



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO 1
PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
CÂMARA ESPECIAL

APELAÇÃO CÍVEL Nº 138.002.0/1-00 - SANTOS

APELANTES: DR. PROMOTOR DE JUSTIÇA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE
DA COMARCA DE SANTOS E OUTROS

APELADO: ~~ALEXANDRE DE SOUZA MATA~~ (MENOR) E OUTROS

1. Contra a r. sentença de fls. 168/170, que julgou improcedente a ação ordinária movida por ~~ALEXANDRE DE SOUZA MATA~~ (MENOR) em face da MUNICIPALIDADE DE SANTOS, insurgem-se o Autor, antes nomeado, e o DR. PROMOTOR DE JUSTIÇA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE DA COMARCA DE SANTOS, pugnando pela reforma do *decisum*, em consonância com as razões deduzidas às fls. 177/182 e 190/206.

A MUNICIPALIDADE DE SANTOS apresentou recurso adesivo às fls. 226/229.

As partes apresentaram contra-razões às fls. 235/240, 244 e 248/249.

A sentença foi mantida pelo r. despacho de fls. 250.



256

2. A r. sentença guerreada julgou improcedente a ação ordinária ajuizada pelo Autor, ora apelante, sob o fundamento de que "(...) a legislação municipal é inconstitucional, e a criança não tem direito a ser matriculada em escola particular mediante permuta por impostos municipais, e o direito de inclusão da criança portadora de necessidades especiais pode e deve ser em escola pública como normalmente ocorre na Comarca".

Data venia, não se houve com o costumeiro acerto o eminente Magistrado *a quo*.

Efetivamente, a criança ou adolescente portador de deficiência tem direito a "**atendimento educacional especializado**", correspondente ao ensino fundamental, que deve ser fornecido gratuitamente pelo Poder Público, "preferencialmente na rede regular de ensino" (cf. CF, art. 208, III; ECA, art. 54, inc. III c.c. § 1º; Constituição Estadual, art. 239, § 2º; e Lei nº 9.394/96, art. 4º, inciso III).

No caso em testilha, o autor (menor), que é portador de autismo, deseja permanecer na mesma escola - escola regular - onde comprovadamente apresentou melhora em seu quadro clínico, sendo a permanência expressamente recomendada pelo neuropediatra responsável pelo acompanhamento médico (cf. fls. 13 e 15).

O fato de se tratar de escola particular não constitui empecilho à pretensão deduzida em juízo, uma vez que o programa de isenção



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA

281
3

de impostos municipais oferecido a estabelecimentos de ensino particulares, mediante concessão de bolsas (vagas gratuitas), objeto da legislação local (cf. fls. 68 e seguintes), constitui inequívoco reconhecimento da Administração Pública Municipal de que não há, no município de Santos, vagas em número suficiente para o atendimento de todas as crianças em idade escolar, no ensino público fundamental.

Ora, se assim o é, o acolhimento da pretensão inaugural afigura-se justo e razoável, pois empresta efetividade ao comando constitucional inserto no artigo 208, III, *in verbis*: "O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: (...) atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino."

Note-se que a norma constitucional evocada menciona "rede regular de ensino" e não rede pública regular de ensino, complementando o artigo 209 da CF que "o ensino é livre à iniciativa privada".

Ademais, estabelece o § 1º do artigo 213 da Constituição Federal que "Os recursos de que trata este artigo poderão ser destinados a bolsas de estudo para o ensino fundamental e médio, na forma da lei, para os que demonstrem insuficiência de recursos, quando houver falta de vagas e cursos regulares da rede pública na localidade de residência do educando, ficando o Poder Público obrigado a investir prioritariamente na expansão de sua rede na localidade."



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO 4
PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA

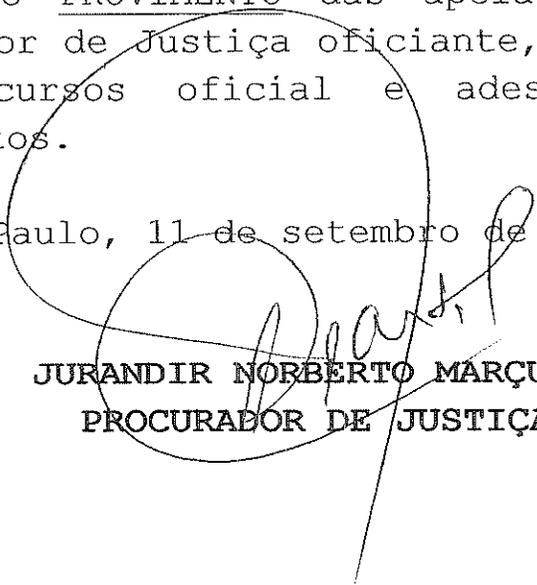
258

Tem-se, portanto, que embora os recursos públicos devam ser destinados prioritariamente às escolas públicas, nada obsta a adoção de programas de incentivos fiscais nos moldes estabelecidos na legislação do Município de Santos. Aliás, recentemente o Governo Federal criou o PROUNI, destinado ao oferecimento de bolsas de estudo em cursos superiores, mediante isenção de impostos federais às universidades particulares que aderirem ao programa.

Por derradeiro, ainda que a legislação municipal pudesse ser acoimada de inconstitucional, o que se admite *ad argumentandum tantum*, a obrigação do Município de Santos de oferecer vagas em número suficiente, no ensino fundamental, afigura-se manifesta, razão pela qual, seja através do mecanismo de compensação de impostos municipais, seja pelo pagamento direto à entidade de ensino, deve a Municipalidade arcar com o aludido ônus.

3. Ante o exposto, esta Procuradoria de Justiça pugna pelo PROVIMENTO das apelações do Autor e do Dr. Promotor de Justiça oficiante, e pelo improvemento dos recursos oficial e adesivo da Municipalidade de Santos.

São Paulo, 11 de setembro de 2.006.


JURANDIR NOBERTO MARÇURA
PROCURADOR DE JUSTIÇA



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
ACÓRDÃO/DECISÃO MONOCRÁTICA
REGISTRADO(A) SOB Nº

ACÓRDÃO



01193631

Vistos, relatados e discutidos estes autos de APELAÇÃO CIVEL nº 138.002-0/1-00, da Comarca de SANTOS, em que é apelante PROMOTOR DE JUSTIÇA DA VARA DA INFANCIA E JUVENTUDE DE SANTOS E OUTROS sendo apelado ~~ADEMIR DE SOUZA MAIA~~ E OUTROS:

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO ADESIVO DO MUNICÍPIO, DANDO-SE PROVIMENTO ÀS APELAÇÕES DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DA AUTORA. V.U. SUSTENTOU ORALMENTE A ILMA. ADVOGADA DRA. SONIA MARIA DE SOUZA MAIA E USOU DA PALAVRA O EXMO. SR. PROCURADOR DE JUSTIÇA DR. NEWTON SILVEIRA SIMÕES JÚNIOR.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CANGUÇU DE ALMEIDA (Presidente, sem voto), RIBEIRO DOS SANTOS e ADEMIR BENEDITO.

São Paulo, 11 de dezembro de 2006.

SIDNEI BENETI
Relator



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

Câmara Especial

Apelação nº 138.002.0/1-00

Comarca de Santos

Voto nº 19.375

Apelantes: Ministério Público e outros

Apelados: ~~Alexandre de Souza Melo~~ e outros

Sentença: Evandro Renato Pereira

09/10/2006

Apelação e recurso adesivo – Imposição de obrigação de fazer à Administração Pública, fruto de atividade jurisdicional – Possibilidade, desde que visando a satisfação de direito subjetivo garantido pelo Ordenamento Jurídico – Compatibilidade com o poder discricionário de que é investido o Poder Público – Reconhecimento, no mérito, do direito da criança, portadora de deficiência física e mental, à continuidade do atendimento especial em unidade educacional adequada – Eventual inconstitucionalidade de legislação municipal que concede bolsa de ensino mediante isenção tributária não surge como obstáculo ao acolhimento da pretensão do menor – Indiferente, para o beneficiário, os meios utilizados pela Administração para satisfação do seu direito ao ensino fundamental especializado. Princípios da autonomia municipal e da igualdade não afrontados - Sujeição do ente

Apelação nº 138.002.0/1-00



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

público à multa cominatória para o caso de descumprimento da obrigação – Recursos do Ministério Público e da autora providos, improvido o adesivo.

RM

1 – Cuida-se de apelações interpostas pelo Ministério Público, por ~~Sônia Maria de Souza Maia~~ ~~Sônia Maria de Souza Maia~~, bem como de recurso adesivo interposto pela Fazenda Pública do Município de Santos contra sentença, proferida pelo MM. Juiz da Infância e Juventude da Comarca de Santos, que julgou improcedente ação civil pública, pela qual se visava a condenação do Município de Santos à obrigação de fazer consistente em custear as despesas suportadas pelo menor ~~Alexandre de Souza Maia~~ ~~Alexandre de Souza Maia~~, portador de deficiência física e mental, decorrente da doença denominada “autismo infantil”, com o ensino fundamental prestado pelo Instituto de Ensino “Escola Regina Altman”, prorrogando, para tanto, bolsa de estudo anteriormente concedida ao educando.

2 – Sustentam os recorrentes Ministério Público e Sonia Maria o direito da criança, portadora de deficiência, de receber da Municipalidade atendimento especializado, não se podendo tomar como obstáculo eventual inconstitucionalidade de legislação local que conceda isenção tributária a unidades educacionais que ofereçam bolsas de estudo. Acrescentam, ainda, que ~~Alexandre~~ ~~Alexandre~~, em benefício de quem se postula, já



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

269
9

vinha recebendo este atendimento especializado, sendo defeso à Administração Pública suprimi-lo, em prejuízo da continuidade do ensino fundamental.

3 - Adesivamente, recorre a Municipalidade insurgindo-se contra o tópico da sentença que determinou o custeio do ensino especializado até o final do ano letivo, visto que contraditório com a improcedência da ação.

4 - Recebidos os recursos, ofereceram os recorridos contra razões (fls.235/240, 248/249), tendo sido mantida a sentença pelo juízo *a quo* (fls. 250).

5 - A Douta Procuradoria de Justiça opinou no sentido do provimento dos apelos do Ministério Público e da autora, improvido o recurso adesivo da ré (fls. 255/258).

6. É o relatório.

7 - Merecem acolhida os apelos do Ministério Público e da autora, com rejeição do recurso adesivo da Municipalidade.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

170
9

8 - O objeto do inconformismo tem como foco pretensão, deferida a título de antecipação de tutela, consistente em determinar à Municipalidade de Santos a manutenção do oferecimento, gratuito, de educação especial em unidade adequada à criança ~~Alciana de Souza Melo~~, portadora de deficiência física e mental (“autismo infantil”).

9 – Em, princípio, não se discute, em tese, a possibilidade jurídica de se impor à Administração Pública obrigação de fazer, outorgando tutela específica e efetiva, nos moldes previstos pelos artigos 461 do Código de Processo Civil e 84, do Código de Defesa do Consumidor, notadamente para fazer cumprir direito subjetivo outorgado aos cidadãos pela Constituição Federal e pelas legislações infraconstitucionais. Seria extremamente cômodo negar-se tal possibilidade sob o argumento de que a concessão de tutela específica em face da Administração Pública implicaria indevida intervenção do Poder Judiciário na atuação discricionária garantida, também constitucionalmente, à Administração Pública. O poder discricionário, delimitado por Hely Lopes Meirelles como aquele que o Direito concede à Administração, de modo explícito ou implícito, para praticar atos administrativos com liberdade na escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo (Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo, 17ª edição: Malheiros Editores, 1992, p. 102), não pode, por certo, servir de escudo ao Administrador, legitimando o descumprimento de

will



111
9

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

deveres impostos à Administração e, conseqüentemente, desrespeitando direitos subjetivos dos cidadãos.

10 - Bem por isso, é função essencial do Poder Judiciário, por intermédio da atividade jurisdicional, reconhecer os direitos subjetivos dos jurisdicionados e lhes conceder tutela útil e efetiva. Em outras palavras, o respeito aos direitos subjetivos dos cidadãos legitima o Poder Judiciário a imposição de comandos a todos aqueles, incluindo o Estado, que vierem a molestá-los. Pensamento diverso conduziria à negação da própria atividade jurisdicional, colidindo, frontalmente, com as novas idéias que emergem do Direito Processual Moderno, entre as quais a efetividade da jurisdição.

11 - É bem verdade, no entanto, que a possibilidade de sujeitar o Estado à tutela específica em referência não implica, por evidente, o acolhimento, de maneira indiscriminada, de todas as pretensões, individuais e coletivas, que forem deduzidas em juízo. Isto é, ultrapassada a esfera das condições da ação, a imposição de obrigação de fazer à Administração Pública prende-se, diretamente, à satisfação de um direito subjetivo reconhecido pelo ordenamento jurídico. De outra sorte, descabe tal tutela jurisdicional diante de pretensões fundadas em meras diretrizes ou preceitos que não comportam auto-aplicação. Neste caso, não há como conceder tutela satisfativa, sem atentar contra as prerrogativas de



112
9

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

atuação do Administrador ou, então, violar exigências, também impostas pelo legislador, que limitam a atuação da Administração Pública em proteção a moralidade e ao bom uso do dinheiro público.

12 - Examinando, com profundidade, a possibilidade desta tutela jurisdicional direcionar-se ao Estado, bem como as suas limitações, conclui o processualista Eduardo Talamini o seguinte:

“Esta constatação retira a legitimidade de uma recusa geral e absoluta à efetivação judicial dos direitos sociais constitucionalmente assegurados, afastando o argumento de que o tema constituiria apenas matéria de política pública, submetida a uma suposta discricionariedade estatal impassível de controle pela Jurisdição. Mas também não é suficiente para dar a questão por resolvida.

Inicialmente, cabe distinguir entre as hipóteses normativas constitucionais de que se extrai apenas o dever de o Estado realizar políticas públicas de caráter social e aquelas que, mais do que a imposição de diretrizes objetivas estatais, embasam direitos subjetivos públicos. No primeiro caso, dentro de certas condições, poder-se-á falar em certas restrições mais amplas à tutela jurisdicional. Já no segundo, em regra, é viável o recurso do cidadão ao Judiciário, para a fruição concreta da utilidade assegurada pelo direito fundamental de cunho social (que, então)



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

pode ser qualificado como “direito originário a prestações sociais”). Os direitos sociais à saúde e ao ensino fundamental, por exemplo, podem ter sua efetividade atingida através da tutela jurisdicional (inclusive, de caráter individual), independentemente de amparo em regras infraconstitucionais.” (Tutela Relativa Aos Deveres De Fazer E De Não Fazer. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 141/142).

13 - Feitas tais considerações, infere-se, do caso em exame, o direito concedido às crianças e adolescentes portadoras de deficiência física ou mental de receberem atenção especial no âmbito educacional. Com efeito, emerge com clareza ser dever do Estado, em suas três esferas de atuação, proporcionar atenção especial à criança e ao adolescente portadores de deficiência física. Já quanto à educação, a ela garante-se o efetivo acesso, incluindo-se o transporte aos estabelecimentos de ensino (artigo 208, inciso VII, da Constituição Federal), conferindo-se atenção especial aqueles portadores de deficiência física ou mental (inciso III, do mesmo dispositivo constitucional). Por evidente que esta prioridade se estende à proteção à saúde, conforme se depreende do disposto no artigo 11, §§ 1º e 2º, do ECA.

14 – Irrecusável, ainda, a efetiva necessidade do menor Alexandre de receber atendimento educacional especializado, tendo

Assinatura manuscrita em tinta preta, localizada no lado direito da página, sobrepondo-se parcialmente ao texto do parágrafo 14.



274

9

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

em vista a patologia de que é portador (“autismo infantil”). Nesse sentido se direciona toda prova documental acostada aos autos.

15 – De outra parte, como bem realçado pela Douta Procuradoria de Justiça, a questão atinente a possível inconstitucionalidade de legislação municipal que concede isenção tributária a unidades educacionais que oferecem bolsas de ensino, não serve de óbice ao acolhimento da pretensão deduzida em juízo. Como ressaltado, é dever da Administração Pública proporcionar atendimento especializado às crianças portadoras de deficiência, sendo indiferente, sob ponto de vista administrativo, o modo utilizado para sua efetivação. Em outras palavras, no âmbito da discricionariedade com que atua, pouco importa se a Municipalidade oferece atendimento especializado, custeado-o diretamente, ou mediante isenção tributária. Em suma, tal questão não se afigura prejudicial à procedência da demanda.

16 – Ora, no caso em foco, houve reconhecimento da necessidade do ensino especializado, tanto é assim, que ao menor ~~Alexandre~~ foi concedida bolsa de estudo, amparada no regime de compensação tributária, desde 2.002. Tal fato gerou ao beneficiário a expectativa de que receberia da Administração Municipal o custeio de todo ensino fundamental, inclusive, na unidade educacional em que matriculado como bolsista. É intolerável, portanto, a interrupção do serviço educacional



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

ao simples argumento da não renovação, por parte da respectiva prestadora, da aludida bolsa. Tal questão deve ser resolvida entre esta última e a Administração Municipal, não podendo ser oposta à criança, cujo direito à educação, frise-se, vem garantido constitucionalmente. Em outras palavras, contraiu a Municipalidade, até em função do comportamento mantido, a obrigação de custear o ensino especializado de que vem desfrutando o menor, no mesmo estabelecimento de ensino, independentemente do meio a ser por ela determinado.

17 - Oportuno registrar, também, que eventual falta de previsão orçamentária específica não pode servir de escudo à pessoa política, de sorte a possibilitar o descumprimento reiterado dos deveres prioritários que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico. Em outras palavras, a satisfação do comando imposto pela tutela jurisdicional deve ser viabilizada com base nas receitas específicas já previstas no orçamento ou, se o caso, com base em créditos adicionais obtidos com a necessária autorização legislativa.

18 - Como se vê, a normação orçamentária municipal regrará, observada, nesse ponto, a discricionariedade administrativa, a concretização do cumprimento da obrigação constitucional do Município, satisfazendo aos direitos dos administrados usuários dos serviços.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

19 - Por derradeiro, os fundamentos já esposados são ora invocados para a rejeição do recurso adesivo interposto pela Municipalidade.

20 - Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso adesivo do Município, dando-se provimento às apelações do Ministério Público e da autora para condenar o réu a manter o custeio do ensino fundamental especializado oferecido pela “Escola Regina Altman”, em benefício do menor ~~Alexandre de Souza Melo~~, sob pena de multa correspondente a R\$ 500,00 (quinhentos reais) por dia de descumprimento.

21 - Em razão da sucumbência, arcará a Municipalidade com as despesas processuais e com os honorários advocatícios, que, nos termos do artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil, arbitro em R\$ 2.000,00 (dois mil reais), devidamente corrigido a partir deste acórdão.


SIDNEI BENETI

Relator