

## Pareceres

• • •

### **PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO**

**MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**Proc. Nº 0000879-53.2017.8.19.0051**

**APELAÇÃO CÍVEL**

**Apelante: LARISSA OLIVEIRA DA SILVA SANTOS**

**Apelado: MUNICÍPIO DE SÃO FIDÉLIS**

**ATRIBUIÇÃO: Fazenda Pública**

**Parecer final sobre o mérito em 2º grau**

#### **PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO**

Pretensão de gratuidade no transporte público para frequência a curso pré-vestibular social. Causa de pedir no art. 6º da Constituição da República. Educação como direito social de efetividade imediata. Amplitude do direito expressa no art. 208 da Lei Magna. Dever do Estado de atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas assistenciais. Transporte como direito da população aos níveis mais elevados de ensino. Eficácia imediata dos direitos fundamentais. A concessão do chamado vale social ou documento equivalente que garanta o transporte gratuito aos estudantes hipossuficientes tem como finalidade assegurar a estes o acesso ao local de estudo, seja no ensino fundamental, médio ou universitário, sem distinção e, em consequência, ao próprio direito à educação, constitucionalmente previsto. Limitação imposta pelo Decreto Municipal nº 3.262/2015 que se apresenta inconstitucional, por restringir de forma indevida um direito fundamental. Impossibilidade de interpretação restritiva por ato normativo municipal. Negativa de efetividade ao direito fundamental de aplicabilidade imediata. Declaração de inconstitucionalidade incidental. Incidência dos arts. 98 da Constituição da República e 948 do Código de Processo Civil. Necessidade de liminar para efetividade do direito pelo Relator. Substituição da sentença por acórdão conceda à parte autora a gratuidade requerida.

### Egrégia Câmara,

LARISSA OLIVEIRA DA SILVA SANTOS insurge-se contra sentença (doc. 141), que julgou improcedente o pedido autoral, em que se busca a *condenação do MUNICÍPIO DE SÃO FIDÉLIS a disponibilizar transporte gratuito para que a autora possa frequentar o Curso Pré-Vestibular Social Teorema, na cidade de Campos dos Goytacazes/RJ.*

Em suas razões (doc. 152), alega que é estudante e encontra-se matriculada no curso Pré-Vestibular Social Teorema para o período letivo de 2017, que funciona em prédio da Universidade Estadual do Norte Fluminense Darcy Ribeiro – UENF, situado em Campos dos Goytacazes.

Aduz que teve negado, por parte do Município de São Fidélis, seu pedido de gratuidade no transporte público para o referido deslocamento, sob o fundamento de que o Decreto Municipal nº 3.262/2015 não mais permitiria a matrícula de alunos para cursos preparatórios.

Sustenta que sem a gratuidade pleiteada não poderá frequentar o curso, por não ter como arcar financeiramente com o valor do deslocamento.

Alega que a gratuidade de transporte coletivo a alunos matriculados em estabelecimento de ensino da rede pública estadual é desdobramento do direito fundamental à educação e que o art. 208 da CRFB traz como dever do Estado garantir seu acesso mediante políticas públicas.

Além disso, sustenta que não se mostra razoável nem isonômico disponibilizar transporte gratuito para alunos matriculados em cursos superiores, sejam estes públicos ou particulares, e *negar o transporte para alunos da rede pública estadual que visam cursar o pré-vestibular social, oferecido para aqueles que não possuem condições de arcar com o pagamento de um curso pré-vestibular e que desejam ingressar em uma universidade pública.*

Por fim, afirma que muito embora o d. Magistrado tenha invocado o art. 20 do Decreto Municipal 3.262/2015, que estabelece que *“não será admitida, a partir do ano letivo de 2015, a utilização deste serviço por alunos que estiverem cursando ou matricularem-se em estágios, Ensino Médio em Instituição Particulares, cursos preparatórios (pré-vestibular), cursos de idiomas, além de cursos de curta duração em Instituições como SESC, SENAI, SEST/SENAT e outras afins”*, tal dispositivo mostra-se absolutamente inconstitucional, por violação ao direito à educação, inserido na noção doutrinária e jurisprudencial de mínimo existencial, bem como por estabelecer disparidades injustificáveis entre pessoas que se encontram em semelhantes posições jurídicas, afrontando a isonomia (igualdade material) e os princípios constitucionais da razoabilidade e proporcionalidade.

Requer o provimento do recurso para que o município ora apelado seja condenado a assegurar à apelante a utilização do transporte coletivo gratuito, com a realização da sua matrícula no transporte coletivo universitário.

Contrarrazões foram apresentadas cf. doc. 179, pelo desprovimento do apelo.

Vejamos a quem assiste razão.

A pretensão de direito à gratuidade no transporte público para alunos cursando pré-vestibular social busca efetividade do acesso à educação, direito fundamental de aplicabilidade imediata e essencial à dignidade da pessoa humana (art. 1, III, CF/88), representando objetivo fundamental da República Federativa do Brasil no tocante à construção de uma sociedade justa e solidária (art. 3, I).

Art. 3º- Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I- *construir uma sociedade livre, justa e solidária;*

II- garantir o desenvolvimento nacional;

III- erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV- *promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.*

Portanto, estarmos diante de direito fundamental social de efetividade imediata, previsto no art. 6º da Constituição da República e com parâmetros de amplitude afirmados no art. 208, inciso VII:

Art. 6º- São direitos sociais *a educação*, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

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

(...)

VII- atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didático-escolar, *transporte*, alimentação e assistência à saúde.

Diz a Constituição da República do Brasil de 1988, no seu art. 5º, LXXI:

Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício:

- a) dos direitos e liberdades constitucionais (arts. 5º a 11), o que inclui o art. 6º;
- b) das prerrogativas inerentes:
  - à nacionalidade (art. 12);
  - à soberania (popular arts. 14 a 16);
  - à cidadania (art. 1º, II, art. 22, XIII).

Como consequência do preceito constitucional,

1º – alarga o campo da jurisdição de equidade;

2º – transporta para o Direito Público o remédio (*relief*) da *injunction* que, no Direito inglês e no americano, aplica-se à área do Direito Privado;

3º – abre as portas para renovação e o ajustamento do Direito a novas realidades sociais.<sup>1</sup>

Ou seja, nem mesmo a ausência de lei impede a efetividade desses direitos, sendo esta imposição reafirmada no parágrafo primeiro do artigo 5º da Constituição da República ao determinar:

§ 1º- As normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata.

O Professor Hélio Tornaghi, em precioso estudo sobre o Mandado de Injunção, logo após o seu surgimento na Constituição da República de 1988, afirmava que “em matéria jurídica, o labor nunca está terminado.” *Ex facto oritur ius*: O Direito nasce dos fatos.<sup>2</sup> As leis avançam por degraus; a realidade é esteira que não para. As leis imitam os ponteiros do relógio, que pulam de quando em quando; as transformações sociais são ininterruptas. São necessários mecanismos que adaptem permanentemente o Direito à realidade e amparem os legítimos interesses que a norma legal ainda não traduziu em forma de direitos.<sup>3</sup> Esse tem sido o papel da equidade social, que fez a grandeza

<sup>1</sup> Para um exame mais profundo sobre as consequências no ordenamento pátrio, ver TORNAGHI, Hélio. O mandado de injunção. *Revista de Processo*, nº 5, apud FABIÃO GUASQUE, Luiz. *O Controle de Inconstitucionalidade das Leis*. p. 133 e ss., Editora Freitas Bastos, 2ª edição, 2013.

<sup>2</sup> Os antigos esclareciam terem-lhes vindo dos deuses as suas leis. Os cretenses atribuíam as suas, não a Minos, mas a Júpiter; os lacedemônios acreditavam por seu legislador, não a Licurgo, mas a Apolo. Os romanos afirmavam ter Numa escrito como lei o que uma das divindades mais poderosas da Itália antiga, a deusa Egéria, lhe ditara. Os etruscos receberam as suas leis do deus Tagés. Em todas opiniões encontramos algo de verdadeiro. O autêntico legislador, entre os antigos, nunca esteve no homem, mas na crença religiosa de que o homem era portador. As leis ficaram sendo, durante muito tempo, coisa sagrada. COULANGES, Fustel de. *A Cidade antiga*, p. 233.

<sup>3</sup> O princípio supremo em que se inspira a conduta de um Estado é o da sobrevivência, exatamente como ocorre no estado de natureza segundo a hipótese hobbesiana. Este princípio encontrou uma formulação clássica na máxima ciceroniana “*Salus populi suprema lex esto*” (*De legibus*, III, 3), que foi repetida ao longo dos séculos com poucas variantes (em latim original: O bem estar do povo é a lei suprema). BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia*. p. 293.

do Direito Romano e a flexibilidade do Direito inglês. E é esse milagroso remédio que se introduziu entre nós para a proteção “dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania (popular) e à cidadania”, sempre que a falta de norma regulamentadora lhes torne inviável o exercício (Constituição da República, art. 5º, LXXI).

Trata-se de instrumento de proteção e ao mesmo tempo, de ferramenta forjadora de direitos.<sup>4</sup>

Calamandrei, em notável estudo sobre “O Significado constitucional das jurisdições de equidade”,<sup>5</sup> lembra a existência de dois sistemas de manifestação do Direito. O mais comum em nossos dias é o da formulação legislativa, decorrente da separação de poderes. Nele, a função de modelar a norma jurídica pertence ao Legislativo e a de aplicá-la, ao Judiciário. É do legislador a tarefa de interrogar a consciência coletiva e de avaliar os interesses; de ordenar os sentimentos, as tendências e as aspirações das quais nasce o Direito de um povo em certo momento de sua história. Neste sistema, a modelagem do Direito não se faz caso por caso, mas em moldes que abstraem das particularidades de cada evento.

Mas pode acontecer que a lei não regule determinado caso. Nessa hipótese, os tribunais voltam ao método primitivo, o juiz formulava a regra que, em seguida, aplicava. É o “sistema da formulação do Direito”. Mostra Calamandrei que, em sua pátria, foram até criados órgãos judiciários encarregados de julgar por equidade. Nesse caso, diz o mestre italiano, “o juiz se põe diretamente em contato com a consciência popular, na qual o Direito flutua no estado de sentimento ainda não fixado em precisas normas racionais. E dessa consciência, da qual ele próprio participa como membro da sociedade, ele retira inspiração para resolver cada caso, de acordo com princípios que ele não cria, mas encontra já existentes”. “Nenhum obstáculo se interpõe entre o Direito e o juiz, que se encontra em permanente contato com a viva e fresca realidade social e que, assim, pode sentir-lhe as necessidades e fielmente seguir-lhe a evolução.”

Se na jurisdição legal o juiz submete o caso concreto à lei, ele o faz segundo seu modo de interpretar os fatos e o texto legal. Ocorre que o Direito legislado tem apenas uma parte da consciência jurídica: a outra é dada pelo costume e pela jurisprudência, pois não podemos negar que direito vivo é o que os tribunais consagram.<sup>6</sup>

O Professor Hélio Tornaghi alerta para o fato de que não se trata de equidade individual (epiqueia), como acontecia, por exemplo na Lei de Luvas, em que o juiz levava em conta as circunstâncias do caso concreto (art. 16); trata-se em contrário, da

<sup>4</sup> TORNAGHI, Hélio. O mandado de injunção. *Revista do Ministério Público*, vol. I, p. 54.

<sup>5</sup> Preleção com que abriu o ano letivo do Instituto de Ciências Sociais Cesare Alfieri, depois publicada nos *Studi sul processo civile*. Vol. II, p. 1 e ss.

<sup>6</sup> A equidade, enquanto justiça do caso concreto, pode ser redefinida como a justiça do homem em contraste com a justiça da lei. BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia*. p. 252.

equidade social (a *equity* dos ingleses), que tem em consideração o que normalmente é justo, a fim de formular a norma, em seguida aplicada ao caso concreto.<sup>7</sup>

A equidade é sempre o modo de determinar o que é justo em cada caso concreto e completa a lei e a torna mais perfeita em duas hipóteses:

1ª – a lei, que é genérica e abstrata, *não prevê todas as circunstâncias particulares de cada caso concreto. A equidade a preenche e a torna mais justa ao mandar que o juiz leve em conta as peculiaridades do caso.* Aí funciona como a fita métrica usada pelos operários da ilha de Lesbos (semelhantes a que utilizam os alfaiates e as costureiras de hoje), que seria o contorno das superfícies sinuosas a serem medidas. Esta é a equidade individual.

É possível a utilização da equidade nos casos em que a negação da norma atende ao seu sentido teleológico. É o exemplo da permissão de entrada de um cego acompanhado de seu cão-guia em lugares onde fosse proibida a entrada de animais: somente negando a norma é que se alcançaria a sua finalidade de melhor uso do espaço, respeitando o caráter singular de sua aplicação.<sup>8</sup>

2ª – de outras vezes, a lei é totalmente lacunosa, não prevê a hipótese que se apresenta em concreto. Nesse caso, surge a equidade social, que manda o juiz completar a lei formulando, ele próprio, a norma aplicável. Calamandrei, no sexto parágrafo do ensaio anteriormente citado, admite até a equidade social *contra legem* e indica (na nota 26), no mesmo sentido, Geny, Miceli, Pachioni e Del Vecchio.

Indubitável que a pretensão tem amparo em norma constitucional, tanto no art. 6º, que prevê a educação como direito social, quanto no art. 208, que estabelece como dever do Estado a garantia de atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas assistenciais, dentre os quais se inclui o transporte, e como direito da população o acesso aos níveis mais elevados de ensino.

*Interpretar restritivamente esse direito, através de ato normativo municipal (decreto), é negar efetividade ao direito fundamental de aplicabilidade imediata, impondo sua declaração de inconstitucionalidade incidental.*

A concessão do chamado vale social ou documento equivalente que garanta o transporte gratuito aos estudantes hipossuficientes tem como finalidade assegurar a estes o acesso ao local de estudo, seja no ensino fundamental, médio ou universitário e, em consequência, ao próprio direito à educação, constitucionalmente previsto, sem possibilidade de restrições.

A nosso ver, portanto, a limitação imposta pelo Decreto Municipal nº 3.262/2015 se apresenta inconstitucional, por restringir de forma indevida um direito fundamental.

<sup>7</sup> TORNAGHI, Hélio. O mandado de injunção. *Revista de Processo*, nº 5, p. 62. A distinção entre equidade individual e social já vinha de Aristóteles. Na Ética de Nicômaco ele ensinava que a equidade se adapta às várias contingências de cada fato, enquanto que a equidade social se aplica aos casos em que não há norma de lei e exige que o juiz estabeleça uma regra adequada ao caso que lhe é submetido. Apud FABIÃO GUASQUE, Luiz. *O Controle de Inconstitucionalidade das Leis*. p. 140, Editora Freitas Bastos, 2ª edição, 2013.

<sup>8</sup> FONTES, André. Jurisdição de equidade e equidade criação. *Revista Justiça & Cidadania*, nº 34, p. 23.

Na garantia constitucional ao direito à educação, *cuja responsabilidade é atribuída, solidariamente, a todos os entes públicos federativos, está implícito o dever de garantir que os estudantes tenham acesso aos locais onde sejam ministradas as aulas, sob pena de negar-se vigência à própria Constituição.*

Portanto, deve ser afastada a regra municipal, posto que inválida por restringir a efetividade do direito de acesso à educação, observando-se o determinado no art. 98 da Constituição da República de que:

[s]omente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

O artigo 948 e seguintes da lei processual, determina que arguida a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, o relator, ouvido o Ministério Público, submeterá a questão à turma ou câmara, a que tocar o conhecimento do processo. Se a alegação for rejeitada, prosseguirá o julgamento; se for acolhida, será lavrado acórdão, a fim de ser submetida a questão ao tribunal pleno.

À Câmara compete apenas fazer o juízo negativo da arguição, em face da presunção de legitimidade das leis, não tendo competência para o contrário.

No caso concreto, a autora instruiu a peça inicial com declaração referente à matrícula no curso pré-vestibular e comprova sua hipossuficiência financeira. Assim, restaram presentes os requisitos necessários à concessão da gratuidade no transporte público à autora, a fim de garantir-lhe o acesso à educação, devendo ser reformada a sentença de improcedência *e garantida a efetividade do direito por liminar do relator até o julgamento do mérito do recurso.*

Pelo exposto, espera o Ministério Público, através desta Procuradoria de Justiça, a substituição da sentença por acórdão que reconheça o direito fundamental de acesso à educação por parte da autora, com a gratuidade requerida de transporte para a universidade.

É o que me parece.

Rio de Janeiro, 21 de outubro de 2022.

**LUIZ FABIÃO GUASQUE**

Procurador de Justiça