

**Processo: 0124330-03.2019.8.19.0001**

**Fls.**

## Processo Eletrônico

Classe/Assunto: Ação Civil Pública - Dano Ambiental - Indenização / Responsabilidade da Administração

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO

Réu: MUNICIPIO DO RIO DE JANEIRO

Réu: ESTADO DO RIO DE JANEIRO

---

Nesta data, faço os autos conclusos ao MM. Dr. Juiz  
Mirela Erbisti

Em 27/05/2019

### Decisão

Trata-se de medida cautelar antecedente interposta pelo Ministério Público em face do Estado e do Município do Rio de Janeiro com fulcro no artigo 127 da CRFB. O Parquet alega que instaurou o inquérito civil n. IC URB 1234 com o intuito de apurar notícia de avanço horizontal e vertical da Favela do Vidigal por sobre a encosta do Morro Dois Irmãos em direção ao bairro da Rocinha. Informa que há na localidade risco geológico-geotécnico já observado quando da propositura da ação civil pública n. 048610184.2011.8.19.0001, a qual foi extinta com resolução do mérito no ano de 2016 em razão de obras de contenção de encosta e em atenção ao poder discricionário conferido aos entes públicos de definir suas prioridades e cronograma de implantação de medidas necessárias à mitigação dos impactos decorrentes da ocupação irregular das encostas.

Salienta, entretanto, que por força dos recentes episódios de deslizamentos ocorridos na encosta do Morro Dois Irmãos, especialmente na face voltada para a Avenida Niemeyer evidencia-se a necessidade de uma conduta permanente e eficiente de controle e fiscalização das políticas públicas de contenção/recuperação/manutenção de encostas na cidade do Rio de Janeiro, que obrigatoriamente devem ser executadas pelos entes federativos ora réus. Afirma que desde o trânsito em julgado daquela demanda ocorreram fatos novos que demandam atuação do Poder Judiciário, não havendo que se falar em coisa julgada.

Informa que já notificou a Secretaria Municipal de Conservação e Meio Ambiente e a Secretaria Municipal de Infraestrutura e Habitação para se manifestar acerca do risco geológico e da segurança humana e tais órgãos quedaram-se inertes. Instadas também a se manifestar, a SMU limitou-se a encaminhar o ofício para a Secretaria Municipal de Infraestrutura e Habitação (SMIH) e a Fundação Geo-Rio a se eximir de responsabilidade quanto ao monitoramento do crescimento da ocupação em qualquer área da cidade e que em razão de diversas intervenções realizadas a partir de 2011 grande parte do risco na comunidade foi minimizado.

Prossegue narrando que 26 imóveis no Vidigal localizados na Avenida Presidente João Goulart estão na beira do precipício que se formou com o mais recente deslizamento (a cerca de 5 metros) e que desses imóveis sete ainda estão ocupados, sendo certo que oito casas serão demolidas pela SMIH. Informa que há um novo protocolo de bloqueio da Avenida quando o volume de

chuvas atinge 45mm, mas no dia 16 de maio choveu 64mm em uma hora e a via só foi fechada quando já estava coberta de lama.

Passo a decidir a medida liminar.

O acórdão transitado em julgado proferido no feito n. 0486101-84.2011.8.19.0001 em embargos de divergência narrava uma situação aparentemente controlada por parte dos Poderes Executivos Estadual e Municipal na encosta da Niemeyer.

Compulsando seu inteiro teor no sítio do Eg. Tribunal de Justiça verifica-se menção expressa a execução de programas de contenção da encosta, mapeamento de área e formação de mão de obra especializada em atuação preventiva. Veja-se:

"Não se olvida do fato de que o Poder Judiciário para concretização dos direitos sociais fundamentais, insertos no conceito de mínimo existencial, pode estabelecer a inclusão de determinada política pública nos orçamentos do ente público, mormente quando não houver comprovação objetiva de sua incapacidade econômico-financeira e, também, que pode condenar o ente na obrigação de fazer consistente em medidas administrativas tendentes a resguardar tais direitos, como forma de concretizar eficientemente os valores resguardados pela ordem jurídica. Ocorre que tais intervenções só têm lugar em situações bem delineadas, quando caracteriza omissão específica e injustificável do Estado. Na hipótese, contudo, há a certeza de que o Poder Público já vem executando programas de contenção de encostas em áreas de risco, de instalação de sistemas de alerta, aquisição e instalação de radares, mapeamento da área, formação de mão-de-obra capacitada para atuar preventivamente, instalação de sistema de alarme, sobretudo na comunidade do Vidigal, onde também foram realizadas obras para minimizar os riscos de escorregamento e deslizamento, o que se extrai do contrato n.º 40/2011, fls. 459/468, cujas obras para contenção de encostas e demarcação de área de risco, segundo informação de fls. 952/1040, já foram concluídas. Nota-se, pois, que não há omissão administrativa na condução de políticas públicas, nem, tampouco, ineficiência na adoção das medidas já realizadas, mas de discricionariedade da Administração na definição e execução das medidas necessárias a reparar e prevenir situações de risco geológico, em áreas específicas, nelas incluídas a comunidade em tela, pelo que não pode o Poder Judiciário adentrar a gestão governamental."

À toda evidência a situação de hoje é bastante diversa daquela trazida pelo julgado de maio 2015. Somente nos primeiros cinco meses 2019 a avenida já sofreu três deslizamentos de terra significativos, a saber: 06/02, 08/04 e 16/05, sendo certo que o de fevereiro vitimou duas pessoas que se encontravam em um coletivo que passava pela via e numa dessas ocasiões parte da ciclovia Tim Maia foi carregada para o mar.

Tais situações são suficientes para demonstrar que se há programas de contenção de encostas, mapeamento de área e medidas preventivas por parte da Administração Pública ou esses são insuficientes ou ineficientes. E mais. A omissão estatal no cumprimento de seu dever está colocando em risco a vida de um grande número de pessoas que reside ou transita pelo local.

Não há, portanto, coisa julgada a ser considerada no caso em tela, visto que a situação de fato se modificou e há evidências de que a Administração Pública não tem mais a situação do local sob controle. O decisum anteriormente prolatado se referia a um estado de coisas específico em que não era necessária a atuação do Poder Judiciário.

A coisa julgada é o fenômeno segundo o qual é proposta uma ação idêntica à outra já decidida com trânsito em julgado (art. 337, §4º, do CPC). A identidade de ações, por sua vez, é caracterizada pela tria eaden, ou seja, pela tripla identidade de partes, causa de pedir e pedido (art. 337, §2º). Assim, não há efeito negativo da coisa julgada, consistente em impedir o

Julgamento que agora se apresenta, por falta de identidade de causas de pedir.

Uma leitura atenta do decisum revela que o Ministério Público havia ajuizado na oportunidade quase 200 ações ao mesmo tempo, em bloco, tendo por objeto cada qual e todas as comunidades da cidade que foram objeto de inventário de risco. Significa isso dizer que dentre as mais diversas comunidades existentes na época a da Niemeyer foi considerada segura, sendo suficientes as políticas públicas estabelecidas naquele tempo e local.

Hoje, no entanto, novas circunstâncias são trazidas à tona: há risco efetivo para a população e as escolhas políticas não estão trazendo o resultado mínimo esperado. Alegar-se coisa julgada in casu seria criar um salvo conduto para que a Administração se quedasse inerte na localidade, sem tomar nenhuma providência para evitar novos deslizamentos de terra e possíveis tragédias, com perdas de vidas humanas.

Não se pode esquecer ainda que a natureza está em constante transformação, mormente quando premida por agentes externos. A intervenção humana provoca impactos ambientais que nem sempre são suportados por longo período de tempo da mesma forma. Há uma infinidade de fatores que contribui diariamente para a modificação do estado de coisas em encostas como as da Niemeyer, como desmatamento, construção desordenada e sem estudo de impacto ambiental, aquecimento global, excesso de chuvas e a ação do tempo sobre todas essas circunstâncias.

Quanto às chuvas, sabe-se que quando há precipitação o solo absorve uma parcela da água, enquanto outra parte se locomove em forma de enxurrada na superfície do terreno. Se a água que se infiltra no solo se confronta com rochas impermeáveis ela começa a se acumular, tornando o solo saturado de umidade até que se rompa, desencadeando o deslizamento de terras nas encostas até a base dos morros ou, no caso da Niemeyer, até o mar.

Desta forma, o fechamento da via apenas em dias de chuva não afasta o risco. Os deslizamentos por vezes são fruto de um processo longo que não ocorre a olhos vistos, não correspondendo necessariamente a uma resposta imediata à chuva.

A encosta da Avenida Niemeyer vem demonstrando que está passando por situação no mínimo diferenciada. A frequência de deslizamentos nesse ano revela que algo não está correto em termos geológicos. As fotografias trazidas à inicial demonstram a existência de pedras gigantescas prestes a deslizar sobre a via, situação que tampouco existia à época do julgado anterior. O risco é atual e iminente. E muito sério.

Mister, portanto, uma mudança de paradigma da forma com que Estado e Município vem administrando a área, a fim de evitar o pior. Não se trata de conveniência e oportunidade, mas de comando constitucional de garantir o atingimento dos objetivos constitucionais constantes do Preâmbulo e do artigo 3o, IV, da Carta Maior, dentre os quais a segurança e o bem-estar da população, bem como de cumprir o dever de proteção ao meio ambiente (art. 23, VI, da CRFB), competência comum do Estado e do Município.

Não é dada à Administração escolher entre cumprir ou não seu dever legal. Essa liberdade não lhe é atribuída. Assim nos ensina Celso Antônio Bandeira de Mello em sua obra Curso de Direito Administrativo, Editora Malheiros, 15ª Ed.:

"Assim como ao Judiciário compete fulminar todo o comportamento ilegítimo da Administração que apareça como frontal violação da ordem jurídica, compete-lhe, igualmente, fulminar qualquer comportamento administrativo que, a pretexto de exercer apreciação ou decisão discricionária, ultrapassar as fronteiras dela, isto é, desbordar dos limites de liberdade que lhe assistiam, violando, por tal modo, os ditames normativos que assinalam os confins da liberdade discricionária."

Neste sentido diversos acórdãos do Eg. STF em que salienta que a discricionariedade do Administrador não serve de fundamento ante ao descumprimento do dever legal de zelar pelos direitos fundamentais de seus cidadãos:

"RE 592581 / RS - RIO GRANDE DO SUL

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI

Julgamento: 13/08/2015 Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Publicação ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-018 DIVULG 29-01-2016 PUBLIC 01-02-2016 Parte(s) RECTE.(S) : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL RECDO.(A/S) : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL INTDO.(A/S) : UNIÃO ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO INTDO.(A/S) : ESTADO DO ACRE PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO ACRE INTDO.(A/S) : ESTADO DO AMAZONAS PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO AMAZONAS INTDO.(A/S) : ESTADO DO ESPÍRITO SANTO PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO INTDO.(A/S) : ESTADO DE MINAS GERAIS ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS INTDO.(A/S) : ESTADO DO PIAUÍ PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PIAUÍ INTDO.(A/S) : ESTADO DE RONDÔNIA PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE RONDÔNIA INTDO.(A/S) : ESTADO DA BAHIA PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DA BAHIA INTDO.(A/S) : ESTADO DE RORAIMA PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE RORAIMA INTDO.(A/S) : ESTADO DO AMAPÁ PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO AMAPÁ INTDO.(A/S) : ESTADO DE SANTA CATARINA PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA INTDO.(A/S) : ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL INTDO.(A/S) : DISTRITO FEDERAL PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO DISTRITO FEDERAL AM. CURIAE. : ESTADO DE SÃO PAULO PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO AM. CURIAE. : ESTADO DO PARÁ PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PARÁ Ementa: REPERCUSSÃO GERAL. RECURSO DO MPE CONTRA ACÓRDÃO DO TJRS. REFORMA DE SENTENÇA QUE DETERMINAVA A EXECUÇÃO DE OBRAS NA CASA DO ALBERGADO DE URUGUAIANA. ALEGADA OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DESBORDAMENTO DOS LIMITES DA RESERVA DO POSSÍVEL. INOCORRÊNCIA. DECISÃO QUE CONSIDEROU DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE PRESOS MERAS NORMAS PROGRAMÁTICAS. INADMISSIBILIDADE. PRECEITOS QUE TÊM EFICÁCIA PLENA E APLICABILIDADE IMEDIATA. INTERVENÇÃO JUDICIAL QUE SE MOSTRA NECESSÁRIA E ADEQUADA PARA PRESERVAR O VALOR FUNDAMENTAL DA PESSOA HUMANA. OBSERVÂNCIA, ADEMAIS, DO POSTULADO DA INAFSTABILIDADE DA JURISDIÇÃO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO PARA MANTER A SENTENÇA CASSADA PELO TRIBUNAL. I - É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais. II - Supremacia da dignidade da pessoa humana que legitima a intervenção judicial. III - Sentença reformada que, de forma correta, buscava assegurar o respeito à integridade física e moral dos detentos, em observância ao art. 5º, XLIX, da Constituição Federal. IV - Impossibilidade de opor-se à sentença de primeiro grau o argumento da reserva do possível ou princípio da separação dos poderes. V - Recurso conhecido e provido. Decisão O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, apreciando o tema 220 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário para cassar o acórdão recorrido, a fim de que se mantenha a decisão proferida pelo juízo de primeiro grau. Ainda por unanimidade, o Tribunal assentou a seguinte tese: "É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em

estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes". Ausente, justificadamente, o Ministro Teori Zavascki. Falaram, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros, Procurador-Geral da República; pelo Estado do Rio Grande do Sul, o Dr. Luís Carlos Kothe Hagemann, e, pela União, a Dra. Grace Maria Fernandes Mendonça, Secretária-Geral de Contencioso da Advocacia-Geral da União. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 13.08.2015. Tema 220 - Competência do Poder Judiciário para determinar ao Poder Executivo a realização de obras em estabelecimentos prisionais com o objetivo de assegurar a observância de direitos fundamentais dos presos. Tese É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes."

"AI 598212 ED / PR - PARANÁ

EMB.DECL. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO

Relator(a): Min. CELSO DE MELLO

Julgamento: 25/03/2014

Órgão Julgador: Segunda Turma

Publicação ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-077 DIVULG 23-04-2014 PUBLIC 24-04-2014

Parte(s) EMBTE.(S) : ESTADO DO PARANÁ PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO

ESTADO DO PARANÁ EMBDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ Ementa E M

E N T A: AGRAVO DE INSTRUMENTO - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO

RECURSO DE AGRAVO - DEFENSORIA PÚBLICA - IMPLANTAÇÃO - OMISSÃO ESTATAL QUE

COMPROMETE E FRUSTRA DIREITOS FUNDAMENTAIS DE PESSOAS NECESSITADAS -

SITUAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE INTOLERÁVEL - O RECONHECIMENTO, EM FAVOR DE

POPULAÇÕES CARENTES E DESASSISTIDAS, POSTAS À MARGEM DO SISTEMA JURÍDICO,

DO "DIREITO A TER DIREITOS" COMO PRESSUPOSTO DE ACESSO AOS DEMAIS DIREITOS,

LIBERDADES E GARANTIAS - INTERVENÇÃO JURISDICCIONAL CONCRETIZADORA DE

PROGRAMA CONSTITUCIONAL DESTINADO A VIABILIZAR O ACESSO DOS NECESSITADOS

À ORIENTAÇÃO JURÍDICA INTEGRAL E À ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITAS (CF, ART.

5º, INCISO LXXIV, E ART. 134) - LEGITIMIDADE DESSA ATUAÇÃO DOS JUÍZES E TRIBUNAIS

- O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

INSTITUÍDAS PELA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO - A

FÓRMULA DA RESERVA DO POSSÍVEL NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS DOS

DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE DE SUA INVOCAÇÃO PARA LEGITIMAR O INJUSTO

INADIMPLEMENTO DE DEVERES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE

IMPOSTOS AO ESTADO - A TEORIA DA "RESTRIÇÃO DAS RESTRIÇÕES" (OU DA

"LIMITAÇÃO DAS LIMITAÇÕES") - CONTROLE JURISDICCIONAL DE LEGITIMIDADE DA

OMISSÃO DO ESTADO: ATIVIDADE DE FISCALIZAÇÃO JUDICIAL QUE SE JUSTIFICA PELA

NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE CERTOS PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS

(PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL, PROTEÇÃO AO MÍNIMO EXISTENCIAL, VEDAÇÃO

DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE E PROIBIÇÃO DE EXCESSO) - DOUTRINA - PRECEDENTES -

A FUNÇÃO CONSTITUCIONAL DA DEFENSORIA PÚBLICA E A ESSENCIALIDADE DESSA

INSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - "THEMA DECIDENDUM" QUE SE RESTRINGE AO PLEITO

DEDUZIDO NA INICIAL, CUJO OBJETO CONSISTE, UNICAMENTE, na "criação, implantação e

estruturação da Defensoria Pública da Comarca de Apucarana" - RECURSO DE AGRAVO

PROVIDO, EM PARTE. - Assiste a toda e qualquer pessoa - especialmente àquelas que nada têm

e que de tudo necessitam - uma prerrogativa básica essencial à viabilização dos demais direitos e

liberdades fundamentais, consistente no reconhecimento de que toda pessoa tem direito a ter

direitos, o que põe em evidência a significativa importância jurídico-institucional e político-social da Defensoria Pública. - O descumprimento, pelo Poder Público, do dever que lhe impõe o art. 134 da Constituição da República traduz grave omissão que frustra, injustamente, o direito dos necessitados à plena orientação jurídica e à integral assistência judiciária e que culmina, em razão desse inconstitucional inadimplemento, por transformar os direitos e as liberdades fundamentais em proclamações inúteis, convertendo-os em expectativas vãs. - É que de nada valerão os direitos e de nenhum significado revestir-se-ão as liberdades, se os fundamentos em que eles se apoiam - além de desrespeitados pelo Poder Público ou transgredidos por particulares - também deixarem de contar com o suporte e o apoio de um aparato institucional, como aquele proporcionado pela Defensoria Pública, cuja função precípua, por efeito de sua própria vocação constitucional (CF, art. 134), consiste em dar efetividade e expressão concreta, inclusive mediante acesso do lesado à jurisdição do Estado, a esses mesmos direitos, quando titularizados por pessoas necessitadas, que são as reais destinatárias tanto da norma inscrita no art. 5º, inciso LXXIV, quanto do preceito consubstanciado no art. 134, ambos da Constituição da República. - O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um "facere" (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação. - Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse "non facere" ou "non praestare" resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público. Precedentes (ADI 1.458-MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.). Doutrina. - É lícito ao Poder Judiciário, em face do princípio da supremacia da Constituição, adotar, em sede jurisdicional, medidas destinadas a tornar efetiva a implementação de políticas públicas, se e quando se registrar situação configuradora de inescusável omissão estatal, que se qualifica como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência (ou insuficiência) de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental. Precedentes. Doutrina. - A função constitucional da Defensoria Pública e a essencialidade dessa Instituição da República: a transgressão da ordem constitucional - porque consumada mediante inércia (violação negativa) derivada da inexecução de programa constitucional destinado a viabilizar o acesso dos necessitados à orientação jurídica integral e à assistência judiciária gratuitas (CF, art. 5º, LXXIV, e art. 134) - autoriza o controle jurisdicional de legitimidade da omissão do Estado e permite aos juízes e Tribunais que determinem a implementação, pelo Estado, de políticas públicas previstas na própria Constituição da República, sem que isso configure ofensa ao postulado da divisão funcional do Poder. Precedentes: RTJ 162/877-879 - RTJ 164/158-161 - RTJ 174/687 - RTJ 183/818-819 - RTJ 185/794-796, v.g.. Doutrina. Decisão A Turma, por votação unânime, converteu os embargos de declaração em agravo regimental, ao qual deu parcial provimento, nos termos do voto do Relator. 2ª Turma, 25.03.2014."

"ARE 639337 AgR / SP - SÃO PAULO

AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO

Relator(a): Min. CELSO DE MELLO

Julgamento: 23/08/2011

Órgão Julgador: Segunda Turma

Publicação DJe-177 DIVULG 14-09-2011 PUBLIC 15-09-2011 EMENT VOL-02587-01 PP-00125

Parte(s) AGTE.(S)

: MUNICÍPIO DE SÃO PAULO PROC.(A/S)(ES)

PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO AGDO.(A/S)

: MINISTÉRIO

PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO PROC.(A/S)(ES)

: PROCURADOR-GERAL DE

JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO INTDO.(A/S)

: PROMOTOR DE JUSTIÇA DA

VARA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE DO FORO REGIONAL DE SANTO AMARO INTDO.(A/S)

: A C C E OUTRO(A/S) Ementa E M E N T A: CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - SENTENÇA QUE OBRIGA O MUNICÍPIO DE SÃO PAULO A MATRICULAR CRIANÇAS EM UNIDADES DE ENSINO INFANTIL PRÓXIMAS DE SUA RESIDÊNCIA OU DO ENDEREÇO DE TRABALHO DE SEUS RESPONSÁVEIS LEGAIS, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA POR CRIANÇA NÃO ATENDIDA - LEGITIMIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DAS "ASTREINTES" CONTRA O PODER PÚBLICO - DOCTRINA - JURISPRUDÊNCIA - OBRIGAÇÃO ESTATAL DE RESPEITAR OS DIREITOS DAS CRIANÇAS - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV, NA REDAÇÃO DADA PELA EC Nº 53/2006) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM CASO DE OMISSÃO ESTATAL NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO - INOCORRÊNCIA DE TRANSGRESSÃO AO POSTULADO DA SEPARAÇÃO DE PODERES - PROTEÇÃO JUDICIAL DE DIREITOS SOCIAIS, ESCASSEZ DE RECURSOS E A QUESTÃO DAS "ESCOLHAS TRÁGICAS" - RESERVA DO POSSÍVEL, MÍNIMO EXISTENCIAL, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL - PRETENDIDA EXONERAÇÃO DO ENCARGO CONSTITUCIONAL POR EFEITO DE SUPERVENIÊNCIA DE NOVA REALIDADE FÁTICA - QUESTÃO QUE SEQUER FOI SUSCITADA NAS RAZÕES DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO -PRINCÍPIO "JURA NOVIT CURIA" - INVOCAÇÃO EM SEDE DE APELO EXTREMO - IMPOSSIBILIDADE - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. POLÍTICAS PÚBLICAS, OMISSÃO ESTATAL INJUSTIFICÁVEL E INTERVENÇÃO CONCRETIZADORA DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE EDUCAÇÃO INFANTIL: POSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL. - A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). - Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das "crianças até 5 (cinco) anos de idade" (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impõe o próprio texto da Constituição Federal. - A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. - Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. - Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político- jurídicos que sobre eles incidem em caráter impositivo, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. DESCUMPRIMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DEFINIDAS EM SEDE CONSTITUCIONAL: HIPÓTESE LEGITIMADORA DE INTERVENÇÃO JURISDICIONAL. - O Poder Público - quando se abstém de cumprir, total ou parcialmente, o dever de implementar políticas públicas definidas no próprio texto constitucional - transgredir, com esse comportamento negativo, a própria integridade da Lei Fundamental, estimulando, no âmbito do Estado, o preocupante fenômeno da erosão da

consciência constitucional. Precedentes: ADI 1.484/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.. - A inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado. É que nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem ajustados à conveniência e aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos. - A intervenção do Poder Judiciário, em tema de implementação de políticas governamentais previstas e determinadas no texto constitucional, notadamente na área da educação infantil (RTJ 199/1219-1220), objetiva neutralizar os efeitos lesivos e perversos, que, provocados pela omissão estatal, nada mais traduzem senão inaceitável insulto a direitos básicos que a própria Constituição da República assegura à generalidade das pessoas. Precedentes. A CONTROVÉRSIA PERTINENTE À "RESERVA DO POSSÍVEL" E A INTANGIBILIDADE DO MÍNIMO EXISTENCIAL: A QUESTÃO DAS "ESCOLHAS TRÁGICAS". - A destinação de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos, faz instaurar situações de conflito, quer com a execução de políticas públicas definidas no texto constitucional, quer, também, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República, daí resultando contextos de antagonismo que impõem, ao Estado, o encargo de superá-los mediante opções por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes, compelindo, o Poder Público, em face dessa relação dilemática, causada pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, a proceder a verdadeiras "escolhas trágicas", em decisão governamental cujo parâmetro, fundado na dignidade da pessoa humana, deverá ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial, em ordem a conferir real efetividade às normas programáticas positivadas na própria Lei Fundamental. Magistério da doutrina. - A cláusula da reserva do possível - que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição - encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. Doutrina. Precedentes. - A noção de "mínimo existencial", que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (Artigo XXV). A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTRAÇÃO E AO INADIMPLEMENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS. - O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. - A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstendo-se de frustrar - mediante supressão total ou parcial - os direitos sociais já concretizados. LEGITIMIDADE JURÍDICA DA IMPOSIÇÃO, AO PODER PÚBLICO, DAS "ASTREINTES". - Inexiste obstáculo jurídico-processual à utilização, contra entidades de direito público, da multa cominatória prevista no § 5º do art. 461 do CPC. A "astreinte" - que se reveste de função coercitiva - tem por finalidade específica compelir, legitimamente, o devedor, mesmo que se cuide do Poder Público, a cumprir o preceito, tal como definido no ato sentencial. Doutrina. Jurisprudência. Decisão A Turma, por votação unânime,

negou provimento ao recurso de agravo, nos termos do voto do Relator. Presidiu, este julgamento, o Senhor Ministro Celso de Mello. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Ayres Britto e, licenciado, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. 2ª Turma, 23.08.2011."

Entendo caracterizada a omissão específica da Administração, além da premente necessidade e urgência a ensejar a intervenção imediata no local inaudita altera parte. Tragédia não tem data marcada para acontecer nem pode ser adiada em respeito ao prazo do artigo 10 do Código de Processo Civil. O fechamento incontinenti da Avenida Niemeyer é medida imperiosa até que sejam tomadas medidas capazes de garantir a segurança dos cidadãos que ali residem ou por ali transitam.

Nos dizeres do biólogo Mario Moscatelli em reportagem trazida aos autos pelo Ministério Público, "a encosta está toda instável e (...) há muitas casas na beira desse tobogã. É uma roleta-russa. A Niemeyer precisa de um investimento pesado em contenção de encostas. Ou fazemos as obras preventivamente, ou teremos que fazer as obras junto com os enterros".

Diante de todo o exposto, estão presentes os requisitos autorizadores previstos no art. 300 e no art. 305, ambos do CPC. Há risco ao direito material tutelado, caso não seja interditada a via objeto da demanda.

Por outro lado, não se encontra demonstrado o periculum in mora para os demais pedidos de tutela provisória de urgência, por se tratarem de medidas realizáveis após a interdição do local sem nenhum prejuízo, razão pela qual serão apreciados após a apresentação da petição inicial completa pelo autor.

Desta forma, defiro a tutela de urgência pretendida, unicamente para determinar a imediata interdição da Avenida Niemeyer nos dois sentidos para circulação de veículos motorizados e não motorizados, preservados os acessos controlados de moradores locais, demais pessoas autorizadas pelos moradores e coisas às vias de circulação viária secundárias e endereços localizados no entorno somente acessíveis pela utilização da referida via, até que laudo pericial conclusivo, elaborado por Perito de confiança deste Juízo conclua pela absoluta segurança na circulação viária. Prazo: 03 (três) horas, a partir da intimação do Município, sob pena de multa pessoal para o Prefeito Municipal e diária de R\$ 120.000,00 (cento mil reais), sendo certo que no primeiro dia o descumprimento por tempo superior ao deferido será contabilizado em sua fração correspondente.

Intime-se o autor para emendar a petição inicial, na forma do art. 308 do CPC. Indefiro o acautelamento da mídia. O feito é eletrônico e assim também deve ser feita a juntada de documentos.

Dê-se ciência ao MP e aos Chefes dos Poderes Executivo Municipal e Estadual. OJA de plantão. Urgente.

Citem-se na forma do artigo 306 do CPC.

Intimem-se.

Rio de Janeiro, 27/05/2019.

**Mirela Erbisti - Juiz Titular**



Autos recebidos do MM. Dr. Juiz

Mirela Erbisti

Em \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

Código de Autenticação: **41G7.8SU4.5JNQ.U4C2**  
Este código pode ser verificado em: [www.tjrj.jus.br](http://www.tjrj.jus.br) – Serviços – Validação de documentos

