



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo**

Registro: 2016.0000664322

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação nº 0015946-33.2012.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante [REDACTED] (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 9^a Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento parcial ao recurso, nos termos que constarão do acórdão. V. U. Sustentou oralmente o Dr. Eliezer Pereira Martins.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores REBOUÇAS DE CARVALHO (Presidente sem voto), OSWALDO LUIZ PALU E MOREIRA DE CARVALHO.

São Paulo, 14 de setembro de 2016

JOSÉ MARIA CÂMARA JUNIOR

RELATOR

Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Voto n. 13112

Apelação n. 0015946-33.2012.8.26.0053

Comarca: São Paulo

Natureza: Responsabilidade Civil do Estado

Apelante: [REDACTED]

Apelada: Fazenda do Estado de São Paulo

RELATOR JUIZ DE DIREITO SUBSTITUTO EM 2º GRAU JOSÉ MARIA CÂMARA JUNIOR

APELAÇÃO. AÇÃO INDENIZATÓRIA.
IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO MEDIATO.

COISA JULGADA. INOCORRÊNCIA. Pressuposto Processual Negativo. Inocorrência da tríplice identidade. Objeto da ação. Reconhecimento da responsabilidade civil e do direito ao recebimento de indenização compensatória por danos morais. Fato determinante do dever de indenizar. Ofensa derivada da forma empregada para a investigação social realizada durante a fase final do concurso público. A outra ação versava exclusivamente sobre a legalidade do ato administrativo de dispensa da Academia de Polícia do Barro Branco. Causa de pedir e objetos distintos. Eficácia preclusiva da coisa julgada. Afetação exclusiva dos fatos e fundamentos que envolveram a anterior pretensão (legalidade do ato administrativo). Possibilidade de propositura de outra demanda que verse sobre os mesmos fatos, mas com causa de pedir e pedido diversos.

RESPONSABILIDADE CIVIL. ATO COMISSIVO. OFENSA. VIDA ÍNTIMA. OPÇÃO SEXUAL. Elementos da responsabilidade civil comprovados. Dano, nexo de causalidade, ato ilícito. Prova da ocorrência da ofensa à intimidade durante a realização de investigação social voltada à opção sexual do autor. Prova oral suficiente para demonstrar os fatos. Comprovação dos pressupostos da responsabilidade civil. A gravidade do fato apurado na investigação realizada não repercute para a violação à intimidade do investigado. Incumbe ao Estado reunir melhor aptidão para os meios manejados voltados à apuração do fato sem permitir indevida ofensa caracterizada pela revelação da opção sexual desconhecida das pessoas de seu convívio social. O procedimento apurava a conduta pontual do investigado, a partir de denúncia recebida sobre a prática de importunação ofensiva ao pudor. Durante a investigação



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

2

de um fato concreto foram ouvidas pessoas do ambiente social do investigado, além da vítima denunciante, e as perguntas formuladas gravitavam em torno da orientação sexual do investigado, e não sobre o fato relevante a ser apurado ou as circunstâncias que envolviam a denúncia. Irrelevante saber a opção sexual (e tornar pública essa orientação) para apurar a falta cometida. Dever de indenizar configurado.

DANO MORAL. *Critério empregado para arbitramento da indenização. Razoabilidade e discricionariedade diante da causa de pedir. Imprescindível considerar o grau de culpa, o dano em si, as condições econômicas e sociais da vítima e do ofensor. O valor fixado não é adequado para inibir distorções e evitar quantificações inexpressivas ou exageradas. Valor fixado em R\$ 10.000,00.*

CRITÉRIO DE INCIDÊNCIA DOS CONSECTÁRIOS LEGAIS. *Juros de Mora. Súmula 54 do STJ. Incidência desde a data do ilícito. Correção monetária devida desde o arbitramento. Súmula 362 do STJ. Incidência da norma contida no artigo 406 do Código Civil. Taxa de 1% desde o ilícito até a data da publicação do acórdão. Após, aplicabilidade da Taxa Selic.*

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. *Aplicação da Súmula 326 do STJ. Inexistência de sucumbência recíproca. Fixação em R\$ 2.500,00.*

RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

[REDAÇÃO] , inconformado com a respeitável sentença de fls. 623/626, que julgou improcedente o pedido mediato, interpôs recurso de apelação, sustentando, em síntese, (i) a falsa motivação da desclassificação do apelante; (ii) a caracterização de homofobia; (iii) a responsabilidade da ré em razão da dispensa imotivada do apelante; (iv) os prejuízos extrapatrimoniais decorrentes da atuação discriminatória da ré; (v) o direito a justa indenização.

A ré apresentou contrarrazões (fls. 653/663), acenando para a hipótese de coisa julgada, e o recurso foi regularmente processado.

Intimadas as partes para que informassem objeção em

Apelação nº 0015946-33.2012.8.26.0053 - nº 13112



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

3

relação ao julgamento virtual, o apelante requereu que o julgamento seja presencial (fls. 670/671).

É o relatório.

Rejeito a objeção processual atinente à presença de pressuposto processual negativo (coisa julgada).

A apelada sustenta que já houve trânsito em julgado da sentença proferida nos autos do mandado de segurança n. 0017511-37.2009.8.26.0053, que denegou a segurança e para tanto, considerou a legalidade do ato administrativo impugnado. Assim, segundo a Fazenda, o processo deve ser julgado extinto sem resolução de mérito, nos termos do artigo 267, inciso V, do Código de Processo Civil.

Ciosa leitura dos autos revela que a anterior demanda proposta pelo autor em face da ré versava exclusivamente sobre a legalidade do ato administrativo que o dispensou do concurso público para Oficial da Polícia Militar. A presente demanda versa apenas sobre a indenização por danos morais decorrente do processo de investigação social ocorrido no bojo do concurso público a que se submeteu o ofendido e da ilegalidade do ato administrativo que o desclassificou do certame.

Com isso, não se configura a tríplice identidade. Os elementos da petição inicial identificam a demanda e induzem a litispendência ou coisa julgada. No caso, a causa de pedir e o pedido formulado estão relacionados com a responsabilidade civil, e não mais em relação à legalidade do ato administrativo de desclassificação do concurso público. É bem certo que a legalidade do ato administrativo poderá de alguma forma repercutir no direito à indenização, o que não significa que a coisa julgada afetou a fundamentação da sentença proferida no “*mandamus*”.

A eficácia preclusiva da coisa julgada com certeza atingiu a sentença proferida nos autos n. 0017511-37.2009.8.26.0053, mas apenas e tão



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

4

somente com relação aos fatos e fundamentos que envolvem a “*causa petendi*”. Como se sabe, “*a eficácia preclusiva só atinge argumentos e provas que sirvam para embasar a ‘causa petendi’ deduzida pelo autor. O efeito preclusivo não atinge todas as causas de pedir que pudessem ter servido para fundamentar a pretensão formulada em juízo, mas tão-somente a ‘causa petendi’ que, de fato, embasou o pedido apresentado pelo autor, e as alegações que a ela se refiram. Assim, entende-se ser possível propor nova ação deduzindo o mesmo pedido, desde que fundado em uma nova causa de pedir*” (Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira, *Curso de Direito Processual Civil*, Vol. 2, 6^a edição, 2011, Ed. Podivm, p. 437). Essa é a correta interpretação a ser atribuída ao artigo 474 do Código de Processo Civil.

A pretensão do autor, agora, é a reparação moral sofrida em razão da investigação social realizada no bojo do concurso público e pela dispensa ilegal no concurso. Essa última matéria já foi discutida em demanda autônoma, não impedindo a discussão de outra matéria (responsabilidade civil) nesta demanda.

Nota-se, portanto, que a pretensão veiculada pela apelada (extinção do processo sem resolução de mérito) não tem qualquer respaldo técnico, revelando notória inconsistência jurídica na interpretação conferida.

Ultrapassada a objeção processual, passo a analisar o substrato da demanda.

A ação foi manejada objetivando a condenação da ré ao pagamento de indenização por danos morais em razão de sua dispensa da Academia de Polícia Militar do Barro Branco. O autor afirma que foi aprovado nas três fases do concurso público para Oficial da Polícia Militar e, após 4 meses de aulas na Academia de Polícia do Barro Branco, foi desligado do concurso em razão de conduta incompatível com a função. Aduz que houve abuso por parte da administração, pois entende que a sua dispensa decorreu de homofobia.

O juízo “*a quo*” julgou improcedente o pedido mediato.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

5

A causa de pedir está delineada na responsabilidade da administração em razão da investigação social realizada em concurso público que redundou na dispensa do autor da Academia de Polícia do Barro Branco. O autor imputa responsabilidade à ré em razão de homofobia, pois teria sido dispensado em razão de sua opção sexual e a investigação social realizada teria ofendido a sua honra.

O artigo 37, § 6º, da CF/88 dispõe que “*as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa*”.

O sistema de responsabilidade civil do Estado adotou a teoria do risco administrativo, pela qual o lesado não precisa demonstrar a culpa da Administração para obter indenização em razão de ato danoso causado por seus agentes.

A discussão em torno do dever estatal de pagamento de indenização, decorrente de sua responsabilidade pelo risco administrativo, considera a premissa de que o dano efetivamente ocorreu e de que esse dano guarda relação de causalidade com a atuação ou a falha na atuação estatal.

O autor informou fatos que apontam, em tese, para a responsabilidade civil associada ao ato comissivo ilícito (ofensa à vida privada) praticado por agentes públicos do Estado. Vê-se, portanto, que a matéria versa sobre a responsabilidade objetiva, com aplicação ampla da teoria do risco administrativo, pois “*se a conduta legítima produtora de dano enseja responsabilidade objetiva, a fortiori deverá ensejá-la a conduta ilegítima causadora de lesão jurídica. É que tanto numa como noutra hipótese o administrado não tem como se evadir à ação estatal. Fica à sua mercê, sujeito a um poder que investe sobre uma situação juridicamente protegida e a agrava. Saber-se, pois, se o Estado agiu ou não culposamente (ou dolosamente) é questão irrelevante*” (Celso Antonio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, 27ª

6



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

edição, Ed. Malheiros, 2010, p. 1011).

Feitas estas considerações para identificar a matéria controvertida, interpreta-se que o ônus probatório que incumbe ao particular está restrito apenas ao dano e ao nexo de causalidade.

Infere-se que a legalidade do ato administrativo de desclassificação que supostamente teria gerado o direito a indenização já foi objeto de mandado de segurança anteriormente impetrado e a sentença lá proferida transitou em julgado (fls. 365/371 e fls. 373/380).

A Fazenda sustenta que o autor foi desclassificado em razão conduta incompatível com o exercício da função e isso seria consequência de episódio ocorrido em 02.01.2005, no qual o autor teria molestado usuário do sistema metroviário. Nessa ocasião, o autor foi surpreendido por policiais do DELPOM e posteriormente submetido à investigação da corregedoria da Polícia Militar.

Não há dúvidas de que o fato é gravíssimo e suficiente para desclassificar um candidato do concurso público. É desprezível a conduta de um agente da força militar que atua sem escrúpulos, molestando usuários do serviço metroviário. Se havia suspeitas de envolvimento do autor em episódio dessa natureza, não deve ser censurada a conduta da administração.

Assim, não se verifica qualquer ilegalidade no ato administrativo que desclassificou o autor da Academia de Polícia Militar do Barro Branco e isso já foi objeto de discussão nos autos do mandado de segurança n. 0017511-37.2009.8.26.0053 com sentença já transitada em julgado.

Acontece que a ilegalidade apontada nesta demanda não se restringe à sua desclassificação, mas todo o processo de investigação social realizada no bojo do certame, que redundou na desclassificação do candidato e, de forma indireta, também atingiu a esfera de intimidade do autor.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA PODER JUDICIÁRIO São Paulo

Isso porque a investigação social acabou por afetar a vida íntima do autor, já que abordou tema relativo à sua opção sexual.

As provas coligidas aos autos são suficientes para demonstrar que a Administração Pública, dentro da competência atribuída para a realização do concurso, quis se imiscuir na vida íntima do autor.

A testemunha Sidnei Barcevicius afirmou que “*trabalhou na mesma unidade*” do autor e que “*não sabia da opção sexual dos outros policiais*” e “*não tinha conhecimento da opção sexual do autor*”. Aduziu, ainda, que “*sabe que houve investigação social do autor, tendo recebido ligação de policial que realizava a investigação social*” e que “*a investigação social ocorreu no período em que o autor esteve na Academia da PM do Barro Branco*”. Por fim, disse que “*as perguntas versaram sobre a orientação sexual do autor*” (fls. 485/486).

Simetricamente, a testemunha Ulisses Amaro da Silva disse que cinco anos antes do depoimento prestado nestes autos, uma comissão havia realizado visita a sua residência e na ocasião lhe foi perguntado se o autor era mulherengo (fls. 554).

A ré não contesta os fatos, o que significa que realmente ocorreram.

É bem certo que a investigação poderia versar sobre as condutas sociais do autor. Poderia inclusive abranger histórico de condutas praticadas em público, como foi o caso do episódio que gerou a investigação da corregedoria da PM.

Porém, é inadmissível que um agente do Estado formule perguntas relacionadas com a opção sexual do administrado e, no caso, candidato a cargo público, seja porque não tem qualquer razoabilidade se escolhido como elemento discriminatório para o exercício do cargo, seja porque a opção sexual é uma informação inscrita na vida íntima da pessoa, cabendo somente a ela a



TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PODER JUDICIÁRIO

São Paulo

decisão sobre a sua publicização. Seja qual for o intento, não cabe ao Estado no regime Democrático de Direito, questionar sem qualquer propósito razoável a opção sexual de qualquer um dos cidadãos. A investigação apurava a conduta pontual do investigado, a partir de denúncia recebida sobre a prática de importunação ofensiva ao pudor. Durante a investigação de um fato concreto foram ouvidas pessoas do ambiente social do investigado, além da vítima denunciante, e as perguntas formuladas gravitavam em torno da orientação sexual do investigado, e não sobre o fato relevante a ser apurado ou as circunstâncias que envolviam a denúncia. Irrelevante saber a opção sexual (e tornar pública essa orientação) para apurar a falta cometida.

Registro que não se quer rediscutir a legalidade da desclassificação do autor. Isso já foi decidido no mandado de segurança já julgado e aparentemente, a motivação explanada pela autoridade não se revela *“prima facie”* desarrazoada, pois está escorada na conduta aferida em investigação da corregedoria. Aquela conduta inescrupulosa já é suficiente para autorizar a desclassificação do candidato, pois de fato é incompatível com a função a ser exercida pelo policial militar. Afastá-lo do cargo certamente foi a melhor postura a ser adotada pela administração.

Mas foi provado nestes autos que a investigação social extrapolou os limites do razoável, já que invadiu, igualmente sem escrúpulos, a esfera de intimidade de um cidadão. E mais. Deu publicidade à dúvida sobre a opção sexual de um administrado no meio em que vivia (vizinho e colega de trabalho). Igualmente censurável a postura de um agente público na esfera individual e íntima do autor.

Como se sabe, o dever de indenizar estará caracterizado se houver a conjugação entre os elementos que expressam a conduta, o dano e o nexo causal. A identificação do ilícito é determinada pela conduta, que registra a investigação desarrazoada realizada pela Administração. O dano está representado pelos prejuízos extrapatrimoniais experimentados pelo autor em razão de sua possível discriminação e da humilhação pública sofrida pela injúria. O nexo causal fica bem evidenciado, porquanto os danos decorreram da situação



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

propiciada pelo Estado que resolveu inquirir colegas de trabalho e vizinhos do autor na investigação social sobre a opção sexual do autor.

Reconhecido o dever de indenizar dos réus, sobeja apurar a dimensão dos danos experimentados.

Como se vê, o dano moral é evidente e “*in re ipsa*”. Inegável que estas circunstâncias determinam significativo abalo emocional. A ninguém é assegurado o direito de injuriar as pessoas em razão de sua opção sexual.

O simples fato da pergunta ter sido formulada a colegas de trabalho, ainda que no bojo de processo de investigação social, é suficiente para demonstrar o impacto relevante da notoriedade da ofensa sofrida, o que potencializa a repercussão moralmente danosa.

A indenização por dano moral tem sido admitida como forma de mitigar o sofrimento experimentado pela vítima, compensando-se suas angústias, dores, aflições, constrangimentos e, enfim, as situações vexatórias em geral, impondo-se ao seu responsável pena pecuniária pelo mal causado.

Como se sabe, danos morais “*são lesões sofridas pelo sujeito físico ou pessoa natural de direito em seu patrimônio ideal, em contraposição a patrimônio material, o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico.* (...) o patrimônio moral decorre dos bens da alma e os danos que dele se originam seriam, singelamente, danos da alma, para usar da expressão do evangelista São Mateus, lembrada por Fischer e reproduzida por Aguiar D” (Wilson Mello da Silva, *O Dano Moral e sua Reparação*, Editora Forense, 2^a edição, p. 13).

Nesse cenário, o julgador deverá “*decidir de acordo com os elementos de que, em concreto, dispuser*” (Carlos Alberto Bittar, *O Direito Civil na Constituição de 1988*, RT, 1990, p. 104), valendo-se, para tanto, de certa discricionariedade na apuração da indenização, de molde a evitar o



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

enriquecimento sem causa. Neste aspecto, imprescindível considerar o grau de culpa, o dano em si, as condições econômicas e sociais da vítima e do ofensor.

Buscando inibir distorções e evitar quantificações inexpressivas ou exageradas, considero adequado fixar a quantia em R\$ 10.000,00, valor que considero adequado para recompor os prejuízos extrapatrimoniais.

No que se refere aos consectários da mora, o Supremo Tribunal Federal concluiu o julgamento das ADIs 4357 e 4425, em que foi julgado inconstitucional, por arrastamento, o art. 5º da Lei Federal nº 11.960/09.

Isto significa que a decisão proferida no bojo daquelas ações diretas determina a imediata incidência do artigo 1º-F da Lei Federal nº 9.494/97 com a redação que vigia antes da modificação perpetrada pelo artigo 5º da Lei Federal nº 11.960/09.

Bom que se diga que a declaração prospectiva de inconstitucionalidade do dispositivo, com termo inicial em 25.3.2015, somente se aplica às hipóteses em que o precatório já tenha sido expedido, ou naqueles casos em que os precatórios já foram pagos de acordo com a Lei nº 11.960/2009, até a data de 25.03.2015, que não é o caso dos autos.

A incidência dos juros deve observar o que dispõe a Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça, que estabelece que “os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual”.

A indenização deverá ser corrigida monetariamente desde a data do arbitramento (data da publicação desse acórdão), nos termos da Súmula 362 do STJ.

Em síntese, os juros de mora devem incidir a razão de 1% a.m., sem qualquer correção monetária (Súmula 362 do STJ), da data do ilícito

(abril de 2009) até a data da publicação desse acórdão e, a partir de então até a data do efetivo pagamento, deve incidir a Taxa Selic (STJ, EREsp 727.842/SP, rel.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Min. Teori Albino Zavascki, Corte Especial, j. 08.09.2008), que já comprehende em sua essência os índices de correção monetária e os encargos moratórios, dada sua natureza híbrida.

É importante registrar que não pode haver compensação de honorários, especialmente em razão da Súmula 326 do STJ, que determina que *“na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca”*.

Assim, deve o ônus sucumbencial ser direcionado aos réus, arcando com as despesas processuais, bem como honorários advocatícios ora arbitrados em R\$ 2.500,00, valor suficiente para remunerar a atividade do patrono do autor, considerando a ausência de combatividade no processo e a simples solução do caso concreto.

Pelo exposto, dou parcial provimento ao recurso.

JOSÉ MARIA CÂMARA JUNIOR

Relator