Nº 43 – Julho/Agosto/Setembro de 2015 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-187X

A AÇÃO CIVIL PÚBLICA COMO INSTRUMENTO DE SALVAGUARDA AO EXERCÍCIO DA CIDADANIA DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Telma Aparecida Rostelato
Mestre em Direito Constitucional pelo Centro de Pós-Graduação da ITE/Bauru – SP. Especialista em Direito Constitucional pela Escola Superior de Direito Constitucional de Sorocaba-SP. Professora do Curso de Direito da FAIT - Faculdades Integradas de Ciências Sociais e Agrárias de Itapeva-SP. Procuradora Jurídica Municipal.

1. INTRODUÇÃO

O elenco dos princípios constitucionais sensíveis, inseridos pela Constituição Federal de 1988 é mais compacto que o das Constituições anteriores, entretanto é cediço que há muito tempo vem sendo objeto de estudos, o alargamento dos interesses que se reportam às necessidades compartilhadas por muitos indivíduos.

Assim, pode-se indicar a ação popular, a substituição processual pelos sindicatos na área trabalhista, a proteção do meio ambiente e finalmente, a ação civil pública. Logo, no dizer de Sérgio Monte Alegre[1], a Constituição Federal de 1988 não trabalhou em terreno virgem.

Desse modo, fundamenta-se, o direito brasileiro, nas *class actions* ou ações de classes do Direito norte-americano, para assegurar em juízo a proteção dos interesses metaindividuais.

A ação civil pública, regulamentada pela Lei nº 7.347/85, em seu art. 5º. estabelece a legitimidade, enquanto a Constituição Federal de 1988, em seus arts. 5º., inciso XXI e 8º., inciso III dispõem a respeito do tema.

[1] Alegre, Sérgio Monte. Ação Civil Pública, Constituição Federal e Legitimidade para agir. **Revista Trimestral de Direito Público.** São Paulo. Malheiros, v. 14, abr.- jun./ 96, p. 69.

2. A LEGITIMIDADE ATIVA NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA, EM PROL DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Todas as pessoas têm o dever de zelar pelo cumprimento ou senão pela fiscalização do cumprimento dos preceitos que asseguram os direitos e garantias das pessoas com deficiência.

Lúcia Valle Figueiredo[2] assevera que:

> "Considero muito importante a conscientização de que todos devam ter de trabalhar em defesa dos direitos coletivos e difusos conquistados nesta Constituição."

O Ministério Público tem o direito indisponível de propor a Ação Civil Pública todas as vezes que se enquadrarem os requisitos, é de sua competência (se é competência, é dever).

A Ação Popular e a Ação Civil Pública, embora sejam parecidas, pode-se apontar como elemento caracterizador, o fato de que esta detém legitimidade ampliada, face à ampliação de legitimidade do Ministério Público, inserida no art. 25, inciso IV, "b" da Lei Orgânica do Ministério Público, esta foi incluída por ser, o art. 129, inciso II da Constituição Federal uma norma de eficácia limitada, logo não há que se pensar que estaria, a citada lei, alterando a Constituição.

O conceito de patrimônio público e social, definido pelo Procurador do Estado, Dr. Elival da Silva Ramos[3], como sendo sinônimos bens públicos e patrimônio público.

O Ministério Público não tem legitimidade para propor ação civil pública, em se caracterizando que não se tratam de direitos coletivos ou difusos, como é o caso do julgado (AC – 79.813/95-CE, TRF 5ª. R., 2ª. T., Rel. Juiz Petrucio Ferreira; j. 19/09/95; DJU 20/10/95, pp. 72.144/5), no qual foi interposta ação civil pública, pelo Ministério Público, para participação em concurso público, para o cargo de Fiscal de Trabalho, de portador de diploma de título universitário de qualquer carreira, tendo entendido que não havia sequer correlação com a proteção de consumidores.

Ainda em comento à ausência de legitimidade do Ministério Público, importa destacar que, quando não tiverem, os direitos individuais homogêneos, repercussão no patrimônio social, não cabe ao Ministério Público a defesa, sob pena de infringir o disposto no art. 133 da Constituição Federal.

Encontram-se, nos julgados dos Tribunais, manifestações acerca da ação civil pública, para proteção da pessoa com deficiência, adiante transcrevemos algumas delas, à título de ilustração.

> "(...)
> REsp 700853 / RS ; RECURSO ESPECIAL 2004/0144869-4
> Relator(a) Ministro FRANCISCO FALCÃO (1116)

---

[2] FIGUEIREDO, Lucia Valle. Ação Civil Pública. Ação Popular. A defesa dos interesses difusos e coletivos. Posição do Ministério Público. **Revista Trimestral de Direito Público.** São Paulo. Malheiros, v. 16, out.- dez./ 96, p. 19

[3] Ramos, Elival da Silva. Aspectos Gerais do patrimônio imobiliário do Poder Público. **Cadernos FUNDAP,** . 17, São Paulo, 1989, p. 16-31.

Relator(a) p/ Acórdão Ministro LUIZ FUX (1122)
Órgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA
Data do Julgamento 06/12/2005
Data da Publicação/Fonte DJ 21.09.2006 p. 219
Ementa
PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FORNECIMENTO DE PRÓTESE AUDITIVA, EXAMES E TRATAMENTO FONOAUDIOLÓGICO A MENOR PORTADOR DE DEFICIÊNCIA AUDITIVA. SAÚDE. DIREITO INDIVIDUAL INDISPONÍVEL. ART. 227 DA CF/88. LEGITIMATIO AD CAUSAM DO PARQUET.ART. 127 DA CF/88. ARTS. 7.º, 200, e 201 DO DA LEI N.º 8.069/90.

1. O Ministério Público está legitimado a defender os interesses transindividuais, quais sejam os difusos, os coletivos e os individuais homogêneos.2. Recurso especial interposto contra acórdão que decidiu pela ilegitimidade ativa do Ministério Público para pleitear, via ação civil pública, em favor de menor, o fornecimento de prótese auditiva, exames e atendimento fonaudiológico, três vezes por semana, para criança portadora de deficiência auditiva grave.3. É que a Carta de 1988, ao evidenciar a importância da cidadania no controle dos atos da administração, com a eleição dos valores imateriais do art. 37, da CF como tuteláveis judicialmente, coadjuvados por uma série de instrumentos processuais de defesa dos interesses transindividuais, criou um microsistema de tutela de interesses difusos referentes à probidade da administração pública, nele encartando-se a Ação Popular, a Ação Civil Pública e o Mandado de Segurança Coletivo, como instrumentos concorrentes na defesa desses direitos eclipsados por cláusulas pétreas. 4. Deveras, é mister conferir que a nova ordem constitucional erigiu um autêntico 'concurso de ações' entre os instrumentos de tutela dos interesses transindividuais e, a fortiori, legitimou o Ministério Público para o manejo dos mesmos. 5. Legitimatio ad causam do Ministério Público, à luz da dicção final do disposto no art. 127 da CF, que o habilita a demandar em prol de interesses indisponíveis. 6. Sob esse enfoque, assento o meu posicionamento na confinação ideológica e analógica com o que se concluiu no RE n.º 248.889/SP para externar que a Constituição Federal dispõe no art. 227 que: "É 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, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão." Conseqüentemente a Carta Federal outorgou ao Ministério Público a incumbência de promover a defesa dos interesses individuais indisponíveis, podendo, para tanto, exercer outras atribuições previstas em lei, desde que compatível com sua finalidade institucional (CF, arts. 127 e 129). 7. O direito à saúde, insculpido na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente, é direito indisponível, em função do bem comum, maior a proteger, derivado da própria força impositiva dos preceitos de ordem pública que regulam a matéria. 8. Outrossim, a Lei n.º 8.069/90 no art. 7.º, 200 e 201, consubstanciam a autorização legal a que se refere o art. 6.º do CPC, configurando a legalidade da legitimação extraordinária cognominada por Chiovenda como "substituição processual". 9. Sobre a legitimidade do Ministério Público para de tutela dos interesses transindividuais, sobreleva notar, a novel jurisprudência desta Corte: RESP 688052/RS, Relator Ministro Humberto Martins, DJ 17.08.2006; RESP 822712/RS, Relator Ministro Teori Zavascki, DJ 17.04.2006 e RESP 819010/SP, Relator Ministro José Delgado, DJ 02.05.2006. 10. Recurso especial provido para reconhecer a legitimidade do Ministério Público Estadual.

Acórdão
Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, vencido o Sr. Ministro Relator, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Luiz Fux, que lavrará o acórdão. Votaram com o Sr. Ministro Luiz Fux os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki, Denise Arruda e José Delgado.

LEGITIMIDADE ATIVA, MINISTÉRIO PÚBLICO, ESTADO, RS, AJUIZAMENTO, AÇÃO CIVIL PÚBLICA / HIPÓTESE, PRETENSÃO, PAGAMENTO, TRATAMENTO MÉDICO, PELO, PODER PÚBLICO, COM, BENEFÍCIO, APENAS UM, MENOR / NECESSIDADE, OBSERVÂNCIA, OBJETIVO, CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988, PROTEÇÃO, CRIANÇA, E, ADOLESCENTE, E, GARANTIA, DIREITO À SAÚDE; CARACTERIZAÇÃO, DIREITO INDISPONÍVEL; INCIDÊNCIA, ARTIGO, ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, PREVISÃO, HIPÓTESE, SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL, COM, OBJETIVO, PROTEÇÃO, DIREITO INDIVIDUAL, CRIANÇA, E, ADOLESCENTE; OBSERVÂNCIA, JURISPRUDÊNCIA,
STJ. (VOTO VENCIDO) (MIN. FRANCISCO FALCÃO) ILEGITIMIDADE ATIVA, MINISTÉRIO PÚBLICO, AJUIZAMENTO, AÇÃO CIVIL PÚBLICA, COM, OBJETIVO, PROTEÇÃO, DIREITO, APENAS UMA, CRIANÇA / NÃO CARACTERIZAÇÃO, DIREITO INDIVIDUAL HOMOGÊNEO; OBSERVÂNCIA, JURISPRUDÊNCIA, STJ.

REsp 736524 / SP ; RECURSO ESPECIAL 2005/0044941-4
Relator(a) Ministro LUIZ FUX (1122)
Órgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA
Data do Julgamento 21/03/2006

Data da Publicação/Fonte DJ 03.04.2006 p. 256
Ementa
ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. LEGITIMATIO AD CAUSAM DO PARQUET. ART. 127 DA CF/88. ARTS. 7.º, 200, e 201 DO DA LEI N.º 8.069/90. DIREITO À CRECHE EXTENSIVO AOS MENORES DE ZERO A SEIS ANOS. NORMA CONSTITUCIONAL REPRODUZIDA NO ART. 54 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. NORMA DEFINIDORA DE DIREITOS NÃO PROGRAMÁTICA. EXIGIBILIDADE EM JUÍZO. INTERESSE TRANSINDIVIDUAL ATINENTE ÀS CRIANÇAS SITUADAS NESSA FAIXA ETÁRIA. CABIMENTO E PROCEDÊNCIA.

1. O Ministério Público está legitimado a defender os interesses transindividuais, quais sejam os difusos, os coletivos e os individuais homogêneos. 2. É que a Carta de 1988, ao evidenciar a importância da cidadania no controle dos atos da administração, com a eleição dos valores imateriais do art. 37, da CF como tuteláveis judicialmente, coadjuvados por uma série de instrumentos processuais de defesa dos interesses

transindividuais, criou um microsistema de tutela de interesses difusos referentes à probidade da administração pública, nele encartando-se a Ação Popular, a Ação Civil Pública e o Mandado de Segurança Coletivo, como instrumentos concorrentes na defesa desses direitos eclipsados por cláusulas pétreas. 3. Deveras, é mister concluir que a nova ordem constitucional erigiu

um autêntico 'concurso de ações' entre os instrumentos de tutela dos interesses transindividuais e, a fortiori, legitimou o Ministério Público para o manejo dos mesmos.
4. Legitimatio ad causam do Ministério Público à luz da dicção final do disposto no art. 127 da CF, que o habilita a demandar em prol de interesses indisponíveis. 5. Sob esse enfoque, assento o meu posicionamento na confinação ideológica e analógica com o que se concluiu no RE n.º 248.889/SP para externar que a Constituição Federal dispõe no art. 227 que: "É 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, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão." Conseqüentemente a Carta Federal outorgou ao Ministério Público a incumbência de promover a defesa dos interesses individuais indisponíveis, podendo, para tanto, exercer outras atribuições previstas em lei, desde que compatível com sua finalidade institucional (CF, arts. 127 e 129). 6. O direito à educação, insculpido na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente, é direito indisponível, em função do bem comum, maior a proteger, derivado da própria força impositiva dos preceitos de ordem pública que regulam a matéria. 7. Outrossim, a Lei n.º 8.069/90 no art. 7.º, 200 e 201, consubstanciam a autorização legal a que se refere o art. 6.º do CPC, configurando a legalidade da legitimação extraordinária cognominada por Chiovenda como "substituição processual". 8. Impõe-se, contudo, ressalvar que a jurisprudência predominante do E. STJ entende incabível a ação individual capitaneada pelo MP (Precedentes: REsp n.º 706.652/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 18/04/2005; REsp n.º 664.139/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 20/06/2005; e REsp n.º 240.033/CE, Primeira Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 18/09/2000). 9. O direito constitucional à creche extensivo aos menores de zero a seis anos.é consagrado em norma constitucional reproduzida no art. 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.069/90): "Art. 54. É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente: I - ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria; II - progressiva extensão da obrigatoriedade e gratuidade ao ensino médio; III – atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência preferencialmente na rede regular de ensino; IV - atendimento em creche e pré-escola às crianças de (zero) a 6 (seis) anos de idade." 10. Releva notar que uma Constituição Federal é fruto da vontade política nacional, erigida mediante consulta das expectativas e das possibilidades do que se vai consagrar, por isso que cogentes e eficazes suas promessas, sob pena de restarem vãs e frias enquanto letras mortas no papel. Ressoa inconcebível que direitos consagrados em normas menores como Circulares, Portarias, Medidas Provisórias, Leis Ordinárias tenham eficácia imediata e os direitos consagrados constitucionalmente, inspirados nos mais altos valores éticos e morais da nação sejam relegados a segundo plano. Prometendo o Estado o direito à creche, cumpre adimpli-lo, porquanto a vontade política e constitucional, para utilizarmos a expressão de Konrad Hesse, foi no sentido da erradicação da miséria intelectual que assola o país. O direito à creche é consagrado em regra com

normatividade mais do que suficiente, porquanto se define pelo dever, indicando o sujeito passivo, in casu, o Estado. 11. Consagrado por um lado o dever do Estado, revela-se, pelo outro ângulo, o direito subjetivo da criança. Consectariamente, em função do princípio da inafastabilidade da jurisdição consagrado constitucionalmente, a todo direito corresponde uma ação que o assegura, sendo certo que todas as crianças nas condições estipuladas pela lei encartam-se na esfera desse direito e podem exigi-lo em juízo. A homogeneidade e transindividualidade do direito em foco enseja a propositura da ação civil pública. 12. A determinação judicial desse dever pelo Estado, não encerra suposta ingerência do judiciário na esfera da administração. Deveras, não há discricionariedade do administrador frente aos direitos consagrados, quiçá constitucionalmente. Nesse campo a atividade é vinculada sem admissão de qualquer exegese que vise afastar a garantia pétrea.

13. Um país cujo preâmbulo constitucional promete a disseminação das desigualdades e a proteção à dignidade humana, alçadas ao mesmo patamar da defesa da Federação e da República, não pode relegar o direito à educação das crianças a um plano diverso daquele que o coloca, como uma das mais belas e justas garantias constitucionais. 14. Afastada a tese descabida da discricionariedade, a única dúvida que se poderia suscitar resvalaria na natureza da norma ora sob enfoque, se programática ou definidora de direitos. Muito embora a matéria seja, somente nesse particular, constitucional, porém sem importância revela-se essa categorização, tendo em vista a explicitude do ECA, inequívoca se revela a normatividade suficiente à promessa constitucional, a ensejar a acionabilidade do direito consagrado no preceito educacional. 15. As meras diretrizes traçadas pelas políticas públicas não são ainda direitos senão promessas de lege ferenda, encartando-se na esfera insindicável pelo Poder Judiciário, qual a da oportunidade de sua implementação. 16. Diversa é a hipótese segundo a qual a Constituição Federal consagra um direito e a norma infraconstitucional o explicita, impondo-se ao judiciário torná-lo realidade, ainda que para isso, resulte obrigação de fazer, com repercussão na esfera orçamentária. 17. Ressoa evidente que toda imposição jurisdicional à Fazenda Pública implica em dispêndio e atuar, sem que isso infrinja a harmonia dos poderes, porquanto no regime democrático e no estado de direito o Estado soberano submete-se à própria justiça que instituiu. Afastada, assim, a ingerência entre os poderes, o judiciário, alegado o malferimento da lei, nada mais fez do que cumpri-la ao determinar a realização prática da promessa constitucional. 18. O direito do menor à freqüência em creche, insta o Estado a desincumbir-se do mesmo através da sua rede própria. Deveras, colocar um menor na fila de espera e atender a outros, é o mesmo que tentar legalizar a mais violenta afronta ao princípio da isonomia, pilar não só da sociedade democrática anunciada pela Carta Magna, mercê de ferir de morte a cláusula de defesa da dignidade humana. 19. O Estado não tem o dever de inserir a criança numa escola particular, porquanto as relações privadas subsumem-se a burocracias sequer previstas na Constituição. O que o Estado soberano promete por si ou por seus delegatários é cumprir o dever de educação mediante o oferecimento de creche para crianças de zero a seis anos. Visando ao cumprimento de seus desígnios, o Estado tem domínio iminente sobre bens, podendo valer-se da propriedade privada, etc. O que não ressoa lícito é repassar o seu encargo para o particular, quer incluindo o menor numa 'fila de espera', quer sugerindo uma medida que tangencia a legalidade, porquanto a inserção numa creche particular somente poderia ser realizada sob o pálio da licitação ou delegação legalizada, acaso a entidade fosse uma longa manu do Estado ou anuísse, voluntariamente, fazer-lhe as vezes. Precedente jurisprudencial do STJ: RESP 575.280/SP, desta relatoria p/ acórdão, publicado no DJ de 25.10.2004. 20. O Supremo Tribunal Federal, no exame de hipótese análoga, nos autos do RE 436.996-6/SP, Relator Ministro Celso de Mello, publicado no DJ de 07.11.2005,

decidiu verbis: "CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE. ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA. EDUCAÇÃO INFANTIL. DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV). COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO. DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO(CF, ART. 211, § 2º). RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO. - 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 conseqüência, 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 de zero a seis 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 impôs 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 Ad ministração 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 mandatório, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à "reserva do possível". Doutrina. 21. Recurso especial provido.

Acórdão
Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki, Denise Arruda, José Delgado e Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro Relator.

(MANDADO DE SEGURANÇA - FISCALIZAÇÃO JUDICIAL - LIBERDADES INDIVIDUAIS OU COLETIVAS) STF - MS 20999 (DIREITO À CRECHE) STJ - RESP 575280-SP (RSTJ 187/155) STF - RE 436996/RJ (ILEGITIMIDADE ATIVA - MINISTÉRIO PÚBLICO -

INTERESSE PARTICULAR) STJ - RESP 706652-SP, RESP 664139-RS, RESP 240033-CE (RSTJ 138/109), RESP 466861-SP

ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. LEGITIMATIO AD CAUSAM DO PARQUET. ART. 127 DA CF/88. ARTS. 7.º, 200, e 201 DO DA LEI N.º 8.069/90. DIREITO À CRECHE EXTENSIVO AOS MENORES DE ZERO A SEIS ANOS. NORMA CONSTITUCIONAL REPRODUZIDA NO ART. 54 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. NORMA DEFINIDORA DE DIREITOS NÃO PROGRAMÁTICA. EXIGIBILIDADE EM JUÍZO. INTERESSE TRANSINDIVIDUAL ATINENTE ÀS CRIANÇAS SITUADAS NESSA FAIXA ETÁRIA. CABIMENTO E PROCEDÊNCIA.

1. O Ministério Público está legitimado a defender os interesses transindividuais, quais sejam os difusos, os coletivos e os individuais homogêneos. 2. É que a Carta de 1988, ao evidenciar a importância da cidadania no controle dos atos da administração, com a eleição dos valores imateriais do art. 37, da CF como tuteláveis judicialmente, coadjuvados por uma série de instrumentos processuais de defesa dos interesses transindividuais, criou um microsistema de tutela de interesses difusos referentes à probidade da administração pública, nele encartando-se a Ação Popular, a Ação Civil Pública e o Mandado de Segurança Coletivo, como instrumentos concorrentes na defesa desses direitos eclipsados por cláusulas pétreas. 3. Deveras, é mister concluir que a nova ordem constitucional erigiu um autêntico 'concurso de ações' entre os instrumentos de tutela dos interesses transindividuais e, a fortiori, legitimou o Ministério Público para o manejo dos mesmos. 4. Legitimatio ad causam do Ministério Público à luz da dicção final do disposto no art. 127 da CF, que o habilita a demandar em prol de interesses indisponíveis. 5. Sob esse enfoque, assento o meu posicionamento na confinação ideológica e analógica com o que se concluiu no RE n.º 248.889/SP para externar que a Constituição Federal dispõe no art. 227 que: "É 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, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão." Conseqüentemente a Carta Federal outorgou ao Ministério Público a incumbência de promover a defesa dos interesses individuais indisponíveis, podendo, para tanto, exercer outras atribuições previstas em lei, desde que compatível com sua finalidade institucional (CF, arts. 127 e 129). 6. O direito à educação, insculpido na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente, é direito indisponível, em função do bem comum, maior a proteger, derivado da própria força impositiva dos preceitos de ordem pública que regulam a matéria. 7. Outrossim, a Lei n.º 8.069/90 no art. 7.º, 200 e 201, consubstanciam a autorização legal a que se refere o art. 6.º do CPC, configurando a legalidade da legitimação extraordinária cognominada por Chiovenda como "substituição processual". 8. Impõe-se, contudo, ressalvar que a jurisprudência predominante do E. STJ entende incabível a ação individual capitaneada pelo MP (Precedentes: REsp n.º 706.652/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 18/04/2005; REsp n.º 664.139/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 20/06/2005; e REsp n.º 240.033/CE, Primeira Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 18/09/2000). 9. O direito constitucional à creche extensivo aos menores de zero a seis anos.é consagrado em norma constitucional reproduzida no art.

54 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.069/90): "Art. 54. É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente: I - ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria; II - progressiva extensão da obrigatoriedade e gratuidade ao ensino médio; III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência preferencialmente na rede regular de ensino; IV - atendimento em creche e pré-escola às crianças de (zero) a 6 (seis) anos de idade." 10. Releva notar que uma Constituição Federal é fruto da vontade política nacional, erigida mediante consulta das expectativas e das possibilidades do que se vai consagrar, por isso que cogentes e eficazes suas promessas, sob pena de restarem vãs e frias enquanto letras mortas no papel. Ressoa inconcebível que direitos consagrados em normas menores como Circulares, Portarias, Medidas Provisórias, Leis Ordinárias tenham eficácia imediata e os direitos consagrados constitucionalmente, inspirados nos mais altos valores éticos e morais da nação sejam relegados a segundo plano. Prometendo o Estado o direito à creche, cumpre adimpli-lo, porquanto a vontade política e constitucional, para utilizarmos a expressão de Konrad Hesse, foi no sentido da erradicação da miséria intelectual que assola o país. O direito à creche é consagrado em regra com normatividade mais do que suficiente, porquanto se define pelo dever, indicando o sujeito passivo, in casu, o Estado. 11. Consagrado por um lado o dever do Estado, revela-se, pelo outro ângulo, o direito subjetivo da criança. Consectariamente, em função do princípio da inafastabilidade da jurisdição consagrado constitucionalmente, a todo direito corresponde uma ação que o assegura, sendo certo que todas as crianças nas condições estipuladas pela lei encartam-se na esfera desse direito e podem exigi-lo em juízo. A homogeneidade e transindividualidade do direito em foco enseja a propositura da ação civil pública. 12. A determinação judicial desse dever pelo Estado, não encerra suposta ingerência do judiciário na esfera da administração. Deveras, não há discricionariedade do administrador frente aos direitos consagrados, quiçá constitucionalmente. Nesse campo a atividade é vinculada sem admissão de qualquer exegese que vise afastar a garantia pétrea.

13. Um país cujo preâmbulo constitucional promete a disseminação das desigualdades e a proteção à dignidade humana, alçadas ao mesmo patamar da defesa da Federação e da República, não pode relegar o direito à educação das crianças a um plano diverso daquele que o coloca, como uma das mais belas e justas garantias constitucionais. 14. Afastada a tese descabida da discricionariedade, a única dúvida que se poderia suscitar resvalaria na natureza da norma ora sob enfoque, se programática ou definidora de direitos. Muito embora a matéria seja, somente nesse particular, constitucional, porém sem importância revela-se essa categorização, tendo em vista a explicitude do ECA, inequívoca se revela a normatividade suficiente à promessa constitucional, a ensejar a acionabilidade do direito consagrado no preceito educacional. 15. As meras diretrizes traçadas pelas políticas públicas não são ainda direitos senão promessas de lege ferenda, encartando-se na esfera insindicável pelo Poder Judiciário, qual a da oportunidade de sua implementação. 16. Diversa é a hipótese segundo a qual a Constituição Federal consagra um direito e a norma infraconstitucional o explicita, impondo-se ao judiciário torná-lo realidade, ainda que para isso, resulte obrigação de fazer, com repercussão na esfera orçamentária. 17. Ressoa evidente que toda imposição jurisdicional à Fazenda Pública implica em dispêndio e atuar, sem que isso infrinja a harmonia dos poderes, porquanto no regime democrático e no estado de direito o Estado soberano submete-se à própria justiça que instituiu. Afastada, assim, a ingerência entre os poderes, o judiciário, alegado o malferimento da lei, nada mais fez do que cumpri-la ao determinar a realização prática da promessa constitucional. 18. O direito do menor à freqüência em creche, insta o Estado a desincumbir-se do mesmo através da sua rede própria. Deveras, colocar um menor na fila de espera e

atender a outros, é o mesmo que tentar legalizar a mais violenta afronta ao princípio da isonomia, pilar não só da sociedade democrática anunciada pela Carta Magna, mercê de ferir de morte a cláusula de defesa da dignidade humana. 19. O Estado não tem o dever de inserir a criança numa escola particular, porquanto as relações privadas subsumem-se a burocracias sequer previstas na Constituição. O que o Estado soberano promete por si ou por seus delegatários é cumprir o dever de educação mediante o oferecimento de creche para crianças de zero a seis anos. Visando ao cumprimento de seus desígnios, o Estado tem domínio iminente sobre bens, podendo valer-se da propriedade privada, etc. O que não ressoa lícito é repassar o seu encargo para o particular, quer incluindo o menor numa 'fila de espera', quer sugerindo uma medida que tangencia a legalidade, porquanto a inserção numa creche particular somente poderia ser realizada sob o pálio da licitação ou delegação legalizada, acaso a entidade fosse uma longa manu do Estado ou anuísse, voluntariamente, fazer-lhe as vezes. Precedente jurisprudencial do STJ: RESP 575.280/SP, desta relatoria p/ acórdão, publicado no DJ de 25.10.2004. 20. O Supremo Tribunal Federal, no exame de hipótese análoga, nos autos do RE 436.996-6/SP, Relator Ministro Celso de Mello, publicado no DJ de 07.11.2005, decidiu verbis: "CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE. ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA. EDUCAÇÃO INFANTIL. DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV). COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO. DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO(CF, ART. 211, § 2º). RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO. - 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 conseqüência, 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 de zero a seis 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 impôs 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 mandatório, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à "reserva do possível". 21. Recurso

especial provido. (REsp 736.524/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21.03.2006, DJ 03.04.2006 p. 256)

REsp 610438 / SP ; RECURSO ESPECIAL 2003/0209505-0
Relator(a) Ministro FRANCIULLI NETTO (1117)
Relator(a) p/ Acórdão Ministro CASTRO MEIRA (1125)
Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA
Data do Julgamento 15/12/2005
Data da Publicação/Fonte DJ 30.03.2006 p. 195
Ementa

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FORNECIMENTO DE MEDICAÇÃO. MENOR CARENTE. MINISTÉRIO PÚBLICO. ILEGITIMIDADE. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. EXAME DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO POR OUTRO FUNDAMENTO. SÚMULA 456/STF. ECA. PROTEÇÃO JUDICIAL DOS INTERESSES INDIVIDUAIS, DIFUSOS E COLETIVOS. APELAÇÃO. PRAZO. 15 DIAS. ART. 212, § 1º, DA LEI N.º 8.069/90.

1. É possível analisar de ofício matéria de ordem pública se, após ser o recurso especial conhecido por outro fundamento, defrontar-se o julgador com nulidade absoluta ou matéria de ordem pública que possa implicar anular ou tornar rescindível o julgamento. Súmula 456/STF. Precedentes. 2. Não tem o Ministério Público legitimidade para propor ação civil pública, objetivando resguardar interesses individuais, no caso de um menor carente. Precedentes. 3. O art. 198, inciso II, da Lei n.º 8.069/90 disciplina, tão-só, os procedimentos da Justiça da Infância e da Juventude alusivos à perda e à suspensão do pátrio poder, à destituição da tutela, à colocação em família substituta, à apuração de ato infracional atribuído a adolescente, à apuração de irregularidades em entidade de atendimento e à apuração de infração administrativa às normas de proteção à criança e ao adolescente (arts. 152 a 197 do ECA). 4. Em se tratando de ação civil pública, o próprio ECA contém norma específica que afasta o art. 198, inciso II, determinando a aplicação do CPC - e a fortiori do prazo de 15 dias do art. 508 - aos feitos de proteção judicial dos interesses individuais, difusos e coletivos, aí incluído o atendimento especializado a menor portador de deficiência, como se depreende da dicção do art. 212, § 1º, da Lei n.º 8.069/90.
5. Recurso especial provido.

Acórdão
"Prosseguindo-se no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro João Otávio de Noronha, a Turma, por maioria, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Castro Meira, que lavrará o acórdão. Vencido o Sr. Ministro-Relator." Votaram com o Sr. Ministro Castro Meira os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Francisco Peçanha Martins e Eliana Calmon.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FORNECIMENTO DE MEDICAÇÃO. MENOR CARENTE.
MINISTÉRIO PÚBLICO. ILEGITIMIDADE. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. EXAME DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO POR OUTRO FUNDAMENTO. SÚMULA 456/STF. ECA. PROTEÇÃO JUDICIAL DOS INTERESSES INDIVIDUAIS, DIFUSOS E COLETIVOS. APELAÇÃO. PRAZO. 15 DIAS. ART. 212, § 1º, DA LEI N.º 8.069/90.

1. É possível analisar de ofício matéria de ordem pública se, após ser o recurso especial conhecido por outro fundamento, defrontar-se o julgador com nulidade absoluta ou matéria de ordem pública que possa implicar anular ou tornar rescindível o julgamento. Súmula 456/STF. Precedentes.
2. Não tem o Ministério Público legitimidade para propor ação civil pública, objetivando resguardar interesses individuais, no caso de um menor carente. Precedentes.
3. O art. 198, inciso II, da Lei n.º 8.069/90 disciplina, tão-só, os procedimentos da Justiça da Infância e da Juventude alusivos à perda e à suspensão do pátrio poder, à destituição da tutela, à colocação em família substituta, à apuração de ato infracional atribuído a adolescente, à apuração de irregularidades em entidade de atendimento e à apuração de infração administrativa às normas de proteção à criança e ao adolescente (arts. 152 a 197 do ECA).
4. Em se tratando de ação civil pública, o próprio ECA contém norma específica que afasta o art. 198, inciso II, determinando a aplicação do CPC - e a fortiori do prazo de 15 dias do art. 508 - aos feitos de proteção judicial dos interesses individuais, difusos e coletivos, aí incluído o atendimento especializado a menor portador de deficiência, como se depreende da dicção do art. 212, § 1º, da Lei n.º 8.069/90. 5. Recurso especial provido.
(REsp 610.438/SP, Rel. Ministro FRANCIULLI NETTO, Rel. p/ Acórdão Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 15.12.2005, DJ 30.03.2006 p. 195)

REsp 644845 / RS ; RECURSO ESPECIAL 2004/0034925-0
Relator(a) Ministro JOSÉ DELGADO (1105)
Órgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA
Data do Julgamento 17/02/2005
Data da Publicação/Fonte DJ 04.04.2005 p. 201

Ementa
AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ENERGIA ELÉTRICA. DISTRIBUIDORA DE ENERGIA ELÉTRICA. POSTOS DE ATENDIMENTO. REABERTURA. SISTEMA DE TELEATENDIMENTO. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 6º, §1º DA LEI 8.987/95 CARACTERIZADA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO DO ARTIGO 2º DA LEI 10.048/2000. ACÓRDÃO REFORMADO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. Cuidam os autos de agravo de instrumento interposto de decisão que, em sede de ação civil pública, deferiu parcialmente liminar nos seguintes termos (fls. 18/19): “7. Da extensão da medida liminar ora deferida. Em que pese reconhecer-se que o sistema de teleatendimento, como forma única de comunicação entre consumidor e empresa, viole o art 6.° da Lei n.° 8.987/95, é forçoso reconhecer, também, que o oferecimento de alternativas razoáveis ao usuário já atenua senão elimina - a citada irregularidade. Do

mesmo modo, deve-se considerar que o atendimento em postos, agências ou escritórios pode se dar de forma supletiva, isto é, para aqueles casos em que o usuário não possa, não queira ou não consiga se comunicar através de telefone. Assim, presume-se que, na maioria dos casos, o contato entre usuário e concessionária continuará a ser realizado através de telefone. Por outro lado, há de se ponderar para o fato de que, a despeito da verossimilhança do direito, a presente decisão é precária e pode ser revertida. Daí que o conteúdo da decisão liminar deve ser satisfatório para atenuar ou eliminar o risco de dano que ela visa evitar, mas não tão abrangente que obrigue a parte contrária a assumir todos os riscos decorrentes do processo, em quantidade excessiva. Sendo assim, entendo que não há como determinar à ré que p roceda à abertura de postos de atendimento em todos os locais indicados pelo Ministério Público Federal na inicial e no documento de fl. 26, onde anteriormente havia postos de atendimento da CEEE. Neste estágio processual, em que se deve decidir apenas sobre o pedido de liminar, a decisão deve se limitar a determinar a abertura/reabertura de Postos de atendimento em locais de maior concentração populacional, e, conseqüentemente, de demanda dos serviços da ré. Em uma primeira análise, não caberia ao Poder Judiciário fazer a análise dos locais em que a instalação dos postos de atendimento poderia sanar a irregularidade na utilização exclusiva do sistema de teleatendimento. Esta tarefa é eminentemente administrativa, e a definição dos locais de atendimento depende da realização de estudos que indiquem quais as localidades que exigem a existência de atendimento personalizado da RGE. Contudo, para fins de viabilização do cumprimento da decisão liminar, deve-se definir determinados locais em que os postos de atendimento devem ser abertos/reabertos. E, para tanto, deve-se aproveitar a divisão geográfica da estrutura anteriormente existente, que contava com a existência de gerências nas cidades de Cruz Alta, Santa Rosa, Santo Angelo e Três Passos. A abertura/reabertura de postos de atendimento nestas localidades parece observar um critério geográfico e demográfico razoável. Estes postos deverão contar com a estrutura necessária para a prestação de “atendimento adequado” ao consumidor, observando a legislação vigente, e, principalmente, o art. 6.° da Lei n.° 8.987/95. Por fim, cabe analisar o pedido do Ministério Público Federal de que a reabertura dos locais de atendimento seja acompanhada do “uso do livro de Protocolo e registro cio número de usuários que comparecerem para reclamar ou solicitar qualquer tipo de serviço”. Quanto a este ponto, tenho que a liminar deva ser indeferida. No sistema de atendimento hoje existente, já há um registro das reclamações e solicitações realizadas pelos usuários, realizado

de forma informatizada. Não há viabilidade em interferir na administração interna da empresa, sem que haja um fundamento jurídico extremamente convincente para tanto. Não está demonstrado em que medida a substituição de um sistema informatizado por um livro de registros beneficiaria o consumidor, e, por outro lado, os motivos pelos quais o sistema de "pr otocolo informatizado" estaria a violar os direitos do consumidor. 8. Diante do exposto, defiro parcialmente a liminar requerida, para: a) determinar que a empresa Rio Grande Energia S.A. proceda à abertura de postos de atendimento nas cidades de Cruz Alta, Santa Rosa, Santo Angelo e Três Passos, no prazo de noventa dias, sob pena de incidência de multa diária de R$ 10.000,00 (dez mil reais), por cada local, no caso de descumprimento; b) determinar às rés ANEEL e AGERGS que acompanhem e fiscalizem o cumprimento da presente decisão." 2. O agravo foi desprovido nos seguintes termos (fl. 101): "ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. POSTOS DE ATENDIMENTO DE DISTRIBUIDORA DE ENERGIA ELÉTRICA. LIMINAR PARCIAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. Em que pese reconhecer-se que o sistema de teleatendimento, como forma única de comunicação entre consumidor e empresa, viole o art. 6º da Lei n.º 8.987/95 é forçoso reconhecer, também que o oferecimento de 'alternativas razoáveis' ao usuário já atenua senão elimina – a citada irregularidade. O atendimento em postos, agências ou escritórios, pode se dar de forma supletiva, isto é, para aqueles casos em que o usuário não possa, não queira ou não consiga se comunicar através de telefone." 3. Em recurso especial alega-se violação dos artigos 6º, §1º, da Lei 8.987/95 e 2º da Lei 10.048/200 pedindo-se a reforma do acórdão para que os efeitos da liminar sejam estendidos a todas as municipalidades indicadas na ação civil pública. 4. Deve ser provido recurso especial, para se estender a todos os municípios elencados na ação civil pública os efeitos de liminar que determina a reabertura de postos de atendimento de distribuidora de energia elétrica, evitando que os usuários residentes em locais distantes e portadores de deficiência física, idosos e pessoas de pouca instrução tenham seus direitos prejudicados, em face da má prestação para não dizer inutilidade do serviço exclusivo de teleatendimento. Sabendo-se, aliás, que este é um desserviço ao consumidor atendendo tão somente aos objetivos de economia e maior lucratividade da empresa concessionária em detrimento e prejuízo dos
usuários.

Acórdão
Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos

termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Luiz Fux, Teori Albino Zavascki e Denise Arruda votaram com o Sr. Ministro Relator.

RECURSO ESPECIAL - TRANSPORTE AÉREO GRATUITO DE PESSOAS DEFICIENTES - LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO - LEI 8.899/94 - NECESSIDADE DE REGULAMENTAÇÃO - RISCO DE DESEQUILÍBRIO NO CONTRATO DE CONCESSÃO - ANTECIPAÇÃO DE TUTELA - REVOGAÇÃO.

1. O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública em favor dos portadores de deficiência física.
2. Em homenagem ao equilíbrio do contrato de concessão, revoga-se antecipação de tutela que obriga as empresas aéreas a transportarem, gratuitamente, pessoas portadoras de deficiência. Para que tal aconteça é necessário que exista regulamentação específica da Lei 8.899/94, com a previsão da contrapartida financeira, de responsabilidade do Estado. (REsp 677.872/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Rel. p/ Acórdão Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, julgado em 28.06.2005, DJ 08.05.2006 p. 202)

(...)"

3. A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM DESTAQUE

Determinada pela conjunção entre o art. 5º. da Lei 7347/85 (Lei da Ação Civil Pública) e o art. 82 da Lei 8078/90 (Código de Defesa do Consumidor), conduz-nos a concluir pelo tratamento especializado que o legislador brasileiro concedeu a este instituto.

Assim, embora extenso o rol dos legitimados ativos, destaca-se mesmo o Ministério Público, por ser o que mais se utiliza do referido instrumento.

Em estudo efetuado por renomados doutrinadores, que se ocupam do tema, chegou-se a disponibilizar de dados que apontam no sentido de que a utilização destas ações gira em torno de 97%, figurando o Ministério Público como propositor[4].

Alguns doutrinadores apontam tratar-se de legitimação extraordinária, já que alguns legitimados substituem processualmente a coletividade dos lesados, outros de legitimação concorrente e disjuntiva e outros ainda, de legitimação autônoma, quando se tutelar interesses difusos e coletivos *stricto sensu*, considerada a indeterminação dos interesses e finalmente, há os que entendem tratar-se de legitimação ordinária.

Apesar da controvérsia implementada no aspecto da natureza da legitimação, há consenso no que pertine à legitimidade de um dos colegitimados que

[4] LOUREIRO. Caio Márcio. *Ação Civil Pública e o Acesso à Justiça.* São Paulo: Editora Método, 2004, p. 54.

não exclui a dos outros, dispensando consentimento dos demais para poder atuar na defesa dos interesses coletivos *lato sensu.*

Como mencionado, é de longa data que se constata a preocupação do legislador em estabelecer meios, dos mais diversificados, destinados a alargar a proteção dos direitos compartilhados por vários indivíduos, posto que unicamente a LACP - Lei da Ação Civil Pública não deu conta de mensurar todas as hipóteses, procedimentos e requisitos para a sua usufruição, motivo pelo qual vieram a ser reguladas de forma específica certos direitos, como é o caso da proteção dos investidores (Lei 7913/89), o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8069/90); o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8078/90), bem como a Defesa dos Interesses da Pessoa Portadora de Deficiência, pela Lei nº. 7853/89 e, uma vez que o foco do presente trabalho é este, será restringida a análise à esta.

Todas as disposições que regem a LACP (7343/85), regem a 7853/89 e foram inseridas com o fim de minimizar os transtornos daqueles que se consideram inferiorizados, em decorrência das deficiências que portam, logo a Lei mencionada objetivou estabelecer a inclusão destas pessoas ao meio social, protegendo-os e enfatizando o direito destes à isonomia, constitucionalmente consagrado.

Através do Dec. nº. 3298/99 é regulamentada a Lei 7853/89.

Dentre outros direitos, nesta Lei destaca-se a preservação da dignidade da pessoa humana, portanto visando afastar as discriminações e preconceitos de qualquer espécie, entendida a matéria como obrigação nacional, a cargo do Poder Público e da sociedade, como preconiza parte do art. 1º., parágrafo 2º. da aludida Lei são enumeradas as medidas, concernentes à área de educação, saúde, formação profissional e do trabalho; recursos humanos e área de edificações.

Encontramos expressa a menção inerente à legitimidade para a propositura de ação civil pública, para a proteção de interesses coletivos ou difusos das pessoas com deficiência, competindo ao Ministério Público, à União, Estados, Municípios e Distrito Federal, bem como por associação constituída há mais de 01 (um) ano, nos termos da lei civil, autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista que inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção das pessoas portadoras de deficiência.

Excepciona-se a prévia constituição da associação, há pelo menos 01 (um) ano, no caso em que o juiz dispensar este requisito, em havendo manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

Outro comentário concerne à dispensa da previsão no estatuto, entre os fins objetivados, caso a associação não preveja nos seus estatutos a proteção das pessoas portadoras de deficiência, não podendo propor ação civil pública porque carecedora de ação e se o fizer certamente será extinto o processo.

Assim, em havendo associações representativas de pessoas com deficiência e desde que expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados, tanto judicial quanto extrajudicialmente e não é raro que atualmente exista uma série de associações, concentrando seus esforços para a organização e defesa dos interesses difusos e coletivos ou de grupos minoritários, com o intuito de comprometimento com a luta social, política e ideológica.

A citada atuação destas associações acabam por pressionar a atuação dos órgãos dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, logo nada mais coerente que a Lei ter-lhes conferido legitimidade para defesa em juízo dos direitos de seus representados; estas associações lutam pela defesa da cidadania.

Ainda que o Ministério Público não atue conjuntamente, tem legitimidade ativa para a propositura da ação, já que se tratam de direitos detentores de índole social, que se resume na busca, na cobrança à Administração Pública, que por sua inércia não viabiliza a efetividade dos direitos resguardados.

Desse modo, conclui-se que o instrumento processual de tutela específica, com vistas à efetividade dos direitos sociais, assegurados pela Lei 7853/89 e regulamentada pelo Dec. 3298/99, é a Ação Civil Pública, quando inerte o órgão do poder público, a qual pode ser impetrada pelo Ministério Público ou por associações, e denomina-se legitimação concorrente e disjuntiva; concorrente por ser atribuída a vários entes, sem que haja entre eles relação de subordinação ou preferência; disjuntiva porque a legitimação atribuída a um não exclui a atribuída aos outros.

São os diretos transindividuais que se encontram sob o manto protetor da Ação Civil Pública, neste âmbito contemplados à pessoa com deficiência, entretanto há direitos coletivos e difusos que embora possam ser objeto de ação civil pública, não retiram a legitimidade da pessoa lesada ou ofendida de propor ação individual.

Exemplo é o trazido por Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer[5], o qual aponta a garantia ao atendimento domiciliar de saúde ao deficiente grave não internado (art. 2º., parágrafo único, II, “e” da Lei nº. 7853/89), que pode ser analisada sob a ótica difusa, com o que pode o indivíduo portador de deficiência, ajuizar ação pleiteando o atendimento individual em seu domicílio, podendo também uma associação propor uma ação civil pública, com o objetivo de compelir a Administração Pública municipal a estabelecer um programa de atendimento domiciliar às pessoas com deficiência, o que conferiria caráter difuso à esse direito.

As associações podem representar individualmente os seus associados em qualquer espécie de ação individual, com fulcro nas alterações da LACP (8078/90), bem como no princípio da economia processual.

Qualquer direito ou interesse difuso, coletivo ou individual homogêneo, que esteja no círculo dos direitos contemplados às pessoas com deficiência pode ser objeto de ação civil pública proposta por associação que contemple, entre os seus objetivos, a proteção desses direitos.

4. AS FORMAS DE ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO – BREVES CONSIDERAÇÕES

O Ministério Público é legitimado para propor ações civis públicas, nos termos do art. 129, parágrafo 1º. da Constituição Federal, e uma vez que a Lei da Ação Civil Pública elenca quais as hipóteses de cabimento da Ação Civil Pública, aplica-se subsidiariamente à Lei que especificamente assegura o pleno exercício dos direitos individuais e sociais das pessoas com deficiência e sua efetiva integração social (Lei 7853/89), este alargamento através de lei específica, vislumbrou ampliar e restringir ao mesmo tempo, porque embora transcenda as hipóteses relacionadas na LACP, limita às hipóteses que houver lei disciplinadora, para a atuação do Ministério Público, o que evita que qualquer matéria, com cunho de direitos e interesses difusos e coletivos pudesse ser objeto de ACP.

[5] PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. As associações civis e a tutela de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos das pessoas portadoras de deficiência. In: FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de (Coord.). *Direitos das pessoas portadoras de deficiência.* São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 150.

Importa destacar que o Ministério Público não apenas intervém nas ações coletivas e nas civis públicas, mas em todas as que houver em um dos polos da demanda, uma pessoa com deficiência, quando não incapaz. A inexistência desta intervenção acarreta a nulidade, como determinam os arts. 7º. da Lei 7853/89 e 19 da Lei 7347/85.

Justifica-se esta norma cogente, pela hipossuficiência da pessoa com deficiência, a qual deve ser suprida pelo membro do *parquet;* pode-se dizer que, dentro dos critérios de conveniência e oportunidade, o Ministério Público intenta a ação civil pública, portanto não tem a obrigatoriedade pura e simples, mas somada ao critério de conveniência e oportunidade para tal.

Da mesma forma que o Ministério Público deve zelar para que as ações e serviços de saúde sejam executados com respeito aos direitos fundamentais, o mesmo pode ser dito quanto às ações protetivas das pessoas com deficiência; pois há que se destacar que zelar é muito mais que defender ou tutelar.

É necessário que a prestação da tutela das pessoas com deficiência, tal qual o bem da vida das demais ações civis públicas, seja efetuada com rapidez, pois as decisões judiciais terão que intervir a tempo de impedir a mutilação, por exemplo. Assim, o art. 2º. da LACP, que dispõe acerca da competência para o processamento e julgamento das mesmas, deve ser interpretado como aquele que for mais apto para os fins sociais, procurados pela lei.

Pode-se afirmar que para a proteção das pessoas com deficiência, busca-se a atuação estatal e das entidades relacionadas na legislação especificada, a sentença resultante da ação civil pública busca coagir, através da imposição de obrigação de fazer ou não-fazer por parte destes entes, ou seja, a execução específica, entretanto há hipóteses que podem abranger interesses dessubstantivados, ou seja, nem o cumprimento de obrigação de fazer ou não-fazer satisfará, portanto a imposição da correspondente multa pecuniária, que se canaliza para o fundo , referido no art. 13 da Lei 7347/85.

O Ministério Público, que é instituição fundamental para a existência do Estado Democrático de Direito, tem como atribuição, dentre outras, o exercício da fiscalização para proteção dos direitos das pessoas com deficiência, bem como a adoção de medidas, junto aos poderes competentes, tanto no âmbito coletivo, quanto preventivo, em constando a necessidade.

5. DESOBEDIÊNCIA DA ORDEM JUDICIAL NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

A pessoa que receber ordem judicial, oriunda de Ação Civil Pública, que vise o cumprimento de direito das pessoas portadoras de deficiência, é o sujeito ativo da obrigação, e a conduta descumpridora pode ser de 03 (três) tipos diferentes: 1) deixar de cumprir; 2) retardar ou 3) frustrar, sem justo motivo, a execução de ordem judicial expedida em autos de ação civil que verse sobre direitos das pessoas com deficiência (art. 8º., inciso V da Lei 7853/89).

Eugênia Augusta Gonzaga Fávero[6] exemplifica que, deixar de cumprir é inadimplir, não atender à ordem judicial, como deixar de comparecer à audiência

[6] FÁVERO, Eugênia Augusta Gonzaga. *Direitos das Pessoas com deficiência – Garantia de Igualdade na diversidade.* Rio de Janeiro: WVA - Editora, 2004, p. 320.

para a qual foi regularmente intimado; retardar é causar atraso, cumprir a ordem fora do prazo, como exemplo prestar informações para as quais foi intimado, fora do prazo determinado pelo juiz e; frustar trata-se de iludir, inutilizar, praticar qualquer ato, fora os recursos legais e constitucionais, que torne sem efeito a ordem judicial, como exemplo esconder-se para não receber a intimação.

Pois bem, estas condutas, tipificadas na Lei 7853/89, em seu art. 8º., inciso V constituem crime, punível com reclusão de 01 (um) a 04 (quatro) anos, e multa.

Na mesma pena incorre quem recusar, retardar ou omitir dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil (art. 8º., inciso VI da Lei 7853/89), quando requisitados pelo Ministério Público.

6. LITISCONSÓRCIO E EFEITOS DA SENTENÇA

È facultado aos legitimados ativos habilitarem-se como litisconsortes nas ações propostas por qualquer deles, e em havendo desistência ou abandono da ação, qualquer dos colegitimados pode assumir a titularidade ativa.

A sentença, que julgar Ação Civil Pública, que envolva questões inerentes à pessoa com deficiência, terá eficácia de coisa julgada *erga omnes*, a não ser que a improcedência tenha se fundamentado em deficiência de prova, situação que possibilitará nova impetração com fundamento idêntico, instruído de novas provas. No caso de sentença que concluir pela carência ou improcedência da ação, fica sujeita ao duplo grau de jurisdição para que possa produzir efeitos válidos.

7. CONCLUSÕES

As pessoas atingidas pelo preconceito recebem tratamento diferenciado, logo implementa-se afronta ao princípio constitucional da isonomia, bem como à dignidade da pessoa humana, pois violam-se os sentimentos mais íntimos, estas sofrem proibições e marginalizações, senão humilhações e sofrimentos morais de naturezas diversas.

Com o objetivo de justapor-se à Lei de Ação Civil Pública, esmiuçando expressamente o seu cabimento, a Lei 7853/89 veio esgotar toda e qualquer dúvida que pudesse pairar, acerca da sua inserção como instrumento de defesa de direito e interesse coletivo, difuso e individuais homogêneos, largamente protegido pelo Ministério Público, mediante fiscalização da atuação dos órgãos públicos, assegurando assim, às pessoas com deficiência, o pleno exercício de seus direitos básicos, bem como os que lhes propiciem bem-estar social e econômico, já que é de incumbência destes a disponibilização de .meios para tanto, dispensando inclusive, tratamento prioritário à esta viabilização.

REFERÊNCIAS

ALEGRE, Sérgio Monte. Ação Civil Pública, Constituição Federal e Legitimidade para agir. **Revista Trimestral de Direito Público.** São Paulo. Malheiros, v. 14, 67-77, abr.- jun./ 96

ARAUJO, Luiz Alberto David (Coord.). *Defesa dos Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

ASSIS, Olney Queiroz; Pozzoli, Lafayette. *Pessoa Portadora de Deficiência – Direitos e Garantias*. 2ª. ed., São Paulo: Damásio de Jesus, 2005.

FÁVERO, Eugênia Augusta Gonzaga. *Direitos das Pessoas com deficiência – Garantia de igualdade na diversidade.* Rio de Janeiro: WVA - Editora, 2004.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. Ação Civil Pública. Ação Popular. A defesa dos interesses difusos e coletivos. Posição do Ministério Público. **Revista Trimestral de Direito Público.** São Paulo. Malheiros, v. 16, 15-30, out.- dez./ 96

GUERRA, Isabella Franco. *Ação Civil Pública e Meio Ambiente.* Rio de Janeiro: Forense, 1997.

LOUREIRO, Caio Márcio. *Ação Civil Pública e o Acesso à Justiça.* São Paulo: Editora Método, 2004.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*. 9ª. ed. rev. e atual., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Ministério Público, Direitos Individuais Disponíveis e Ação Civil Pública. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos.** Bauru: Instituição Toledo de Ensino. Divisão Jurídica nº. 15, 25-42., ag. - nov/96.

MILARÉ, Édis (Coord.). *A Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Instrumentos de Tutela e Direitos Constitucionais* São Paulo: Saraiva, 1994.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. As associações civis e a tutela de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos das pessoas portadoras de deficiência. In: FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de (Coord.). *Direitos das pessoas portadoras de deficiência.* São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 150

ROCHA, João Carlos de Carvalho; Henriques Filho, Tarcísio Humberto Parreiras e; Cazetta, Ubiratan (Orgs.). *Ação Civil Pública : 20 anos da Lei nº. 7347/85.* Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

RULLI NETO, Antonio. *Direitos* do Portador de Necessidades Especiais. São Paulo: Fiuza, 2002.

STARLING, Marco Paulo Cardoso; Oliveira, Júnia Barroso de. *Ação Civil Pública – **O Direito e o Processo na Interpretação dos Tribunais Superiores***. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Ação Civil Pública.* 5ª. ed. rev. e ampl. com jurispudência. São Paulo: Atlas, 2001.

WALD, Arnoldo (org.). *Aspectos Polêmicos da Ação Civil Pública.* São Paulo: Saraiva, 2003.

Julgados. Disponível em: http://www.stf.gov.br e http://www.stj.gov.br > Acesso em: 04 dez.2014.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

ROSTELATO, Telma Aparecida. A AÇÃO CIVIL PÚBLICA COMO INSTRUMENTO DE SALVAGUARDA AO EXERCÍCIO DA CIDADANIA DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 43, julho/agosto/setembro de 2015. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-43-JULHO-2015-TELMA-ROSTELATO.pdf>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.

2) A REDE - Revista Eletrônica de Direito do Estado - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Numbe*r), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-187X**

3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito do Estado, acompanhados de foto digital, para o e-mail: rede@direitodoestado.com.br

A REDE publica exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser fornecidos em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho e da qualificação do autor, constando na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.