**EXCELENTÍSSIMO (A) SENHOR (A) JUIZ (A) DE DIREITO DA \_\_\_ VARA DA COMARCA DE XXXXX.**

**AÇÃO CIVIL PÚBLICA C/C PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA**

**Requerente: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ**

**Requerido: MUNICÍPIO DE XXXXX**

O **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ**, por sua Promotora de Justiça que esta subscreve, no uso de suas atribuições legais, com fundamento nos artigos 23, inc. X, 127, *caput,* e art. 129, incisos II e III, da Constituição Federal, art. 25, inc. IV, alínea “a”, da Lei Federal nº 8625/93, art. 1º, inc. IV, da Lei Federal nº 7347/85, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, ajuizar a presente

**AÇÃO CIVIL PÚBLICA C/C PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA**

em face do **MUNICÍPIO DE XXXXX**, pessoa jurídica de direito público interno, inscrito no CNPJ sob o nº XXXXX, com endereço de citação e intimação na Procuradoria-Geral do Município, com sede na XXXXXXX, que deverá ser citado através de seu representante legal, nos exatos termos do Código de Processo Civil, pelos fatos e fundamentos que se seguem:

##### I. DOS FATOS

Inicialmente, cabe pontuar que, segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), o município de XXXXXX possui mais 126.000 (cento e vinte e seis mil) habitantes, sendo atualmente o sexto maior município cearense e, notoriamente, um polo importante para a região.

Nesse contexto, apesar da existência da meta estabelecida pelo CIT – Comissão de Intergestores Tripartite – no âmbito do Pacto de Aprimoramento do SUAS definir, como uma de suas metas, a implantação de, no mínimo, 01 (um) CENTRO-POP em cada cidade com mais de 100.000 (cem mil) habitantes que se localize fora de regiões metropolitanas, verifica-se a ausência de tal estrutura e de um plano para a sua futura construção neste município[[1]](#footnote-1).

Assim, com o fulcro de averiguar a situação de extrema vulnerabilidade vivenciada pelas pessoas em situação de rua em XXXXXXX, foi instaurado o Inquérito Civil Público nº XXXXXX, cujos autos originais seguem em anexo à presente ação.

Como medida de impulsionamento do feito, foi expedida a Recomendação Ministerial nº 02/2017 para o estabelecimento de diretrizes para a implantação do Centro-POP nesta urbe, a qual foi remetida ao Excelentíssimo Prefeito deste município, ao Presidente da Câmara de Vereadores e às principais rádios da região, com a finalidade de promover o conhecimento, a difusão e a publicidade geral da referida recomendação.

Em resposta à referida recomendação, o município de XXXXX aduziu que a abertura do Centro-POP dependeria de abertura de edital por parte da União, para que o município concorra com a implantação, construção e equipagem do mesmo, argumentou também que o atendimento às pessoas em situação de rua já estaria sendo prestado pelo Centro de Referência Especializada e Assistência Social (CREAS).

Assim, à fl. 140, foi expedido ofício à Câmara de Vereadores de XXXXX, solicitando-se a remessa da cópia integral da Lei Orçamentária de XXXX, destacando se houve previsão de verbas para a instalação do Centro-POP.

Às fls. XXXX, a Câmara de Vereadores explanou que não existia o nome “Centro-POP” em específico no orçamento deste ano, mas que existiriam outras dotações que enquadrar-se-iam no mesmo objeto. Em anexo, trouxe a Lei Orçamentária Anual do município de XXXXX, destacando que as dotações com objetos semelhantes estariam dispostos na fl. XXX dos autos do ICP.

Empós, foi designada audiência extrajudicial para o dia 22 de março de 2018, às 09:00 hs (nove horas), objetivando ouvir os representantes do CREAS para prestar esclarecimentos acerca das pessoas em situação de rua neste município.

Ao fim da audiência, foi determinada a expedição de ofício a todas as unidades básicas de saúde (UBSs) deste município, bem como a Secretaria Municipal de Saúde, o CAPS, a Delegacia de Polícia Civil, o Restaurante Popular desta cidade, o IBGE e diversos centros de caridade desta região para que fossem colhidas informações acerca da existência de pessoas em situação de rua em XXXX.

Em resposta às diligências, foram constatados nomes de moradores de rua nesta situação às fls. 288, 394, 395, 397/398 e 401, totalizando um total de 32 (trinta e duas) pessoas especificadas nesta situação. **Contudo, conforme informações colhidas a partir das respostas das demais instituições, o número de pessoas em situação de rua em XXXX tende a ser muito maior, haja vista que muitos órgãos informaram terem atendido pessoas com endereço incerto ou em situação de rua, mas que não tinham como arrolar seus nomes pois não tinham este registro em específico em seus sistemas**.

**Como relatado anteriormente, o Município de XXXXX afirmou que o atendimento às pessoas em situação de rua já estaria sendo prestado pelo CREAS, contudo tal atendimento é deveras deficitário, não apenas pela amplitude de atribuições do Centro de Referência – perpassando pela ínfima quantidade de profissionais que lá atuam, mas por ser obrigação municipal efetivar políticas públicas específicas para a população de rua.**

**Ressalte-se que a necessidade da implementação de programas direcionados à população de rua** é necessária, porque o resgate do convívio familiar não se faz num passe de mágica e com simples atendimentos realizados pelo CREAS deixando, paralelamente, ao léu os moradores de rua; isto é, há necessidade de recuperá-los para que a família também o aceite e investigação dos motivos da exclusão familiar. A inclusão no Benefício de Prestação Continuada acaba sendo uma armadilha para o morador de rua sem estrutura mental e psicológica e, pior ainda, dependente químico, uma vez que usará o dinheiro justamente para o sustento do vício

**É o mesmo que dizer: aqui há desestrutura e descaso, então se transporte o morador de rua (que é um cidadão, um ser humano) para um cidade mais organizada e consciente dos deveres sociais. Ora, trata-se de um verdadeiro “crime” de exclusão social.**

As pessoas em situação de rua merecem tanto quanto a atenção dos poderes públicos, porque:

“exclusão social relaciona-se com situação extrema de ruptura de relações familiares e afetivas, além de ruptura total ou parcial com o mercado de trabalho e de não participação social efetiva. Assim, pessoas em situação de rua podem se caracterizar como vítimas de processos sociais, políticos e econômicos excludentes” (fl. 13). “... “são comumente enumeradas várias espécies de fatores motivadores da existência de pessoas em situação de rua, tais como fatores estruturais (ausência de moradia, inexistência de trabalho e renda, mudanças econômicas e institucionais de forte impacto social etc.), fatores biográficos (alcoolismo, drogadição, rompimentos dos vínculos familiares, doenças mentais, perda de todos os bens, etc. além de desastres de massa e/ou naturais (enchentes, incêndios, terremoto, etc. )” – fl. 13.

...

São diversos os grupos de pessoas que estão nas ruas: imigrantes, desempregados, egressos dos sistemas penitenciário e psiquiátrico, entre outros, que constituem uma enorme gama de pessoa vivendo o cotidiano das ruas. Ressalte-se ainda a presença dos chamados “trecheiros”: pessoas que transitam de uma cidade a outra (na maioria das vezes, caminhando a pé pelas estradas, pedindo carona ou se deslocando com passes de viagem concedidos por entidades assistenciais” – fl. 18.

...

O Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome define: “grupo populacional heterogêneo, caracterizado por sua condição de pobreza extrema, pela interrupção ou fragilidade dos vínculos familiares e pela falta de moradia convencional regular. São pessoas compelidas a habitar logradouros públicos (ruas, praças, cemitérios, etc.), áreas degradadas (galpões e prédios abandonados, ruínas, etc.) e, ocasionalmente, utilizar abrigo e albergues para pernoitar”

O resultado da falta de providências estatais, ao não se prover a tal comunidade desamparada o acesso aos serviços de assistência social adequados, conduz à lesão ao direito individual homogêneo e difuso à habitação e a integração social e, por consequência, causando uma série de prejuízos a bens difusos ambientais, urbanísticos e da saúde pública, impondo-se ao Ministério Público uma medida para possibilitar a inclusão social da comunidade sem-teto em questão.

Portanto, existe a necessidade de provimento jurisdicional que imponha ao Município investimentos em programas de assistência social adequada, mormente a construção de Centro-POP.

Sem dúvida, a adoção das providências assistenciais pelo Governo Municipal de XXXXX não deve ser tratadas com paternalismo e isenção da responsabilidade de familiares e outros agentes; daí que, articulando-se-nos, Estado, Polícia Civil, Polícia Militar, Conselhos Municipais de Saúde, Assistência Social, Idoso, Tutelares e o Ministério Público, buscar-se-á a responsabilidade dos familiares pelo abandono, dos estabelecimentos comerciais que fornecem bebidas alcoólicas, identificação de locais de prostituição e uso de drogas; ainda, por óbvio, a providência assistencial restringir-se-á ao resgate do cidadão morador de rua e não no perpétuo sustento e assistencialismo.

Desse modo, tendo em vista a situação de risco vivida por essa população marginalizada de XXXXXX, bem como a inércia da Prefeitura Municipal em arrolar medidas efetivas para a mudança desse quadro, não restou outra alternativa a este *Parquet* senão a propositura da presente ação civil pública.

##### II. DA LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Embora não mais passível de questionamentos, a legitimidade do Ministério Público à presente ação decorre, sobretudo, da Constituição Federal, que em seu artigo 129, inciso III, dispõe:

Artigo 129 - “São **funções institucionais do Ministério Público**:

(...) II – **zelar pelo efetivo respeito do Poderes Público** e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;

III – **promover o inquérito civil e a ação civil pública**, para proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”.

Da mesma forma, regulamentando a ação civil pública, a Lei Federal nº 7.347/85, em seu artigo 1º, prega que:

“São regidos por esta lei, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:

(...)

**V – a qualquer outro interesse difuso ou coletivo**.”

A lei da ação civil pública, ainda, arrola, em seu artigo 5º, como legitimado para sua propositura o Ministério Público.

Neste diapasão, a doutrinadora Maria Sylvia Zanella Di Pietro leciona:

“(...) nas três hipóteses (ação popular, mandado de segurança e ação civil pública) o que se protege são os interesses metaindividuais, os chamados interesses públicos, que abrangem várias modalidades: o interesse geral, afeto a toda a sociedade; o interesse difuso, pertinente a um grupo de pessoas caracterizadas pela indeterminação e indivisibilidade; e os interesses coletivos, que dizem respeito a um grupo de pessoas determinadas ou determináveis”. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, pág. 652, Atlas, 2001, 13ª edição)

Outrossim, a legitimidade para figurar no polo ativo da presente ação é patente diante do exercício da função institucional em **defesa dos direitos sociais**, da **ordem urbanística** e do **devido cumprimento das leis pelos representantes que integram os Poderes Públicos**, funções essas expressamente prevista na Constituição Federal.

Neste tópico, é importante anotar que, para a sobrevivência de diversos grupos sociais, cabe ao Município prestar serviços e realizar obras que **atendam a coletividade no seu todo e não usuários determinados**, não sendo admissível que a não prestação ou prestação precária de um serviço ou de uma obra, que possa atingir um grupo indeterminado de pessoas (interesses difusos), unidas pela circunstância fática de encontrarem-se residindo ou em permanência transitória neste município de XXX, figurando como vítimas ou potenciais vítimas.

**Ainda, é fato notório** que o **direito à assistência social de titularidade das pessoas em situação de rua é direito transindividual** de natureza difusa caracterizada por titulares indetermináveis em razão da impossibilidade de estabelecer *ex ante* as pessoas usuárias dos serviços assistenciais, e também de **objeto indivisível**, uma vez ser impossível determinar a porção de direito de cada um das pessoas atingíveis, e unidas por situação de fato consubstanciada pela condição de utilizar os logradouros públicos como moradia habitual.

Por fim, nos termos do art. 31 da Lei Orgânica da Assistência Social, incumbe ao Ministério Público zelar pelo efetivo respeito aos direitos e garantias legais assegurados às pessoas em situação de vulnerabilidade social, notadamente, as pessoas em situação de rua.

**Di**ante da realidade exposta, é inquestionável a legitimidade do Ministério Público para a promoção da ação civil pública que tem por objeto a **tutela dos direitos expostos na presente demanda.**

##### III. DA LEGITIMIDADE PASSIVA DO PROMOVIDO

A responsabilidade do requerido e sua posição figurando no polo passivo da presente ação são também inquestionáveis, pois, nos dizeres de Edis Milaré:

A legitimação passiva estende-se a todos os responsáveis pelas situações ou fatos ensejadores da ação, sejam pessoas físicas ou jurídicas, inclusive a Administração Pública, porque tanto esta como aquelas podem infringir normas de Direito material protetoras dos interesses vitais da comunidade, expondo-se ao controle judicial de suas condutas[[2]](#footnote-2).

Ora, inegável ser a segurança pública responsabilidade do Município de XXXXX, decorrente tal responsabilidade, da Constituição Federal e demais documentos infraconstitucionais, que lhe atribui o dever de assegurar, no seu território e nos limites de sua competência, os direitos e garantias fundamentais que a Constituição da República confere a todos.

Outrossim, organização da assistência social tem como uma de suas diretrizes a descentralização político-administrativa para os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, e comando único das ações em cada esfera de governo, o que é previsto no artigo 5º, inciso I, da Lei 8.742/93. Desta forma, são previstos como objetivos do SUAS a consolidação de uma gestão compartilhada, o cofinanciamento e a cooperação técnica e articulada entre os entes federativos (art. 6º, inciso I, da Lei 8.742/93).

Nesse âmbito, estabelece o art. 6º do **Decreto 7053/09:**

**Art. 6º São diretrizes da Política Nacional para a População em Situação de Rua:**

**(...)**

**III - articulação das políticas públicas federais, estaduais, municipais e do Distrito Federal;**

Cabe, no entanto, identificar as parcelas de responsabilidade e competência de cada ente federativo na consecução dessa política articulada e na execução dos serviços de proteção social básica e especial. A Lei Orgânica da Assistência Social (Lei 8.742/93) dispõe sobre critérios de divisão de competências em seu artigo 12 e seguintes, onde se destaca quanto à responsabilidade do ente municipal:

Art. 15. Compete aos Municípios:

(...)

**III - prestar os serviços assistenciais de que trata o art. 23 desta lei.**

**Art. 23. Entendem-se por serviços socioassistenciais as atividades continuadas que visem à melhoria de vida da população e cujas ações, voltadas para as necessidades básicas, observem os objetivos, princípios e diretrizes estabelecidos nesta Lei.**

§ 1º O regulamento instituirá os serviços socioassistenciais.

§ 2º Na organização dos serviços da assistência social serão criados programas de amparo, entre outros:

I - às crianças e adolescentes em situação de risco pessoal e social, em cumprimento ao disposto no art. 227 da Constituição Federal e na Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente);

**II - às pessoas que vivem em situação de rua.**

**Do mesmo modo dispõe o art. 17, V, da Resolução CNAS n. 33/2012 (disposto de modo idêntico pelo art. 15, V do LOAS): *Art. 17. São responsabilidades dos Municípios: V - prestar os serviços socioassistenciais de que trata o art. 23, da LOAS*.**

**Claramente a lei definiu que na estruturação e funcionamento dos serviços de proteção básica e especial do Sistema Único de Assistência Social, o Município tem responsabilidade preponderante, cabendo aos Estados e União, salvo nos casos de emergência, uma atuação meramente fiscalizatória e subsidiária, sem prejuízo se seu dever de cofinanciamento, através de transferências automáticas, operadas fundo-a-fundo, conforme se depreende, por exemplo, dos artigos 12 e 13 da própria Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS):**

Art. 12. Compete à União:

I - responder pela concessão e manutenção dos benefícios de prestação continuada definidos no art. 203 da Constituição Federal;

II - **cofinanciar, por meio de transferência automática, o aprimoramento da gestão, os serviços, os programas e os projetos de assistência social em âmbito nacional;**

III - atender, em conjunto com os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, às ações assistenciais de caráter de emergência.

IV - **realizar o monitoramento e a avaliação da política de assistência social e assessorar Estados, Distrito Federal e Municípios para seu desenvolvimento.**

Art. 13. Compete aos Estados:

I - destinar recursos financeiros aos Municípios, a título de participação no custeio do pagamento dos benefícios eventuais de que trata o art. 22, mediante critérios estabelecidos pelos Conselhos Estaduais de Assistência Social;

II - **cofinanciar, por meio de transferência automática, o aprimoramento da gestão, os serviços, os programas e os projetos de assistência social em âmbito regional ou local;**

III - atender, em conjunto com os Municípios, às ações assistenciais de caráter de emergência;

IV - estimular e apoiar técnica e financeiramente as associações e consórcios municipais na prestação de serviços de assistência social;

V - **prestar os serviços assistenciais cujos custos ou ausência de demanda municipal justifiquem uma rede regional de serviços, desconcentrada, no âmbito do respectivo Estado.**

VI - realizar o monitoramento e a avaliação da política de assistência social e assessorar os Municípios para seu desenvolvimento.

**Observe-se que a leitura a *contrario sensu* do artigo 13, inciso V, informa que apenas seria de responsabilidade do Estado a prestação direta de serviços assistenciais nas hipóteses em que seus custos ou ausência de demanda municipal justifiquem uma rede regional.**

**A responsabilidade dos Municípios acerca da oferta de serviços de proteção social especial também está claramente prevista na NOB/SUAS de acordo com seu respectivo porte.**

**No caso do Município de XXXX, sendo este de Grande Porte, segundo o disposto no art. 4º, IV da Portaria nº 843/2010, do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (*Art. 4º. Para efeitos dessa Portaria, considera-se: IV – Município de grande porte: aquele com população superior a 100.000 e inferior a 900.000 habitantes*), deve oferecer, em regra, proteção social especial de pequena, média e alta complexidade através de serviços de referência regional. Contudo, caso exista demanda para instalação desses serviços em seu âmbito, o Município deve ofertá-los no próprio território. Como se depreende do texto abaixo:**

**Municípios de Grande Porte – “Esses municípios, que devem ter rede complexa, em que todos os serviços considerados necessários ao atendimento da população, independente de seu nível de complexidade, devem ser postos à disposição no próprio âmbito municipal. O cofinanciamento se dará mediante aporte de recursos próprios dessa esfera, com a participação da União na proteção social básica e especial, e dos Estados na proteção social especial. A União participará do financiamento da proteção social especial nos casos em que seja identificada prioridade a partir dos critérios de partilha para os serviços desse nível de complexidade, operando-se o repasse via pisos fixos e, ou, variáveis”.**

**Portanto, os municípios de Grande Porte:**

* **Têm protagonismo no financiamento da proteção social básica e especial de média e alta complexidade (*Obs.:* *seus conceitos serão vistos mais adiante nesta ação*);**
* **Cofinanciam serviços de referência regional e consórcios públicos para os serviços de proteção social de alta complexidade.**

**Merece, ainda, destacar que apesar de tal resolução permitir a celebração de consórcios entre entes municipais para a prestação de serviços de assistência social, de forma a suprir as deficiências das instâncias locais, a utilização deste instrumento fica restrita às hipóteses em que: i) a demanda do município não justifique a disponibilização, em seu âmbito, de serviços continuados nos referidos níveis de proteção social; e ii) nos casos em que o município, devido ao seu porte ou nível de gestão, não tenha condições de gestão individual de um serviço ou território[[3]](#footnote-3).**

**Ora, nenhuma das hipóteses mencionadas aplica-se ao caso em tela.**

**Em primeiro lugar, por ter restado plenamente demonstrado no Inquérito Civil que lastreia a presente ação a existência de demanda relevante de pessoas necessitadas dos serviços de proteção social especial. Somado a isso, é notória a existência no Município de pessoas dependentes de substâncias psicoativas e em situação de rua, a exigir pronta atuação da Administração local na cessação destas situações e reestruturação dos vínculos familiares fragilizados ou rompidos.**

**Dessa forma, é evidente que o Município de XXXXXX não se enquadra no grupo de municípios desobrigados a ter em seu território os serviços de proteção social especial alta complexidade, já que absolutamente comprovada a demanda por tais serviços em seu território.**

**Também não se pode, no caso, atribuir a responsabilidade exclusivamente ao Estado pela prestação dos serviços sob a alegação dos custos excessivos dos serviços.**

**Ora, o Município vem recebendo recursos do FNAS e do FEAS para desenvolvimento de ações de assistência social na área de proteção especial, totalizando R$ 314.051,78 (trezentos e catorze mil, cinquenta e um reais e setenta e oito centavos), conforme pesquisa realizada no Portal da Transparência Municipal às fls. 405/406. Outrossim, destaque-se que, conforme o mesmo documento, o município possui R$ 1.263.850,00 (um milhão, duzentos e sessenta e três mil, oitocentos e cinquenta) reais dedicados especificamente à proteção social básica, o que demonstra que o dinheiro gasto nas ações de maior complexidade não impactará o orçamento anual.**

**Ademais, ainda que a situação local fosse tal que permitisse a estruturação da rede de proteção especial dentre as hipóteses passíveis de serem prestadas mediante uma rede regional de serviços, a regulamentação do SUAS é clara ao definir que cabe ao próprio Município a responsabilidade de se articular para prestar o serviço, não podendo se desincumbir de sua responsabilidade sob a alegação de dificuldades na obtenção da cooperação de outros entes. Destaca-se, aqui, trecho da NOB/SUAS, aprovada pela Resolução 130/05 do Conselho Nacional:**

**“Portanto, o Consórcio Público surge como uma opção para a otimização de recursos humanos e financeiros, com o objetivo de atender às demandas regionais e não como uma forma de desresponsabilização do município.”**

**Nesse ponto, destaque-se que o Município além de não ter uma rede própria de serviços, apesar da notória demanda em seu território, também não supre a necessidade de atendimento da população de forma regional, não existindo sequer indícios de tentativas de articulação de financiamento para a melhoria de vida de suas pessoas em situação de rua em específico.**

##### IV. DO DIREITO

Preliminarmente argumente-se que “***o princípio do contraditório não prevalece no curso das investigações preparatórias encetadas pelo Ministério Público*** (RE nº 136.239 -AgReg. Em Inquérito 897, DJU de 24.03.95)" (ROMS nº 8716/GO, DJU 25.5.98 - Rel. Min. Milton Luiz Pereira - STJ, 1ª Turma). No mesmo sentido ROMS nº 7423/SP. E ainda: “***A criação do inquérito civil inspirou-se reconhecidamente no inquérito policial. Contudo, enquanto o inquérito policial se destina a investigar infrações penais na sua materialidade e autoria, para servir de base à propositura da ação penal (arts. 4º e 12), já o inquérito civil se destina a investigar fatos que tenham relevo para a atuação do MP no processo civil, servindo de base à propositura da chamada ação civil pública***”. (*in* *O Inquérito Civil e o Enriquecimento Ilícito de Administradores Públicos* – Hugo Nigro Mazzilli – RT 676, págs. 60/62).

Sendo assim, não há como se negar que nos inquéritos, que são sempre regidos pelo princípio inquisitivo, inaplicável seria qualquer daqueles princípios constitucionalmente garantidos, na sua realização. **De qualquer sorte, constam nos autos que foram cedidas amplos prazos e oportunidades garantindo a ampla defesa do requerido, as quais não oportunamente aproveitadas.**

Nesse contexto, temos que, no âmbito do Inquérito Civil Público nº 02/2017, foi averiguada a situação de extrema vulnerabilidade social das pessoas em situaçãode rua – as quais são juridicamente caracterizadas conforme o parágrafo único do art. 1º do Decreto n. 7.053/2009, que instituiu a Política Nacional para as Pessoas em Situação de Rua – como:

*indivíduo pertencente a grupo populacional heterogêneo que possui em comum a pobreza extrema, vínculos familiares interrompidos ou fragilizados e inexistência de moradia convencional regular, utilizando os logradouros públicos e as áreas degradadas como espaço de moradia e de sustento, de forma temporária ou permanente, bem como as unidades de acolhimento para pernoite temporário ou como moradia provisória.*

Desse modo, já em primeiro momento, vê-se que, apesar de o princípio constitucional da Dignidade da Pessoa Humana (art. 1º, III,CRFB) situar **a *pessoa* como** **centro das preocupações estatais**, bem como o fato de uma das metas da República Federativa do Brasil a erradicação da pobreza e da marginalização imposta à República brasileira pela CRFB (art. 3º, III), ainda há, no âmbito deste município, um descaso para com as pessoas em situação de rua – as quais, notória e infelizmente, passam a ser vítima de discriminações, tem restrições a diversos direitos fundamentais descritos no art. 6º da CRFB (educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, segurança, lazer).

É, aliás, devido à suma magnitude desses direitos que dispôs a Constituição Federal **não caber ao administrador público a preterição da efetivação do mínimo existencial**, em especial, no que tange aos direitos das pessoas em situação de rua, a efetivação da assistência social, a ser prestada por meio de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade (art. 1º da LOAS), a quem dela necessitar, independentemente de contribuição (art. 203, *caput*, da CRFB).

Por outro lado, evidente que a causa chama ao debate o confronto da discricionariedade administrativa, o caráter pragmático de direitos social, os limites orçamentários e a teoria da reserva do possível.

Neste sentido, calha trazer à baila, dispensando outras digressões, o brilhante trabalho desenvolvido pelo Promotor de Justiça Leonardo Augusto Gonçalves, cujos trechos mais pertinentes são transcritos[[4]](#footnote-4):

**“3. Limites à implementação das políticas públicas: insuficiência de recursos financeiros e a teoria da reserva do possível**

Os direitos sociais, conforme sustentamos no tópico anterior, demandam recursos que possam cobrir os custos das prestações deles decorrentes.

Ao mesmo passo em que os direitos sociais impõem ao Estado o dever de garantir prestações aos indivíduos, estes estão obrigados ao pagamento autoritário e coativo de tributos destinados a satisfazer as demandas prestacionais.

Dentro do contexto do Estado neoliberal que claramente se busca implantar mundo afora, bem como diante das sucessivas crises financeiras que, em virtude do fenômeno da globalização, afetam quase todos os países, vem à tona o discurso de que é cada vez maior a escassez de recursos públicos necessários para o custeio das políticas voltadas para a implementação dos direitos sociais. (BREUS, 2007, p. 232)

Hoje como ontem, os direitos sociais colocam um problema incontrolável: custam dinheiro, custam muito dinheiro. Por isso, logo no começo da década de 1970, Peter Häberle formulou a teoria da “reserva das caixas financeiras” para exprimir a idéia de que:

*[...] os direitos econômicos, sociais e culturais estão sob a reserva das capacidades financeiras do Estado, se e na medida em que eles consistirem em direitos a prestações financiadas pelos cofres públicos. Na mesma altura, um outro jusplubicista alemão, W. Martens, reforçava esta idéia através de expressões plásticas que hoje são saturadamente repetidas nos manuais: os direitos subjetivos públicos suscetíveis de realização só podem ser garantidos no âmbito do possível e do adequado, e já por este motivo eles são desprovidos de estado jurídico-constitucional. Desde então, a “reserva do possível” (“Vorbehalt des Möglichen”) logrou centralidade dogmática a ponto de obscurecer quaisquer renovações no capítulo dos direitos sociais.* (CANOTILHO, 2004, p. 107)

A concepção pertinente à reserva do possível surgiu no momento histórico em que se construía a “teoria dos custos dos direitos”, baseada em estudos promovidos em universidades norte-americanas que defendiam a necessidade de se levar em conta o valor econômico que a realização de determinado direito poderia acarretar. (BREUS, 2007, p. 232)

Como fica claro, a teoria da reserva do possível parte do pressuposto de que “as prestações estatais estão sujeitas a limites materiais ingênitos, oriundos da escassez de recursos financeiros pelo Poder Público. Logo, a ampliação da rede de proteção social dependeria da existência de disponibilidade orçamentária para tanto”. (NUNES JÚNIOR, 2009, p. 172)

Entretanto, é preciso lembrar que, apesar das sempre presentes limitações orçamentárias relativas às possibilidades de implementação das políticas públicas pertinentes aos direitos fundamentais sociais, temos como certo que a mera invocação da teoria da reserva do possível não pode ser aceita na busca de uma justificativa para os tão baixos níveis na amplitude de atendimento e na eficiência (qualidade) dos serviços públicos.

De fato, a norma jurídica não tem o condão do “toque de Midas”. A mera previsão constitucional de um determinado direito não cria, por si só, as condições socioeconômicas para implementá-lo. A aplicabilidade e a interpretação da norma constitucional devem ser regidas pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, de modo a que sejam evitadas conclusões inviáveis. Neste sentido, temos que a Constituição não pode preconizar promessas irrealizáveis do ponto de vista fático e, por isso, a escassez de recursos econômicos não deve ser ignorada pelo operador do Direito, sendo que este não pode ter uma atuação dissociada da realidade socioeconômica. É preciso destacar, por outro lado, que a reserva do possível, por si só, não pode ser utilizada como argumento para se afastar pura e simplesmente qualquer eficácia das normas constitucionais que consubstanciam os direitos sociais, valendo observar que tais normas possuem eficácia para gerar a responsabilidade do Estado pela implementação de políticas públicas que concretizem os direitos fundamentais de segunda dimensão. Ademais, os direitos sociais geram direitos subjetivos públicos positivos, plenamente exigíveis, não podendo as contingências orçamentárias afastar sua eficácia ou inviabilizar a sua exigibilidade jurisdicional. (PORT, 2005, p. 105-106)

Importante destacar que a teoria da reserva do possível mostra-se em constante tensão com o conceito de mínimo existencial, sendo que referida tensão deve ser harmonizada pelo critério da proporcionalidade, dentro de uma prática argumentativa racional e democrática. (JORGE NETO, 2008, p. 155)

Assim, inegável que a teoria da reserva do possível reveste-se de um caráter contingente, somente sendo aplicável diante de certas condições: “primeira, a de que o mínimo vital esteja satisfeito (acesso à saúde, educação básica, etc.); segunda, a de que o Estado comprove gestões significativas para a realização do direito social reclamado; terceira, a avaliação de razoabilidade da demanda”. (NUNES JÚNIOR, 2009, p. 175)

**4. Escolha adequada: a questão da discricionariedade administrativa no âmbito das políticas públicas**

As políticas públicas devem ser encaradas como um processo destinado à escolha racional e coletiva de prioridades, no qual “explicitam-se e contrapõem-se os direitos, deveres, ônus e faculdades dos vários interessados na atuação administrativa, além da própria Administração”. (BUCCI, 2006, p. 264)

Assim, percebe-se que a temática das políticas públicas está diretamente relacionada com o processo de formação do interesse público e, portanto, à questão da discricionariedade do administrador. Na realidade, as políticas públicas podem ser entendidas como forma de controle prévio da discricionariedade na medida em que exigem a apresentação dos pressupostos materiais que informam a decisão, em conseqüência da qual se desencadeia a ação administrativa. O processo de elaboração da política pública mostra-se apto a documentar os pressupostos da atividade administrativa, tornando viável o controle posterior dos motivos. (BUCCI, 2006, p. 265)

A discricionariedade administrativa pode ser definida como “a faculdade que a lei confere à Administração para apreciar o caso concreto, segundo critérios de oportunidade e conveniência, e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas perante o Direito”. (DI PIETRO, 2007, p. 67).

A discricionariedade, portanto, é a faculdade que adquire a Administração Pública para assegurar, de forma eficaz, os meios realizadores de determinado fim.[[5]](#footnote-5) A toda evidência, não seria razoável exigir do administrador a previsão de todas as situações possíveis, nem mesmo se poderia estabelecer formas de proceder imutáveis e perenes, uma vez que estas logo se mostrariam inadequadas para atender às freqüentes mutações da vida social. Por este motivo, a discricionariedade caracteriza-se como a ferramenta jurídica entregue ao administrador para que a gestão dos interesses sociais se realize de acordo com as necessidades de cada momento. (DI PIETRO, 2007, p. 69)[[6]](#footnote-6)

Observamos, porém, que a existência de uma possibilidade de opção discricionária não torna imune a atividade administrativa ao controle jurisdicional, uma vez que “sua atribuição ao administrador público não significa um ‘cheque em branco’ ou a possibilidade de opções desarrazoadas, personalíssimas, preconceituosas e, sobretudo, ofensivas aos vetores axiológicos do ordenamento jurídico”. (COELHO, 2002, p. 49)

Entretanto, considerando que a discricionariedade, no Estado Democrático de Direito, só existe dentro da lei, com o escopo de satisfazer os fins por ela contemplados, temos que, diante de norma constitucional como aquelas pertinentes aos direitos sociais e que se incumbem de atribuir a todos os indivíduos, por exemplo, o direito público subjetivo à educação básica e à saúde, deixando evidente o dever do Estado de adotar medidas concretas a fim de satisfazer tais desideratos normativos, não há, com efeito, “margem de liberdade para o administrador escolher se vai atender, ou não, os demandatários de tais espécies de atenção pública”. (NUNES JÚNIOR, 2009, p. 202)

Tal conclusão se apresenta diante dos seguintes argumentos:

*Cuida-se, em primeiro lugar, de norma constitucional, o que, por si, faz com que os direitos indigitados precedam, no rol de possibilidades do Administrador, quaisquer outros encampados por lei, o que deflui do próprio sentido de hierarquia das espécies normativas, própria de um ordenamento piramidal.*

*Em segundo lugar, são direitos fundamentais, o que lhes dá precedência – pelo comando de máxima efetividade –, mesmo em relação a outros direitos constitucionais, que não desfrutem do mesmo* ***status*** *constitucional.*

*São direitos inquestionavelmente insertos no âmbito do chamado mínimo existencial, o que, ainda uma vez, predica-lhes de precedência no rol de prioridades administrativas do Estado.*

*Estão hospedados em normas cuja compostura jurídica só deposita discricionariedade nos motivos, o que conduz à conclusão de que ao Administrador só remanesce margem discricionária na conformação dos meios materiais para que o objetivo – atendimento integral da demanda – seja adequadamente alcançado.* (NUNES JÚNIOR, 2009, p. 2003)

Assim, a discricionariedade administrativa, nas situações em que o ordenamento jurídico hospede direitos públicos subjetivos, só existe na conformação dos meios que deverão ser adotados para a consecução dos fins estabelecidos pela norma jurídica. Aqui, necessário observar que boa parte dos direitos prestacionais foi regrada por meio de normas programáticas, em que o constituinte, ou o reformador da Constituição, se restringiu à fixação de programas, diretrizes ou fins a serem atingidos. (NUNES JÚNIOR, 2009, p. 204-205)

Ainda, o mesmo autor, noutro artigo[[7]](#footnote-7):

**“4. Tutela jurisdicional dos direitos sociais**

Tomando como ponto de partida o fato de que a efetiva implementação dos direitos sociais demanda a elaboração e o cumprimento de políticas públicas e, além disso, a circunstância de que a previsão orçamentária de recursos para tanto se revela absolutamente imprescindível, mostra-se necessária a discussão em torno da possibilidade do Chefe do Poder Executivo ser compelido, por força de decisão judicial, a dar cumprimento às “políticas públicas constitucionais vinculativas”.

*A atuação administrativa está sujeita a dois limites essenciais, quais sejam, o interesse público e a legalidade. Necessário o Judiciário observar a lei não apenas formalmente, mas também a observar substancialmente, nos seus direcionamentos. Daí as afirmações de que a razoabilidade / proporcionalidade podem ser vistas como desdobramentos da legalidade, chamada legalidade substancial. Em outros termos, através do princípio da proporcionalidade / razoabilidade, modernamente concebe-se a cláusula do devido processo legal, no seu sentido substancial, como um mecanismo de controle axiológico da atuação do Estado e seus agentes. Por isso constitui instrumento típico do Estado Democrático de Direito, de modo a impedir toda restrição ilegítima aos direitos de qualquer homem sem um processo previamente estabelecido e com possibilidade de ampla participação. Os atos administrativos só estarão cumprindo a lei se realmente se mantiverem dentro dos padrões da razoabilidade e proporcionalidade. Se não se mantiverem, esses atos serão ilegais, não estarão realizando os objetivos da lei. Mesmo que formalmente aparentem legalidade, serão ilegais se não tiverem se mantendo dentro dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Há também na doutrina alemã a expressão “proibição do excesso” que para muitos é sinônima desses princípios. Desta forma, em determinadas situações é possível um controle da discricionariedade administrativa, como no caso de implementação de políticas públicas, desde que se tratem de políticas públicas específicas, socialmente necessárias e constitucionalmente exigidas.* (AUTRAN, 2009, *on line*)

Na lição de Cláudia Maria da Costa Gonçalves:

*Analisar a possibilidade de se reivindicar direitos fundamentais sociais, diretamente a partir da dicção ou da normatividade constitucional, é matéria que desafia uma série de obstáculos. Dentre eles, ressaltam-se: o Judiciário não é o gestor do orçamento geral das entidades federadas e, por conseguinte, em um só processo não se pode discutir e ter a visão global dos quadros de receitas e despesas públicas; por outro lado, o Judiciário, considerando-se o regime constitucional democrático – pluralista, não pode, em igual medida, ser o idealizador solitário das políticas sociais. A isso cabe agregar, em suma, que a função judicante não tem competência para, de maneira ampla, definir o conjunto das políticas públicas. [...] Mas que fique registrado. Se o Judiciário não pode formular e executar políticas sociais, pode, contudo, controlá-las sob o prisma constitucional, especialmente no que tange ao núcleo dos direitos fundamentais. É dizer-se: alguns direitos fundamentais sociais podem ser reivindicados em juízo, sem que isso afronte qualquer estrutura de competência constitucional ou cerceie os pilares da democracia pluralista.* (GONÇALVES, 2006, p. 216 *seq.*)

Dentro deste quadro, questiona-se, portanto, até que ponto, depois de esgotadas outras instâncias (de natureza política e administrativa), pode-se buscar a tutela jurisdicional visando a implementação dos direitos sociais, sem que a intervenção do Poder Judiciário neste campo venha a se caracterizar como afronta à divisão e independência dos poderes que constituem o Estado Democrático de Direito.

*Preparado somente para lidar com questões rotineiras e triviais, nos planos cível, comercial, penal, trabalhista, tributário e administrativo, por tratar o sistema jurídico com um rigor lógico-formal tão-intenso que inibe os magistrados de adotar soluções fundadas em critérios de racionalidade substantiva, o Judiciário se revela tradicionalmente hesitante diante das situações não-rotineiras; hesitação essa que tende a aumentar à medida que, obrigados a interpretar e aplicar os direitos humanos e sociais estabelecidos pela Constituição, os juízes enfrentam o desafio de definir o sentido e o conteúdo das normas programáticas que expressam tais direitos ou considerar como não-vinculante um dos núcleos centrais do próprio texto constitucional. É aí, justamente, que se percebe como os direitos humanos e sociais, apesar de cantados em prosa e verso pelos defensores dos paradigmas jurídicos de natureza normativa e formalista, nem sempre são tornados efetivos por uma Justiça burocraticamente inepta, administrativamente superada e processualmente superada; uma Justiça ineficiente diante dos novos tipos de conflito – principalmente os “conflitos-limite” para a manutenção da integridade social; ou seja, os conflitos de caráter inter-grupal, inter-comunitário e inter-classista; uma Justiça que, revelando-se incapaz de assegurar a efetividade dos direitos humanos e sociais, na prática acaba sendo conivente com sua sistemática violação. É aí, igualmente, que se constata o enorme fosso entre os problemas socioeconômicos e as leis em vigor.*

*Trata-se do fosso revelado pela crônica incapacidade dos tribunais de aplicar normas de caráter social ou de alargar seu enunciado por via de uma interpretação* ***praeter legem****, com finalidade de fazer valer os direitos mais elementares dos cidadãos situados abaixo da linha de pobreza.* (FARIA, 1994, p. 50)

Caminhando pelo tema ora proposto, mostra-se importante ressaltar o conceito de *reserva do possível*, oriundo do direito alemão, fruto de uma decisão da Corte Constitucional daquele país, em que ficou assente que a construção de direitos subjetivos à prestação material de serviços públicos pelo Estado está sujeita à condição da disponibilidade dos respectivos recursos. Neste sentido, a disponibilidade desses recursos estaria localizada no campo discricionário das decisões políticas, através da composição dos orçamentos públicos. (SCAFF, 2005, p. 219)

*Nos países periféricos onde a situação socioeconômica acarreta amplas desigualdades sociais, com déficits de condição econômica para grande parte da população, há de haver uma estreita vinculação entre a teoria do mínimo existencial (****status positivus libertatis****) e os direitos fundamentais sociais.*

*A aplicação dos direitos fundamentais sociais decorre da necessidade de dotar esta parcela da população excluída dos patamares mínimos de condições para o exercício de suas capacidades (Amartya Sen), ou, por outras palavras, de condições para realizar a liberdade real a fim de poder gozar da liberdade jurídica (Robert Alexy). Sem tais condições reais (fáticas) para o exercício da liberdade jurídica, esta se tornará letra morta.*

*A teoria da “reserva do possível” é condicionada pelas disponibilidades orçamentárias, porém os legisladores não possuem ampla liberdade de conformação, pois estão vinculados ao princípio da supremacia constitucional, devendo implementar os objetivos estabelecidos na Constituição de 1988, que se encontram no art. 3º, dentre outras normas-objetivo. Esta teoria somente pode ser argüida quando for comprovado que os recursos públicos estão sendo utilizados de forma proporcional aos problemas enfrentados pela parcela da população que não puder exercer sua liberdade jurídica, e de modo progressivo no tempo, em face de não conseguir a liberdade real necessária para tanto (Robert Alexy), ou não puder exercer suas capacidades para exercer tais liberdades (Amartya Sen).*

*Tal procedimento não implica judicialização da política ou ativismo judicial, pois se trata apenas de aplicação da Constituição brasileira.* (SCAFF, 2005, p. 226)

Assim, sempre que junto ao Poder Judiciário for deduzida pretensão relacionada à efetiva implementação de políticas públicas “específicas, socialmente necessárias e constitucionalmente exigidas”, nos dizeres de Marcos Felipe Holmes Autran, o Poder Judiciário deverá marcar o seu papel de efetivo garantidor dos direitos sociais, não deixando ao desamparo o cidadão.

*Alguns paradigmas que antes serviam de escudo à isenção do Poder Judiciário, sobretudo em fases caracteristicamente marcadas pelo liberalismo e pela ideologia burguesa, hoje, tornam-se empecilhos à realização da justiça. Eram seus paradigmas: a distância política do magistrado; a tripartição estática de poderes; o julgamento cego conforme a lei; o formalismo procedimental; a eqüidistância dos juízes das partes; o impedimento de produção de provas pelo juiz, característico do chamado processo inquisitivo, entre outros. Tem-se, portanto, que considerar a necessidade de re-adequação do Poder Judiciário, para o cumprimento de suas metas, às necessidades imediata e gritantemente presentes no sentido da politização de suas funções, algo que, na prática, por vezes, já ocorre, mas que, em teoria, ainda parece ser uma idéia inaceitável.* (BITTAR, 2005, p. 311)

Analisando a possibilidade da tutela jurisdicional dos direitos sociais à luz do conceito de direitos prestacionais e da doutrina da reserva do possível, Flávio Dino de Castro e Costa desenvolve o seguinte raciocínio, bastante esclarecedor:

*A reserva do possível (uma leitura em países periféricos):*

*Suponhamos que um juiz aquiesça aos convites para adotar uma postura de “ativismo judicial", construa uma identidade mais livre dos padrões normativistas e se convença, em determinado caso, de que a discricionariedade pode ser afastada de modo consistente. [...] Caso se trate de impor uma abstenção à autoridade administrativa normalmente não se apresentam outras dificuldades. Contudo, quando se cuida de determinar o cumprimento de um direito prestacional ergue-se a limitação à “reserva do possível”.*

*Segundo tal doutrina, há um limite fático ao exercício dos direitos sociais prestacionais, concernente à disponibilidade material e jurídica de recursos financeiros necessários ao adimplemento da obrigação. Demais disso, a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo dispondo o Estado dos recursos e tendo o poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável.*

*Não discordo dessas teses se, por exemplo, cogitarmos de uma decisão judicial, proferida em uma ação civil pública, que – em nome do direito à moradia previsto no art. 6º da Constituição – determina ao Governo Federal a construção de dois milhões de casas no espaço de um ano. A mobilização de recursos financeiros para tanto implicaria um impacto orçamentário não previsto nem previsível, de grande monta, resultando provavelmente no cancelamento de outras políticas referentes à concretização de outros direitos igualmente fundamentais.*

*Todavia, na trilha do que defende Andreas J. Krell, entendo que “a discussão européia sobre os limites do Estado social, a redução de suas prestações e a contenção dos respectivos direitos subjetivos não pode absolutamente ser transferida para o Brasil, onde o Estado providência nunca foi implantado”. Assim, a reserva do possível é um limite realmente existente, mas que não deve ser visto no Brasil do mesmo modo que nos países centrais, os quais possuem distribuição de renda menos assimétrica, políticas públicas mais universalizadas e controles sociais (não-jurisdicionais) mais efetivos.*

*Em conseqüência, a margem de manobra do Judiciário, no exercício do controle em exame, é bem mais larga no nosso país (sem que evidentemente seja absoluta). Dois parâmetros devem ser observados na atividade judicial nesse âmbito, quais sejam, a garantia de um “padrão mínimo social” aos cidadãos e o razoável impacto da decisão sobre os orçamentos públicos. Em nome do citado “padrão mínimo social”, os juízes não devem hesitar em inclusive determinar a realização de obras públicas, quando isso se revelar imprescindível e factível. Quanto ao impacto no orçamento público, a razoabilidade deve ser demonstrada à luz do caso concretamente analisado, podendo ser adotadas saídas criativas, como a fixação de prazos flexíveis e compatíveis com o processo de elaboração orçamentária. O que é fundamental é não ignorar este aspecto, sob pena de a decisão ser frágil e condenada à cassação ou à inexecução. Por outro lado, os aspectos orçamentários relativos aos direitos prestacionais não devem ser mitificados, transformados em uma “esfera sagrada”, pois não é assim quando o Judiciário declara a inconstitucionalidade de tributos e frustra parcelas expressivas das receitas públicas, em favor – do ponto de vista imediato – de setores socialmente mais fortes. Com efeito, em tais casos nunca se cogitou de o Judiciário decidir de outro modo em nome da reserva do possível. [...] Verificamos então que aquilo que é possível ao Judiciário fazer, em sociedades com nível mais alto de implementação de direitos, é menos do que em países em situação oposta, como o Brasil – em que a meta de um “padrão social mínimo” exige que os juízes façam mais.* (COSTA, 2006, *on line*)

Ao Poder Judiciário caberá não se afastar dos superiores interesses sociais, mostrando-se aberto às decisões que repercutirão de maneira relevante no cotidiano do cidadão, deixando no passado concepções doutrinárias e jurisprudenciais que hoje se mostram despidas da realidade a que o juiz deve estar atento quando julga e, assim, decide os caminhos que serão trilhados pela sociedade.

*Se é certo que o Judiciário não fez muito para implementar os direitos humanos e sociais conseguidos pela Constituição de 1988, há que se valorizar o “pouco” que realizou. Obrigados a enfrentar o desafio de ajustar sua função judicante a uma sociedade em mudança e em crise, os segmentos sociais mais jovens da magistratura, situados na primeira instância dos tribunais, têm alguma consciência de que o crescimento econômico do país não levou ao que deveria ter sido um de seus resultados mais importantes – uma sociedade equilibrada, integrada, harmoniosa e solidária. Embora não concentrem necessariamente sua atenção no problema da efetivação dos direitos humanos e sociais, alguns juízes de primeira instância estão provocando certas mudanças no funcionamento da Justiça. Ainda que de modo nem sempre consciente, vêm contribuindo para ampliar o campo de atuação judicial dos movimentos sociais e dos grupos de assessoria jurídica popular. São mudanças de caráter processual, permitindo a tais movimentos jurídicos provocar decisões baseadas em critérios de racionalidade material e bloquear sentenças ditadas exclusivamente com base em critérios lógico-formais.* (FARIA, 1994, p. 52)

Dentre as mudanças necessárias para que o Poder Judiciário mostre-se mais aberto à possibilidade da tutela dos direitos sociais, José Eduardo Faria cita três que, ao nosso ver, merecem destaque no âmbito do presente texto:

*Eis algumas mudanças, cujo alcance ainda precisa ser melhor analisado e compreendido:*

*- conscientes de que em toda interpretação sempre há algum grau de discricionariedade e, portanto, de criatividade, alguns magistrados convenceram-se de que dispõem hoje de um poder normativo superior ao que detinham no passado recente, em face das “zonas cinzentas” representadas pelas antinomias, pelas lacunas e pelas “cadeias normativas” de uma ordem jurídico-positiva recheada de conceitos polissêmicos e de normas que, intercruzando-se, adquirem sentidos inéditos;*

*[…]*

*- a abstração normativa, tão valorizada pelos métodos exegéticos que dominaram o cenário judicial brasileiro até o final dos anos 80, começa agora a dar lugar à tópica e à teoria da argumentação, como estratégia de superação do dedutivismo lógico-formal, e à teoria da concreção, como critério de decidibilidade; a uma hermenêutica crítica, que não concentra sua atenção nas respostas, mas sim nas indagações que deram origens aos problemas que dependem de sentenças judiciais e que parte das distorções estruturais existentes na vida material, afirmando que só pela crítica ideológica é que se conseguirá depurar o direito de seus condicionamentos socioeconômicos implícitos;*

*- o formalismo tem sido temperado por algumas atitudes pragmáticas, que permitem a certos juízes posicionar-se diante das normas promulgadas, porém não regulamentadas – como é o caso de certos direitos humanos e sociais assegurados pela Constituição –, mas que são letra morta por não terem sido objeto de leis complementares; [...].* (FARIA, 1994, p. 52 *seq.*)

Ainda com José Eduardo Faria:

*Se toda a corporação judicial não renovar a sua cultura técnico-profissional, permanecendo atrelada a uma visão de mundo liberal-clássica sem compreender que quanto mais programáticas forem as normas dos direitos sociais maior é o espaço deixado à discricionariedade nas decisões judiciais, o Judiciário corre o sério risco de ver a ordem jurídico-positiva fragmentada e despedaçada por uma sociedade dividida, contraditória e explosiva; uma sociedade que, nos segmentos mais desfavorecidos, não tem achado socorro tanto na Constituição quanto na imensa profusão de leis e códigos em vigor. [...] Se o Judiciário não souber despertar para a realidade social, política e econômica do país, aprendendo a lidar com os conflitos grupais, comunitários e classistas nela subjacentes, mais cedo do que se imagina poderá passar a ser considerado uma instituição irrelevante ou até mesmo “descartável”, por parte da sociedade. O grau de descartabilidade corresponderá, nesse caso, ao grau de fraqueza do Estado de Direito tão arduamente conquistado.* (FARIA, 1994, p. 56 *seq.*)

Citando, uma vez mais, Flávio Dino de Castro e Costa, *“os juízes não podem tudo, nem devem poder. Mas podem muito, e devem exercer esse poder em favor da grandiosa e inesgotável utopia de construção da felicidade de cada um e de todos”*. (COSTA, 2006, *on line*)

**Outrossim, o próprio Supremo Tribunal Federal também já reiterou o entendimento constitucional, afastando a possibilidade da invocação arbitrária da “reserva do possível” como meio para que haja a procrastinação indefinida do Poder Público para com os seus respectivos deveres:**

(…) **A cláusula da reserva do possível – que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição – encontra insuperável limitação na garantia do mínimo existencial, que representa, no contexto do nosso ordenamento positivo, emanação direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana**. Doutrina. Precedentes (STF, ARE 639.337 AgR/SP, relator Min. Celso de Mello)

Assim, temos, estudando os diplomas legais, que as pessoas em situação de rua, dada sua situação devulnerabilidade, são titulares do direito à assistência social (art. 23, II, da LOAS), sendo, inclusive, destinatárias dos seguintes serviços de abrangência municipal/regional previstos na Resolução CNAS n. 109/2009:

(a) Serviço Especializado em Abordagem Social;

(b) Serviço de Acolhimento Institucional para População de Rua;

(c) Serviço Especializado para Pessoas em Situação de Rua – Centro-POP;

(d) Serviço de Acolhimento em República;

(e) Serviço de Proteção e Atendimento Especializado a Famílias e Indivíduos (PAEFI) e Serviço de Proteção e Atendimento Integral à Família (PAIF);

Para a consecução de suas finalidades, deve ser realizando um adendo acerca da organização do SUAS, que é feita níveis de proteção social, a saber: **i)** proteção social básica; e **ii)** proteção social especial (esta, dividida em média e alta complexidade).

A **proteção social básica** é formada pelo conjunto de serviços, programas, projetos e benefícios da assistência social que visam a **prevenir** situações de vulnerabilidade e risco social por meio do desenvolvimento de potencialidades e aquisições e do fortalecimento de vínculos familiares e comunitários. Este nível de proteção é operado por meio de: **i)** Centros de Referência de Assistência Social (CRAS), territorializados de acordo com o porte do município; **ii)** rede de serviços socioeducativos direcionados para grupos geracionais, integeracionais, grupos de interesse, entre outros; **iii)** benefícios eventuais; **iv)** benefícios de prestação continuada; e v) serviços e projetos de capacitação e inserção produtiva. Todos já estão sendo cumpridos pela municipalidade.

Já a **proteção social especial**, não menos importante,é formada pelo conjunto de serviços, programas e projetos que têm por objetivo contribuir para a reconstrução de vínculos familiares e comunitários, a defesa de direito, o fortalecimento das potencialidades e aquisições e a proteção de famílias e indivíduos para o enfrentamento das situações de violação de direitos. Tem por referência a **ocorrência** de situações de risco ou violação de direitos. Está, assim, dividida em serviços de média e alta complexidade:

**Média complexidade**: compreende a oferta de serviços de orientação e o apoio especializado e continuado a indivíduos e famílias com direitos violados, mas cujos vínculos familiares e comunitários não foram rompidos, tendo a família como foco de suas ações, na perspectiva de potencializar sua capacidade de proteção e socialização de seus membros.

**Alta complexidade**: compreende a oferta de serviços voltados à garantia da proteção integral, moradia, alimentação higienização e trabalho protegido para famílias e indivíduos que se encontram sem referência e/ou em situação de ameaça, necessitando serem retirados do convívio familiar e/ou comunitário.

Relembrar que, conforme já demonstrado, no âmbito da assistência social, XXXXX é um município de grande porte, e, por isso, **deve** oferecer assistência social de média e alta complexidades.

Desse modo, considerandoa inexistência dos **Serviços Especializados para Pessoas em Situação de Rua – CENTRO-POP** no município de XXXX, bem como a omissão do município em prestar os serviços acima relacionados, configura-se **frontal ofensa à Constituição, às leis e às normas infralegais que visam à garantia de direitos das pessoas em situação de rua, uma vez que tais serviços se destinam à proteção da pessoa e à promoção de sua dignidade, por vezes mitigada pela miséria e pela discriminação.**

Assim, há, também, infração à deliberação e a pactuação realizada pela CIT – Comissão Intergestores Tripartite, por meio da NOBSUAS/2012, que, seu art. 23, que estabeleceu metas e prioridades para os municípios no âmbito do SUAS, por meio do “PACTO DE APRIMORAMENTO DO SUAS”, elaborado quadrienalmente, servido para o período de 2014/2017:

Art. 23. O Pacto de Aprimoramento do SUAS firmado entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os **Municípios** é o instrumento pelo qual se materializam **as metas e as prioridades nacionais no âmbito do SUAS**, e se constitui em mecanismo de indução do aprimoramento da gestão, dos serviços, programas, projetos e benefícios socioassistenciais.

Nesse contexto, o pacto firmado entre os municípios – entre outros entes – traz, em suas metas e prioridades, a **PROTEÇÃO SOCIAL ESPECIAL** firmada pela CIT – Comissão Intergestora Tripartite, a qual estabeleceu também no âmbito do NOBSUAS/2012:

**PRIORIDADE**

a) Cadastramento das pessoas em situação de rua no Cadastro Único dos Programas Sociais (CadÚnico).

**META**

Identificar e cadastrar no CadÚnico 70% das pessoas em situação de rua em acompanhamento pelo Serviço Especializado ofertado no **Centro-POP**. **Implantar 100% dos Serviços para população de rua (Serviço Especializado para Pop Rua, Serviço de Abordagem Social e Serviço de Acolhimento para pessoa em situação de rua) nos municípios com mais de 100 mil habitantes e municípios de regiões metropolitanas com 50 mil ou mais, conforme pactuação na CIT e deliberação do CNAS**

Assim, os CENTROS-POP foram previstos pelo **DECRETO FEDERAL Nº 7053/2009** e da **RESOLUÇÃO Nº 109/2009**, consistindo em uma unidade de referência da **Proteção Social Especial de Média Complexidade**. Os CENTROS-POP têm natureza pública, tendo como escopo de atuação o atendimento especializado de pessoas em situação de rua. São características do CENTRO-POP[[8]](#footnote-8):

a) Equipamento de portas abertas, servindo como um lugar de referência para as PSRs;

b) Deve funcionar em dias úteis, visto que o escopo mínimo de funcionamento são 5 dias por semana e 8 horas/dia, mas nada obstaria a também funcionar nos feriados, fins de semana e de noite;

c) Deve servir de espaço para a guarda de pertences, de higiene pessoal, de alimentação e prover a documentação civil, a inscrição no CADÚNICO, assim como ser referência para a comprovação de endereço pelos usuários;

d) Servir de base para registro de dados das PSRs, permitindo a localização de familiares, parentes ou pessoas de referência, assim como possibilitar que os serviços públicos e agentes possam desenvolver um trabalho para a efetivação de direitos;

e) Os destinatários dos serviços do CENTRO-POP são jovens, adultos, idosos e famílias em situação de rua. Crianças e Adolescentes podem ser atendidos pelos serviços SOMENTE quando estiverem em situação de rua e acompanhados da família ou responsável legal, caso contrário deve seguir o ECA e ser acolhido por serviço e equipamento especializado.

No mesmo âmbito, segundo o Decreto 7.053/09:

Art. 8º O padrão básico de qualidade, segurança e conforto da rede de acolhimento temporário deverá observar  **limite de capacidade, regras de funcionamento e convivência, acessibilidade, salubridade e distribuição geográfica das unidades de acolhimento nas áreas urbanas, respeitado o direito de permanência da população em situação de rua, preferencialmente nas cidades ou nos centros urbanos**.

§ 1º Os serviços de acolhimento temporário serão regulamentados nacionalmente pelas instâncias de pactuação e deliberação do Sistema Único de Assistência Social.

§ 2º A estruturação e reestruturação de serviços de acolhimento devem ter como **referência a necessidade de cada Município**, considerando-se os dados das pesquisas de contagem da população em situação de rua.

§ 3º Cabe ao Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, por intermédio da Secretaria Nacional de Assistência Social, fomentar e promover a reestruturação e a ampliação da rede de acolhimento a partir da transferência de recursos aos Municípios, Estados e Distrito Federal.

§ 4º **A rede de acolhimento temporário existente deve ser reestruturada e ampliada para incentivar sua utilização pelas pessoas em situação de rua, inclusive pela sua articulação com programas de moradia popular promovidos pelos Governos Federal, estaduais, municipais e do Distrito Federal**.

Portanto, restam-se patentes os requisitos de salubridade, segurança e socialização dos CENTROS-POP devidamente dispostos em lei.

##### V. DO PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA

Infere-se dos autos do Inquérito Civil Público anexado à presente ação, a existência de demanda municipal de pessoas em situação de rua para o atendimento, bastando, evidentemente, que fosse uma só, porque tão titular de direitos como a coletividade.

São pessoa violentadas dia-a-dia pela ausência de uma política pública adequada e, pois, sujeitas a toda sorte.

O *fumus boni juris* ou a verossimilhança está suficiente demonstrada nestes autos e o *periculum in mora* deriva dos riscos a saúde, vida, ausência de moradia digna, integridade física e mental das pessoas em situação de rua.

Desta forma, **pede-se a concessão de liminar *inaudita altera parte* a fim de determinar ao Município de XXXXX que providencie, no prazo de 60 dias, sob pena de multa diária de R$ 10.000,00 (dez mil reais), abrigo digno e alimentação às pessoas em situação de rua, ainda que a título provisório, bem como inclusão em tratamento de saúde, conveniando-se entre si ou assumindo individualmente a prestação do serviço de atendimento; no caso da impossibilidade de localização das referidas pessoas em situação de rua identificadas no ICP, forneçam, nos autos, a relação das pessoas atualmente atendidas pelo CREAS local, disponibilizando abrigo a estas, também.**

A concessão da antecipação da tutela é perfeitamente possível e sem grande ônus financeiro ao promovido, porquanto, precariamente, bastará um imóvel com sala, cozinha, banheiro e quartos para 2 ou 3 beliches. Além disto a concessão da liminar nem de longe implicará risco de irreversibilidade do provimento antecipado, posto que, se caso, bastará a desocupação do imóvel e retirada da estrutura, a qual, sem dúvida, poderá ser aproveitada, por exemplo, em escolas municipais; quanto a estrutura pessoal, bastará o deslocamento de um servidor público de serviços gerais para vigilância da casa. **Por outro lado, a ausência de abrigo e assistência suficiente tem o condão do risco de lesão irreparável ou de difícil reparação.**

##### VI. DA NECESSIDADE DE JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE

Ressalta-se a necessidade de julgamento antecipado da lide após a resposta do Município, pois os fatos alegados na petição inicial são públicos, sendo desnecessária a produção de prova, tendo V. Exa presenciado a situação exposta, assim como toda a população de XXXX.

Desta forma, em consonância com o art. 335, CPC/201:, *“O juiz julgará antecipadamente o pedido, proferindo sentença com resolução de mérito, quando:* *I - não houver necessidade de produção de outras provas; (...)”.*

Interpretando tal artigo, Daniel Amorim Assumpção diz que

“(...) o julgamento antecipado de mérito será cabível sempre que se mostrar desnecessária a instrução probatória após a apresentação de contestação pelo réu. Seja porque só há questões de direito, seja porque as questões de fato independem de prova, quer porque as provas pré-constituidas (geralmente documentos) que instruam a petição inicial e a contestação são suficientes para a formação do convencimento do juiz.”[[9]](#footnote-9)

##### VII. DOS REQUERIMENTOS

Ante o exposto e devidamente fundamentado, o **Ministério Público do Estado do Ceará** requer:

1. **a concessão de liminar *inaudita altera parte* a fim de determinar ao Município de XXXXXX que providencie, no prazo de 60 dias, sob pena de multa diária de R$ 10.000,00 (dez mil reais), abrigo digno e alimentação às pessoas em situação de rua, ainda que a título provisório, bem como inclusão em tratamento de saúde, conveniando-se entre si ou assumindo individualmente a prestação do serviço de atendimento; no caso da impossibilidade de localização das referidas pessoas em situação de rua identificadas no ICP, forneçam, nos autos, a relação das pessoas atualmente atendidas pelo CREAS local, disponibilizando abrigo a estas, também;**
2. a **citação do demandado**, pelo seu representante legal, no endereço indicado, para responder à presente demanda em tempo hábil;
3. sejam **julgados procedentes os pedidos da ação**, com a prolação de decisão de natureza mandamental e cominatória de obrigação de fazer, determinando-se ao Município de XXXXXX que:

2.1) Elabore, no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, **o diagnóstico sócio territorial que permita identificar as particularidades do território** (história; cultura; aspectos geográficos – rodovias, fronteiras, extensão; movimentos sociais; rede preexistente; densidade populacional, dentre outros aspectos relevantes), dados de incidência de riscos e violações de direitos, as demandas existentes, bem como o mapeamento da rede de articulação do CREAS.

2.2) **Apresente o referido diagnóstico à Secretaria de Trabalho e Assistência Social desta urbe** para aprovação no prazo máximo de 30 (trinta) dias a contar do término do prazo para elaboração do diagnóstico, devendo efetuar eventuais ajustes exigidos pela Secretaria e submeter o respectivo resultado a nova aprovação no prazo máximo de 30 (trinta) dias a contar da deliberação do referido órgão.

2.3) Construa ou providencie 01 (um) imóvel, no prazo máximo de 06 (seis) meses para a regular instalação e funcionamento do referido CENTRO-POP, devendo tal construção contar com os seguintes requisitos:

2.3.1) estar **inserido em área central**, com facilidade de acesso e maior circulação da população, e/ou em localidade estratégica para facilitar a articulação com a rede (CRAS, Poder Judiciário, Conselho Tutelar, etc.) e a própria circulação da família;

2.3.2) possuir e**spaços destinados para recepção e atendimento em condições de privacidade e sigilo, adequada iluminação, ventilação, conservação, salubridade e limpeza, segurança dos profissionais e público atendido, acessibilidade a pessoas com deficiência, idosos, gestantes e crianças, dentre outros grupos (segundo as normas da ABNT), espaços reservados e de acesso restrito à equipe para guarda de prontuários, inclusive no caso de registros eletrônicos, informações disponíveis em local visível sobre: serviços ofertados, situações atendidas e horário de funcionamento da Unidade**;

2.3.3) possuir sala para **recepção**, sala para **coordenação** e **atividades administrativas**, salas de **atendimento individual e/ou familiar** e em grupo, em quantitativo condizente com serviços ofertados e capacidade de atendimento da unidade, **02 (dois) banheiros com chuveiros compartimentados – um destinado ao sexo feminino e outro, ao masculino –**, com adaptação para pessoas com deficiência e/ou mobilidade reduzida, **01 (uma) copa e/ou cozinha, 01 (uma) lavanderia e local para secagem de roupas**, **01 (uma) quadra para práticas esportivas**, **01 (um) computador com acesso à rede mundial de computadores**, sem prejuízo de outros espaços, dependendo das possibilidades e necessidades;

2.3.4) ter seu espaço físico plenamente separado do de ONGS, demais órgãos de defesa de direitos, unidades prestadoras de Serviços de Acolhimento, ou órgãos administrativos, tais como secretarias municipais de assistência social ou outras secretarias municipais e/ou estaduais, prefeituras, subprefeituras, administrações regionais, entre outras, de forma a não ser confundido com o local onde se desenvolvem as atividades de gestão da política de assistência social.

1. Realize **concurso público** para preenchimento, por servidores efetivos a serem mantidos pelo município, observados os critérios mínimos previstos na Resolução 269/06 do Conselho Nacional de Assistência Social e demais orientações do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, devendo cada equipe estar presente e completa durante todo o período de funcionamento do CENTRO-POP, dos cargos, nos quantitativos mínimos a seguir mencionados:

4.1.1) 1 (um) **coordenador(a) de nível superior**, preferencialmente da área social (assistente social, psicólogo, pedagogo, sociólogo);

4.1.2) 2 (dois) **assistentes sociais**;

4.1.3) 2 (dois) **psicólogos(as)**;

4.1.4) 1 (um) **técnico de nível superior**, preferencialmente com formação em Direito, Pedagogia, Antropologia, Sociologia ou Terapia Ocupacional;

4.1.5) 4 (quatro) **profissionais de nível superior ou médio para a realização do Serviço Especializado em Abordagem Social** (quando ofertada pelo Centro-POP), e/ou para o desenvolvimento de oficinas socioeducativas, entre outras atividades);

4.1.6) 2 (dois) **auxiliares administrativos**;

1. Que o edital referido no parágrafo anterior seja **publicado no prazo de 60 (sessenta) dias**, e com prazo para finalização do concurso público, **nomeação e posse dos aprovados de, no máximo, até 06 (seis) meses após a publicação do edital**;
2. Que seja estabelecido o **funcionamento do Centro-POP para que ocorra, necessariamente, em dias úteis, no mínimo de 5 (cinco) dias por semana, duramente 8 (oito) horas diárias**, podendo, com base em uma avaliação local e de forma a garantir o maior acesso pelos usuários, o período de funcionamento ser ampliado para feriados, finais de semana e período noturno, conforme necessidade apontada por meio de diagnóstico;
3. Para o caso de descumprimento de qualquer dos provimentos judiciais requeridos nas alíneas 02, 03, 04 e/ou 05, seja condenado o Município de XXXXXXX e, pessoalmente, o gestor responsável por seu descumprimento, ao pagamento de **multa diária, por mandamento judicial descumprido, no valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais)**, cada um, a ser convertida ao Fundo Estadual de Assistência Social, sem prejuízo das demais sanções cíveis e criminais aplicáveis à espécie, ou da execução específica da tutela definitivamente outorgada por esse Juízo.
4. Finalmente, requer-se a **condenação do requerido ao pagamento das custas e demais despesas processuais**.

Protesta-se provar o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos, incluindo-se a juntada posterior de documento.

Dá-se à causa o valor de R$ 1.000,00 (mil reais), para fins meramente fiscais.

XXXXXX/CE, 17 de janeiro de 2019.

**Maria Carolina de Paula Santos Steindorfer**

Promotora de Justiça

*Titular*

1. MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ. **População em situação de rua**: Guia de atuação do MPCE. pg. 37. [↑](#footnote-ref-1)
2. MILARÉ, Édis, in A ação civil pública na nova ordem constitucional. São Paulo. 1990, p. 22/23 [↑](#footnote-ref-2)
3. Fonte: CNAS 2005, pg. 17 . Disponível em: http://www.mds.gov.br/cnas/legislacao/resolucoes/arquivos-2005/CNAS%202005%20-%20130%20-%2015.07.2005.doc [↑](#footnote-ref-3)
4. .(Autor – Leonardo Augusto Gonçalves -PJ – Maracaí) – http://www.mp.sp.gov.br/portal/page/portal/cao\_civel/acoes\_afirmativas/aa\_doutrina [↑](#footnote-ref-4)
5. Destacando-se a advertência de Eros Roberto Grau: “A análise do tema do poder discricionário reclama, preliminarmente, a determinação de uma precisão. A referência a um poder discricionário porta em si a pressuposição de que o Estado, através de seus agentes, exerça o poder discricionário de decisão (seja decisão administrativa, seja decisão judicial). A noção de poder, contudo, na esfera estatal, compõe-se no conceito de função pública. E toda função pública – não apenas a função administrativa – é expressão de um poder-dever (ou dever-poder, como enfatiza Celso Antônio Bandeira de Mello)”*.* (GRAU, 1990, p. 41) [↑](#footnote-ref-5)
6. Com base no entendimento de Bartolomé A. Fiorini. *La discrecionalidad en la Administración Pública*. Buenos Aires: Alfa, 1952, p. 31-41. [↑](#footnote-ref-6)
7. [**O PODER JUDICIÁRIO E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS**](http://www.mp.sp.gov.br/portal/page/portal/cao_civel/acoes_afirmativas/aa_doutrina/Poder%20Judiciario.doc#_blank): http://www.mp.sp.gov.br/portal/page/portal/cao\_civel/acoes\_afirmativas/aa\_doutrina [↑](#footnote-ref-7)
8. MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ, Ibid, pg. 32. [↑](#footnote-ref-8)
9. Neves, Daniel Amorim Assumpção. Novo Codigo de Processo Civil Comentado. Salvador: ed. Jus Podivm, 2016. p. 616 [↑](#footnote-ref-9)