

PODER JUDICIÁRIO
ESTADO DO TOCANTINS
COMARCA DE COLMÉIA

SENTENÇA

Autos: 0001537-54.2016.827.2714 - AÇÃO CIVIL PÚBLICA – OBRIGAÇÃO DE FAZER
Requerente: MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL
Requerido: MUNICÍPIO DE PEQUIZEIRO

Vistos os autos.

A parte requerente, Ministério Público Estadual, devidamente qualificado, ingressou com ação civil pública, de âmbito coletivo, em desfavor do Município de Pequizeiro, alegando, sob a égide dos artigos 7º, XXV; 30, V, VI e VII; 129; 204; e 227, todos da CR, e artigos 4º; 5º; 54, IV; 87, III; 88; 208, III, e VI, todos da Lei 8.609/1990, que os serviços de atendimento à criança e ao adolescente referentes à creche, abrigo e os de prevenção, atendimento médico e psicossocial às vítimas de negligência, maus tratos, exploração, abuso, crueldade e opressão no município são ausentes ou são deficitários. Requer a procedência da ação para a condenação nas seguintes obrigações de fazer: 1) criar uma escala de férias aos funcionários da creche, de modo a permitir o atendimento durante todo o ano sem interrupção; 2) desenvolver um serviço na forma de abrigo; e 3) criar serviços relacionados ao artigo 87, III, da Lei 8.069/1990. Requereu ainda a antecipação dos efeitos da tutela. Petição protocolada em 19.10.2016.

Despacho judicial recebeu a inicial (evento 03).

Audiência de conciliação, restando infrutíferas as tentativas de acordo.

O requerido foi citado, e se manifestou no prazo da defesa (evento 18). Apresentou os seguintes argumentos: 1) não há provas da necessidade da creche por todo o ano, pois não há levantamentos do crescimento da demanda e há 44 vagas disponíveis; não há provas de maus tratos, já que serviço da assistência social nada registrou; a realização de

convênios e consórcios carece de lei autorizadora; 2) princípio da separação dos poderes, de forma que está ocorrendo ingerência indevida no Poder Judiciário nas discricionariedades do Poder Executivo, sendo esta uma instituição autônoma, e sobre o assunto, inclusive envolvendo os objetos da ação, foram rechaçados pelo STJ, em vários precedentes de forma pacificada. O Poder Judiciário não pode adentrar no mérito administrativo; 3) Princípio da reserva do possível, já que o Município não tem a dotação orçamentária; 4) Reconhece que houve municipalização dos serviços relacionados à criança e adolescente na forma do art. 227 da CR e 88, I, da L. 8.069/1990; 5) Não há obrigação de o Município ter creche por todo o ano, além da carga horária exigida pela Lei 9.394/1996, art. 31, II, pois exige 800 horas anuais e 200 dias de trabalho na educação infantil; 6) O escalonamento de professores iria violar regra de relação de identidade entre professor e aluno, essencial na fase infantil; 7) Necessidade técnica de paralisação das creches nos meses de julho e dezembro, para o fim de manutenções e serviços de dedetização e outros; 8) há outras opções em lei em vez a institucionalização por meio do abrigo, como a casa lar, casa de passagem, residência e família acolhedora, sendo todas políticas a serem implantadas nos municípios de porte II, mas que reconhece o pedido e irá cadastrar famílias acolhedoras junto ao serviço de assistência social; 9) esses atendimentos de maior complexidade, tendo em vista o município carecer de dotação orçamentária, está sendo programado pelo Estado em convênio com os municípios, mas ainda não implantado em Pequiizeiro, na forma da Resolução nº 32/2013, art. 3º, II; 10) Não necessidade do serviço, já que serviço de assistência social informou que não há nenhum registro em que se necessitasse de abrigo. Requer a improcedência dos pedidos.

As partes manifestaram pelo julgamento antecipado da lide.

É o relato. Decido.

Como já estampado em vários precedentes e em ampla doutrina mais moderna de direito administrativo (Maria Silvia Zanella Di Pietro, Celso Antônio Bandeira de Mello) e de direito constitucional, é possível a intervenção do Poder Judiciário para garantir o exercício dos direitos fundamentais, mesmo em matéria que envolva o mérito, limitado pelo princípio da razoabilidade, como parte da teorização da tríplice divisão das funções

estatais, dos freios e dos contrapesos, e da harmonização entre o exercício dessas funções (art. 2º. da CR).

Presentes os pressupostos e requisitos processuais e as condições da ação. Passo a analisar o mérito.

1 Das funções estatais de poder, da teoria dos freios e contrapesos, da intervenção do Judiciário, do mérito administrativo e o sistema de proteção à criança e ao adolescente.

Como forma de organização estatal, o Poder do Estado foi dividido em três funções precípua¹, legislativa, executiva e judiciária. No texto constitucional brasileiro, descrito no art. 2º, como harmônicas e independentes².

Esses adjetivos são requisitos fundamentais para a atuação em suas funções, a fim de se cumprir os princípios e objetivos constitucionais.

“Como o poder freia poder, a ideia é que esse equilíbrio se concretize pelo método dos freios e contrapesos”³, denominado pelo direito norte-americano, *checks and balances*.

Desse entendimento, Canotilho⁴ menciona que “A constitucionalística mais recente salienta que o princípio da separação de poderes transporta duas dimensões complementares: 1. a separação como ‘divisão’, ‘controle’ e ‘limite’ do poder – dimensão negativa; 2. A separação como constitucionalização, ordenação e organização do poder do Estado tendente a decisões funcionalmente eficazes e materialmente justas (dimensão positiva)”.

Por meio dessa estrutura é que o Estado, por seus entes e órgãos políticos, agentes e instrumentos, vai gerir todo o arcabouço das necessidades dos cidadãos.

¹ DA SILVA, José Afonso. Ibid, 2006, p. 109. A teoria da tripartição de poderes adveio de estudos desde a antiguidade até os tempos modernos, sufragadas por filósofos e autores como Aristóteles, John Locke e outros. A mais difundida teve como autor Montesquieu, em *O espírito das leis*, de 1748, ao defender a divisão do poder uno em três.

² DA SILVA, José Afonso. Ibid, 2006, p 109-110, esclarecendo a interpretação de independência e harmonia.

³ ZANETI JUNIOR, Hermes. Democracia e Judiciário na (re) politização do direito: notas para o papel dos juízes e do Judiciário em um modelo deliberativo-procedimental de democracia. In: MEDINA, José Miguel Garcia et al (Eds.). Os Poderes do juiz e o controle das decisões judiciais. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2008, p. 204-208.

⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2.ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 2001, p. 250.

Essas necessidades estão dispostas abstratamente no texto constitucional da República brasileira. Muitas delas, como direitos a serem conquistados ou construídos, denominados normas programáticas.

Na percepção dessas necessidades os gestores públicos devem procurar o equilíbrio⁵, para não gerar frustrações.

Como esclarece Moraes⁶:

O Direito Constitucional contemporâneo, apesar de permanecer na tradicional linha da idéia de Tripartição de Poderes, já entende que essa forma, se interpretada com rigidez, tornou-se inadequada para um Estado que assumiu a missão de fornecer a todo o seu povo o bem-estar, devendo, pois, separar as funções estatais, dentro de um mecanismo de controles recíprocos, denominado ‘freios e contrapesos’.

Mas o que significa essa independência e essa harmonia das funções estatais, segundo os preceitos constitucionais, e segundo os precedentes da Corte Suprema Nacional?

Segundo o entendimento do juízo, seguindo o mesmo passo de Uadi Lammêgo Bulos⁷, a Constituição da República modificou sensivelmente a disciplina tripartite de funções de poder, favorecendo a independência e a harmonia entre eles, porém, de forma que um possa conter o outro ente de poder (teoria dos freios e contrapesos), principalmente quando se trata de direitos fundamentais.

Harmonia nesse sentido exterioriza-se pela manutenção desse equilíbrio, mesmo dentro da intervenção legítima de um sobre o outro. A interpretação do termo constitucional “harmonia” compreende além de cortesia e trato respeitoso, como também a interferência regular de um órgão em outro, para garantir os direitos fundamentais, nos termos do equilíbrio apregoadado.

Independência significa que um ente atua em um raio de competência própria, sem a ingerência de outros entes, mas permitindo a colaboração quando a necessidade exigir. Dessa forma, o requisito constitucional da “independência”, sofre nesse patamar a exceção própria dos mecanismos dos freios e contrapesos.

⁵ Por seus termos, as necessidades humanas tendem ao infinito. A oferta de bens é inferior à quantidade de necessidade.

⁶ MORAES, Alexandre. Direito constitucional. 28.ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 429-430.

⁷ BULOS, Uadi Lammêgo. Constituição federal anotada. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 54-55.

Há vasta pesquisa bibliográfica sobre o tema, porém, sempre relegadas aos entes de Poder, em nível de 1º escalão. Não há interesse de se reescrever as hipóteses já amplamente sufragadas pelos constitucionalistas.

Por outro lado, entende-se que nas relações entre as funções de poder, delegadas muitas vezes aos órgãos executores, ainda mais a idéia de equilíbrio deve preponderar.

No sistema de proteção à criança e ao adolescente, há envolvimento direto do Poder Executivo, municípios, que devem instalar e operacionalizar os serviços de assegurar às crianças e aos adolescentes, com absoluta prioridade, vários direitos fundamentais, entre eles, a educação, à dignidade, ao respeito, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, sendo garantidos programas de assistência integral à saúde (art. 227 CR), ainda mais sob o comando constitucional e legal (lei 8069/1990), com o fim de garantir a primazia dos princípios da proteção integral e absoluta.

É entendimento corrente do STF que se revela possível o Poder Judiciário determinar, ainda que excepcionalmente, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas na própria Constituição, e que envolva direitos fundamentais, a implementação pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão, importar em descumprimento dos encargos jurídico-políticos que sobre eles incidem em caráter mandatório (2ª T., AgRgRE 436996-SP, rel. Min. Celso de Mello, j. 22.11.2005, v.u., DJU 3.2.2006, p. 76).

No caso em concreto, restou mais do que comprovado o ato ilícito por ação e omissão municipal, quando do protocolo da ação.

Portanto, devem ser rechaçados os argumentos de defesa, relacionados a não possibilidade de intervenção do Poder Judiciário no Poder Executivo Municipal.

Esclareça-se, de logo, que os precedentes anotados em peça de contestação, aliás, ditos como pacificados pelo STJ, nem foram conhecidos por tal Corte Superior. Referem-se a julgados minoritários, inclusive nos Tribunais de Justiças dos Estados de origem, no caso, São Paulo e Minas Gerais, e nos anos de 2007, 2006, e 2012.

Verifica-se aqui tamanha afronta à dignidade deste Juiz e de todos os jurisdicionados, especialmente crianças e adolescentes, e ainda à parte contrária, por ter agido com deslealdade processual, como se este juízo não entendesse da leitura de um julgado.

Alega que o STJ, de forma pacificada, ou seja, todos os julgados da Corte são nesse sentido, julgaram que não poderia haver a intromissão do Poder Judiciário no Poder Executivo, ao impor obrigação de fazer, consistente na criação e manutenção de vaga em creche municipal. Analisado processualmente o julgado, ele não foi conhecido, porque se entendeu que a matéria deveria ser objeto de recurso extraordinário e não de recurso especial. *Data venia*, porém, o causídico deve ter zelo em descrever as teses e os precedentes. Acredita-se, no entanto, que foi um descuido não comum a ele, um advogado reconhecido e de alta hombridade e responsabilidade no Estado.

O que se verifica é o contrário. **Precedentes do STF** (RE 1101106 AgR DF, 22.06.2018; RE 1076911 AgR DF, 16.03.2018; ARE 639337 AgR SP, 23.08.2011; RE 603575 AgR SC, 20.04.2010; RE 464143 AgR SP, 15.12.2009, e outros) determinam que é dever jurídico a proteção e garantia de direitos sociais, entre eles a educação, consistentes também em atendimento em creche e na educação infantil, por força da Constituição, cuja execução se impõe ao Poder Executivo, e sendo omissa ou prestando serviço de má-qualidade ou insuficiente, é papel do Poder Judiciário, quando acionado, impor a implementação de políticas públicas previstas na Constituição e não efetivadas, não gerando a transgressão ao postulado da separação dos poderes.

Como salienta um dos arestos:

A educação infantil, por qualifica-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental, - Os Municípios – que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, parágrafo 2º) – não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em

creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social.

É reconhecido que primariamente cabe aos Poderes Legislativo e Executivo a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, entretanto, reconhece-se a possibilidade de determinação pelo Poder Judiciário acerca da implementação dessas políticas, especialmente as definidas na Constituição.

No mesmo sentido, há precedentes do STJ, conhecidos e analisados, que reconhecem a possibilidade de intervenção do Judiciário (AgInt no REsp 116605 SP 30.08.2018; AgInt no REsp 1575767 DF 02.08.2018).

Ainda, não é diverso o entendimento anotado em precedentes do Egrégio TJTO, o que aparenta ser majoritário (Reexame Necessário em MS 501048071.2013-827.0000 13.12.2013; EmbI 0005493-43.2014.827.0000 14.12.2015).

Estão incontroversos e não há discussão jurídica sobre os seguintes fatos e fundamentos de direito: os serviços exigidos pela parte requerente ao requerido são de atribuição municipal; o serviço de creche no município funciona, com exceção nos meses de julho e dezembro; que o serviço de família acolhedora será instalado no município, porém, não indicando prazo para tal.

Reconhece-se, por outro lado, que um ou outro pedido do MPE, na inicial, parte deles, reveste-se de um ideal, alguns dos quais, estão dentro da conveniência e oportunidade do administrador.

E por esse fato, não há como se interferir na esfera do mérito administrativo, no sentido de se analisar a conveniência, como a forma de operacionalizar o serviço, se por férias intercaladas ou com a contratação de outros profissionais; e a exigência de criar serviços que possam ser substituídos legalmente por outros.

Dessa forma, o que se pode avaliar, com base no princípio da legalidade e da eficiência, é se há ou não a necessidade de o serviço de creche, abrigo e os de prevenção, atendimento médico e psicossocial às vítimas de negligência, maus tratos, exploração, abuso, crueldade e opressão no município, por serem ausentes ou deficitários.

2 O serviço público essencial e o ato ilícito

O Estado deve garantir a absoluta prioridade à criança e ao adolescente, como direito fundamental, assim apregoado no art. 227, *caput*, da Constituição da República, em uma relação vertical Estado-cidadão, ainda mais quando colocou à disposição deste um serviço público de cunho essencial.

O Estado, Poder Executivo, tem o dever de se dirigir pelos princípios previstos no art. 37 do Texto jurídico maior, entre eles, os princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade e da eficiência.

E serviço público é todo aquele prestado pelo Estado diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente as necessidades coletivas dos cidadãos.

Os serviços públicos devem ser adequados ao pleno atendimento dos usuários. Entende-se como serviço adequado, segundo o art. 6º, da L. 8.987/1995: “é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na prestação e modicidade das tarifas” (grifos).

No mesmo caminho a Lei 8.078/1990, ao descrever em seu art. 22 que os órgãos públicos são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quando aos essenciais, contínuos, sob pena de ser compelido a cumprir e a reparar os danos causados.

2.1 Do serviço público de atendimento em creches

Passa-se a analisar o serviço relacionado às creches:

O serviço prestado pelo Município de Pequiizeiro com relação ao atendimento à criança e ao adolescente, por meio de creches, segundo a parte requerente, é deficitário, tendo em vista que não atende nos meses de julho e dezembro.

O requerido, por sua vez, informou que não há necessidade de creche nos referidos meses, já que não há procura, segundo os gestores, e ainda, ao contrário, há a necessidade de paralisação nos referidos meses, com o fim de propiciar reformas e manutenções, serviços de dedetização, entre outros. Informou que o escalonamento dos professores no

ensino infantil iria a desfavor das regras pedagógicas, pois iria prejudicar a relação de identidade entre professor e aluno, e ainda, comprometeria a convivência familiar. Salienta, por fim, que a Lei 9.394/1996, no art. 31, II, distribui dias e carga horária ao ensino infantil e, desta forma, não exige o funcionamento da creche por todo o ano letivo.

O pedido da parte requerente restringe-se ao atendimento de creche. Esse pedido vincula o juízo, diante do princípio da correlação entre pedido e julgamento.

Sobre a prestação de serviços de educação infantil, regulado pelo art. 4º, II, da L. 9.394/1996, o primeiro conceito jurídico a se distinguir é o que se relaciona à educação de crianças de 0 a 3 anos, por meio de atendimento em creche, e de crianças de 4 e 5 anos, por meio de atendimento na pré-escola, na forma do art. 30 da mesma Lei que regula a educação.

Portanto, daí a restrição processual: o que será decidido é se é dever do Município manter o atendimento de creche, voltado a crianças de 0 a 3 anos.

O art. 227 da Constituição trata com absoluta prioridade à educação de crianças e adolescentes. Essa norma constitucional é copiada no art. 53 da L. 8.069/1990, apresentando algumas ações fundamentais para o cumprimento de tal mister.

O art. 54, IV, da L. 8.069/1990, cópia do art. 208, IV, da Constituição, trata o atendimento em creche e pré-escola como dever do Estado, em sentido genérico, e o art. 208, III, do mesmo estatuto, rege a possibilidade jurídica de se propor ações de responsabilidade, referentes ao não oferecimento ou oferta irregular de atendimento de creche e pré-escola às crianças de 0 a 5 anos.

Tanto a norma constitucional, art. 30, V e VI, como a Lei 9.394/1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação), art. 11, V, atribuem ao Município à educação infantil, tanto em creches como em pré-escolas. Aliás, disso não há discórdia.

Sob o enfoque jurídico, o ponto nevrálgico de tal contenda, revela-se no argumento apresentado pela parte requerida de que a educação infantil será organizada de acordo com regras comuns, dispostas no art. 31 da Lei 9.394/1996. E entre essas regras,

está a previsão de carga horária mínima anual de 800 horas, distribuída por um mínimo de 200 dias de trabalho educacional, sendo a jornada de 4 a 7 horas.

Com base na referida norma infraconstitucional, segundo o Município de Pequizeiro, estar-se-ia cumprindo os adágios legais. A parte requerente, ora MPE, nada impugnou quando teve a oportunidade. Assim se entende que a parte requerida cumpre o calendário mínimo.

Por outro lado, não se está a tratar da pré-escola, em que já se começa a ter maiores regulações de ensino, com o objetivo de preparação ao ensino fundamental.

Na hipótese dos autos, trata-se do atendimento em creche, voltado a crianças de 0 a 3 anos. E um dos principais objetivos da existência desse serviço público é o cumprimento do adágio constitucional previsto no art. 7º, XXV, que dispõe ser direito de todo o trabalhador, urbano ou rural, a assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 05 anos em creches e pré-escolas.

Esse direito ao trabalhador acaba sendo um direito de toda a criança, dentro dos princípios da proteção integral e prioridade absoluta (CF, art. 227; Declaração Universal dos Direitos Humanos; Declaração dos Direitos da Criança; Convenção Interamericana de Direitos Humanos – Pacto de San Jose da Costa Rica; L. 8.069/1990, artigos 1º e 3º).

Os fundamentos da parte requerida de que não haveria necessidade do oferecimento do serviço de creche às crianças de 0 a 3 anos, por falta de demanda, nos meses de julho, dezembro e também janeiro, ou seja, de modo contínuo e sem interrupção, não merece guarida.

Constitui regra de experiência que em todo o serviço público há o que se denomina de demanda reprimida. No pragmatismo das coisas, as pessoas vão tentando se adaptar aos serviços oferecidos sem reclamar e sem saber seus direitos sociais.

No Brasil e especialmente nos Estados da região norte, a que fazemos parte, há o que se denomina, “ciclo perverso”⁸:

⁸ COSTA, Tarcísio José Martins da. Estatuto da criança e do adolescente comentado. BH: Del Rey, 2004, p. 117-118.

Deixar a escola para trabalhar; permanecer mas repetir o ano; sair e não voltar para a escola, segundo as maiores ou menores pressões para trabalhar; trabalhar na rua; submeter-se aos perigos que ela oferece; deixar a família; abandonar definitivamente a escola e permanecer na rua. Este é o ciclo repetitivo e perverso da relação miséria / escola / trabalho / rua de expressivos contingentes e crianças e adolescentes pobres.

Não é à toa que o perfil de pessoas condenadas no Estado do Tocantins, nas Comarcas de 1ª e 2ª Entrâncias, o que inclui Pequizeiro, por terem infringido a lei penal, na maior parte, são constituídas por pessoas sem qualquer formação técnica, sem qualificação, envolvendo profissões de execução, e por desempregados⁹.

Na idade dos filhos entre 0 e 3 anos, é necessária a criação de oportunidades aos pais para que possam trabalhar. Não implementar o serviço de atendimento em creche nos meses de julho, dezembro e janeiro, viola preceito constitucional que garante o trabalho aos pais.

Outro ponto de defesa da parte requerida refere-se à dificuldade de organização do serviço nos ditos meses, como o prejuízo aos alunos que perderiam a identidade com o professor, já que se teria que fazer remanejamentos, e como a necessidade de manutenção das instalações.

Esses problemas são meramente administrativos e devem ser resolvidos pelo gestor. Não cabe ao Poder Judiciário ditar regras de ação ou administrar. Se o município entende, diante de princípios pedagógicos, que deva manter um professor acompanhando uma turma deve tentar buscar na medida do possível resolver a pendência. Mas chama a atenção dessa necessidade, pois se está a tratar de educação infantil de crianças de até 03 anos. Necessariamente permanecem duas cuidadoras ou profissionais de educação para exercer tal função.

Dessa forma, entende o juízo que o Município de Pequizeiro cometeu ato ilícito, na modalidade omissiva, e deve ser condenado à obrigação de fazer, no sentido de providenciar o serviço público e gratuito do atendimento em creche durante todo o ano, sem interrupção, de forma contínua.

⁹ GAGLIARDI, Ricardo. Microsistema de penas criminais alternativas nas comarcas de menor porte do Estado do Tocantins: Diagnóstico, tendências e proposições. Palmas: UFT, 2018.

2.2 Do serviço público de acolhimento institucional de crianças e adolescentes

Passa-se a analisar o serviço relacionado aos abrigos.

Não há serviço prestado pelo Município de Pequiizeiro com relação ao atendimento à criança e ao adolescente, por meio de abrigos, sendo dado incontroverso.

O requerido, por sua vez, informou que não há necessidade de criação de um abrigo em Pequiizeiro, pois há outras opções em lei, em vez da institucionalização por meio do abrigo, como a casa lar, casa de passagem, residência e família acolhedora. O requerido reconheceu não ter políticas de atendimento, mas que irá adotar a política de atendimento da casa acolhedora. Enfatizou a não necessidade do serviço, já que serviço de assistência social informou que não há nenhum registro em que se necessitasse de abrigo.

O pedido da parte requerente restringe-se à criação e funcionamento do serviço de uma entidade de acolhimento, na forma de abrigo institucional.

O art. 227 da Constituição trata, com absoluta prioridade, de vários direitos fundamentais de crianças e adolescentes, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. O seu parágrafo 3º, VI rege o direito à proteção especial ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado, assegurado por meio de recursos próprios da assistência social (art. 227, parágrafo 7º, c/c art. 203, II, e 204, todos da CR).

Compete ao município a implementação, organização e atendimento dos serviços relacionados ao acolhimento institucional ou familiar de crianças e adolescentes em situação de risco (art. 30, V, da CR; e art. 88, I, da l. 8.609/1990).

A Lei 8.069/1990 regulou o tema das formas de acolhimento, como entidades de atendimento, dispondo de duas formas: colocação familiar (acolhimento familiar) e acolhimento institucional (Lei 8.069/1990, art. 90, III e IV), seus princípios (Lei 8.069/1990, art. 92) e procedimentos (Lei 8.069/1990, art. 93).

O mesmo estatuto dispõe, no entanto, que o poder público deve preferir o acolhimento familiar ao institucionalizado, sendo incentivado a implementação de

serviços de acolhimento em família acolhedora, devidamente cadastradas, selecionadas, capacitadas, acompanhadas, fiscalizadas, avaliadas, inclusive, sobre os índices de sucesso na reintegração familiar ou de adaptação à família substituta, conforme o caso (Lei 8.069/1990, art. 34, parágrafos 1º a 4º; art. 90, parágrafo 3º).

Os fundamentos da parte requerida de que não haveria necessidade do oferecimento do serviço de abrigo ou outro assemelhado, por falta de demanda, revela-se irônico e irreal. Está a dizer que não há crimes e ilícitos praticados contra crianças e adolescentes, o que não se apresenta verossímil.

Constitui regra de experiência que em todo o serviço público há o que se denomina de demanda reprimida. No pragmatismo das coisas, as pessoas vão tentando se adaptar aos serviços oferecidos sem reclamar e sem saber seus direitos sociais.

Na maior parte das situações, a própria família acaba acolhendo uma criança ou adolescente em situação de risco. Mas pode haver casos em que isso não seja possível. Nesse caso, sem a organização necessária constitucional e legal do serviço, qual a opção do gestor: levar para casa, mandar o subordinado levar para casa, ou deixar em abandono, ou fechando os olhos para o problema da negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade, opressão, consistentes em abusos de toda a forma. Como se verá no próximo item, a falta de uma estrutura capaz de suportar tais atendimentos pode gerar na omissão estatal.

As estatísticas criminais estabelecem um alto índice de violência doméstica contra crianças e adolescentes; de abandono material, intelectual e social, o que gera o uso e o abuso de drogas; de abusos sexuais de toda a forma. Irônico talvez por omissão no atendimento por profissionais qualificados.

Por fim, o argumento de se estar aguardando a realização de convênio com o Estado para a implantação do serviço de atendimento na forma de abrigo, está ultrapassado, já que, segundo se apresentou o prazo para a instalação seria até 2015, e nada foi feito, conforme Resolução Estadual 32/2013, art. 3º, II (prova anexa à contestação).

Reconhecendo o Município, ora requerido, da necessidade de implantar, organizar e garantir o serviço de atendimento às crianças e adolescentes em risco, na forma de

acolhimento familiar, e reconhecendo esse suficiente para garantir a preservação dos princípios da proteção integral e absoluta das crianças e adolescentes, assim deve ser feito, observando-se, no entanto, a necessidade de organizar o serviço e forma imediata. Caso não consiga organizar o serviço por falta de interessados, deverá providenciar a instalação de abrigo, com previsão antecipada da dotação orçamentária.

2.3 Do serviço público de prevenção e atendimento médico e psicossocial às vítimas de negligência, maus tratos, exploração, abuso, crueldade e opressão

Passa-se a analisar os serviços especiais acima.

O requerido nada contestou sobre o tema. Em anexo, por meio de ofício da Secretaria Municipal da Assistência Social e Habitação, esta respondeu que ocorrem alguns episódios de crianças e adolescentes, vítimas de negligência, maus tratos, exploração, abuso, crueldade e opressão, sendo desenvolvidos apenas os serviços da proteção básica pela equipe do Cras, e não se atende as demandas de maior complexidade.

Dessa forma, tornou-se incontroverso que o Município de Pequizeiro atende apenas em parte os serviços previstos com relação ao atendimento à criança e ao adolescente em situação de risco.

O pedido da parte requerente restringe-se à criação e funcionamento dos serviços de prevenção e atendimento previstos no art. 87, III, da lei 8.069/1990.

O art. 227 da Constituição trata, com absoluta prioridade, de vários direitos fundamentais de crianças e adolescentes, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Compete ao município a implementação, organização e atendimento dos serviços especiais relacionados à prevenção e atendimento de crianças e adolescentes em situação de risco (art. 30, V, da CR; e art. 88, I, da l. 8.609/1990).

A Lei 8.742/1993 (lei que dispõe sobre a organização da assistência social), estabelece que a assistência social tem por objetivos a proteção social, entre outros, da

infância e da adolescência e ao amparo às crianças e adolescentes carentes (art. 2º, I, “a” e “b”).

O art. 6º-A, I e II, da referida lei, expõe que há dois tipos de proteção: a básica (prevenção a situações de vulnerabilidade e risco social), e a especial (reconstrução de vínculos familiares, defesa de direito, fortalecimento de potencialidades, proteção de famílias e indivíduos). O primeiro serviço é ofertado pelo Cras e o segundo pelo Creas (art. 6º-C).

O argumento de se estar aguardando a realização de convênio com o Estado para a implantação do serviço de atendimento, está ultrapassado, já que, segundo se apresentou o prazo para a instalação seria até 2015, e nada foi feito, conforme Resolução Estadual 32/2013, art. 3º, II (prova anexa à contestação).

Portanto, cabe ao requerido criar o serviço de atendimento de proteção especial, por meio de Creas, para garantir os adágios constitucionais da proteção integral e absoluta.

4 Da reserva do possível e do princípio da razoabilidade

É evidente que o aumento dos serviços de creche, voltado às crianças de até 3 anos, de forma ininterrupta durante o ano (por mais dois ou três meses); a organização do serviço de acolhimento familiar, e a criação do Creas, no município de pequeno porte, serviços antes não existentes, depende de recursos e tempo.

Mais uma vez, com base nos argumentos já ensaiados no item 1 desta fundamentação, a interpretação dos Tribunais Superiores, e dos Tribunais dos Estados, e do juízo é no sentido de se excepcionar o princípio da reserva do possível no caso em comento.

O pedido do Ministério Público deve ser em parte procedente.

Deve-se aplicar o disposto no art. 311, II e IV, do Código de Processo Civil, já que está presente a tutela provisória de evidência, já que a matéria é somente de direito e a petição inicial apresentou-se instruída com prova documental suficiente dos fatos

constitutivos do direito que o requerente apresenta, há teses firmadas em casos repetitivos, e o requerido não opôs prova capaz de gerar dúvida razoável.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, julgo parcialmente procedentes os pedidos constantes da inicial e, em consequência, concedo a tutela de evidência, e a confirmo para condenar o requerido, Município de Pequizeiro, nas obrigações de fazer, para:

1) providenciar o serviço público e gratuito do atendimento em creche durante todo o ano, sem interrupção, de forma contínua, para crianças de até 3 anos, na forma do art. 227, 208 e 7º, XXV, todos da Constituição;

2) instalar o serviço de atendimento de proteção especial, na forma do art. 227 da Constituição; art. 87, III, da Lei 8.069/1990 c/c art. 2º, I, “a” e “b”, art. 6º-A, e art. 6º-C, ambos da Lei 8.742/1993, por meio de Creas; e

3) implantar o serviço de acolhimento familiar ou institucional, para acolher crianças e adolescentes em situação de risco, na forma do art. 227 da Constituição; art. 90, art. 92 e art. 93, todos da Lei 8.069/1990.

Na hipótese de a ordem judicial não ser cumprida pelo Município no prazo de até 06 meses, a contar de sua intimação, independente do trânsito em julgado, será atribuída multa diária de R\$1.000,00 (um mil reais), a ser destinada ao FUNJURIS. No caso de descumprimento, após 30 dias, aumento o valor da multa diária para R\$2.000,00 (dois mil reais), que passa a ser exigível também do gestor, Prefeito Municipal.

Condeno o requerido ao pagamento das custas processuais.

Transitada em julgado, determino a extinção do processo com resolução de mérito, com fulcro no art. 487, I e III, “a”, do CPC, e o arquivamento dos autos.

Publique-se. Intimem-se. Cumpra-se

Colméia, 09 de novembro de 2018.

Ricardo Gagliardi
Juiz de Direito