

Agravo de instrumento. Direito à educação e transporte gratuito. Previsão na Constituição Federal, na Constituição Estadual, no Estatuto da Criança e do Adolescente e na Lei Orgânica municipal do Rio de Janeiro. Inexistência de litispendência entre controle difuso e controle concentrado da constitucionalidade das leis.

EXMO. SR. DR. DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Processo nº 2006.710.003186-3

Origem: Vara da Infância, da Juventude e do Idoso da Comarca da Capital
AÇÃO CIVIL PÚBLICA

AGRAVANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO

AGRAVADO: MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO E OUTROS

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, no uso de suas atribuições legais, não se conformando com a decisão de fls. 2383, proferida pelo Dr. Sandro Pitthan Espíndola, Juiz em Exercício na Vara da Infância, Juventude e Idoso da Capital, nos autos do processo acima mencionado, com fulcro no disposto no artigo 198, da Lei 8069/90 e nos artigos 522 e seguintes do Código de Processo Civil, vem interpor

AGRAVO DE INSTRUMENTO

com pedido liminar para efeito suspensivo e antecipação de tutela,

na forma do art. 527, III do CPC

pelas razões que acompanham a presente;

Ressalta-se que a decisão atacada, proferida em 1ª Instância, é suscetível de causar LESÃO GRAVE E DE DIFÍCIL REPARAÇÃO, na forma mencionada no art. 522 do Código de Processo Civil, razão pela qual jamais poderia ficar retido nos autos, conforme será demonstrado a seguir.

Requer o Agravante, pelas razões em anexo, seja o presente recurso recebido no **efeito suspensivo** e deferida a tutela antecipada solicitada nos autos principais e reproduzida neste Agravo, a **teor dos artigos 527, inciso III e 558 do Código de Processo Civil**, dando-se, ao final, provimento ao mesmo para reformar a

decisão atacada e, conseqüentemente, DEFERIR A TUTELA ANTECIPADA pleiteada em 1ª instância, garantindo-se o direito ao transporte e educação de milhares de estudantes da rede pública da Comarca do Rio de Janeiro.

Instruem este Agravo de Instrumento:

- a-) cópia da decisão agravada (doc.1);
- b-) cópia da certidão da respectiva intimação do Ministério Público (doc.2);
- c-) cópia das procurações outorgadas aos advogados, ressaltando que o Município está sendo defendido pela Procuradoria do Município (doc. 3);
- d-) principais peças da ação principal.

Rio de Janeiro, 6 de fevereiro de 2007.

Patricia Pimentel de Oliveira Chambers Ramos

Promotora de Justiça

Mat. 1941

Ana Paula Corrêa Esteves

Promotora de Justiça

Mat. 3241

EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RAZÕES DO AGRAVANTE

Agravante: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Agravado: Município do Rio de Janeiro e outros

Colenda Câmara

Douto Procurador de Justiça

I - DA NECESSIDADE DO RECEBIMENTO DO PRESENTE AGRAVO NA FORMA DE INSTRUMENTO

Primeiramente, deve-se ressaltar o **cabimento do presente agravo de instrumento**, em razão das recentes alterações dos artigos 522, 523 e 527 do CPC.

Com o advento da Lei 11.187, de 19.10.05, em vigor desde janeiro de 2006, o artigo 522 do CPC passou a estabelecer que o agravo será sempre retido, admitindo-se a utilização do instrumento **quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave ou de difícil reparação.**, que é a hipótese dos autos.

A decisão que se pretende atacar, de fls. 2383, suspendeu o andamento de Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público na qual se pretende garantir o transporte coletivo gratuito aos estudantes da rede pública, na forma prevista no art. 401 da Lei Orgânica Municipal, regulamentando o art. 208, inciso VII da Constituição Federal, art. 54, inciso VII da Estatuto da Criança e Adolescente, e art. 305 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro.

O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro age na qualidade de representante da sociedade, e, nesta ação, na defesa do **universo de crianças e adolescentes estudantes da rede pública**. **Nota-se, sem qualquer dúvida, o grande prejuízo causado a este universo de estudantes a decisão que suspendeu o processo judicial no qual se pleiteia seja garantido o transporte coletivo gratuito previsto na Lei Orgânica Municipal.**

Verifica-se que a previsão de instrumento para o agravo se enquadra na hipótese dos autos, visto que versam sobre garantias constitucionais e legais ao transporte gratuito para o exercício do direito à educação, tão importante, sobretudo, numa cidade tão violenta como o Rio de Janeiro, para garantir que milhares de jovens estejam dentro da escola, formando o seu conhecimento para serem cidadãos de bem.

Ressalte-se que, quando o direito ao transporte e à educação se relaciona à **criança e ao adolescente**, além da já "fundamentabilidade" que lhe é inerente,

tal direito passa a ser objeto da **absoluta prioridade** conferida ao menor, na forma do que dispõe o artigo 227 da Carta Magna.

Por tais razões e considerando, sobretudo, o reinício do ano letivo, é imprescindível seja garantido o transporte público e gratuito dos estudantes da rede pública, deve o presente agravo ser processado sob a forma de instrumento, de vez que a sua retenção traria lesão grave e de difícil reparação aos estudantes que se pretende proteger, bem como à efetividade da própria prestação jurisdicional.

Além de ser garantida a via do agravo por instrumento, é absolutamente imprescindível que se empreste a este recurso efeito suspensivo.

II - DO EFEITO SUSPENSIVO e NECESSIDADE DE ANTECIPAÇÃO DA TUTELA PRETENDIDA

O efeito suspensivo ora solicitado ao agravo de instrumento é medida de extrema cautela e evitará que diversas crianças e adolescentes fiquem sem frequentar aulas em razão da ausência e dificuldade no transporte gratuito para os estudantes da rede pública de ensino deste Município.

Assim, faz-se necessário *seja dado efeito suspensivo ao presente recurso, com a conseqüente apreciação da TUTELA ANTECIPADA requerida na inicial, com fulcro no inciso III, do artigo 527, c/c o artigo 558, ambos do Código de Processo Civil, eis que presentes os requisitos para tanto.*

O *fumus boni iuris* está presente porque evidente o equívoco em que incorreu o r. Juízo Monocrático, em flagrante violação às normas de proteção previstas no art. 227 da Constituição da República, art. 401 da Lei Orgânica Municipal, regulamentando o art. 208, inciso VII da Constituição Federal, art. 54, inciso VII da Estatuto da Criança e Adolescente, e art. 305 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, bem como a exata análise do controle da constitucionalidade previsto em nosso ordenamento jurídico, que admite a via concentrada e difusa, conforme exposto a seguir.

O *periculum in mora* se evidencia, eis que a espera pelo julgamento do presente recurso poderá acarretar significativo prejuízo à própria prestação jurisdicional, pelas razões expostas em anexo.

III- DA TEMPESTIVIDADE DO RECURSO:

O Ministério Público foi intimado da decisão atacada na data de 29 de janeiro de 2007, conforme certificado pela Secretaria do órgão (doc. 2). Note-se que a intimação do *Parquet* se faz pessoalmente, na forma da Lei Orgânica do Ministério Público (art. 41, inciso IV da Lei 8.625).

De qualquer forma, de acordo com o que estatui o art. 188 do Código de Processo Civil, aplicável *in casu* por forças das disposições insertas nos artigos 152 e 198 da Lei 8.069/90: ***“Computar-se-á em quádruplo o prazo para contestar e em dobro para recorrer quando a parte for a Fazenda Pública ou o Ministério Público.”*** (grifos nossos), é facilmente verificado que o Recurso foi interposto dentro do prazo.

III - DA LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA RECORRER

Segundo expressa disposição contida no parágrafo segundo do art. 499 do C.P.C., *in verbis*: ***“O Ministério Público tem legitimidade para recorrer assim no processo em que é parte, como naqueles em que oficiou como fiscal da lei.”***

Sendo Autor da Ação Civil Pública, inquestionável, portanto, a legitimidade para o presente.

IV - DOS FATOS

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, propôs, após várias tentativas extrajudiciais para solucionar a questão, **AÇÃO CIVIL PÚBLICA** em face do Município do Rio de Janeiro e das empresas de ônibus com concessão para o serviço de transporte na cidade, **na defesa do direito ao transporte gratuito de crianças e adolescentes estudantes da rede pública, garantido pela Constituição Federal, Constituição Estadual do Rio de Janeiro, Estatuto da Criança e do Adolescente e Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro.**

São inúmeras as reclamações da população que demonstram o desrespeito ao direito ao transporte gratuito dos estudantes, notadamente em razão:

- a-) da escassez de ônibus, principalmente na zona oeste, de modo que crianças e adolescentes ficam horas esperando uma condução;
- b-) da limitação do acesso de crianças e adolescentes beneficiários da gratuidade a determinados tipos de ônibus e microônibus, excluindo, por exemplo, aqueles com ar condicionado;
- c-) da substituição dos ônibus convencionais para microônibus e ônibus com ar condicionado, dificultando o acesso das crianças e adolescentes beneficiários da gratuidade;
- d-) da limitação do número de crianças e adolescentes beneficiários da gratuidade na condução;

Tanto o município do rio de janeiro quanto as empresas de ônibus são responsáveis pela violação e pleno exercício do direito ao transporte.

O MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO, por um lado, não exerce a contento a fiscalização do transporte urbano, principalmente na zona oeste.

AS EMPRESAS DO ÔNIBUS, por sua vez, aproveitando-se de um dispositivo da Lei Municipal 3167, que veio a regulamentar o direito ao transporte previsto na Lei Orgânica Municipal do Rio de Janeiro, estão substituindo toda a frota por microônibus e ônibus com ar condicionado, impedindo o acesso dos estudantes beneficiários da gratuidade no transporte, eis que, pela referida Lei Municipal os estudantes não poderiam ingressar gratuitamente nos ônibus com ar condicionado e estariam limitados ao número de 3 (três) nos microônibus.

Em razão da omissão do Município e da substituição da frota pelas empresas de ônibus, milhares de estudantes estão impedidos de exercerem o seu direito à educação por ausência de transporte.

V- DO DIREITO PLEITEADO NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

A Constituição Federal, no artigo 208, inciso VII, dispõe que o direito à educação será efetivado mediante a garantia de atendimento ao educando com *transporte*, além de material didático-escolar, alimentação e assistência à saúde.

Dispõe o aludido dispositivo constitucional:

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

(...)

VII-) atendimento ao educando, no ensino fundamental, através de programas suplementares de material didático-escolar, *transporte*, alimentação e assistência à saúde. (grifos nossos)

O Estatuto da Criança e do Adolescente, por sua vez, também determina:

Art. 54. É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente:

(...)

VII - atendimento no ensino fundamental, através de programas suplementares de material didático-escolar, *transporte*, alimentação e assistência à saúde.

A Constituição do Estado do Rio de Janeiro, no mesmo sentido, determina:

Art. 305. O dever do Estado e dos Municípios com educação será efetivado mediante garantia de:

(...)

IX - atendimento ao educando, no ensino fundamental, através de programas suplementares de material didático-escolar, *transporte*, alimentação e assistência à saúde.

A Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro, em acréscimo, *garante a isenção do pagamento de tarifas para alunos uniformizados da rede pública de ensino de primeiro e segundo graus no dias de aula*. Transcreve-se abaixo o art. 401 da referida Lei Orgânica:

Art. 401 - A lei disporá sobre a isenção de pagamento de tarifas de transportes coletivos urbanos, assegurada a gratuidade para:

I - maiores de sessenta e cinco anos;

II - *alunos uniformizados da rede pública de ensino de primeiro e segundo graus, nos dias de aula;*

III - deficientes físicos e seu respectivo acompanhante;

IV - crianças de até cinco anos.

(grifos nossos)

Constata-se, assim, o DIREITO CONSTITUCIONAL E LEGAL dos estudantes do ensino fundamental da rede pública de nosso município ao transporte gratuito nos dias de aula.

Ainda a respeito do direito ao transporte dos estudantes, o Poder Judiciário já teve a oportunidade de se manifestar, garantindo-o, conforme decisões reproduzidas abaixo:

EMENTA: DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA QUE VISA À CONCESSÃO DE TRANSPORTE ESCOLAR GRATUITO A CRIANÇAS E ADOLESCENTES DA REDE PÚBLICA ESTADUAL RESIDENTES NO MUNICÍPIO DE SÃO VALÉRIO DO SUL. UNIVERSALIZAÇÃO DO ENSINO OBRIGATÓRIA, COM NECESSÁRIA COOPERAÇÃO ENTRE O ESTADO E OS MUNICÍPIOS (ART. 211, § 4º, DA CF-88). **RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA**. INTELIGÊNCIA DO § 3º DO ART. 216 DA CARTA GAÚCHA, REGULAMENTADO PELA LEI-RS nº 9.161/90. DIREITO TAMBÉM CONFERIDO PELO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. PELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO REJEITADA. APELOS IMPROVIDOS.

SENTENÇA CONFIRMADA EM REEXAME NECESSÁRIO. (Apelação e Reexame Necessário Nº 70006074769, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nelson Antônio Monteiro Pacheco, Julgado em 16/10/2003)

TRIBUNAL: Tribunal de Justiça do RS	DATA DO JULGAMENTO: 16/10/2003	Nº DE FOLHAS:
ÓRGÃO JULGADOR: Terceira Câmara Cível	COMARCA DE ORIGEM: COMARCA DE SANTO AUGUSTO	SEÇÃO: CIVEL

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. MUNICÍPIO DE SANTO AUGUSTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA VISANDO O RESTABELECIMENTO DO TRANSPORTE ESCOLAR GRATUITO PARA CRIANÇAS E ADOLESCENTES RESIDENTES NA ZONA RURAL, MATRICULADOS EM ESCOLAS ESTADUAIS. **RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO ESTADO E MUNICÍPIO.** INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 211, § 4º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DO ARTIGO 216, § 3º DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL DO RIO GRANDE DO SUL. DIREITO TAMBÉM AMPARADO NA LEI DE DIRETRIZES E BASES, ARTIGOS 10 E 11, E NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE ; ECA - ARTIGO 53. APELAÇÃO VOLUNTÁRIA IMPROVIDA. SENTENÇA CONFIRMADA EM REEXAME NECESSÁRIO. (Apelação e Reexame Necessário Nº 70006435887, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Wellington Pacheco Barros, Julgado em 13/08/2003)

TRIBUNAL: Tribunal de Justiça do RS	DATA DO JULGAMENTO: 13/08/2003	Nº DE FOLHAS:
ÓRGÃO JULGADOR: Quarta Câmara Cível	COMARCA DE ORIGEM: COMARCA DE SANTO AUGUSTO	SEÇÃO: CIVEL

Assim, contrariando as determinações da Constituição Federal, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, do Estatuto da Criança e do Adolescente, e da Lei Orgânica Municipal do Rio de Janeiro (com natureza jurídica de verdadeira "Constituição Municipal"), a **Lei Municipal 3167 de 27 de dezembro de 2000**, limitou a gratuidade dos estudantes aos ônibus convencionais com duas portas, limitou o acesso a apenas 3 (três) vagas por viagem simultaneamente nos microônibus sem ar condicionado, e ainda excluiu do benefício os ônibus e microônibus com ar condicionado e os de tipo rodoviário Tarifa A.

As reclamações da população têm sido inúmeras conforme se constata dos documentos juntados. O desrespeito aos estudantes tem sido afrontoso. Trata-se de verdadeira discriminação e humilhação para os beneficiários da gratuidade de justiça, ao se verem impedidos de ingressar em ônibus e microônibus com ar condicionado.

Nem a Constituição Federal, nem a Constituição Estadual, o ECA ou a Lei Orgânica Municipal limitaram o direito ao transporte gratuito a determinado tipo de veículo, nem permitiram tão odiosa discriminação.

É patente, portanto, a **ILEGALIDADE dos artigos 1º e 3º da Lei Municipal 3167, de 27 de dezembro de 2000**, perante a Lei Orgânica Municipal, e **INCONSTITUCIONALIDADE dos mesmos artigos perante a Constituição**

Estadual e perante a Constituição Federal de 1988, notadamente quanto às expressões “somente nos ônibus convencionais com duas portas” (art. 1º); “até três vagas por viagem simultaneamente” (art. 2º) e “excluídos os ônibus e microônibus com ar condicionado e os de tipo rodoviário Tarifa A”.

A possibilidade do controle difuso da constitucionalidade através da ação civil pública vem sendo assegurada nos Tribunais, conforme entendimento majoritário da doutrina especializada no assunto e da jurisprudência.

Neste sentido, trazemos as decisões recentes do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

EMENTA: - Recurso extraordinário. Ação Civil Pública. Ministério Público. Legitimidade. 2. Acórdão que deu como inadequada a ação civil pública para declarar a inconstitucionalidade de ato normativo municipal. 3. Entendimento desta Corte no sentido de que “nas ações coletivas, não se nega, à evidência, também, a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade, incidenter tantum, de lei ou ato normativo federal ou local.” 4. Reconhecida a legitimidade do Ministério Público, em qualquer instância, de acordo com a respectiva jurisdição, a propor ação civil pública (CF, arts. 127 e 129, III). 5. Recurso extraordinário conhecido e provido para que se prossiga na ação civil pública movida pelo Ministério Público.

(STF. RE 227159 / GO - GOIÁS. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA. Julgamento: 12/03/2002. Votação Unânime. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: DJ 17-05-2002 PP-00073 EMENT VOL-02069-03 PP-00429)

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - CONTROLE DIFUSO VERSUS CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE. Proclamou o Supremo Tribunal Federal não ocorrer usurpação da própria competência quando a inicial da ação civil pública encerra pedido de declaração de inconstitucionalidade de ato normativo abstrato e autônomo, seguindo-se o relativo à providência buscada jurisdicionalmente - Reclamação nº 2.460-1/RJ. Ressalva de entendimento. RECLAMAÇÃO - NEGATIVA DE SEGUIMENTO. A contrariedade do pleito formulado a precedente do Plenário revela quadro ensejador da negativa de seguimento à reclamação.

(STF. Rcl 2687 / PA - PARÁ. RECLAMAÇÃO. Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO. Julgamento: 23/09/2004. Votação Unânime. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJ 18-02-2005 PP-00006 EMENT VOL-02180-01 PP-00117 LEXSTF v. 27, n. 315, 2005, p. 149-153)

EMENTA: - CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. OFENSA À CONSTITUIÇÃO. MINISTÉRIO PÚBLICO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE. I. - Somente a ofensa direta à Constituição

autoriza a admissão do recurso extraordinário. No caso, o acórdão limita-se a interpretar normas infraconstitucionais. II. - Ao Judiciário cabe, no conflito de interesses, fazer valer a vontade concreta da lei, interpretando-a. Se, em tal operação, interpreta razoavelmente ou desarrazoadamente a lei, a questão fica no campo da legalidade, incorrendo o contencioso constitucional. III. - O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública, fundamentada em inconstitucionalidade de lei, na qual opera-se apenas o controle difuso ou *incidenter tantum* de constitucionalidade. Precedente. IV. - Agravo não provido.

(STF. AI-AgR 504856 / DF - DISTRITO FEDERAL. AG.REG.NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO. Julgamento: 21/09/2004. Votação Unânime. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: DJ 08-10-2004 PP-00018 EMENT VOL-02167-08 PP-01619 RNDJ v. 6, n. 62, 2005, p. 105-106)

Também no mesmo sentido, considerando possível o controle difuso da inconstitucionalidade de lei nas ações civis públicas, têm se manifestado o Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE - POSSIBILIDADE - EFEITOS.

1. É possível a declaração incidental de inconstitucionalidade, na ação civil pública, de quaisquer leis ou atos normativos do Poder Público, desde que a controvérsia constitucional não figure como pedido, mas sim como causa de pedir, fundamento ou simples questão prejudicial, indispensável à resolução do litígio principal, em torno da tutela do interesse público.
2. A declaração incidental de inconstitucionalidade na ação civil pública não faz coisa julgada material, pois se trata de controle difuso de constitucionalidade, sujeito ao crivo do Supremo Tribunal Federal, via recurso extraordinário, sendo insubsistente, portando, a tese de que tal sistemática teria os mesmos efeitos da ação declaratória de inconstitucionalidade.
3. O efeito erga omnes da coisa julgada material na ação civil pública será de âmbito nacional, regional ou local conforme a extensão e a indivisibilidade do dano ou ameaça de dano, atuando no plano dos fatos e litígios concretos, por meio, principalmente, das tutelas condenatória, executiva e mandamental, que lhe asseguram eficácia prática, diferentemente da ação declaratória de inconstitucionalidade, que faz coisa julgada material erga omnes no âmbito da vigência espacial da lei ou ato normativo impugnado.
4. Recurso especial provido.

(STJ. REsp 403355 / DF ; RECURSO ESPECIAL 2002/0002405-6. Rel. Ministra ELIANA CALMON (1114). T2 - SEGUNDA TURMA. Data do Julgamento 20/08/2002. DJ 30.09.2002 p. 244. Votação Unânime.)

PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM BASE EM INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI. EFICÁCIA ERGA OMNES. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE INCIDENTER TANTUM. LEGITIMIDADE PARA PROPOSIÇÃO. MINISTÉRIO PÚBLICO.

1. O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública, fundamentada em inconstitucionalidade de lei, exercendo o controle difuso ou incidenter tantum de constitucionalidade. Precedente do STF.
2. A declaração incidental de constitucionalidade não tem eficácia erga omnes, porquanto é premissa do pedido (art. 469, III, do CPC).
3. Pretensão do Parquet que objetiva que o Distrito Federal se abstenha de conceder termo de ocupação, alvarás de construção e de funcionamento, deixe de aprovar os projetos de arquitetura e/ou engenharia a quaisquer pessoas físicas ou jurídicas, que ocupem ou venham a ocupar áreas públicas de uso comum do povo localizadas no SCLS 315.
4. Alegação de ilegitimidade das ocupações sob o fundamento da suposta inconstitucionalidade da lei distrital 754/94. O fundamento da ação não fica coberto pelo manto da coisa julgada. (art. 469 do CPC)
5. Aferição de prejuízo fático conducente à avaliação do periculum in mora. Aplicação da Súmula 07/STJ.
6. Recurso especial provido.

(STJ. REsp 419781/ DF ; RECURSO ESPECIAL 2002/0028634-0. Rel. Ministro LUIZ FUX (1122). T1 - PRIMEIRA TURMA. Data do julgamento 19/11/2002. DJ 19.12.2002 p. 339 REFOR vol. 370 p. 310 RMP vol. 21 p. 399 RSTJ vol. 168 p. 141. Votação unânime.)

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EFICÁCIA ERGA OMNES. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE INCIDENTER TANTUM. POSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. É possível a propositura de ação civil pública com base na inconstitucionalidade de lei, isto porque, nesse caso, não se trata de controle concentrado, mas sim de controle difuso de constitucionalidade. Dessarte, somente se exclui a possibilidade do exercício da ação civil pública quando nela o autor deduzir pretensão efetivamente destinada a viabilizar o controle abstrato de constitucionalidade de determinada lei ou ato normativo. In casu, o pedido formulado pelo Parquet diz respeito à proteção do meio ambiente e do patrimônio público, cultural, estético, paisagístico, arquitetônico e social,

em face da ocupação de áreas públicas localizadas no SCLS, Quadra 107. A inconstitucionalidade da Lei Distrital n. 754/94, nada mais é do que o fundamento da ilegitimidade dessa ocupação e sequer faz coisa julgada, nos termos do artigo 469 do Código de Processo Civil. Recurso especial provido.

(STF. REsp 402044 / DF ; RECURSO ESPECIAL

2001/0179517-6. Ministro FRANCIULLI NETTO (1117). T2 - SEGUNDA TURMA. Data do Julgamento 09/04/2002. DJ 05.08.2002 p. 298 RSTJ vol. 162 p. 212. Votação Unânime)

VI- MÉRITO RECURSAL

Na decisão de fls. 2383 o douto Magistrado entendeu que o controle difuso da constitucionalidade da Lei Municipal 3.167/00 estaria prejudicado uma vez que esta mesma Lei Municipal é objeto de controle de constitucionalidade pela via concentrada pelo Órgão Especial, através da Representação nº 2006.007.00041 (cópia em anexo), com decisão no sentido do reconhecimento de sua inconstitucionalidade, ainda não transitada em julgado.

Note-se que também se questiona, através da presente ação, a constitucionalidade da referida lei.

Assim, são duas ações distintas, propostas por vias distintas, atacando a constitucionalidade de uma mesma lei. Todavia, ocorre **DIFERENÇA DE OBJETO E FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA ENTRE A PRESENTE AÇÃO CIVIL PÚBLICA E A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE PROPOSTA PELA FETRANSPOR.**

A possibilidade do controle da constitucionalidade e da legalidade das normas decorre do escalonamento hierárquico do sistema jurídico, fundamentado no reconhecimento da Supremacia da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico, consoante a idéia de pirâmide de Kelsen, na qual a Constituição encontra-se no vértice.

O controle da constitucionalidade das leis pelo Poder Judiciário no Brasil pode se dar pela via difusa ou pela via concentrada. Assim, a inconstitucionalidade das leis pode ser declarada:

- a-) pela **via concentrada** (diretamente, como objeto principal da ação, perante o Supremo Tribunal Federal quando se tratar de lei ou ato normativo federal ou estadual (art. 102, inciso I, "a" da CF, ou perante o Tribunal de Justiça do respectivo Estado quando se tratar de lei ou ato normativo estadual ou municipal);
- b-) **ou pela via difusa**, quando pode ser declarada pelo juízo ordinário em qualquer ação judicial, não mais como objeto principal da ação, mas como causa de pedir a justificar o pedido.

Não existe necessidade de suspensão da ação até que seja julgado o mérito da Ação Direta de Inconstitucionalidade em trâmite perante o Tribunal de Justiça.

Ao contrário do que ocorre na Alemanha, onde o controle difuso da constitucionalidade caracteriza-se pela previsão da denominada “questão de inconstitucionalidade” (*Richterklage*) impondo a suspensão do processo para submeter a questão ao Tribunal Constitucional, no Brasil isto não se faz necessário.

Não há litispendência entre as duas ações. As partes, o pedido e a causa de pedir são diversas.

1-) Nesta ação civil pública se pretende assegurar o direito dos estudantes à gratuidade na utilização do transporte coletivo, sem discriminação, viabilizando a sua ida e vinda à escola, posto que garantida expressamente na Lei Orgânica Municipal do Rio de Janeiro, com fundamento na Constituição Federal, na Constituição Estadual e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

2-) Naquela ação direta da inconstitucionalidade se requer seja estabelecida a fonte de custeio para garantir a gratuidade, **o que já ensejou a permissão para o reajuste das tarifas dos transportes coletivos, ocorrida recentemente.**

Patente, dessa forma, inexistir óbice judicial para o julgamento desta ação em razão da também alegada inconstitucionalidade de alguns dispositivos da Lei Municipal 3167/2000. Os fundamentos jurídicos e pedidos são diversos.

Naquela ação direta de inconstitucionalidade, a questão se volta para a **fonte de custeio, facilmente contornada administrativamente, O QUE JÁ ESTÁ SENDO FEITO ATRAVÉS DO REAJUSTE DAS TARIFAS DE ÔNIBUS**, que incluem em seus cálculos os valores correspondentes à gratuidade oferecida.

Nesta ação civil pública, busca-se dar efetividade aos direitos dos estudantes, concretizando o dispositivo da Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro que **garante a isenção do pagamento de tarifas para alunos uniformizados da rede pública de ensino de primeiro e segundo graus no dias de aula** (art. 401, inciso II) bem como os demais dispositivos previstos na Constituição Federal, na Constituição Estadual e no ECA que garantem o transporte como corolário do direito à educação, **REFORÇANDO, OUTROSSIM, A DISPONIBILIDADE DE TRANSPORTE GRATUITO NA ZONA OESTE, NO SENTIDO DE QUE SEJA PROVIDENCIADA UMA MAIOR OFERTA NA REGIÃO E FISCALIZADO O IMPEDIMENTO AO ACESSO GRATUITO.**

Note-se, ainda, que diversas empresas de ônibus estão substituindo a totalidade de suas frotas para microônibus e ônibus com ar condicionado (o que será comprovado através de prova testemunhal), prejudicando, além da odiosa discriminação estabelecida para impedir o acesso à gratuidade, o próprio direito à gratuidade previsto na Lei Municipal 3167/2000.

Consta da petição inicial:

" 6-) Do Pedido

(...)

2-) a condenação dos 2º a 48º Réus a permitirem o livre acesso dos estudantes beneficiários da gratuidade pela Constituição Federal, Constituição Estadual do Rio de Janeiro, Estatuto da Criança e do Adolescente e Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro, ao transporte coletivo público, independente do tipo de veículo, seja ônibus com ou sem ar condicionado, seja microônibus, sem qualquer restrição quanto ao número de beneficiários da gratuidade

3-) a condenação do primeiro réu às seguintes obrigações:

3.1-) se abster de praticar atos, de qualquer natureza, que violem ou restrinjam o direito ao acesso gratuito livre, pleno e irrestrito ao transporte coletivo público, desrespeitando o conteúdo da decisão pleiteada no item 2;

3.2-) promover a fiscalização do transporte coletivo público, visando assegurar o reconhecimento do direito ao acesso gratuito livre, pleno e irrestrito dos estudantes, bem como o fiel cumprimento da decisão judicial pleiteada no item 2.

3.3-) providenciar uma maior oferta de transporte coletivo na área da zona oeste

Conforme já mencionado, o controle da constitucionalidade de uma lei pela via difusa pode ser trazido para qualquer ação judicial, inclusive nas ações civis públicas, como fundamentação jurídica a respaldar o pedido.

Conclui-se, assim, que o pedido na ação civil pública visa assegurar o transporte gratuito a milhares de estudantes da rede pública no Município do Rio de Janeiro impedidos de exercer o seu direito, seja pelo abuso cometido por alguns motoristas (daí por que o pedido no sentido de que haja efetiva fiscalização pelo Município), seja pela substituição dos ônibus convencionais por microônibus e ônibus com ar condicionado; seja pela escassez de linhas de ônibus na região da zona oeste, seja pelo dispositivo previsto nos arts. 1º e 3º da Lei Municipal 3167/2000 limitando e restringindo o acesso a gratuidade.

Os argumentos utilizados na ação são vários, consubstanciados em dispositivos previstos na Constituição Federal, Constituição Estadual, Estatuto da Criança e do Adolescente e Lei Orgânica Municipal. A arguição da inconstitucionalidade de dois artigos da Lei 3167/2000, no tocante à limitação dos estudantes e a proibição de entrada nos transportes com ar condicionado (diferente da arguição de inconstitucionalidade suscitada pela FETRANSPOR), vem somente reforçar o direito assegurado nos dispositivos legais já mencionados, visto que está ocorrendo uma odiosa discriminação que fere o princípio da dignidade humana.

O objeto principal da ação é viabilizar o acesso dos estudantes à gratuidade dos transportes, a fim de que possam freqüentar a escola, conforme lhes está assegurado pela legislação pertinente, além de melhorar a oferta do serviço na zona oeste.

O principal Réu, nesta ação, é o primeiro indicado, o Município do Rio de Janeiro, que deve assegurar o direito à educação e garantir o transporte aos estudantes. É de sua incumbência, ainda, fiscalizar as empresas de ônibus e ampliar a oferta de serviços de transporte na zona oeste, conforme consta dos pedidos 3.2 e 3.3 da petição inicial.

A substituição dos ônibus convencionais por microônibus e ônibus com ar condicionado é um fato que está inviabilizando o direito ao transporte coletivo gratuito, o que pode ser facilmente comprovado através de prova testemunhal.

A limitação dos estudantes e a proibição do ingresso em veículos com ar condicionado fere o princípio da dignidade humana.

A Lei Orgânica Municipal está sendo violada, e este é um dos principais fundamentos da ação. O próprio Estatuto da Criança e do Adolescente está sendo violado. A Constituição Federal e a Constituição Estadual também estão sendo violadas, e este é um outro fundamento para o pedido.

A violação ao direito à educação e transporte gratuito é evidente e o Ministério Público não poderia quedar-se inerte.

A proibição da entrada dos estudantes nos ônibus e microônibus com ar condicionado é absurda. Não há permissivo constitucional, nem autorização legal para que lei municipal assim o fizesse. Não existe qualquer previsão na Carta Magna, na Constituição do Estado ou na Lei Orgânica Municipal, quer derivada do próprio texto constitucional ou quer decorrente de princípios não-escritos, permitindo tão odiosa discriminação e restrição ao direito de crianças e adolescentes estudantes.

Convém ser mencionada decisão do Superior Tribunal de Justiça tratando a respeito da gratuidade no transporte coletivo:

“Constitucional e administrativo. Recurso ordinário em mandado de segurança coletivo. Insurgência contra ato do governador do Estado do Ceará. Sanção de lei de efeitos concretos. Transporte interurbano. Concessão de gratuidade na passagem de ônibus para deficientes físicos pobres. Inexistência de inconstitucionalidade. Ausência de direito líquido e certo ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo. Direito Humano e Democrático, justo e legítimo, conforme os preceitos constitucionais.

O tratamento diferenciado dispensando aos deficientes físicos configura princípio constitucional que procura, por meio de tratamento distinto, promovendo-lhes a integração na sociedade. O princípio da isonomia,

ao invés de ser infringido, é prestigiado, conforme os postulados da igualdade material que atualmente consubstancia.

No sopesamento de valores, diante do caso concreto, o princípio do amparo aos deficientes físicos prevalece sobre o princípio do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo, consoante os ditames da proporcionalidade.

A lei Estadual nº 12.568, de 03/04/1996, prima por expressar um direito humano e democrático, justo e legítimo, conforme os preceitos constitucionais.

Ausência de direito líquido e certo.

Recurso não provido. (STJ, ROMS 13084/CE, DJ data: 01/07/2002, Rel: Min. José Delgado, 1ª Turma - grifos da transcrição). (grifo nosso)

Na mesma esteira, encontra-se a posição esposada pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, no acórdão abaixo mencionado:

MANDADO DE SEGURANÇA. Gratuidade de transporte coletivo concedida ao idoso maior de 60 anos. Norma legal que não condiciona o benefício à respectiva fonte de custeio. Descabimento em ação mandamental de tese relativa à suposta quebra da comutatividade contratual, cujo argumento exige dilação probatória. No contrato administrativo, a modificação unilateral pela Administração, fundada em interesse público, não configura inobservância ao princípio do ato jurídico perfeito e acabado. Improcedência do pedido. Recurso desprovido. DES. CARLOS EDUARDO PASSOS - Julgamento: 31/08/2005 - SEGUNDA CAMARA CIVEL TJRJ - 2005.001.13285 - APELACAO CIVEL

A ponderação em favor do direito ao acesso gratuito decorre da natureza jurídica do direito em questão, como exemplo de Direito Social, cujo efetivo exercício demanda uma prestação positiva do Estado, no sentido de garantir o pleno uso deste direito por seus destinatários.

Torna-se obrigatória, portanto, para o Estado a proteção dos interesses da coletividade, com a satisfação dos direitos à educação, previdência e assistência social, lazer, trabalho, segurança e **transporte**.

Sobre o tema, o ilustre Procurador do Estado Fernando Lemme Weiss, em artigo publicado no informativo semanal da COAD n. 37/2003, esclarece que a prestação dos serviços de transporte não pode ser tratada como uma atividade econômica inteiramente voltada ao lucro, pois é executada sobre o espaço público, o que acarreta a necessidade de adequar-se ao interesse público expresso em lei.

De forma inédita na legislação brasileira, o Constituinte de 1988 fez sentir, no artigo 227, o chamado princípio da prioridade absoluta, quando determina ser dever da família, da sociedade e do Estado, assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à

educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Essa nota diferencial em relação a outros campos de atuação das políticas públicas, a fim de que não pairasse qualquer dúvida quanto à aplicabilidade do preceito constitucional (que alguns ainda insistem em taxar de meramente programático), veio reiterada e esmiuçada na Lei nº 8.069/90, mais conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente.

Reza o artigo 4º:

É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade - grifei -, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo Único - A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;*
- b) precedência do atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;*
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;*
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude” - grifou-se.*

O artigo 6º do ECA, traça os rumos da hermenêutica a ser empregada por seu aplicador, destacando os fins sociais a que se dirige; as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos e a condição peculiar da criança e do adolescente de pessoas em desenvolvimento.

Ainda que não o fizesse, é mister ao intérprete abrir mão da chamada “hermenêutica tradicional”, que nunca valorou corretamente a força normativa dos princípios, e realizar um trabalho exegético multilateral, que leve em conta não só a valoração política, como a social e até a econômica.

PRIORIDADE, segundo o mais popular dos dicionaristas brasileiros, Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, é:

1. Qualidade do que está em primeiro lugar, ou do que aparece primeiro; primazia. 2. preferência dada a alguém relativamente ao tempo de realização de seu direito, com preterição do de outros; primazia. 3. Qualidade duma coisa que é posta em primeiro lugar numa série ou ordem.¹

ABSOLUTA, segundo o mesmo "Aurélio" (hoje sinônimo de dicionário de nossa língua), significa ilimitada, irrestrita, plena, incondicional.

A soma dos vocábulos já nos indica o sentido do princípio: qualificação dada aos direitos assegurados à população infanto-juvenil, a fim de que sejam inseridos na ordem-do-dia com primazia sobre quaisquer outros.

Segundo o Promotor de Justiça Wilson Donizeti Liberati, especialista na área dos direitos da criança,

Por absoluta prioridade, devemos entender que a criança e o adolescente deverão estar em primeiro lugar na escala de preocupações dos governantes; devemos entender que, primeiro, devem ser atendidas todas as necessidades das crianças e adolescentes (...).

Por absoluta prioridade, entende-se que, na área administrativa, enquanto não existirem creches, escolas, postos de saúde, atendimento preventivo e emergencial às gestantes, dignas moradias e trabalho, não se deveria asfaltar ruas, construir praças, sambódromos, monumentos artísticos etc., porque a vida, a saúde, o lar, a prevenção de doenças são mais importantes que as obras de concreto que ficam para demonstrar o poder do governante.²

O jurista Dalmo de Abreu Dallari comentando o artigo 4º, do ECA, destaca a necessidade de serem priorizados o apoio e a proteção à infância e juventude, por mandamento constitucional. Mais. Preceitua não ter ficado ao alvedrio de cada governante decidir se dará ou não apoio prioritário às crianças e aos adolescentes.

Exsurge com clareza, das considerações tecidas, não ser possível qualificar a norma esculpida no art. 227 da CF como sendo de eficácia contida (na classificação exemplar de José Afonso da Silva); nem como sendo "not self-executing", na já superada taxionomia do Direito Americano.

A norma é clara, passível até de uma exegese meramente gramatical, aquela que exige do intérprete o mínimo esforço racional, embora seja recomendável avançar no "iter" hermenêutico e lançar mão dos métodos lógico e teleológico, quando, então, virão à lume os dispositivos dos artigos 4º e 6º, do ECA.

A prioridade absoluta, enquanto princípio-garantia constitucional, vem sendo reconhecida em alguns julgados de nosso país.

1. "Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa", p. 1393, Ed. Nova Fronteira.

2. "O Estatuto da Criança e do Adolescente - Comentários", pp. 4/5, Ed. IBPS.

Partindo da premissa de que a norma do artigo 227 é de eficácia plena (distanciando-se em tudo daquelas que alguns insistem em catalogar como sendo de conteúdo meramente programático, cada vez mais raras em nosso ordenamento jurídico malcriadamente positivado), temos de reconhecê-la, sim, como um fator a mais a limitar o campo de atuação discricionária do administrador público.

Pensar de outra maneira é converter o artigo 227, da Constituição da República, e o microsistema do ECA em meras cartas de intenções, desvirtuando-os de seu sentido evolutivo, de sua virtual condução a uma utopia concreta.

A Constituição Federal, ademais, no artigo 208, inciso VII, dispõe que o direito à educação será efetivado mediante a garantia de atendimento ao educando com *transporte*, além de material didático-escolar, alimentação e assistência à saúde.

5. CONCLUSÃO

De tudo o que foi exposto, conclui-se pela distinção entre o controle da inconstitucionalidade das leis pela via direta e pela via indireta, não havendo litispendência nem motivo para a suspensão de uma das ações.

Ademais, o princípio da prioridade absoluta aos direitos das crianças e adolescentes é mais um vetor de orientação jurídica na interpretação das leis, pois encontra assento constitucional, denotando seu sentido norteador a orientar a execução e a aplicação das leis, bem como a feitura de diplomas de inferior hierarquia, tudo dentro da mais estrita legalidade, solicitando .

Assim, requer o Ministério Público:

1) seja conhecido o presente recurso como agravo de instrumento, diante da presença dos requisitos de sua admissibilidade (“condições para o regular exercício do direito de recorrer” e pressupostos recursais);

2) seja-lhe concedido **efeito suspensivo**, suspendendo a decisão que “suspendeu” o processo judicial, para determinar o regular prosseguimento da ação civil pública, uma vez que estão presentes os requisitos para tanto, conforme exposto nestas razões recursais;

3) seja deferida a antecipação de tutela pleiteada na ação civil pública, **eis que implicitamente indeferida pelo douto Magistrado**, no sentido de determinar aos Réus, como antecipação dos efeitos da tutela, na forma do art. 213, §1º do Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 273 e art. 527, inciso III, parte final ambos do Código de Processo Civil, **considerando sobretudo o reinício do ano letivo**, seja permitido o livre acesso dos estudantes beneficiários da gratuidade pela Constituição Federal, Constituição Estadual do Rio de Janeiro, Estatuto da Criança e do Adolescente e Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro, ao transporte coletivo público, independente do tipo de veículo, seja ônibus com ou sem ar condicionado, seja microônibus, sem qualquer restrição quanto ao número de

beneficiários da gratuidade, sob pena de multa diária a ser estipulada, na forma do art. 213, §2º do Estatuto da Criança e do Adolescente, com a conseqüente fiscalização do Município do Rio de Janeiro.

4) seja-lhe dado provimento, reformando-se a r. decisão interlocutória recorrida e determinando-se o prosseguimento do processo judicial.

Rio de Janeiro, 6 de fevereiro de 2007.

Patricia Pimentel de Oliveira Chambers Ramos

Promotora de Justiça

Mat. 1941

Ana Paula Corrêa Esteves

Promotora de Justiça

Mat. 3241