

PODER JUDICIÁRIO
ODER JUDICIÁRIO
DER JUDICIÁRIO
ER JUDICIÁRIO
R JUDICIÁRIO
JUDICIÁRIO
JUDICIÁRIO
UDICIÁRIO
DICIÁRIO
ICIÁRIO
CIÁRIO
IÁRIO
ÁRIO
RIO
IO
O

ESTADO DA BAHIA
STADO DA BAHIA
TADO DA BAHIA
ADO DA BAHIA
DO DA BAHIA
O DA BAHIA
DA BAHIA
DA BAHIA
A BAHIA
BAHIA
BAHIA
AHIA
HIA
IA
A

- proc. n°.: 00X/0X
proc. n°.: 00X/0X
proc. n°.: 00X/0X
roc. n°.: 00X/0X
oc. n°.: 00X/0X
c. n°.: 00X/0X
. n°.: 00X/0X
n°.: 00X/0X
n°.: 00X/0X
°.: 00X/0X
.: 00X/0X
: 00X/0X
00X/0X
00X/0X
0X/0X
X/0X
/0X
0X
X

- autor.....: MPBA
autor.....: MPBA
autor.....: MPBA
utor.....: MPBA
tor.....: MPBA
or.....: MPBA
r.....: MPBA
.....: MPBA
....: MPBA
...: MPBA
..: MPBA
.: MPBA
: MPBA
MPBA
MPBA
PBA
BA
A

- réu.....: Município de Teofilândia
réu.....: Município de Teofilândia
réu.....: Município de Teofilândia
éu.....: Município de Teofilândia
u.....: Município de Teofilândia
.....: Município de Teofilândia
.....: Município de Teofilândia

.....: Município de Teofilândia
.....: Município de Teofilândia
....: Município de Teofilândia
...: Município de Teofilândia
..: Município de Teofilândia
.: Município de Teofilândia
: Município de Teofilândia
Município de Teofilândia
Município de Teofilândia
unicípio de Teofilândia
nicípio de Teofilândia
icípio de Teofilândia
cípio de Teofilândia
ípio de Teofilândia
pio de Teofilândia
io de Teofilândia
o de Teofilândia
de Teofilândia
de Teofilândia
e Teofilândia
Teofilândia
Teofilândia
eofilândia
ofilândia
filândia
ilândia
lândia
ândia
ndia
dia
ia
a

Vistos,
istos,
stos,
tos,
os,
s,
,

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA em ação civil pública para a
MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA em ação civil pública para a
MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA em ação civil pública para a
INISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA em ação civil pública para a defesa
NISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA em ação civil pública para a defesa
ISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA em ação civil pública para a defesa de

ia.
a.
.

Decido.

Custas dispensadas (ECA, 141, parágrafo 2º e 219).

Ressalte-se que a presente ação, embora chamada de ação civil pública, em verdade consiste em ação de tutela de direito individual indisponível não penal, tendo o MP legitimidade para demandá-la a teor do artigo 127, da CF, e artigo 201, V, da lei nº 8.069/90 e, neste passo, a demanda, bem como a tutela de urgência que enceta, tem seu regime jurídico processual disposto no ECA (Título VI, Capítulo VII, art. 213), com *aplicação subsidiária, no que couber*, da lei nº 7.347/85 (ECA, art. 212, parágrafo 1º, e art. 224) e, por via de consequência, do disposto na lei nº 8.072/90 (CDC, art. 90 e lei nº 7.347/85, art. 21).

Nesse prisma, uma vez que a lei nº 9.494/97, no seu artigo 1º, não faz referência ao artigo 213, do ECA, de vigência bem anterior, não se pode pretender estender a restrição à concessão de tutelas de urgência contra o Poder Público igualmente às ações previstas no Estatuto, assim como àquelas em que caiba o regime do artigo 84, da lei nº 8.078/90, não referido analogamente no citado artigo 1º, sendo insuficiente, sobremais, para afastar o acerto da assertiva, o fato do artigo 461, do CPC, citado explicitamente no art. 1º, da lei nº 9.494/97, prever sistema de tutela de urgência semelhante àquele regulado no artigo 213, do ECA. Em primeiro lugar, em função do artigo 461, do CPC, ter aplicação somente complementar nos processos das ações previstas no Capítulo VII, do Título VI, do ECA (e na medida do quanto concorrer para expressar a materialização dos artigos, v.g., 3º, 4º, 7º, 11, 18, 19 e 70, do ECA), em função do seu artigo 213 já dispor sobre concessão de tutela de urgência em ações como a presente (ECA, 6º e Decreto-Lei nº 4.657/52, 5º). Em segundo lugar, e principalmente, em razão dos dispositivos legais envolvidos estarem sujeitos à interpretação e aplicação comandada *diretamente* pelos direitos, garantias e princípios fundamentais normatizados na CF, entre os quais o *direito de acesso real à justiça*, o *princípio do devido processo legal substancial* e o *princípio da prioridade absoluta* da efetivação dos direitos das crianças e adolescentes (CF/88, 5º, XXXV e LV e 227, *caput*).

Conforme refere **Hugo Nigro Mazzilli**, já decidiu o E. STJ “(...) *que, posto tenha o Pretório Excelso firmado entendimento no sentido da impossibilidade de concessão de tutela em face da Fazenda Pública, o art. 1º da Lei nº 9.494/97 deve ser interpretado restritivamente, não incidindo em situações especialíssimas, nas quais restam evidentes a força maior, o estado de necessidade ou a exigência de preservação da vida humana (...)*”, assim como já afirmaram **Nelson Nery** e **Rosa Maria Nery** que “*pelo princípio constitucional do direito de ação (CF 5º XXXV), o jurisdicionado terá direito de obter do Poder Judiciário tutela jurisdicional adequada. Caso seja necessária a concessão de liminar, como a tutela adequada, o juiz deverá concedê-la, haja ou não previsão da lei para a concessão de liminares. A vedação da lei para a concessão de liminares somente poderá ser aplicada pelo juiz se não ofender o*

princípio constitucional do direito de ação” (A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo, Saraiva, 17ª ed., 2004, pp. 429/430) (grifei).

Nesta toada, acresça-se que no atual estágio do direito ocidental, no qual se reconhece “(..) a supremacia material e axiológica da Constituição, cujo conteúdo, dotado de força normativa e expansiva, passou a condicionar a validade e a compreensão de todo o Direito e a estabelecer deveres de atuação para os órgãos de direção política (..)”, em que se constata um realinhamento do direito constitucional, com “(..) a reaproximação entre o Direito e a Ética, o Direito e a Moral, o Direito e a Justiça e demais valores substantivos, a revelar a importância do homem e a sua ascendência a filtro axiológico de todo o sistema político e jurídico, com a conseqüente proteção dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana (...)” (**Dirley da Cunha Júnior**, Neoconstitucionalismo e o Novo Paradigma do Estado Constitucional de Direito: Um Suporte Axiológico para a Efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais, in *Temas de Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais*, Ed. Podium, 2007, org. **Rodolfo Pamplona Filho** e **Dirley da Cunha Júnior**, pp. 71 e 73), enfim, sob os auspícios do alvissareiro *neoconstitucionalismo amplo*, a ser considerado não somente como teoria do direito do século XXI, mas também como proposta para a filosofia do direito e para a teoria política, rompendo-se de vez com o combalido positivismo jurídico, dando-se novel tratamento à sociedade, à moral, à política, à teoria da norma, à teoria da interpretação, à teoria das fontes, consolidando-se, ademais, a constitucionalização do direito (**Eduardo Ribeiro Moreira**, Neoconstitucionalismo: A Invasão da Constituição, Método, vol. 07, Coleção Professor Gilmar Mendes, coord. **André Ramos Tavares**), tem-se que já não é mais possível admitir “(..) o mito da discricionabilidade administrativa e exagerada impermeabilidade dos atos administrativos à censura judiciária (esse fator de resistência, felizmente, vai sendo atenuado na jurisprudência mais recente)” (**Cândido Rangel Dinamarco**, Instituições de Direito Processual Civil, I, Malheiros, 5ª ed., 2005, pp. 131/132).

No atual Estado Constitucional-Democrático de Direito, nenhum ato do Poder Público, inclusive o político ou discricionário, pode restar infenso ao controle jurisdicional no exame, ao menos, de sua proporcionalidade, razoabilidade, eficiência e economicidade (CF, 70), tanto em controle difuso, como abstrato de constitucionalidade, à luz dos comandos fundamentais e estruturantes da CF, especialmente quando *atentatórios de direitos fundamentais sociais, como o é o direito à saúde*. O controle amplo pelo Poder Judiciário, dos atos políticos e discricionários do Poder Público, nessa medida, não pode significar usurpação de funções dos demais Poderes, com propalada ofensa ao princípio da separação dos poderes (CF, 2º e 60, parágrafo 4º, III), como se vem pontuando aqui e ali, para, em verdade, só excluí-lo e diminuí-lo na defesa da CF em toda sua dimensão e força normativa, mas consiste em investidura deste Poder, na integridade, no seu espaço e identidade constitucional de guardião derradeiro da Constituição e das Instituições Democráticas, fortalecendo-se a própria Constituição e a Democracia, colocando-as a salvo de atentarem contra si mesmas.

Com refinamento e cultura de sobra desenvolveu o eminente **Min. Carlos Ayres Britto** conclusão semelhante, partindo, porém, da construção da noção de humanismo como categoria jurídica constitucional e seus desdobramentos na práxis: **“uma coisa é governar (que o Judiciário não pode fazer). Outra coisa é impedir o**

desgoverno (que o Judiciário pode e deve fazer) (...) O que interessa ao povo, à economia, à nação e ao Poder Judiciário é essa governabilidade constitucional. Governabilidade que, tornada uma práxis, corresponderá ao clímax do humanismo” (O Humanismo como Categoria Constitucional, Ed. Fórum, 2007) (grifei).

Em reforço, vale ainda a transcrição de passagem do voto do **Min. Celso de Mello**, ao relatar a ADPF-45, transcrita por **Dirley da Cunha Júnior**: *“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 (...) não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente enfatizado – e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico –, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado (...)”* (in ob. cit, p. 109) (grifei).

Ora, figura realmente inadmissível a *postura inconstitucional do Município* noticiada nos autos, face à *necessidade não suprida de que é acometida a menor* (fatos já suficientemente indiciados pelos documentos que instruíram a petição inicial, bem assim pelo último ofício nº 15/08 encaminhado pelo Conselho Tutelar, datado de 15.08.2008, pelo qual se relata que a menor, transferida para a zona rural, teve que ser novamente deslocada às pressas por familiares em razão de nova omissão do Município), isto na medida em que se deve ter hodiernamente como certo e cediço que, sendo espécie de direito/prestação fundamental, cuja observância pelo Estado efetiva fundamentos e objetivos da República (CF, artigos 1º e 3º), renunciados desde o Preâmbulo da Constituição Federal de 1988, o direito à saúde deve ser assegurado em (e por) todas as esferas de poder inarredável, perene e eficientemente (CF, art. 5º, parágrafos 1º e 2º, art. 6º, *caput*, 37, *caput*, 193, 195 e 227), sendo ao Estado vedado, pois, inclusive, invocar a objeção da cláusula da reserva do possível, *‘(...) ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível (...)’*, nas palavras do eminente **Min. Celso de Mello**, no voto proferido na citada ADPF nº 45, transcritas igualmente em obra coletiva pelo Des. **Rogério Gesta Leal** do Egrégio TJRS (*apud* O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas no Brasil: Possibilidades Materiais, Jurisdição e

Isso posto vê-se nos autos que a mera manutenção da menor no Conselho Tutelar do Município, a fim de que a mesma fique mais próxima do circuito central, na cidade, de atendimento à saúde, ou na zona rural junto aos seus familiares, *sem que, contudo, tanto em um caso como noutro, seja efetivado o seu direito público subjetivo por meios adequados (aptos ou idôneos) e necessários (os melhores possíveis ou menos onerosos ao munícipe), continuando em última análise a criança desprovida das ações e políticas públicas constitucionalmente comandadas ao seu indispensável tratamento e acompanhamento*, além de consistir patente **imoralidade qualificada** do (s) agente (s) público (s) responsável (eis) (lei nº 8.429/92, 11 e lei nº 8.069/90, art. 216), por violação (no mínimo) a *princípios da administração pública* (moralidade e eficiência), figura claro desrespeito da Municipalidade para com princípios constitucionais e, igualmente, ao **interesse público primário**, já que tanto a malversação da vida ou da saúde de uma coletividade de crianças, como da de *uma só criança* tem impacto na dignidade da pessoa humana e reflexo social na comunidade e no bem-comum. Na lição de **Hugo Nigro Mazzilli** “(...) *tratando-se de interesses indisponíveis de crianças ou adolescentes (ainda que individuais), e mesmo de interesses coletivos ou difusos relacionados com a infância e a juventude – sua defesa sempre convirá à coletividade como um todo*” (A Defesa dos Interesses..., ob. cit, p. 557) (grifei).

Embora em sede de cognição sumária, já se pode vislumbrar a relevância do pedido, o flagrante *periculum in mora*, bem como a ofensa pelo Município aos artigos 1º, III, 3º, I e IV, 5º, *caput* e seu parágrafo 1º, 6º, *caput*, 29, *caput*, 30, VII, 37, *caput*, 193, 196, e 227, da CF/88, e aos artigos 3º, 4º, 6º, 7º, 11, 18, 19 e 70, do ECA, tanto em razão da omissão constatada, tanto em função das medidas por ele adotadas, as quais não passam no teste do critério hermenêutico da proporcionalidade (CF/88, 5º, parágrafo 2º).

No que toca a este último aspecto, restringindo-me ao exame dos dois primeiros elementos (de três) que integram o citado “*guia à atividade interpretativa*” (**Celso Ribeiro Bastos**), conforme recomenda **André Ramos Tavares** (Curso de Direito Constitucional, Saraiva, 6ª Ed., 2008, pp. 714 e ss.), observo que as medidas até aqui adotadas pelo Município no gerenciamento e suprimento das necessidades da criança falharam no teste (ou no uso) do critério da proporcionalidade na proteção (com absoluta prioridade (CF, 227, *caput*)) dos direitos fundamentais em foco, vale dizer, *não foram (e nem são) aptas (ou adequadas) ao atingimento dos deveres ou encargos político-jurídicos que recaem sobre o Município, já que não podiam (e não podem) realizá-los, atingi-los (ausência de “realizabilidade” (André Ramos Tavares)), tampouco foram (e são) necessárias (ou as melhores possíveis) para o atingimento daqueles fins, uma vez que ações mais eficientes e menos onerosas à menor podem (e devem) ser implementadas, tais como, exemplificadamente, a acomodação da criança e do seu núcleo familiar em prédio de uso ou do domínio da Municipalidade, de forma a não retirá-los de uma mínima ambiência domiciliar (local que não esteja afetado, portanto, v.g., a fins reeducativos ou ressocializantes, ou ambulatoriais e de internação intensiva etc.), e que esteja próximo à sede dos serviços públicos exigíveis, medidas tais que venham acompanhadas da permanente alocação e disponibilidade de agentes*

Š Ø ä!ç □ f£ ^ ŠÊúá {£kÖ¼ ÷ æÍµ × > ç - ó • ³İ À

-H3Q5€

©B- àfÇÄÆää.@• \$p ³d!sý# ø~<<+"À ¾ xÓ
ÀM>Á0□‡ÿ□êB™\ □,,□À‘8K□€ @zŽB! @F € •~&S `Ëcbã P-
`□eÓ □□ø™{□ [’!□□ ‘ □e^D h; -ÏVŠE X0 fKÄ9 Ø-
OIWfH °. ÀÎ
2

0Q^...) { `È##x „™ FòW<ñ+®™
zŽB! @F € • ~&S `Ëcbã P- `□æÓ □□ø™{□ [”!□□ ‘
□e^D h; -ïVŠE X0 fKÄ9 Ø- 0IWfH °. ÀÎ

0Q^...) { `È##x „™ FòW<ñ+®™
ŽB! @F € •~&S `Ëcbã P- `□æÓ □□ø™{□ [?!□□ ‘
□e^D h; -ïVŠE X0 fKÄ9 Ø- 0IWfH °. ÀÎ
2

0Q^...) { `È##x „™ FòW<ñ+®™
S `Ëcbã P- `□æÓ □□ø™{□ [?!□□ ‘
□e^D h; -ïVŠE X0 fKÄ9 Ø- 0IWfH °. ÀÎ
2

0Q^...) { `È##x „™ FòW<ñ+®™
`Ëcbã P- `□æÓ □□ø™{□ [”!□□ ‘
□e^D h; -ïVŠE X0 fKÄ9 Ø- 0IWfH °. ÀÎ
2

æÓ 0Q^...) { `È##x „™ FòW<ñ+®™
□□ø™{□ [”!□□ ‘ □e^D h; -İVŠE X0 fKÄ9 Ø-
0IWfH °. ÀÎ
2

Ó 0Q^...) { `È##x „™ FòW<ñ+®™
□□ø™{□ [?!□□ ‘ □e^D h; -ĭVŠE X0 fKÄ9 Ø-
0IWfH °. Âĭ
2

0Q^...) { `È##x „™ FòW<ñ+®™
KÄ9 Ø- 0IWfH °. ÂÎ
2

0Q^...) { `È##x „™ FòW<ñ+®™
Ä9 Ø- 0IWfH °. ÀÎ
2

$$0Q^{\dots}) \quad \left\{ \begin{array}{l} \text{`E}##x \text{ ,,}^{\text{TM}} \quad \text{FòW}<\tilde{n}+\text{®}^{\text{TM}} \\ ##x \text{ ,,}^{\text{TM}} \quad \text{FòW}<\tilde{n}+\text{®}^{\text{TM}} \end{array} \right.$$