



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

**Registro: 2012.0000225705**

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0015442-57.2010.8.26.0292, da Comarca de Jacareí, em que é apelante PREFEITURA MUNICIPAL DE JACAREI sendo apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

**ACORDAM**, em 7ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores COIMBRA SCHMIDT (Presidente) e MAGALHÃES COELHO.

São Paulo, 21 de maio de 2012.

**Luiz Sérgio Fernandes de Souza**

**RELATOR**

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

**Voto nº 1638**

Apelação Cível nº 0015442-57.2010.8.26.0292 - Comarca de Jacareí

Apelante: Prefeitura Municipal de Jacareí

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

AÇÃO CIVIL PÚBLICA – Inadequação do sistema de coleta de águas pluviais, que tem como consequência a ocorrência de inundações – Circunstância que põe em risco a população local – Inércia da Municipalidade na realização das obras necessárias à solução do problema – Vinculação do poder discricionário da Administração às prioridades estabelecidas pela Constituição Federal – Ausência de comprovação de impossibilidade financeira – Observância do princípio constitucional do sistema de freios e contrapesos – Inocorrência de violação à regra do artigo 2º da Carta Magna – Recurso improvido – Sentença mantida.

Vistos, etc.

Cuida-se de ação civil pública, movida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em face da Municipalidade de Jacareí, sob fundamento de que, em decorrência da omissão da requerida na readaptação e construção de galerias de águas pluviais no loteamento denominado Jardim Emília, os moradores da região vêm correndo riscos, além de prejuízos patrimoniais e físicos, uma vez que o local é palco de constantes alagamentos e inundações. Postula, por tal razão, a condenação da ré na obrigação implantar galerias fluviais, de acordo com o projeto e a planilha já elaborados pela própria requerida, e em prazo não excedente a quatro anos.

O juízo de primeiro grau julgou a ação



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

procedente.

Em sede de apelação, preliminarmente, suscita a Municipalidade a carência da ação, argumentando que o pedido formulado pelo Ministério Público afrontaria a regra do artigo 2º da Constituição Federal. No mérito, dizendo que a procedência da ação implica ingerência do Poder Judiciário na seara do Executivo, pleiteia a reforma da r. sentença.

Em contrarrazões, pugna o Ministério Público do Estado de São Paulo pelo improvimento do recurso.

Em parecer, opina a Douta Procuradoria Geral de Justiça pela manutenção da r. sentença.

**É o relatório.**

O recurso não merece provimento.

A preliminar está entrelaçada com o mérito e nesse contexto será apreciada. A procedência da ação é imperiosa, não se podendo argumentar com restrições de ordem orçamentária, burocrática e quejandas.

Primeiramente, há de se considerar que o homem é um animal político e social, na definição de Aristóteles, e mais, que os juízes, desde tempo remotos, servem ao equilíbrio, sempre precário, entre os interesses egoístas e os interesses da sociedade:

“... Quem quer que seja que não tenha necessidade dos



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

outros homens ou que não seja capaz de viver em comunidade com eles ou é um deus ou um animal. Desta forma, a própria inclinação natural conduz todos os homens a este gênero de sociedade. O primeiro que a instituiu trouxe-lhes o maior de todos os bens. Mas assim como o homem civilizado é o melhor de todos os animais, também aquele que não conhece nem justiça nem leis é o pior de todos... O discernimento e o respeito do direito constituem a base da vida política e os juízes são os seus primeiros órgãos” (Aristóteles, *Tratado da Política*, Mira-Sintra, Nem Martins, Publicações Europa América, 1977, p. 8 e 9).

Já em Aristóteles é possível encontrar a ideia da repartição dos poderes (Tratado da Política, Cap. X), sobre a qual trabalharam, da perspectiva do Estado Moderno, John Locke (*Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos*, Cap. IX) e Montesquieu (*Do Espírito das Leis*, Cap. VI). O Poder Judiciário, na elaboração desses dois últimos filósofos, não tinha grande expressão na vida política do Estado. Para Locke, os poderes, em verdade, eram dois, Legislativo e Executivo. Segundo interpretação de Bobbio, a função dos juízes era exercida, na sociedade política do Segundo Tratado, por aqueles que fazem as leis, de sorte que o Judiciário não existia como poder autônomo (Norberto Bobbio, *Locke e o Direito Natural*, Brasília, Ed. UnB, 1997, p. 232 e 233). No Espírito das Leis, conquanto o Judiciário apareça como poder desligado dos demais (na própria expressão de Montesquieu) já que a liberdade política não consente que se reúnam todas as magistraturas numa só pessoa, certo é que, “dos



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

três poderes, o de julgar é, de certo modo, nulo” (*Espírito das Leis*, Cap. VI).

Essa neutralização do Judiciário, garantia da imparcialidade do juiz, é uma característica marcante do Estado de Direito burguês, no qual o julgador passa a ser visto como uma figura isenta de responsabilidade política. Ao juiz, “boca da lei”, competia julgar nos exatos termos da norma, à vista do caso concreto, como se fosse possível lançar um olhar isento sobre a realidade ou mesmo interpretar literalmente um texto legal (sobre o tema, ver, entre outros, Maria Teresa Sadek e Rogério Bastos Arantes, *A crise do Judiciário e a visão dos Juízes*, in Revista da USP, São Paulo, 1994, nº 21, p. 35 a 45; Tércio Sampaio Ferraz Jr., *O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência*, in Revista da USP, São Paulo, 1994, nº 21, p. 12 a 21; Tércio Sampaio Ferraz Jr., *Teoria da Norma Jurídica*, SP, Forense, 1977, p. 90 a 92; Luiz Sergio Fernandes de Souza, *O papel da ideologia no preenchimento das lacunas no direito*, SP, RT, 1993, p. 39 a 45).

O progressivo aprofundamento da Revolução Industrial, com suas drásticas consequências sociais – dentre as quais se destaca a expansão da sociedade de massas –, trouxe para o direito novos desafios, novas demandas sociais, que o paradigma jurídico até então vigente, preso ao movimento pendular que oscilou entre o jusnaturalismo e o positivismo, não foi capaz de resolver.



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Dentre os chamados direitos de segunda geração, como os denomina Bobbio (*A Era dos direitos*, RJ, Campus, 1992, p. 1 a 14), encontram-se os direitos sociais, culturais e econômicos, que abrangem setores como a saúde, assistência social, educação, trabalho, transportes e todos os outros de aspecto vital, questão que colocou o Judiciário na esfera dos conflitos distributivos.

As demandas populares, em torno das políticas públicas e da prestação de serviços públicos, deixaram a arena do Legislativo e do Executivo para colocar-se agora no campo judicial, o que provocou uma verdadeira reviravolta metodológica do processo civil. Essa redefinição, que se operou na base do alargamento do conceito de legitimidade de agir, trazendo para a esfera jurisdicional temas que eram tradicionalmente discutidos no campo político, insere-se num espectro institucional mais amplo, que os sociólogos do direito convencionaram chamar de judicialização da política e politização do judiciário (a respeito, v. Neal C. Tate e Torbjorn Vallinder, *The global expansion of judicial power: the judicialization of politics*, New York, New York University Press, 1985, p. 2 a 37; Gunther Teubner, *Juridificação: noções, limites e soluções*, in Revista de Direito e Economia, Coimbra, 1988, p. 18 a 99; Celso Campilongo, *A crise de representação e a judicialização da política*, in Diálogos & Debates; da Escola Paulista da Magistratura, SP, nº 1, p. 26 a 32; Ives Dezalay e David M. Trubek, *A reestruturação global e o direito*, in José Eduardo Faria, org., Direito e Globalização



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Econômica, SP, Malheiros, 1996, p. 29 a 80; José Reinaldo de Lima Lopes, *Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito*, in José Eduardo Faria, org., *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*, SP, Malheiros, p. 113 a 143; Luiz Sergio Fernandes de Souza, *Globalização e direitos humanos: em busca da racionalidade perdida*, in *Revista dos Tribunais*, SP, 1998, p. 52 a 63).

A judicialização da política não é simples modismo ou uma tendência de inspiração “alternativa”, como poderia sugerir a crítica daqueles que se apegam a paradigmas jurídicos ultrapassados, mas expressão mesma da nova ordem constitucional, depositária das aspirações à universalização da Justiça, que se viram consolidadas na edição de uma série de diplomas legais, a partir da década de 80, voltados à proteção do meio ambiente, do patrimônio histórico, genético e cultural, do consumidor, da criança e do adolescente etc.

Assim é que a frustração das expectativas geradas pela Constituição de 88 – e mesmo pela legislação infraconstitucional que a ela se seguiu – em torno da implementação das políticas públicas, acabou deslocando para a arena judicial discussões que até então tinham curso no Legislativo e no Executivo, com o que se alterou a centralidade da política.

Longe do campo retórico das normas programáticas, as pessoas hoje buscam ver efetivamente reconhecidos os seus direitos. A respeito da efetivação desses



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

direitos, que os juristas e sociólogos americanos conhecem como *implementation*, colhe o seguinte fragmento da obra de Norberto Bobbio:

“O campo dos direitos do homem – ou, mais precisamente, das normas que declaram, reconhecem, definem, atribuem direitos ao homem – aparece, certamente, como aquele onde é maior a defasagem entre a posição da norma e sua efetiva aplicação. E essa defasagem é ainda mais intensa precisamente no campo dos direitos sociais. Tanto é assim que, na Constituição italiana, as normas que se referem a direitos sociais foram chamadas de programáticas. Será que já nos perguntamos alguma vez que gênero de normas são essas que não ordenam, não proíbem e permitem num futuro indefinido e sem um prazo de carência claramente delimitado? E, sobretudo, já nos perguntamos alguma vez que gênero de direitos são esses que tais normas definem? Um direito cujo reconhecimento e cuja efetiva proteção são adiados *sine die*, além de confiados à vontade de sujeitos cuja obrigação de executar o programa é apenas uma obrigação moral ou, no máximo, política, pode ainda ser chamada de direito? A diferença entre esses auto-intitulados direitos e os direitos propriamente ditos não seria tão grande que torna impróprio ou, pelo menos, pouco útil o uso da mesma palavra para designar uns e outros?... Uma coisa é um direito atual; outra, um direito potencial. Uma coisa é ter um direito que é, enquanto reconhecido e protegido; outra é ter um direito que deve ser, mas que, para ser, ou para que passe do dever ser ao ser, precisa transformar-se de objeto de discussão de uma assembléia de especialistas em objeto de decisão de um órgão legislativo dotado de poder de coerção” (Norberto Bobbio, *A era dos direitos*, RJ, Campus, 1992, p. 81 a 83).





PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

A efetivação desses direitos, até então etéreos, impõe, na verdade, uma visão mais sofisticada da relação entre os poderes públicos, conforme pondera Andreas Krell:

“Torna-se cada vez mais evidente que o vetusto princípio da Separação dos Poderes, idealizado por Montesquieu no século XVIII, está produzindo, com sua grande força simbólica, um efeito paralisante às reivindicações de cunho social e precisa ser submetido a uma nova leitura, para poder continuar servindo ao seu escopo original de garantir Direitos Fundamentais contra o arbítrio e, hoje também, a omissão estatal.

...

O Estado Social moderno requer uma reformulação funcional dos poderes no sentido de uma distribuição que garanta um sistema eficaz de freios e contrapesos, para que a separação dos poderes não se interponha como véu ideológico que dissimule e inverta a natureza eminentemente política do direito. Na medida que as leis deixam de ser vistas como programas condicionais e assumem a forma de programas finalísticos, o esquema clássico da divisão dos poderes perde sua atualidade.”  
*(Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um Direito Constitucional Comparado*, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002, págs. 88 a 90).

Tércio Sampaio Ferraz Jr., enfrentando a mesma questão, diz que a divisão de poderes, condição histórica necessária para o surgimento da noção de direito subjetivo, não atende mais, nas sociedades pós-tradicionais, a um dos pressupostos de configuração das situações jurídicas subjetivas,



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

que consiste na auto-obrigação da autoridade quanto ao cumprimento da norma editada por outro poder. À falta desse pressuposto, o que se tem são pseudodireitos, situações criptonormativas (Ferraz Jr., *Teoria da Norma Jurídica*, SP, Forense, 1977, p. 89 a 92).

Neste sentido, o eminente jurista acrescenta que “o sentido promocional prospectivo” dos direitos de segunda geração “altera a função do Poder Judiciário, ao qual, perante eles ou perante a sua violação, não cumpre apenas julgar no sentido de estabelecer o certo e o errado com base na lei (responsabilidade condicionada do juiz neutralizado), mas também e sobretudo examinar se o exercício discricionário do poder de legislar conduz à concretização dos resultados objetivados. (...) Altera-se, do mesmo modo, a posição do juiz, cuja neutralidade é afetada, ao ver-se ele posto diante de uma corresponsabilidade, no sentido de uma exigência de ação corretiva de desvios na consecução das finalidades a serem atingidas por uma política legislativa. Tal responsabilidade, que, pela clássica divisão dos poderes cabia exclusivamente ao Legislativo e Executivo, passa a ser imputada também à Justiça.” (Ferraz Jr., Tércio Sampaio. “*O Judiciário Frente à Divisão dos Poderes*”, in *Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito da UFPE*, nº 11, 2000, p. 354s.)

José Reinaldo de Lima Lopes, a propósito da incapacidade do Estado brasileiro de formular e implementar políticas públicas, fazendo referência a um texto de José Afonso



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

da Silva (*A Constituição e sua revisão*, in *Cadernos Liberais*, IV/XCI) cita, como um dos diagnósticos possíveis, a privatização do Estado por determinados grupos sociais, e ainda, o sistema de representação congressista, que transforma os legisladores em agenciadores de verbas públicas (no mesmo sentido se coloca a análise de Paulo Eduardo Elias, *A saúde como política social no Brasil*, in *Direitos Humanos – visões contemporâneas*, SP, Associação dos Juízes para a Democracia, 2001, p. 141).

E é precisamente dentro desse quadro de frustração das expectativas sociais que se dá a migração das demandas por melhores condições de vida da esfera do Executivo e do Legislativo para a esfera do Judiciário.

Resta saber, nessa perspectiva crítica, até que ponto o exercício da jurisdição na área da política pública, que envolve gastos significativos, dependendo de planos plurianuais e de orçamentos, pode vencer a inércia, o imobilismo (José Reinaldo de Lima Lopes, ob. cit., p. 129 a 143). Nesse mesmo contexto, Celso Fernandes Campilongo revela uma certa preocupação em relação àquilo que poderia ser visto como “governo dos juízes”, vale dizer em relação a decisões orientadas pela semântica política quando é certo que todo o sistema judicial está voltado (e legitimado) para um enfoque jurídico, em sentido estrito (Campilongo, ob. cit., p. 26-32). A mesma preocupação orienta as reflexões de J.J. Calmon de Passos (*Direito poder, justiça e processo; julgando os que nos julgam*, RJ, Forense, 2000, p. 91 e



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

92).

A resposta a estas preocupações haverá de ter em conta a necessária imbricação entre o político e o jurídico, que se vai buscar em Aristóteles, na *Ética a Nicômaco*. Se é bem certo que o Judiciário não se pode aproximar do irracionalismo psicologista, do voluntarismo caprichoso, em que se substitui o arbítrio das agências burocráticas, guardiãs dos interesses privados, pela decisão que resulta do bom ou mau humor de quem julga, não menos certo é também que o Juiz não pode ficar preso a uma suposta repartição estanque de poderes e funções. O dilema só se coloca para aqueles que não querem ver que o justo é aquilo que respeita a proporção e o injusto é aquilo que a desrespeita (Aristóteles, *Ética a Nicômaco*, Livro V, Cap. 3, 1131a/1131b).

E o princípio da proporcionalidade, no magistério de Paulo Bonavides, informa todo o texto constitucional, incumbindo ao Judiciário velar por sua aplicação, o que demanda sempre uma decisão política (*Curso de Direito Constitucional*, SP, Malheiros, 1996, p. 356 a 397, mais particularmente p. 382). Com este princípio – diz o constitucionalista e cientista político cearense – “nasce também um novo Estado de Direito, cuja solidez constitucional resulta, sem dúvida, da necessidade de instaurar em toda ordem social os chamados direitos de segunda e da terceira geração, a saber, os direitos sociais, econômicos e culturais, a par dos direitos da comunidade, quais, por exemplo, a autonomia, a proteção do meio



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ambiente, o desenvolvimento e a fraternidade” (Bonavides, ob. cit., p. 358).

E não há – considerando-se, de um lado, o princípio da proporcionalidade, e de outro, o imobilismo da apelante, que não demonstrou a impossibilidade financeira do Município de resolver os sérios problemas enfrentados pelos seus administrados – como fazer ouvidos moucos aos reclamos da sociedade de Jacareí, cujo direito à saúde e à moradia veem-se simplesmente desconsiderados pela inércia da requerida em promover as obras ora pleiteadas, a lembrar a descrição que Jean-Jacques Rousseau, no discurso apresentado na Academia de Dijon, fazia das ruas de Montpellier, no início do século XVIII:

“As ruas de Montpellier estão alternativamente bordeadas de soberbos palácios e de choupanas miseráveis, cheias de barro e esterco. Seus habitantes são a metade muito ricos e a outra metade por demais miseráveis; porém são todos igualmente indignos por sua maneira de viver, a mais vil e podre que se pode imaginar...” (Rousseau, *El origen de la desigualdade*, 1ª ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1997, p. 53 e 54).

Incabível, portanto, no caso em apreço, a pretensão da Municipalidade em avocar a prerrogativa do exercício, com base na regra do artigo 2º da Lei Maior, de uma discricionariedade absoluta, avessa mesmo a qualquer tipo de controle quanto àquilo que entende interferir com critérios de conveniência e de oportunidade, olvidando-se, assim, do caráter



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

vinculado de sua atuação perante o plano axiológico-informativo da Carta Magna e de todo o ordenamento jurídico – tal como estabelecido, no que aqui nos interessa, pelas regras dos artigos 1º, II e III; 182, *caput*; 225, *caput*; todos da Constituição Federal; e do artigo 180, I e V, da Constituição do Estado de São Paulo.

Assim é que, se o legislador constitucional deu especial realce à importância das ações e políticas públicas urbanas (art. 182 e 225 da Constituição Federal e 180 da Constituição do Estado de São Paulo), não poderia o administrador, em seu projeto de lei relativo ao plano plurianual, às diretrizes orçamentárias e ao orçamento anual, dar menor ênfase a esse setor da vida pública, sob pena de se ver aqui configurada uma contradição valorativa ou uma contradição de princípios, como diz Karl Engisch (*Introdução ao pensamento jurídico*, 6ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1988, 315 a 325). Em outros termos, o administrador ter-se-ia afastado da vontade do legislador constitucional ou da vontade da Constituição.

Neste diapasão, não há de se falar em eventual afronta à independência do Poder Executivo e Legislativo quando o Judiciário provê aquilo que a Administração se negou a dar de acordo com os ditames fundamentais da ordem legal. Cuida-se apenas de aplicar o texto constitucional, de fazer valer o “sistema de freios e contrapesos”, na base do qual o Ministério Público, cuja autoridade repousa na regra do artigo 129, II e III, da Constituição Federal, ora requer a adequação da conduta



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

administrativa aos preceitos maiores da Carta Magna, utilizando-se, para tanto, da ação civil pública, nos termos estabelecidos pela Lei Federal nº 7.347/85.

A propósito, cabem aqui, novamente, as lições de Andreas Krell:

“(…) No entanto, as questões ligadas ao cumprimento das tarefas sociais como a formulação das respectivas políticas públicas, no Estado Social de Direito, não estão relegadas somente ao Governo e à Administração Pública, mas têm o seu fundamento nas próprias normas constitucionais sobre direitos sociais; a sua observação pode e deve ser controlada pelos tribunais.

A essência de qualquer política pública é distinguir e diferenciar, realizando a distribuição dos recursos disponíveis na sociedade. Essas políticas expressam escolhas realizadas pelos vários centros de decisão estatal, sendo limitadas pelas normas constitucionais “programáticas”. Onde o processo político (Legislativo, Executivo) falha ou se omite na implementação de políticas públicas e dos objetivos sociais nelas implicados, cabe ao Poder Judiciário tomar uma atitude ativa na realização desses fins sociais através da correção da prestação dos serviços básicos.” (*op. cit.*, págs. 100-101).

Tampouco impressiona a argumentação da apelante no sentido de que vem adotando medidas preventivas para evitar os alagamentos no local, uma vez que a raiz do problema é de ordem estrutural, e a sua solução demanda a readequação do sistema de coleta de águas pluviais, tal como ela mesma admite (fls. 160 e 174). Aliás, significativas as imagens contidas no DVD juntado a fls. 119, que demonstram



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

concretamente a intensidade do tormento que aflige, continuamente, a população.

De mais a mais, inaceitável a alegação de que a inércia da Municipalidade se deve à morosidade do Executivo Federal em repassar as verbas para o custeio das obras necessárias, posto que tal alegação apenas demonstra a insensibilidade e indiferença da política local em face da grave situação sanitária existente no Jardim Emília, que põe em risco os direitos fundamentais da população local. A urgência da situação – reiteradamente negligenciada pela Municipalidade – não convence das razões da apelante, que se limita a reproduzir a desgastada justificativa da falta de recursos, com o que se vai postergando a realização de medidas efetivas para a solução do problema.

Nestes termos, nego provimento ao recurso, mantendo a r. sentença por seus próprios fundamentos.

Para fins de acesso aos Egrégios Tribunais Superiores, ficam expressamente pré-questionados todos os artigos legais e constitucionais mencionados pelos litigantes.

**LUIZ SERGIO FERNANDES DE SOUZA**  
**Relator**