

This is the html version of the file

<http://www.mp.sp.gov.br/pls/portal/url/ITEM/3F48ACA7833481CEE040A8C02C017EE8>.

Google automatically generates html versions of documents as we crawl the web.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 152.887.0/1- 00 – Tribunal de Justiça de São Paulo

Apelante: a Municipalidade de São Paulo e o MM.Juiz “*ex officio*”

Apelado: o Ministério Público de São Paulo, pela Promotoria de Justiça da Infância e Juventude do Foro Regional I - Santana

Parecer da Procuradoria de Justiça de Interesses Difusos e Coletivos

Egrégio Tribunal de Justiça

Colenda Câmara Especial

Eminentes Desembargadores

Trata-se de Mandado de Segurança, impetrado pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, julgado procedente pela r.sentença de fls.55/59, para o fim de se impor aos Secretários Municipais de Assistência Social e de Transportes, a obrigação de fornecer à criança RFN, portadora de distrofia muscular progressiva, transporte especializado, a fim de que possa comparecer a ABDIM – Associação Brasileira de Distrofia Muscular, e receber o tratamento médico, fisioterápico e pedagógico de que necessita.

Inconformada com tal r.sentença, recorre a Municipalidade de São Paulo, alegando ilegitimidade passiva “*ad causam*” do Secretário Municipal de Assistência Social, bem como necessidade de a empresa São Paulo Transporte S.A. (SPTrans) figurar no pólo passivo da ação.

No mérito, sustenta que o serviço de transporte gratuito a pessoas portadoras de deficiência, instituído pelo Município de São Paulo (Programa ATENDE), não se trata de serviço público essencial, mas sim de serviço de utilidade pública, podendo, assim, ser prestado de acordo com as prioridades da Administração, em favor apenas daqueles que, após terem sido cadastrados e avaliados, demonstrarem portar grave deficiência física, que os impossibilite de usar o transporte coletivo comum. A concessão da tutela neste caso, infringiria, ainda, o direito dos demais deficientes, que teriam seguido o procedimento legal, sendo aceitos como usuários do sistema, mas se encontrando, no momento, a espera de efetivo atendimento.

Contra-Razões oferecidas pelo Ministério Público às fls.82/86.

É a síntese do necessário. Passo a opinar.

I- Preliminares de ilegitimidade passiva do Secretário de Assistência e Desenvolvimento Social e de litisconsórcio necessário com a SPTrans

De acordo com os dados constantes destes autos, com o disposto na lei municipal 11.037/1991, com o disposto no Decreto Municipal nº 36.071/96 (vide docs.em anexo) e, ainda, de acordo com dados que podem ser colhidos junto aos *sites* da Secretaria Municipal de Transportes, da Secretaria Municipal de Assistência e Desenvolvimento Social, e do SPTrans, pode-se verificar que há entre estes três entes, **solidariedade** quanto à obrigação de fornecer à criança RFN, portador de grave deficiência física, o transporte especial de que necessita.

A concessão de vaga em um veículo especial do programa ATENDE, para o transporte do menor à ABDIM, se trata de um ato complexo, que envolve aqueles três entes, pois compete à Secretaria Municipal dos Transportes o gerenciamento do sistema de transportes urbanos municipais, incluído aquele destinado a pessoas portadoras de deficiência (art.1º da Lei nº 11.037/91 e art.2º do Decreto 36.071/96), tendo a mesma delegado a SPTrans, sociedade de economia mista, a execução deste serviço, pelo que a pessoa necessitada deve se dirigir aos postos da SPTrans, situados nas Sub-Prefeituras desta Capital, para requerer e demonstrar o preenchimento dos requisitos necessários para tanto.

A SPTrans é quem defere ou não a vaga, procedendo ao cadastramento do interessado, agindo, no entanto, por mera delegação da Secretaria Municipal dos Transportes e sob sua responsabilidade. O transporte propriamente dito destes passageiros vem sendo realizado, por sua vez, por empresas contratadas pela SPTrans.

No entanto, a concessão de vaga em veículo do serviço ATENDE, não se restringe apenas à uma questão de transporte, atendendo, também, a uma necessidade muito mais abrangente e ampla, que é a inclusão social do deficiente, na medida em que permite a ele o acesso a serviços públicos de saúde de que necessita, e sem os quais pode vir a ter sua vida abreviada, ou o seu quadro de saúde extremamente agravado.

Por esta razão, a Secretaria Municipal da Assistência e Desenvolvimento Social também é responsável direta, pela correta prestação do serviço ATENDE a todos que dele necessitem.

Realmente, conforme esclarecido no “*site*” de tal Secretaria, compete-lhe o comando da política de assistência social na Cidade de São Paulo, na qual se insere, dentre outros, o serviço de atendimento a pessoas portadoras de deficiência.

Em cada uma das 31 Sub-Prefeituras da Capital, existe, inclusive, Centros de Referência em Assistência Social, que são os serviços por meio do qual tal Secretaria atende a população.

Assim, o Secretário Municipal da Assistência Social não pode se esquivar de responsabilidade pelo não atendimento do menor RFN, por se inserir dentre as funções da Secretaria que dirige, a inclusão social e o atendimento da pessoa portadora de deficiência.

Competia-lhe, assim, zelar para que tal negativa de atendimento ao menor RFN não tivesse ocorrido, assim como lhe compete zelar pelo correto cumprimento da r.sentença “a quo”.

Em suma, os três entes aqui analisados são responsáveis **solidários** pela prestação do serviço ATENDE, o que significa que não há entre eles litisconsórcio necessário, mas sim **facultativo**, podendo o Autor ajuizar a ação contra um ou contra todos, exigindo de cada qual ou de todos, o cumprimento da obrigação por inteiro.

Assim, muito embora a SPTrans, como prestadora de serviços públicos delegados, pudesse ter constado do pólo passivo deste mandado de segurança (art. 5º, LXIX c/c o art. 1º, § 1º, da Lei nº 1.533/51), a sua não inclusão não é capaz de gerar qualquer nulidade ou prejuízo para a ação ou mesmo para o menor.

Como sociedade de economia mista vinculada e subordinada à Secretaria de Transportes Municipais, competirá à SPTrans dar cumprimento à condenação, por ordem do Secretário Municipal de Transportes.

Quanto ao Secretário de Assistência e Desenvolvimento Social, como se viu, pelas razões expostas, deverá permanecer no pólo passivo do processo, de forma a garantir o cumprimento da condenação, assumindo uma responsabilidade que efetivamente lhe pertence.

II- Mérito

Com efeito, está comprovado nos autos, que a criança RFN, de apenas 7 anos de idade (fls.09), é portadora de gravíssima deficiência física, consistente em distrofia muscular progressiva, doença genética incurável, que leva a um enfraquecimento progressivo e irreversível dos músculos esqueléticos, necessitando comparecer duas vezes por semana na ABDIM, Associação especializada em distrofia muscular, que presta seus serviços de forma gratuita (fls.19), para receber os atendimentos médicos, fisioterápicos, respiratórios e outros de que necessita, e sem os quais terá, inevitavelmente, o agravamento mais rápido de seu estado clínico (fls.10/22).

Ao contrário do alegado, RFN tentou obter o serviço de transporte ATENDE, mas o mesmo lhe foi negado sob a alegação de que não possuiria perfil (fls.10 e 13).

Conforme ainda informado pela genitora do menor, e pela própria médica da ABDIM, **RFN não tem condições de se utilizar do transporte público, pelo risco de traumas graves, uma vez que não tem força muscular suficiente para subir num ônibus e se manter seguro em freadas bruscas e curvas fechadas (fls.22)**, andando com dificuldades, sentindo cansaço e dores nos pés, não conseguindo subir, tendo sua genitora informado que quando o leva ao supermercado o mesmo quer voltar no colo (fls.19).

Segundo ainda informado pela médica da ABDIM, em breve o paciente necessitará de cadeiras de rodas, pois a doença é progressiva (fls.22).

Em virtude da falta de transporte, até a concessão da liminar, RFN não estava indo receber o atendimento médico de que necessitava para sobreviver com um mínimo de dignidade, já que pertence a uma família humilde, não tendo sua genitora condições de levá-lo para tal atendimento (fls.10, 12/14 e 20).

E o que é pior, RFN possui um irmão com o mesmo problema, que vem sendo levado pelo serviço ATENDE a ABDIM, pelo fato de já estar andando com cadeiras de rodas (fls.12/21), sendo que a ABDIM disponibilizou a RFN a prestação de serviços nos mesmos horários reservados a seu irmão, o que significa que o veículo da Prefeitura não terá que fazer novos trajetos para levar RFN a ABDIM, podendo atendê-lo de forma econômica, nos mesmos dias e horários disponibilizados a seu irmão.

Mas não é só.

Quando o veículo adaptado do ATENDE vai pegar o irmão de RFN, encontra-se vazia ou só com mais uma pessoa, possuindo espaço, portanto, para levar RFN (fls.20).

Portanto, o Poder Público Municipal neste caso, está descumprindo, flagrantemente, a Constituição Federal e o ordenamento jurídico vigente, inclusive o Decreto Municipal 36.071, que instituiu a prestação do serviço ATENDE neste Município.

Realmente, este último determina que serão usuários do serviço ATENDE *“as pessoas portadoras de deficiência física que não apresentem condições de mobilidade e acessibilidade autônoma aos meios de transporte convencionais ou que manifestem grandes restrições ao acesso e uso de equipamentos urbanos”* (art.5º em anexo).

Ora, o menor RFN, conforme se demonstrou, preenche

estas condições, não conseguindo subir em um ônibus comum, ou nele se segurar, manifestando, ainda, grandes restrições ao acesso e uso de equipamentos urbanos, quadro este que se agrava ainda mais pelo fato de possuir apenas 7 anos de idade, necessitando, sempre, de ajuda e acompanhamento de um adulto.

Ao assim agir, deixando de conceder vaga em veículo especial ao menor RFN, sob a alegação de que seu estado físico ainda lhe permitiria andar, quando é certo que não tem ele condições de se utilizar do transporte público municipal convencional, e o próprio Decreto Municipal lhe garante este direito, está o Poder Público Municipal assumindo atitude negligente e discriminatória, deixando de cumprir deveres constitucionais e legais expressos, que lhe impõem assegurar, *com absoluta prioridade*, o direito à vida, à saúde e ao respeito da criança (proteção integral), colocando-a à salvo de toda forma de negligência e discriminação, assegurando-lhe todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhe facultar o desenvolvimento físico, mental, moral e social, em condições de liberdade e dignidade (art.227, “caput”, da CF e art.4º do ECA).

Está, ainda, o Município, descumprindo a obrigação constitucional que lhe foi imposta, pelo art.227, § II, da CF, de *dar atendimento especializado a pessoas portadoras de deficiência, mediante a facilitação de seu acesso aos bens e serviços coletivos*.

Ora, neste caso, o Município está agindo em sentido diametralmente oposto à tais mandamentos constitucionais e legais, pois não só não está facilitando o acesso do menor aos serviços de saúde, como está impedindo tal acesso, quando não só tinha a possibilidade, como a obrigação legal de fazê-lo.

Descumpre, ainda, o Município, o disposto no artigo 196 da CF, segundo o qual *“A saúde é direito de todos e dever do estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”*.

Também restaram violados neste caso, os seguintes artigos da Constituição Federal: a) 198, II, segundo o qual *“as ações e serviços públicos de saúde devem garantir atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais”*; b) 23, I, segundo o qual compete de forma concorrente à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, *“cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência”*; e c) 30, VII, que impõe especificamente ao Município, prestar os serviços de atendimento à saúde da população, com a cooperação da União e do Estado.

Da mesma forma, assegura o art. 7º, “caput”, do ECA,

que “a criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência”, assegurando, ainda, o seu art.11º, “atendimento integral à saúde da criança e do adolescente, com acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde”, estabelecendo, de forma específica, os seus § 1º e § 2º que:

§ 1º - “A criança e o adolescente portadores de deficiência receberão atendimento especializado”;

§ 2º - Incumbe ao Poder Público fornecer gratuitamente àqueles que necessitarem os medicamentos, próteses e outros recursos relativos ao tratamento, habilitação ou reabilitação”.

Está, ainda, o Município, descumprindo a Lei nº 8.080/90, que dispõe sobre as condições para promoção, proteção e recuperação da saúde, estabelecendo, em seu art.2º, “caput”, ser a saúde direito fundamental de todo ser humano, devendo o Estado (em sentido amplo) prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício; no § 1º do mesmo artigo, que o “dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação”.

Realmente, em se tratando de deficiente físico, carente e ainda menor de idade, não tem RFN outra forma de receber o serviço de saúde de que necessita, se não for transportado pelo serviço ATENDE do Município, constituindo-se este, portanto, absolutamente essencial para garantir-lhe o direito à vida, à saúde e a condições dignas de sobrevivência.

Aliás, não tem nenhum cabimento, a alegação de que se trataria de serviço de utilidade pública, e não de serviço essencial.

Ora, se a proteção da vida e da saúde, não são serviços públicos essenciais, o que mais seria ?

Tratam-se de direitos fundamentais do ser humano, e superiores a qualquer outro, competindo ao Município protegê-los, com absoluta prioridade e de forma igualitária.

Observe-se que a CF atribui ao Município a prestação dos serviços de transporte coletivo, considerando-o, expressamente, *essencial* (art. 30, V, da CF).

Ou seja, se até o transporte coletivo por si só, é considerado serviço essencial, com muito mais razão deve assim ser

considerado, quando dele depende o exercício do direito à vida e à saúde de pessoa necessitada, como ocorre neste caso.

Quanto às demais pessoas portadoras de deficiência, que se encontrariam na fila aguardando a oportunidade de se utilizar do serviço ATENDE, não só não foi produzida nenhuma prova neste sentido, como consta dos autos exatamente o oposto, ou seja, que o veículo adaptado costumava ir pegar o irmão de RFN vazio (fls.20), o que significa que não haveria excesso de demanda desatendida.

Mesmo porque, caso existam outros na mesma situação de RFN, terão o mesmo direito de vierem a ser atendidos pelo Município, podendo propor, se necessária, a ação competente para obrigá-lo a tanto.

Quem está aqui desrespeitando o princípio da igualdade, é o Poder Público Municipal, que está deixando de conceder a RFN, o mesmo direito que foi concedido ao seu próprio irmão, quando é certo que ele também necessita do serviço.

Evidentemente que, diante de todas as normas legais e constitucionais que obrigam o Município a atender o menor neste caso, não há que se falar em discricionariedade administrativa, mas sim em ato vinculado, que deve ser cumprido pelas autoridades coatoras, sob pena de arbitrariedade, competindo ao Poder Judiciário impor-lhes esta obrigação, sua função precípua.

Como ensina HELY LOPES MEIRELLES, *“poder discricionário não se confunde com poder arbitrário. Discricionariedade e arbítrio são atitudes inteiramente diversas. Discricionariedade é liberdade de ação administrativa, dentro dos limites permitidos em lei; arbítrio é ação contrária ao excedente da lei. Ato discricionário, quando autorizado pelo Direito, é legal e válido; ato arbitrário é sempre ilegítimo e inválido.”* (in *“DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO”*, Malheiros Editores – 33º edição – 2007 – páginas 118/119).

Nesse sentido, decidiu a Segunda Turma do Egrégio STF, em v.acórdão relatado pelo **MINISTRO CELSO DE MELLO** que *“O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que*

seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconstitucional, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.”... Precedentes do STF.” (RE-AgR 271286 / RS - RIO GRANDE DO SUL

AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Relator(a): Min. CELSO DE MELLO

Julgamento: 12/09/2000 - Órgão Julgador: Segunda Turma -Publicação DJ 24-11-2000 PP-00101 EMENT VOL-02013-07 PP-01409

- Parte(s) AGTE. : MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE

ADVDA. : CANDIDA SILVEIRA SAIBERT

AGDA. : DINÁ ROSA VIEIRA

ADVDS. : EDUARDO VON MÜHLEN E OUTROS

ADVDS. : LUÍS MAXIMILIANO LEAL TELESKA MOTA E OUTROS.

No mesmo sentido, decidiu a Primeira Turma, daquela máxima Corte de Justiça que “O art. 196 da Constituição Federal estabelece como dever do Estado a prestação de assistência à saúde e garante o acesso universal e igualitário do cidadão aos serviços e ações para sua promoção, proteção e recuperação. O direito à saúde, como está assegurado na Carta, não deve sofrer embaraços impostos por autoridades administrativas, no sentido de reduzi-lo ou de dificultar o acesso a ele.” (RE 226835 / RS - RIO GRANDE DO SUL - RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO - Julgamento: 14/12/1999 -Publicação - DJ 10-03-2000 PP-00021 - EMENT VOL-01982-03 PP-00443 -

Parte(s) RECTE. : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL -ADVDS. : PGE-RS - CARLOS HENRIQUE KAIPPER E OUTROS -RECDA. : ROSEMARI PEREIRA DIAS -ADVDS. : ÁLVARO OTÁVIO RIBEIRO DA SILVA E OUTROS.

No mesmo sentido, vem se manifestando o Egrégio Superior Tribunal de Justiça (REsp 577.836/SC, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21.10.2004, DJ 28.02.2005 p. 200; REsp 700.853/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, Rel. p/ Acórdão Ministro

LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06.12.2005, DJ 21.09.2006 p. 219; REsp 442693 / RS ; RECURSO ESPECIAL 2002/0071199-4 - Relator(a) - Ministro JOSÉ DELGADO (1105) - Órgão Julgador - T1 - PRIMEIRA TURMA - Data do Julgamento - 17/09/2002 - Data da Publicação/Fonte -DJ 21.10.2002 p. 311).

Assim sendo, por todas as razões expostas, opina esta Procuradoria de Justiça seja negado provimento ao recurso da Municipalidade e ao recurso oficial, mantendo-se a r.sentença de Primeira Instância em toda a sua integridade, por medida de JUSTIÇA.

São Paulo, 12 de setembro de 2007.

DORA BUSSAB CASTELO

Promotora de Justiça designada na Procuradoria de Justiça de Interesses Difusos e Coletivos