



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE DEFESA DOS INTERESSES
DIFUSOS E COLETIVOS DA INFÂNCIA E JUVENTUDE

TRANSMISSÃO DE FAC-SÍMILE

DATA: 03/02/2004

FAX: 4178 3559

DE: Promotora de Justiça de Defesa dos Interesses Difusos e
Coletivos da Infância e Juventude da Capital
Dr. Vidal Serrano Nunes, Júnior

PARA: Sra. Terezinha Helena M. Almeida - Fórum Municipal Defesa
da Criança e Adolescente - São Paulo

Total de folhas transmitidas contando com esta de rosto: 07



ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de APELAÇÃO CIVIL nº 97.863-0/2-09, da Comarca de PRESIDENTE PRUDENTE, em que é Apelante PROMOTOR DE JUSTIÇA DA VARA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE DA COMARCA DE PRESIDENTE PRUDENTE, sendo Apelado MUNICIPIO DE PRESIDENTE PRUDENTE

ACORDAM em Câmara Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar e por maioria de votos, dar provimento ao recurso, de conformidade com o voto de Relator, que fica fazendo parte integrante do presente julgado

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DENSLR DE SÁ (Presidente sem voto), VALDIR BELLOCCHI (Relator) e LUIS DE MACEDO (com voto vencido)

São Paulo, 24 de fevereiro de 2010.

THEODORO C. PIARÁFS

Relator designado

CÂMARA ESPECIAL

APELAÇÃO CIVIL Nº 97.863-0/2-09

APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO

APELADO: MUNICIPIO DE PRESIDENTE PRUDENTE

VOTO Nº 285

Ação Civil Pública visando o oferecimento de transporte escolar gratuito a alunos cadastrados no Centro de Controle Operacional - Serviço pre isto na CF, em lei federal e na LOM que vinha sendo executado regularmente, mas que foi restringido por Decretos - Possibilidade jurídica do pedido - Exame do mérito fundado no art. 515, § 2º, do CPC - Reconhecimento da obrigação e do direito adquirido coletivo e da aplicação do princípio do não retrocesso social - Apelo provido para julgar-se a ação procedente, rejeitada a preliminar

Trazem os autos apelação interposta pelo Ministério Público contra a r. sentença que julgou extinta ação civil pública por ele ajuizada contra a Municipalidade de Presidente Prudente, visando o oferecimento regular de transporte coletivo para todos os alunos cadastrados no Centro de Controle Operacional (COC), sob pena de multa

Reitera as ponderações a respeito de ser distinto o poder discricionário e a arbitrariedade, não sendo admissível que a omissão do Poder Público, quanto ao desenvolvimento de ações que propiciem o acesso à educação, possa ser aceita com base na discricionariedade administrativa

Sustenta que os motivos justificadores do pedido inicial não foram analisados na sentença e assevera que a condenação em honorários e custas é inapropriada, pois o

24

Ministério Público tem legitimidade para propositura da ação civil e possui natureza diversa das demais pessoas legitimadas.

Requer a procedência da ação

Foram apresentadas contra-razões. o MM Juiz manteve sua decisão e a D. Procuradoria de Justiça, em preliminar, arguiu a nulidade do julgado, já que indevidamente a r. sentença deu pela impossibilidade jurídica do pedido. No merito, pede a reversão da sentença e a procedência da ação (art. 515, § 3º CPC) e declaração do F. Tribunal sobre os dispositivos constitucionais e legislação ordinária citados, para espancar dúvida quanto a sua incidência (fls. 336, 342)

É o relatório.

O apelo comporta integral provimento

No que tange à carência da ação, assiste razão ao Ministério Público. Se o ingresso em juízo para competir o Poder Público a fazer ou deixar de fazer determinado ato é legalmente possibilitado, se o Ministério Público suscita que a municipalidade não vem propiciando, como lhe compete, transporte aos estudantes para ida à escola plausível, em tese, o ajuizamento da ação visando regular tal situação, que estaria em desconformidade com as normas constitucionais, com o estabelecido no Estatuto da Criança e do Adolescente e com a própria Lei Orgânica do Município de Presidente Prudente quanto ao transporte público

Conforme leciona Moacyr Amaral Santos (Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, Saraiva, 18ª edição, p. 166), que "Ha possibilidade jurídica do pedido quando a pretensão, em abstrato, se inclui entre aquelas que são reguladas pelo direito objetivo"

Cumpra ao Judiciário a concessão de tutela criativa e ativa para impor comandos legais que conduzam ao afastamento de obstáculos eidos à garantia dos direitos subjetivos elencados na Lei Maior a favor dos desfavorecidos inclusive se o agente molestador for o próprio Estado, sem a configuração, a princípio, de intromissão de um Poder em outro

Assim, o ajuizamento de ação para compelir a municipalidade a prover de forma adequada, transporte no caso com, já antes fazia, não significa, de antemão, ingerência no âmbito da ação discricionária do poder público municipal cabendo afastar-se, sob esse enfoque, a carência decretada, pois presentes a *possibilidade jurídica* - admissibilidade *in abstracto* do pedido, a legitimidade, - que se volta a pertinência da relação existente entre as partes e o *interesse de agir*, - este concretizado no intento dirigido à obtenção de um provimento, com a observação esta da necessidade da prestação jurisdicional e da adequação do *remedio*

Observa-se que a alteração das condições para a obtenção de transporte gratuito e questão atrelada a demonstração daquilo que a administração já vem propiciando, matéria de merito da ação

Nos termos do artigo 515, § 3º, do Código de Processo Civil mostra-se possível a análise do merito pelo Tribunal, conforme segue

A preocupação do administrador público com o atendimento dos direitos e garantias fundamentais previstos na Carta Magna deve proceder a todas as outras prioridades de governo, cumprindo ao Poder Judiciário socorrer todos aqueles que se utilizam da via judicial para fazer prevalecer seus reclamos



É o relatório.

2. Segundo o autor, o Município de Presidente Prudente, ciente da sua responsabilidade, contemplou a necessidade de garantir transporte aos alunos da rede pública, editando decretos. Contudo, o Decreto nº 15.029/01, que revogou o de nº 11.948/98, deixou muitos estudantes sem possibilidade de se dirigirem à escola, por estabelecer exigências que se mostram em desconformidade com o direito amplo assegurado na legislação pertinente. O último decreto editado, de número 15.039/01, conforme o autor, não soluciona a questão, pois mantém um número de requisitos excessivos e desproporcionais à sua finalidade, sendo portanto de cunho inconstitucional.

No que tange à carência da ação, assiste razão ao Ministério Público. Se o ingresso em juízo para compelir o Poder Público a fazer ou deixar de fazer determinado ato é legalmente possibilitado, e se o Ministério Público sustenta que a municipalidade não vem propiciando, como lhe compete, transporte aos estudantes para a ir à escola, plausível, em tese, o ajuizamento de ação visando regularizar tal situação, que estaria em desconformidade com as normas constitucionais, com o estabelecido no Estatuto da Criança e do Adolescente e com a própria Lei Orgânica do Município de Presidente Prudente, quanto ao transporte público.

Cumpra ao Poder Judiciário a concessão de tutela antecipatória para impor comandos legais que conduzam ao afastamento de obstáculos criados à garantia dos direitos subjetivos, elencados na Lei Maior, a favor dos jurisdicionados, inclusive se o agente molestador for o próprio Estado, sem a configuração e princípio de inobservância de um Poder em outro.

Assim, o ajuizamento de ação para compelir a municipalidade a prover, de forma adequada, transporte, no caso como já antes fazia, não significa, de qualquer modo, ingerência no âmbito de ação discricionária do poder público municipal, cabendo afastar-se, sob este enfoque, a carência decretada, pois presentes a *possibilidade jurídica*, admissibilidade *in abstracto* do pedido, a *legitimidade*, que se volta a pertinência da relação existente entre as partes e o *interesse de agir* - este concretizado no momento dirigido à obtenção do um provimento, com a observação estrita da necessidade da prestação jurisdicional e da adequação do *remedio* eleito.

Observa-se que a elucidação das condições para a obtenção de transporte gratuito, é questão afeta à demonstração de que a Administração Pública já vem propiciando, matéria de mérito da ação.

Nos termos do artigo 515, parágrafo 3º, do Código de Processo Civil, estando em termos a ação para ser julgada, possível a análise do mérito pelo Tribunal, consoante a seguir.

O autor questiona a restrição imposta pelos Decretos nºs 15.029/01 e 15.039/01 ao transporte gratuito, e pede que a Municipalidade de Presidente Prudente seja condenada na obrigação de manter o programa *estrutura* ou outro equivalente, antes já adotado.

Nos moldes e termos da contestação, o Município de Presidente Prudente, visando atender aos anseios da comunidade, como um todo, necessitou editar decretos para o reajuste do preço da tarifa de transporte coletivo a bordo, frente às despesas que estava a arcar para cumprir o estabelecido no Decreto nº 11.948/98, o qual conferia transporte gratuito a todos os alunos matriculados em escolas públicas e, em especiais, para deficientes.



1

1

1

O Decreto, espécie mais comum dos atos regulamentares, costuma ser definido como o ato administrativo de competência exclusiva do chefe do Poder Executivo (federal, estadual ou municipal) destinado a dar eficácia a situações gerais ou especiais previstas de forma explícita ou implícita na lei. Não tem força, portanto, para criar direitos ou extinguir obrigações, ou seja: no que vai além da lei, não obriga, no que for contra a lei, não prevalece.

Os Decretos 15.029 e 15.039 caracterizam uma verdadeira *insubordinação executiva*, pois contraem o emprego acessório à escola que as leis regentes da matéria buscam garantir.

É o Ministério Público, na brilhante sustentação oral levada a cabo perante esta Câmara, que demonstra com perfeição a tese do direito adquirido coletivo no caso concreto, pois a execução regular do transporte já estava incorporada ao patrimônio dos estudantes interessados, sendo aplicável o princípio do *razão processo social* bem lembrado às fls. 313.

Por outro lado, se não fez o Ministério Público prova cabal de que o Município pode custear tais despesas de transporte, também o Município não as fez no sentido de que não pode.

Além do mais, uma questão de dever, outra é a de estar legalmente obrigado. A Constituição e as leis o obrigam. Deve fazê-lo o Judiciário tem a obrigação de garantir o cumprimento do ordenamento jurídico.

Ante o exposto, dá-se integral provimento ao recurso por a julgar a ação procedente e inverter os ônus da sucumbência, rejeitada a preliminar.

THEODORO CUMARÃES
Relator designado

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

O Ministério Público ape a da sentença que julgou extinta a ação civil pública, que ajuizou contra o Município de Presidente Prudente, visando o oferecimento, de forma regular, de transporte escolar gratuito para todos os alunos cadastrados no Centro de Controle Operacional (CCO), sob pena de multa.

Reitera as ponderações a respeito de ser distinto o poder discricionário da arbitrariedade, não sendo admissível que a omissão do Poder Público, quanto ao desenvolvimento de ações que propiciem o acesso a educação, possa ser aceita frente a invocação daquela liberdade administrativa.

Sustenta que os motivos justificadores do pedido inicial não foram analisados na sentença, e que a condenação em honorários e custas não é apropriada, pois o Ministério Público tem legitimidade para a propositura da ação civil e possui natureza diversa das demais pessoas legalizadas.

Requer a procedência da ação.

Após as contra-razões, mantida a sentença, manifestou-se nesta instância, a D. Procuradoria Geral de Justiça que, em preliminar arguiu a nulidade do julgado e, se conhecido o merito, pede a manifestação do 1º Tribunal sobre os dispositivos constitucionais e legislação ordinária citados para espantar dúvida quanto a sua incidência (fls. 336/342).



7

Nesse passo, é importante que se faça a distinção entre o poder discricionário do administrador público e sua inércia diante das obrigações que lhe impõe nossa Lei Maior, a exemplo do dever de prestar transporte suplementar aos educandos (art. 208, VII, da CF), regra também consagrada no FCA (art. 34, VII) na Lei de Diretrizes e Bases da Educação (art. 4º, VIII) e na própria Lei Orgânica Municipal de Presidente Prudente (art. 212, III). Por isso, o respeito à norma legal não está sujeito ao arbítrio do administrador público. Se há discricionariedade quando, de duas ou mais providências possíveis, qualquer delas possa ser adotada pelo Poder.

O agente público pode definir a melhor forma de executar a lei, mas não pode deixar de fazê-lo sob qualquer pretexto. A lei constitui limite ao exercício do poder discricionário. Se desobedecer aos ditames legais, a ação deixa de ser válida por desvio de poder, saindo-se do campo legal.

Em outras palavras, o respeito ao princípio da conveniência e oportunidade de Administração Pública não pode merecer o conceito tão lato que permita ao governante decidir qualquer coisa que lhe pareça conveniente.

Atesta-se assim, data venia, a visão distorcida da realidade de que as garantias sociais contidas na norma constitucional supra-referidas teriam somente caráter programático, que exibiam comandos-valores não passíveis de imediata exigibilidade junto ao Poder Judiciário.

J.J. Gomes Canotilho, em sua obra "Direito Constitucional e Teoria da Constituição", Almedina, Lisboa, p. 1148, ao tratar dos princípios da interpretação Constitucional, destaca o *princípio da máxima efetividade* pelo qual "a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê".

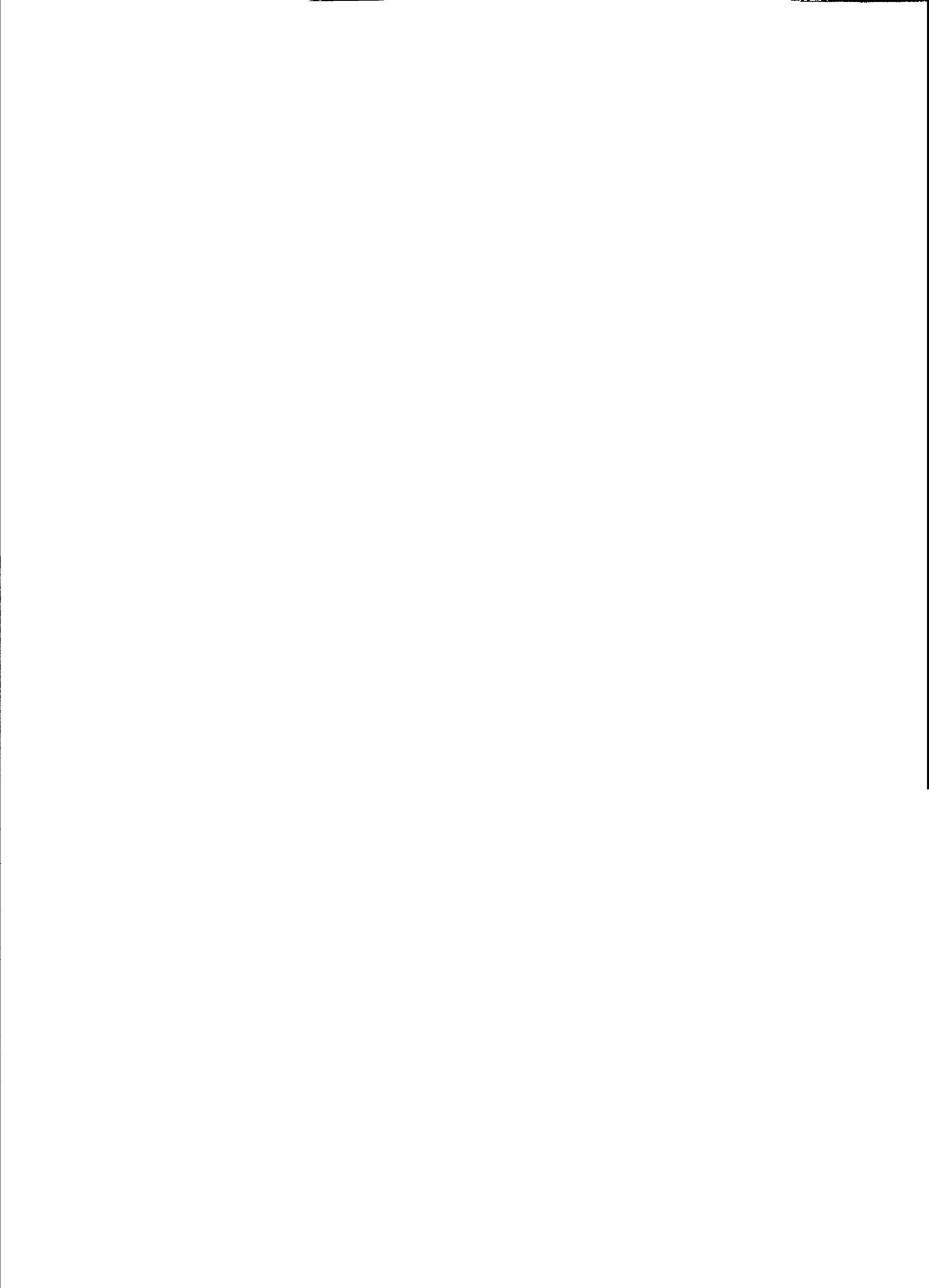
A separação dos poderes é justamente a técnica pela qual o Poder é dividido pelo próprio poder. É o sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*, ou método das compensações), uma garantia de que os dogmas inseridos na Constituição Federal e que representam a vontade da maioria do povo serão cumpridos inclusive pelo Poder Público. Sustenta a tese do absolutismo, época marcada pela célebre frase de Luís XIV: *"L'etat c'est moi"* (o Estado sou eu), a administração do Estado passou a ser tripartida.

Conforme leciona Uadi Lammego Bulos, em sua obra Constituição Federal Anotada, Saraiva, 2ª edição, p. 39/40, "os princípios fundamentais, além de assegurarem a unidade sistemática da Constituição, atuam como vetores para soluções interpretativas e, por isso, dirigem-se ao Poder Público, por intermédio de seus órgãos Legislativo, Executivo e Judiciário".

No mesmo sentido a lição de Diomar Akel Filho (Discricionariedade Administrativa e Ação Civil Pública, n. 11-657-59), do seguinte teor:

"A discricionariedade administrativa não constitui óbice para a decisão jurisdicional, no caso de obrigação de fazer ou não fazer fundada em interesses do bem comum, porque a determinação do que seja este não é exclusiva do Executivo, mas objetivo fundamental da República e seu Poderes".

No caso concreto, a obrigação de administração municipal vinha sendo bem cumprida enquanto executada na forma do Decreto n. 11.948/98 ("Cairaca Livre"). Contudo, a execução do sistema foi alterada pelos Decretos 15.029 e 15.039/01, que estabeleceram exigências desproporcionais para que os estudantes pudessem continuar usufruindo do direito ao transporte gratuito de ida e volta da escola.



Embora o Ministério Público não tenha aceitado as assertivas municipais, e levando em conta que, após a alteração do transporte, para pior, com o advento dos decretos aludidos, continuou a haver aumento do preço da tarifa, nada veio aos autos, nem houve manifestação, a respeito da possibilidade da obtenção de qualquer elemento de prova que confirmasse, ou pudesse mostrar, quais os reajustes do preço da tarifa de ônibus havidos no período para comparação entre todos ou, quiçá, com os de outras municipalidades, na mesma ocasião. Tal prova serviria para, em tese, possibilitar o entôque da ação municipal a fim de tornar possível dissociá-la, ou não, de eventual retrocesso quanto à garantia mais ampla de transporte público.

Se persiste um programa de fornecimento de transporte decorrente da edição de decreto municipal, a menos que seja reconhecida a inconstitucionalidade deste, afigura-se inadequada a implantação de outro sistema concomitante, por meio de determinação judicial, como pretendido, diante, inclusive, das considerações da municipalidade sobre a falta de recursos específicos, situação esta que acaba por demandar a demonstração sobre de que modo vem sendo feita a utilização da dotação orçamentária, particularmente a destinada à área do transporte para, daí, se pensar em sancionar, ao Poder Público, a obrigação de fazer, com a condinada.

O tema, portanto, tem implicações mais profundas, e nos autos não há elementos para melhor definição do quadro, restando inviabilizado o acolhimento do pedido formulado, porque não comprovada a desidria municipal, ou, mesmo, a possibilidade de manutenção do sistema de *catraca livre* posto que a Constituição Federal, o Estatuto da Criança e do Adolescente e legislação correlata determinem o atendimento amplo ao educando, no que se inclui o transporte escolar.

Quanto à condenação em honorários advocatícios, assiste razão ao Ministério Público, afigurando-se esta incorreta, pois não se lhe aplicam as regras atinentes à sucumbência, já que a sua legitimação redunda na defesa judicial das crianças e adolescentes, e é diversa da atribuída a quaisquer outras pessoas, não podendo, assim, redundar neste tipo de ônus.

3. Ante o exposto, afastada a extinção do processo por carência, no mérito, julga-se improcedente a ação, provido, em parte, o apelo, para excluir a verba advocatícia fixada na condenação.

Roberto Vallim Bellocchi
Relator



4