



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo
12ª Câmara – Seção de Direito Público

Registro: 2019.0000186802

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação / Remessa Necessária nº 1113888-62.2016.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes E. DE S. P., P. DO M. DE S. P. e J. E. O., é apelado P. DE J. DA V. I. E J. DO F. C. DA C..

ACORDAM, em 12ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores J. M. RIBEIRO DE PAULA (Presidente sem voto), ISABEL COGAN E SOUZA NERY.

São Paulo, 13 de março de 2019.

Souza Meirelles
RELATOR

Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo
12ª Câmara – Seção de Direito Público

<p>Apelação Cível/Reexame Necessário nº 1113888-62.2016.8.26.0100 Apelantes:Fazenda do Estado de São Paulo e Município de São Paulo Apelado:Ministério Público do Estado de São Paulo Comarca:São Paulo Vara:da Infância e da Juventude Magistrado de Primeiro Grau: Dra. Mônica Gonzaga Arnoni</p> <p>Voto nº14167 - TJSP</p>

Ação civil pública – obrigação de fazer com preceito cominatório – implementação de programa de busca de crianças e adolescentes desaparecidos e assistência aos familiares – pretensão objetivamente indelimitada, na prática a se confundir com a exigência de aprimoramento geral do sistema de segurança pública – inexecutabilidade material do comando judicial por exasperado coeficiente de abstração - preliminares de nulidade refugadas – sentença de procedência reformada – recursos de apelação providos

Apelação cível manejada por Fazenda do Estado de São Paulo e Município de São Paulo em face do Ministério Público do Estado de São Paulo, em autos de processo de ação civil pública de obrigação de fazer com preceito cominatório em curso na Vara da Infância e da Juventude da Comarca de São Paulo, cuja sentença julgou procedentes os pedidos para impor aos demandados a



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo
12ª Câmara – Seção de Direito Público

obrigação solidária de formalizar e implementar programa de políticas públicas que tenham como objeto a busca de crianças e adolescentes, bem assim assistência aos parentes dos desaparecidos, pena de multa diária no importe de R\$50.000.

Discorre o Estado de São Paulo que o comando exarado pelo órgão jurisdicional primário afigura-se vincado de genericidade porquanto não é possível mensurar as medidas a serem efetivamente implementadas, as quais, se o fossem, tenderiam a colocar em risco a atividade administrativa, representando violação ao princípio da separação dos Poderes. De todo modo, a sentença se contamina de nulidade não só pelo comando genérico expendido como por não ter acolhido a arguição de incompetência da Vara da Infância e Juventude. Os direitos das crianças e adolescentes desaparecidos, bem assim a assistência a seus familiares, vem timbrados de divisibilidade e disponibilidade, por isso se afigurando insuscetível de judicialização por meio de ação civil pública. Há sim, ao reverso do esposado no curso do processo, políticas públicas em prática, as quais envolvem diversas repartições oficiais, dentre elas a Delegacia de Proteção à Pessoa e o Instituto Médico Legal, à guisa de exemplificação, a despeito da escassez de dotações orçamentárias com as quais atender a



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo
12ª Câmara – Seção de Direito Público

todas as necessidades sociais que se apresentam diuturnamente à governança. Está-se a orbitar no plexo da discricionariedade administrativa, intocável pelas injunções do Poder Judiciário. Finalmente, o sancionamento pecuniário à conjectura de recalcitrância em cumprir a ordem não é de molda a assegurar a carga de coercitividade almejada, ademais de ter excessivo o valor que se arbitrou. Bate pela anulação da sentença, se não, a que sejam declarados improcedentes, na totalidade, os pedidos formulados pelo *Parquet* (fls. 1549/1575).

De sua parte, o Município de São Paulo refere ter ocorrido cerceamento de defesa à face de a sentença ter colhido de surpresa a recorrente, antes que esgotado o prazo para a apresentação dos memoriais, razão porque é de se decretar a nulidade do julgado. Também contaminado de defeito porquanto no curso da relação processual o órgão do Ministério Público alterou o pedido e a causa de pedir, assim promovendo a desestabilização da lide. Inércia ou omissão imputável à Administração Municipal inexistente, eis que a autoria da ação apenas presumiu que as ações articuladas entre diversos órgãos públicos não estariam sendo exitosas. Postula a declaração de nulidade da sentença, alternativamente sejam julgados improcedentes os pedidos.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo
12ª Câmara – Seção de Direito Público

Recurso tempestivo, bem processado e contrariado às fls. 1612/1667. Declinou da competência a C. Câmara Especial deste Eg. Tribunal de Justiça, por v. Acórdão de fls. 1701/1707.

Pronuncia-se a Egrégia Procuradoria-Geral de Justiça pelo improvimento dos recursos (fls. 1676/1697).

Tal, em abreviado, o relatório.

Nulidades inexistem a serem proclamadas.

Se o objeto da lide é a implementação de políticas públicas que, em essência e teleologia, buscam proteger direitos fundamentais de crianças e adolescentes, somente se há conceber que, ao menos num primeiro momento de reflexões jurídicas, a Vara da Infância e da Juventude se apresentasse como o *locus* especializado para a instauração do debate e o envido das soluções pertinentes.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo
12ª Câmara – Seção de Direito Público

No entanto, objetivamente considerados os pedidos, vem de abarcar sobremais ações assistenciais aos familiares adultos dos desaparecidos, com ressonâncias diretas no sistema de segurança pública e repartições oficiais outras que metodologicamente não guardam relação absoluta com os direitos da infância desvalida, razão porque a hibridização de assuntos a serem esgrimidos torna a questão da competência perfeitamente ultrapassável sem traumas de cognição.

Descaberia agora operar retrocessos por culto à forma.

Os memoriais representam ato de proa na marcha para o equacionamento do mérito, mas não se há prestigiar reclamo de invalidação da sentença, atendo-se ao princípio da determinação racional do nulo, se nenhum prejuízo irrompe por conta de não terem sido oferecidos a seu devido tempo.

É assim que as coisas sucedem no processo civil de resultados:



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo
12ª Câmara – Seção de Direito Público

“As nulidades, mesmo que absolutas, não escapam à incidência dos princípios da finalidade e do prejuízo.”¹

É de convir que se a matéria disposta é primacialmente de direito, as razões de recurso reabrem a oportunidade e são aptas a suprir-lhe a lacuna de dialetização que se deixou passar ao largo, com o que a aventada omissão vem de se confinar ao rótulo de mera irregularidade.

Em compasso de precedência, indeclinável deixar-se assentado de uma vez por todas que a incursão do Poder Judiciário para assegurar o respeito aos direitos prioritários para a organização social nada tem a ver com a ingerência em políticas públicas, quanto mais porque é exatamente a omissão em implementar certas políticas em áreas estratégicas que, de um modo geral, tem-na motivado.

Sólidas teses jurídicas compugnam modernamente em prol desta reflexão e o publicismo fluente, à sua vez, tem sido assertivo quanto a haver um espectro de

¹ **HUMBERTO THEODORO JR.** *Processo de Conhecimento*, 1981, p. 363.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo
12ª Câmara – Seção de Direito Público

atuação administrativa em que ao gestor não é facultada escolha nenhuma entre agir e não-agir, havendo transcrever, entre outras, a *opinio doctorum* de JOÃO BATISTA DE ALMEIDA: *in litteris*

“Não vejo por que não prestigiar a tese que admite o uso da ação civil pública quando o pedido é a implementação de políticas públicas, pois, do contrário, o administrador ficaria totalmente livre para descumprir normas constitucionais e dispositivos legais, inclusive orçamentários, sem poder ser compelido na via judicial ao respectivo cumprimento”²

O discurso monocórdico de que a problemática não há como ser solucionada em vista da ausência de dotações orçamentárias, malgrado o País tenha uma das cargas tributárias mais espoliativas do Planeta, tem tornado dificultoso discernir, na prática, entre crise econômica e ineficiência dos administradores na realização de quaisquer direitos, e não apenas dos sociais fundamentais.

“Falácia” é vocábulo primacialmente ligado à Filosofia, mas que não raro costuma contaminar as reflexões e as ações no orbe jurídico, querendo este étimo dizer, em linguagem laica, algo que é “falso” ou “errôneo”.

² Aspectos controvertidos da ação civil pública, São Paulo: RT, 2001, p. 73.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo
12ª Câmara – Seção de Direito Público

Falácias insistentemente repetidas, qual ocorre às “mentiras” mesmas, no dito popular costumam transubstanciar-se em “proposições verdadeiras” e haverá sempre quem as assimile por idôneas.

O emprego do cognominado “poder discricionário” é, precisamente, uma das falácias que de há muito vinham impulsionando as ações e omissões mórbidas no Direito Público – e não sem refutação de tratadistas de escol³ - isso porque sob pretexto de não se admitir interferência do Poder Judiciário em questões supostamente *interna corporis* ao Executivo, tem-se inserido em categorias discricionais matérias que não o são, e, portanto, deixando ao alvedrio da governança concretizá-las ou não.

Ressalva-se, entretanto, que obrigações determinadas em ações civis públicas se acham perfeitamente enunciadas em textos normativos cuja aprovação passou pelo beneplácito de comissões

³ “É no âmbito dos atos discricionários que se encontra campo mais fértil para a prática de atos imorais” - ³ **MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO**, Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988, p. 116. “Onde mais se fere o interesse público, saúde, moral do povo e se ofende a propriedade dos habitantes” - **RAFAEL BIELSA**, apud WALLACE PAIVA MARTINS JÚNIOR, Probidade Administrativa, Saraiva, 2a. edição, 2002, p. 45.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo
12ª Câmara – Seção de Direito Público

parlamentares, dentre elas a que estudou a viabilidade econômico-financeira das medidas concretas neles objetivadas.

Duplo equívoco: o de arraigar-se a uma concepção ultrassuperada da autossuficiência autista dos Poderes de Estado e o de olvidar-se que o juiz é também ele – e por excelência - um Administrador Público:

“Hoje, o princípio não configura mais aquela rigidez de outrora. A ampliação das atividades do Estado contemporâneo impôs nova visão da teoria da separação de Poderes e novas formas de relacionamento entre órgãos legislativos e executivos e destes com o Judiciário, tanto que atualmente se prefere falar em “colaboração de Poderes”, que se fundamenta na coincidência de duas técnicas: independência orgânica e harmonia de poderes”⁴.

“O princípio da Separação dos Poderes não é mote - nem pode ser transformado em tal- para o esvaziamento da função judicial de controle da Administração

⁴ **JOSÉ AFONSO DA SILVA**, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 2ª ed., São Paulo, Ed. RT, 1984, p. 74.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo
 12ª Câmara – Seção de Direito Público

Pública (...)”⁵

“Em vez de se considerar que julgar a Administração é ainda julgar, preferir-se considerar que 'julgar a Administração é ainda administrar' e que a jurisdição é o complemento da ação administrativa”⁶.

Ressalvada a exuberância intelectual deste e de tantos outros trabalhos vocacionados do eminente Promotor de Justiça, Doutor EDUARDO DIAS DE SOUZA FERREIRA, rogamos respeitosa licença para divergir da solução proposta pelo órgão jurisdicional primário, não por certo à face de uma conjectural intromissão no áureo princípio da separação dos Poderes nem por vislumbrar um poder discricionário que a modernidade, repita-se, já não consente ao gestor público, mas por razões estritamente processuais.

Oportuna uma breve recapitulação das
“primeiras linhas do processo civil”:

⁵ STJ, REsp 959.395/RS, j. 23.04.2009, v.u., rel. Min. Herman Benjamin.

⁶ BERNARD PACTEAU, *Contentieux Administratif*, P.U.F. Paris, 1985, p. 16.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo
12ª Câmara – Seção de Direito Público

A pretensão é objeto do processo porque o conjunto de atos que neste se desenvolvem são praticados pelos respectivos sujeitos em virtude do pedido em que a pretensão vem deduzida. (...) Conteúdo do pedido é a pretensão, ou seja, a exigência que o autor formula ao propor a ação. Assim sendo, é a pretensão que delimita o âmbito da relação processual, com o que está também estabelecendo a extensão e dimensões da prestação jurisdicional a que o Estado é obrigado em virtude dos vínculos criados pelo processo ⁷. (o grifo o foi por nós)

O enunciado do pedido, inserto às fls. 14 da petição inicial é o de que se imponha *“a obrigação de ser formalizado e implementado programa com políticas públicas estaduais e municipais que tenham por objeto a busca de desaparecidos e identificação de crianças e adolescentes bem como a assistência aos parentes”*.

Consabidamente, as causas do desaparecimento de crianças e jovens são socialmente polimórficas, principiando pela desestruturação da família, a omissão ostensiva dos deveres parentais, o recrutamento para o mundo das drogas e até a carência de educação, saúde

⁷ **JOSÉ FREDERICO MARQUES**, *Instituições de Processo Civil*, vol. II, Forense, Rio, 1ª edição, 1958, p. 75.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo
12ª Câmara – Seção de Direito Público

mental e oportunidades de trabalho, à guisa de mera exemplificação.

Mas o que nos parece palmar é que tal qual expedido o comando judicial, guindou-se ele a uma carga de abstração que torna impossível na prática discernir entre as ações concretas a serem efetivamente deflagradas e a exigência de aprimoramento geral e permanente do sistema de segurança pública para cobrir sobreditas omissões, o qual, se não é o único a influir para o êxito das buscas de desaparecidos, tem sob seus ombros a maior parcela de eficácia para levá-las a termo.

Se múltiplas são as causas, evidente que para implementar as soluções se fazem imperiosas ações sinérgicas de mais de um órgão público em seus respectivos domínios de especialização atuacional, o que de certa forma opõe óbice a um perfeito controle do funcionamento e assim a responsabilização pela eventual inexecução do comando judicial.

Parece-me que a sentença concedeu o que a legislação e o regulamentos redundantemente já determinam, faltando o cuidado de individualizar as ações concretas a serem repartidas entre os litisconsortes passivos no



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo
12ª Câmara – Seção de Direito Público

âmbito de suas competências constitucionalmente estabelecidas.

E, neste passo está-se a olvidar que, se as instituições policiais não se acham equipadas de recursos humanos, logísticos e especialmente legais para sequer exercer as funções gerais e elucidar as transgressões de natureza criminal que atentam sobremaneira contra a ordem pública, havendo alvitrar-se os índices numéricos praticamente insignificantes de casos solucionados por meio de procedimentos investigatórios ordinários, devêramos perguntar se o que a sentença está em realidade a determinar seriam medidas específicas ou, ao revés, expedindo uma ordem genérica a que a Polícia seja mais eficiente na busca dos desaparecidos ?

Para mais: de qual natureza de “assistência” se cogitou aos familiares e como repartir as obrigações nesse comenos impostas entre os entes públicos solidários ?

O Poder Público pode muito, mas não pode tudo e age sempre com submissão às regras de competência.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo
12ª Câmara – Seção de Direito Público

Pretensões demasiado genéricas, providas de uma sobrecarga de abstração e objetivamente indelimitadas, quão as de que ora se cuida, postas de parte a bondade e a necessidade social de lhes dar concretude, tornam-se materialmente inexequíveis por, na prática, se confundirem com as exigências de aperfeiçoamento geral da máquina pública, estas sim de natureza discricionária.

Há nesta C. Décima Segunda Câmara de Direito Público precedentes de intervenções ostensivas em políticas públicas como quando determina a redução da população carcerária aos paradigmas da dignidade humana, a reabertura de hospitais e escolas fechados por conta da ineficiência gerencial dos gestores, a adequação arquitetônica dos prédios públicos com vistas à acessibilidade, mas note-se que em todos estes casos o comando de ações concretas se acha enumerado e bem explicitado com vistas à exequibilidade.

As personalidades jurídicas de direito público demandadas trabalharam bem esta vulnerabilidade do pedido e, se factível e útil não se afigura decretar a nulidade da sentença, deveras irretorquível que a pretensão



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo
12ª Câmara – Seção de Direito Público

não se delinea bem objetivada tanto no pedido quanto na sentença que o acolheu.

Valho-me de PONTES DE MIRANDA,
 cujos relâmpagos alumiam o mundo jurídico e nos guiam nas
 veredas da justiça: *in litteris*

“A importância da lógica, da reflexão, é enorme, quase exauriente; de modo que não é puro jogo de palavras comparar-se o julgamento judicial com o julgamento lógico, como pareceu a E. von HIPPEL (*Untersuchungen zum Problem des fehlerhaften Staatsakts*, 39 s.)”⁸

Antecipo-me, por diretiva de economia processual e, sobretudo, visando a agilizar o acesso aos Tribunais Superiores, expender os principais critérios que ordinariamente balizam esta Relatoria no juízo de admissibilidade dos embargos declaratórios, os quais expressam a compreensão majoritária deste Egrégio Tribunal de Justiça e do A. Superior Tribunal de Justiça e, uma vez observados, prestam-se como roteiro seguro para se suprimir eficazmente o risco de incorrerem as partes na sanção pecuniária estipulada no art. 1.026, parágrafo segundo, do Código de Processo Civil:

⁸ PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Forense, Tomo II, 2ª ed. 1979, p. 477.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo
12ª Câmara – Seção de Direito Público

I – desnecessidade do enfrentamento pelo magistrado de todas as questões suscitadas pelas partes quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão (STJ, 1ª Seção, EDcl no MS 21.315-DF, Rel. Min. Diva Malerbi, j. 8.6.2016).

II - Não se exige enumeração ou interpretação expressa de dispositivos legais, pois...

“não cabe esse recurso em matéria cível para o Judiciário mencionar qual a lei, ou o artigo dela, ou da Constituição Federal etc., que esteja a aplicar. Deixar de fazê-lo não é omissão no sentido legal: não existe tal pressuposto para a completude do julgamento cível. Essa subsunção de natureza tópica é assunto para qualquer intérprete. Para a fundamentação do julgado o necessário e suficiente é que se trabalhe mentalmente com os conceitos vigentes contidos no sistema jurídico⁹.”

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE

⁹ EDcl nº 147.433-1/4-01/SP, 2ª Câmara Civil, citados nos EDcl nº 199.368-1, julgado pela 1ª Câmara, Des. Rel. Guimarães e Souza.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo
 12ª Câmara – Seção de Direito Público

DECLARAÇÃO EM RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. PREQUESTIONAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE OMISSÃO OU CONTRADIÇÃO.

I - Incabíveis os embargos de declaração se inexistir omissão, obscuridade ou contradição no acórdão recorrido.

II - O Tribunal não fica obrigado a pronunciar-se acerca de todos os artigos de lei invocados pela parte, desde que decida a matéria questionada sob fundamento suficiente para sustentar a manifestação jurisdicional.

III - Embargos de declaração rejeitados. (EDcl no RMS 11.909/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/09/2005, DJ 26/09/2005, p. 268 – o grifo o foi por nós)

III – os embargos de declaração não se prestam à revisão do julgado:

Embargos de declaração em embargos de declaração em agravo regimental em recurso especial. Repetição de indébito. Restituição por via de precatório. Possibilidade. Matéria decidida pela 1a. seção no REsp 1.114.404/MG, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJ 22/02/2010, sob o regime do art. 543-C do CPC. Inexistência de omissão. Revisão do julgado. Inadmissibilidade. Embargos de declaração da Fazenda Nacional rejeitados.

(...)

4. É da tradição mais respeitável dos estudos de processo que o recurso de Embargos de Declaração, desafiado contra decisão judicial monocrática ou colegiada, se subordina, invencivelmente, à presença de pelo menos um destes requisitos: (a)



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo
12ª Câmara – Seção de Direito Público

obscuridade, (b) contradição ou (c) omissão, querendo isso dizer que, se a decisão embargada não contiver uma dessas falhas, o recurso não deve ser conhecido e, se conhecido, deve ser desprovido.

5. Não se presta este recurso *sui generis* à finalidade de sustentar eventual incorreção do *decisum* hostilizado ou propiciar novo exame da própria questão de direito material, de modo a viabilizar, em sede processual inadequada, a desconstituição de ato judicial regularmente proferido; no caso, da leitura da extensa peça recursal, observa-se claramente ser esse o intuito da embargante.

6. Ante o exposto, rejeitam-se os Embargos Declaratórios. (STJ, EDcl nos EDcl no AgRg no REsp nº 1.086.243/SC, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, 1ª Turma, j. 5.2.2013 – o grifo o foi por nós).

IV - Ainda que se entenda que o julgado contém vícios, o art. 1.025, do Código de Processo Civil é expresso no sentido de que:

“Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade”.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo
12ª Câmara – Seção de Direito Público

Ficam as partes notificadas de que, em caso de oposição de embargos declaratórios, o processamento e o julgamento serão realizados por meio de sessão virtual permanente.

Postas tais premissas, por meu voto, dou provimento aos recursos de apelação para julgar improcedentes os pedidos, refugadas as preliminares.

SOUZA MEIRELLES
Desembargador Relator