PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Quinta Câmara Cível
5ª Av. do CAB, nº 560 - Centro - CEP: 41745971 - Salvador/BA

ACÓRDÃO

Classe	**: Apelação n.º 0010344-96.2011.8.05.0274**
Foro de Origem	**: Foro de comarca Vitória Da Conquista**
Órgão	**: Quinta Câmara Cível**
Relator(a)	**: Des. José Cícero Landin Neto**
Apelante	**: Estado da Bahia**
Proc. Estado	**: Carlos André Neves Alves**
Apelante	**: Fundac - Fundação da Criança e do Adolescente**
Procurador	**: Enio Pavie Cardoso**
Apelado	**: Ministério Público do Estado da Bahia**
Promotor	**: Marcos Almeida Coelho**
Lit. Ps.	**: 'Defensoria Pública do Estado da Bahia**
Procª. Justiça	**: Maria Alice Miranda da Silva**
Proc. Justiça	**: Maria Alice Miranda da Silva**
Assunto	**: Estatuto da criança e do adolescente**

EMENTA

Apelações Cíveis. Ação Civil Pública. Sentença que julgou procedente a ação, impondo aos apelantes obrigação de fazer, consistente na construção de casa de internação destinada ao abrigo de adolescentes praticantes de atos infracionais. Consoante entendimento sufragado pelo STF, “A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental." (RTJ 185/794-796, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno) É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, "Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976", p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático” (ADPF n.º 45-9/DF). Na hipótese, em razão da ausência de estrutura adequada para acolhida de menores infratores, tais adolescentes estavam sendo acolhidos em unidades prisionais, comprometendo-lhes sua integridade física e psíquica, o que, portanto, evidencia flagrante inobservância pelo Estado da Bahia do dever constitucional de propiciar ao infrator adolescente a estrutura necessária para sua

recuperação (art. 227, CF/88). Assim, a ocorrência de omissão, que ofende direito assegurado constitucionalmente, reclama pronta atuação do Poder Judiciário e, por isso, inexiste, na espécie, violação ao princípio da separação dos Poderes. Ainda, diante do caráter prioritário dos direitos fundamentais, possível é impor ao Estado o dever de implementar, de modo satisfatório, Casa de Internação, realizando-se, então, o que já deveria ter sido efetivado a bom termo. Também, não se trata de matéria relativa ao poder discricionário do administrador, pois não há que se falar em oportunidade e conveniência em obedecer aos ditames constitucionais. Conquanto se reconheça que o Estatuto da Criança e do Adolescente não obrigue, necessariamente, que a casa de internação esteja instalada no mesmo domicílio do infrator, constata-se que no polo de Vitória da Conquista inexiste qualquer instituição dessa natureza, não sendo possível admitir que a instalação da unidade em Salvador ou Feira de Santana supre essa carência, em razão da distância entre as cidades. Tanto isso é verdade que os adolescentes infratores estavam sendo acolhidos em unidades prisionais, o que afronta o art. 227 da CF e os art. 4º, 86 e seguintes do ECA. Além disso, sustentaram os apelantes a exiguidade do prazo estipulado na Sentença para cumprimento da obrigação de fazer que lhes foi imposta sob a alegação de necessidade de realizar processo seletivo para provimento dos cargos e de licitação para contratação de empresa para construção do empreendimento. Contudo, considera-se como meramente procrastinatória a alegação das recorrentes, tudo isso por conta do largo espaço de tempo desde o inquérito civil instaurado para solução da omissão estatal ora analisada (junho/2010). Sentença mantida. Apelações não providas.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da *Apelações Cíveis nº 0010344-96.2011.805.0274*, em que figuram como apelantes o *ESTADO DA BAHIA e outro*; e apelado, *MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA*.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, por maioria, em *negar provimento* aos recursos interpostos pelo *ESTADO DA BAHIA* e pela *FUNDAC – FUNDAÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE*, e assim o fazem pelos motivos a seguir expostos:

Os presentes recursos de apelação foram interpostos pelo *ESTADO DA BAHIA* e pela *FUNDAC – FUNDAÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE* contra a Sentença prolatada pelo MM. Juiz de Direito da Vara da Infância e Juventude da Comarca de Vitória da Conquista que, nos autos da *Ação Civil Pública n.º 0010344-96.2011.805.0274*, ajuizada pelo *MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA,* julgou procedente o pedido, determinando aos apelantes que *"construam ou de outra forma instalem, neste Município de Vitória da Conquista, Comarca de mesmo nome, com prazo de 60 (sessenta) dias para início das obras e 10 (dez) meses para sua conclusão, Entidade que desenvolva programa de internação para adolescentes em conflito com a lei, dotando-s, até o prazo*

de conclusão das obras, todos os recursos materiais e humanos necessários ao atendimento de tais adolescentes, obedecendo as especificações elencadas no art. 94 do ECA, no SINASE, agora regrado pela novel Lei Federal nº 12.594/2012, e na Resolução 46/96 do CONANDA" e que, *"no prazo de 90 dias, os Réus instalem provisoriamente e até que estejam concluídas as obras logo atrás mencionadas, Entidade de internação provisória de adolesecentes em espaço físico adaptado para este fim, bem assim organizem e contratem sob regime de urgência e execepcionalidade, equipe técnica multiprofissional com psicólogos, assistentes sociais, educadores e outros profissionais qualificados para o atendimento de adolescentes tidos como infratores, mantendo o programa initerrupto de acolhimento e internação de adolescentes por prática de ato infracional",* bem como que *"enquanto não seja implantada entidade provisória suramencionada, ou seja, antes dos noventa dias, os Réus providenciem transporte imediato dos adolescentes apreendidos para o estabelecimento adequado mais próximo e instituam um "pronto atendimento" para os adolescentes flagrados em prática de ato infracional, separado daquele destinado aos adultos, com transporte exclusivo para adolesecntes, tudo isso sob pena de multa diária de R$ 10.000,00 (dez mil reais)."*

O *MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA* ajuizou ação civil pública, com pedido liminar, visando a condenação do *ESTADO DA BAHIA* e da *FUNDAC – FUNDAÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE* em obrigação de fazer, consistente na construção de casa de internação destinada ao abrigo de adolescentes praticantes de atos infracionais.
Para tanto, sustentou, em apertada síntese, que Vitoria da Conquista *"é a terceira maior cidade do estado em termos populacionais, bem como a segunda maior do interior, não contando com o estabelecimento supramencionado",* salientando a necessidade de instalação de local para acolhida de adolescentes autores de atos infracionais em razão de eles estarem sendo abrigados *"em celas do Distrito Integrado de Segurança Pública de Vitoria da Conquista"*.

Aduziu que ser nocivo o contato dos jovens com criminosos e que não são *"poucos os casos em que os adolescentes viraram, durante os motins dos presos, prisioneiros alvos dos detentos, e foram usados como reféns, que, sob ameaças, eram obrigados a passarem objetos que facilitassem fugas, o que em uma ocasião resultou um adolescente lesado"* e que,

assim, estão sendo inobservados os requisitos descritos no art. 94 do ECA.

Ressaltou, com base em inspeção realizada por membros do Judiciário, da Polícia Civil, da Defensoria Pública e do *Parquet*, *"o estado precário em que eram colocados presos de maior idade e adolescentes em flagrância de ato infracional, com opinativo final de interdição da carceragem".*

E, em razão da omissão estatal e da necessidade de ser priorizada a atenção destinada as crianças e adolescentes sempre com atenção aos parâmetros estabelecidos no ECA, o *MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA* ingressou com a presente ação com o escopo de garantir a construção de espaço próprio para a dispensa do tratamento devido aos praticantes de atos infracionais.

Ao apreciar o pedido liminar, este foi deferido (fls. 1030/1059), que inclusive foi confirmado pela Sentença que julgou procedente o pedido, nos termos anteriormente consignados.

Em suas razões de recurso, o *ESTADO DA BAHIA* alegou, com fundamento no princípio da reserva do possível, a lesividade ao erário estadual da Sentença na forma em que foi julgada ao argumento de que não foram observadas *"as informações acerca dos esforços do Poder Público para adimplir suas obrigações constitucionais, bem como a realidade orçamentária vivida pelo Estado da Bahia" .*

Asseverou que estão sendo envidados esforços no sentido de efetivar a construção de instalação apropriadas ao internamento de jovens infratores com início das obras previsto para 2015.
Sustentou que os gastos pertinentes à obrigação que lhe foi imposta não podem ser examinados de forma isolada e que eles se constituem em *"uma das inúmeras despesas que o erário tem que administrar, levando em conta as dotações orçamentárias constitucionalmente previstas para essa e outras rubricas sociais".*

Argumentou que a decisão que impõe • *ga construção de unidade de internamento de jovens infratores em Vitoria da Conquista implica, rogata venia, analise do mérito administrativo, seara na qual somente o Poder*

Executivo deve adentrar".

Acresceu que os adolescentes carentes de medidas de internação, estão sendo conduzidos para as Unidades de Salvador, Feira de Santana e Camaçari (CASE/Cia) e que, por isso, não é exata a alegação de que não há atendimento de jovens infratores residentes em Vitória da Conquista.

Apoiado em tais razões, requereu o *ESTADO DA BAHIA* o provimento deste Recurso para reformar a decisão de 1º grau, julgando improcedentes os pedidos veiculados na peça inicial.

Às fls. 1325/1348, a *FUNDAC – FUNDAÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE* a presentou recurso de Apelação, pugnando, também, pela reforma da Sentença.

Afirmou, em suas razões de recurso, que houve indevida interferência do Judiciário em matéria afeta ao Executivo.

Expôs que é impossível o cumprimento da decisão apelada em razão de ser necessária a realização de concurso para admissão de pessoal, de procedimento seletivo para contratação de empresa para execução das obras determinadas no comando vergastado, bem como a compra de equipamentos, tudo isso respeitando a burocracia que envolve a Lei de Licitações.

Salientou que o prazo consignado na Sentença é exíguo e que tal circunstância inviabiliza o seu adimplemento.

Esclareceu que, não obstante ser Vitória da Conquista 39ª maior cidade do Estado, o Plano Estadual de Atendimento Sócio Educativo, elaborado pelo CECA (Conselho Estadual dos Direitos da Criança e do Adolescente), classifica-a em outra posição, tendo em vista os atos infracionais cometidos por adolescentes naquela localidade.

Explicou, ainda, que o ECA não determina o internamento na localidade onde reside o adolescente, mas apenas *"se refere a possibilidade do cumprimento da medida em localidade mais próxima ao domicílio de seus pais ou responsável"* e que não foram fixados

parâmetros objetivo de distância.

Postulou, portanto, o provimento deste recurso para reformar a Sentença com a consequente decretação de improcedência de todos os pedidos formulados na petição inicial.

Em contrarrazões de fls. 1432/1481, o *MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA* refutou todos os argumentos dos recorrentes, pugnando pela manutenção integral da Sentença**.**

Encaminhados aos autos à Procuradoria de Justiça, foi sugerida conversão do expediente em diligência com vistas a examinar o pedido de intervenção no feito formulado pela Defensoria Pública do Estado da Bahia (fl. 1551).

Acolhido o incidente (fls. 1575 e fls. 17/19 do incidente em apenso – n.º 0019309-07.2014.805.0000), a Defensoria Pública do Estado da Bahia apresentou contrarrazões aos apelos (fls. 1615/1678), sustentando, em síntese, a necessidade de instalação do equipamento em Vitória da Conquista e destacando que o princípio da reserva do possível não inviabiliza a empreitada, sobretudo em se tratando de obrigação constitucional. Neste sentido, pleiteou a a manutenção da decisão apelada.

A Procuradoria de Justiça, em Parecer de fls. 1681/1699, manifestou-se pelo não provimento da Apelação Cível interposta.

É o Relatório.

Do detido exame dos autos, verifica-se que a Sentença deve ser confirmada pelos seus próprios fundamentos, consoante o primoroso Parecer da douta Procuradoria de Justiça, o qual adota-se, também, como razão de decidir, e que apresenta o seguinte conteúdo:

> *"Em linha preliminar de análise, importa destacar que restaram atendidos os pressupostos recursais atinentes a espécie, o que determina o conhecimento dos recursos.*
>
> *1 - POSSIBILIDADE DO EXAME DA MATÉRIA PELO PODER JUDICIÁRIO*
>
> *De início, cumpre sinalizar que a matéria sob comento não se encontra*

interdita ao Poder Judiciário.

O princípio da separação dos Poderes não implica independência e autonomia absoluta dos Entes Estatais entre si, ao contrário, reflete a necessidade de se instituir mecanismos de controles de uma Função sobre as demais, tendo em vista o fim colimado por este postulado (que e a garantia dos cidadãos frente aos abusos estatais). A esse respeito, veja-se os ensinamentos de Kildare Gonçalves Carvalho:

Fala-se por isso mesmo em interpenetração ou interdependência de Poderes, ao invés de separação ou independência de Poderes, pois o princípio da separação não nega a harmonia, coordenação e colaboração dos Poderes (...). Observe-se finalmente que um controle dos Poderes do Estado, por um órgão distinto e autônomo de cada um deles, é exigência para a preservação da democracia e manutenção da própria/liberdade individual[1].

André Ramos Tavares reitera a mesma compreensão, ressaltando o caráter inexequível de uma separação absoluta dos Poderes:

Uma separação absoluta dos poderes deve ser considerada inaceitável ou impraticável. GIRONS (1885: 75) criticando BLUNTSCHLI (1885), não aceita a doutrina da separação absoluta de poderes (...). Realizando que o objetivo de uma repartição de funções seria realmente permitir o controle dos 'poderes', um importante corolário pode ser construído com base nessa premissa[2].

O princípio da separação dos Poderes não é um fim em si mesmo, não se prestando a garantir a independência e a autonomia absoluta dos Entes Estatais por mero diletantismo conceitual ou para garantir o exercício discricionário de funções públicas, pura e simplesmente, possuindo, ao contrário, empregos específicos, como dito acima (possibilitar o controle de um Poder sobre os demais e garantir os direitos fundamentais dos cidadãos).

Permitir que o princípio da separação dos Poderes constitua um obstáculo a implementação de direitos fundamentais dos cidadãos, principalmente tendo em vista a omissão ou a ineficiência de um Ente publico especificamente, seria desnaturar, por completo, o quanto consignado na Lei Maior.

O caráter prioritário dos direitos fundamentais IMPÕE a intervenção fiscalizatória supracitada, realizando-se, então, o que já deveria ter sido efetivado a bom termo pela pessoa competente.

Quanto a esse aspecto, pertinente o magistério de Ingo Wolfgang Sarlet:

---

1 CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição - Direito Constitucional Positivo. 11ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. 117 p.

2 TAVARES, André Ramos. Teoria da Justiça Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2005. 169/170 pp.

(...) a vinculação aos direitos fundamentais significa que os órgãos administrativos devem executar apenas as leis que àqueles sejam conformes, bem como executar estas leis de forma constitucional, isto é, aplicando-as e interpretando-as em conformidade com os direitos fundamentais. A não-observância destes postulados poderá, por outro lado, levar a invalidação judicial dos atos administrativos contrários aos direitos fundamentais (...) O que importa, neste contexto, é frisar a necessidade de os órgãos públicos observarem nas suas decisões os parâmetros contidos na ordem de valores da Constituição, especialmente dos direitos fundamentais, o que assume especial relevo na esfera da aplicação e interpretação de conceitos abertos e cláusulas gerais, assim como no exercício da atividade discricionária[3].

Neste particular, também merecem alvissaras os ensinamentos de Dirley da Cunha Junior:

O Estado Social moderno exige uma reformulação da clássica divisão funcional dos Poderes, no sentido de uma distribuição de funções que garanta um sistema eficaz e equilibrado de controle recíproco, a fim de que a Constituição, em geral, e os direitos fundamentais, sobretudo os sociais, em especial, seriam observados, respeitados e efetivados, e quando permaneçam mais a mercê da livre vontade e disposição do legislativo e do executivo em decidirem se e quando devam ser aplicados[4].

Com efeito, o sistema de freios e contrapesos, consagrado pela própria Lei Maior, legitima a atuação do Poder Judiciário para fazer cessar omissão lesiva aos direitos e garantias constitucionalmente assegurados.

Inobservados preceitos esculpido na Lei Fundamental o Poder Judiciário pode, e, mais do que isso, DEVE garantir o respeito a vontade constitucional e a força normativa da Constituição, não sendo admissível que se exclua de sua apreciação lesão ou ameaça a direito, ex vi do inciso XXXV do art. 5º da Magna Carta, inclusive em face do devido processo legal substancial.

Esse, aliás, é o entendimento jurisprudencial, ***in verbis****:*

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - CONSELHO MUNICIPAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E O CONSELHO TUTELAR - ECA - CRIAÇÃO E FORMAÇÃO. A Ação Civil Pública é eficaz para compelir o Executivo municipal a criar e formar o Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente e o Conselho Tutelar, conforme determina o Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA. Em reexame necessário, sentença

---

[3] SARLET. Ingo Wolfgang. A eficacia dos direitos fundamentais. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. 327 p.

[4] CUNHA JUNIOR, Dirley. Controle judicial das omiss6es do Poder Público em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental a efetivação da Constituição. São Paulo: Saraiva, 2004.

confirmada.[5]

EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA - CONSELHO TUTELAR - IMPLANTAÇÃO. É dever do município, por determinação contida nos art. 132 e 134 do ECA, instalar e prover o regular funcionamento do Conselho Tutelar. Sentença confirmada no reexame necessário.[6]

Afirma-se, por conseguinte, que, apesar de não se incluir, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário a atribuição de formular e implementar políticas públicas, pois, nesse domínio, o encargo reside primariamente nos Poderes Legislativo e Executivo, tal incumbência poderá ser afetada aquele quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com esse comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático.

O suposto caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política "não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado" (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

Assim já decidiu o Supremo Tribunal Federal, na arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45, cuja ementa se traz à baila:

STF - ARGUICAO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL N. 45-9 - PROCED: DISTRITO FEDERAL - RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO

EMENTA: ARGUlÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE D0 ARBÍTRIO ESTA TAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA

---

5 TJ/MG - Numero do processo: 1.029705.000699-O/OO1(1) Relator; NILSON REIS Relator do Acórdão: NILSON REIS Data do Julgamento 14/O2/2006 Data da Publicação 24/O3/2006

6 TJ/MG - REEXAME NECESSÁRIO Nº 1.0444.04.910504-2/001 – COMARCA DE NATÉRCIA – AUTOR(A)(S)(ES): REMETENTE: JD DA COMARCA DE NATÉRCIA, MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS – RE(U)(S): MUNICÍPIO DE CONCEIÇÃO DAS PEDRAS A RELATOR: EXMO. SR. DES. LAMBERTO SANT'ANNA

"RESERVA DO POSSÍVEL NECESSIDADE DE PRESERVACÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO MÍNIMO EXISTENCIAL". VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO).

A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental." (RTJ 185/794-796, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno) É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, "Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976", p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. Cabe assinalar, presente esse contexto - consoante já proclamou esta Suprema Corte - que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política "não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado" (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

Sendo assim, constata-se, pois, que a matéria sob comento, indene de dúvidas, não se encontra interdita ao Poder Judiciário, inexistindo, por via de consequência, a suposta impossibilidade jurídica do pedido, aduzida pelo Município de llhéus.

2. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICA PÚBLICA

A Carta Magna Federal de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente prescreveram que os direitos da criança e do adolescente são regidos pelo princípio da prioridade absoluta, inexistindo, portanto, dúvidas acerca da responsabilidade por eventual omissão ilegal nesse setor e quanto à

imperatividade do exercício desta atribuição (trata-se de um poder-dever).

Convém registrar, nesse sentido, que as prerrogativas e competências públicas, ao mesmo tempo em que constituem poderes para os administradores e governantes, impõem-lhes o efetivo exercício destas, vedando-se, consequentemente, a inércia, seja total ou parcial, uma vez que os reflexos contraproducentes da inatividade estatal atingem a coletividade como um todo.

A esse respeito, insta trazer à lume os ensinamentos de Marçal Justen Filho:

(...) no âmbito publicístico presume-se que tudo o que, em virtude de lei, for autorizado sera reputado como obrigatório. Ou seja, não há cabimento em imaginar que o direito atribuiria poderes para que alguém escolhesse entre fazer ou não fazer.[7]

Dessa forma, o poder de agir para o administrador público constitui uma obrigação de atuar, vigorando, portanto, o binômio conhecido como poder-dever. O administrado, por seu turno, ante a inércia estatal, tem o direito subjetivo de exigir do administrador a conduta comissiva imposta pela lei. Aliás, José dos Santos Carvalho Filho reitera essa mesma compreensão:

Corolário importante do poder-dever de agir é a situação de ilegitimidade de que se reveste a inércia do administrador: na medida em que lhe incumbe conduta comissiva, a omissão (conduta omissiva) haverá de configurar-se como ilegal. Desse modo, o administrado tem o direito subjetivo de exigir do administrador omisso a conduta comissiva imposta na lei, quer na via administrativa, o que poderá fazer pelo exercício do direito de petição (art. 59, XXXIV, "a", da CF), quer na via judicial, formulando na ação pedido de natureza condenatória de obrigação de fazer (ou, para outros, pedido mandamental).[8]

In casu, pode-se verificar que o Estado da Bahia não vem cumprindo o dever constitucional de propiciar ao infrator adolescente a estrutura necessária para sua recuperação.

A precariedade do sistema de acolhimento dos autores de atos infracionais restou certificado no folio, situação que repercute inegavelmente na violação ao princípio da prioridade absoluta. Portanto, a atuação do Ministério Publico com vistas a fornecer os bens materiais necessários à acolhida dos adolescentes em situação de risco é ato estritamente vinculado, que não admite apreciação subjetiva de qualquer espécie.

Assim, considerando que as normas constitucionais supracitadas exigem que o

7 JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005, 141 p.
8 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 14? ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 34

Estado da Bahia e a Fundac prestem efetiva assistência as crianças e adolescentes infratores a omissão impugnada pelo Parquet viola a força normativa da Constituição Federal.

Nessa senda, faz-se oportuno mencionar o art. 227 da Constituição Federal e os art. 4º, 86 e ss, do ECA, in verbis:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar a criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Art. 4º - É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende: a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; c) preferência na formulação e na execução das politicas sociais públicas; d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

Art. 86. A política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente far-se-á através de um conjunto articulado de ações governamentais e não governamentais, da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios.

Art. 87. São linhas de ação da política de atendimento: I - políticas sociais básicas; II - políticas e programas de assistência social, em caráter supletivo, para aqueles que deles necessitem; III - serviços especiais de prevenção e atendimento médico e psicossocial às vítimas de negligência, maus-tratos, exploração, abuso, crueldade e opressão; IV- serviço de identificação e localização de pais, responsável, crianças e adolescentes desaparecidos; V - proteção jurídico-social por entidades de defesa dos direitos da criança e do adolescente.

Art. 90. As entidades de atendimento são responsáveis pela manutenção das próprias unidades, assim como pelo planejamento e execução de programas de proteção e sócio-educativos destinados a crianças e adolescentes, em regime de: VIII - internação.

Art. 94. As entidades que desenvolvem programas de internação têm as

seguintes obrigações, entre outras:I - observar os direitos e garantias de que são titulares os adolescentes; II - não restringir nenhum direito que não tenha sido objeto de restrição na decisão de internação; III - oferecer atendimento personalizado, em pequenas unidades e grupos reduzidos; IV - preservar a identidade e oferecer ambiente de respeito e dignidade ao adolescente; V - diligenciar no sentido do restabelecimento e da preservação dos vínculos familiares; VI - comunicar à autoridade judiciária, periodicamente, os casos em que se mostre inviável ou impossível o reatamento dos vínculos familiares; VII - oferecer instalações físicas em condições adequadas de habitabilidade, higiene, salubridade e segurança e os objetos necessários à higiene pessoal; VIII - oferecer vestuário e alimentação suficientes e adequados à faixa etária dos adolescentes atendidos; IX - oferecer cuidados médicos, psicológicos, odontológicos e farmacêuticos; X - propiciar escolarização e profissionalização; XI - propiciar atividades culturais, esportivas e de lazer; XII - propiciar assistência religiosa àqueles que desejarem, de acordo com suas crenças; XIII - proceder a estudo social e pessoal de cada caso; XIV - reavaliar periodicamente cada caso, com intervalo máximo de seis meses, dando ciência dos resultados à autoridade competente; XV - informar, periodicamente, o adolescente internado sobre sua situação processual; XVI - comunicar às autoridades competentes todos os casos de adolescentes portadores de moléstias infecto-contagiosas; XVII - fornecer comprovante de depósito dos pertences dos adolescentes; XVIII - manter programas destinados ao apoio e acompanhamento de egressos; XIX - providenciar os documentos necessários ao exercício da cidadania àqueles que não os tiverem; XX - manter arquivo de anotações onde constem data e circunstâncias do atendimento, nome do adolescente, seus pais ou responsável, parentes, endereços, sexo, idade, acompanhamento da sua formação, relação de seus pertences e demais dados que possibilitem sua identificação e a individualização do atendimento.

§ 1o Aplicam-se, no que couber, as obrigações constantes deste artigo às entidades que mantêm programas de acolhimento institucional e familiar. (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009)

§ 2º No cumprimento das obrigações a que alude este artigo as entidades utilizarão preferencialmente os recursos da comunidade.

Portanto, o Poder Executivo, no exercício de suas atribuições, está estritamente vinculada às normas constitucionais e infra-constitucionais, dentre elas as que estabelecem como dever do Estado amparar crianças e adolescentes.

Nesse sentido, não se trata de matéria relativa ao poder discricionário do administrador, pois não há que se falar em oportunidade e conveniência em obedecer aos ditames constitucionais.

Evidente também que a integridade física e psíquica do público infanto-juvenil constitui obrigação essencial, dever do Estado e direito de todos, exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas, sendo, pois, imprescindível ao convívio social.

Ora, a negativa em disponibilizar estrutura adequada para acolhida de menores infratores constitui inequívoco atentado aos direitos da criança e do adolescente.

Vê-se, pois, que a questão da proteção dessa coletividade é inderrogável não só porque está em jogo a efetividade do princípio constitucional da prioridade absoluta, mas por se tratar de um poder-dever do Estado que impõe uma atuação positiva.

Enfim, cumpre ao Poder Judiciário, no presente caso, a missão institucional de guardião dos direitos e garantias fundamentais, restabelecendo a força normativa da Carta Magna de 1988 e da Constituição Estadual.

3. MÉRITO RECURSAL

Depreende-se, além disso, da simples leitura dos incisos VI e VII do artigo 208 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que compete ao Estado lato sensu "as ações de responsabilidade por oferta irregular de serviço de assistência social visando a proteção à família, à maternidade, à infância e à adolescência, bem como ao amparo as crianças e adolescentes que dele necessitem" e "de acesso as ações e serviços de saúde".

Do mesmo modo, a Constituição Federal afirma a obrigação do Estado em prestar assistência social aos necessitados e amparar crianças e os adolescentes.

Nesse passo, não há dúvida de que compete ao Estado da Bahia disponibilizar a estrutura apta ao acolhimento de adolescentes em casa de internação dotada de estrutura adequada.

Na situação em comento, verifica-se que os elementos coligidos ao processo denunciam a omissão do Estado da Bahia e da Fundac quanto à garantia de atendimento apropriado das crianças e adolescentes.

Isso explicitado, entende-se que não merece reparo o decisum acoimado no ponto em que determinou que o Estado da Bahia e a Fundac providenciem, desde já, construir casa de internação destinada a estadia de adolescentes infratores.

Embora deva se reconhecer que o estatuto menoril não obriga que, necessariamente, a casa de internação esteja instalada no mesmo domicílio do

infrator, deve-se reconhecer que no polo de Vitória da Conquista inexiste qualquer instituição dessa natureza, não sendo possível admitir que a instalação da unidade em Salvador ou Feira de Santana supre essa carência, em razão da distância entre as cidades.

Tanto isso é verdade que, de acordo com os termos da peça de ingresso da demanda, os adolescentes infratores estão sendo acolhidos em unidades prisionais, o que, portanto, evidencia ilegalidade.

Do mesmo modo, deve-se reputar como meramente procrastinatória a alegação da recorrente relativa à exiguidade de tempo, dada a necessidade de realizar processo seletivo para provimento dos cargos. Maior prova disso é que a inépcia estatal em nenhum instante foi amenizada com a adoção de providências tendentes a solucionar o problema. Assim sendo, ainda que o tempo designado para o cumprimento da providência fosse por demais exíguo, não se justifica sua extensão se a omissão estatal persiste.

Acresça-se, ainda, que, para circunstâncias urgentes, o estatuto dos servidores públicos civis do Estado da Bahia (Lei estadual 6.677/94) prevê, em seus arts. 252 e ss, a contratação pela modalidade REDA (Regime Especial de Direito Administrativo)[9]*, para suprir essa lacuna do quadro de pessoal, o que, todavia, não obsta o dever de provimento dos cargos através de concurso publico.*

Inclusive, os tribunais pátrios já consolidaram posição no sentido de exigir do Estado o dever de disponibilizar os meios materiais necessários ao funcionamento dos órgãos de proteção a criança e ao adolescente, seja Conselho Tutelar ou casa de internação, Casa de Passagem, verbum ad verbum:

AGRAVO DE DE INSTRUMENTO. ECA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONSELHO TUTELAR. FORNECIMENTO DE ESTRUTURA PARA O TRABALHO. É responsabilidade do Município disponibilizar condições de trabalho para o Conselho Tutelar, implementando políticas públicas de proteção ao direito de crianças e adolescentes, independentemente de previsão orçamentária, há esteira dos precedentes da Corte. NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.[10]

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LIMINAR CONCEDIDA. CABIMENTO. MUNICIPIO DE NOVO HAMBURGO. DISPONIBILIZAÇÃO DE SERVIÇO TÉCNICO DE PRONTO-ATENDIMENTO PSICOLÓGICO E SOCIAL AOS CASOS ENCAMINHADOS PELO CONSELHO TUTELAR. APOIO E ORIENTACAO ÀS PROVIDÊNCIAS ADOTADAS PELOS

---

[9] Art. 252 - Para atender a necessidades temporárias de excepcional interesse público, poderá haver contratação de pessoal, por tempo determinado e sob regime de direito administrativo.

[10] Agravo de Instrumento Nº 70023859390, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alzir Felippe Schmitz, Julgado em 31/07/2008

CONSELHEIROS TUTELARES. ATENDIMENTO PRELIMINAR AOS SERVIÇOS DISPONIBILIZADOS NA REDE PÚBLICA MUNICIPAL. 1) Correta se ostenta a decisão que deferiu a liminar, levando-se em consideração as peculiaridades do caso concreto, sobretudo quando se trata de questão que envolve o resguardo da proteção integral de crianças e de adolescentes. Ademais, passível a antecipação dos efeitos da tutela, em face da inexistência de perigo de irreversibilidade. 2) Compete ao Município de Novo Hamburgo disponibilizar, com prioridade, assistente social e psicólogo para atuarem nos casos encaminhados pelo Conselho Tutelar, nos termos dos arts. 208, VI e VII, do ECA, 203 da CF e 29 e 49 da Lei Municipal nº 1.261/2005. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROV/DO."[11]

Diante de todo esse cenário, não merece prosperar o argumento da recorrente, alegando inexistir tempo hábil para realização de concurso público ou mesmo ausência de previsão orçamentária, na medida em que tais providências constituem, como visto, um dever prioritário, de sorte que a mera afirmação de existência de limitações estruturais e financeiras pelas quais passam os entes públicos não serve de fundamento para o eximir das obrigações.

Depreende-se, além disso, da simples leitura dos incisos VI e VII do artigo 208 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que compete ao Estado lato sensu "as ações de responsabilidade por ofensa aos direitos assegurados à criança e ao adolescente, referentes ao não-fornecimento ou oferta irregular de serviço de assistência social visando à proteção à família, à maternidade, à infância e à adolescência, bem como ao amparo às crianças e adolescentes que dele necessitem" e "de acesso às ações e serviços de saúde".

Cumpre trazer a relevo precedentes que, ao examinar casos análogos, reafirmaram a responsabilidade do ente público no que se refere ia implementação de políticas públicas de proteção aos direitos das crianças e adolescentes, independentemente de previsão orçamentária:

ECA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROGRAMA DE ATENDIMENTO PARA ADOLESCENTES INFRATORES. MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS EM MEIO ABERTO. PRAZO PARA A ELABORAÇÃO DO PROJETO. INCLUSÃO DE VERBAS NO ORÇAMENTO PARA A IMPLEMENTAÇÃO DO PROJETO E SUA MANUTENÇÃO. BLOQUEIO E RETENÇÃO DE VALORES. 1. Cabe ao ente municipal a responsabilidade pela implementação das políticas públicas de proteção a crianças e adolescentes, entre as quais esta o programa permanente de atendimento a adolescentes autores de atos infracionais que devem cumprir medida socioeducativa em meio aberto. 2. A reiterada omissão do ente municipal, que vem sendo chamado a cumprir com seu encargo, legitima a ação do Ministério Publico de postular ao Poder Judiciário a imposição dessas medidas. 3. É cabível a determinação de que a administração pública municipal estabeleça, na sua previsão orçamentária, as

11 Agravo de Instrumento Nº 70017396649, Oitava Câmara Cível, TJRS, Relator José Ataides Siqueira Trindade, 14/O2/2007

verbas destinadas à implementação e manutenção do referido programa de atendimento. 4. Caso haja insistente e imotivado descumprimento na decisão judicial, obviamente poderá haver a adoção de medidas enérgicas tendentes a assegurar o atendimento da obrigação. Recurso desprovido."[12]

APELAÇÃO CÍVEL. ECA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ECA. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. SOLIDARIEDADE ENTRE OS PODERES. SEPARAÇÃO DOS PODERES. ALEGAÇÃO DE INGERÊNCIA AFASTADA. O Ministério Público é parte legítima para figurar no polo ativo de ações civis públicas que busquem a proteção do direito individual da criança e do adolescente à vida e à saúde. Aplicação dos art. 127, da CF/88; art. 201, V, 208, VII, e 212 do ECA. O princípio da dignidade humana e a garantia de atendimento prioritário às crianças e adolescentes, além do exame da prova dos autos, conduz ao pronto atendimento do pedido da inicial. A realização de exames, fornecimento de medicamentos ou a aquisição aparelhos médicos à criança, cuja família não dispõe de recursos econômicos, independe de previsão orçamentária, tendo em vista que a Constituição Federal, ao assentar, de forma cogente, que os direitos das crianças e adolescentes devem ser tratados com prioridade, afasta a alegação de carência de recursos financeiros como justificativa para a omissão do Poder Público. Existe solidariedade entre a União, os Estados e os Municípios, quando se trata de saúde pública, cabendo ao necessitado escolher quem deve lhe fornecer o tratamento médico pleiteado. Aplica-se o 'Princípio da Reserva do Possível' quando demonstrada a carência orçamentária do Poder Público e o atendimento solicitado (medicamento ou exame médica), não se enquadra entre os casos de extrema necessidade e urgência. A administração pública, que prima pelo princípio da publicidade dos atos administrativos, não pode se escudar na alegada discricionariedade para afastar do Poder Judiciário a análise dos fatos que envolvem eventual violação de direitos. NEGADO SEGUIMENTO AO RECURSO.[13]

Por essas razões, não se deve chancelar o inconformismo esboçado pelos apelantes.

4. CONCLUSÃO

Face o bosquejado alhures, amparada nos ensinamentos doutrinários, dispositivos legais aplicáveis à hipótese e excertos jurisprudenciais, esta Procuradoria de Justiça Cível manifesta-se pelo IMPROVIMENTO dos recursos, para que seja mantida a decisão atacada, por seus próprios fundamentos."

Saliente-se que encontra-se consolidado no *SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL* inteligência no sentido de ser perfeitamente possível e legal a utilização, pelo julgador, do

[12] Agravo de Instrumento Nº 70020195616, Sétima Câmara Cível, TJRS, Relator Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves,10/10/2007

[13] *Apelação Cível Nº 70022923809, Oitava Câmara Cível, TJRS, Relator Claudir Fidelis Faccenda, 27/03/2008*

Parecer da douta Procuradoria de Justiça como fundamento da decisão, confira-se:

> *"Reveste-se de plena legitimidade jurídico-constitucional a utilização, pelo Poder Judiciário, da técnica da motivação 'per relationem', que se mostra compatível com o que dispõe o art. 93, IX, da Constituição da República. A remissão feita pelo magistrado - referindo-se, expressamente, aos fundamentos (de fato e/ou de direito) que deram suporte a anterior decisão (ou, então, a pareceres do Ministério Público ou, ainda, a informações prestadas por órgão apontado como coator) - constitui meio apto a promover a formal incorporação, ao ato decisório, da motivação a que o juiz se reportou como razão de decidir". – (AI 825.520 – AGR-ED/SP, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 9.9.2011).*
>
> *"AGRAVO DE INSTRUMENTO - DECISÃO QUE SE AJUSTA À JURISPRUDÊNCIA PREVALECENTE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - CONSEQÜENTE INVIABILIDADE DO RECURSO QUE A IMPUGNA - SUBSISTÊNCIA DOS FUNDAMENTOS QUE DÃO SUPORTE À DECISÃO RECORRIDA - INCORPORAÇÃO, AO ACÓRDÃO, DAS RAZÕES EXPOSTAS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL - MOTIVAÇÃO "PER RELATIONEM" - LEGITIMIDADE JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DESSA TÉCNICA DE FUNDAMENTAÇÃO - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO" (AI 734689 AgR / DF - DISTRITO FEDERAL. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO. Órgão Julgador: Segunda Turma. Julgamento: 27/03/2012).*
>
> *"(...).a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal assentou-se no sentido de que a técnica da fundamentação per relationem, na qual o magistrado se utiliza de trechos de decisão anterior ou de parecer ministerial como razão de decidir, não configura ofensa ao disposto no art. 93, IX, da CF" (HC 110308 / RS - RIO GRANDE DO SUL. Relator(a): Min. GILMAR MENDES. Órgão Julgador: Segunda Turma. Julgamento: 22/11/2011).*
>
> *"(...).- O Supremo Tribunal Federal tem salientado, em seu magistério jurisprudencial, a propósito da motivação "per relationem", que inocorre ausência de fundamentação, quando o ato decisório - o acórdão, inclusive - reporta-se, expressamente, a manifestações ou a peças processuais outras, mesmo as produzidas pelo Ministério Público, desde que nestas se achem expostos os motivos, de fato ou de direito, justificadores da decisão judicial proferida. Precedentes (HC 69438 / SP - SÃO PAULO. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO. Órgão Julgador: Primeira Turma. Julgamento: 16/03/1993).*

Diante do exposto, ***nega-se provimento*** às Apelações Cíveis interpostas, mantendo-se a Sentença recorrida em todos os seus termos.

Sala das Sessões da 5ª Câmara Cível, de de 2016.

PRESIDENTE

PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Quinta Câmara Cível
5ª Av. do CAB, nº 560 - Centro - CEP: 41745971 - Salvador/BA

DES. JOSÉ CÍCERO LANDIN NETO
RELATOR

PROCURADOR DE JUSTIÇA