



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2018.0001005016

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação / Remessa Necessária nº 1092463-76.2016.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO e Recorrente JUÍZO EX OFFICIO, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

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

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MOACIR PERES (Presidente sem voto), EDUARDO GOUVÊA E LUIZ SERGIO FERNANDES DE SOUZA.

São Paulo, 17 de dezembro de 2018.

MAGALHÃES COELHO
RELATOR
Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Apelação / Remessa Necessária nº 1092463-76.2016.8.26.0100 - Comarca de São Paulo

Apelante: Prefeitura Municipal de São Paulo

Recorrente: Juízo Ex Officio

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Interessados: Conselhos Tutelares da Capital e Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente da Cidade de São Paulo

Voto nº 36716

AÇÃO CIVIL PÚBLICA – Obrigação de fazer consistente em prover estrutura material e humana dos Conselhos Tutelares da Capital e do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente da cidade de São Paulo – Alegada ausência de interesse processual e ilegitimidade do Ministério Público – Inocorrência - Norma constitucional de proteção às crianças e adolescentes - Alegada ingerência do Poder Judiciário no Poder Executivo - Inocorrência - Controle jurisdicional dos atos discricionários – Aumento do prazo para apresentação de cronograma para atendimento administrativo dos pedidos – Redução do valor da multa diária por descumprimento – Objetivo de compelir o administrador a implementar as políticas públicas - Recurso provido parcialmente.

Vistos, etc.

I. Trata-se de ação civil pública movida pelo Ministério Público em face da Prefeitura Municipal de São Paulo, objetivando compelir a ré a prover condições estruturais mínimas a Conselhos Tutelares e ao Conselho Municipal dos Direitos das Crianças e Adolescentes (CMDCA).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

II. A ação foi julgada parcialmente procedente para condenar a ré cumprir as seguintes determinações: (a) atendimento das demandas dos Conselhos Tutelares, incluindo a manutenção da segurança, serviços de limpeza, transporte e informática compatíveis com as necessidades, suprindo as carências tanto do órgão municipal quanto do CMDCA discriminados às fls. 3378/3394; (b) disponibilização de certificação digital para uso do sistema e-saj do TJSP, possibilitando a remessa de guias de acolhimento/desligamento e relatórios; (c) criação e manutenção de um sistema efetivo de formação permanente e continuada, de frequência, orientação, mediação, atualização e aplicação de medidas para casos de desvio de conduta de seus membros; (d) criação e manutenção de recursos humanos permanentes para formação das equipes de apoio administrativo para os Conselhos Tutelares de São Paulo e para o CMDCA, na forma requerida às fls. 3497.

A juíza *a quo* ainda fixou o prazo de 30 dias para apresentação de cronograma para atendimento administrativo, sob pena de multa por descumprimento no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) por dia, nos termos do artigo 536, caput e §1º do CPC, a ser depositado



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

no Fundo Municipal dos Direitos das Crianças e do Adolescente.

III. Interposto recurso de apelação pela Prefeitura Municipal de São Paulo.

IV. Foram apresentadas contrarrazões.

V. O parecer do Procurador de Justiça oficiente é pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

Trata-se, como se vê, de recursos oficial e voluntário de apelação ofertado pela Prefeitura Municipal de São Paulo, em ação civil pública que lhe promove o Ministério Público em razão da omissão estatal no que diz respeito à manutenção e funcionamento de Conselhos Tutelares e do CMDCA.

Em suas razões recursais, a Municipalidade de São Paulo alega ao longo do processo demonstrou que não há propriamente omissão estatal na manutenção dos Conselhos Tutelares, sendo que em verdade, a presente ação civil pública está sendo usada pelo Ministério Público para que este decida, no lugar do



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Poder Executivo Municipal, onde e como investir o dinheiro público. Sustenta, assim, a ingerência do Poder Judiciário na discricionariedade do Poder Executivo, ferindo a independência dos Poderes e, ainda, insurgindo-se quanto a multa diária que lhe foi imposta.

O recurso voluntário merece provimento parcial.

A análise dos autos demonstra, de maneira cabal, que diversos Conselhos Tutelares, bem como o Conselho Municipal dos Direitos das Crianças e Adolescentes encontram-se com estrutura física e humana extremamente precárias.

O inquérito civil juntado pelo Ministério Público indica que há Conselhos Tutelares em que a estrutura física é de tal modo precária que, em dias chuvosos, não é possível se manter lá dentro. Há falta, de maneira geral, de produtos básicos de higiene, tais como detergente, sabonetes e papel higiênico. Há, ainda, falta de material de trabalho, sendo que em diversos Conselhos Tutelares são os próprios conselheiros os responsáveis por prover grampeadores, papel, canetas, grampos, etc. Não raro, os Conselheiros ainda queixam-se de atraso em



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

pagamento de sua remuneração.

A situação evidentemente precária dos Conselhos Tutelas foi, portanto, demonstrada de maneira detalhada neste processo e com provas que não permitem conclusão diversa.

É certo que a Municipalidade não se opõe a esta constatação, pois não chega a defender que os Conselhos Tutelares estejam em condições adequadas. Contudo, afirma que a Prefeitura de São Paulo não tem se omitido no enfrentamento desta questão.

Entendo, no entanto, que esta afirmação de que a Prefeitura vem tomando providências de modo a reverter o quadro trágico dos Conselhos Tutelares, embora não seja de todo inverídica, não infirma a conclusão de que tem se omitido em observar a absoluta prioridade com que estas questões merecem ser enfrentadas.

A realidade é que o inquérito civil instaurado pelo Ministério Público arrasta-se desde 2014, quando já tinham sido identificados diversos dos problemas apontados pelos Conselhos Tutelares. De lá pra cá, pouco avançou a Municipalidade e, inclusive, em questões que seriam aparentemente simples, tais como a de prover material de trabalho e de higiene para todos os locais.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Em outros termos, o processo noticia um conjunto de omissões estatais graves cujo enfrentamento não pode ser deixado para o momento em que a Prefeitura de São Paulo bem entender.

E é assim porque, estamos diante de um caso no qual milhares de crianças e adolescentes têm suas integridades física e moral postas em risco porque a Municipalidade entende que ainda não seria hora de prover aos Conselhos Tutelares estrutura física e humana decentes.

A leitura do processo causa espécie, pois nota-se que os Conselhos Tutelares em estados mais precários são aqueles localizados em regiões mais pobres da cidade e, portanto, onde está concentrada a maioria das crianças e adolescentes em situação de extrema vulnerabilidade.

Assim, a Municipalidade, além de não prover o mínimo aos Conselhos Tutelares, abandona em situações ainda piores aqueles que atuam nas regiões mais críticas da cidade.

Ademais, a análise dos pedidos feitos pelo Ministério Público dá conta de que estes não desbordam daquilo que a Prefeitura deveria fazer por expressa disposição legal. Ou seja, o Ministério Público



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

está apenas velando pelo cumprimento estrito da lei.

Portanto, ainda que se reconheça ser competência do Poder Executivo a definição das políticas públicas a serem implantadas numa dada sociedade, não se pode deixar de ver que há determinadas demandas sociais prioritárias e cuja efetivação não passa pelo exercício da “vontade” do administrador.

Nesse sentido, é certo que no caso dos autos, as iniciativas da Prefeitura têm sido incipientes e insuficientes, demonstrando, d'estarte, a existência de legitimação do Ministério Público e seu interesse processual na tutela do interesse coletivo.

No tocante ao mérito, não merece qualquer reparo, na essência, a excelente sentença monocrática proferida.

A sentença não ofende, como pretende o recurso, a discricionariedade administrativa, nem a independência dos Poderes.

Não há que se falar em violação ao princípio da independência dos Poderes quanto ao Poder Judiciário no exercício de sua missão constitucional.

Com efeito, segundo o artigo 5º, XXXV da Constituição Federal, o Poder Judiciário exerce o controle jurisdicional da Administração Pública e faz



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

concretizar os vetores axiológicos e os direitos individuais e coletivos expressos na Constituição Federal.

Particularmente no que se refere ao direito das crianças e adolescentes, verifica-se que o art. 227 da Constituição Federal dispõe ser dever do Estado assegurar à 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.

E como essa garantia fundamental não é um mero exercício de retórica, impõe-se ao Estado o dever de garanti-la dentre outros modos, assegurando que os Conselhos Tutelares, cuja atribuição é justamente a de velar pela observância dos direitos de crianças e adolescentes, funcionem plenamente e de maneira minimamente adequada.

Longe de se ver no artigo 227 da Constituição Federal uma norma programática, recurso pelo qual usualmente os administradores públicos se escusam de cumprir as obrigações que lhes são dirigidas pelas normas constitucionais, há que se ver uma norma



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

impositiva de eficácia plena, que objetiva tomar real e não meramente retórico os direitos de proteção às crianças e adolescentes.

Não é hora, portanto, de buscar em certa retórica vazia do direito, uma maneira de subtrair-se à imposição constitucional.

Não é suficiente, portanto, que o Estado proclame o reconhecimento de um direito constitucional, para solapá-lo por meio de gestões de duvidosa eficiência e moralidade.

É necessário que esses direitos venham a ser respeitados e implementados pelo Estado, destinatário do comando constitucional.

Se não o fez. Se pretexta a retórica, argumentos destituídos de significação, como a impossibilidade orçamentária, assiste ao cidadão o direito de exigir do Estado a implementação de tais direitos.

Não se está, aqui, absolutamente o Poder Judiciário se investindo de co-gestor do orçamento do Poder Executivo.

Está tão-somente fazendo cumprir um comando constitucional, que a insensibilidade própria dos burocratas prefere ver perecer ante argumentos que se contrapõem à principiologia constitucional.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Basta se proceda a uma gestão racional, eficiente e honesta da coisa pública.

Que não se socorra com dinheiro público grandes conglomerados econômicos, que não se venda dólares a preços subsidiados a banqueiros falidos, em afronta ao princípio da legalidade e da moralidade administrativa.

Se o Estado não atingiu, ainda, o grau ético necessário a compreender essa questão, deve ser compelido pelo Poder Judiciário, guardião da Constituição, a fazê-lo.

Não há, por outro lado, qualquer ofensa à discricionariedade administrativa.

É certo que se fala em discricionariedade quando a lei concede ao administrador público uma certa margem de liberdade e apreciação subjetiva para prover os campos de indeterminação normativa, para que se possa atingir o interesse público.

O que importa notar, todavia, é que a existência de uma opção discricionária não toma imune a função administrativa a controle jurisdicional, uma vez que sua atribuição ao administrador público não é um "cheque em branco" que possa ser preenchido com qualquer conteúdo, ainda que ofensivo aos vetores



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

axiológicos do sistema normativo e, notadamente, da Constituição Federal.

O eventual exercício de faculdades discricionárias não dispensa a Administração Pública de respeito à Constituição Federal. Não há, portanto, no poder discricionário uma vontade absolutamente livre do administrador, nem a pretensa imunidade a seu controle.

Como já tive oportunidade de anotar:

“O controle jurisdicional da discricionarieidade administrativa não significa, em absoluto, como advertirá o próprio Enterrria, na anulação ou no aniquilamento dos poderes administrativos. Não é disso de que se trata ou que se pretende. Cuida-se apenas de verificar se, na sua atuação concretizadora da finalidade da lei, a administração pública está não só respeitando, como ainda implementando os vetores axiológicos do ordenamento jurídico. O que não se pode pretender, à evidência, é que ao exercer faculdades discricionárias, possa ela se colocar ao abrigo do controle da principiologia constitucional, que deve ser levada a efeito, até suas últimas conseqüências, pelo Poder Judiciário que, ao



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

agir assim, estará apenas e tão-somente cumprindo sua missão constitucional. Nem se pretenda que, ao fazê-lo, estará a invadindo o “mérito” do ato administrativo. Fazer valer os vetores constitucionais é tarefa imperiosa do Poder Judiciário que não pode se acovardar a pretexto de invasão de competência de outro poder.

Evidentemente, haverá sempre no ato administrativo discricionário uma esfera última de liberdade do administrador para fazer sua opção diante das circunstâncias concretas da hipótese, diante de certas singularidades, em que ao Poder Judiciário será vedado imiscuir-se.

Aí e tão-somente aí, radicará a liberdade do administrador que o Juiz evidentemente não poderá substituir, porque é a tarefa mesma, por excelência, do poder político.”¹

Portanto, manter os Conselhos Tutelares em funcionamento e com estruturas decentes, não é questão afeta à subjetividade do administrador.

Ainda que se reconheça graus de

¹ Controle Jurisdicional da Administração Pública, pg. 54- Editora Saraia, 1ª edição – São Paulo, 2002.



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

liberdade em suas opções, não pode o administrador furtar-se a cumprir e concretizar políticas públicas erigidas pela Constituição Federal como absolutamente prioritárias.

Essa postura do administrador público **pode e deve** ser controlada pelo Poder Judiciário que é, também, um Poder político no sentido de que comprometido com o bem comum - e com a implementação dos valores que formam a base do Estado Democrático e Social de Direito albergado na Constituição Federal.

Aliás, cabe aqui mencionar acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, excelentemente relatado pelo Des. Sergio Gischkow Pereira que, definitivamente, põe a questão em seus devidos termos:

"AÇÃO CIVIL PÚBLICA - Programa de internação e semiliberdade para adolescentes infratores - Ausência de implantação por Estado-membro sob a alegação de falta de verba orçamentária - Inadmissibilidade, em face da previsão constitucional (art. 227) que define como prioridade absoluta as questões de interesse da criança e do adolescente - Ajuizamento da ação pelo Ministério Público visando o cumprimento da ordem constitucional que não afronta o poder discricionário da administração pública

ACóRDÃO - Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam, em 7ª Câm. Cív. do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, rejeitadas as preliminares, prover, em parte, o apelo e, em reexame necessário, confirmar parcialmente a sentença, nos termos dos votos a seguir transcritos.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, os Exmos.

Srs. Des. Elíseu Gomes Torres e Dr. Carlos Alberto Alves Marques, Juiz de Alçada em Regime de Substituição.

Porto Alegre, 12 de março de 1997 - Sérgio Gischkow



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Pereira, pres. E relator.

*RELATÓRIO– O exmo. Sr. Des. Sérgio Gischkow Pereira–
 pres. e relator:*

*I. Adoto, inicialmente, o relatório da sentença de f. que
 passo a transcrever:*

*"O MP, por seu Promotor de Justiça Curador da Infância e
 da Juventude, aforou ação civil pública contra o Estado do Rio Grande do Sul.*

*"Alega, em síntese, que o ECA institui uma série de
 medidas socioeducativas visando a, em um processo de responsabilização do jovem,
 pessoa em desenvolvimento, assegurar ao adolescente autor de ato infracional sua
 reinserção no contexto social.*

*"Entre estas medidas prevê duas privativas de liberdade, a
 saber a inclusão em programas de semiliberdade e internamento, a serem cumpridas
 em unidades especializadas (art. 112, V e VI).*

*"Sustenta o autor que o art. 124 do ECA elenca os direitos
 do adolescente privado de liberdade, estando nos arts. 94 e 120, § 2º, as obrigações
 das entidades que desenvolvam os já mencionados programas. Dentre os direitos
 assegurados ao jovem infrator privado de liberdade encontra-se o de cumprir a
 medida na mesma localidade ou na mais próxima da residência de sua família, com
 garantia de visitas ao menos semanais.*

*"Nesta linha a Assembléia Legislativa do Estado aprovou e
 o Poder Executivo sancionou a Lei 9.896/93, de 09.06.1993, pela qual foram
 criados no âmbito estadual dez Juizados Regionais da Infância e Juventude. Um
 deles já instalado na Comarca de Santo Ângelo, com base territorial na região
 noroeste do Estado, com sede em Santo Ângelo, e abrangência nas seguintes
 Comarcas (Res. 99/93 do CM/TJ): Augusto Pestana, Campina das Missões,
 Campo Novo, Catuípe, Cerro Largo, Coronel Bicaco, Crissiumal, Cruz Alta,
 Giruá, Guarani das Missões, Horizontina, Ijuí, Palmeira das Missões, Santo
 Augusto, Santo Cristo, São Luiz Gonzaga, Tenente Portela, Três de Maio, Três
 Passos e Tucunduva.*

*"A execução das medidas socioeducativas privativas de
 liberdade está incluída entre as tarefas dos Juizados Regionais, todavia não foi
 providenciado pelo Estado a criação de uma unidade adequada em Santo Ângelo.*

*"Discorre a inicial que nas peças que integram o Inquérito
 Civil que instrui o pedido se verifica a omissão do Governo do Estado no atendimento
 às previsões legais pertinentes infrator. Consta dos autos documentação enviada
 pelo então presidente da FEBEM, Sr. Ricardo Souza Queiroz (f.), dando conta do fato
 de o mencionado órgão estatal, responsável pelo cumprimento das medidas
 privativas de liberdade a adolescentes infratores possuir projeto para implantação de
 unidade, orçada em US\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil dólares americanos),
 com capacidade de atendimento a 30 adolescentes, tendo tal proposta sido incluída
 no plano plurianual da FEBEM para o quadriênio 91/95.*

*"A mesma documentação informa que não foram
 destinados recursos pelo Governo para execução da obra e que, conseqüentemente,
 inexistente previsão acerca do cronograma de implantação de uma unidade dessa*



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

espécie em Santo Ângelo.

"Sustentando a responsabilidade do Estado do Rio Grande do Sul na implantação e manutenção dos programas de atendimento ao adolescente infrator privado de liberdade, respaldado no contido na Res. 01194 do Conselho Estadual dos Direitos da Criança e do Adolescente, publicada no DO do Estado, no uso de suas atribuições, requer o órgão do parquet estadual a condenação do Estado ao cumprimento de obrigação de fazer, consistente em incluir no próximo orçamento verba suficiente para criar, instalar e manter em funcionamento programas de internação e semiliberdade para adolescentes infratores, em Santo Ângelo, com observância estrita das normas do art. 94 do ECA, que possibilitem o respeito aos direitos previstos no art. 124 do mesmo diploma legal e que atendam a demanda do Juizado Regional, bem como a concluir as obras e colocar em funcionamento os referidos programas no prazo de seis meses contados a partir do início do exercício orçamentário, tudo sob pena de pagamento de multa diária no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

"Com a inicial trouxe farta documentação (f.)

"O requerido foi regularmente citado e ofereceu contestação (f.).

"Preliminarmente pretende denunciação da lide à União Federal - Ministério da Justiça, com base em protocolo de intenções com aquele Ministério visando à construção e criação de casas de internação destinadas a adolescentes infratores no Estado.

"Pugna ainda pela denunciação da lide do Município de Santo Ângelo, com força no mesmo Protocolo.

Aduz a impossibilidade jurídica do pedido, por entender que a pretensão inculpada na inicial afronta o poder discricionário do administrador público, com violação do princípio de harmonia entre os poderes (arts. 2º da CF e 149 et seq da Carta Estadual).

"No mérito sustenta a inviabilidade da demanda, retomando a questão da discricionariedade do administrador público, a quem incumbe traçar os planos e/ou programas que entender mais adequados para o atendimento dos problemas da infância e da juventude, sempre sob o prisma do binômio necessidade/possibilidade, referindo lições de administrativistas, estatutistas e jurisprudência que entende sustentam sua posição.

Afirma que a presente causa extrapola os limites da ação civil pública, postulando o julgamento antecipado da lide, traz documentos (f.).

"Houve réplica (f.), onde autor rebate os argumentos do réu, do descabimento da denunciação da lide, bem como a procedência do pedido, que não afronta os princípios aduzidos pelo réu em suas razões.

"A f. consta resposta do Poder Público Municipal de Santo Ângelo à consulta determinada por este Juízo, onde informa haver à disposição da FEBEM área do Município para a edificação da unidade de internamento reclamada".

2. O Magistrado sentenciou às f., julgando procedente a pretensão deduzida em juízo pelo MP para o efeito de condenar o Estado do Rio Grande do Sul ao cumprimento da obrigação de fazer consistente em incluir no próximo orçamento verba suficiente para criar, instalar e manter em funcionamento programas de internação e semiliberdade para adolescentes infratores, em Santo



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Ângelo, que observem estritamente as normas do art. 94 do ECA, que possibilitem o respeito aos direitos previstos no art. 124 do mesmo diploma legal e que atendam à demanda do Juízo Regional, bem como concluir as obras e colocar em funcionamento os referidos programas no prazo de 6 (seis) meses, contados a partir do início do exercício orçamentário, tudo sob pena de pagamento de multa diária no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), em favor do Fundo Municipal da Criança e do Adolescente do Município de Santo Ângelo.

Outrossim, determinou o reexame necessário da ação civil pública em apreço.

3. Inconformado, apelou o Estado do Rio Grande do Sul (f.).

Renovou as preliminares aduzidas em contestação, suscitando:

a) Denúnciação à lide da União Federal - Ministério da Justiça, eis que foi assinado em 1995 Protocolo e Intenções entre o Ministério da Justiça e o Governo do Estado visando a criação e construção de casas de internação destinadas a adolescentes infratores sujeitos às medidas privativas de liberdade de semiliberdade.

Desta forma, o Ministério da Justiça compromete-se em proporcionar os recursos materiais, tendo inegável interesse na causa, e, nos termos do art. 70, inc. III do CPC, devendo ser citado para respondê-la.

b) Denúnciação à lide do Município de Santo Ângelo, eis que sendo este Município sede de Juizado Regional da Infância e da Juventude deve compor a relação processual posto que está constitucionalmente obrigado a coordenar e executar tais programas.

Invocou o art. 204, I, c/c art. 227, § 7º, da CF, bem como o art. 88, inc. I, do ECA, o qual estabelece a municipalização do atendimento da criança e do adolescente, em obediência à Carta Magna, que preceitua a descentralização político-administrativa.

Por fim, aludiu o Protocolo de Intenções referido, na cláusula segunda, item 2, letra c, ponderando haver liame constitucional e infraconstitucional abrangendo o Município, devendo devendo o mesmo ser citado para responder a presente ação.

c) Da impossibilidade jurídica do pedido. O pedido formulado pelo MP e integralmente acolhido pelo juízo a quo culmina por afrontar o poder discricionário do administrador público pois retira deste todo e qualquer juízo de discricionariedade e de conveniência e oportunidade. Além disso, viola o princípio da harmonia dos poderes (art. 2.1 da CF) e as normas pertinentes ao orçamento atinentes à violação da lei orçamentária. (art. 149 et seq. da CE).

A elaboração do orçamento do Estado é atribuição do Poder Executivo, com a aprovação do Poder Legislativo, não tendo o Poder Judiciário competência para alterar ditas atribuições. Em assim considerando, a decisão singular extrapolou os limites legais, desconiderando o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e a lei orçamentária anual. Impõe-se, assim, que o pedido e a sentença sejam considerados juridicamente impossíveis.

No que pertine ao mérito recursal, insiste que o decisum invadiu esfera privativa do Poder Executivo, ingressando em aspectos de



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

oportunidade e conveniência.

A inclusão de verba no orçamento do Estado seria atribuição afeita ao juízo de discricionariedade do Poder Executivo. O Poder Judiciário não pode, à margem da lei, adentrar em critérios de oportunidade e conveniência para determinar a priorização das necessidades na execução das obras e serviços públicos reclamados pela sociedade.

Nesse sentido, elencou farta doutrina e jurisprudência, pugnando pela improcedência da demanda.

Afinal, insurgiu-se contra a cominação de prazo máximo para conclusão das obras (seis meses) com pena de multa diária, cujo valor fixado é exorbitante.

Isto posto, requereu fossem acolhidas as preliminares e, no mérito, fosse julgada improcedente a ação, dando-se total provimento ao apelo.

4. O MP ofereceu contra-razões.

Argumentou pela improcedência das alegações recursais, as quais limitaram-se a reiterar os fundamentos já totalmente superados no processo.

Inicialmente frisou o descabimento das pretendidas denúncias da lide. A obrigação, inequivocamente, é do Estado do Rio Grande do Sul e o Protocolo de Intenções firmado pelo Ministério da Justiça e pelo Município de Santo Ângelo não faz estes sujeitos passivos da pretensão deduzida na inicial.

O repasse dos recursos federais é assunto a ser equacionado pelo requerido, mas não nos limites da ação, já que apenas a ela incumbe a responsabilidade pela execução e manutenção dos programas de semiliberdade e internação. Quanto ao Município, convém ressaltar que ele não tem qualquer encargo legal na execução das medidas socioeducativas, a ele cabendo a execução de medidas de proteção.

Asseverou ser inequívoca a responsabilidade dos Estados-membros pela manutenção dos programas de atendimento de adolescentes infratores privados de liberdade.

Outrossim, reportou-se às alegações expendidas na inicial e na réplica, pedindo que as mesmas integrassem as presentes contra-razões.

Com relação à alegada impossibilidade jurídica, mencionou que jamais se pretendeu negar a existência do poder discricionário atribuído ao administrador público, todavia, enfatizou que hoje, perante a moderna doutrina de Direito Administrativo, não possui ele a amplitude pretendida pelo Estado, ora apelante.

É também, incorreta a visão que retrata interferência na órbita do Poder Executivo ou do Poder Legislativo, bem como são insubsistentes as referências feitas no apelo vendo atropelo do Poder Judiciário, visto que a sentença limitou-se a condenar o Estado a adotar comportamento que lhe é exigível ante os ditames legais a que se nega a adotar.

Da mesma forma, não procede a inconformidade do Estado de que houve substituição do pronunciamento dos Poderes Executivo e Legislativo de forma indevida, bem como igualmente não prosperam as asserções atinentes à violação da lei orçamentária.

No mérito, impugnou a tese defendida pelo Estado, dizendo que aceitar tal argumentação significaria concordar com o fato de ser promulgada



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

uma Constituição, aprovar-se e entrar em vigor uma lei como o ECA não pode o Judiciário exigir que se cumpram as determinações contidas em tais textos legais, dentre os quais a Lei Magna.

De acordo com estes dispositivos constitucionais, criança e adolescente são prioridades em nosso país. Ocorre que tal prioridade, na prática, especialmente no que se refere à execução de medidas socioeducativas, não pode ser demonstrada. Os Juizados Regionais da Infância e da Juventude foram criados por lei, tendo o Judiciário providenciado na quase imediata instalação e funcionamento dos mesmos. Contudo, pela inexistência de unidades na sede dos Juizados Regionais, toma-se impossível tornar eficaz a execução das aludidas medidas. Assim, no quadro caótico hoje existente, a desobediência ao que determinam a CF e o ECA estará caracterizada. Por este motivo, é correta e inatacável a decisão de 1º grau, pois ao Judiciário cumpre corrigir tal situação, onde o Estado descumpra o que lhe cabe perante os comandos legais.

Ademais, a criação da unidade reclamada em Santo Ângelo está prevista no plano plurianual da FEBEM desde 1991, sem, porém, que se verifique qualquer medida concreta de execução, sendo indesculpável a omissão do Estado do Rio Grande do Sul.

A desconformidade do apelante com o prazo fixado para o término das obras com pena de multa diária, bem como o valor desta multa, igualmente não encontra respaldo.

Até hoje sequer foi dado início ao cumprimento do que emerge da CF e do ECA, sendo necessária a intervenção do Poder Judiciário para tanto.

Face ao exposto, pleiteou a manutenção do decisório.

Acostou a documentação das f.

5. O Dr. Procurador de Justiça lançou parecer às f., onde opinou fossem rejeitadas as preliminares invocadas pelo Estado e, no mérito, fosse negado provimento ao recurso.

6. Redistribuídos, vieram-me conclusos estes autos.

É o relatório.

VOTO - O Exmo. Sr Des. Sérgio Gischkow Pereira - relator

e pres.:

1. Descabe a prefacial de denúncia da lide à União.

A inicial bem demonstrou como a obrigação é do Estado-Membro da União, que, aliás, a aceitou, consoante a Res. 01/94, do Conselho Estadual dos Direitos da Criança e do Adolescente, quando estabeleceu competir "ao Poder Executivo criar, instalar e manter os programas de atendimento em regime de internação e semiliberdade, destinado ao atendimento do adolescente autor de ato infracional, privado de liberdade" (f.). De resto, nem a contestação do Estado do Rio Grande do Sul negou o dever apontado pela inicial e a ele imputado.

Pois bem, não há norma legal ou contratual que obrigue a União a "indenizar", em ação regressiva" (!, o "prejuízo" do Estado, se este resultar derrotado, ou seja, não há como incidir o art. 70, inc. III, do CPC. É sabido que esta hipótese tem a ver com a garantia denominada própria (formal) ou imprópria (responsabilidade civil), conforme lição de Aroldo Plínio Gonçalves (Da denúncia da lide, Rio de Janeiro, Forense, 1987. Item 11.3.3.4., p. 230). A contestação invoca



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

os arts. 204, inc. I, e 227, § 7º, ambos da CF (f.). O art. 227, § 7º, se reporta ao art. 204. Ora, este último, em seu inc. I, com a devida vênia, não apóia a tese do apelante, pois expressamente prevê até o contrário, na medida em que quer descentralização político-administrativa e coloca o dever de execução de programas nas esferas estadual e municipal e não nas mãos da União; esta somente coordena e dá normas gerais. Também não há contrato, nos termos contemplados pelo CPC. Existe é mero protocolo de intenções (f.) entre Ministério da Justiça e Governo do Estado do Rio Grande do Sul.

2. A outra preliminar é atinente à denúncia da lide ao Município de Santo Ângelo.

Não tem melhor sorte.

Igualmente aqui não há como vislumbrar aplicação do art.

70, inc. III, do CPC.

Evidente a ausência de contrato. Por outro lado, apesar do texto do art. 204, inc. I, da CF, já destaquei que o próprio Estado do Rio Grande do Sul aceitou responsabilidade de fornecer recursos para programas de atendimento em regime de internação e semiliberdade; e mais: o ECA como salientou a sentença do Dr. João Batista Costa Saraiva, especificou o âmbito da responsabilidade municipal, que tem a ver com encargos relativos à execução de medidas de proteção, impondo, criação de Conselhos Tutelares foi mais adiante o Município, pois colocou à disposição da FEBEM área para edificação do internato (notícia dada pela sentença a f.).

Veja-se de resto, a extrema dificuldade de trabalhar com categorias como "indenização em ação regressiva por prejuízo do Estado", consoante previsto no art. 70, inc. III, do CPC, em caso como o presente. São categorias respeitantes a outras modalidades de relações jurídicas.

3. O apelo traz alegação de impossibilidade jurídica do pedido. Versa ele sobre a quebra do poder discricionário do Poder Executivo e dos critérios consagrados de conveniência e oportunidade, com afronta ao princípio da harmonia dos poderes e às normas que regem o orçamento.

Aqui praticamente não há o que acrescentar à bem lançada sentença do Dr. João Batista Costa Saraiva, que, por sua vez, reproduziu magnífico trabalho sentencial do Dr. Eugênio Fachini Neto, um dos grandes Magistrados brasileiros, homem de invulgar cultura jurídica e nobre caráter, Mestre em Direito e realizando seu doutorado na Itália. A relevância da matéria conduz a que se reproduza na íntegra o pensamento do insigne jurista:

"A alegação básica do contestante é no sentido de que diante de atuação de poder discricionário do Estado, não pode ser discutido pelo Poder Judiciário. Assim, em tal ótica, caberia ao Estado, isto é, ao chefe do Poder Executivo do momento decidir se, quando e onde irá construir instalações necessárias ao abrigo de adolescentes infratores aos quais se tenha imposta medida privativa de liberdade.

"Tal enfoque - da ilimitação e incontabilidade do chamado poder discricionário - efetivamente foi observado cegamente nesta pátria tupiniquim ao longo de décadas. Todavia, mais recentemente tal posicionamento vem sendo objeto de críticas doutrinárias acesas, com alguma ressonância na jurisprudência.



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

De fato, vive-se (ou busca-se viver) num Estado de Direito, cuja característica maior é sujeitar-se o próprio Estado (em qualquer de suas manifestações) aos parâmetros da legalidade (a nível de normas constitucionais, normas ordinárias e atos normativos inferiores). Deste esquema, certamente não poderá fugir agente estatal algum, esteja ou não no exercício de poder discricionário.

“É patente, em direito administrativo, que enquanto o particular pode fazer tudo aquilo que não lhe é legalmente proibido, a Administração só pode fazer o que lhe é normativamente permitido. Logo, como diz o grande administrativista Celso Antônio Bandeira de Mello, “a relação existente entre a Administração e a lei é meramente uma relação de não contradição, enquanto que a relação existente entre a Administração e a lei, é não apenas uma relação de não contradição, mas é também uma relação de subsunção” (Discricionariedade e controle judicial, São Paulo : Malheiros Editores, 1992, p. 13).

“Se isso é verdade, como pensamos que seja, todo e qualquer desempenho administrativo deve estar estritamente subordinado à lei. Assim, como diz o mesmo publicista, “o poder discricionário jamais poderia resultar da ausência de lei que dispusesse sobre dado assunto, mas tão-somente poderá irromper como fruto de um certo modo pelo qual a lei haja regulado, porquanto não se admite atuação administrativa que não seja previamente autorizada em lei” (op. cit.).

“Pois bem, ainda dentro da mesma linha de raciocínio, sabe-se que a atividade administrativa caracteriza-se menos como um poder do que como um dever, encaixando-se na idéia jurídica de Função. Função, em linguagem jurídica, designa um tipo de situação jurídica em que existe, previamente assinalada por um comando normativo, uma finalidade a cumprir e que deve ser obrigatoriamente atendida por alguém, mas no interesse de outrem, sendo que, este sujeito - o obrigado - para desencumbrar-se de tal dever, necessita manejar poderes indispensáveis a satisfação do interesse alheio que está a seu cargo prover. Daí, como diz o mesmo Celso Antonio:

“Uma distinção clara entre a função e a faculdade ou direito que alguém exercita em seu prol. Na Função, o sujeito exercita um poder, porém o faz em proveito alheio, e o exercita não porque acaso queira ou não queira. Exercita-o porque é um dever. Então, pode-se perceber que o eixo metodológico do direito público não gira em torno da idéia de poder, mas gira em torno da idéia de “dever”. ”

Concientizando-se dessas premissas, constata-se que deste caráter funcional da atividade administrativa, desta necessária submissão da administração à lei o chamado poder discricionário tem que ser simplesmente o cumprimento do dever de alcançar a finalidade legal, ou seja, sempre e sempre o bem público, o interesse comum. Mesmo que se entenda que tais conceitos (bem público, interesse comum, interesse público etc.) são semanticamente abertos e comportam intelecções diversas, há um limite para tal generalidade.

“A moderna doutrina alemã, referida por dois dos mais notáveis administrativistas da atualidade (Eduardo Garcia Enterría e Tomas-Ramon Fernandez), sustenta que os conceitos indeterminados ou fluidos só apresentam tal característica considerados em abstrato: não porém diante dos casos concretos, isto é, por ocasião de sua aplicação. À vista das situações do mundo real ganhariam consistência e univocidade, de tal sorte que, perante os casos



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

concretos, sempre se poderia reconhecer se uma dada situação é ou não urgente; se o interesse posto em causa é ou não relevante, se existe ou não um perigo grave e assim por diante. Pretendem que a questão suscitada por tais conceitos é meramente uma questão de interpretação definível, como qualquer outra, pelo Poder Judiciário (Curso de Direito Administrativo, tradução de Arnaldo Setti, RT, 1990, p. 393).

“Cabe tecer mais algumas considerações sobre esta questão, diante do caráter recorrente e relevante da mesma, em que as opiniões dos doutos muitas vezes estão vinculadas a paradigmas teóricos já ultrapassados, pois que referidos a uma sociedade política liberal-individualista que já caducou.

“Quando se fala em atividade discricionária como reduto privativo do administrador, normalmente se tem como pano de fundo a clássica teoria da separação dos poderes, que encontra sua base teórica nos séculos XVII e principalmente XVIII, encontrando-se em Montesquieu o seu sistematizador. Pois bem, é sabido que a razão que inspirou o célebre Barão a prever a separação dos poderes decorreu da observação de um fato, por ele tido como constante, ou seja, todo aquele que tem um poder, tende a abusar dele 'c'est une expérience éternelle, que tout horrible qui a du pouvoir est porté a en abuser; il va jusqu'à ce qu'il trouve des limites. Qui le dirait! La vertu même a besoin de limites' (É uma experiência eterna que todo o homem que detém o poder é levado a abusar dele; ele vai até onde encontra limites. Quem o diria! A própria virtude tem necessidade de limites).

Pois bem, percebendo tal fenômeno aproveitou-se ele da experiência inglesa, na qual o parlamento limitava os poderes reais, e entendeu que se o poder fosse dividido entre órgãos distintos um controlaria o outro, evitando que houvesse abuso de poder. Daí sua celeberrima forma: 'Le pouvoir arrête le pouvoir' (O poder detém (no sentido de limitar, parar) o poder). Essa teoria clássica, porém, engendrada como tentativa de colocar limites ao poder absolutista dos monarcas (que representava o Poder Executivo da época). Para tanto via-se no parlamento o órgão capaz de fazer frente ao rei. Quanto ao judiciário reservava-se-lhe o singelo papel de 'a boca que pronuncia as palavras da lei', na conhecida expressão montesquiana. Uma vez ultrapassada esta fase e definitivamente assimilada a idéia de que o poder não é ilimitado, encontrando ele próprio limites na legislação, e aceita igualmente a premissa de que os agentes do poder só podem agir para a defesa e efetiva consecução do bem comum, chega-se a uma nova idéia sobre o papel desempenhado pelo poder judiciário.

“Em primeiro lugar o judiciário só pode ser entendido no contexto do poder. Esse, como se sabe, é uno. O seu exercício é feito através de funções diferenciadas (administrativas, legislativas e jurisdicionais) não apenas como forma de controle recíproco como também como meio de melhor desempenho do ponto de vista técnico da jurisdição que se entende deva ela ser outorgada a agentes de poder recrutados pelo caráter técnico (concursos públicos) (tirante alguns Estados-Membros da Federação Norte-Americana, somente os países ditos socialistas optaram pelo critério de eleição dos membros da Magistratura).

“Essa inserção do judiciário no contexto do poder é ponto comum entre os grandes juristas de nossa época. Representativo disso é a admirável obra do renomado processualista paulista Cândido Dinamarco, A instrumentalidade



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

do processo, com a qual conquistou a cátedra na prestigiada academia das arcadas (USP), em que dedica mais de cem páginas ao tema "Jurisdição e Poder".

"Ainda sobre este tema, em 1988 reuniram-se em São Paulo todos os grandes processualistas brasileiros, latino-americanos e italianos (dentre os quais os renomados Vittorio Denti, Alesandro Pizzorusso, Michele Taruffo e Giuseppe Tarzia), em um ciclo de palestras e conferências sobre temas ligados à democracia participativa e seus efeitos no processo (publicados, posteriormente, sob o título Participação e processo, pela RT, sob coordenação de Ada P. Grinover, Cândido R. Dinamarco e Kazuo Watanabe). Dentre as conclusões tiradas de tão relevante acontecimento jurídico, destacam-se as seguintes (todas elas publicadas na referida obra, a partir da p. 412):

(sobre o temário Processo e Democracia):

"2. Toda decisão do Juiz é um compromisso político e ético, pois como detentor do poder político, tem as responsabilidades a ele inerente.

"4. É preciso reintroduzir o direito no conceito social: o direito está no fato, reafirmando assim sua dimensão política.

"5. Há que ser acentuada a função do juiz como dos demais operadores do direito, como agentes de transformação, pois a mudança da lei é um idealismo ingênuo.

"9. A moderna percepção do processo evidencia, além do escopo jurídico, os políticos (preservação do princípio do poder, garantia da liberdade e oportunidade de participação) e sociais (principalmente a pacificação com justiça).

"12. O direito de ação apresenta conotação política evidente na medida em que se relaciona com o exercício de uma função estatal.

(sobre o temário Participação Mediante o Processo):

"1. Os resultados da experiência da ação popular constitucional no Brasil evidenciam, de forma significativa, a necessidade de ampliação dos instrumentos de participação do cidadão no controle da gestão administrativa, especialmente em relação à tutela dos denominados interesses coletivos e difusos.

"5. A resolução desses conflitos metaindividuais, através do processo, não implica o superdimensionamento da função jurisdicional típica e nem ingerência nas funções dos outros poderes".

"Pois bem, assentado que o Judiciário também é órgão de poder (e portanto também comprometido, teleologicamente, com o bem comum) e que é inafastável o caráter político de sua atuação (não, evidentemente no sentido partidário do termo, mas entendida a Política como a arte da busca do bem comum), não há como afastar o Juiz, aprioristicamente, do conhecimento de opções ditas discricionárias dos demais poderes. O que jamais se poderá permitir é que o Juiz busque substituir o critério do administrador ou do legislador pelo seu próprio. Não é disso que se trata. O que se defende é a impossibilidade comportada (diria até, exigida) pelo sistema de o Juiz apreciar as manifestações de vontade Política (no sentido supra assinalado) dos demais poderes, confrontando-as com o sistema legal, especialmente Constitucional, para verificar de sua adequação ao mesmo.

"É evidente que se reconhece a todos os poderes de Estado uma certa margem de discricionariedade, já que não poderia o legislador prever, de antemão, todas as hipóteses fáticas ocorriáveis na sociedade, para definir



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

aprioristicamente qual a única conduta a ser adotada pelo administrador. Agora, em qualquer situação caberá sempre ao administrador fazer a melhor opção diante da situação fática que se lhe apresente.

"Aliás, é o já citado Celso Antônio Bandeira de Mello, possivelmente o melhor administrativista brasileiro da atualidade, que diz que:

"A discricção (...) é a mais completa prova de que a lei sempre impõe o comportamento ótimo. Procurar-se-á demonstrar que quando a lei regula discricionadamente uma dada situação, ela o faz desse modo exatamente porque não aceita do administrador outra conduta que não seja aquela capaz de satisfazer excelentemente a finalidade legal.

"Em primeiro lugar, isso é postulado por uma idéia simplicíssima. Deveras, não teria sentido que a lei, podendo fixar uma solução por ela reputada ótima para atender o interesse público, e uma solução apenas sofrível ou relativamente ruim, fosse indiferente perante estas alternativas. É de se presumir que, não sendo a lei um ato meramente aleatório, só pode pretender, tanto nos casos de vinculação, quanto nos casos de discricção, que a conduta do administrador atenda excelentemente, à perfeição, à finalidade que a animou.

"Em outras palavras, a lei só quer aquele específico ato que venha a calhar à fivela para o atendimento do interesse público. Tanto que se trate de vinculação, quanto de discricção. O comando da norma sempre propõe isto. Se o comando da norma sempre propõe isto e se uma norma é uma imposição, o administrador está, então, nos casos de discricionabilidade, perante o dever jurídico de praticar, não qualquer ato dentre os comportados pela regra, mas única e exclusivamente aquele que atenda com absoluta perfeição à finalidade da lei.

"(...)Uma vez que, no comum dos casos de discricionabilidade, teria sido perfeitamente possível redigir a lei em termos vinculados, tem-se de concluir que a única razão lógica capaz de justificar a outorga da discricção reside em que não se considerou possível fixar, de antemão, qual seria o comportamento administrativo pretendido como imprescindível (...) Daí a outorga da discricionabilidade, para que o administrador - que é quem se defronta com os casos concretos - pudesse, ante a fisionomia própria de cada qual, atinar com a providência apta a satisfazer rigorosamente o intuito legal" (Discricionabilidade e controle jurisdicional, cit., p. 32-33).

"Mais adiante o consagrado publicista conclui seu posicionamento, dizendo que: da discricionabilidade administrativa do agente, pois esta, se afinal for existente (ao ser confrontada a conduta devida com o caso concreto), terá sua dimensão delimitada por este mesmo confronto, já que a variedade de soluções abertas em tese pela norma traz consigo implícita a suposição de que algumas delas serão adequadas para certos casos, outras para outra ordem de casos e assim por diante.

"Então, o controlador da legitimidade do ato (muito especialmente o Poder Judiciário), para cumprir sua função própria, não se poderá lavar de averiguar, caso por caso, ao lume das situações concretas que ensejam o ato, se, à vista de cada uma daquelas específicas situações, havia ou não discricionabilidade e que extensão tinha, detendo-se apenas e tão-somente onde e quando estiver perante opção administrativa entre alternativas igualmente razoáveis, por ser in concreto incognoscível a solução perfeita para atendimento da finalidade,



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

isto é, do interesse consagrado pela norma" (op. cit., p. 47-48).

"O ilustrado publicista navega nas mesmas águas já singradas em 1956 por Karl Engisch, na sua clássica obra Introdução ao pensamento jurídico, onde é dito que:

"Aqui podemos também lançar mão do conceito evanescente de discricionariedade vinculada e dizer que a discricionariedade é vinculada no sentido de que o exercício do poder de escolha deve ir endereçada a um escopo e resultado da decisão que é o "único ajustado", em rigorosa conformidade com todas as directrizes jurídicas (op. cit., 6ªed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1988, p. 220).

"No mesmo sentido o pensamento de Luciano Ferreira Leite (Discricionariedade administrativa e controle judicial, São Paulo : RT, 1981, p. 25-26)

"O juízo discricionário de que se valerá o agente para a emanção do ato administrativo decorrerá do grau de imprecisão existente na hipótese normativa, imprecisão essa decorrente de conceitos plurissignificativos ou de conceitos de valor, o que, no entanto, de nenhum modo, exclui o ato do contraste jurisdicional para aferição de sua validade"

"Embora um pouco mais timidamente, o ilustre professor da Faculdade de Direito da USP e Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça de São Paulo, Kazuo Watanabe, em obra publicada em 1980 (Controle jurisdicional, São Paulo: RT) já dizia que:

"Bem por isso, excepcionalmente, ao Judiciário é dado o controle dos vícios atinentes à conveniência ou oportunidade do ato administrativo, vale dizer, os vícios de mérito, cabendo ao Juiz, em cada caso concreto, 'sopesar os prós e os contras de se anular um determinado ato administrativo que tenha produzido alguma lesão ao patrimônio público' (op. cit., p. 48)"

"Sumamente esclarecedora é a explicação dada pelo processualista e administrativista paulista Antônio Carlos de Araújo Cintra, em notável obra (Motivo e motivação do ato administrativo, São Paulo: RT, 1979), da razão pela qual pode e deve o Judiciário apreciar os aspectos ditos discricionários do ato administrativo:

"(...) se diz, freqüentemente, e com razão, que a discricionariedade administrativa não se confunde com arbitrariedade. Mas essa afirmativa não passaria de fútil manifestação de um desejo se, na realidade, o exercício do poder discricionário ficar inteiramente incontrolável ou sujeito apenas a um controle por indícios, decorrentes da própria ação administrativa, considerada por fora, sem a justificativa do administrador" (op. cit., p. 189).

"(...) certamente pensamos também no controle da discricionariedade administrativa. Ao nosso ordenamento jurídico não repugna esse controle.(...) Para vedar ao Poder Judiciário o exame dos aspectos discricionários do ato administrativo costuma-se invocar o princípio da separação de poderes. O substrato desta doutrina, no entanto, está na idéia de que 'le pouvoir arrête le pouvoir', ou seja, exatamente aquilo que ocorreria se o Poder Judiciário impedisse a atividade discricionária do Poder Executivo, na medida em que a reputasse inconveniente ou inoportuna. Na verdade, a doutrina da separação de poderes foi concebida para garantir a liberdade individual em face do Estado, mas para não



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

assegurar a absoluta liberdade de ação de cada um dos poderes do Estado em face dos demais. Lembre-se, aliás, que o direito comparado proporciona expressivos exemplos de controle jurisdicional do mérito do ato administrativo' (op. cit., p. 190).

"Trata-se, pois, de elementos indispensáveis a uma sociedade democrática e pluralista em que a responsabilidade pela realização do bem comum não incumbe apenas a alguns, mas cabe a todos e a cada um" (op. cit., p. 191).

"Lúcia Valle Figueiredo, juíza do TRF de São Paulo e professora da PUC/SP, em sua obra Controle da Administração Pública (São Paulo : RT, 1991, p. 43) preleciona que:

"O ato administrativo, individual ou de caráter normativo, deve ser esmiuçado até o limite em que o próprio Magistrado entenda ser seu campo de atuação. Não atos que se preservem a um primeiro exame judicial. O exame judicial terá de levar em conta não apenas a lei, a Constituição, como também os valores principiológicos do texto constitucional, os standards da coletividade".

"Depois de referir ter ficado 'assentado que o controle judiciário da discricionariedade não é mais o tema tabu que o positivismo jurídico afastava, sem mais aquela, com a mera invocação da 'insindicabilidade geral do mérito administrativo', menciona, em seguida que 'embora o núcleo das escolhas administrativas que atendam otimamente ao interesse público continue insindicável, os seus limites, especificados nos itens antecedentes, não só podem como devem ser contrastados pelo Judiciário' (p.57), conclui ele sua obra dizendo o seguinte:

"... acreditamos que o aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito não se faz pela defesa de prerrogativas que medram e se homiziam na zona de incerteza jurídica, mas pelas teorias que transitam e porfiam na via ampla e ensolarada dos debates forenses e doutrinários'(in Legitimidade e discricionariedade. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 63).

"O ex-titular da cátedra de direito administrativo da Faculdade de Direito da USP, José Cretella Junior em uma de suas incontáveis obras, Anulações do ato administrativo por desvio de poder. Rio de Janeiro : Forense, 1978, traz à colação o magistério do insuspeito Miguel Reale (Plurismo (sic) e liberdade. São Paulo : Saraiva, 1963, p. 200), que defende deva o Judiciário passar "do mero exame da legalidade formal ao exame corajoso da legalidade substancial dos atos administrativos" e estabelece, como uma das conclusões de sua obra que:

"no contraste da legalidade do ato administrativo, o exame do fim é franqueado ao Poder Judiciário, visto ser a finalidade um dos limites do poder discricionário. Neste particular, o exame da matéria de fato concorre para a apuração da questão de direito, incluindo-se, pois, na esfera revisionista permitida' (op. cit., p. 258).

"A atual titular de direito administrativo da recém-referida Academia (Fadusp), Maria Sílvia Zanela Di Pietro, na tese em que conquistou (com nota 10) a mencionada cátedra, editada sob o título Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988 (São Paulo, Atlas, 1991), depois de abordar todos os princípios que limitam a atividade discricionária do administrador, conclui dizendo que:

"Todos esses princípios foram acolhidos implícita ou explicitamente na Constituição de 1988. Eles limitam a discricionariedade



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

administrativa, norteiam a tarefa do legislador e ampliam a ação do Poder Judiciário, que não poderá cingir-se ao exame puramente formal da lei e do ato administrativo, pois terá que confrontá-los com os valores consagrados como dogmas na Constituição' (op. cit., p. 173)''.

“A mesma professora, ao resumir suas lições sobre o princípio da moralidade administrativa, referiu que o mesmo ‘exige da Administração Pública comportamentos compatíveis com o interesse público que lhe cumpre tutelar, voltados para os ideais expressos, agora, de forma muito nítida, no preâmbulo da Constituição; a moralidade tem que estar não só na intenção do agente mas também e principalmente no próprio objeto do ato e na interpretação que da lei faça o administrador para aplicá-la aos casos concretos. Em muitos casos, confunde-se com o princípio da razoabilidade’ (op. cit., p. 172).”

“Mauro Cappelletti, possivelmente o mais conceituado e conhecido processualista internacional contemporâneo, em preciosa monografia de título instigador – ‘Juizes Legisladores?’ - (PA, Fabris, 1993) também defende uma maior participação do Judiciário no funcionamento da moderna democracia. Diz ele o seguinte:

“Parece bem evidente que a noção de democracia não pode ser reduzida a uma simples idéia majoritária. Democracia, como vimos, significa também participação tolerância e liberdade. Um Judiciário razoavelmente independente dos caprichos, talvez momentâneos, da maioria, pode dar uma grande contribuição à democracia; e para muito mais pode colaborar um Judiciário suficientemente ativo, dinâmico e criativo, tanto que seja capaz de assegurar a preservação do sistema de checks and balances, em face do crescimento dos poderes políticos, e também controles adequados perante os outros centros de poder (não governativos ou quase-governativos), tão típicos das nossas sociedades (op. cit., p. 107).

“Algumas páginas antes, tratando da contribuição que o Judiciário pode dar à representatividade geral do sistema (na sua noção sociológica-política), o renomado mestre de dois continentes (Stanfor, USA, e Firenze, Itália) havia acentuado que:

“Não há dúvida de que é essencialmente democrático o sistema de governo no qual o povo tem o sentimento de participação’. Mas tal sentimento pode ser facilmente desviado por legisladores e aparelhos burocráticos longínquos e inacessíveis, enquanto, pelo contrário, constitui característica quod substantium da jurisdição desenvolver-se em direta conexão com as partes interessadas, que têm o exclusivo poder de iniciar o seu conteúdo, cabendo-lhes ainda o fundamental direito de serem ouvidas. Neste sentido, o processo jurisdicional é até o mais participatório de todos os processos da atividade pública (op. cit., p. 100).

“Cumprir deixar claro que o signatário devota intenso respeito às atividades legislativa e administrativa, pois delas depende, na realidade, a possibilidade concreta de consecução do bem comum. É evidente que no exercício de tais atividades, os agentes dos demais poderes se deparam com situações fáticas que comportam várias alternativas de atuação. Como todos (administradores, legisladores e juizes) somos humanos, é patente a possibilidade de que as opções feitas pelos agentes estatais estejam erradas. Assenta-se assim, como premissa



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

maior, que existe a natural possibilidade de que o administrador e os legisladores, embora legitimados pelas urnas e imbuídos de boa-fé e espírito público, venham a errar, por ação ou omissão.

“Desejosos todos de viver em um Estado efetivamente Democrático, surge também evidente que deve haver alguma forma de possibilitar a revisão de tais (possíveis) erros. Sabe-se, porém, da quase impossibilidade de se corrigir uma falha oriunda do Legislativo (quando de sua atividade típica) e da enorme dificuldade de se corrigir falhas oriundas do Executivo, mediante controles e mecanismos internos a esses poderes. A solução albergada pelo sistema, portanto, é o controle de tais ‘erros’ ou ‘falhas’ (cometidas quer por ação, quer por omissão) pelo Poder Judiciário. O controle judicial de tais atividades é feito de forma pública (já que o processo não corre em segredo de justiça, as partes interessadas têm o direito constitucional de expor cabalmente as suas razões, qualquer decisão deve ser fundamentada e comporta ela a revisão pelas instâncias recursais).

“Assim, quando o Judiciário vem a ser provocado por qualquer do povo (mediante ações populares, ações civis públicas e mandados de segurança coletivo, dentre outros remédios processuais, de perfil constitucional, cabíveis) ou pelo MP (a quem foi atribuída institucionalmente, pelo legislador constituinte, a tarefa de defender os interesses públicos em geral, bem como os interesses coletivos e difusos), para analisar a possibilidade de ter havido algum erro por parte dos agentes dos demais poderes, tal fato deve ser encarado com a maior naturalidade, pois é esta a forma de funcionar um sistema realmente democrático.

“A atuação do Judiciário deve ser vista como uma forma de colaborar para a real identificação do interesse público que deve ser o único fim buscado pelos integrantes dos três poderes. Não se trata, portanto, de uma atividade propriamente censória ou punitiva, mas sim de um mecanismo previsto no sistema democrático para tentar garantir que bem público realmente seja alcançado sempre.

“Dir-se-á que há perigo de haver uma simples substituição dos critérios dos legisladores ou do administrador, pelos critérios dos Juizes. Essa é uma falsa questão, pois o Juiz não poderá jamais buscar impor a sua própria pauta axiológica, seu sistema de valores pessoais. Não! Os valores que necessariamente devem pautar a conduta processual do Juiz são aqueles albergados e protegidos pelo sistema jurídico. A CF de 1988, a esse respeito, trouxe importante elenco de valores e de princípios a serem protegidos (preâmbulo, arts. 1º, 3º, 170, 182, 193, 196, 205, entre outros). São neles que o Juiz deve embasar sua convicção e justificar seu posicionamento.

“Pode ocorrer, é evidente, que a análise do julgador monocrático a quem tocar a apreciação dos fatos em primeiro lugar esteja desfocada e, ela sim, equivocada. Acreditamos, porém, que através do embate forense, com ampla possibilidade de discussão e argumentação, dentro do espírito dialético do processo, a verdade acabará vindo à tona e prevalecerá, seja em primeira, segunda ou terceira instância.

“o que deve acabar, isso sim, é a caolha perspectiva de que há um confronto entre os poderes cada vez que há uma ação judicial envolvendo atos dos demais poderes. Isso deve ser visto com naturalidade, repito, pois se todas as manifestações do Poder – que em si é uno, não se olvide - necessariamente devem buscar o bem comum, as eventuais demandas judiciais que forem propostas,



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

colocando em dúvida a preservação de tal finalidade, nada mais representam do que uma oportunidade que o sistema oferece para uma última e detida análise da questão, buscando garantir a efetiva consecução do interesse público".

O professor Juarez Freitas, Mestre e Doutor em Direito, professor de Direito Administrativo na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, autor de vários livros e artigos jurídicos, brilhantemente abordou o assunto da discricionariedade em artigo sob o título "O controle teleológico dos atos administrativos", publicado em revista Ajuris, Porto Alegre, novembro de 1996, ri. 68, p. 138-165. Mostra ele, segundo a moderna doutrina constitucionalista e administrativa, após longo estudo, que os atos administrativos discricionários também devem "guardar conformação finalística plena com a íntegra do sistema positivado, tudo precisando fazer os controladores dos atos administrativos em geral no desiderato de instaurar, com veracidade, e não apenas no mundo abstrato e formal, o paradigma de um renovado Estado Democrático de Direito, que demanda, acima de tudo, um controle harmônico, interdependente e extraordinariamente mais efetivo e eficaz" (p. 165). Quando fala em "controladores dos atos administrativos", o ilustre professor se refere aos Poderes Legislativo e Judiciário. Ensina o Mestre que a diferença entre atos administrativos vinculados e discricionários reside antes no maior ou menor grau de vinculação ao princípio da legalidade estrita do que no grau de liberdade do agente na consecução dos atos da administração ou de prestação de serviço público.. (p. 164-165). Deixa ele indubitoso que ato discricionário não pode desconhecer os parâmetros constitucionais e infraconstitucionais de legalidade e de Estado de Direito.

A discricionariedade não pode afrontar a CF, mais ainda texto contundente e claro como o é o contido no art. 227, caput, daquela, ao se referir à "absoluta prioridade" das obrigações estatais no atinente às crianças e adolescentes. Não são apenas as regras orçamentárias que aparecem na CF e a exegese precisa ser sistemática.

Corretamente demonstra Claus-Whilhelm Canaris (Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 280), o sistema jurídico é uma "ordem axiológica ou teleológica de princípios jurídicos gerais". Difícil pôr em dúvida que os valores ligados à vida e à vida digna dos menores não estejam entre o de maior hierarquia em nosso sistema jurídico.

Se se pretende que o art. 227, CF, em seu caput contém um princípio, digo eu, em companhia do STF e de Celso Antônio Bandeira de Mello, que violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma (Revista Jurídica 219/85; aresto do STF, com citação de Celso Antônio).

A Suprema Corte de nosso país já proclamou, inclusive, que até o legislador não pode praticar desvio ético-jurídico, sendo limitado o poder normativo do Estado: Lex Jurisprudência do STF 202/88. Se até para o legislador assim é, com maior razão para o Poder Executivo.

Face ao exposto, rejeto a questão prefacial pertinente à impossibilidade jurídica do pedido.

4. No mérito, considero foi também acertada a sentença.

Merecem transcrição os motivos expostos pelo Dr. João Batista Costa Saraiva :



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

"A língua portuguesa é uma das mais ricas em expressões capazes de definir a idéia que se pretenda expor. Daí existirem termos que apenas em português se conhece (como "saudade", que a língua inglesa, por exemplo, "desconhece")."

"Pois bem, prioridade, que Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, nosso renomado filólogo, define como "qualidade do que está em primeiro lugar ou de que aparece primeiro, primazia", e que por si designa algo que deve, pois, vir antes de qualquer outra atividade, recebeu de nosso legislador constituinte o adjetivo 'absoluta' no art. 227, da CF, quando trata da criança e do adolescente."

"Portanto, Criança e Adolescente é prioridade absoluta do Brasil (aliás a expressão prioridade absoluta não é utilizada em nenhum outro dispositivo constitucional). É assim a prioridade das prioridades do Estado."

"Nesta linha, fiel ao texto constitucional, priorizando de forma absoluta a questão, o Judiciário gaúcho encaminhou à Assembléia Legislativa o projeto de Lei que criou os Juizados Regionais de Infância e Juventude, onde a principal atribuição é a de funcionar como Juízos de Execução das Medidas Socioeducativas privativas de liberdade em relação aos adolescentes infratores de todas as Comarcas a que serve."

"O projeto teve atendimento prioritário na Assembléia, onde tramitou rapidamente e recebeu aprovação unânime (!). Sancionada a Lei (9.896/93), apesar das notórias deficiências orçamentárias – o judiciário gaúcho sempre às voltas com carência de juizes, apesar da realização de concursos onde as vagas oferecidas acabam não sendo todas preenchidas – providenciou a instalação desses juízos especializados, dotando-os de Juizes e funcionários, provendo os cargos, cumprindo a prioridade absoluta preconizada pela Magna Carta."

"Estes Juizados e o espírito que norteou a criação destes se vêem agora inviabilizados da atividade que lhes é fundamental, voltada à garantia dos direitos fundamentais do adolescente privado de liberdade - em função dos quais foram concebidos diante de inexistência de casas para acolhimento de infratores sujeitos à medida de internamento e semi-liberdade, permanecendo a renovar a nefasta rotina de encaminhar jovens às únicas entidades dessa espécie em Porto Alegre, o que viola frontalmente os direitos do adolescente privado de liberdade – enumerados no ECA – levados a um meio diferente, distantes mais de quinhentos quilômetros de suas cidades, em outra realidade sociocultural, convivendo com jovens com outras vivências e experiências, em sério – e muitas vezes irreparável - prejuízo ao processo socioeducativo que se busca realizar."

"Neste País, que além do futebol e do carnaval, se celebra no exterior por ser aquele que mata suas crianças e adolescentes, não é possível mais conviver com estes quadros."

"Queixar-se da violência dos adolescentes, propor a absurda redução da imputabilidade penal para 16 anos, clamar-se em equívoco que o adolescente infrator resta impune e não querer efetivar o Estatuto e descumprir o mandamento constitucional da prioridade absoluta do País."

"Os recursos para estes programas de atendimento de adolescentes infratores é a grande prioridade de qualquer orçamento diante do quadro que vivemos. Somente o investimento nessa área permitirá a desnecessidade de a cada ano proclamar-se a necessidade de ampliação da rede de penitenciárias."



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

"No art. 4º do ECA está insculpida a norma a ser cumprida (par. Único, alínea c: Preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas, e alínea d: Destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e juventude)".

Como se faz impossível a criação de unidades de internamento em todas as Comarcas do Estado - nem se faz oportuno pela necessidade de dotá-las de uma equipe técnica adequada foram criadas as sedes regionais, como Santo Ângelo".

"O inquérito civil público que informa esta ação demonstra a imperiosa necessidade de instalação da unidade de atendimento reclamada, eis que hoje há diversos adolescentes internados na Capital, afastados de seu meio social, longe das referências que seriam fundamentais em um processo terapêutico (psicológico, pedagógico e educacional) apto a garantir a eficiência da medida socioeducativa que os priva da liberdade".

"Há omissão do Poder Público, tanto que desde 1991 está incluída no plano plurianual da Febem a criação dessa Casa em Santo Ângelo, sem nenhuma medida efetiva de execução (sequer a destinação de verba para início das obras, previstas em qualquer orçamento do Estado). Onde fica a prioridade absoluta?"

"O referido protocolo de intenções é a renovação do reconhecimento pelo Estado de sua obrigação e responsabilidade. Mas, como demonstra a inclusão no plano plurianual da Febem para o período de 91/95, sem nada realizar, somente de boas intenções não se resolve a problemática da infância e juventude. O momento reclama ação, decisão e vontade política."

"O Conselho Estadual dos Direitos da Criança e do Adolescente, a quem incumbe traçar normas de política de atendimento no Estado, com recomendações aos órgãos de Poder, em 27.05.1994 editou resolução, onde bradava pela criação de unidades de internamento de infratores em todas as sedes de Juizados Regionais de Infância e Juventude (portanto incluindo Santo Ângelo), estabelecendo que deverá o Poder Executivo Estadual prever, no orçamento para o exercício de 1995, os recursos necessários à instalação e à manutenção dos programas de que trata esta resolução (f)."

"O que lamentavelmente se verifica, a justificar plenamente a ação do Ministério Público é que entra ano e sai ano, muito se fala e pouco se realiza nesta área, pois embora a explícita deliberação do Cedica, o orçamento do Estado para este ano não contemplou a criação das unidades de internamento (isso que se está tratando com a 'prioridade absoluta' do Estado...)

"Num quadro como este, pleno de boas intenções, pobre de realizações, diante da gravidade do problema, estribado na experiência de implantação do ECA neste Estado, que tem demonstrado que quando é possível a adequada execução da medida socioeducativa, mesmo nos casos mais graves, se tem alcançado índices expressivos de recuperação de jovens infratores, se impõe a procedência da demanda, no estrito cumprimento da disposição constitucional e no mais legítimo interesse público."

"A propósito, incluo nestas razões de decidir trechos de acórdão citado na inicial, da lavra do Des. Luiz Cláudio de Almeida Abreu, do E. TJDF, quando da confirmação parcial de sentença que julgara procedente ação



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ajuizada pelo MP contra o Governado DF destinada à implantação de programas análogos aos ora reclamados neste feito:

"Do estudo atento desses dispositivos legais e constitucionais deduz-se que não é facultado à Administração chegar falta de recursos orçamentários para a construção dos estabelecimentos aludidos, uma vez que a Lei Maior exige prioridade absoluta - art. 227 e determina a inclusão de recursos no orçamento. Se, de fato, não os há, é porque houve desobediência, consciente ou não, pouco importa - aos dispositivos constitucionais preceituados encabeçados pelo § 7º do art. 227" (ApCiv 62, de 16.04.1993, Acórdão 3.835)".

"Do mesmo acórdão se extrai - como destaca o MP na inicial:

"Pois é chegado o momento de concretizar a prioridade, de se passar do projeto à ação. É imperioso que se consignem no orçamento local recursos necessários à edificação das obras reclamadas pela Promotoria da Infância e Juventude: que estes estabelecimentos sejam dotados de instrumental necessário à execução das medidas de recuperação previstas na lei e que pessoal em número suficiente receba treinamento adequado para esta delicada tarefa.

"Tudo isto é ônus que a lei impôs ao Executivo. Não executada de ofício a tarefa a que está obrigada a administração local, cabe ao Judiciário exigir-lhe o pronto cumprimento da lei, para o que se mostra perfeita e adequada a presente ação civil pública, cuja procedência é inequívoca".

"Ora, nas atuais circunstâncias, mesmo reconhecendo que o Governo do Estado tornou a se interessar - ao menos no plano do discurso - com a temática do adolescente infrator, o juízo de procedência desta ação se faz um imperativo".

"Ou o País toma o destino em suas mãos, enfrentando de frente a questão da infância e juventude, implementando o ECA; ou se deixa conduzir pelo destino, que inevitavelmente nos levará ao caos" (l.).

Não posso deixar de integrar ao meu voto também o parecer do eminente Procurador de Justiça Dr. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves (hoje Juiz de Alçada), trazendo-o na íntegra quando analisa o problema da alegada impossibilidade jurídica do pedido e o mérito:

"O argumento de que o pedido é juridicamente impossível se confunde com próprio exame do mérito da causa, pois diz com a própria determinação de inclusão de verba no orçamento do Estado, que seria, no entendimento do apelante, atribuição afeita ao juízo de discricionariedade do Poder Executivo".

"Essa questão deve também ser vista sob outro prisma."

"Não se trata de afrontar o poder discricionário do Administrador Público, mas de exigir-lhe a observância do mandamento legal".

"Como ensina Celso Antônio Bandeira de Mello, "a relação existente entre o indivíduo e a lei é meramente uma relação de não contradição, enquanto que a relação existente entre a Administração e a lei é não apenas uma relação de não contradição, mas é também uma relação de subsunção" (in Discricionariedade e controle judicial, Malheiros, p. 13)".

"Essa relação de subsunção passa necessariamente pela observância da absoluta prioridade de que trata o art. 227 da CF relativamente às



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

questões de interesse da criança e do adolescente."

"Respeitando a ordem de prioridade, foram criados os juizados Regionais pelo Poder Legislativo e o Poder Judiciário, cuidou de implantá-los, dando-lhes a estrutura necessária."

"Mas o Poder Executivo prontamente estabeleceu planos e projetos, que jamais saíram do papel, salvo para passearem incisiva e efusivamente pela mídia."

"Ora, a questão é até singela, data venia."

"A sociedade está cansada de sofrer com a violência. E a falta da infra-estrutura necessária para o enfrentamento da criminalidade infanto-juvenil significa que os jovens infratores de hoje terão auspiciosa caminhada na senda da criminalidade, já que nada é feito para corrigir-lhe os rumos."

"Se o Administrador Público não tem a sensibilidade para enfrentar problema de tamanha magnitude e se ignora ou convém ignorar-lhe a premência, se insiste em ignorar a Lei Maior, então cumpre ao Poder Judiciário chamar esse Administrador para que atenda aos reclamos efetivos da sociedade."

"A exigência de absoluta prioridade não deve ter conteúdo meramente retórico, mas se confunde com uma regra direcionada, especificamente, ao Administrador Público."

"A omissão do Administrador na implementação da estrutura elementar para assegurar a aplicação das normas ressocializantes e educativas previstas no Estatuto significa um descompasso entre o fato social, o fato administrativo e a norma legal"

"Em regra a existência do fato social (carência) impede a ação do administrador (fato administrativo) pela inexistência de previsão legal. O princípio da legalidade é que norteia a administração pública."

"No caso, existe o fato social e a previsão legal, faltando o interesse político do Administrador Público."

"Nesse sentido é pertinente a advertência de Edson Seda (in A criança e o direito alternativo, Ed. Adê, p. 10), de que "há no Brasil a ideia de que o Direito está sempre em débito com os fatos" e que "os direitos humanos se conquistam quando as pessoas alteram forças sociais que movimentam o Estado. E que o Estado consiste nas próprias pessoas movimentando o Poder Público. E que o Governo não se confunde com o Estado, sendo dele a parte nem sempre melhor."

"Merece, pois, integral confirmação a douta sentença hostilizada, pelos argumentos lá contidos e também pelos argumentos expostos pelo ilustre Dr. Promotor de Justiça" (f.).

A importância do tema e a possibilidade de publicação deste acórdão recomendam as transcrições dos excelentes argumentos da sentença e do Dr. Procurador de Justiça, até porque não tenho como ir além do que foram e adoto seus fundamentos. A propósito, por questão de justiça, elogio o trabalho do Dr. Gustavo Ramos Vianna, Digníssimo Promotor de Justiça, que propôs a ação e firmou as contra-razões, na medida em que evidenciou operosidade, iniciativa, idealismo e senso de dever.

A apelação insiste em que a sentença invadiu esfera privativa do Poder Executivo, ingressando em aspectos de oportunidade e conveniência. Com a máxima vênia, não é disto que se trata quando se dá



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

cumprimento a uma norma constitucional explícita.

Não se argumente que a norma jurídica do art. 227 da CF, em seu caput, é meramente programática, sob pena de mais uma vez deixar de se aplicar a Constituição com esta espécie de pretexto, o qual, infelizmente, vem servindo para não aplicá-la, muitas vezes, no que tem de melhor.

O respeitável e diligente apelo se irresigna porque o Juiz só se teria preocupado com a comarca de Santo Ângelo e esqueceu as demais. Sucede que cada Juiz só pode mesmo resolver os litígios submetidos à sua apreciação dentro dos limites em que a matéria é posta partes e dentro de sua competência. O Magistrado limitou-se a cumprir o seu dever de julgador e a aplicar o texto legal que lhe pareceu pertinente. O Juiz não pode deixar de decidir sobre um problema porque este problema também exista em outras comarcas! Ou porque sua decisão possa ter determinada repercussão nos cofres públicos. Repito: tem ele de cumprir com sua obrigação constitucional e legal de decidir o litígio que lhe é submetido a julgamento, consoante suas convicções jurídicas. A prevalecer o raciocínio do apelo, ninguém faria nada esperando que outros fizessem primeiro, ou, então, nada faria até que o Estado, em certos assuntos, primeiro sinalizasse favoravelmente.

5. Divirjo da sentença unicamente quando fixa o prazo de seis meses para a conclusão da obra e funcionamento dos programas, contado a partir do início do exercício orçamentário. E também quando situa a multa em R\$ 5.000,00 por dia. Sobre estes pontos foi expressa a desconformidade da apelação.

Os fatores descritos pelo apelo são ponderáveis (necessidade de todo um tempo tomado pelo cumprimento das regras de licitação, problemas com a construção, não coincidência da data de aprovação do orçamento com o início do exercício; valor elevado da multa, em prejuízo da coletividade).

Situo o prazo em um ano e seis meses, contado do início do exercício orçamentário, salvo se ainda não aprovado o orçamento, caso em que o prazo fluirá da data da referida aprovação. A multa fica reduzida a R\$ 3.000,00 (três mil reais) por dia.

6. Em face do exposto, dou provimento em parte à apelação, para o fim de aumentar o prazo de conclusão da obra e dos programas e para reduzir a multa diária, tudo conforme explicitado no item 5 de meu voto. É o voto.

Quanto à 1ª Preliminar – o Exmo. Sr Des. Elíseu Gomes Torres: Também rejeito.

O Exmo. Sr Dr Carlos Alberto Alves Marques: Rejeito.

QUANTO À 2ª PRELIMINAR - O Exmo. Sr Des. Elíseu Gomes Torres: Acompanho.

O Exmo. Sr. Dr Carlos Alberto Alves Marques: Também acompanho.

QUANTO AO MÉRITO - O Exmo. Sr. Des. Elíseu Gomes Torres: Sr. Presidente, dizem que foi o Gen. De Gaulle, Presidente da França então - e coincide a referência, com a visita do Presidente Chirac - que disse que o Brasil não é um país sério. Efetivamente não é. É um país em que todos devem se submeter ao império da lei, menos os governantes eleitos pelo povo que essa eleição os ungiu como semideuses, acima do bem e do mal, acima da lei, da ordem e da



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Constituição.

Enquanto todo o cidadão está obrigado a cumprir a lei, esta obrigação não vincula o governante. Prova disso? É muito fácil. Nós a recolhemos o dia inteiro, nos jornais e revistas de todo o país.

O Presidente da República assumiu a presidência, obrigou-se a cumprir a CF, programou-se para ser Presidente de um País que tinha uma Carta aprovada em 1988, Carta que não tem 10 anos. E qual é o primeiro ato do Presidente da República? Romper a Constituição que ele jurou cumprir e tentando suprimir, justamente, as cláusulas pétreas que sempre foram decantadas por ele e pelo partido dele como simplesmente intocáveis.

A CF brasileira, então, não é, como se pretendia, uma carta de princípios de uma nação, estatuto perene, duradouro e que sirva para nortear a cidadania, mas a Cf brasileira é como uma "sanfona", que se encolhe e se abre ao sabor e ao impulso de quem a toca.

Quem sabe, amanhã, virá um governante do PT, que vai achar que a "sanfona" está muito fechada e vai abri-la.

E o governante de Santa Catarina, que há poucos meses esteve aqui e, na minha frente, embora pedindo prévias escusas, disse que o obstáculo ao governo dele era o Poder Judiciário, transgrediu a CF porque, jurando-a e obrigando-se a não pedir verba para precatórios superiores àqueles valores realmente existentes, para precatórios no valor de dois milhões de reais, pediu seiscentos e setenta milhões de reais, que foram aplicados sabe-se Deus onde. E, agora, recorre ao Judiciário para tentar emitir novos títulos, dizendo que o Estado dele vai ter um prejuízo de catorze milhões de reais, quando o Estado pagou trinta e seis milhões só para uma corretora.

Então, não vivemos em um País sério, e realmente se explicam as resistências ao Poder Judiciário e as tentativas de reduzir o papel do MP quando nos deparamos com ações e sentenças como esta. O MP, realmente, não pode estar pretendendo exigir que o Governador cumpra a lei. É o absurdo dos absurdos. O Governador deveria cumprir a lei antes que o MP exigisse e o Poder Judiciário determinasse.

Nós vivemos num País assim, que não é sério, infelizmente.

Quanto ao processo, evidentemente que concordo integralmente com todo o voto de V Exa., inclusive quanto à modificação na questão do prazo e da multa.

O Exmo. Sr Dr Carlos Alberto Alves Marques: Sr. Presidente, enquanto V. Exa. votava, estava-me lembrando da época em que estive na jurisdição dos Menores, sob a vigência do anterior Código. Vivenciei aqui aquele sentimento, aquela impotência, aquela dificuldade de não poder contar com os instrumentos adequados para a correta jurisdição naquela área da Justiça.

O meu sentimento agora, quando estou votando, é de regozijo pela iniciativa do MP no sentido exatamente de alcançar à jurisdição da Criança e do Adolescente os instrumentos que a lei prevê para o cumprimento do seu papel. Esta demanda do MP parece-me que tende a resolver este tipo de problema que é a falta de recurso da jurisdição da Infância e da Juventude.

Então, nada teria a acrescentar de significativo ao voto de



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

V. Exa. que foi na linha da sentença apelada, que se serviu do trabalho do Dr. Fachini, que eu não li, mas fico imaginando o valor jurídico dele, tratando-se de quem se trata.

Não tenho a mínima dúvida em acompanhar V. Exa.

"Rejeitadas as preliminares, proveram, em parte, o apelo e, em reexame necessário, confirmaram parcialmente a sentença. Unânime" – Juiz Prolator da Sentença: Dr. João Batista Costa Saraiva. (Ap. 596.017.897 - 7ª CâM. _j. 12.03.1997 - rel. Des. Sérgio Gischkow Pereira - RT 7431132) "

Não se cuida, admita-se, de impor uma pauta axiológica do juiz e sim, os vetores axiológicos da Constituição Federal. Na implementação de políticas públicas prioritárias, tais como as de proteção às crianças e adolescentes, terá espaços de liberdade, de discricionariedade, mas não pode o Estado, simplesmente, ignorar as diretrizes que lhe são dirigidas pela lei e pela Constituição Federal.

Feitas estas considerações, cabe, no entanto, fazer pequenos reparos na sentença proferida em primeiro grau. Isso porque entendo que, diante da complexidade e da extensão dos problemas aqui apresentados, o prazo para apresentação de cronograma para atendimento administrativo dos pedidos deve ser aumentado para 90 (noventa) dias.

Da mesma maneira, a fim de não desestimular o cumprimento da decisão judicial e, ainda, considerando os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, entendo ser o caso de reduzir a multa



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

diária em caso de descumprimento do prazo para R\$ 10.000,00 (dez mil reais) por dia.

É verdade que essa sanção não pode onerar a sociedade. Bem por isso, caso venha a ocorrer a inadimplência do administrador, de modo a onerar o erário público, essa circunstância constitui, em tese, ato de improbidade administrativa de responsabilidade pessoal dos administradores.

Dai o porquê, dou parcial provimento ao recurso determinando-se a intimação pessoal dos Exmos. Prefeito Municipal de São Paulo e Secretário de Direitos Humanos e Cidadania desse julgamento, com a expressa advertência de que eventual oneração ao erário público por descumprimento das determinações contidas na decisão judicial constitui, em tese, ato de improbidade administrativa.

MAGALHÃES COELHO
Relator