

EXCELENTÍSSIMO (A) SENHOR (A) JUIZ (A) DE DIREITO DE UMA DAS
VARAS CÍVEIS DA COMARCA DE FERNANDÓPOLIS-SP

O **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**, por seu Promotor de Justiça que esta subscreve no uso das atribuições legais, com fundamento nos artigos 23, inc. X, 127, *caput*, e art. 129, incisos II e III, da Constituição Federal, artigos 232 e 234 da Constituição do Estado de São Paulo, art. 25, inc. IV, alínea “a”, da Lei Federal nº 8625/93, art. 103, inc. VII, da Lei Complementar Estadual 734/93, art. 1º, inc. IV, da Lei Federal nº 7347/85, *vem*, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, ajuizar a presente

ACÃO CIVIL PÚBLICA

c.c.

PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

Em face da **FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**, pessoa jurídica de direito pública, inscrita no CNPJ nº 46.379.400/0001-50, com sede na Avenida Morumbi, 4500, São Paulo-Capital, representada pela Procuradoria-Geral do Estado, com sede na Rua Pamplona, 227, Jardim Paulista, no município de São Paulo-Capital,

Em face do **MUNICÍPIO DE FERNANDÓPOLIS**, pessoa jurídica de direito público, inscrito no CNPJ.: 47.842.836/0001-05, com sede na rua Bahia, 1264, na região central do Município de Fernandópolis, representado pelo Prefeito Municipal Luiz Vilar de Siqueira, com fundamento nas razões jurídicas e pragmáticas a seguir aduzidas.

1 – DOS FATOS E FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Instaurou-se o inquérito civil 14.0264.0000008/2011-8, porque chegou ao conhecimento desta 2ª Promotoria de Justiça de Fernandópolis, por meio de representação apresentada pelo CRAS de Fernandópolis de que “alguns moradores de rua tinham invadido um prédio desocupado da CESP, próximo ao Mercado Municipal, na Rua Espírito Santo s/nº (ao lado do FERNANDGRAF)”; então, o CREAS diligenciou e constatou a existências de seis moradores usuários do imóvel, que fazem uso de drogas ilícitas e lícitas, entre eles José Carlos Bergamasco, com parentes na cidade de Fernandópolis, e autor de ação previdenciária em trâmite perante o TRF 3ª Região sob o nº 2005.03.99.014364-4

À propósito, em relação a José Carlos Bergamasco, exatamente pela falta de política pública estadual e municipal, não obstante o ajuizamento da ação de interdição (distribuída a 1ª Vara Cível local – FLS. 119-22)), com pedido de nomeação de curador especial para assegurar maior proteção ao idoso (apesar do indeferimento judicial), ele faleceu, conforme documentos anexo. **Portanto, as omissões do Governo do Estado de São Paulo e do Município de Fernandópolis estão causando mortes de moradores de rua.**

O CREAS tem noticiado a esta Promotoria de Justiça diversos casos de pessoas em situação de vulnerabilidade social, moradores de rua de Fernandópolis.

Instada a Prefeitura Municipal de Fernandópolis sobre as providências adotadas para inclusão social de moradores de rua com as singelas atitudes de distribuição de alimentos à população de rua nas vias pública e mediante programa de acolhimento por albergue para moradores de rua, a Coordenadora do CREAS informou a fl. 136 **a ausência de programas neste sentido, restringindo-se o Poder Público municipal a promover ações “efetivas” de prevenção e resgate social, onde o maior foco é a inserção familiar, fortalecendo e resgatando vínculos; inclusão no Benefício de Prestação Continuada e encaminhamentos a área da saúde, principalmente a da saúde mental.**

No entanto, estas medidas apontadas pelo Poder Público municipal não são eficazes, porque o resgate do convívio familiar não se faz num passe de mágica e com simples atendimentos deixando, paralelamente, ao léu os moradores de rua; isto é, há necessidade de recuperá-los para que a família também o aceite e investigação dos motivos da exclusão familiar. A inclusão no Benefício de Prestação Continuada acaba sendo uma armadilha para o morador de rua sem estrutura mental e psicológica e, pior ainda, dependente químico, uma vez que usará o dinheiro justamente para o sustento do vício, aprofundando; finalmente, irrita a providência do encaminhamento a tratamento de saúde mental, porque o município de Fernandópolis não possui instalado o CAPS AD, Centro de Atenção Psicossocial para Alcoólatras e Drogados (cujá omissão é objeto do inquérito civil nº 14.0264.0000080/2010-2 desta Promotoria de Justiça).

O Município de Fernandópolis chega ao absurdo de confessar (fl. 143) o fornecimento de passagem aos moradores de rua para viagem a municípios próximos onde existem Albergue. **É o mesmo que dizer: aqui há desestrutura e descaso, então se transporte o morador de rua (que é um cidadão, um ser humano) para um cidade mais organizada e consciente dos deveres sociais. Ora, trata-se de um verdadeiro “crime” de exclusão social.**

Conforme relatório de fls. 140-2, a situação é grave: são 8 moradores de rua com problemas de alcoolismo, alguns com drogas e outros com graves problemas mentais, inclusive esquizofrenia. As providências adotadas são insatisfatórias e ineficazes, tanto que em relação a alguns, nem mesmo se saber o paradeiro deles. Ora, inocência acreditar na formação de vínculo de acompanhamento e tratamento de um morador de rua alcoólatra, doente mental e dependente químico.

A despeito da desorganização e falta de comprometimento social do Município de Fernandópolis na implantação de eficaz política de atendimento ao morador de rua, outros municípios deram seu exemplo:

- 1- na Cidade de São Paulo, vigora a Lei Municipal nº 12.316, de 16 de abril de 1997, que dispõe sobre a obrigatoriedade do poder público municipal a prestar atendimento à população de rua na cidade de São Paulo – projeto de autoria de uma vereadora – que, apesar do vício de iniciativa e alvo de ação direta de inconstitucionalidade nº 45.535.0/0 perante o Tribunal de Justiça de São Paulo, acabou sendo regulamentada pelo Decreto Municipal nº 40.232/2001 (sendo extinto aquele processo por desistência da ação pelo Prefeito Municipal);
- 2 – A cidade de Catanduva, da região de Fernandópolis, deu importante exemplo, ao desenvolver o Programa “Novos Caminhos” (cópia anexa);
- 3 – A cidade de Cubatão também desenvolve trabalho de atendimento eficaz aos moradores de rua (cópia anexa);
- 4 – Até a cidade de Manaus, AM, tem programa de atendimento eficaz.

Mas não tem em Fernandópolis, onde o atendimento é puro “faz de conta”, a despeito do esforço e comprometimento dos servidores lotados junto ao CREAS-Sentinela **(aqui, um testemunho da dedicação das servidoras, somente não alcançado melhores resultados pela falta de outorga das ferramentas sociais adequadas pelo Poder Público Municipal).**

Quanto a Fazenda Pública do Estado de São Paulo, também recai sobre este ente federativo a responsabilidade pelo descaso em relação aos moradores de rua locais, porque a responsabilidade é solidária e, neste diapasão, seus organismos de assistência social têm a inafastável obrigação de fiscalizar, investigar e providenciar as políticas públicas, ainda que somente na esfera estadual, não podendo o Governo do Estado de São Paulo (para o qual os cidadãos também pagam tributos) quedar-se inerte aguardando a cômodo iniciativa de municípios para elaboração de convênios. Para a população, cônica dos deveres e responsabilidades, os três entes federativos devem ter a iniciativa da solução dos problemas.

Nesta esteira, tanto o Governo do Estado de São Paulo como o Governo do Município de Fernandópolis inobservam o Política Nacional para Inclusão Social da População em Situação de Rua do Governo Federal de maio de 2008, com prevê de diversas condutas para o atendimento de moradores de rua.

As pessoas em situação de rua merecem tanto quanto a atenção dos poderes públicos, porque:

“exclusão social relaciona-se com situação extrema de ruptura de relações familiares e afetivas, além de ruptura total ou parcial com o mercado de trabalho e de não participação social efetiva. Assim, pessoas em situação de rua podem se caracterizar como vítimas de processos sociais, políticos e econômicos excludentes” (fl. 13). “... “são comumente enumeradas várias espécies de fatores motivadores da existência de pessoas em situação de rua, tais como fatores estruturais (ausência de moradia, inexistência de trabalho e renda, mudanças econômicas e institucionais de forte impacto social etc.), fatores biográficos (alcoolismo, drogadição, rompimentos dos vínculos familiares, doenças mentais, perda de todos os bens, etc. além de desastres de massa e/ou naturais (enchentes, incêndios, terremoto, etc.)” – fl. 13.

...

São diversos os grupos de pessoas que estão nas ruas: imigrantes, desempregados, egressos dos sistemas penitenciário e psiquiátrico, entre outros, que constituem uma enorme gama de pessoa vivendo o cotidiano das ruas. Ressalte-se ainda a presença dos chamados “trecheiros”: pessoas que transitam de uma cidade a outra (na maioria

das vezes, caminhando a pé pelas estradas, pedindo carona ou se deslocando com passes de viagem concedidos por entidades assistenciais” – fl. 18.

...

O Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome define: “grupo populacional heterogêneo, caracterizado por sua condição de pobreza extrema, pela interrupção ou fragilidade dos vínculos familiares e pela falta de moradia convencional regular. São pessoas compelidas a habitar logradouros públicos (ruas, praças, cemitérios, etc.), áreas degradadas (galpões e prédios abandonados, ruínas, etc.) e, ocasionalmente, utilizar abrigo e albergues para pernoitar”

Aqui, em Fernandópolis, já é da cidade se preocupar com esta problemática, porquanto pretende se desenvolver com projetos econômicos arrojados e promissores, como a instalação da Zona de Processamento e Exportação, tornando pólo econômico e, pois, atrativo dos bons e maus problemas inerentes ao desenvolvimento.

Portanto, tanto o Governo Estadual como o Municipal (também a União, ora não demandada em virtude da limitação de atribuições e competência), descumprem o disposto no art. 23, parágrafo único, inc. II, da Lei Federal nº 8742/93. Conforme o Plano Nacional acostados aos autos (fl. 16): “De acordo com a nova legislação, portanto, o poder público municipal passou a ter a tarefa de manter serviços e programas de atenção à população de rua, garantindo padrões básicos de dignidade e não-violência na concretização de mínimas sociais e dos direitos de cidadania a esse segmento social”.

A necessidade do incremento de políticas públicas concretas de atendimento a pessoa em situação de rua, considerada esta aquela como “pessoas que não têm endereço fixo e de pessoas que possuem endereço, porém permanecem a maior parte do tempo nos logradouros públicos” (fl. 18), é evidenciada na Resolução nº 145, de 15 de outubro de 1994 – do MDS-CNAS (fl. 42), segundo a qual, em 2000, para municípios com população de 50.001 a 100.000 habitante (fl. 49):

- A média de população vivendo com renda per capita abaixo da linha de indigência em casa município: 11.843;
- A percentagem vivendo com renda per capita abaixo da linha de indigência: 17,03;
- A média da população vivendo com renda per capita abaixo da Lina de pobreza em cada município é 24.518;
- A percentagem vivendo com renda per capita abaixo da linha de pobreza: 35,26;

Há, pois, necessidade dos réus implantarem no município de Fernandópolis os serviços de proteção social especial de alta complexidade, como atendimento integral institucional, casa lar, república, casa de passagem e albergue (fl. 67), mediante instrumentos de proteção social (segurança de sobrevivência ou de rendimento e de autonomia – fl. 68 – segurança de convívio – fl. 69 – e segurança de acolhida – fl. 69.

Neste sentido, a responsabilidade do Estado e do Município é solidária, nos termos dos artigos 6º e 11 da LOAS, que prevêm a atuação participativa e articulada, sendo da responsabilidade direta do município a execução dos serviços previstos no art. 23¹, conforme estabelece o art. 15².

¹ **Art. 23** - Entendem-se por serviços assistenciais as atividades continuadas que visem à melhoria de vida da população e cujas ações, voltadas para as necessidades básicas, observem os objetivos, princípios e diretrizes estabelecidas nesta Lei.

Parágrafo único. Na organização dos serviços da Assistência serão criados programas de amparo:

* § único, caput, com redação dada pela Lei nº 11.258, de 30/12/2005(DOU de 02/01/2006 - em vigor desde a publicação).

I - às crianças e adolescentes em situação de risco pessoal e social, em cumprimento ao disposto no art. 227 da Constituição Federal e na Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990;

* Inciso I acrescido pela Lei nº 11.258, de 30/12/2005(DOU de 02/01/2006 - em vigor desde a publicação).

II - às pessoas que vivem em situação de rua.

* Inciso II acrescido pela Lei nº 11.258, de 30/12/2005(DOU de 02/01/2006 - em vigor desde a publicação).

² **Art. 15. Compete aos Municípios:**

I - destinar recursos financeiros para custeio do pagamento dos auxílios natalidade e funeral, mediante critérios estabelecidos pelos Conselhos Municipais de Assistência Social;

II - efetuar o pagamento dos auxílios natalidade e funeral;

III - executar os projetos de enfrentamento da pobreza, incluindo a parceria com organizações da sociedade civil;

IV - atender às ações assistenciais de caráter de emergência;

V - prestar os serviços assistenciais de que trata o art. 23 desta Lei.

A Constituição Federal tem com um de seus princípios a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III); como uns de seus objetivos fundamentais e erradicação da marginalização (art. 3º, III), e a promoção do bem de todos (art. 3º, IV).

O art. 5º da Lei Federal nº 8742/93 (LOAS) estabelece: “primazia da responsabilidade do Estado na condução da política de assistência social em cada esfera do governo”; bem como o art. 203, inc. I, da Constituição Federal que, “a assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição a seguridade social, e tem por objetivos a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice”, de maneira que é dever do Estado garantir a todos os cidadãos os mínimos necessários à subsistência, com manifestação de solidariedade social e respeito à dignidade da pessoa.

O PNAS/04, instituída pela Resolução nº 145/04 do CNAS preconiza, que as pessoas em situação de risco pessoal e social, dentre as quais aquelas em situação de rua, têm direito de receber do Estado proteção social especial, que, “é a modalidade de atendimento assistencial destinada a famílias e indivíduos que se encontram em situação de risco pessoal e social, por ocorrência de abandono, maus tratos físicos e, ou, psíquicos, abuso sexual, uso de substâncias psicoativas, cumprimento de medidas sócio-educativas, situação de rual, situação de trabalho infantil, entre outras (item 2.5.2)”.

Tal situação, em consequência, caracteriza prejuízo para a comunidade, tendo em vista o prejuízo aos interesses individuais homogêneos dos moradores de rua ali residentes, socialmente desamparados e excluídos, em vista da falta de acesso ao direito constitucional de habitação, moradia e atendimento assistencial suficiente, não atendido, até a presente data.

Consoante disposto na Constituição Federal, é dever do Estado assegurar para todos os brasileiros a existência digna, notadamente aos hipossuficientes. Mais especificamente, é assegurado constitucionalmente o direito à assistência social, que não está sendo provido adequadamente aos moradores de rua, sendo obrigação do

Estado e do Município o respectivo atendimento nas três esferas de proteção, básica, média e alta, sendo que está na margem de discricionariedade do administrador apenas a definição da forma de efetivação do comando constitucional, cujo cumprimento não pode ficar a seu livre arbítrio, sob pena de se decretar a ineficácia da Constituição e do Estado Democrático de Direito.

O resultado da falta de providências estatais, ao não se prover a tal comunidade desamparada o acesso aos serviços de assistência social adequados, conduz à lesão ao direito individual homogêneo e difuso à habitação e a integração social e, por conseqüência, causando uma série de prejuízos a bens difusos ambientais, urbanísticos e da saúde pública, impondo-se ao Ministério Público uma medida para possibilitar a inclusão social da comunidade sem-teto em questão.

Desta forma, existe a necessidade de provimento jurisdicional que imponha ao Estado e ao Município investimentos em programas de assistência social adequada, mormente a construção de albergues, alimentação, assistência social, psicológica e médica, observado que não existe obrigação da União em executar tal programa na forma do art. 204, I, da CF, sem prejuízo de eventual liberação de verbas federais, dentro da discricionariedade dos Ministérios competentes.

Sem dúvida, a adoção das providências assistências pelos Governos do Estado de São Paulo e Municipal de Fernandópolis não devem ser tratadas com paternalismo e isenção da responsabilidade de familiares e outros agentes; daí que, articulando-se-nos, Estado, Polícia Civil, Polícia Militar, Conselhos Municipais de Saúde, Assistência Social, Idoso, Tutelares e o Ministério Público, buscar-se-á a responsabilidade dos familiares pelo abandono, dos estabelecimentos comerciais que fornecem bebidas alcoólicas, identificação de locais de prostituição e uso de drogas; ainda, por óbvio, a providência assistencial restringir-se-á ao resgate do cidadão morador de rua e não no perpétuo sustento e assistencialismo.

Por outro lado, evidente que a causa chama ao debate o confronto da discricionariedade administrativa, o caráter pragmático de direitos social, os limites orçamentários e a teoria da reserva do possível.

Neste sentido, calha trazer à baila, dispensando outras digressões, o brilhante trabalho desenvolvido pelo Promotor de Justiça Leonardo Augusto Gonçalves, cujos trechos mais pertinentes são transcritos³:

“3. Limites à implementação das políticas públicas: insuficiência de recursos financeiros e a teoria da reserva do possível

Os direitos sociais, conforme sustentamos no tópico anterior, demandam recursos que possam cobrir os custos das prestações deles decorrentes.

Ao mesmo passo em que os direitos sociais impõem ao Estado o dever de garantir prestações aos indivíduos, estes estão obrigados ao pagamento autoritário e coativo de tributos destinados a satisfazer as demandas prestacionais.

Dentro do contexto do Estado neoliberal que claramente se busca implantar mundo afora, bem como diante das sucessivas crises financeiras que, em virtude do fenômeno da globalização, afetam quase todos os países, vem à tona o discurso de que é cada vez maior a escassez de recursos públicos necessários para o custeio das políticas voltadas para a implementação dos direitos sociais. (BREUS, 2007, p. 232)

Hoje como ontem, os direitos sociais colocam um problema incontrolável: custam dinheiro, custam muito dinheiro. Por isso, logo no começo da década de 1970, Peter Häberle formulou a teoria da “reserva das caixas financeiras” para exprimir a idéia de que:

[...] os direitos econômicos, sociais e culturais estão sob a reserva das capacidades financeiras do Estado, se e na medida em que eles consistirem em direitos a prestações financiadas pelos cofres públicos. Na mesma altura, um outro jusplublicista alemão, W. Martens, reforçava esta idéia através de expressões

³.(Autor – Leonardo Augusto Gonçalves -PJ – Maracai) –
http://www.mp.sp.gov.br/porta1/page/porta1/cao_civel/acoes_afirmativas/aa_doutrina

plásticas que hoje são saturadamente repetidas nos manuais: os direitos subjetivos públicos suscetíveis de realização só podem ser garantidos no âmbito do possível e do adequado, e já por este motivo eles são desprovidos de estado jurídico-constitucional. Desde então, a “reserva do possível” (“Vorbehalt des Möglichen”) logrou centralidade dogmática a ponto de obscurecer quaisquer renovações no capítulo dos direitos sociais. (CANOTILHO, 2004, p. 107)

A concepção pertinente à reserva do possível surgiu no momento histórico em que se construía a “teoria dos custos dos direitos”, baseada em estudos promovidos em universidades norte-americanas que defendiam a necessidade de se levar em conta o valor econômico que a realização de determinado direito poderia acarretar. (BREUS, 2007, p. 232)

Como fica claro, a teoria da reserva do possível parte do pressuposto de que “as prestações estatais estão sujeitas a limites materiais ingênitos, oriundos da escassez de recursos financeiros pelo Poder Público. Logo, a ampliação da rede de proteção social dependeria da existência de disponibilidade orçamentária para tanto”. (NUNES JÚNIOR, 2009, p. 172)

Entretanto, é preciso lembrar que, apesar das sempre presentes limitações orçamentárias relativas às possibilidades de implementação das políticas públicas pertinentes aos direitos fundamentais sociais, temos como certo que a mera invocação da teoria da reserva do possível não pode ser aceita na busca de uma justificativa para os tão baixos níveis na amplitude de atendimento e na eficiência (qualidade) dos serviços públicos.

De fato, a norma jurídica não tem o condão do “toque de Midas”. A mera previsão constitucional de um determinado direito não cria, por si só, as condições socioeconômicas para implementá-lo. A aplicabilidade e a interpretação da norma constitucional devem ser regidas pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, de modo a que sejam evitadas conclusões inviáveis. Neste sentido, temos que a Constituição não pode preconizar promessas irrealizáveis do ponto de vista fático e, por isso, a escassez de recursos econômicos não deve ser ignorada pelo operador do Direito, sendo que este não pode ter uma atuação dissociada da realidade socioeconômica. É preciso destacar, por outro lado, que a reserva do possível, por si só, não pode ser utilizada como argumento para se afastar pura e simplesmente qualquer eficácia das normas constitucionais que consubstanciam os direitos sociais, valendo observar que tais normas possuem eficácia para gerar a responsabilidade do Estado pela implementação de políticas públicas que concretizem os

direitos fundamentais de segunda dimensão. Ademais, os direitos sociais geram direitos subjetivos públicos positivos, plenamente exigíveis, não podendo as contingências orçamentárias afastar sua eficácia ou inviabilizar a sua exigibilidade jurisdicional. (PORT, 2005, p. 105-106)

Importante destacar que a teoria da reserva do possível mostra-se em constante tensão com o conceito de mínimo existencial, sendo que referida tensão deve ser harmonizada pelo critério da proporcionalidade, dentro de uma prática argumentativa racional e democrática. (JORGE NETO, 2008, p. 155)

Assim, inegável que a teoria da reserva do possível reveste-se de um caráter contingente, somente sendo aplicável diante de certas condições: “primeira, a de que o mínimo vital esteja satisfeito (acesso à saúde, educação básica, etc.); segunda, a de que o Estado comprove gestões significativas para a realização do direito social reclamado; terceira, a avaliação de razoabilidade da demanda”. (NUNES JÚNIOR, 2009, p. 175)

4. Escolha adequada: a questão da discricionariedade administrativa no âmbito das políticas públicas

As políticas públicas devem ser encaradas como um processo destinado à escolha racional e coletiva de prioridades, no qual “explicitam-se e contrapõem-se os direitos, deveres, ônus e faculdades dos vários interessados na atuação administrativa, além da própria Administração”. (BUCCI, 2006, p. 264)

Assim, percebe-se que a temática das políticas públicas está diretamente relacionada com o processo de formação do interesse público e, portanto, à questão da discricionariedade do administrador. Na realidade, as políticas públicas podem ser entendidas como forma de controle prévio da discricionariedade na medida em que exigem a apresentação dos pressupostos materiais que informam a decisão, em consequência da qual se desencadeia a ação administrativa. O processo de elaboração da política pública mostra-se apto a documentar os pressupostos da atividade administrativa, tornando viável o controle posterior dos motivos. (BUCCI, 2006, p. 265)

A discricionariedade administrativa pode ser definida como “a faculdade que a lei confere à Administração para apreciar o caso concreto, segundo critérios de oportunidade e conveniência, e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas perante o Direito”. (DI PIETRO, 2007, p. 67).

A discricionariedade, portanto, é a faculdade que adquire a Administração Pública para assegurar, de forma eficaz, os meios

realizadores de determinado fim.⁴ A toda evidência, não seria razoável exigir do administrador a previsão de todas as situações possíveis, nem mesmo se poderia estabelecer formas de proceder imutáveis e perenes, uma vez que estas logo se mostrariam inadequadas para atender às freqüentes mutações da vida social. Por este motivo, a discricionariedade caracteriza-se como a ferramenta jurídica entregue ao administrador para que a gestão dos interesses sociais se realize de acordo com as necessidades de cada momento. (DI PIETRO, 2007, p. 69)⁵

Observamos, porém, que a existência de uma possibilidade de opção discricionária não torna imune a atividade administrativa ao controle jurisdicional, uma vez que “sua atribuição ao administrador público não significa um ‘cheque em branco’ ou a possibilidade de opções desarrazoadas, personalíssimas, preconceituosas e, sobretudo, ofensivas aos vetores axiológicos do ordenamento jurídico”. (COELHO, 2002, p. 49)

Entretanto, considerando que a discricionariedade, no Estado Democrático de Direito, só existe dentro da lei, com o escopo de satisfazer os fins por ela contemplados, temos que, diante de norma constitucional como aquelas pertinentes aos direitos sociais e que se incumbem de atribuir a todos os indivíduos, por exemplo, o direito público subjetivo à educação básica e à saúde, deixando evidente o dever do Estado de adotar medidas concretas a fim de satisfazer tais desideratos normativos, não há, com efeito, “margem de liberdade para o administrador escolher se vai atender, ou não, os mandatários de tais espécies de atenção pública”. (NUNES JÚNIOR, 2009, p. 202)

Tal conclusão se apresenta diante dos seguintes argumentos:

Cuida-se, em primeiro lugar, de norma constitucional, o que, por si, faz com que os direitos indigitados precedam, no rol de possibilidades do Administrador, quaisquer outros encampados por lei, o que deflui do próprio sentido de hierarquia das espécies normativas, própria de um ordenamento piramidal.

⁴ Destacando-se a advertência de Eros Roberto Grau: “A análise do tema do poder discricionário reclama, preliminarmente, a determinação de uma precisão. A referência a um poder discricionário porta em si a pressuposição de que o Estado, através de seus agentes, exerça o poder discricionário de decisão (seja decisão administrativa, seja decisão judicial). A noção de poder, contudo, na esfera estatal, compõe-se no conceito de função pública. E toda função pública – não apenas a função administrativa – é expressão de um poder-dever (ou dever-poder, como enfatiza Celso Antônio Bandeira de Mello)”. (GRAU, 1990, p. 41)

⁵ Com base no entendimento de Bartolomé A. Fiorini. *La discrecionalidad en la Administración Pública*. Buenos Aires: Alfa, 1952, p. 31-41.

*Em segundo lugar, são direitos fundamentais, o que lhes dá precedência – pelo comando de máxima efetividade –, mesmo em relação a outros direitos constitucionais, que não desfrutem do mesmo *status* constitucional.*

São direitos inquestionavelmente insertos no âmbito do chamado mínimo existencial, o que, ainda uma vez, predica-lhes de precedência no rol de prioridades administrativas do Estado.

Estão hospedados em normas cuja compostura jurídica só deposita discricionariedade nos motivos, o que conduz à conclusão de que ao Administrador só remanesce margem discricionária na conformação dos meios materiais para que o objetivo – atendimento integral da demanda – seja adequadamente alcançado.
(NUNES JÚNIOR, 2009, p. 2003)

Assim, a discricionariedade administrativa, nas situações em que o ordenamento jurídico hospede direitos públicos subjetivos, só existe na conformação dos meios que deverão ser adotados para a consecução dos fins estabelecidos pela norma jurídica. Aqui, necessário observar que boa parte dos direitos prestacionais foi regrada por meio de normas programáticas, em que o constituinte, ou o reformador da Constituição, se restringiu à fixação de programas, diretrizes ou fins a serem atingidos.
(NUNES JÚNIOR, 2009, p. 204-205)

Ainda, o mesmo autor, noutro artigo⁶:

“4. Tutela jurisdicional dos direitos sociais

Tomando como ponto de partida o fato de que a efetiva implementação dos direitos sociais demanda a elaboração e o cumprimento de políticas públicas e, além disso, a circunstância de que a previsão orçamentária de recursos para tanto se revela absolutamente imprescindível, mostra-se necessária a discussão em torno da possibilidade do Chefe do Poder Executivo ser compelido, por força de decisão judicial, a dar cumprimento às “políticas públicas constitucionais vinculativas”.

⁶ **O PODER JUDICIÁRIO E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS:**

http://www.mp.sp.gov.br/portal/page/portal/cao_civel/acoes_afirmativas/aa_doutrina

A atuação administrativa está sujeita a dois limites essenciais, quais sejam, o interesse público e a legalidade. Necessário o Judiciário observar a lei não apenas formalmente, mas também a observar substancialmente, nos seus direcionamentos. Daí as afirmações de que a razoabilidade / proporcionalidade podem ser vistas como desdobramentos da legalidade, chamada legalidade substancial. Em outros termos, através do princípio da proporcionalidade / razoabilidade, modernamente concebe-se a cláusula do devido processo legal, no seu sentido substancial, como um mecanismo de controle axiológico da atuação do Estado e seus agentes. Por isso constitui instrumento típico do Estado Democrático de Direito, de modo a impedir toda restrição ilegítima aos direitos de qualquer homem sem um processo previamente estabelecido e com possibilidade de ampla participação. Os atos administrativos só estarão cumprindo a lei se realmente se mantiverem dentro dos padrões da razoabilidade e proporcionalidade. Se não se mantiverem, esses atos serão ilegais, não estarão realizando os objetivos da lei. Mesmo que formalmente aparentem legalidade, serão ilegais se não tiverem se mantendo dentro dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Há também na doutrina alemã a expressão “proibição do excesso” que para muitos é sinônima desses princípios. Desta forma, em determinadas situações é possível um controle da discricionariedade administrativa, como no caso de implementação de políticas públicas, desde que se tratem de políticas públicas específicas, socialmente necessárias e constitucionalmente exigidas. (AUTRAN, 2009, on line)

Na lição de Cláudia Maria da Costa Gonçalves:

Analisar a possibilidade de se reivindicar direitos fundamentais sociais, diretamente a partir da dicção ou da normatividade constitucional, é matéria que desafia uma série de obstáculos. Dentre eles, ressaltam-se: o Judiciário não é o gestor do orçamento geral das entidades federadas e, por conseguinte, em um só processo não se pode discutir e ter a visão global dos quadros de receitas e despesas públicas; por outro lado, o Judiciário, considerando-se o regime constitucional democrático – pluralista, não pode, em igual medida, ser o idealizador solitário das políticas sociais. A isso cabe agregar, em suma, que a função judicante não tem competência para, de maneira ampla, definir o conjunto das políticas públicas. [...] Mas que fique registrado. Se o

Judiciário não pode formular e executar políticas sociais, pode, contudo, controlá-las sob o prisma constitucional, especialmente no que tange ao núcleo dos direitos fundamentais. É dizer-se: alguns direitos fundamentais sociais podem ser reivindicados em juízo, sem que isso afronte qualquer estrutura de competência constitucional ou cerceie os pilares da democracia pluralista. (GONÇALVES, 2006, p. 216 seq.)

Dentro deste quadro, questiona-se, portanto, até que ponto, depois de esgotadas outras instâncias (de natureza política e administrativa), pode-se buscar a tutela jurisdicional visando a implementação dos direitos sociais, sem que a intervenção do Poder Judiciário neste campo venha a se caracterizar como afronta à divisão e independência dos poderes que constituem o Estado Democrático de Direito.

Preparado somente para lidar com questões rotineiras e triviais, nos planos cível, comercial, penal, trabalhista, tributário e administrativo, por tratar o sistema jurídico com um rigor lógico-formal tão-intenso que inibe os magistrados de adotar soluções fundadas em critérios de racionalidade substantiva, o Judiciário se revela tradicionalmente hesitante diante das situações não-rotineiras; hesitação essa que tende a aumentar à medida que, obrigados a interpretar e aplicar os direitos humanos e sociais estabelecidos pela Constituição, os juízes enfrentam o desafio de definir o sentido e o conteúdo das normas programáticas que expressam tais direitos ou considerar como não-vinculante um dos núcleos centrais do próprio texto constitucional. É aí, justamente, que se percebe como os direitos humanos e sociais, apesar de cantados em prosa e verso pelos defensores dos paradigmas jurídicos de natureza normativa e formalista, nem sempre são tornados efetivos por uma Justiça burocraticamente inepta, administrativamente superada e processualmente superada; uma Justiça ineficiente diante dos novos tipos de conflito – principalmente os “conflitos-limite” para a manutenção da integridade social; ou seja, os conflitos de caráter inter-grupal, inter-comunitário e inter-classista; uma Justiça que, revelando-se incapaz de assegurar a efetividade dos direitos humanos e sociais, na prática acaba sendo conivente com sua sistemática

violação. É aí, igualmente, que se constata o enorme fosso entre os problemas socioeconômicos e as leis em vigor.

*Trata-se do fosso revelado pela crônica incapacidade dos tribunais de aplicar normas de caráter social ou de alargar seu enunciado por via de uma interpretação **praeter legem**, com finalidade de fazer valer os direitos mais elementares dos cidadãos situados abaixo da linha de pobreza. (FARIA, 1994, p. 50)*

Caminhando pelo tema ora proposto, mostra-se importante ressaltar o conceito de *reserva do possível*, oriundo do direito alemão, fruto de uma decisão da Corte Constitucional daquele país, em que ficou assente que a construção de direitos subjetivos à prestação material de serviços públicos pelo Estado está sujeita à condição da disponibilidade dos respectivos recursos. Neste sentido, a disponibilidade desses recursos estaria localizada no campo discricionário das decisões políticas, através da composição dos orçamentos públicos. (SCAFF, 2005, p. 219)

*Nos países periféricos onde a situação socioeconômica acarreta amplas desigualdades sociais, com déficits de condição econômica para grande parte da população, há de haver uma estreita vinculação entre a teoria do mínimo existencial (**status positivus libertatis**) e os direitos fundamentais sociais.*

A aplicação dos direitos fundamentais sociais decorre da necessidade de dotar esta parcela da população excluída dos patamares mínimos de condições para o exercício de suas capacidades (Amartya Sen), ou, por outras palavras, de condições para realizar a liberdade real a fim de poder gozar da liberdade jurídica (Robert Alexy). Sem tais condições reais (fáticas) para o exercício da liberdade jurídica, esta se tornará letra morta.

A teoria da “reserva do possível” é condicionada pelas disponibilidades orçamentárias, porém os legisladores não possuem ampla liberdade de conformação, pois estão vinculados ao princípio da supremacia constitucional, devendo implementar os objetivos estabelecidos na Constituição de 1988, que se encontram no art. 3º, dentre outras normas-objetivo. Esta teoria somente pode ser argüida quando for comprovado que os recursos públicos estão sendo utilizados de forma proporcional aos problemas enfrentados pela parcela da população que não puder exercer sua liberdade jurídica, e de modo progressivo no tempo, em face de não conseguir a

liberdade real necessária para tanto (Robert Alexy), ou não puder exercer suas capacidades para exercer tais liberdades (Amartya Sen).

Tal procedimento não implica judicialização da política ou ativismo judicial, pois se trata apenas de aplicação da Constituição brasileira. (SCAFF, 2005, p. 226)

Assim, sempre que junto ao Poder Judiciário for deduzida pretensão relacionada à efetiva implementação de políticas públicas “específicas, socialmente necessárias e constitucionalmente exigidas”, nos dizeres de Marcos Felipe Holmes Autran, o Poder Judiciário deverá marcar o seu papel de efetivo garantidor dos direitos sociais, não deixando ao desamparo o cidadão.

Alguns paradigmas que antes serviam de escudo à isenção do Poder Judiciário, sobretudo em fases caracteristicamente marcadas pelo liberalismo e pela ideologia burguesa, hoje, tornam-se empecilhos à realização da justiça. Eram seus paradigmas: a distância política do magistrado; a tripartição estática de poderes; o julgamento cego conforme a lei; o formalismo procedimental; a equidistância dos juízes das partes; o impedimento de produção de provas pelo juiz, característico do chamado processo inquisitivo, entre outros. Tem-se, portanto, que considerar a necessidade de readequação do Poder Judiciário, para o cumprimento de suas metas, às necessidades imediata e gritantemente presentes no sentido da politização de suas funções, algo que, na prática, por vezes, já ocorre, mas que, em teoria, ainda parece ser uma idéia inaceitável. (BITTAR, 2005, p. 311)

Analisando a possibilidade da tutela jurisdicional dos direitos sociais à luz do conceito de direitos prestacionais e da doutrina da reserva do possível, Flávio Dino de Castro e Costa desenvolve o seguinte raciocínio, bastante esclarecedor:

A reserva do possível (uma leitura em países periféricos):

Suponhamos que um juiz aquiesça aos convites para adotar uma postura de “ativismo judicial”, construa uma identidade mais livre dos padrões normativistas e se convença,

em determinado caso, de que a discricionariedade pode ser afastada de modo consistente. [...] Caso se trate de impor uma abstenção à autoridade administrativa normalmente não se apresentam outras dificuldades. Contudo, quando se cuida de determinar o cumprimento de um direito prestacional ergue-se a limitação à “reserva do possível”.

Segundo tal doutrina, há um limite fático ao exercício dos direitos sociais prestacionais, concernente à disponibilidade material e jurídica de recursos financeiros necessários ao adimplemento da obrigação. Demais disso, a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo dispondo o Estado dos recursos e tendo o poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável.

Não discordo dessas teses se, por exemplo, cogitarmos de uma decisão judicial, proferida em uma ação civil pública, que – em nome do direito à moradia previsto no art. 6º da Constituição – determina ao Governo Federal a construção de dois milhões de casas no espaço de um ano. A mobilização de recursos financeiros para tanto implicaria um impacto orçamentário não previsto nem previsível, de grande monta, resultando provavelmente no cancelamento de outras políticas referentes à concretização de outros direitos igualmente fundamentais.

Todavia, na trilha do que defende Andreas J. Krell, entendo que “a discussão européia sobre os limites do Estado social, a redução de suas prestações e a contenção dos respectivos direitos subjetivos não pode absolutamente ser transferida para o Brasil, onde o Estado providência nunca foi implantado”. Assim, a reserva do possível é um limite realmente existente, mas que não deve ser visto no Brasil do mesmo modo que nos países centrais, os quais possuem distribuição de renda menos assimétrica, políticas públicas mais universalizadas e controles sociais (não-jurisditionais) mais efetivos.

Em conseqüência, a margem de manobra do Judiciário, no exercício do controle em exame, é bem mais larga no nosso país (sem que evidentemente seja absoluta). Dois parâmetros devem ser observados na atividade judicial nesse âmbito, quais sejam, a garantia de um “padrão mínimo social” aos cidadãos e o razoável impacto da decisão sobre os orçamentos públicos. Em nome do citado “padrão mínimo social”, os juízes não devem hesitar em inclusive determinar a

realização de obras públicas, quando isso se revelar imprescindível e factível. Quanto ao impacto no orçamento público, a razoabilidade deve ser demonstrada à luz do caso concretamente analisado, podendo ser adotadas saídas criativas, como a fixação de prazos flexíveis e compatíveis com o processo de elaboração orçamentária. O que é fundamental é não ignorar este aspecto, sob pena de a decisão ser frágil e condenada à cassação ou à inexecução. Por outro lado, os aspectos orçamentários relativos aos direitos prestacionais não devem ser mitificados, transformados em uma “esfera sagrada”, pois não é assim quando o Judiciário declara a inconstitucionalidade de tributos e frustra parcelas expressivas das receitas públicas, em favor – do ponto de vista imediato – de setores socialmente mais fortes. Com efeito, em tais casos nunca se cogitou de o Judiciário decidir de outro modo em nome da reserva do possível. [...] Verificamos então que aquilo que é possível ao Judiciário fazer, em sociedades com nível mais alto de implementação de direitos, é menos do que em países em situação oposta, como o Brasil – em que a meta de um “padrão social mínimo” exige que os juízes façam mais. (COSTA, 2006, on line)

Ao Poder Judiciário caberá não se afastar dos superiores interesses sociais, mostrando-se aberto às decisões que repercutirão de maneira relevante no cotidiano do cidadão, deixando no passado concepções doutrinárias e jurisprudenciais que hoje se mostram despidas da realidade a que o juiz deve estar atento quando julga e, assim, decide os caminhos que serão trilhados pela sociedade.

Se é certo que o Judiciário não fez muito para implementar os direitos humanos e sociais conseguidos pela Constituição de 1988, há que se valorizar o “pouco” que realizou. Obrigados a enfrentar o desafio de ajustar sua função judicante a uma sociedade em mudança e em crise, os segmentos sociais mais jovens da magistratura, situados na primeira instância dos tribunais, têm alguma consciência de que o crescimento econômico do país não levou ao que deveria ter sido um de seus resultados mais importantes – uma sociedade equilibrada, integrada, harmoniosa e solidária. Embora não concentrem necessariamente sua atenção no problema da efetivação dos direitos humanos e sociais, alguns juízes de primeira instância estão provocando certas mudanças no funcionamento da

Justiça. Ainda que de modo nem sempre consciente, vêm contribuindo para ampliar o campo de atuação judicial dos movimentos sociais e dos grupos de assessoria jurídica popular. São mudanças de caráter processual, permitindo a tais movimentos jurídicos provocar decisões baseadas em critérios de racionalidade material e bloquear sentenças ditadas exclusivamente com base em critérios lógico-formais. (FARIA, 1994, p. 52)

Dentre as mudanças necessárias para que o Poder Judiciário mostre-se mais aberto à possibilidade da tutela dos direitos sociais, José Eduardo Faria cita três que, ao nosso ver, merecem destaque no âmbito do presente texto:

Eis algumas mudanças, cujo alcance ainda precisa ser melhor analisado e compreendido:

- conscientes de que em toda interpretação sempre há algum grau de discricionariedade e, portanto, de criatividade, alguns magistrados convenceram-se de que dispõem hoje de um poder normativo superior ao que detinham no passado recente, em face das “zonas cinzentas” representadas pelas antinomias, pelas lacunas e pelas “cadeias normativas” de uma ordem jurídico-positiva recheada de conceitos polissêmicos e de normas que, intercruzando-se, adquirem sentidos inéditos;

[...]

- a abstração normativa, tão valorizada pelos métodos exegeticos que dominaram o cenário judicial brasileiro até o final dos anos 80, começa agora a dar lugar à tópica e à teoria da argumentação, como estratégia de superação do dedutivismo lógico-formal, e à teoria da concreção, como critério de decidibilidade; a uma hermenêutica crítica, que não concentra sua atenção nas respostas, mas sim nas indagações que deram origem aos problemas que dependem de sentenças judiciais e que parte das distorções estruturais existentes na vida material, afirmando que só pela crítica ideológica é que se conseguirá depurar o direito de seus condicionamentos socioeconômicos implícitos;

- o formalismo tem sido temperado por algumas atitudes pragmáticas, que permitem a certos juízes posicionar-se diante

das normas promulgadas, porém não regulamentadas – como é o caso de certos direitos humanos e sociais assegurados pela Constituição –, mas que são letra morta por não terem sido objeto de leis complementares; [...]. (FARIA, 1994, p. 52 seq.)

Ainda com José Eduardo Faria:

Se toda a corporação judicial não renovar a sua cultura técnico-profissional, permanecendo atrelada a uma visão de mundo liberal-clássica sem compreender que quanto mais programáticas forem as normas dos direitos sociais maior é o espaço deixado à discricionariedade nas decisões judiciais, o Judiciário corre o sério risco de ver a ordem jurídico-positiva fragmentada e despedaçada por uma sociedade dividida, contraditória e explosiva; uma sociedade que, nos segmentos mais desfavorecidos, não tem achado socorro tanto na Constituição quanto na imensa profusão de leis e códigos em vigor. [...] Se o Judiciário não souber despertar para a realidade social, política e econômica do país, aprendendo a lidar com os conflitos grupais, comunitários e classistas nela subjacentes, mais cedo do que se imagina poderá passar a ser considerado uma instituição irrelevante ou até mesmo “descartável”, por parte da sociedade. O grau de descartabilidade corresponderá, nesse caso, ao grau de fraqueza do Estado de Direito tão arduamente conquistado. (FARIA, 1994, p. 56 seq.)

Citando, uma vez mais, Flávio Dino de Castro e Costa, “os juízes não podem tudo, nem devem poder. Mas podem muito, e devem exercer esse poder em favor da grandiosa e inesgotável utopia de construção da felicidade de cada um e de todos”. (COSTA, 2006, *on line*)

No diapasão da possibilidade de interferência do Poder Judiciário e na inoponibilidade absoluta da cláusula da “Reserva do Possível”, tratando-se de direitos fundamentais e sociais, decidiu o Excelso Supremo Tribunal Federal:

Aviso de 10/05/2010

nº 317/2010 - PGJ

O Procurador-Geral de Justiça, no uso de suas atribuições e, por solicitação do Coordenador do **Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça Cíveis e de Tutela Coletiva (Área Infância e Juventude e Educação)**, comunica a recente decisão do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, publicada no Informativo nº 431, a qual versa sobre a tese da reserva do possível alegada pela Municipalidade nos autos do Recurso Especial nº 1.185.474-SC, Relator Ministro Humberto Martins, julgado em 20/04/2010, cujo extrato segue:

CRECHE. RESERVA DO POSSÍVEL. TESE ABSTRATA.

A tese da reserva do possível (Der Vorbehalt des Möglichen) assenta-se na idéia romana de que a obrigação impossível não pode ser exigida (impossibilium nulla obligatio est). Por tal motivo, não se considera a insuficiência de recursos orçamentários como mera falácia. Todavia, observa-se que a reserva do possível está vinculada à escassez, que pode ser compreendida como desigualdade. Bens escassos não podem ser usufruídos por todos e, justamente por isso, sua distribuição faz-se mediante regras que pressupõem o direito igual ao bem e a impossibilidade do uso igual e simultâneo. Essa escassez, muitas vezes, é resultado de escolha, de decisão: quando não há recursos suficientes, a decisão do administrador de investir em determinada área implica escassez de outra que não foi contemplada. **Por esse motivo, em um primeiro momento, a reserva do possível não pode ser oposta à efetivação dos direitos fundamentais, já que não cabe ao administrador público preteri-la, visto que não é opção do governante, não é resultado de juízo discricionário, nem pode ser encarada como tema que depende unicamente da vontade política.** Nem mesmo a vontade da maioria pode tratar tais direitos como secundários. Isso porque a democracia é, além dessa vontade, a realização dos direitos fundamentais. Portanto, aqueles direitos que estão intimamente ligados à dignidade humana não podem ser limitados em razão da escassez, quando ela é fruto das escolhas do administrador. Não é por outra razão que se afirma não ser a reserva do possível oponível à realização do mínimo existencial. Seu conteúdo, que não se resume ao mínimo vital, abrange também as condições socioculturais que assegurem ao indivíduo um mínimo de inserção na vida social. **Sendo assim, não fica difícil perceber que, entre os direitos considerados prioritários, encontra-se o direito à educação.** No espaço público (no qual todos são, in abstrato, iguais e cuja diferenciação dá-se mais em razão da capacidade para a ação e discurso do que em virtude de atributos biológicos), local em que são travadas as relações comerciais, profissionais e trabalhistas, além de exercida a cidadania, a ausência de educação, de conhecimento, em regra, relega o indivíduo a posições subalternas, torna-o dependente das forças físicas para continuar a sobreviver, ainda assim, em

condições precárias. **Eis a razão pela qual os arts. 227 da CF/1988 e 4º da Lei n. 8.069/1990 dispõem que a educação deve ser tratada pelo Estado com absoluta prioridade. No mesmo sentido, o art. 54, IV, do ECA prescreve que é dever do Estado assegurar às crianças de zero a seis anos de idade o atendimento em creche e pré-escola. Portanto, na hipótese, o pleito do MP encontra respaldo legal e jurisprudencial.** Porém é preciso ressaltar a hipótese de que, mesmo com a alocação dos recursos no atendimento do mínimo existencial, persista a carência orçamentária para atender a todas as demandas. Nesse caso, a escassez não seria fruto da escolha de atividades não prioritárias, mas sim da real insuficiência orçamentária. Em situações limítrofes como essa, não há como o Poder Judiciário imiscuir-se nos planos governamentais, pois eles, dentro do que é possível, estão de acordo com a CF/1988, não havendo omissão injustificável. **Todavia, a real insuficiência de recursos deve ser demonstrada pelo Poder Público, não sendo admitido que a tese seja utilizada como uma desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, principalmente os de cunho social.** Dessarte, no caso dos autos, em que não há essa demonstração, impõe-se negar provimento ao especial do município. Precedentes citados do STF: AgRg no RE 410.715-SP, DJ 3/2/2006; do STJ: REsp 1.041.197-MS, DJe 16/9/2009; REsp 764.085-PR, DJe 10/12/2009, e REsp 511.645-SP, DJe 27/8/2009. REsp 1.185.474-SC, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 20/4/2010.

Ainda, o Colendo Tribunal de Justiça de São Paulo já espancou a tese absoluta da intocabilidade do Poder Executivo em se tratando de direitos sociais fundamentais, notadamente os subjetivos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - Ação civil pública - Medida liminar - Atendimento especializado na rede estadual de educação a crianças e adolescentes com deficiência auditiva - Intérpretes de LIBRAS - Cabimento da liminar contra a Fazenda Pública Estadual - Exigibilidade de direitos sociais - Recurso não provido. *O direito das crianças e adolescentes portadores de deficiência auditiva à educação na rede pública consubstancia direito subjetivo constitucionalmente reconhecido e explicitado pela legislação infraconstitucional, abrange intérpretes de LIBRAS nas salas de aula onde houver alunos menores com essa necessidade, e justifica tutela de urgência. (Câmara Especial. Agravo de Instrumento nº 990.10.092041-3 – Agravante: Fazenda Pública do Estado de São Paulo e Agravado: Promotor de Justiça da Vara da Infância e Juventude de Bauru – voto nº 15735*

Portanto, resta evidente a omissão dos Poderes Públicos do Estado de São Paulo e do Município de Fernandópolis quanto a adoção de políticas públicas eficazes para o atendimento de pessoas em situação de rua, ante a falta de programas de alimentação, moradia, inserção do mercado de trabalho e abrigo temporário, como exige a Política Nacional para Inclusão Social da População em Situação de Rua. Definitivamente, não basta o simples atendimento psicológico e social e entrega de passagens de verdadeiro “desterro” do morador de rua.

2 – DO PEDIDO DE CONCESSÃO DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA

Infere-se dos documentos de fls. 139-43 a existência de demanda municipal de pessoas em situação de rua para o atendimento, bastando, evidentemente, que fosse uma só, porque tão titular de direitos como a coletividade. Dentre os relacionados, deduz-se a grande vulnerabilidade de alguns (Sidney da Silva, Reinaldo da Silva Oliveria, Glória Maria de Oliveira, João Bordini, Luiz Vieira de França, José Gregório da Silva, Valter Miguel Marques – José Carlos Bergamasco faleceu).

São pessoa violentadas dia-a-dia pela ausência de uma política pública adequada e, pois, sujeitas a toda sorte.

O *fumus boni juris* ou a verossimilhança está suficiente demonstrada nestes autos e o *periculum in mora* deriva dos riscos a saúde, vida, ausência de moradia digna, integridade física e mental das pessoas em situação de rua, notadamente estas já demonstradas.

Desta forma, **PEDE-SE a concessão de liminar *inaudita altera parte* a fim de determinar ao Município de Fernandópolis e a Fazenda Pública do Estado de São Paulo que providenciem, no prazo de 30 dias, sob pena de multa diária de**

R\$ 10.000,00, abrigo digno e alimentação às pessoas em situação de rua acima mencionadas, ainda que a título provisório, bem como inclusão em tratamento de saúde, conveniando-se entre si ou assumindo individualmente a prestação do serviço de atendimento; no caso da impossibilidade de localização das referidas pessoas em situação de rua acima identificadas, forneçam, nos autos, a relação das pessoas atualmente atendidas pelo CREAS local, disponibilizando abrigo a estas, também.

A concessão da antecipação da tutela é perfeitamente possível e sem grande ônus financeira a qualquer um dos réus, porquanto, precariamente, bastará um imóvel com sala, cozinha, banheiro e quartos para 2 ou 3 beliches. Além disto a concessão da liminar nem de longe implicará em risco de irreversibilidade do provimento antecipado, posto que, se caso, bastará a desocupação do imóvel e retirada da estrutura, a qual, sem dúvida, poderá ser aproveitada, por exemplo, em escolas municipais; quanto a estrutura pessoal, bastará o deslocamento de um servidor público de serviços gerais para vigilância da casa e as refeições serão disponibilizadas pela cozinha da prefeitura municipal. **Por outro lado, a ausência de abrigo e assistência suficiente tem o condão do risco de lesão irreparável ou de difícil reparação, com a morte do morador de rua José Carlos Bergamasco.**

3 – DOS PEDIDOS PRINCIPAIS

Diante do exposto, pede-se, a condenação das Fazendas Públicas Estadual e Municipal, solidariamente, mediante convênios entre si, ou individualmente, a:

3.a) providenciarem um censo municipal do número de pessoas em situação de rua, classificando-as por idade, sexo, problemas mentais, dependentes químicos, vínculo familiar, naturalidade, escolaridade e residência, no prazo de 6 meses, sob pena de

multa diária de R\$ 10.000,00 ao dia, cujo valor deverá ser revertido ao Fundo Municipal de Assistência Social para destinação exclusiva a entidades assistenciais locais;

3.b) uma vez realizado o senso acima referido, ou seja, a partir do final do prazo de 6 meses, seja providenciada a inclusão das pessoas em situação de rua no Cadastro Único do Governo Federal (fl. 28 item 3), no prazo de 30 dias, sob pena de multa diária de R\$ 10.000,00 ao dia, cujo valor deverá ser revertido ao Fundo Municipal de Assistência Social para destinação exclusiva a entidades assistenciais locais;

3.c) uma vez realizado o senso acima referido, ou seja, a partir do final do prazo de 6 meses, seja providenciada, a inclusão das pessoas em situação de rua nas Frentes de Trabalho e programas de qualificação profissional, promovendo a capacitação, qualificação ou requalificação profissional da população em situação de rua (item 2 de fl. 26), na época adequada da oferta dos programas de Frente de Trabalho, com prioridade;

3.d) uma vez realizado o senso acima referido, ou seja, a partir do final do prazo de 6 meses, seja providenciada, a inclusão das pessoas em situação de rua em programas de moradia de moradia, ou desenvolvida e implementada uma política de Locação Social, contemplando a possibilidade de estabelecimento de bolsas aluguel e/ou alternativas de moradia compartilhada, com período máximo de recebimento do benefício (itens 1 e 2 de fl. 27);

3.e) uma vez realizado o senso acima referido, ou seja, a partir do final do prazo de 6 meses, seja providenciada, a inclusão das pessoas em situação de rua nas Frentes de Trabalho e programas de qualificação profissional, promovendo a capacitação, qualificação ou requalificação profissional da população em situação de rua (item 2 de fl. 26), na época adequada da oferta dos programas de Frente de Trabalho, com prioridade;

3.f) uma vez realizado o senso acima referido, ou seja, a partir do final do prazo de 6 meses, seja providenciada, a coordenação e auxílio de orientação para eventual inclusão das pessoas em situação de rua no Benefício de Prestação Continuada, no Programa Bolsa Família (item 5 de fl. 28), na época adequada da oferta dos programas de Frente de Trabalho, com prioridade;

3.g) implementação e encaminhamento das pessoas em situação de rua com transtornos decorrentes do uso do álcool e outras drogas aos Centros de Atenção Psicossocial (CAPS I, II, III e AD) – (item 3 de fl. 30);

3.h) implementação de Casas de Albergue, ou Casas de Abrigo, transitórias e por prazo máximo, a pessoas em situação de rua, assegurando-lhes três refeições diárias, manhã, almoço e janta.

Tratam-se de providências básicas que, sem duvida, uma vez estrutura a rede de atendimento a pessoas em situação de rua, não dispensará as demais ações estratégicas de fls. 26-32.

4 – DOS REQUERIMENTOS.

Requer-se, pois;

4.1) o recebimento, registro e autuação dos documentos anexo, observando a isenção de despesas processuais, nos termos do art. 18 da Lei Federal nº 7347/85;

4.2) sob protesto, produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente depoimentos pessoais, inquirição de testemunhas, exames periciais, vistorias, juntada ulterior de documentos e outras que se fizerem necessárias no curso do processo, admitidos em direito e legítimas;

4.3) a citação dos réus, na pessoa dos seus representantes legais ou procuradores jurídicos, para sejam cientificados desta ação, sob o ônus da sucumbência;

4.4) o deferimento dos pedidos apresentados em sede de antecipação de tutela;

4.5) a procedência integral dos pedidos acima deduzidos.

Dá-se a presente causa o valor de R\$ 10.000,00.

Fernandópolis, 07 de abril de 2011.

Denis Henrique Silva
Promotor de Justiça
2ª Promotoria de Justiça de Fernandópolis