



PROCURADORIA
GERAL

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA 11ª VARA DA
FAZENDA PÚBLICA DO FORO CENTRAL DE SÃO PAULO/SP.**

Autos n. 1001380-86.2017.8.26.0053

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - USP, já qualificada nos autos do mandado de segurança em epígrafe, ajuizado pela **ASSOCIAÇÃO DE PAIS E FUNCIONÁRIOS DA CRECHE OESTE (APEF)**, vem, respeitosamente, perante Vossa Excelência, interpor **RECURSO DE APELAÇÃO** em face da r. sentença de fls. 647/651, complementada pela decisão que rejeitou os embargos de declaração às fls. 724, consoante fundamentos a seguir expostos nas razões anexas.

Excepcionalmente, entretanto, requer a Apelante a atribuição excepcional de efeito suspensivo ao recurso, consoante razões expostas a seguir.

DA NECESSÁRIA ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO À APELAÇÃO

Ainda que medida excepcional, há nos autos motivos igualmente excepcionais para que o recurso de apelação receba efeito suspensivo.

Em primeiro lugar, tem a Apelante plena ciência de que a medida antecipatória foi discutida em sede do agravo de instrumento que concluiu pela manutenção da liminar.

Ocorre que a medida liminar, supostamente firmada no risco de perecimento do direito, não teve seu cumprimento exigido até o momento, evidentemente por ausência de condições materiais para tanto.

Como demonstram os quadros a seguir, o número de professores¹ das Creches Central e Oeste diminuiu de 73 (setenta e três) em 2014 para 46 (quarenta e seis) em 2017, o que equivale a uma **redução de 37%**. Em relação ao número total de servidores das duas creches, houve diminuição de 110 (cento e dez) em 2014 para 71 (setenta e um) em 2017, o que equivale a uma **redução de 35,5%**.

Por sua vez, o número de crianças atendidas na Cidade Universitária, no mesmo período (2014-2017), caiu de 267 para 170, ou seja, **36,3%**, porcentagem equivalente, portanto, à da diminuição do total de servidores e de professores.

Não há liberalidade da USP em reduzir a capacidade *potencial* das creches, que é condicionada, pela **capacidade de trabalho de seu atual quadro de funcionários**, hoje muito reduzido:

Quadro dos servidores da Creche Central

Função	RH	2014	2015			2016				2017		2017 RH
			2015	PIDV 2014	Demis/ Transf/ Apos.	Início 2016	PIDV 2016	Demis/ Transf/ Apos.	Final 2016	PIDV Jan	Demis/ Transf/ Apos.	
Aux Adm	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--
Aux Cozinha	3	3	3			3			3			3
Aux Serv Gerais	7	7	7	-1		6			6	-1	-1	4
Cozinheira/Lactarista	4	4	4	-1		3			3		-1	2
Encanador	1	1	1			1			1			1
Enfermeira	1	1	1			1		-1	0			0
Jardineiro	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--
Pedreiro	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--
Profei	1	1	1			1			1		-1	0
Psicólogo	1	1	1		1	2			2			2
Téc. Apoio Educativo	44	44	44	-2		42	-2	-3	37	-11	-4	22
Técnico Ass. Administ.	1	1	1			1			1			1
Técnico Enfermagem	2	2	2			2		-1	1			1
Técnico Nutrição	1	1	1			1			1			1
Vigia	1	1	1			1		-1	0			0
Zelador	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--
Total	67	67	67	-4	1	64	-2	-6	56	-12	-7	37

Quadro dos servidores da Creche Oeste:

¹ Técnicos de Apoio Educativo e Professores de Educação Infantil (Profei).

Função	RH	2014	2015			2016				2017		2017 RH
			2015	RDV 2014	Demis. Transf. Apos.	Início 2016	RDV 2016	Demis. Transf. Apos.	Final 2016	RDV Jan.	Demis. Transf. Apos.	
Aux Adm	1	1	1			1	-1		0			0
Aux Cozinha	1	1	1			1			1			1
Aux Serv Gerais	4	4	4			4			4			4
Cozinheira/Lactarista	3	3	3	-1		2			2			2
Encanador	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--
Enfermeira	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--
Jardineiro	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--
Pedreiro	1	1	1			1			1	-1		0
Profei	2	1	1			1			1			1
Psicólogo	1	1	1			1			1		-1	0
Téc. Apoio Educativo	26	26	26			26		-2	24	-1		23
Técnico Ass. Administr.	1	1	1			1			1		-1	0
Técnico Enfermagem	2	1	1	-1	1	1			1			1
Técnico Nutrição	1	1	1			1			1		-1	0
Vigia	1	1	1			1			1			1
Zelador	1	1	1			1			1			1
Total	43	43	43	-2	1	42	-1	-2	39	-2	-3	34

Basta comparar os números previstos na coluna “RH” das tabelas – que se referem ao quadro de pessoal “ideal” das duas creches - e os constantes da última coluna, para se notar com clareza que as creches em questão estão funcionando com uma grande restrição no número de servidores, **sendo uma medida racional e eficiente a unificação espacial das duas creches.**

Sobreleva ressaltar um dos motivos principais pelos quais é **absolutamente desaconselhável, senão materialmente impossível, reabrir a Creche Oeste, tal como pretende a r. sentença, que é a falta de servidores específicos para o funcionamento de duas estruturas replicadas.** Conforme informado pela SAS em 2017, houve vacância e não há possibilidade de novas contratações (conforme se explicará adiante) nos seguintes casos:

- 01 Pedagogo para o cargo de Supervisor Técnico de Serviço
- 01 Pedagogo para o cargo de Coordenador Pedagógico
- Servidores para a Cozinha e Lactários das duas creches
- Servidores para serviços administrativos das duas creches

Essas deficiências estão sendo contornadas com a unificação das creches. Se a unificação for revertida por uma decisão ainda não transitada em julgado, o quadro será de extrema precariedade!

Para aferição da capacidade de atendimento, a SAS leva em consideração, em seu Projeto Pedagógico, a qualidade do atendimento, a disponibilidade de pessoal, a estrutura, condições especiais e faixa etária das crianças, e ainda parâmetros do MEC para a proporção adulto x crianças segundo a faixa etária. Consideram-se ainda as condições e limitações dos servidores disponíveis para o atendimento de cada uma dessas faixas etárias, como afastamentos, licenças e restrições médicas, transferências e aposentadorias. Durante 2017, por exemplo, **43 servidores apresentaram restrições médicas**, 26 casos são de educadores com restrições para atendimento de crianças, tais como: limitação para carregar peso, execução de movimentos repetitivos (tarefas mais demandadas no atendimento às crianças na faixa etária de 0 a 3 anos). Além disso, equipes de apoio (limpeza, cozinha, administrativo, lactário etc.) também importam na verificação da estrutura das creches e de sua capacidade.

A Creche Oeste não pode ser reativada sem a contratação de servidores para funções imprescindíveis, como a Supervisão e a Coordenação, assim como a parte de alimentação e lactários.

Ainda que se cogite da contratação de servidores para suprir tais ausências (questão que, todavia, foge completamente à alçada do Poder Judiciário), não há entretanto como realizar tais contratações, **pois continua inexistente previsão orçamentária e liberação do Conselho Universitário para a contratação de novos servidores.**

De fato, em razão da gravíssima crise financeira pela qual a Universidade passa há anos, **estão suspensas, desde fevereiro de 2014, as contratações de servidores**, exceção feita aos docentes de ensino superior, as quais, de qualquer modo, tiveram que ser severamente contingenciadas no período, **do que resultou a diminuição do número de tais docentes, responsáveis pelo atendimento das atividades-fim desta Universidade (ensino superior, pesquisa e extensão), em quase 300 professores** (de 6137 em 2014 para 5866 em julho/2017).

Reverter esse processo – senão por uma decisão autônoma da própria **UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO**, ou no mínimo por uma decisão judicial transitada em julgado que reconheça sem dúvidas uma ilegalidade manifesta, uma violação a um direito líquido e certo, e não pautada em dúvidas e incertezas e impressões e possibilidades – causará lesão inquestionável à ordem pública, aqui materializada na ordem administrativa da Apelante e na segurança das crianças, que não terão o acompanhamento profissional devido.

É absolutamente imprescindível registrar que, do ponto de vista da infraestrutura física, a simples reabertura da Creche Oeste também encontra empecilhos que não podem ser resolvidos com uma simples determinação judicial liminar pautada em incertezas. A reabertura encontra **empecilhos físicos, fáticos**, que não são contornáveis sem a adoção de **intervenções na estrutura** do espaço físico da Creche Oeste.

Nesse sentido, a Superintendência de Espaço Físico – SEF realizou uma vistoria em **16.11.2016**, ocasião em que foram encontrados **graves problemas com os telhados da Creche Oeste** (infiltrações e vazamentos). A SEF ilustrou as medidas a serem tomadas e estimou, numa avaliação *preliminar*, o valor dos serviços em R\$ 43.000,00 (quarenta e três mil reais).

Tal estimativa, para ser confirmada, demandaria a elaboração de um projeto a ser aprovado pela Administração, que então, para ser executado, precisaria percorrer todo o procedimento legal das licitações públicas, tal como prescrito pela Lei nº 8.666/93. Portanto, não há viabilidade material para cumprir a r. sentença, senão mediante: a) o atropelo de preceitos normativos e regulamentares; b) a retirada de crianças que estão sendo perfeitamente atendidas em um imóvel, e sua subsequente colocação em um imóvel sujeito a infiltrações e vazamentos de água. Nenhuma das hipóteses, parece evidente, pode ser admitida durante o processamento e julgamento do recurso de apelação, até que transite em julgado o resultado final da causa.

Acrescente-se que hiato percebido desde o deferimento da liminar até hoje denota, inclusive, a ausência de risco de perecimento de direito, e também permitiu que o assunto evoluísse de maneira muito peculiar: o Conselho



PROCURADORIA
GERAL

Universitário, conforme levado a conhecimento do MM. Juiz sentenciante quando da oposição de embargos de declaração, não apenas deixou de corrigir, revisar, invalidar ou anular o ato do Reitor que, segundo a Apelada, teria violado a competência do Conselho Universitário; mais que isso, o Órgão Máximo da **UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO** votou especial destaque, permitindo que a definição da quantidade de vagas máximas a serem ofertadas fosse tomada como em função da disponibilidade da força de trabalho.

De outro lado, a Superintendência de Assistência Social da USP manteve, ainda que no mesmo espaço físico, o atendimento máximo possível, com a melhor otimização da força de trabalho. Cindir as creches, agora, pode acarretar a diminuição da oferta, pois, como já dito nos autos, há funções que não podem ser executadas em duplicidade pela carência de servidores aptos a tanto.

Assim, é necessário reconhecer que, mais que uma consolidação dos fatos, o decurso do tempo desde a concessão do provimento liminar tornou a liminar obsoleta. Se do lado da Apelante a complexidade do assunto e a necessidade de adotar mais providências que, até o momento, não foram levadas em conta pelos julgadores que conheceram do assunto, justifica o adiamento no cumprimento da ordem, levando-se em conta a impossibilidade de contratar mais servidores e a circunstância de estar o local ocupado, sem que a posse tenha sido reintegrada; do lado da Apelada a liminar parece ainda mais desnecessária ou desinteressante de acordo com os valores jurídicos que se propôs a defender: não há nenhuma manifestação de inquietude ou resistência quanto à situação fática atual, em que as crianças estão sendo atendidas em um único local físico.

Se a liminar parece desinteressante para a Apelada, que sequer pediu a intimação pessoal do Reitor após o julgamento do agravo recebido em efeito suspensivo – senão pelo seu aspecto pecuniário que, de certo, fará falta no limitado orçamento da Apelada, para a Apelante a liminar se mostra muito mais lesiva, pois importará em convulsionar o serviço de Creche ofertado no Campus Butantã.

E isso se afirma por permanecerem a carência de servidores e a impossibilidade de contratação, dada a limitação orçamentária decidida pelo próprio Conselho Universitário, e por haver absoluta incerteza quanto as condições físicas



PROCURADORIA
GERAL

atuais do prédio, ocupado há cerca de 01 (um) ano, e que precisa de melhorias como já documentado nos autos.

É certo que a sentença proferida em sede de mandado de segurança pode ser executada provisoriamente (art. 14, §3º, Lei 12.016/2009). Não obstante, em se tratando de sentença que confirma a tutela provisória, é possível o pedido de efeito suspensivo, como dispõe o §3º do art. 1.012 do Código de Processo Civil.

No caso dos autos, independentemente da distribuição de pedido específico ao Relator ou ao Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o cumprimento da ordem de segurança gerará mais danos do que benefícios, tendo em vista que a **UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO** não tem condições materiais de a fazer cumprir.

Sendo assim, requer a Apelante seja atribuído excepcionalmente efeito suspensivo ao recurso de apelação, aguardando-se pois o trânsito em julgado da r. sentença para que se permita, então, seu cumprimento seguro.

Pedem deferimento,

São Paulo, 24 de abril de 2018.

MARCOS FELIPE DE A. OLIVEIRA

LUÍS GUSTAVO GOMES PRIMOS

OAB/SP Nº 304.653

OAB/SP Nº 126.061

PROCURADORES DA UNIVERSIDADE

RAZÕES DE RECURSO DE APELAÇÃO

Autos n. 1001380-86.2017.8.26.0053
Apelante: Universidade de São Paulo
Apelada: Associação de Pais e Funcionários da Creche Oeste

I. SÍNTESE DA PRETENSÃO MANDAMENTAL E ESCOPO DO RECURSO DE APELAÇÃO.

O mandado de segurança foi impetrado em **17.01.2017** pela **ASSOCIAÇÃO DE PAIS E FUNCIONÁRIOS DA CRECHE OESTE (APEF)** contra ato de 16.01.2017 do Reitor da **UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO**, que determinara a unificação das Creches Oeste e Central, ambas até então existentes na Cidade Universitária, Campus Butantã. Alegou-se no mandado de segurança, em rápido resumo:

- i. **Violação ao princípio da gestão democrática** (CF, art. 206, VI), pois a decisão tomada pelo Reitor estaria **além** das diretrizes fixadas pelo Conselho Universitário;
- ii. **Violação da competência exclusiva do Conselho Universitário** para decidir sobre “extinção” de unidades, prevista nos arts. 15 e 16 do Estatuto da Universidade;
- iii. **Violação ao princípio da eficiência administrativa (CF, art. 37)** em vista da ociosidade de vagas existentes mas não preenchidas;
- iv. **Violação aos direitos dos funcionários** em razão da mudança de local de trabalho sem notificação e motivação.

Logo em **18.01.2017**, o Juízo da 11ª Vara da Fazenda Pública da Capital declinou da competência para Vara da Infância e Juventude da Capital, assim dizendo:

“Isso posto, determino a REDISTRIBUIÇÃO da ação para Vara da Infância e da Juventude desta Capital, pois competente para o processamento da ação, encaminhando-se os autos com as homenagens de estilo.

Deixo de examinar a tutela provisória, porque não vislumbro perigo de dano irreparável, sobretudo perecimento de direito. *Vislumbro, de fato, incerteza, mas não a merecer pronta intervenção deste Juízo. Afinal, ainda que haja transferência dos equipamentos, em caso de ordem do Juízo competente, todas as tais mudanças serão imediatamente desfeitas. Registre-se, ademais, que o tempo de encaminhamento dos autos digitais não é tamanho que inviabilize o tempo de apreciação.*

Deixo também de examinar o pedido de ingresso na condição de amicus curiae, porque caberá ao d. Juízo Competente. Em caso de conflito negativo, sirva esta decisão como informações. Cumpra a serventia com URGÊNCIA.”

O Juízo da Vara da Infância e da Juventude (Foro Regional IX – Pinheiros) em **30.01.2017** suscitou então o conflito negativo de competência (fls. 427) que, uma vez instaurado (0009886-33.2017.8.26.0000), foi direcionado ao Juízo da 11ª Vara da Fazenda Pública para que decidisse questões urgentes.

Mas antes mesmo de que o conflito fosse suscitado, a **UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO** apresentou em **06.02.2012** **manifestação preliminar** (fls. 351/358), na qual expôs razões suficientes para suspender o pleito de liminar formulado na inicial.

Sobreveio então, a **21.03.2017**, a r. decisão concessiva da liminar (fls. 483/488), que foi logo suspensa por decisão de **06.04.2017** (fls. 515/517).

A notícia de que ao agravo havia sido negado provimento foi participada ao MM. Juízo de Direito em **22.08.2017** (fls. 523/524), quando a Associação impetrante formulou não pedido de cumprimento da liminar, mas mero pedido de cobrança da multa diária por descumprimento de obrigação de fazer.

Em **29.09.2017** o Ministério Público ofertou o parecer de fls. 561/573, ocasião em que reconheceu a *complexidade* do assunto e a *inadequação do mandado de segurança para tratá-lo*, o que o levou, inclusive, a formular pedido de realização de *audiência de conciliação em sede de mandado de segurança*. No mérito, o *Parquet* foi pela concessão da segurança.

Veio ao mundo, então, a r. sentença vergastada (fls. 647/651), a qual, após transcrever integralmente a decisão liminar, acrescentou a seguinte fundamentação:

“A par disso, considerando o que deduzido, ainda é se registrar que a reabertura e manutenção da Creche Oeste parece, ainda que oferecidas informações sobre o novo plano administrativos e união das unidades, a opção que melhor serve aos interesses que vão de encontro a sua finalidade. Isto é, analisado o caráter das normas que disciplinam a administração das unidades em análise, não verifico, ainda, possibilidade de uma discricionariedade apartada do interesse público primário. Portanto, por não apresentar motivos suficientes ao convencimento do Juízo, prejudicado o pleito em razão das autoridades coatoras.

Enfim, diante de tudo que processado, assento – pois – razão ao direito pretendido, significa dizer, é direito constitucional e sua manutenção é o que espera a população que desfruta da unidade Creche Oeste, sem prejuízo da Administração Pública, isso notadamente se considerando a relação jurídica deduzida e os elementos processuais produzidos. Finalmente, para fiel cumprimento do artigo 489 do Código de Processo Civil, revisito a causa de pedir e de defesa deduzidas por Associação de Pais e Funcionários da Creche Oeste (APEF) e Reitor da Universidade de São Paulo e outro, respectivamente. Naquilo tudo que deduzido, consoante já pronunciado pelo C. Superior Tribunal de Justiça, firmo que à luz dos argumentos e dos julgados oferecidos durante toda tramitação do processo, não vislumbro qualquer premissa fática ou

jurídica, ressalva feita evidentemente àquelas que acolhi, que possam em tese ou em concreto infirmar as conclusões lançadas, no esteio da abordagem contida em fundamentação.

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM MANDADO DESEGURANÇA ORIGINÁRIO. INDEFERIMENTO DA INICIAL. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE, ERRO MATERIAL. AUSÊNCIA. (...) 2. O julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão. A prescrição trazida pelo art. 489 do CPC/2015 veio confirmar a jurisprudência já sedimentada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, sendo dever do julgador apenas enfrentar as questões capazes de infirmar a conclusão adotada na decisão recorrida. (...) (STJ, 1ª Seção, EDcl no Mandado de Segurança nº 21.315-DF (2014/0257056-9), Relator Ministro Herman Benjamin, julgado em 8/6/2016, g.n.).

Isso posto, CONCEDO A SEGURANÇA para determinar a reabertura da Creche Oeste e o preenchimento das vagas ociosas. Oficie-se-lhe.

Custas e despesas na forma da Lei.

Descabida a condenação em honorários advocatícios em face do art. 25 da Lei nº 12.016, de 07 de agosto de 2009. Haverá reexame necessário.

P.R.I.C.

São Paulo, 11 de dezembro de 2017.”

A UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO, ora Apelante, opôs embargos



PROCURADORIA
GERAL

de declaração (fls. 653/662), nos quais suscitou questão de ordem ante a ausência de intimação formal da autoridade coatora para prestar informações. Demonstrou, ainda, que a r. sentença mostrava-se obscura quanto à delimitação do “termo vagas” ociosas e omissa quanto às condições e parâmetros necessários ao seu cumprimento.

Os embargos foram rejeitados (fls. 724/726).

Assim consolidada, e com o máximo respeito à posição esposada pelo MM. Juiz de Direito sentenciante, a r. sentença não pode subsistir, como adiante será demonstrado.

II. PRELIMINAR DE NULIDADE POR AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO E COLETA DE INFORMAÇÕES DA AUTORIDADE COATORA. REITOR DA UNIVERSIDADE QUE NÃO FOI FORMALMENTE NOTIFICADO. AMPLA E DEFESA E CONTRADITÓRIO QUE NÃO FORAM OBSERVADOS.

Como dito nos embargos de declaração opostos às fls. 653/662, o Reitor da **UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO** não foi notificado para prestar informações.

O MM. Juízo, ao rejeitar os embargos, justificou-se nas certidões de fls. 512 e 513, que teriam o condão de registrar ter sido o Reitor notificado para apresentar informações.

Ocorre que os mandados expedidos às fls. 491/492, que teriam sido cumpridos pelas certidões de fls. 512/513, não trouxeram em seu bojo a notificação para apresentação de informações.

Isso se afirma porque a decisão liminar, que acabara de ser exarada (fls. 483/488), não trouxe em seu teor a ordem de notificação da autoridade impetrada. Disse a decisão, quando muito, que *“a litigiosidade aparentemente se resume apenas a legalidade, aí incluída legitimidade e motivação, da decisão administrativa, ao menos até que a resposta eventualmente fundamentada melhor as razões de decidir”*. E nada mais!

Ora, é verdade que nos autos havia informações preliminares ofertadas às fls. 351/358, mas que tinha expresso “caráter preliminar e sem prejuízo da manifestação das autoridades apontadas como coatoras no prazo previsto no artigo 7º, inciso I, da Lei mencionada”. E não teve a indigitada autoridade coatora oportunidade de formular sua defesa, de explicar os acontecimentos e, sobretudo, de complementar as informações que a Universidade Embargante apresentou preliminarmente, “às pressas”, para fins de instruir minimamente a avaliação sobre o pedido de liminar.

Como dito nos embargos, havia, para além das informações preliminares já prestadas, material sobressalente que só a autoridade coatora poderia ter prestado, material esse que poderia e de fato pode causar impacto no julgamento da causa que, repita-se, não estava madura para sustentar o comando mandamental. E ainda que o impacto não se fizesse sentir em sede de primeiro grau, é no mínimo respeitoso ao devido processo legal, à ampla defesa e ao contraditório que tais informações estivessem disponíveis para avaliação do recurso de apelação.

E não estão!

Tudo isso é de fundamental importância porque **as informações prestadas pela autoridade coatora constituem imprescindível meio de prova.** Não se trata de uma mera manifestação estratégica, mas de uma obrigação de uma necessária abertura dos fatos tais como eles ocorreram na formação do ato administrativo imputado ao próprio Órgão Público, abertura essa a cargo da autoridade que o subscreveu. Ademais, é circunstância de **regularidade formal** da ação mandamental, na qual deve, ao menos, ser instada a autoridade a apresentar suas informações. Por isso é que sua ausência causa prejuízo conforme entende a jurisprudência:

MANDADO DE SEGURANÇA – Sustação de protesto de Certidão da Dívida Ativa – Ilegalidade – Extinção da ação ante a ausência de interesse de agir e inadequação da via eleita – Pretensão da impetrante de não sofrer protesto que entende indevido - Interesse de agir e via eleita adequadas -- Impossibilidade de apreciação do

mérito da ação – **Ausência de notificação da autoridade coatora – Inaplicabilidade do princípio da causa madura - Sentença reformada- Recurso provido para se anular a r. sentença.**

(TJSP; Apelação 1003089-45.2015.8.26.0533; **Relator (a): Rebouças de Carvalho; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Público**; Foro de Santa Bárbara D'Oeste - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 14/10/2015; Data de Registro: 15/10/2015)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. Mandado de Segurança. Magistrado que sentenciou de plano sem apresentação de informações da autoridade coatora. Ausência de formação da relação jurídica processual. **Nulidade do v. acórdão que reformou a r. sentença sem as informações da autoridade coatora. Necessidade da notificação da autoridade coatora, sob pena de afronta à ampla defesa e ao contraditório. Embargos acolhidos para que o v. acórdão seja anulado e conseqüentemente seja a autoridade coatora notificada para apresentação de informações (e, após, ao i. membro da Procuradoria de Justiça para parecer) antes do novo julgamento. Embargos acolhidos com determinação.**

(TJSP; Embargos de Declaração 9066673-07.2009.8.26.0000; **Relator (a): Oswaldo Luiz Palu; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Público**; Foro de Itu - 3ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 29/02/2012; Data de Registro: 29/02/2012)

MANDADO DE SEGURANÇA – ANULAÇÃO DE ATO ADMINISTRATIVO – EXTINÇÃO DE MANDATO DE VEREADOR – Extinção da ação ante a carência de ação e inadequação da via eleita – Pretensão da impetrante de ser reconduzida ao cargo de vereadora – Interesse de agir e via eleita adequadas – Impossibilidade de apreciação do mérito da ação – Ausência de notificação da autoridade coatora – Inaplicabilidade do princípio

da causa madura – Sentença reformada – Recurso provido para se anular a r. sentença.

(TJSP; Apelação 1006348-27.2015.8.26.0637; **Relator (a): Rebouças de Carvalho; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Público**; Foro de Tupã - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 25/05/2016; Data de Registro: 25/05/2016).

Apelação Cível - Mandado de segurança - Alteração de contrato social da empresa - Inclusão de novo sócio - Sentença de mérito - **Ausência de notificação da autoridade coatora - Nulidade - Retorno dos autos para regular processamento - Sentença reformada. Recurso provido.**

(TJSP; Apelação/Reexame Necessário 1004983-46.2015.8.26.0019; **Relator (a): Marrey Uint; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Público**; Foro de Americana - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 21/02/2017; Data de Registro: 23/02/2017).

Assim, o desrespeito à regra de notificação da autoridade apontada como coatora prevista no art. 7º, inciso I, da Lei 12.026/2009, importou sim, no presente caso, em nulidade da r. sentença, que não poderia ter sido prolatada sem a oportunidade de apresentação de informações detalhadas por parte do Reitor da Universidade de São Paulo.

Em vista do exposto, reiterando todo o arrazoado apresentado em sede de embargos de declaração, requer a Apelante seja reconhecida a nulidade da r. sentença, determinando-se o retorno dos autos para que seja o Reitor *notificado* para apresentar Informações, no prazo legal, após o que novo parecer do Ministério Público deverá ser colhido antes de prolatada nova sentença.

Subsidiariamente, requer a Apelante **UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO** seja o recurso convertido em diligência, notificando-se o Reitor da Universidade para que, excepcionalmente, apresente informações perante esta Superior Instância.

III. MÉRITO: INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ESTREITAMENTO DA COGNOSCIBILIDADE. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DIRETA A DIREITO LÍQUIDO E CERTO. MANDADO DE SEGURANÇA COM INTERESSE COLETIVO. AUSÊNCIA DE MECANISMOS PROCESSUAIS QUE GARANTAM À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ADEQUADA DEFESA.

Acaso superada a preliminar acima suscitada, cumpre reconhecer que a r. sentença não pode ser mantida.

Como acima resumido, a impetração fundou-se basicamente em quatro alegações, a saber: (i) **violação ao princípio da gestão democrática** (CF, art. 206, VI); (ii) **violação da competência exclusiva do Conselho Universitário** (arts. 15 e 16 do Estatuto da Universidade); (iii) **violação ao princípio da eficiência administrativa (CF, art. 37)**; (iv) **violação aos direitos dos funcionários** em razão da mudança de local de trabalho.

A r. sentença vergastada acolheu parcialmente os motivos alegados em inicial, e considerou que a medida tomada pelo Reitor da **UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO** traduziria um aparente “desvio de finalidade”. Como se baseou na decisão liminar, vale mais uma vez demonstrar mais uma vez toda a insegurança de que se revestiu o comando jurisdicional.

Ora, toda a insegurança e fragilidade da r. sentença, lida em conjunto com a decisão liminar nela transcrita, evidencia que a questão é mais complexa do que dá a crer a Apelada. Complexa questão, a decidir violação de direito líquido e certo, só por sólida decisão poderia ser judicialmente modificada, pena de causar uma intervenção temerária do Poder Judiciário na administração de uma Instituição Pública do porte desta **UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO**.

A abrangência e complexidade do assunto discutido são tantas que o próprio Ministério Público, ao ofertar o parecer de fls. 561/573, anotou: “*Ainda que não seja avia adequada para discussão mais ampla sobre o tema...*”.

Em primeiríssimo lugar, é necessário afirmar que não houve efetiva redução de vagas. Ora, consoante se verificou no quadro fornecido quando do fornecimento de informações preliminares, das 52 crianças matriculadas na Creche e Pré-escola Oeste em 2016, 11 concluíram a educação infantil, de maneira que

restariam 41 crianças a continuar em 2017, enquanto que dos 91 matriculados na Creche e Pré-escola Central em 2016, 22 passaram ao ensino fundamental, restando para 2017, a princípio, 69 crianças.

Local	Matriculados em 2016	Continuam em 2017
Creche e Pré-Escola Central	91	69
Creche e Pré-Escola Oeste	52	41
Total	143	110

E com a transferência dos servidores da Creche e Pré-Escola Oeste para a Central, todas as crianças que continuariam na Creche e Pré-escola Oeste estão matriculadas e sendo plenamente atendidas, juntamente com as crianças da Creche e Pré-escola Central, à exceção de uma criança que deixou de frequentar a instituição em razão de seu responsável ter sido desligado em decorrência do PIDV. A transferência não implicou, portanto, redução de vagas, já que, segundo a própria inicial, a Creche e Pré-escola Oeste poderia atender a no máximo 40 crianças, e, plano dos fatos, **com a transferência dos servidores da Creche e Pré-escola Oeste para a Central, continuam sendo atendidas, neste último espaço, as 40 crianças que continuariam na Creche e Pré-escola Oeste**. Ou seja, se a capacidade era de 40, e continuam sendo atendidas (ainda que em outro espaço) 41, **redução não houve**.

É absolutamente importante considerar que, conforme noticiado ao Juízo sentenciante quando da oposição de embargos de declaração, informação esta que lhe seria participada se tivesse tido o cuidado de respeitar as garantias da ampla defesa e do contraditório mediante a notificação formal da autoridade coatora para prestar informações, o próprio Conselho Universitário votou, em 28.11.2017, um destaque especial para a proposta de Diretrizes Orçamentárias de 2018, decorrente de um parecer da Comissão de Orçamento e Patrimônio – COP, com a seguinte redação: **“Preencher as vagas existentes na creche em função do número de servidores disponíveis”** (anexo aos embargos de declaração).

Essa mudança é importantíssima, tendo em vista que, agora de maneira clara e não mais isoladamente por parte do Reitor da Universidade, as vagas só poderão ser preenchidas de acordo com a disponibilidade de funcionários, e esta é a principal limitação para a eficácia ou utilidade do comando sentencial.

Pois há, aqui, uma modificação sensível e incontornável em relação àquela diretriz na qual se baseou a impetração, que dizia em 2016, com vigência pra 2017: “vagas ociosas no limite da capacidade das creches da USP” (vide doc. 02 – “Diretrizes Orçamentárias” de 2017, fls. 15).

Assim é que, hoje, o Reitor da Universidade está expressa e claramente autorizado pelo Conselho Universitário a limitar o ingresso de alunos nas Creches de acordo com a disponibilidade de servidores.

Não que essa condição - a disponibilidade de servidores – não já fosse um critério válido. Tanto que a Superintendência de Assistência Social da USP, após analisar o quadro de servidores disponível nas creches após o Programa de Incentivo à Demissão Voluntária (PIDV), em fase de encerramento, concluiu que, com a reunião dos servidores da Creche e Pré-escola Central com aqueles da Creche e Pré-Escola Oeste na primeira, seria possível abrir inscrições para novas crianças, e então foi iniciada nova seleção, acrescentando-se 60 novas crianças para a Creche e Pré-Escola Cidade Universitária (nova denominação da Creche e Pré-Escola Central) em 2017.

Então, ciente da quantidade de servidores com a qual poderia contar de agora para a educação infantil na Cidade Universitária (dado o PIDV), pôde a Apelante calcular com segurança o número de crianças que poderia ser atendido em 2017, vindo de fato a admitir novas crianças na Creche e Pré-escola Cidade Universitária (unificada).

E pasme a Apelada: o número total de crianças que acolhidas em 2017 foi sensivelmente **superior ao total das Creches e Pré-escola Central e Oeste em 2016:**

Local	Crianças	Vagas
-------	----------	-------

	atendidas em 2016	disponibilizadas para 2017
Creche e Pré-Escola Cidade Universitária (Creche e Pré-Escola Central)	91	168
Creche e Pré-Escola Oeste	52	-----
Total	143	168

Assim, deixando de lado a superficial e tergiversativa discussão sobre extinção de unidade, que é meramente transversal à preocupação principal de garantir a continuidade do serviço de ensino infantil, é fato que as inúmeras ilações constantes da inicial a propósito da “redução de vagas”, continuam a não se sustentar.

Assim resolvido, não havia e não há, portanto, motivo para que a Universidade fosse obrigada a manter duas unidades que têm a mesmíssima finalidade, no mesmo espaço geográfico/urbano, até porque a quantidade de crianças é uma função direta da quantidade de funcionários. Deve-se, afinal, evitar a duplicidade dos meios para fins idênticos, e a racionalização do capital humano na Creche Central permite uma oferta mais consistente do serviço, enquanto que a centralização espacial em um único lugar facilita o emprego e a manutenção mais eficiente da infraestrutura.

Repita-se que toda a resistência manifestada pela Associação Apelada não se justifica, sobretudo por se tratar de um **serviço não obrigatório**.

Como se um Governador não pudesse remodelar secretarias ou remanejar servidores; como se a administração do Poder Judiciário não pudesse, respeitadas as prerrogativas, modificar a quantidade, para mais ou para menos, de varas ou câmaras julgadoras, contratar mais ou menos juízes ou funcionários.

Claro está que a unificação das creches, antes de violar o princípio da eficiência administrativa (CF, art. 37), dá-lhe efetivo cumprimento.

Claro também é que não há **desvio de finalidade**.

Ora, a r. sentença vergastada compartilha a mesma vagueza e insegurança da decisão liminar, ambas influenciadas pela obscura narrativa da impetração. A r. sentença é absolutamente vaga e não exhibe que direito líquido e certo teria sido violado.

Isso se afirma com segurança pois, após reconhecer que “a REALOCAÇÃO ou OTIMIZAÇÃO dos recursos administrativos ou físicos não equivale a extinção de órgãos ou unidades”, e que “inexiste direito dos envolvidos, ainda que dentro de um gestão democrática, de impor conveniência se circunstâncias sobre o planejamento amplo do funcionamento da autarquia”, **o Douto Magistrado a quo passa a injustificadamente adotar “impressões” e “dúvidas” como razões de decidir. Essa insegurança é visível quando afirma que** “parte das informações narradas **dá a impressão** de que há alguma resistência administrativa que foi rebatida pela decisão recente do Conselho Universitário”, ou quando diz que “o ponto final desse tema **talvez** não tenha sido bem recebido, e aí a **semente** do desvio de finalidade. **Talvez** uma reserva mental que teria sido materializada na decisão de realocação ou otimização.”

Diz ainda que “a decisão do Conselho Universitário **parece** ter decidido orçamento das Creches da USP, tanto quanto, a necessidade de preenchimento das vagas ociosas”, e que “**não está claro ao Juízo** que a previsão do artigo 16, item 13, do Estatuto da USP realmente se refira às creches”, ou quando aduz que “o vetor do Conselho Universitário **poderia** ter sido burlado através da realocação”. E ainda quando que “a interpretação pragmática da decisão administrativa não deixa de **abrir fresta** ao esvaziamento da Creche Oeste”, achando que haveria “**probabilidade** de que a decisão administrativa – consciente ou inconscientemente – se revista de um **rótulo que oculta** seu verdadeiro conteúdo.”

Ora, como antecipado ao Douto Magistrado, o Conselho Universitário de fato deliberou pelo preenchimento das “vagas ociosas”, isso “no limite da capacidade das creches” (fls. 15 das “Diretrizes Orçamentárias” de 2017, juntada em primeiro grau). E a capacidade do sistema de creches só pode ser medida em função da infraestrutura física e do ***quadro de pessoal***. Daí, conforme



PROCURADORIA
GERAL

detalhado, ter-se decidido o número de crianças que poderiam ser atendidas na Cidade Universitária em 2017 só após o PIDV.

Aliás, inexistente controvérsia na presente ação quanto ao preenchimento das “vagas ociosas” da Creche e Pré-escola da Oeste.

As Diretrizes Orçamentárias o Orçamento de 2017 da USP, aprovados pelo Conselho Universitário no final de 2016, limitaram-se, como sói ocorrer em documentos orçamentários, a detalhar os valores previstos para custear cada tipo de atividade. Ou seja, nestes documentos, que retratam o aprovado pelo Conselho Universitário, não há qualquer menção à Creche e Pré-escola X ou Y, há apenas a menção à **atividade** “creches” e ao valor estimado de despesa com a atividade (que não inclui, mencione-se, a despesa de pessoal, alocada em outro item).

Não se pode dizer, então, que o Reitor descumpriu a decisão do Conselho Universitário, simplesmente porque o que se decidiu, nas sessões 08.11.2016 e 06.12.2016, foi a alocação de determinado montante de recursos para a atividade “creches”, de forma global e genérica, e não que a Creche e Pré-escola Oeste, ou a Creche e Pré-escola de Ribeirão Preto, ou qualquer outra Creche e Pré-escola específica deveria continuar funcionando no mesmo espaço, vedado qualquer agrupamento ou otimização de atividades.

E note-se que além de não ter o Conselho Universitário invalidado a decisão do Reitor, e nem mesmo sinalizado que o faria durante todo o ano de 2017, veio o Órgão Máximo corroborar a medida tomada com a aprovação de novo texto, dando especial ênfase à disponibilidade de servidores capazes de suportar determinada quantidade de crianças, o que corrobora a evidência de que a Apelada tem forçado o argumento para angariar resultados políticos.

Vê-se que a complexidade desde caso está tanto na quantidade de informações a serem apreendidas como na posição decisória do Poder Judiciário para resolver o conflito. Há, é sabido, meios mais amplos para a defesa de interesses coletivos e de controle judicial das atividades da Administração Pública, como *ações populares* ou *ações civis públicas*.

Mais do que uma simples liminar, a concessão do mandado de segurança implica na invalidade de um ato administrativo, e por isso exige a prova

pré-constituída de uma violação a direito líquido e certo, o que não aconteceu! Afinal, como podemos compatibilizar a expressão “direito líquido e certo” com as expressões “dá a impressão”, “talvez”, “semente do desvio de finalidade”, “parece ter decidido”, “não está claro”, “poderia”, “abrir fresta”, “rótulo que oculta”, todas presentes na r. decisão liminar e reprisados na r. sentença vergastada?

Não perder de vista que direito líquido e certo é aquele que se demonstra de plano, sem necessidade de qualquer dilação probatória para seu reconhecimento. Pois caso a pretensão veiculada pela parte não seja verificável de plano, ou seja, não apresente uma **ilegalidade manifesta** acompanhada da **prova pré-constituída**, seria necessário dar espaço, pela via probatória, e de maneira ampla, para que a lesão ao alegado direito viesse à luz.

No caso dos autos, longe de desafiar as superficiais alegações vertidas em inicial, a pretensão mandamental dá um contorno estreito demais para um problema que envolve (i) restrições orçamentárias, (ii) vedação à contratação de novos servidores e (iii) necessidade de observação da proporção de servidores e crianças para atendimento adequado.

Uma prova documental mais ampla – a ser de maneira também ampla produzida numa via probatória mais adequada – permitiria compreender a situação vivenciada pela Universidade para além da decisão que determinou a unificação das Creches Oeste e Central. Informações preliminares, e mesmo informações prestadas pela autoridade apontada com coatora – essas últimas inexistentes no presente caso, não têm o condão de suprir o Poder Judiciário de elementos seguros para que possa intervir no mérito administrativo, suspendendo ato que encontra na realidade administrativa justificação e legitimidade, e não contraria qualquer decisão do Conselho Universitário.

Em verdade, o novo ato do Conselho Universitário, que autorizou a diagramação do total de vagas para 2018 a partir da disponibilidade de servidores, configura uma alteração importante do quadro normativo que a Apelada utilizou como premissa da impetração. Nitidamente, o novo ato modifica as bases fáticas e torna vazio o objeto do presente mandado de segurança. Se por um lado o Conselho Universitário não agiu, ao longo de 2017, no sentido de anular ou revogar o ato do

reitor, por outro lado o mesmo Conselho Universitário autorizou a redução ou aumento de vagas de acordo com a disponibilidade de funcionários!

Conclui-se, assim, pela inadmissibilidade do *writ* em razão da inadequação da via eleita e da extrapolação do seu objeto, que foi modificado pelo destaque votado pelo Conselho Universitário, o que deve levar à extinção do processo sem resolução de mérito, pela falta de interesse processual.²

Resta reconhecer que o fundamento apresentado pela Apelada, ao ajuizar o mandado de segurança, ficou adstrito ao suposto descumprimento de diretrizes constitucionais, nomeadamente o princípio da gestão democrática do ensino público (CF, art. 206, VI), como o da eficiência administrativa (CF, art. 37), ao questionar, respectivamente, a suposta extrapolação da decisão colegiada tomada pelo Conselho Universitário por parte do Reitor da Universidade e o uso inadequado da estrutura disponível para atendimento de crianças pela Universidade de São Paulo.

Não bastasse, a r. sentença lesiona tanto ao princípio da autonomia das universidades (CF, art. 207) como da separação dos poderes (CF, art. 2º).

Quanto à autonomia universitária, insculpida no art. 207 da Constituição Federal, a r. sentença, embora tenha acertadamente reconhecido a competência do Conselho Universitário para supervisionar a execução das diretrizes fixadas pelo colegiado, o que não é refutado pela Apelante, a ela se sobrepôs, a essa mesma competência do Conselho Universitário que acabara de reconhecer, para anular um ato administrativo dotado tanto de presunção de legitimidade como de motivação concreta objetivamente justificada. A importância dessa questão está em reconhecer que o passar do tempo significou uma validação, pelo Conselho Universitário, do ato administrativo praticado pelo Reitor da Universidade. Ou seja, onde forçadamente se alega haver uma ilegalidade consistente na extrapolação dos limites impostos pelo órgão colegiado, representativo do princípio da gestão

² “Adequação é a relação existente entre a situação lamentada pelo autor ao vir a juízo e o provimento jurisdicional concretamente solicitado. O provimento, evidentemente, deve ser apto a corrigir o mal de que o autor se queixa, sob pena de não ter sentido. Quem alega, por exemplo, o adultério do cônjuge não poderá pedir a anulação do casamento, mas o divórcio, porque aquela exige a existência de vícios que inquinem o vínculo matrimonial logo na sua formação, sendo irrelevantes fatos posteriores. O mandado de segurança, ainda como exemplo, não é medida hábil para a cobrança de créditos pecuniários” (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, DINAMARCO, Cândido Rangel, GRINOVER, Ada Pellegrini, *Teoria Geral do Processo*, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1979, p. 223).



PROCURADORIA
GERAL

democrática do ensino público, haveria na verdade, pelo passar do tempo, uma convalidação da medida empreendida pelo Reitor. E mais: a nova parametrização nas diretrizes de 2018 aponta nesse mesmo sentido: as vagas podem ser reduzidas sim.

A violação ao princípio da autonomia universitária, por outro lado, constitui-se em veículo para ofender um mais importante princípio republicano, que é o da separação dos poderes, inscrito no art. 2º da Carta Magna de 1988. Ora, o Poder Judiciário, através da r. sentença vergastada, revogou um *ato de gestão complexo*, absolutamente permeado de motivação e de contextualização fática diante da realidade crítica que atravessa a Universidade de São Paulo. Se não há ilegalidade manifesta na medida tomada pelo Reitor da Universidade, o que é reforçado pelo fato de o Conselho Universitário, ao longo de todo o ano de 2017, não ter pautado em suas sessões o tema de extrapolação das diretrizes fixadas por parte do Reitor, não há espaço para intervenção judiciária, tendo em vista que não há nenhum problema formal nas medidas implementadas.

Há, antes, justificativas plenas e cabais quanto à razoabilidade e necessidade da unificação das creches no quadro de redução da força de trabalho, restrições orçamentárias e suspensão das nomeações.

Não há negar, portanto, que a sentença concessiva da ordem de mandado de segurança viola a Constituição Federal, mais precisamente os princípios da autonomia universitária e da separação de poderes.

Dúvidas não há, portanto, de que o recurso merece provimento.

IV. CONCLUSÃO E PEDIDOS

Diante de tudo o que foi exposto, requer a **UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO** seja o recurso de apelação processado e **excepcionalmente recebido no seu efeito suspensivo**, intimando-se o adverso para, querendo, contrarrazoá-lo, assim como colhendo-se parecer do Ministério Público em Segunda Instância.

Uma vez regularizado e remetido à Superior Instância, requer a Apelante seja o recurso provido para, em sede preliminar, anular a sentença e determinar o retorno dos autos ao primeiro grau para que seja o Reitor da



PROCURADORIA
GERAL

Universidade pessoalmente notificado para expressamente prestar informações pormenorizadas, necessárias ao deslinde do feito, proferindo-se na sequência nova sentença. Alternativamente, roga seja o feito convertido em diligência para que as informações sejam prestadas perante a Instância Superior.

Caso superada a preliminar, o que se admite pelo princípio da eventualidade, requer a Apelante seja o apelo provido para o fim de julgar improcedente a ação mandamental, assegurando a estabilidade das ações normativas e administrativas tomadas pela Universidade de São Paulo, autônoma que é para eleger suas prioridades e definir seus rumos, respeitada a lei e os regulamentos vigentes.

Pedem deferimento,

São Paulo, 24 de abril de 2018.

MARCOS FELIPE DE A. OLIVEIRA

LUÍS GUSTAVO GOMES PRIMOS

OAB/SP Nº 304.653

OAB/SP Nº 126.061

PROCURADORES DA UNIVERSIDADE