mesma forma, o Decreto nº 43.778/17 determina a vinculação e a constituição de ônus sobre as receitas patrimoniais do Município, para assegurar o cumprimento das obrigações contraídas.

Sob esse aspecto, a decisão recorrida teve por pressuposto a falha do ente municipal em executar uma ação de adimplemento contratual que ele mesmo se propôs a realizar.



Não há, nesse particular, violação ao princípio da separação dos poderes no caso. Isso porque, com eventual decisão, o Poder Judiciário não estaria determinando metas nem prioridades do Município, nem tampouco interferindo na gestão de suas verbas. O que se estaria, em tese, fazendo era controlar os atos da Administração Pública que, neste caso, se mostraram ilegais ou abusivos já que, mesmo o Poder Público se comprometendo a vincular receitas patrimoniais como forma de **Garantia Pública Subsidiária**, há falta da contraprestação prevista no contrato, bem como da implementação da citada garantia, podendo ocasionar graves prejuízos à Concessionária.

Aplica-se, assim, por analogia, o entendimento que o e. Supremo Tribunal Federal possui no sentido de que o exame pelo Poder Judiciário de ato administrativo tido por ilegal ou abusivo não viola o princípio da separação dos poderes.

Nesse sentido, transcrevo ementas de julgados de ambas as Turmas daquela Suprema Corte:

“DIREITO ADMINISTRATIVO. CONTROLE DE LEGALIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS PELO PODER JUDICIÁRIO. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES. SUPOSTA AFRONTA AOS ARTS. 2º E 37 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. OFENSA NÃO CONFIGURADA. ACÓRDÃO RECORRIDO DISPONIBILIZADO EM 7.5.2012. O controle de legalidade dos atos administrativos pelo Poder Judiciário não ofende o princípio da separação dos poderes. Precedentes Agravo regimental conhecido e não provido” (ARE 728.343-AgR/RS, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma)”

“Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. 2. Constitucional e Administrativo. Alegação de violação ao princípio da separação dos poderes. Inocorrência. Precedentes. 3. Inexistência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 4. Agravo regimental a que se nega provimento” (ARE 635.678-AgR/GO, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma)”

Feitos esses esclarecimentos, passo à análise do mérito.

Inicialmente, o Agravante chama atenção para o fato de que, ao conceder a antecipação dos efeitos da tutela, o d. Juízo *a quo* deferiu, *in totum*, o que foi postulado pela Agravante na peça inicial, esgotando, assim, o objeto da ação, em evidente violação ao disposto no artigo 1º, § 3º da Lei 8.437/92.



A esse propósito, necessário se faz colacionar os pedidos formulados pela parte Autora em sua exordial. *Ipsis litteris*:

“VI – Pedidos de tutela antecipada e final.

219. Com amparo nas razões expostas, ante o risco de dano grave e difícil reparação, a Autora requer a concessão urgente de tutela antecipada, inaudita altera parte, para determinar que o Poder Concedente e a CDURP cumpram de imediato com as suas obrigações legais e contratuais de implementar e operacionalizar a Garantia Subsidiária do Contrato de Concessão (especificada no Primeiro Termo Aditivo e no Decreto Municipal nº 43.778/2017), praticando, no prazo máximo de 15 (quinze) dias corridos, a contar da intimação, todos os atos necessários para tanto, em especial a assinatura do Contrato de Vinculação de Receitas e respectiva Cessão Fiduciária e dos demais instrumentos a ele relacionados, de forma que seja possível continuar com a prestação do serviço público até o trânsito em julgado da presente ação, sob pena de multa diária a ser fixada por esse MM. Juízo, e de acordo com a jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça e do artigo 77, VI, §§1º e 2º do CPC/201513.

220. Deferida a liminar, requer a imediata intimação, por Oficial de Justiça, do Município e da CDURP.

221. Ato contínuo, pede que sejam citados o Município e a CDURP, e que seja realizada, na forma do artigo 334 do CPC, audiência de conciliação.

222. Ao final, após a regular instrução do processo, pede que seja julgado procedente o pedido para ser decretada a rescisão do Contrato de Parceria Público-Privada, modalidade Concessão Patrocinada (CVL nº 010008/2013), nos termos do artigo 39 da Lei nº 8.987/1995.

223. Requer, ainda, a condenação do Município do Rio de Janeiro ao pagamento de indenização por perdas e danos correspondentes a todos os prejuízos suportados pela Autora desde o início da concessão, em toda a sua extensão, incluindo os lucros cessantes, a ser apurada em liquidação de sentença.

224. Pede, ainda, a produção de todos os meios de prova admitidos, incluindo a prova pericial e documental superveniente.

225. Requer também a condenação do Município do Rio de Janeiro e da CDURP ao pagamento das custas processuais e honorários de sucumbência.

226. Pede, por fim, que a Autora seja intimada nas pessoas dos advogados PAULO CEZAR PINHEIRO CARNEIRO (OAB/RJ no 20.200), LEONARDO GRECO (OAB nº 21.557) e LEONARDO FARIA SCHENK (OAB/RJ no 123.888), com escritório em endereço constante do timbre.

227. Dá à causa o valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), para fins fiscais.”
(Grifei)



Em sintonia com isso, o d. Juízo *a quo* proferiu r. decisão interlocutória, na qual concedeu a tutela provisória de urgência, nos termos já mencionados.

Nesse contexto, ulterior esforço analítico, em cotejo entre as causas de pedir, bem como os pedidos formulados pela Demandante e o *decisum* vergastado, ao contrário do afirmado pela Agravante, verifica-se que não há esgotamento do objeto da ação em relação ao postulado pela Agravada, uma vez que, além da tutela provisória de urgência, a Recorrida pleiteia, também, a rescisão contratual, bem como ressarcimento por danos sofridos.

O instituto da tutela de urgência consiste na possibilidade de concessão pelo julgador, em sede de cognição sumária, dos efeitos almejados pelo autor quando do ajuizamento da ação, a fim de evitar a ocorrência de danos ao bem objeto da lide ou a ineficácia de futura decisão judicial.

A regra constante no artigo 300 do Código de Processo Civil permite ao Juízo que, verificada a presença, em análise perfunctória, dos pressupostos do referido instituto (probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil ao processo), conceda efeitos da tutela pretendida pelo autor ao final da demanda.

Na situação dos autos, constata-se que, não obstante a celebração do citado pacto, a Agravada sustenta que o Poder Concedente (Município do Rio de Janeiro) encontra-se inadimplente em relação às parcelas das contraprestações pecuniárias, as quais visam complementar a Receita Tarifária da Concessionária Autora, consoante norma insculpida na Lei 11.079/2004.

Em razão disso, a Agravada (Concessionária do VLT Carioca S/A) ajuizou ação de rescisão do sobredito Contrato de Concessão, por inadimplemento do Poder Concedente, no qual pleiteou tutela provisória de urgência para viabilizar a implementação imediata da vinculação das receitas patrimoniais do Poder Concedente de modo a operacionalizar a Garantia Subsidiária do Contrato de Concessão.

Como se sabe, as parcerias público-privadas (PPP) são modalidades contratuais, criadas pela Lei 11.079/2004, com o objetivo de incentivar o investimento privado no setor público, através da repartição objetiva dos riscos entre o Estado (parceiro público) e o investidor privado (parceiro privado).



Em razão da inadimplência do Poder Concedente, ou seja, do Município do Rio de Janeiro, fora estabelecida a **Garantia Pública Subsidiária** por meio do Decreto 43.778/2017, consubstanciado no Primeiro Termo Aditivo ao contrato primitivo entabulado entre as partes. (índice 222 – autos principais).

De acordo com o mencionado aditivo contratual, conforme mencionado, a **Garantia Pública Subsidiária** consiste no compromisso, assumido pelo Poder Público Concedente (Município do Rio de Janeiro), de vincular, por meio de ato normativo próprio, receita patrimonial própria. (Cláusula 8ª – fls. 231 dos autos principais).

Em paralelo a isso, o artigo 39, parágrafo único, da Lei 8.987/1995, assim como a Cláusula 44.2.1 do Contrato da Concessão exigem que a Concessionária Autora continue prestando o serviço público até o trânsito em julgado da presente ação de rescisão. Ilustrativamente:

“Art. 39. O contrato de concessão poderá ser rescindido por iniciativa da concessionária, no caso de descumprimento das normas contratuais pelo poder concedente, mediante ação judicial especialmente intentada para esse fim.

Parágrafo único. Na hipótese prevista no caput deste artigo, os serviços prestados pela concessionária não poderão ser interrompidos ou paralisados, até a decisão judicial transitada em julgado.” (Grifei)

44.2. **Possibilidade de Rescisão por Iniciativa da Concessionária.** A

Concessionária somente poderá se desvincular das obrigações assumidas no Contrato, no caso de inadimplência do Poder Concedente, após decretada sua rescisão por sentença judicial.

44.2.1. A Concessionária deverá continuar realizando os Fornecimentos e prestando os Serviços até o trânsito em julgado da decisão judicial que decretar a rescisão do Contrato.

Assim, de modo peremptório, temos o seguinte cenário: O Poder Público Concedente inadimplente, já que não efetuou o pagamento das parcelas da contraprestação pecuniária ao parceiro privado (Cláusula 9) e, por isso,



comprometeu-se a estabelecer a **Garantia Pública Subsidiária**, a qual também não foi implementada e, de outra parte, a Concessionária Autora que se encontra obrigada por lei, e por força de cláusula contratual, a prestar o serviço público concedido, ainda que não esteja sendo remunerada, até o trânsito em julgado da presente demanda.

Nesse diapasão, são claros os indícios de enriquecimento ilícito do Poder Concedente, ora Agravante. (*fumus boni iuris*)

Nas palavras do Recorrente: *“o Poder Concedente depende, antes de mais nada, de previsão orçamentária e, considerando o momento de restrições orçamentárias em que vive o Município, a alocação de recursos nessa conta não é uma medida de possível de atendimento.”* E acrescenta: *“a decisão guerreada delinea apenas um estado de coisas a ser alcançado e não os meios para a sua concreção, em flagrante violação ao artigo 20 do Decreto-lei nº 4.657/1942.”*, arremata.

A debilidade argumentativa, nesse particular, revela-se flagrante. Isso porque, embora o Município evoque as restrições orçamentárias, assim como o postulado da reserva do possível, não se pode olvidar que existe um contrato em vigor, produzindo os respectivos efeitos jurídicos, dentre os quais, as obrigações contratuais assumidas pelo Poder Concedente na Parceria Público-Privada.

Ademais, conforme mencionado pela Agravada em suas contrarrazões: *“As garantias contratuais se destinam, a toda evidência, a minimizar os impactos da inadimplência do Poder Concedente no fluxo de caixa da Concessionária e a permitir, com isso, que os serviços sejam prestados até o trânsito em julgado da ação de rescisão.”* (índice 40 - fls. 42).

Partindo-se de uma perspectiva lógico-racional, a reivindicação da Agravada encontra supedâneo no princípio da continuidade do serviço público, segundo o qual, reputa-se proibida a interrupção de atividades do serviço público prestados à população, tendo em vista que o referido serviço consiste na forma pelo qual o Poder público executa suas atribuições essenciais ou necessárias aos administrados.

Não por acaso, o d. Juízo de primeira instância assim consignou: *“A cláusula 6.9 do Contrato de Concessão, por sua vez, ainda prevê a possibilidade da Concessionária, no caso de inadimplemento do Poder Concedente por mais de 90 dias, suspender os investimentos em curso na*



Concessão Patrocinada, bem como suspender demais atividades não essenciais à continuidade do serviço, reduzindo suas operações, o que evidente acarretaria um impacto negativo de grandes proporções ao interesse público. Para evitar essa drástica medida, o Poder Concedente decidiu implementar a Garantia Pública Subsidiária por meio do Decreto 43.778/2017, gerando o Primeiro Termo Aditivo ao Contrato.”

Em última análise, nota-se que o d. Juízo *a quo* entendeu, de forma correta, por prestigiar o princípio da preservação dos negócios jurídicos, bem como o da preservação da empresa (*favor negotii*), tendo em vista, de um lado, a inadimplência do Poder Concedente e, de outro, a preservação do interesse público.

No que tange a alegação de que o Agravante seria, apenas, responsável financeiro subsidiário, esta não merece prosperar.

De fato, conforme esclarecido na decisão proferida nos autos em apenso, a CDURP não possui qualquer ingerência sobre as receitas patrimoniais do Município do Rio de Janeiro, menos ainda a capacidade jurídica de vinculá-la a determinada despesa pública ligada à garantia contratual. Razão pela qual não pode ser compelida, por meio de medidas coercitivas (*astreintes*), a cumprir determinação judicial para qual não detém atribuição.

Em relação ao valor da multa arbitrada, é cediço que, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático, o juiz poderá, de ofício e a qualquer tempo, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que esta se tornou insuficiente ou excessiva.

Sob esse prisma, seguem os julgados do e. Superior Tribunal de Justiça e desta c. Corte de Justiça:

“PROCESSO CIVIL. OBRIGAÇÃO DE FAZER. ASTREINTES. POSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DA MULTA COM BASE NOS CRITÉRIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE. PRAZO INICIAL PARA A CONTAGEM DOS JUROS MORATÓRIOS. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO. - É lícito ao Julgador, a qualquer tempo, modificar o valor e a periodicidade da multa (art. 461, § 4º c/c § 6º, do CPC), conforme se mostre insuficiente ou excessiva. Precedentes. A ausência da confrontação analítica dos julgados impede o conhecimento do recurso especial pela letra “c” do permissivo constitucional. Recurso especial da ré parcialmente conhecido e provido. Recurso especial adesivo não conhecido. (STJ, REsp 1060293/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 18.03.2010)” (Grifei)



“OBRIGAÇÃO DE FAZER. FORNECIMENTO DE ÁGUA. ALEGAÇÃO DE COBRANÇA EXCESSIVA. DEPÓSITO JUDICIAL DA PARTE INCONTROVERSA. TUTELA ANTECIPADA DEFERIDA E MANTIDA. MULTA. REDUÇÃO. PROVIMENTO PARCIAL DO AGRAVO. EMBARGOS DECLARATÓRIOS. REDISCUSSÃO. VIA IMPRÓPRIA. A embargante pretende, em verdade, a prevalência de sua tese e a rediscussão do julgado, providência que não se acolhe na estreita via dos embargos declaratórios, porquanto a r. decisão embargada contém fundamentos claros e nítidos. EMBARGOS DECLARATÓRIOS REJEITADOS. (0052238-45.2010.8.19.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO - DES. ROBERTO DE ABREU E SILVA - Julgamento: 07/12/2010 - NONA CAMARA CIVEL)” (Grifei)

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. Impugnação ao cumprimento de sentença. Redução das astreintes pelo Juízo a quo. Possibilidade. A aplicação de astreintes tem a finalidade de quebrar a resistência indevida da parte que não cumpre a obrigação que lhe foi imposta, estabelecendo o artigo 461, §6º, do CPC que o Juiz poderá, de ofício e a qualquer tempo, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva, evitando-se, assim, o enriquecimento sem causa do beneficiário da medida, bem como o desvirtuamento da função da multa, a qual possui natureza coercitiva e não reparatória. Precedentes do E. Superior Tribunal de Justiça e desta E. Corte e Câmara. Provimento parcial do recurso tão-somente para fazer constar no decisum observação quanto ao disposto no art. 12 da Lei 1060/50.” (AGRAVO DE INSTRUMENTO 0031489- 07.2010.8.19.0000 – REL. DES. MARIA INES GASPAR - Julgamento: 09/07/2010 – DECIMA SETIMA CAMARA CIVEL)” (Grifei)

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO À SAÚDE. INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA PARA TRATAMENTO PSIQUIÁTRICO. AGRAVADA A DECISÃO QUE DEFERIU A TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA, FIXANDO MULTA E PRAZO PARA O CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO. RECURSO PARA PEDIR REDUÇÃO DA MULTA E DILAÇÃO DO PRAZO. É LÍCITO AO JULGADOR, A QUALQUER TEMPO, MODIFICAR O VALOR E A PERIODICIDADE DA MULTA, CONFORME SE MOSTRE INSUFICIENTE OU EXCESSIVA. IN CASU, O VALOR DA MULTA DIÁRIA DEVE SER REDUZIDO DE R\$ 5.000,00 PARA R\$ 500,00, DE MODO A SER RAZOÁVEL PARA O FIM A QUE SE DESTINA, FRENTE À OBRIGAÇÃO EM QUESTÃO. CONFIRMO A TUTELA ANTECIPADA RECURSAL PARA TAMBÉM DILATAR O PRAZO DE 24 HORAS PARA CUMPRIMENTO DA REFERIDA OBRIGAÇÃO, PARA 15 DIAS RESSALTANDO QUE O MUNICÍPIO AGRAVANTE ADUZ NÃO ESTAR SE RECUSANDO A EFETIVAR A INTERNAÇÃO DO FILHO DA AUTORA, MAS PRECISA DE TEMPO PARA VIABILIZAR A PROVIDÊNCIA. PRECEDENTES DO STJ E DO TJRJ. UTILIZAÇÃO DOS CRITÉRIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. RECURSO AO QUAL SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO. (0003211-49.2017.8.19.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO Des(a). MARCIA FERREIRA ALVARENGA - Julgamento: 17/05/2017 - DÉCIMA SÉTIMA CÂMARA CÍVEL)” (Grifei)



“AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO QUE INDEFERIU O PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA. RECURSO DA AUTORA A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO, PARA DEFERIR A ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA, DE MODO QUE A RÉ PASSE A COBRAR MENSALIDADE DE ACORDO COM OS PERCENTUAIS ANUAIS PREVISTOS PELA ANS, NOS ÚLTIMOS 3 (TRÊS) ANOS, NO PRAZO DE 20 (VINTE) DIAS DE SUA INTIMAÇÃO, FIXANDO-SE MULTA DE R\$ 5.000,00 (CINCO MIL REAIS) POR CADA COBRANÇA EM DESCONFORMIDADE. Sobre o reajuste por mudança de faixa etária, cabe dizer que o art. 15 da Lei 9.656/1998 permite a variação das contraprestações pecuniárias em razão da idade do consumidor somente quando as faixas etárias, e os percentuais de reajuste incidentes em cada uma delas, estiverem previstos no contrato inicial. No entanto, em se tratando de pessoa idosa, o reajuste é abusivo, por contrariar o art. 15, § 3º, da Lei nº 10.741/03. No caso em exame, a Autora demonstrou, por meio da memória de cálculo de fls. 38/40 (index 40 dos autos principais) que há diferença entre os índices autorizados pela ANS para os planos individuais e os aplicados pela Requerida. Em consulta ao sítio eletrônico da ANS, pode-se constatar que foi autorizado aumento em 2015, de 13,55%, em 2014, de 9,65%, em 2013, de 9,04%, em 2012, de 7,93%, e em 2011, de 7,69%. A Consumidora alega que o aumento efetuado pela Requerida no ano de 2015 foi de 18,30%, 2014, de 15,66%, 2013, de 15,01%, 2012, de 14,17%, e 2011, de 12,05%. Verifica-se, assim, que o conjunto probatório traz elementos que demonstram a probabilidade do direito alegado. Ao mesmo tempo, constata-se, ainda, a existência de perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, vez que, se não for deferida a medida, a Consumidora, pessoa idosa, poderá ficar privada dos serviços médicos oferecidos pela Ré. Por outro lado, não há perigo de irreversibilidade da medida, já que a decisão antecipatória dos efeitos da tutela poderá ser revogada ou modificada pelo r. Juízo a quo, a qualquer tempo, inclusive quando da análise das provas a serem produzidas. Assim, presentes os requisitos exigidos pelo art. 300, do Novo Código de Processo Civil, cabível, por consequência, o deferimento da medida. (0058194-32.2016.8.19.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO / Des(a). ARTHUR NARCISO DE OLIVEIRA NETO - Julgamento: 22/06/2017 - VIGÉSIMA SEXTA CÂMARA CÍVEL CONSUMIDOR)” (Grifei)

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO (INDEX 30, ANEXO 1) QUE CONCEDEU A TUTELA ANTECIPADA PARA DETERMINAR QUE A RECLAMADA AUTORIZASSE A REALIZAÇÃO DO TRATAMENTO DA AUTORA, COM O MEDICAMENTO BENLYSTA 400, CONFORME PRESCRIÇÃO MÉDICA, NO PRAZO DE 24 HORAS, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA DE R\$ 500,00, LIMITADA A R\$ 5.000,00. RECURSO DA RÉ A QUE SE NEGA PROVIMENTO. No caso em exame, restou comprovado, (index 28, do processo principal), que a paciente é portadora de Lúpus Eritematoso Sistêmico, em acompanhamento há aproximadamente 12 anos, e recebeu indicação de tratamento específico, para uso endovenoso de Benlysta 400. Verifica-se, assim, s.m.j., que o conjunto probatório, apesar de proporcionar cognição sumária, não exauriente, traz elementos que demonstram a verossimilhança do alegado pela Demandante, configurando a fumaça do bom direito. Ao mesmo tempo, constata-se, ainda, a existência de perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo,



vez que, se não for deferida a medida, a Consumidora ficará privada do tratamento adequado. Assim, presentes os requisitos exigidos, cabível, por consequência, o deferimento da medida, para que a Ré custeie o tratamento. Acrescente-se, ainda, que a alegação de que se trata de medicamento para uso domiciliar e de que não está previsto no rol da ANS, bem como de que o fornecimento de medicamento está fora dos limites legais, não prospera, visto que a garantia constitucional do direito à vida e à saúde não pode sofrer limitações por normas infraconstitucionais. Ademais, o rol da ANS não é taxativo, sendo, apenas, listagem de cobertura mínima obrigatória para os planos de saúde. Com relação ao não cumprimento pela Demandante, no prazo fixado, da segunda parte da decisão guerreada, cabe frisar que foram anexados, ao indexador 406 dos autos principais, em 15/09/2016, os recibos de pagamento dos meses de maio, junho e julho de 2016. Desta forma, comprova a Autora estar adimplente com o plano de saúde, mesmo que a destempo. Assim, não se vislumbra motivo para revogação da tutela deferida. Por outro lado, não há perigo de irreversibilidade da medida, porquanto a decisão antecipatória dos efeitos da tutela poderá ser revogada ou modificada pelo r. Juízo a quo, a qualquer tempo, inclusive quando da análise de novas provas a serem produzidas. (0049792-59.2016.8.19.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO / Des(a). ARTHUR NARCISO DE OLIVEIRA NETO - Julgamento: 16/12/2016 - VIGÉSIMA SEXTA CÂMARA CÍVEL CONSUMIDOR)" (Grifei)

Em suma, a aplicação de *astreintes* tem a finalidade de quebrar a resistência indevida da parte que não cumpre a obrigação que lhe foi imposta, estabelecendo o artigo 537, § 1º do Código de Processo Civil que o Juiz poderá, de ofício e a qualquer tempo, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva.

Sob tais premissas, levando-se em conta as peculiaridades e os valores discutidos no caso concreto, cabe destacar que os valores fixados em primeira instância para a hipótese de descumprimento da tutela de urgência concedida mostram-se proporcionais e pautados pelo princípio da razoabilidade, não havendo, portanto, qualquer motivo para a redução pretendida pela Agravante.

Nesse contexto, levando-se em conta outros princípios, bem como a realidade fática subjacente, infere-se, em sede de cognição sumária, que se encontram presentes os requisitos legais mínimos necessários à concessão da tutela pleiteada.

Na hipótese dos autos, o *fumus boni iuris* está configurado pela documentação juntada aos autos do processo originário, a qual comprova o vínculo contratual entre as partes, o inadimplemento do Poder Concedente, bem



como a ausência de implementação da **Garantia Pública Subsidiária**, malgrado o Município do Rio de Janeiro tenha expedido Decreto para esse fim. (Decreto 43.778/2017).

O *periculum in mora*, por sua vez, se evidencia pela própria essencialidade do serviço prestado em questão, não se afigurando razoável que a Agravada seja obrigada a cumprir com seus encargos contratuais, sem que o Município cumpra com os seus, notadamente, o aporte financeiro inerente aos contratos de Parceria Público-Privada, na modalidade de concessão patrocinada.

Logo, presentes os mencionados requisitos, é possível a antecipação, parcial ou total, da tutela de urgência, só podendo ser cassada a decisão de deferimento se teratológica, contrária à lei ou à evidente prova dos autos.

Nesse sentido, é a Súmula nº 59 deste e. Tribunal de Justiça: “Somente se reforma a decisão concessiva ou não, da tutela de urgência, cautelar ou antecipatória, se teratológica, contrária à lei, notadamente no que diz respeito à probabilidade do direito invocado, ou à prova dos autos”.

Dessa forma, o Agravante deixou de afastar a verossimilhança das alegações autorais, sendo certo que a concessão da tutela de urgência é a melhor solução jurídica para cessar eventual dano a ser suportado pela parte Agravada durante a tramitação do processo, mormente pelo fato de que o perigo de dano é ínsito à própria situação, tendo em vista os valores discutidos.

Quanto aos demais pontos, afigura-se imprescindível, *in casu*, a dilação probatória, de modo que sejam produzidas provas mais robustas, durante a fase instrutória, perante o Juízo de primeiro grau, de modo que reste comprovado os fatos articulados na exordial.

Por fim, oportuno observar que a antecipação da tutela pode ser concedida ou revogada a qualquer tempo, razão pela qual a questão poderá eventualmente ser reapreciada pelo Juízo *a quo*, caso sejam apresentados elementos de prova mais robustos.

EM FACE DO EXPOSTO, voto no sentido de **CONHECER e NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO**, mantendo-se, integralmente, a decisão vergastada, por seus próprios fundamentos.



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Décima Primeira Câmara Cível

Rio de Janeiro, data da sessão de julgamento.

LUIZ HENRIQUE OLIVEIRA MARQUES
Desembargador Relator