

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 440.028 SÃO PAULO

RELATOR : **MIN. MARCO AURÉLIO**
RECTE.(S) : **MINISTERIO PUBLICO DO ESTADO DE SAO PAULO**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
RECDO.(A/S) : **ESTADO DE SÃO PAULO**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO**

PRÉDIO PÚBLICO – PORTADOR DE NECESSIDADE ESPECIAL – ACESSO. A Constituição de 1988, a Convenção Internacional sobre Direitos das Pessoas com Deficiência e as Leis nº 7.853/89 – federal –, nº 5.500/86 e nº 9.086/95 – estas duas do Estado de São Paulo – asseguram o direito dos portadores de necessidades especiais ao acesso a prédios públicos, devendo a Administração adotar providências que o viabilizem.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 440.028 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO
RECTE.(S) : MINISTERIO PUBLICO DO ESTADO DE SAO PAULO
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE
SÃO PAULO
RECDO.(A/S) : ESTADO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação com Revisão nº 212.595.5/3-00, entendeu que, apesar do zelo e empenho do Ministério Público em buscar a remoção de toda e qualquer barreira física, de modo a permitir o irrestrito acesso de pessoas portadoras de necessidades especiais a prédios, logradouros e veículos públicos, deve-se analisar a disponibilidade orçamentária do ente estatal. Consignou que obrigar a Administração Pública a realizar obras e melhorias significa olvidar o princípio da separação dos Poderes, porquanto se trata da efetivação de atos discricionários. O acórdão impugnado encontra-se assim ementado (folha 124):

AÇÃO CIVIL PÚBLICA – Objetivo de condenação do Executivo na obrigação de fazer. Observância do princípio da divisão dos poderes.

Em que pese a relevância da obra destinada a deficientes físicos, não cabe obrigar o Executivo a execução de obra em um determinado prédio da rede estadual, tornando-se diverso dos demais padronizados. Necessidade de estudo e orçamentos para que se implante o comando constitucional em toda a rede e não num determinado prédio público, com interferência caracterizada no poder de administrar do Executivo.

Recurso negado, não conhecido o de ofício.

No extraordinário interposto com alegada base na alínea “a” do permissivo constitucional, o Ministério Público do Estado de São Paulo

RE 440028 / SP

argui a violação aos artigos 227, § 2º, e 244 da Carta da República. Sustenta não se cuidar de ato discricionário do Poder Público, mas sim dever de cumprir mandamento inserto no Diploma Maior. Assevera que aceitar a conveniência e a oportunidade nas ações administrativas funciona como “válvula de escape” à inércia estatal.

Não houve apresentação de contrarrazões (folha 155). O extraordinário foi admitido na origem (folha 156 a 159), tendo surgido o interesse em recorrer antes da entrada em vigor do sistema da repercussão geral.

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República, hoje Procurador-Geral, Rodrigo Janot Monteiro de Barros, manifesta-se pelo provimento do extraordinário, preconizando ser obrigatório ao Poder Público adotar um padrão mínimo de efetivação dos direitos fundamentais. Afirma mostrar-se cabível a intervenção do Poder Judiciário a fim de garantir o chamado “mínimo existencial”, afastando a possibilidade de observância à cláusula da reserva do possível. Destaca que a óptica não implica ofensa ao princípio da separação dos Poderes, inexistindo dados a revelarem comprometimento significativo do erário (folha 189 a 205).

É o relatório.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 440.028 SÃO PAULO

V O T O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – O processo foi remetido à Procuradoria-Geral de Justiça, para ciência, em 3 de dezembro de 2003, quarta-feira. O recurso extraordinário veio a ser interposto em 16 de dezembro de 2003 (folha 133 a 141), terça-feira, dentro do prazo legal. A peça encontra-se subscrita por Procurador de Justiça. Conheço.

O Juízo bem sintetizou o alcance da ação civil pública formalizada e a impugnação do Estado (folhas 72 e 73):

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, promoveu ação civil pública contra **GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO** em alteração e respeito ao direito das pessoas portadoras de deficiência por constatar que o prédio público pertencente ao réu, instalação da Escola Estadual Professor Vicente Teodoro de Souza localizado nesta cidade à rua Jorge Lima s/nº Jardim Maria Goretti contendo pavimento superior sem contar com rampa e banheiros adequados a deambulação e uso de alunos portadores de deficiência do aparelho locomotor, em afronta a preceitos legais que protegem tais deficientes, razão da presente para compelir o réu a adaptação necessária ao cumprimento dos direitos definidos na Constituição Federal, pena de responder por multa diária a ser fixada em 1/2 (meio) salário mínimo por dia de atraso à realizada (*sic*) da obra.

Citado, respondeu o requerido trazendo prejudicial de mérito em que sustenta ausência de pressupostos para o regular desenvolvimento do processo, consistente em não proporcionar direito a ampla defesa no inquérito civil, resultando nulidade insanável.

No mérito pugna pela improcedência da ação por ter não aplicável a obrigação pretendida entendendo não auto-aplicável a Lei 7.853/89, necessitar (*sic*) regulamentação e disposição acerca da obrigação de promover os acertos necessários ao atendimento do preceito Constitucional, à ausência de Lei

Estadual, sob pena de afrontar a autonomia do Estado membro – Sustenta ainda que a norma em que se sustenta o pedido é de eficácia contida. Improriedade de conferência ao Judiciário de matéria própria à administração, considerando a conveniência e oportunidade.

Relata finalmente de esforço do réu em atender ao direito dos deficientes, construindo e adaptando prédios conforme recursos disponíveis e mais possuir outros estabelecimentos adequados ao uso dos portadores de deficiência, seja por possuir rampas e outros por serem de único pavimento e mais, não possuir o estabelecimento que ensejou a lide aluno portador de deficiência.

Salta aos olhos a relevância deste julgamento. Faz-se em jogo o controle jurisdicional de políticas públicas, tema de importância ímpar para a concretização da Carta da República, ante o conteúdo dirigente que estampa. Segundo a jurisprudência do Supremo, são três os requisitos a viabilizar a incursão judicial nesse campo, a saber: a natureza constitucional da política pública reclamada, a existência de correlação entre ela e os direitos fundamentais e a prova de que há omissão ou prestação deficiente pela Administração Pública, inexistindo justificativa razoável para tal comportamento. No caso, todos os pressupostos encontram-se presentes. Explico.

Colho da Constituição Federal que a lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência física – artigo 227, § 2º. Mais do que isso, consoante dispõe o artigo 244, a lei versará a adaptação dos logradouros, dos edifícios de uso público e dos veículos de transporte coletivo atualmente disponíveis, para garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência, conforme preceituado no referido § 2º do artigo 227.

A esse arcabouço, provido pelo constituinte originário, devem-se somar as disposições da Convenção Internacional Sobre os Direitos das

Pessoas com Deficiência e o respectivo Protocolo Facultativo, promulgada por meio do Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. A incorporação ao cenário normativo brasileiro ocorreu segundo o procedimento previsto no § 3º do artigo 5º da Carta Federal, com a estatura de emenda constitucional. Destaco o teor do artigo 9º:

[...]

1. A fim de possibilitar às pessoas com deficiência viver de forma independente e participar plenamente de todos os aspectos da vida, os Estados Partes tomarão as medidas apropriadas para assegurar às pessoas com deficiência o acesso, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, ao meio físico, ao transporte, à informação e comunicação, inclusive aos sistemas e tecnologias da informação e comunicação, bem como a outros serviços e instalações abertos ao público ou de uso público, tanto na zona urbana como na rural. Essas medidas, que incluirão a identificação e a eliminação de obstáculos e barreiras à acessibilidade, serão aplicadas, entre outros, a:

a) Edifícios, rodovias, meios de transporte e outras instalações internas e externas, inclusive escolas, residências, instalações médicas e local de trabalho;

A questão que se coloca é saber se, diante da inércia legislativa, há preceitos sem eficácia. A resposta é desenganadamente negativa. Ao remeter à lei a disciplina da matéria, a Carta da República não obstaculiza a atuação do Judiciário. Existem razões para assim concluir. A primeira delas está no rol dos fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil, surgindo o envolvimento da dignidade da pessoa humana e da busca de uma sociedade justa e solidária – artigos 1º, inciso III, e 3º, inciso I, do Diploma Maior.

A segunda a ser levada em conta diz respeito ao fato de as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais terem aplicação imediata, sendo que os direitos e garantias expressos na Carta de 1988

não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte – § 1º e § 2º do artigo 5º.

Há uma terceira premissa. O acesso ao Judiciário para reclamar contra lesão ou ameaça de lesão a direito é cláusula pétrea.

Assentada a natureza constitucional da política pública de acessibilidade, necessariamente a ser implementada pelos demais Poderes Públicos, decorre do conjunto normativo a existência do direito subjetivo público de adequação dos edifícios e áreas públicas visando possibilitar a livre locomoção de portadores de necessidades especiais. É ele qualificado, quando se trata de escola pública, cujo acesso surge primordial ao pleno desenvolvimento da pessoa, consoante proclama o artigo 205 da Carta Federal. O artigo 206, inciso I, dela constante assegura a igualdade de condições para a permanência na escola. Barreiras arquitetônicas que impeçam a locomoção de pessoas acarretam inobservância a regra constitucional, colocando cidadãos em desvantagem no tocante à coletividade.

A imposição quanto à acessibilidade aos prédios públicos é reforçada pelo direito à cidadania, ao qual têm jus os portadores de necessidades especiais. A noção de república pressupõe que a gestão pública seja efetuada por delegação e no interesse da sociedade e, nesta, aqueles estão integrados. Obstaculizar-lhes a entrada em hospitais, escolas, bibliotecas, museus, estádios, em suma, edifícios de uso público e áreas destinadas ao uso comum do povo, implica tratá-los como cidadãos de segunda classe, ferindo de morte o direito à igualdade e à cidadania.

Sob o ângulo normativo ordinário, a Lei federal nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, veio a garantir o pleno exercício dos direitos individuais e sociais das pessoas portadoras de necessidades especiais, com a efetiva integração social. Percebam o que dispõe:

Art. 2º Ao Poder Público e seus órgãos cabe assegurar às pessoas portadoras de deficiência o pleno exercício de seus direitos básicos, inclusive dos direitos à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, à previdência social, ao amparo à infância e à

maternidade, e de outros que, decorrentes da Constituição e das leis, propiciem seu bem-estar pessoal, social e econômico

Parágrafo único. Para o fim estabelecido no *caput* deste artigo, os órgãos e entidades da administração direta e indireta devem dispensar, no âmbito de sua competência e finalidade, aos assuntos objetos esta Lei, tratamento prioritário e adequado, tendente a viabilizar, sem prejuízo de outras, as seguintes medidas:

I - na área da educação:

e) o acesso de alunos portadores de deficiência aos benefícios conferidos aos demais educandos, inclusive material escolar, merenda escolar e bolsas de estudo;

O preceito é aplicável ao Estado de São Paulo, porquanto formalizado com fundamento no artigo 24, inciso XIV, da Carta Federal, ou seja, no âmbito da legislação concorrente, consideradas as normas gerais – § 1º. De qualquer modo, a legislação local – Leis nº 5.500, de 31 de dezembro de 1986, e nº 9.086, de 3 de março de 1995 – versa a obrigação de o Estado tomar providências para adequar projetos, edificações, instalações e mobiliário ao uso de pessoas portadoras de necessidades especiais.

Em deferência ao princípio da separação de Poderes, que funciona não apenas como uma técnica de contenção do arbítrio, consoante sustentou o Barão de Montesquieu na clássica obra *O Espírito das Leis*, mas também como instrumento de racionalização e eficiência no exercício das funções públicas, mostra-se indispensável reconhecer que a intervenção judicial em políticas públicas deve ser realizada pelo meio menos gravoso possível. Explico. Em regra, princípios constitucionais obrigam a Administração Pública a colocar em prática uma política pública abrangente que esteja voltada à concretização deles, sem, contudo, especificar qual é. Não se encontrando o Poder Judiciário aparelhado a tomar decisões quanto à eficácia das inúmeras políticas disponíveis para concretizá-los, há de reconhecer a prerrogativa do administrador em selecioná-las. Essa situação, contudo, revela-se

diferente se estão em causa prestações relacionadas ao mínimo existencial ou obrigações que, por força dos próprios enunciados adotados pela Constituição e leis aplicáveis, restringem as opções da Administração, exatamente o que ocorre na situação em análise, pelos motivos já veiculados.

A doutrina chama a atenção para o fato, muitas vezes despercebido, de ser despiciendo evocar princípios constitucionais – como separação de Poderes ou democracia – quando o direito à prestação positiva vem expressamente estampado na legislação ordinária. É a situação que Ingo Wolfgang Sarlet denominou “direitos derivados a prestações” (*A eficácia dos direitos fundamentais*, 2005, p. 302). Como afirmado, o direito buscado neste processo decorre diretamente dos princípios e regras constitucionais, o que é, até mesmo, requisito para o acesso ao Supremo na afunilada via do recurso extraordinário. Ainda que assim não fosse, há lei a dar respaldo à pretensão inicial.

Passo à última etapa do raciocínio desenvolvido: saber se existe justificativa razoável para a mora administrativa. Já adianto que a resposta é negativa. O recorrido – Estado de São Paulo –, em momento algum, apontou políticas públicas alternativas à satisfação do encargo constitucional. Arguiu, simplesmente, poder discricionário, o qual certamente não se estende a ponto de permitir ao administrador público escolher qual preceito da Lei Maior deseja observar.

A simples ausência de portadores de necessidades especiais matriculados na escola estadual não consubstancia desculpa cabível. O quadro pode resultar da própria ausência de opções de acessibilidade. A lógica é circular: o Estado não as fornece, nenhum portador de necessidades especiais consegue frequentar o edifício público, logo, o Estado afirma que não tem o dever de criar formas de acesso porque não há matriculados. Descura do fato de que a escola pública não atende apenas aos estudantes nela matriculados, mas a toda a comunidade. Nesse ponto, merece transcrição trecho da peça de apelação subscrita pelo Promotor de Justiça Carlos Cezar Barbosa, que fez ver:

É inaceitável e até mesmo ingênuo, de outra parte, o

argumento de que a escola, cujas posturas arquitetônicas são incompatíveis ao acesso de pessoas deficientes, não possui alunos que carecem de tais cuidados. Ora, a vertente ação colima garantir o acesso de pessoas deficientes ao indigitado prédio público não somente no ano em curso, mas em qualquer tempo. E, não se trata apenas do aluno portador de deficiência, mas de qualquer pessoa deficiente que necessite ingressar no local (folha 89).

O pedido formalizado se mostrou específico, no que veio a envolver o prédio público da Escola Estadual Professor Vicente Teodoro de Souza, localizado na Rua Jorge Lima, sem número, Jardim Maria Goretti. É até mesmo incompreensível que a maior unidade da Federação não haja adotado providências para atender algo inerente à vida social, algo que não dependeria sequer, para ter-se como observado, de proteção constitucional.

Provejo o recurso interposto, julgando procedente o pedido inicial, tornando, assim, prevalecente entendimento do autor do voto vencido na apelação, desembargador Roberto Bedaque.