

Contestação na Ação Civil Pública n.º 11.670/1.º - RAMO

EXMO. DR. JUIZ DE DIREITO DO JUIZADO DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE DA COMARCA DE DUQUE DE CAXIAS:

AUTOS N.º 11.670/1º

O **ESTADO DO RIO DE JANEIRO**, pessoa jurídica de direito publico interno, representado pela Procuradoria Geral do Estado, com sede na Rua Dom Manuel, n.º 25, Centro, Rio de Janeiro, local onde receberá as intimações e avisos oficiais, nos autos da **AÇÃO CIVIL PÚBLICA** que lhe move o **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**, vem, por seu procurador, apresentar resposta por via de CONTESTAÇÃO, nos termos que se seguem.

1. A PRETENSÃO DO REQUERENTE

O Ministério Público propôs a presente ação civil pública objetivando provimento judicial que determinasse ao “Governo do Estado do Rio de Janeiro”, liminarmente, (i) que inicie, de imediato, o processo para as obras de adequação do imóvel localizado na Av. A, s/n.º, Nova Campina, Duque de Caxias, e (ii) que instale, naquele endereço, o novo CRIAM de Duque de Caxias e o Centro de Internação Provisória, tudo sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00 (mil reais) em caso de descumprimento, sendo o valor da *astreinte* multiplicado pelo número de adolescentes que deixarem de ser atendidos.

Como pedido final, postulou a condenação do Estado a satisfazer a mesmíssima pretensão que foi adiada em sede preliminar, alterando-se apenas o

valor da multa diária, na ordem de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), para a hipótese de descumprimento da sentença.

Para tanto, argumentou que o imóvel que originariamente servia ao CRIAM foi interditado por ordem judicial, à conta de ameaças de morte praticadas pelos traficantes locais aos funcionários da instituição, das tentativas de utilização do espaço do prédio para armazenamento de entorpecentes e armas, do aliciamento marginal dirigido aos adolescentes lá abrigados e da invasão do espaço físico, pelos traficantes, na intenção de utilizarem o campo de futebol.

Invocou, como alicerce de sua pretensão, os artigos 201, V e VIII, 201 e 212 da Lei n.º 8.069/90 e a Lei n.º 7.347/85, requerendo, por fim, a procedência do pedido e a condenação do Estado nos ônus da sucumbência, inclusive honorários advocatícios.

Esse juízo, fundamentando sua decisão no artigo 227 da Constituição da República, entendeu haver respaldo legal à pretensão do Ministério Público, vendo no citado dispositivo verdadeira norma auto-executável, de eficácia plena, hábil a conferir direito subjetivo aos seus destinatários e, por outro lado, a imputar dever jurídico ao Estado.

Como se evidenciará, a demanda é absolutamente infundada e, por isso, não pode prosperar, seja porque o Ministério Público não preencheu as mínimas condições para o exercício regular do direito de ação, seja porque, dentre os impedimentos, resvala em genuína afronta ao princípio da separação de poderes.

2. PRELIMINARMENTE

2.1. ILEGITIMIDADE AD CAUSAM ATIVA –
FALTA DE LEGITIMAÇÃO DO MINISTÉRIO
PÚBLICO PARA PROPOR AÇÃO CIVIL PÚBLICA
NA DEFESA DE INTERESSES INDIVIDUAIS
HOMOGÊNEOS

A ação civil pública, conforme disposto no art. 1.º da Lei n.º 7.347, de 24.7.85, é instrumento adequado para reprimir ou impedir danos ao meio ambiente (inciso I), ao consumidor (inciso II), a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turísticos e paisagístico (inciso III), a qualquer outro interesse difuso ou coletivo (inciso IV), ou por infração à ordem econômica (inciso V).

Trata-se, portanto, de instrumento processual a ser utilizado apenas nas hipóteses expressamente definidas em lei, como salientado por ARNOLDO WALD¹:

“Pela sua natureza, a ação civil pública só pode ser utilizada quando prevista legalmente, aplicando-se-lhe o princípio do *numerus clausus*. Assim, não cabe estender a sua atuação fora dos limites fixados pelo legislador, que não admitem interpretações extensivas, nem analógicas”.

Na espécie, o autor busca defender direitos e interesses individuais homogêneos dos adolescentes infratores que se encontram custodiados no Instituto Padre Severino; entendendo que tais interesses estão incluídos no conceito de coletivos, de tal sorte que sua legitimidade decorreria da Lei n.º 7.347/85.

¹ Mandado de Segurança, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 16.ª edição, pág. 160.

Equivocado é esse entendimento, *data venia*, porquanto os interesses coletivos ou difusos não abrangem, como quer fazer crer o autor, os interesses ou direitos individuais homogêneos, que são os versados na presente demanda.

Com efeito, não se pode confundir interesses individuais homogêneos com interesses coletivos.

Essa distinção foi corretamente traçada pelo e. Tribunal de Justiça de São Paulo, na apelação cível n.º 205.533-1/0, em acórdão de 14.9.93, publicado na RT 703/72 e no Repertório IOB de jurisprudência, sob o n.º 3/9235 (n.º 2/94, pág. 33), conforme se pode constatar de leitura do texto abaixo:

“(...) A entidade autora, como sociedade civil destinada a promover a defesa do consumidor, tem legitimação para propor ação civil pública, com fundamento no artigo 5.º da Lei 7.347/85. Resta saber se a hipótese dos autos comporta essa classificação, em face do que se discute:....Conclui pela negativa o MM. Juiz, e com acerto, ao distinguir dos interesses coletivos justificadores da ação civil pública, os interesses de uma coletividade de indivíduos determinados ou determináveis: aqui, ao contrário do que se constitui pressupostos da ação civil pública, é hipótese de sujeitos eventualmente prejudicados e plenamente determinados e com objetivos claramente divisíveis, isto é, cuida-se de situação onde se tem uma multiplicidade de eventuais prejudicados, com interesses próprios e individuais, de modo que cada um (ou mesmo em consórcio ativo) deve se valer das ações comuns” (g.n.).

Nesse sentido, em hipótese semelhante, o e. Superior Tribunal de Justiça, em acórdão unânime, publicado no DJU, de 06.06.94, pág. 14.254, decidiu:

“Processo Civil - Ação Civil Pública - Aumento de Mensalidade de Escola - Ilegitimidade Ativa do Ministério Público.
O Ministério Público não tem legitimidade para promover ação civil pública para impedir a prática de aumento de

mensalidade escolar, pois não se trata de defender direitos difusos nem de interesses coletivos.”

Dessa forma, a legitimidade do Ministério Público está limitada às hipóteses taxativamente indicadas no art. 1.º, inciso IV da Lei n.º 7.347/85 e no art. 129, inciso III, da Constituição Federal de 1988, ou seja: defesa do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

Assim, se é possível dizer que o Ministério Público pode agir em defesa de interesses difusos ou coletivos, é indubitável que esse raciocínio não vale para a defesa de direitos individuais homogêneos que se pretende, sem amparo constitucional, promover nesta ação, seja relativamente aos adolescentes infratores residentes no município de Duque de Caxias _ que, com a medida, ficarão perto de suas famílias __, seja no que concerne aos demais adolescentes custodiados no Instituto Padre Severino, que terão restabelecida a possibilidade de progressão das medidas sócioeducativas.

Note-se, nesse particular, que toda a artilharia da petição inicial está centrada no pretenso descumprimento aos direitos dos adolescentes infratores, os quais, segundo narra o Ministério Público, deveriam ser custodiados em local que melhor atendessem a aplicação das medidas sócioeducativas.

Portanto, esta é a causa de pedir da demanda, e nela está a evidência de que se busca a implementação de direitos individuais homogêneos, cuja tutela é vedada ao *parquet*, o que está a reclamar a extinção da presente relação jurídica processual sem o exame do mérito, com fundamento no artigo 267, inciso VI, do C.P.C..

2.3. ILEGITIMIDADE AD CAUSAM PASSIVA

Lê-se na petição inicial a estranha referência ao Governo do Estado do Rio de Janeiro e à Secretaria de Estado de Direitos Humanos como réus da ação civil

pública, qualificação essa que é ratificada no item 5 da exordial (fls. 5) quando requer a concessão de liminar em ordem a determinar que o Governo do Estado do Rio de Janeiro inicie o processo para as obras já referidas.

Não param por aí os equívocos da petição inicial. Agrava-se ainda mais o quadro quando se observa que o pedido volta-se à condenação do Estado do Rio de Janeiro a construir o CRIAM e o Centro de Internação Provisória, muito embora aquele (Estado) jamais tivesse sido citado na inicial, nem tampouco figurasse como réu da ação.

Inegável, deste modo, a inépcia da petição inicial, cujo defeito sequer comporta emenda, dado tratar-se de vício de natureza absoluta, que contamina a demanda desde a sua propositura.

Sabe-se que nem o Governo, nem uma de suas Secretarias têm personalidade jurídica para figurarem no pólo passivo de ações judiciais: aquele primeiro por traduzir-se em um conjunto de órgãos e de fatores políticos (sem referir-se ao ente público em si); aquele segundo por ser um mero órgão da administração pública.

Assim ensina HELY LOPES MEIRELLES² a respeito dos órgãos da administração pública:

“Os órgãos integram a estrutura do Estado e das demais pessoas jurídicas como partes desses corpos vivos, dotados de vontade e capazes de exercer direitos e contrair obrigações para a consecução de seus fins institucionais. Por isso mesmo, os órgãos não têm personalidade jurídica nem vontade própria, que são atributos do corpo e não das partes ...” (ob. cit., pág. 64).

² Direito Administrativo Brasileiro, Ed. Malheiros, São Paulo, 1996, 22.ª edição, pág., 64.

O órgão não tem personalidade jurídica, tampouco capacidade processual (salvo nos casos da Lei n.º 8.078/90, artigo 82, inciso III, e de mandado de segurança para a defesa de suas prerrogativas funcionais, conforme tem entendido a jurisprudência), atributo este que é conferido apenas à pessoa jurídica à qual pertence, de acordo com os ensinamentos de JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO³:

“Como círculo interno de poder, o órgão em si é despersonalizado; apenas integra a pessoa jurídica. Não pode, por isso, como regra geral, ter capacidade processual, ou seja, idoneidade para figurar nos pólos de uma relação processual.”

Nem se argumente com a possibilidade de o juízo permitir a retificação do nome das partes ou fazê-lo de ofício, já que tanto não pode fazer sem ofensa aos artigos 264 e 294 do C.P.C. _ os quais obstam a alteração do pedido e da causa de pedir _ e ao artigo 2.º do mesmo diploma _ que vincula a prestação jurisdicional ao que foi expressamente requerido na petição inicial.

Assim, estando ausente um dos pressupostos processuais de validade da relação processual _ a capacidade de ser parte _, deve o feito ser extinto sem a análise do mérito, conforme disposto no artigo 267, IV, do C.P.C..

2.3. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO – 4 FUNDAMENTOS

a) 1.º FUNDAMENTO – AUSÊNCIA DE NORMA MATERIAL DEFINIDORA DA OBRIGAÇÃO

Ainda que não fosse a ilegitimidade *ad causam* ativa do Ministério Público a comprometer o regular processamento da presente demanda, a pretensão deduzida em juízo não poderá frutificar, tendo em vista a inescusável impossibilidade

jurídica do pedido que contamina a petição inicial com o vírus incurável da inépcia, nos termos que se passa a expor.

No caso em berlinda, o Ministério Público ajuizou a presente ação civil pública, com pedido liminar, inegavelmente estribado no artigo 3.º da Lei n.º 7.347/85, que está assim redigido:

“Art. 3.º. A ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer”.

E, ao final, formulou pedido de condenação do Estado a efetuar as obras necessárias no estabelecimento situado na Av. A, s/ n.º, no bairro de Nova Campina, Duque de Caxias, que originariamente atendia a uma escola estadual, a fim de que ali sejam instalados o CRIAM e o Centro de Internação Provisória.

Em suma, o Ministério Público pretendeu tornar autônoma a disposição acima citada e tão-só com base nela pleiteou ao juízo a mais variada criação de obrigação de fazer, esquecendo-se, todavia, de que a Lei n.º 7.347/85 é um diploma de natureza adjetiva. Neste sentido, a lição sempre precisa do saudoso HELY LOPES MEIRELLES⁴:

“A Lei 7.347/85 é unicamente adjetiva, de caráter processual, pelo que a ação e a condenação devem basear-se em disposição de alguma norma substantiva, de direito material, da União, do Estado, ou do Município, que tipifique a infração a ser reconhecida e punida pelo Judiciário”.

⁴ Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Editora RT, Rio de Janeiro, 11.ª edição, pág. 116.

³ Manual de Direito Administrativo, Ed. Lumen Iuris, Rio de Janeiro, 1999, 3.ª edição, pág. 9.

Em oportuna obra sobre o tema, o Dr. JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO⁵, ex-Procurador de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, assim se pronunciou sobre o tema:

“É preciso ter em mira, no entanto, que a obrigação de fazer deve encontrar seus lindes demarcados na lei substantiva, não cabendo ao juiz criar discricionariamente a obrigação, à luz dos elementos que entender convenientes e oportunos para a hipótese”.

O postulado resulta do princípio da legalidade estrita, segundo o qual ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei, regra, aliás, de índole constitucional (art. 5.º, II, CF)”.

Do até então exposto, é fora de dúvida que a ação civil pública não é instrumento de equidade, de direito alternativo ou de proteção de interesses não consagrados pela Lei (HELY LOPES MEIRELLES, ob. cit., págs. 149-150).

Daí porque o pedido autoral não merece acolhida, já que não revela providência admissível pelo direito objetivo, caracterizando-se a impossibilidade jurídica da postulação pela falta de coincidência entre a afirmação contida no pedido e os caracteres que são necessários para que órgão jurisdicional possa realizar sua tarefa.

Nessa direção, aliás, os Tribunais pátrios já prolataram dezenas de acórdãos, entendendo ser incabível o manejo da ação civil pública à míngua de qualquer lei substantiva que alicerce a pretensão veiculada ou que provoque a indevida intromissão do Poder Judiciário em temas que lhe são absolutamente alienígenas.

⁵ Ação Civil Pública – Comentários por Artigo, Editora Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1995, pág. 50.

Assim, quando se pretender, através do instituto em análise, criar normas de direito material até então inexistentes, estar-se-á, por força do citado princípio constitucional, diante de pedido juridicamente impossível.

É que, levada ao extremo a possibilidade de invocar em qualquer caso a tutela judicial, chegaria o juiz a extrapolar sua função jurisdicional, invadindo, via de consequência, searas outras que competiriam exclusivamente ao Poder Legislativo ou ao Poder Executivo.

Quanto à vedação do objeto criador de direito material, novamente é HELY LOPES MEIRELLES⁶ quem leciona:

“A ação civil pública, por outro lado, não é também instrumento idôneo para criação de normas de direito material. Aliás, não poderia sê-lo, porque ao juiz, a quem é dirigida, só cabe aplicar o que já existe a título de ius positum.

Assim, o autor da ação só pode pedir providências concretas à luz do direito material que, previamente, já ampara os interesses transindividuais atingidos pela conduta do réu. As providências acaso deferidas pelo juiz vão refletir, agora sim, resultado da aplicação da lei, e não de sua criação”.

O e. Supremo Tribunal Federal também já teve a oportunidade de se manifestar sobre o assunto, em ação civil pública originária do Rio de Janeiro que lhe chegou ao conhecimento por força de conflito de atribuição, ocasião em que o eminente Min. SIDNEY SANCHES destacou em seu voto:

“Não basta o equipamento processual para viabilizar a proteção daqueles interesses sociais que, sem lei que os converta em

⁶ Ob. cit., pág. 59.

direitos coletivos, o juiz entenda merecedores de proteção, ou, o que é pior, contra a lei, que os proteja em determinada medida, ao juiz pareça deverem ser tutelados em dimensão maior.

Não lhe confere, porém, a lei, o poder de criar o direito material, dizendo qual é a atividade devida ou qual é a atividade nociva. Obviamente, deve chegar à conclusão a respeito do que é devido e do que é nocivo, em face do direito material preexistente à decisão ou julgamento”.

Com efeito, pode-se dizer que, nos termos do entendimento da mais alta Corte, é juridicamente impossível o objeto da ação civil pública quando tenha por escolha a criação do direito, e não sua aplicação, o que é exatamente a hipótese dos autos, considerando que a pretensão do Ministério Público é justamente obrigar o Estado a iniciar obras em imóvel escolhido por aquele e nele instalar os estabelecimentos destinados a ressocialização de adolescentes infratores.

Naturalmente, o pedido só será juridicamente possível quando estiver preordenando a determinada situação concreta, comissiva ou omissiva, causada pelo réu, da qual se origine a violação aos interesses coletivos ou difusos. Vale dizer, a obrigação de fazer ou não fazer da ação civil pública só pode ser convertida em ação concreta pelo Poder Judiciário se o réu não estiver fazendo algo que, por lei substantiva, estava obrigado a fazer, ou, em caso contrário, estiver fazendo algo que a lei lhe vedava fazer.

Somente nessas hipóteses há problemas de ilegalidade, que reclamam a manifestação do Poder Judiciário, de forma legítima. Ocorre que tal situação não se verifica no caso concreto, onde inexistente qualquer lei exortando o Estado a iniciar obras em determinado tempo, tampouco em locais que sejam escolhidos discricionariamente pelo Ministério Público, e não pelo Poder Executivo.

Em não existindo o direito material que sirva de alicerce ao pedido autoral, não restam dúvidas quanto a ser este juridicamente impossível, reclamando,

também por este ângulo, a extinção do feito sem a análise do mérito, *ex vi* do artigo 267, VI, do C.P.C..

b) 2º FUNDAMENTO - INVASÃO NA COMPETÊNCIA DO PODER EXECUTIVO

O pedido formulado na ação civil pública é juridicamente impossível por ensejar ingerência indevida na direção da administração pública, a cargo única e exclusivamente do chefe do Poder Executivo.

Percebe-se, no caso em exame, tentativa semelhante a tantas outras de resolver-se, por despacho judicial, problema político-administrativo antigo e progressivamente agravado, pela notória e permanente escassez de recursos públicos.

Na escala de prioridade da ação governamental, é inevitável situarem-se certas decisões _ atinentes à saúde e à segurança de *toda* a população, à educação de *todos* os indivíduos em idade escolar, à habitação, à alimentação e transporte de *todas* as famílias etc. _ à frente de outras, embora também relevantes (porque concernentes à proteção de direitos individuais inalienáveis), todavia referentes a grupos ou áreas limitadas da sociedade. Donde a impossibilidade material de, numa semana, e com a mesma facilidade da lavratura de um despacho, realocarem-se dezenas ou centenas de adolescentes infratores, criando o risco de evasões e correlativos atos de violência, seja dos foragidos, seja dos agentes de segurança pública.

É fora de dúvidas que a matéria em exame está no âmbito do juízo discricionário de conveniência e oportunidade do chefe do Poder Executivo, o qual demonstrou, nas reuniões com os membros do Ministério Público, evidente interesse e empenho em liberar-se das “heranças malditas” deixadas pelas administrações anteriores.

Todavia, por depender de opções políticas e de alocação de verbas públicas, a disposição sobre tal matéria não admite ingerências por parte do Poder Judiciário ou do Ministério Público, *data venia*, como feito no caso presente.

Ainda que assim não fosse, o pedido formulado pelo *parquet* não poderia prosperar, por evidenciar o açoitamento de se exigir do atual Governo do Estado soluções mágicas para mazelas crônicas. Nas palavras sempre precisa do mestre JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO⁷:

*“Quando a lei autoriza que na ação civil pública o objeto possa ser, como regra, condenação em dinheiro ou cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, não se pode pretender, a nosso ver, que seja a ação o remédio para todos os males encontrados na coletividade.
(...)”*

É que, levada ao extremo a possibilidade de invocar, em qualquer caso, a tutela judicial em face do poder público, chegaria o juiz a extrapolar sua função jurisdicional, invadindo, de modo indevido, a função administrativa, com ofensa, por conseguinte, ao princípio da separação de poderes, insculpido no art. 2.º da Carta em vigor.

(...) a sentença, se acolhesse o pedido, estaria obviamente invadindo o poder de gestão da administração, sabido que os serviços públicos coletivos reclamam vários requisitos, como recursos orçamentários, atendimentos a planos de prioridade administrativa, criação de cargos públicos, realização de concursos etc. A decisão, nesse caso, estaria enveredando nas linhas de gestão próprias dos órgãos administrativos.”

De fato, o Ministério Público olvida a escassez dos recursos orçamentários, em descompasso com as necessidades públicas, que são ilimitadas, além de dar de ombros para a competência constitucional do chefe do Poder Executivo na escolha das prioridades coletivas, a quem cabe a direção superior da administração

⁷ Ob. cit., págs. 80-81

pública, parecendo querer substituí-lo na opção das medidas governamentais, como se tivesse legitimidade democrática para tanto.

No caso em questão, a pretensão do Ministério Público qualifica-se como juridicamente impossível por visar a imposição, pelo Poder Judiciário, de verdadeiro serviço público gerido pela administração, em total violação ao princípio da separação de poderes.

A perplexidade quanto ao objeto das ações civis públicas que pretendem impor ao governante eleito a forma de melhor administrar o Estado tomou de assalto até mesmo o multicitado doutrinador JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO⁸, integrante da carreira do Ministério Público, que externou o seu espanto através das seguintes palavras:

“Alguns, a nosso ver, de forma equivocada, têm proferido decisões que estabelecem verdadeiro comando de natureza administrativa dirigido à administração. Trata-se de desvio de perspectiva, porquanto o sistema de separação de poderes e funções adotado pelo direito pátrio não pode render ensejo a esse tipo de ingerência. O equívoco, diga-se por questão de justiça, não se aloja apenas na decisão judicial, mas também no pedido formulado na ação civil pública.”

A jurisprudência não discrepa a respeito do tema, valendo, para tanto, transcrever a orientação sufragada pelo e. Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

“O art. 3.º da Lei 7.347/85, a ser aplicado contra a administração pública, há de ser interpretado como vinculado aos princípios constitucionais que regem a administração pública, especialmente o que outorga ao Poder Executivo o gozo de total liberdade e discricionariedade para eleger as obras prioritárias a serem realizadas, ditando a oportunidade e conveniência desta ou daquela

⁸ ob. cit., pág. 83.

obra, não sendo dado ao Poder Judiciário obrigá-lo a dar prioridade a determinada tarefa do poder público.” (Agravo de Instrumento n.º 138.901-GO, 1.ª Turma, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, j. em 15.9.97, DJ 17.11.97, pág. 59.456)

Tal orientação é, em tudo e por tudo, seguida pelos demais tribunais da federação, consoante se observa das decisões abaixo transcritas, da lavra do e. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

“Ação civil pública. Esgoto doméstico. Ação visando ao tratamento prévio dos detritos lançados nas águas de rios. Ato administrativo que necessita de exame de conveniência e oportunidade pelo Poder Executivo. Impossibilidade de invasão de tal tarefa pelo Poder Judiciário” (RJTJSP 143/14).

“Cabe ao Poder Executivo o direito e o dever de fixar prioridades de sua administração, sopesando ações outras que, a critério desse mesmo Executivo, possam ser prioritárias. Assim, não podem juízes e tribunais assomar para si a deliberação de atos da administração, sob pena de violação do princípio constitucional da independência dos poderes do Estado” (RJTJSP 145/25).

É esse, portanto, o correto entendimento dado à questão, de tal sorte que o pedido deve ser julgado extinto sem a análise do mérito, por visar ao provimento judicial que retrate invasão de competência na esfera destinada à administração pública, retirando-lhe o direito e o dever de fixar suas prioridades e executá-las de acordo com a exigüidade de seu orçamento, vicissitudes que o obrigam a priorizar outros serviços de caráter essencial como a saúde, a educação, a habitação e o saneamento básico.

c) 3.º FUNDAMENTO – FALTA DE IDENTIDADE COM AS MATÉRIAS PREVISTAS NO ART. 4.º DA LEI N.º 7.347/85

O artigo 12 da Lei de Ação Civil Pública possibilitou que a medida liminar fosse deferida atendendo a requerimento formulado na petição inicial da própria ação civil pública, tornando desnecessário o ajuizamento de medida cautelar preparatória.

Todavia, tanto o requerimento de concessão de liminar formulado na medida cautelar quanto o deduzido na ação principal submetem-se à regra do artigo 4.º, o qual identificou os bens e direitos que poderiam ser tutelados através da providência de urgência, dentre os quais não se situa a hipótese dos autos, *data venia*.

Assim é que a norma legal permite o requerimento de liminares para evitar dano ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Propositamente deixou de adotar expressões que, ao gosto do intérprete, pudessem ensejar interpretações meramente exemplificativas do rol, tal qual “entre outros”, “e congêneres” e, como é mais comum no texto da própria lei, “a qualquer outro interesse difuso ou coletivo”, em repetição ao que já havia previsto em seu artigo 1.º, onde pretendeu deixar claro o campo de abrangência das ações civis públicas.

De acordo com as regras de hermenêuticas, onde se inclui a espécie, exclui-se o gênero, não sendo em vão que o legislador ordinário enumerou as matérias que dariam ensejo ao ajuizamento de medidas cautelares tendo por mira os bens e direitos tutelados pela ação civil pública.

Assim fazendo, expressamente deixou consignado seu intento em apenas permitir o manejo de requerimentos cautelares quando presente o risco de dano a um daqueles interesses enumerados no próprio artigo 4.º da lei.

Do contrário, isto é, se o escopo fosse permitir o ajuizamento daquelas medidas em todo e qualquer caso, bastando que estivesse presente o interesse coletivo *lato sensu*, inegavelmente teria repetido a expressão constante do artigo 1.º, inciso IV, da lei.

Força concluir pela existência, aqui, do silêncio eloqüente da norma, em que a *mens legis* proibiu a utilização de medidas cautelares para as hipóteses não expressamente descritas no artigo 4.º da Lei n.º 7.347/85, justamente ao nada dizer a respeito das mesmas. Em termos práticos, equivale a expressamente desautorizar a medida cautelar para outras situações que não as já previstas na lei. Vale dizer, o legislador evitou essa externalização apenas para não ser redundante.

Nem se diga que a liminar postulada tem natureza antecipatória, e não cautelar, o que afastaria a necessidade de adstringência aos elementos previstos no artigo 4.º e tornaria viável a sua formulação no bojo da petição inicial.

Primeiro porque a doutrina e a jurisprudência são uníssonas em afirmar a natureza cautelar do provimento, não havendo qualquer discrepância digna de registro a esse respeito.

Segundo porque, ainda que assim não fosse, era ônus do Ministério Público demonstrar em que consistiam a prova inequívoca, a verossimilhança de suas alegações, o fundado receio de dano irreparável e de difícil reparação, o abuso de direito de defesa e o manifesto propósito protelatório do réu, que são nada mais do que os requisitos exigidos pelo artigo 273 do Código de Processo Civil para a concessão da liminar. Assim, não bastaria ao Ministério Público demonstrar o que, em seu entender, traduziria o *funus boni iuris* e o *periculum in mora*, posto que, além de serem requisitos da liminar cautelar (e não da liminar em antecipação de tutela), são muito mais brandos que os pressupostos exigidos para a antecipação da tutela.

Portanto, também neste particular, é juridicamente impossível o pedido formulado pelo Ministério Público.

d) IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DA LIMINAR

Por último, o requerimento cautelar formulado no bojo da ação civil pública não poderia ser deferido por esse juízo, em razão da literalidade da norma hospedada no artigo 3.º da Lei n.º 8.437/92, de seguinte redação:

“Art. 3º. Não será cabível medida liminar que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação”.

Com efeito, o caso dos autos é ainda mais grave do que aqueles referenciados pelas obras doutrinárias e decisões judiciais vocalizadas a respeito do mencionado dispositivo, posto que o Ministério Público sequer procurou encobrir a evidência de que a cautelar tratava-se, em tudo e por tudo, de verdadeiro adiantamento integral do mérito da ação.

Veja-se que o autor formulou, a título de pedido principal, a condenação do Estado a construir o CRIAM de Duque de Caxias e o Centro de Internação Provisória, requerimento este que coincide exatamente com o que foi requerido como provimento cautelar.

Não restando dúvidas de que a pretensão do Ministério Público é *contra legem*, deve não apenas ser indeferida a petição inicial, quanto cassada a liminar concedida.

Para a remota hipótese de restarem superadas as preliminares encetadas, o que se admite por estrito dever de ofício, passa o réu a enfrentar o mérito da demanda, onde melhor sorte não assiste ao autor.

3. MÉRITO

3.1. DESPROPORCIONALIDADE DOS MEIOS EM RELAÇÃO AO FIM

O ordenamento jurídico não se compõe apenas de leis, sendo lição corriqueira que também deverão ser observados os princípios e institutos jurídicos cabíveis em cada caso, quando da criação e da aplicação das normas jurídicas.⁹

Não só o legislador, mas também, e principalmente, o aplicador da norma jurídica devem sempre obedecer ao princípio da razoabilidade, que exige uma proporcionalidade adequada entre os meios e os fins a que se destinam seus atos.¹⁰

Conforme doutrina mais autorizada, o princípio da proporcionalidade permite ser decomposto em três subprincípios: *“(a) da adequação, que exige que as medidas adotadas tenham aptidão para conduzir aos resultados almejados pelo legislador; (b) da necessidade, que impõe ao legislador que, entre vários meios aptos ao atingimento de determinados fins, opte sempre pelo menos gravoso; (c) da proporcionalidade em sentido estrito, que preconiza a ponderação entre os efeitos positivos da norma e os ônus que ela acarreta aos seus destinatários”*¹¹.

No caso sob exame, verifica-se que a pretensão do Ministério Público, se acolhida, resultaria totalmente desproporcional, uma vez que os eventuais benefícios proporcionados superariam, em muito, as desvantagens causadas, isto é, o benefício gerado àquele determinado grupo de adolescentes não compensará o grau de sacrifício

⁹ Neste sentido, veja-se o art. 4.º da Lei de Introdução ao Código Civil.

¹⁰ Cf. MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, em *Direito Administrativo*. Ed. Atlas, SP, 5.ª edição, 1995, pág. 72.

¹¹ Daniel Sarmiento, em *Os princípios Constitucionais e a Ponderação de Bens*, artigo escrito em obra coletiva denominada Teoria dos Direitos Fundamentais, organizada por Ricardo Lobo Torres, Ed. Renovar, pág.58

que será imposto a todo o resto da população, que inevitavelmente sofrerá com a má execução, ou até mesmo interrupção, de determinado serviço público, por falta das verbas a seu custeio.

Cedendo aos interesses da comunidade local, veiculados através de associações de moradores extraordinariamente organizadas, o Estado planejou instalar cursos profissionalizantes naquele espaço físico que, antes, servia a uma escola pública, beneficiando, com isso, cerca de **8.000 (oito mil) cidadãos** que buscam aprimoramento técnico e intelectual para, com isso, ganharem mais competitividade no mercado de trabalho.

Ocorre que o Ministério Público pretende impor ao Estado a readequação do imóvel para atender a outra finalidade social, qual seja, a construção do CRIAM e do Centro de Internação Provisória, onde **seriam atendidos apenas 3 (três) adolescentes** residentes naquela comunidade, segundo levantamento feito pelas associações de moradores.

Nem se alegue que aquelas obras poderiam atender a um número maior de adolescentes infratores, e isto porque esse contingente não ultrapassaria, de qualquer forma, 150 (cento e cinquenta) menores, bem como porque a transferência de adolescentes residentes em outros municípios, para Duque de Caxias, implicaria em manter a mesma situação que hoje é contestada pelo Ministério Público, qual seja, a permanência dos adolescentes em locais diversos dos em que residem seus familiares.

A iniciativa deflagrada pelo Estado demanda tempo e dinheiro, envolvendo aspectos que vão desde o levantamento das necessidades específicas, até a formulação de projetos, aquisições de materiais e equipamentos, tratamento e guarda das materialidades, contratação e sujeição a prazos de entrega, e treinamento nas diversas frentes de ação.

A pretensão do Ministério Público, se acolhida, implicará em atropelos quanto aos itens e etapas do programa em curso, comprometendo a própria viabilidade técnica e econômica da instalação daqueles cursos profissionalizantes, podendo representar a promessa de concretizar o inexecutível ou de tornar o executível apenas remendos que contemplem uma ânsia momentânea.

Tampouco é assim que se resolverá os problemas existentes, que tendem a crescer cada dia mais, em escala piramidalmente inversa à capacidade de endividamento do ente público.

Não se pode fazer mágica com os recursos que, ao contrário da demanda, são limitados, nem tampouco pode-se transigir com o caráter cogente das normas da Lei de Responsabilidade Fiscal, de tal modo que a imposição pretendida pelo Ministério Público implicará, se acolhida, em retirada de despesas já ordenadas no orçamento para determinado fim, causando desequilíbrio nesse outro fiel da balança que beneficiária, sem sombra de dúvida, uma parcela muito maior da população.

Na lição de RICARDO LOBO TORRES¹², “o *status positivus socialis*, ao contrário do *status positivus libertatis*, se afirma de acordo com a situação econômica conjuntural, isto é, sob a ‘reserva do possível’ ou na conformidade da autorização orçamentária”.

É inegável que a administração pública depara-se, dia a dia, com escolhas dramáticas, causadas pela limitação orçamentária e ilimitação das demandas, o que a impede de atender a todo e qualquer reclamo da população. A tentativa de dar efetividade e todo e qualquer pleito poderá implicar em frustração de não apenas um ou uns, mas sim de todos os direitos sociais.

¹² O Orçamento na Constituição, Rio de Janeiro, Renovar, 1995, págs. 133-134.

A infactibilidade do atendimento a todos, simultaneamente, é que confere ao Poder Executivo a discricionariedade na escolha das prioridades a serem atendidas, não sendo possível deslocar tal apreciação, *data venia*, ao Poder Judiciário ou mesmo ao Ministério Público.

Para GUSTAVO AMARAL¹³:

“(...) deslocar a decisão para o Judiciário em hipóteses que envolvam ‘escolhas dramáticas’, é querer alargar para aquele Poder competências que não são suas. O Judiciário não está legitimado pelo voto para tomar tais opções (...).

Não quer isso dizer que seja outorgada ao Executivo a potestade de crescer após a redação de cada direito social positivo a cláusula si voluero, alijando a questão de qualquer controle jurisdicional.

A reserva do possível significa apenas que a concreção pela via jurisdicional de tais direitos demandará uma escolha *desproporcional, imoderada ou não razoável* por parte do Estado. Em termos práticos, teria o Estado que demonstrar, judicialmente, que tem motivos fáticos razoáveis para deixar de cumprir, concretamente, a norma constitucional assecuratória de prestações positivas. Ao Judiciário competiria apenas ver da razoabilidade e da faticidade dessas razões, mas sendo-lhe defeso entrar no mérito da escolha, se reconhecida a razoabilidade.

(...) Demonstrada a ponderabilidade dessas razões, não poderia o Judiciário se substituir ao administrador.”

No caso em questão, o Estado pretende aproveitar o espaço físico da antiga escola estadual (em cujas instalações o Ministério Público quer sejam feitas adaptações) e criar um curso profissionalizante que atenderá um vasto número de

¹³ Interpretação dos Direitos Fundamentais e Conflitos entre Poderes, artigo escrito em obra coletiva denominada Teoria dos Direitos Fundamentais, organizada por Ricardo Lobo Torres, Ed. Renovar, págs. 112-113.

interessados, garantindo-lhes, com isso, melhores condições de ingresso no mercado de trabalho.

Veja-se, assim, que a instalação do referido curso prescindirá da realização das obras vindicadas pelo Ministério Público (que onerarão ainda mais as finanças públicas), bem como atenderá uma parcela extraordinariamente grande da população da Baixada. É essa a “escolha dramática” feita pelo Estado, que nada tem de irrazoável ou desproporcional.

Desproporcional seria, isto sim, pretender obrigar o Estado a desviar-se de seu planejamento de governo e a renunciar à criação do curso profissionalizante, que beneficiará um número muito maior de interessados.

Voltando-se aos subprincípios referidos no início deste tópico, pode-se afirmar que a pretensão do Ministério Público, se acolhida, causaria desvantagens maiores que os benefícios visados e imporá um sacrifício desmedido ao resto da população, pondo em xeque o próprio interesse público.

Aqui se reforça ainda mais a constatação da indevida tentativa de ingerência do Ministério Público na direção da administração pública, pois se imiscui em seara que compete exclusivamente ao Poder Executivo, exigindo deste último a adoção de condutas que, a exclusivo critério daquele, seriam mais satisfatórias do ponto de vista social.

O que se verifica, pois, é a desproporcionalidade entre a exigência e as sanções alvitradas pelo Ministério Público, pois que, em prol de um imaginário benefício a um grupo de adolescentes infratores, apenar-se-ão todas os demais integrantes da sociedade, que possivelmente serão comprometidos em outras áreas de seus interesses, seja relativamente aos bens essenciais (saúde, educação, saneamento básico etc), seja pela falta do curso profissionalizante.

Portanto, a solução cogitada pelo Ministério Público, além de não atender a qualquer interesse público legítimo, onera desmesuradamente os destinatários dos serviços, em manifesta violação ao princípio da proporcionalidade.

3.2. NATUREZA PROGRAMÁTICA DO ARTIGO 227 DA CF

A doutrina é assente em afirmar que a Constituição, ao instituir o Estado, “(a) organiza o exercício do poder político, (b) define os direitos fundamentais do povo e (c) estabelece princípios e traça fins públicos a serem alcançados”¹⁴, categorizando esta última espécie em normas de conteúdo programático.

Tais normas, por veicularem apenas princípios e fins a serem alcançados pela atuação futura dos poderes públicos, não investem os cidadãos na potestade de exigir determinada atuação positiva do Estado, mas apenas omissiva. Em outras palavras, não geram direitos subjetivos aos jurisdicionados na modalidade comissiva, nem lhes garante situação jurídica imediatamente desfrutável.

E porque não geram direito subjetivo positivo aos cidadãos, por si sós não podem gerar qualquer dever jurídico ao Estado, *data venia*, salvante na modalidade negativa, o que não é o caso dos autos, onde o Ministério Público procura criar e exigir determinada conduta do ente público, sem que haja qualquer lei prescrevendo tal obrigação.

LUIS ROBERTO BARROSO¹⁵, ao discorrer sobre o tema, congrega o pensamento da melhor doutrina ao afirmar que as normas programáticas, “*por não traçarem suficientemente uma conduta a ser seguida, não ensejam um desfrute imediato de qualquer bem jurídico, criando a exigibilidade de uma prestação positiva*”,

¹⁵ O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas, Ed. Renovar, 4.ª edição, 2000, pág. 154.

¹⁴ Luis Roberto Barroso, em *Interpretação e Aplicação da Constituição*, Ed. Saraiva, 3.ª edição, 1999, pág. 243.

no que é seguido de perto por CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO¹⁶, para quem “a posição jurídica dos administrados é menos consistente que nos casos anteriores, pois não lhes confere fruição alguma, nem lhes permite exigir que se lhes dê o desfrute de algo”, e que, “por tal razão, não chegam a conferir aos cidadãos uma utilidade substancial, concreta, fruível positivamente e exigível quando negada”.

Não restam dúvidas, portanto, que o artigo 227 da Constituição Federal, pertinente à matéria, professa disposição genérica e programática que não tem o condão de transferir ao Estado a obrigatoriedade de imediata construção do CRIAM ou do Centro de Internação Provisória, como pretende o Ministério Público.

Ainda que se entenda que a Lei n.º 8.069/90 tenha dado concretude àquela norma programática, mesmo assim não tem o condão de gerar os efeitos pretendidos pelo autor da ação, relativamente à realização de despesas. Em face da autonomia do Estado, seria inconstitucional o ato normativo federal que lhe acarretasse despesa; assim como o é a pretensão do Ministério Público.

3.3. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

O Ministério Público argumenta que os artigos 1.º e 124 da Lei n.º 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) estariam sendo violados pelo Estado, por não construir no município de Duque de Caxias o CRIAM e o Centro de Internação Provisório.

¹⁶ Eficácia das Normas Constitucionais sobre Justiça Social, tese apresentada à XI Conferência Nacional da OAB, Florianópolis, 1982.

No entanto, o fato de o Estado ter transferido os adolescentes infratores ao Instituto Padre Severino, por força da interdição judicial do primitivo CRIAM de Duque de Caxias, não viola qualquer dispositivo do Estatuto da Criança e do Adolescente, sobretudo aqueles citados pelo Ministério Público.

A latitude que o Ministério Público procurou dar à expressão contida no artigo 1.º - “proteção integral à criança e ao adolescente” - conduz ao alargamento do objetivo, com reflexa extrapolação da tutela para outras situações não contidas na própria linguagem legal ou mesmo constitucional.

CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO¹⁷, que de há muito fincou raízes no olimpo do direito administrativo, escorado na melhor doutrina pátria, ensina que “interpretar é desvendar um pensamento, um sentido que reside no próprio texto objeto de interpretação. Daí porque o exegeta tem de cifrar-se a ele, acautelando-se contra a tentação de embutir inconscientemente na regra o fruto de suas próprias noções de conveniência ou de justiça, por plausíveis que sejam elas”.

Mais precisa ainda é a lição de CARLOS MAXIMILIANO ao dizer que “em todo caso, o hermeneuta usa mas não abusa da sua liberdade de interpretar os textos”¹⁸, não devendo “ficar aquém, nem passar além do escopo referido: o espírito da norma há de ser entendido de modo que o preceito atinja completamente o objetivo para o qual a mesma foi feita, porém, dentro da letra do dispositivo”¹⁹.

Encerrando com chave de ouro o seu ensinamento, o mestre adverte que “cumpra evitar não só o demasiado apego à letra dos dispositivos como também o excesso contrário, o de forçar a exegese, e deste modo encaixar na regra escrita, graças à fantasia do hermeneuta, as teses pelas quais se apaixonou, de sorte que

¹⁷ Consulta jurídica tratando da aposentadoria de proventos com vencimentos, não publicada.

¹⁸ Hermenêutica e Interpretação, Ed. da Livraria do Globo Porto Alegre, 2.ª edição, 1933, pág. 169.

¹⁹ ob. cit., pág. 171.

*vislumbra do texto idéias existentes apenas no próprio cérebro, ou no sentir individual, desvairado por ojerizas e pendores, entusiasmos e preconceitos”.*²⁰

Com as escusas de estilo, o perigo para o qual advertiu o hermenêuta parece ser o em que justamente incorreu o Ministério Público ao ver uma violação ao direito dos adolescentes no mero fato de não haver construído o CRIAM no local desejado por aquele.

É fora de dúvida que o Ministério Público travestiu, de forma quase que mágica, esse evento juridicamente insignificante em “evidente violação às normas protetivas do Estatuto da Criança e do Adolescente”, forçando a exegese da norma para fazer compreender, em seu campo de abrangência, outras situações encontradas além da letra e espírito do dispositivo, revelando seu desejo de que a matéria houvesse recebido tratamento legal mais ampliativo.

Apesar dessa aspiração, exegese nesse sentido não confere com a dicção do diploma legal, nem constitucional, o que a impede de prosperar.

Igual sorte merece a fundamentação da demanda no artigo 124, inciso VI, do E.C.A., parecendo, aqui, ao contrário do que ocorreu relativamente ao artigo 1.º, não um malabarismo na exegese, mas sim uma extraordinária desatenção ao que consta do próprio texto legal. Tal se afirma porque o mencionado dispositivo é textual ao afirmar que o adolescente tem direito a “permanecer internado na mesma localidade ou naquela mais próxima ao domicílio de seus pais ou responsável”.

Ora, em nenhum momento a lei garante ao adolescente o direito a só ser internado na mesma localidade em que residam seus pais ou responsável. Ao contrário, é expressa ao autorizar que, à falta de estabelecimento de internação na mesma

²⁰ ob. cit., pág. 118.

localidade em que residam aqueles, pode ser internado no estabelecimento mais próximo.

Como no caso concreto o estabelecimento de internação mais próximo é o Instituto Padre Severino _ o Ministério Público sequer negou tal fato __, a conclusão é inexorável no sentido de que o Estado, antes de descumprir a lei, a reverencia em absoluto.

4. PEDIDO

Diante do exposto, o Estado requer o acolhimento das preliminares argüidas e a extinção do feito sem a análise do mérito, ou, alternativamente, a improcedência dos pedidos formulados na inicial, condenando-se o autor nos ônus da sucumbência.

Termos em que, requerendo a produção das provas cabíveis, em especial a juntada de novos documentos, a oral e a pericial, pede deferimento.

Rio de Janeiro, 03 de setembro de 2002.

Renato Ayres Martins de Oliveira

Procurador do Estado