

EXCELENTÍSSIMO SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA _ VARA CÍVEL DA COMARCA DE NITERÓI – RJ (Fazenda Pública):

O **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**, pelo Promotor de Justiça Titular da Promotoria de Justiça de Proteção ao Idoso e à Pessoa com Deficiência do Núcleo Niterói, adiante firmado, vem, com fulcro no artigo 129, inciso III da Constituição Federal, nos artigos 3º e 5º, inciso I, da Lei 7.347/85, e artigo 74, inciso I, da Lei 10.741/03, propor a presente

AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA CUMPRIMENTO
DE OBRIGAÇÃO DE FAZER

em face do **MUNICÍPIO DE NITERÓI**, pessoa jurídica de direito público, **visando à criação, nesta cidade, de Centro de Cuidados Diurnos**, pelos fatos e fundamentos a seguir descritos.

I – DOS FATOS

É cômescio que o Município de Niterói não dispõe de **Centro de Cuidados Diurnos**, modalidade não-asilar de atendimento aos idosos, prevista no artigo 10, inciso I, alínea *b* da Lei 8.842/94, regulamentada pelo artigo 4º do Decreto 1.948/96.

Com efeito, o Demandado nunca se preocupou em oferecer um atendimento digno às pessoas idosas, ante à realidade do Município-réu que, infelizmente, vem se agravando ao longo do tempo, uma vez que Niterói é carente de uma rede pública eficiente e completa, ou mesmo apenas considerando o setor privado, uma vez que o derradeiro também é insuficiente ao atendimento da demanda municipal, o que dificulta a resolução de casos individuais de idosos que chegam até à Promotoria de Justiça de Proteção ao Idoso e à Pessoa com Deficiente do Núcleo Niterói, mormente quando indispensável a aplicação de medida protetiva atrelada às políticas sociais básicas nos autos dos procedimentos administrativos, quando em vista uma situação de risco de pessoa idosa, nos moldes do artigo 43 do Estatuto do Idoso.

Nestes termos, o Ministério Público, instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, não pode se omitir diante do quadro que vislumbra, pois é seu dever promover as providências competentes que visem ao fiel e digno cumprimento da lei, à defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Assim sendo, considerando que a rede de atendimento ao idoso em regime não-asilar mostra-se absolutamente precária no Município-réu, sendo certo que apenas a sociedade e a comunidade vêm tentando cumprir a sua parte no que tange ao amparo dos idosos (artigo 3º, *caput* do Estatuto do Idoso), urge a implantação de um *Centro de Cuidados Diurnos*, também chamado simplesmente de *Centro Dia* em Niterói, para salvaguardar os direitos fundamentais das pessoas idosas em situação de risco, nos moldes do artigo 43 da Le. 10.741/03, sobretudo àquelas que não dispendo de familiares, ou mesmo possuindo algum referencial familiar, se encontram alijadas do convívio social e da mínima dignidade de vida, haja vista o notório quadro de abandono social que o Poder Público sujeita os idosos através de sua omissão.

Ante tal perspectiva, estreme de dúvidas é premente a instituição, criação e aparelhamento da modalidade não-asilar denominada *Centro de Cuidados Diurnos* no Município-réu.

II - DO CABIMENTO DA PRESENTE DEMANDA E DO DIREITO

O Estatuto do Idoso, criado pela Lei 10.741/03, em seu artigo 3º, inciso II, estabelece ser obrigação do Poder Público assegurar ao idoso a efetivação dos seus direitos, dando-lhe preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas específicas, observado o teor dos artigos 46 e 47, do mesmo diploma legal, no que tange à política de atendimento ao idoso e às respectivas linhas de ação.

O artigo 9º da mesma lei determina ser “obrigação do Estado garantir à pessoa idosa a proteção à vida e à saúde, mediante efetivação de políticas sociais públicas que permitam um envelhecimento saudável e em condições de dignidade”.

Por pertinente, registre-se disposição normativa que, seguindo esta mesma diretriz, em seu artigo 45 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, estatui, *in verbis*:

“Art. 45. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao idoso, com absoluta prioridade, direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

Neste contexto, a legislação federal inicialmente tratou desta temática por meio da Lei 8.842/94, que dispõe sobre a Política Nacional do Idoso, cujo objetivo é de assegurar os direitos sociais da pessoa idosa, criando condições para promover sua autonomia, integração e participação efetiva na sociedade.

A seu turno, o mesmo Diploma Legal retro mencionado, em seu artigo 3º, prevê como princípios, dentre outros, ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar ao idoso todos os direitos da cidadania, garantindo sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade, bem-estar e o direito à vida.

Outrossim, conforme disposição inserta nos incisos II e seguintes do aludido preceptivo legal, é cediço que o processo de envelhecimento diz respeito à toda sociedade em geral, devendo ser objeto de conhecimento e informação para todos, não sendo admissível que o idoso seja objeto de discriminação de qualquer natureza, devendo, isto sim, ser o principal agente e o destinatário das transformações a serem efetivadas através da política preconizada na Lei 8.842/94.

A toda evidência, constitui uma das diretrizes da Política Nacional do Idoso a viabilização de formas alternativas de participação, ocupação e convívio do idoso, que proporcionem sua integração às demais gerações, e neste ponto, a observância à referida norma, indiscutivelmente, deságua na implementação do *Centro de Cuidados Diurnos*.

Não se olvide ser o envelhecimento um direito personalíssimo e a sua proteção um direito social, nos termos da Lei 10.741/03 e da legislação vigente, sendo oportuno salientar que o mesmo deve ser perseguido de forma a promovê-lo de modo saudável e ativo, o que corrobora a imposição normativa prevista no artigo 9º do Estatuto do Idoso.

Neste tom, ratificando a essencialidade da presente demanda, e demonstrando que as ações, ou melhor dizendo, as omissões por parte do Poder Público Municipal estariam na contramão do que é preconizado nas leis que regem a matéria, faz-se, pois, oportuno trazer à colação trecho introdutório da Portaria nº. 2.528, de 19 de outubro de 2006 do Ministério da Saúde, que aprovou a Política Nacional de Saúde da Pessoa Idosa, *in verbis*:

“Assim, embora a legislação brasileira relativa aos cuidados da população idosa seja bastante avançada, a prática ainda é insatisfatória. A vigência do Estatuto do Idoso e seu uso como instrumento para a conquista de direitos dos idosos, a ampliação da Estratégia Saúde da Família que revela a presença de idosos e famílias frágeis e em situação de grande vulnerabilidade social e a inserção ainda incipiente das Redes Estaduais de Assistência à Saúde do Idoso tornaram imperiosa a readequação da Política Nacional de Saúde da Pessoa Idosa (PNSPI)”.

Não é outra linha de raciocínio no âmbito municipal, conforme a determinação normativa prevista nos artigos 190 e 193, da Lei Orgânica do Município de Niterói, bem como na Lei Municipal 1.750/99 que instituiu a Política Municipal do Idoso, senão vejamos:

“Art. 190. O Município, na área de sua competência, organizará serviços de assistência social, visando a garantir o equilíbrio social da comunidade, em perfeita articulação com os organismos comunitários existentes, mediante:

I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;

(...)

III - incentivo à participação social do idoso”.

“Art. 193. O Poder Público garantirá a criação de um programa especial para o idoso, com as seguintes diretrizes:

I - atenção aos programas que propiciem aos idosos o estímulo a uma participação social;

II - implantação e manutenção, com recursos próprios do Município, de casas de acolhimento e reabilitação para idosos, sem amparo da família, com atendimento especializado;

III - incentivo à criação de centros de oportunidades, como clubes de idosos e outros, para o lazer, recreação, atividades sócio-culturais, excursões, passeios e outras iniciativas”.

“Art.7º. NA IMPLEMENTAÇÃO DA POLÍTICA MUNICIPAL DO IDOSO, SÃO

COMPETÊNCIAS DOS ÓRGÃOS E ENTIDADES PÚBLICAS MUNICIPAIS:

III – NA ÁREA DE SAÚDE:

H) CRIAR SERVIÇOS ESPECIALIZADOS E ALTERNATIVOS DE SAÚDE PARA O IDOSO NA REDE DE SERVIÇOS COMO CENTROS DE CUIDADOS DIURNOS (CENTRO DIA), ATENDIMENTO DOMICILIAR, HOSPITALAR E EMERGENCIAL”.

Dessa forma, considerando que o Município-réu não promove o atendimento por órgão próprio ao idoso, através de programas de amparo e orientação (Lei Orgânica do Município Niterói, artigos 190 e 193), tampouco cuidou de viabilizar a implantação e manutenção de Centros de Cuidados Diurnos (Lei Municipal 1.750/99, artigo 7º, inciso III, h), tal omissão justifica plenamente a iniciativa deste Órgão Ministerial, bem como legitima a intervenção do Poder Judiciário.

ORA, TANTO É VERDADE, QUE A PRÓPRIA LEI MUNICIPAL 1.750/99, EM SEU ARTIGO 7º, INCISO III, ALÍNEA H EXPRESSAMENTE IMPÕE, COMO VISTO, A CRIAÇÃO DE CENTROS DE CUIDADOS DIURNOS!

DADA A ESPECIFICIDADE E A PROFUNDIDADE COM QUE A QUESTÃO DO IDOSO É ABORDADA POR LEIS MUNICIPAIS, TEM-SE QUE O ATO ADMINISTRATIVO EM QUESTÃO NÃO POSSUI A AVENTADA DISCRICIONARIEDADE.

Na realidade, fornecer aos idosos programas de amparo e orientação, através de órgão próprio, nos termos de sua Lei Orgânica, artigos 190 e 193, e implementar a Política Municipal do Idoso, nos moldes previstos detalhadamente na Lei Municipal 1.750/99, artigo 7º, inciso III, alínea h, configura, para o Poder Público Municipal de Niterói, ato vinculado, onde não cabe qualquer análise acerca da conveniência ou oportunidade.

de Justiça:

Sobre o tema, traz-se à baila importante precedente do Superior Tribunal

“DIREITO ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL – DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC – ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO – TEORIA DA ASSERTÃO – NECESSIDADE DE ANÁLISE DO CASO CONCRETO PARA AFERIR O GRAU DE DISCRICIONARIEDADE CONFERIDO AO ADMINISTRADOR PÚBLICO – POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO.

(...)

4. A discricionariedade administrativa é um dever posto ao administrador para que, na multiplicidade das situações fáticas, seja encontrada, dentre as diversas soluções possíveis, a que melhor atenda à finalidade legal.

5. O grau de liberdade inicialmente conferido em abstrato pela norma pode afunilar-se diante do caso concreto, ou até mesmo desaparecer, de modo que o ato administrativo, que inicialmente demandaria um juízo discricionário, pode se reverter em ato cuja atuação do administrador esteja vinculada. Neste caso, a interferência do Poder Judiciário não resultará em ofensa ao princípio da separação dos Poderes, mas restauração da ordem jurídica.

6. *Para se chegar ao mérito do ato administrativo, não basta a análise in abstracto da norma jurídica, é preciso o confronto desta com as situações fáticas para se aferir se a prática do ato enseja dúvida sobre qual a melhor decisão possível. É na dúvida que compete ao administrador, e somente a ele, escolher a melhor forma de agir.*

7. *Em face da teoria da asserção no exame das condições da ação e da necessidade de dilação probatória para a análise dos fatos que circundam o caso concreto, a ação que visa a um controle de atividade discricionária da administração pública não contém pedido juridicamente impossível.*

8. *A influência que uma decisão liminar concedida em processo conexo pode gerar no caso dos autos pode recair sobre o julgamento do mérito da causa, mas em nada modifica a presença das condições da ação quando do oferecimento da petição inicial’.*

(Recurso especial improvido. (REsp 879188-RS, rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, j. 21-5-2009, DJe 02/06/2009)

Mutatis mutandis, o Egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina já decidiu de forma análoga ao julgar a Apelação Cível n. 2007.063653-8. Vejamos:

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPLANTAÇÃO DE COMISSÃO TÉCNICA DE CLASSIFICAÇÃO NO PRESÍDIO REGIONAL DE ARARANGUÁ – ART. 95, DA LEP – DETERMINAÇÃO LEGAL EXPRESSA – INEXISTÊNCIA DE OFENSA À SEPARAÇÃO

DOS PODERES – POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO – REFORMA DA SENTENÇA QUE EXTINGUIU O PROCESSO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO – APLICAÇÃO DO ART. 515, § 3º, DO CPC. A ação civil pública é um remédio constitucional importantíssimo para a sociedade, no resgate da justiça social, e serve justamente para coibir lesões aos direitos e interesses difusos e coletivos. O artigo 95 da LEP é claro ao determinar que "em cada região haverá, pelo menos, uma Casa do Albergado, a qual deverá conter, além dos aposentos para acomodar os presos, local adequado para cursos e palestras". Por isso, a ausência de Casa do Albergado na região de Araranguá configura omissão da Administração Pública quanto à obrigação imposta por lei, não se podendo falar, de qualquer modo, em discricionariedade. Assim sendo, nada impede que o Poder Judiciário seja acionado para suprir dita omissão, sem configurar invasão na competência do Poder Executivo, porque não há qualquer interferência no mérito administrativo (conveniência e oportunidade). Ademais, pensamento diverso acarretaria ofensa ao art. 5º, XXXV, da CRFB (princípio da inafastabilidade do Judiciário ou acesso à Justiça), segundo o qual o Poder Judiciário não pode se esquivar da apreciação de lesão ou ameaça a direito, o que autoriza, inclusive, a intervenção deste nos demais Poderes para suprir ilegalidades. “AÇÃO CIVIL PÚBLICA – INSTALAÇÃO DE CASA DO ALBERGADO – ART. 144 DA CRFB/88 –

DEVER DO ESTADO QUANTO À SEGURANÇA PÚBLICA – ARTS. 93 A 95 DA LEP – EXISTÊNCIA DE NORMA LEGAL VIGENTE QUE DETERMINA A EXISTÊNCIA DE PELO MENOS UMA CASA DO ALBERGADO EM CADA REGIÃO – OBRIGAÇÃO DO ESTADO QUANTO À CONSTRUÇÃO E MANUTENÇÃO DO REFERIDO ESTABELECIMENTO PENAL – DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NÃO CONFIGURADA – ATO ADMINISTRATIVO VINCULADO – POSSIBILIDADE DE EXAME DO PODER JUDICIÁRIO QUANTO AO CUMPRIMENTO DE DETERMINAÇÃO LEGAL E CONSTITUCIONAL – PROCEDÊNCIA DO PEDIDO INICIAL. Não se pode falar em violação à separação dos poderes, nem em discricionariedade administrativa, quando houver norma constitucional ou infraconstitucional que imponha uma obrigação ao Poder Público, exigível em ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público. Isto porque o Estado não pode se eximir do cumprimento das obrigações expressamente impostas na legislação ordinária e na Constituição, o que retira a discricionariedade do ato administrativo, tornando-o vinculado."As meras diretrizes traçadas pelas políticas públicas não são ainda direitos senão promessas de lege ferenda, encartando-se na esfera insindicável pelo Poder Judiciário, qual a da oportunidade de sua implementação.

DIVERSA É A HIPÓTESE SEGUNDO A QUAL A CONSTITUIÇÃO FEDERAL CONSAGRA UM DIREITO E A NORMA INFRACONSTITUCIONAL O EXPLICITA, IMPONDO-SE AO JUDICIÁRIO TORNÁ-LO REALIDADE, AINDA QUE PARA ISSO, RESULTE OBRIGAÇÃO DE FAZER, COM REPERCUSSÃO NA ESFERA ORÇAMENTÁRIA. RESSOA EVIDENTE QUE TODA IMPOSIÇÃO JURISDICIONAL À FAZENDA PÚBLICA IMPLICA EM DISPÊNDIO E ATUAR, SEM QUE ISSO INFRINJA A HARMONIA DOS PODERES, PORQUANTO NO REGIME DEMOCRÁTICO E NO ESTADO DE DIREITO O ESTADO SOBERANO SUBMETE-SE À PRÓPRIA JUSTIÇA QUE INSTITUIU. AFASTADA, ASSIM, A INGERÊNCIA ENTRE OS PODERES, O JUDICIÁRIO, ALEGADO O MALFERIMENTO DA LEI, NADA MAIS FEZ DO QUE CUMPRI-LA AO DETERMINAR A REALIZAÇÃO PRÁTICA DA PROMESSA CONSTITUCIONAL" (STJ. REsp 577836/SC. Rel. Min. Luiz Fux. Julgado em 21.10.2004). APELAÇÃO CÍVEL PROVIDA”.

(Apelação Cível n. 2007.063653-8, de Araranguá, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, Primeira Câmara de Direito Público, j. 29-8-2008) (grifo nosso)

Diante de todo o exposto e, especialmente, atentando-se ao que dispõe a Legislação Municipal de Niterói, temos que são inatacáveis as conclusões no

sentido de que o Município deva tomar as providências cabíveis no sentido implementar políticas sociais em favor dos idosos com a efetivação da Política Municipal do Idoso, para tanto, instituindo e aparelhando Centros de Cuidados Diurnos, observadas as linhas traçadas pelo Estatuto do Idoso, pelo artigo 10, inciso I, alínea “b”, da Lei 8.842/94, pelo artigo 4º, inciso II, do Decreto 1.948, de 03 de julho de 1996, pela Portaria nº 810, de 22 de setembro de 1989, do Ministério da Saúde e pela Portaria nº 73, de 10 de maio de 2001, do Ministério da Previdência e Assistência Social, e por fim, pela Lei Orgânica do Município de Niterói e pela Lei Municipal nº 1.750/99.

Tendo em conta as disposições transcritas, bem como as demais normas de proteção ao idoso existentes, resta evidente o acerto da via eleita, cuja demanda visa precipuamente a fazer valer os direitos e garantias que gozam os habitantes de Niterói que contam com mais de 60 (sessenta) anos de vida, no sentido de compelir o Demandado a instituir e estruturar os *Centros de Cuidados Diurnos* dotando-lhes da infra-estrutura necessária ao seu funcionamento conforme o que determina a legislação de regência da matéria.

À LUZ DE TAL REALIDADE, FORÇOSO É CONCLUIR QUE SE ENCONTRA CARACTERIZADA OMISSÃO ADMINISTRATIVA DO DEMANDADO, CUJO SUPRIMENTO SE FAZ NECESSÁRIO URGENTEMENTE, SOB PENA DE INVIABILIZAR A IMPLEMENTAÇÃO DE DIRETO FUNDAMENTAL DOS IDOSOS.

III – DA NÃO Oponibilidade da Reserva do Possível ao Mínimo Existencial

Muito embora no passado gerasse alguma controvérsia quanto à possibilidade de imposição ao ente público, pela via judicial, do dever de implementação de direito prestacional do cidadão, tanto a doutrina quanto a jurisprudência pátria já sedimentaram

entendimento em sentido positivo, sobretudo quando a questão estiver atrelada a direito fundamental.

Nesta diretriz, imperiosa a colação de julgado do Egrégio Superior Tribunal de Justiça revelando esta esteira de pensamento, conferindo possibilidade de controle judicial relativo às Políticas Públicas no que se refere ao mínimo existencial, como se vê adiante, *in verbis*:

“EMENTA: ADMINISTRATIVO – CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS – POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS – DIREITO À SAÚDE – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS – MANIFESTA NECESSIDADE – OBRIGAÇÃO DO PODER PÚBLICO – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES – NÃO Oponibilidade da Reserva do Possível ao Mínimo Existencial.

1. Não podem os direitos sociais ficar condicionados à boa vontade do administrador, sendo de fundamental importância que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa. Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais.

2. Tratando-se de direito fundamental, incluso no conceito de mínimo existencial, inexistirá

empecilho jurídico para que o Judiciário estabeleça a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político, mormente quando não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal.

3. *In casu*, não há empecilho jurídico para que a ação, que visa a assegurar o fornecimento de medicamentos, seja dirigida contra o município, tendo em vista a consolidada jurisprudência desta Corte, no sentido de que "o funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS) é de responsabilidade solidária da União, Estados-membros e Municípios, de modo que qualquer dessas entidades tem legitimidade ad causam para figurar no pólo passivo de demanda que objetiva a garantia do acesso à medicação para pessoas desprovidas de recursos financeiros (REsp 771.537/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 3.10.2005). Agravo Regimental improvido".

(AgRg no Recurso Especial nº 1.136.549 - RS (2009/0076691-2) - Relator: Ministro Humberto Martins, Agravante : Município de Esteio, Procurador: Luiz Bernardo de Souza Froner e outro(s), Agravado: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul).

Somente após atingido o mínimo existencial torna-se aplicável a teoria da reserva do possível, momento, aí sim, oportuno para debater sobre a destinação dos recursos remanescentes.

No entanto, de modo leviano esta teoria alemã da reserva do possível tem sido largamente utilizada pela Administração Pública como escudo para se recusar a cumprir obrigações prioritárias. Não obstante, o que se olvida, é que esta não pode ser empregada de modo indiscriminado, especialmente, confrontando direito fundamental arrolado no que se convencionou chamar de “mínimo existencial”, hipótese do direito ao envelhecimento saudável.

Isto é, o Ministério Público não nega existir a dificuldade quanto a escassez de recursos suficientes para atender a todas as atribuições que a Constituição e as leis impõem ao Estado. Todavia, diante da impossibilidade de cumprir plenamente as determinações constitucionais e infralegais, deve-se, ao menos, garantir aos munícipes um mínimo de direitos que são essenciais a uma vida digna, entre os quais, sem a menor dúvida, podemos incluir direito à saúde. Esse mínimo existencial não pode ser postergado e deve ser, de fato, a prioridade do Poder Público.

Tal orientação se respalda, outrossim, em posicionamento adotado pelos Tribunais Superiores, como se observa em trecho de Recurso Especial nº 811.608/RS, de relatoria do então à época ilustre Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Luiz Fux, pela Primeira Turma do Tribunal da Cidadania, julgado em 15/05/2007 (DJ 04/06/2007, p. 314). Confira:

“(…) INCUMBE AO ADMINISTRADOR, POIS, EMPREENDER ESFORÇOS PARA MÁXIMA CONSECUÇÃO DA PROMESSA CONSTITUCIONAL, EM ESPECIAL AOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS. Desgarra deste compromisso a conduta que se escuda na idéia de que o preceito constitucional constitui *lex imperfecta*, reclamando complementação ordinária, porquanto olvida-se que, ao menos, emana da norma eficácia que propende ao reconhecimento do direito subjetivo ao mínimo existencial; casos há, inclusive, que a

disciplina constitucional foi além na delimitação dos elementos normativos, alcançando, então, patamar de eficácia superior que o mínimo conciliável com a fundamentalidade do direito.

A ESCASSEZ DE RECURSOS PÚBLICOS, EM OPOSIÇÃO À GAMA DE RESPONSABILIDADES ESTATAIS A SEREM ATENDIDAS, TEM SERVIDO DE JUSTIFICATIVA À AUSÊNCIA DE CONCRETIZAÇÃO DO DEVER-SER NORMATIVO, FOMENTANDO A EDIFICAÇÃO DO CONCEITO DA "RESERVA DO POSSÍVEL".

Porém, tal escudo não imuniza o administrador de adimplir promessas que tais, vinculadas aos direitos fundamentais prestacionais, quanto mais considerando a notória destinação de preciosos recursos públicos para áreas que, embora também inseridas na zona de ação pública, são menos prioritárias e de relevância muito inferior aos valores básicos da sociedade, representados pelos direitos fundamentais. O Ministro CELSO DE MELLO discorreu de modo lúcido e adequado acerca do conflito entre deficiência orçamentária e concretização dos direitos fundamentais: "**NÃO DEIXO DE CONFERIR, NO ENTANTO, ASSENTADAS TAIS PREMISSAS, SIGNIFICATIVO RELEVO AO TEMA PERTINENTE À 'RESERVA DO POSSÍVEL'** (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, 'THE COST OF RIGHTS', 1999, NORTON, NEW YORK), **NOTADAMENTE EM SEDE DE**

EFETIVAÇÃO E IMPLEMENTAÇÃO (SEMPRE ONEROSAS) DOS DIREITOS DE SEGUNDA GERAÇÃO (DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS), CUJO ADIMPLENTO, PELO PODER PÚBLICO, IMPÕE E EXIGE, DESTES, PRESTAÇÕES ESTATAIS POSITIVAS CONCRETIZADORAS DE TAIS PRERROGATIVAS INDIVIDUAIS E/OU COLETIVAS. (...) NÃO SE MOSTRARÁ LÍCITO, NO ENTANTO, AO PODER PÚBLICO, EM TAL HIPÓTESE - MEDIANTE INDEVIDA MANIPULAÇÃO DE SUA ATIVIDADE FINANCEIRA E/OU POLÍTICO-ADMINISTRATIVA - CRIAR OBSTÁCULO ARTIFICIAL QUE REVELE O ILEGÍTIMO, ARBITRÁRIO E CENSURÁVEL PROPÓSITO DE FRAUDAR, DE FRUSTRAR E DE INVIABILIZAR O ESTABELECIMENTO E A PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DA PESSOA E DOS CIDADÃOS, DE CONDIÇÕES MATERIAIS MÍNIMAS DE EXISTÊNCIA. CUMPRE ADVERTIR, DESSE MODO, QUE A CLÁUSULA DA 'RESERVA DO POSSÍVEL' - RESSALVADA A OCORRÊNCIA DE JUSTO MOTIVO OBJETIVAMENTE AFERÍVEL - NÃO PODE SER INVOCADA, PELO ESTADO, COM A FINALIDADE DE EXONERAR-SE DO CUMPRIMENTO DE SUAS OBRIGAÇÕES CONSTITUCIONAIS, NOTADAMENTE QUANDO, DESSA CONDUTA GOVERNAMENTAL NEGATIVA, PUDER RESULTAR NULIFICAÇÃO OU, ATÉ

**MESMO, ANIQUILAÇÃO DE DIREITOS
CONSTITUCIONAIS IMPREGNADOS DE UM
SENTIDO DE ESSENCIAL
FUNDAMENTALIDADE (...)”.**

A propósito, conforme já se pronunciou a egrégia Câmara de Direito Público do Colendo Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

"Não obstante o princípio da separação dos poderes, consagrado expressamente no texto constitucional brasileiro, é de ser ressaltado que o Poder Judiciário, quando se deparar com lesão ou ameaça a direito, está autorizado a intervir nos demais Poderes para suprir a ilegalidade, na forma do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988, notadamente quando se tratar de violação a direito fundamental".

(TJSC, Apelação Cível n. 2005.039600-9, da Capital, Rel. Des. Cid Goulart, j. 12/09/2006).

E do corpo do citado precedente, extrai-se:

"De fato, conquanto o princípio da separação dos poderes, desenvolvido pelo iluminista francês Montesquieu no século XVIII (embora já fosse tratado de forma menos precisa por Aristóteles na Grécia antiga), apregoe que cada Poder (Judiciário, Legislativo e Executivo) deva exercer suas funções primordiais sem intervir na esfera do outro, é de ser ressaltado que tal regra vem sofrendo algumas mitigações, inclusive no Brasil, que através seu texto constitucional, permite que os Poderes exerçam, excepcionalmente, funções atípicas.

"Sem embargo, é de ser ressaltado que o Poder Judiciário, nos últimos tempos, vem assumindo papel de extrema relevância na sociedade, inclusive no âmbito dos Poderes Executivo e Legislativo, já que a doutrina moderna vem sustentado que o Magistrado não deve atuar apenas passivamente, como apregoava a doutrina antiga, para quem o Julgador seria um mero aplicador da Lei, mas sim de forma ativa, com a finalidade de buscar a interpretação mais coerente com a Constituição Federal e com o ordenamento jurídico.

"Vale dizer, não prevalece mais o pensamento exposto por Montesquieu, em seu clássico livro Espírito das Leis, para quem os Juízes de uma nação não seriam mais do que a boca que pronuncia as palavras da lei (em que pese a enorme contribuição desse ilustre iluminista para a democracia ocidental) (Nesse sentido ver MONTESQUIEU. Do espírito das Leis. Traduzido por: Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. São Paulo: Difusão Européia do livro, 1962, v. 1, p. 187).

"Por outro lado, devo deixar registrado que a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, XXXV, estabelece que 'nenhuma lesão ou ameaça a direito poderá deixar de ser apreciada pelo poder judiciário', isto é, sempre que o cidadão tiver seu direito tolhido pelo Poder Público, ser-lhe-á permitido socorrer-se do Poder Judiciário, a quem compete dar a última palavra.

"Desta forma, o argumento tecido pelo Município de Florianópolis, para o qual seria inviável a intervenção do Judiciário em suas decisões políticas, não merece prosperar, pois é lícito ao Poder Judiciário, quando se deparar com qualquer lesão a direito, notadamente quando se tratar de violação a direito fundamental, apreciar e intervir na questão.

"E tendo em vista que o assunto tratado nos autos diz respeito a um direito fundamental (direito à educação), convém lembrar

do magistério de Paulo Bonavides, o qual assevera que 'Na equação dos poderes que repartem como órgãos da soberania do Estado nas condições impostas pela variações conceituais derivadas da nova teoria axiológica dos direitos fundamentais, resta apontar esse fenômeno de transferência e transformação política: a tendência do Poder Judiciário para subir da autoridade e prestígio, enquanto o Poder Legislativo se apresenta em declínio de força e competência'. (BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 635).

"Por esta razão, é que o citado constitucionalista defende a figura do 'Juiz Social' que, com base na doutrina alemã, tem por sustentáculo 'fazer na cabeça do magistrado a ratio das decisões judiciais com mais sensibilidade para os direitos fundamentais e para o quadro social da ordem jurídica, a que se prende, doravante, a dimensão nova, concreta e objetiva daqueles direitos'. (BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 587)". (TJSC, Apelação Cível n. 2005.039600-9, da Capital, Rel. Des. Cid Goulart, j. 12/09/2006).

Dirley da Cunha Júnior, ao comentar o tema no âmbito da ação civil pública, professa o seguinte:

"No que concerne ao controle das omissões do poder público, essa ação coletiva tem a virtude de propiciar uma atuação judicial abrangente no controle para a implementação das políticas públicas necessárias à efetivação dos direitos fundamentais, sobretudo dos direitos sociais. Por meio dela, por exemplo, o Ministério Público pode e até deve propor ao Judiciário um efetivo controle do poder público na realização de políticas públicas determinadas vinculativamente pela Constituição nas áreas sociais (como, por exemplo, na saúde, educação, previdência, assistência, cultura, criança e adolescente, idoso, portador de deficiência, meio ambiente e índio).

"E não se diga, a propósito, que o controle judicial das políticas públicas consistiria numa indébita intromissão do Poder Judiciário na esfera da competência discricionária de outro Poder. O juízo de conveniência e oportunidade dos poderes públicos, tão invocado para afastar a tese da judicialização das políticas públicas, não autoriza a omissão destes poderes no cumprimento de seus deveres constitucionais.

"De feito, a atividade discricionária do poder público, modernamente, vem sendo cada vez mais reduzida e delimitada, em decorrência da consagração de importantes princípios constitucionais conformadores da atuação dos poderes, a exemplo dos princípios da indisponibilidade do interesse público, do devido processo legal formal e substantivo, da razoabilidade e proporcionalidade, da moralidade administrativa, da eficiência, da obrigatoriedade do desempenho da atividade administrativa, da continuidade do serviço público, da justiça social, da economicidade, entre outros".

(CUNHA JÚNIO, Dirley da. Controle judicial das omissões do Poder Público. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 458/459).

Acerca da atuação do Poder Judiciário no que se refere à implementação de políticas públicas já se pronunciou positivamente o Supremo Tribunal Federal em inúmeras oportunidades:

"É possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo" (RE 464143

AgR, re. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, j. 15-12-2009, DJe 030, pub. 19-2-2010);

"[...] Admite-se a possibilidade de atuação do Poder Judiciário para proteger direito fundamental não observado pela administração pública" (AI 664053 AgR, rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgado em 3-3-2009, DJe 059, pub. 27-3-2009);

"Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional" (RE 410715 AgR, rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, j. 22-11-2005, DJ 3-2-2006, p. 76)".

Desta forma, uma vez caracterizada a omissão estatal do Município-réu, cumpre seja este compelido a tomar medidas concretas à garantia dos direitos dos idosos de Niterói, o que se confia, será consubstanciado através da tutela jurisdicional ora pleiteada.

IV – DA COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA VARA CÍVEL

De acordo com o disposto nos artigos 112 e 86, inciso I, alínea *a* ambos do CODJERJ, este Juízo é o competente para processar, julgar e praticar todos os atos concernentes às causas de interesse do município ou de autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista e fundações municipais.

De se ressaltar a competência do Juízo de Fazenda Pública, pois não há no Estatuto do Idoso previsão semelhante a do artigo 148, inciso I do Estatuto da Criança e do Adolescente, tornando-se aplicável a regra insculpida no CODJERJ, que, por sua vez, só estabelece que compete à Vara da Infância, da Juventude e do Idoso o processo e julgamento dos casos individuais de idosos em situação de risco, que necessitem de medidas de proteção (artigo 92, incisos I e XI do CODJERJ).

Logo, as ações de natureza coletiva são da competência do Juízo Cível, no caso, Juízo de Fazenda Pública, em razão do pólo passivo e de acordo com o disposto nos artigos 86 e 112 do CODJERJ que, como afirmado, determinam ser esse Juízo o competente para processar, julgar e praticar todos os atos concernentes às causas de interesse do município ou de autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista e fundações municipais.

Sem prejuízo disto, impõe, no mesmo sentido, a norma inscrita no artigo 2º da Lei 7.347/85 que “*as ações previstas nesta Lei serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa*”, prevenindo a jurisdição do juízo para todas as ações posteriormente intentadas que possuam a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto (grifo nosso).

Portanto, este Juízo é o competente para o processamento e julgamento da causa em comento.

V - DA LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA A PROPOSITURA DA PRESENTE AÇÃO

A norma do artigo 127, *caput*, da Constituição Federal, prescreve expressamente que “*o Ministério Público é instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis*”.

Ainda segundo a Carta Magna, é função institucional do Ministério Público “*promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos*”, como preceitua o artigo 129, inciso III.

Finalmente, a Lei 10.741/03 confirmou a legitimidade do *Parquet* para a tutela jurisdicional coletiva e individual, para a defesa dos direitos e interesses difusos ou coletivos relativos aos idosos, como disciplina o artigo 74, *in verbis*:

“COMPETE AO MINISTÉRIO PÚBLICO: I – INSTAURAR O INQUÉRITO CIVIL E A AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA A PROTEÇÃO DOS DIREITOS E INTERESSES DIFUSOS OU COLETIVOS, INDIVIDUAIS INDISPONÍVEIS E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS DO IDOSO;
(...) VII – ZELAR PELO EFETIVO RESPEITO AOS DIREITOS E GARANTIAS LEGAIS ASSEGURADOS AO IDOSO, PROMOVENDO AS MEDIDAS JUDICIAIS E EXTRAJUDICIAIS CABÍVEIS; (...)”.

Versa, ainda, o artigo 81 do referido diploma que, para as ações cíveis fundadas em interesses difusos, coletivos, individuais indisponíveis ou homogêneos, considera-se legitimado concorrentemente o Ministério Público.

Finalmente, o artigo 45, da mesma Lei 10.741/03, determina que verificada situação de risco, está o Ministério Público autorizado a aplicar as medidas de proteção ou **requerer ao Judiciário que as determine.**

VI – DO INTERESSE DE AGIR

O binômio necessidade/utilidade da prestação jurisdicional ora pleiteada se revela na natureza das providências **de que necessita a População Idosa do Município de Niterói, diante da omissão administrativa do Demandado, nos termos dos artigos 190 e 193 da Lei Orgânica Municipal, bem como do artigo 7º, inciso III, alínea h da Lei Municipal nº 1.750/99.**

Nesta conjuntura, estreme de dúvidas, é adequada a vertente Ação Civil Pública para ver restabelecidos e materialmente concretizados os direitos constitucional e ordinariamente consagrados, consoante determinam o Estatuto do Idoso, o artigo 10, inciso I, alínea “b”, da Lei 8.842/94, o artigo 4º, inciso II, do Decreto 1.948, de 03 de julho de 1996, a Portaria nº 810, de 22 de setembro de 1989, do Ministério da Saúde, a Portaria nº 73, de 10 de maio de 2001, do Ministério da Previdência e Assistência Social, e por fim, a Lei Orgânica do Município de Niterói (artigos 190 e 193) e a Lei Municipal 1.750/99 (artigo 7º, inciso III, aliena *h*).

Por conseguinte, não dispondo o Demandado de Centro de Cuidados Diurnos (Centro Dia) e tampouco presente outra alternativa para ofertar a este grupo social extremamente vulnerável o mínimo de dignidade de vida, à guisa de exemplo, o Poder Público Municipal não mantém qualquer convênio com entidade particular para a prestação do serviço que lhe incumbe oferecer, indiscutível é a presença, in casu, do interesse de agir, na justa medida da conveniência desta demanda com vistas ao resultado útil, premente e salutar à Municipalidade de Niterói.

É imperioso deixar bem grifado que Município-Réu, além de não disponibilizar o Centro de Cuidados Diurnos (Centro Dia) para esta parcela da população niteroiense, igualmente não possui Instituição de Longa Permanência para Idosos (ILPI), o que obrigou o ente ministerial a propor Ação Civil Pública para compeli-lo a cumprir mais esta obrigação legal.

E nem se fale que a Casa de Passagem Florestan Fernandes é um Centro-Dia, pois que sua atividade-fim, a toda evidência, não é esta, à luz do que dispõe a Resolução nº 109, de 11 de novembro de 2009, do Conselho Nacional de Assistência Social, em seu artigo 1º, inciso III, letra “a”, que a define como Serviço de Proteção Social Especial de Alta Complexidade, na modalidade de Acolhimento Institucional.

Diante deste quadro, a presente ação tornou-se necessária para obrigar o Poder Público a arcar com a sua responsabilidade de amparar a População Idosa, dando-lhe a devida assistência.

Ademais, consoante recente decisão do Conselho da Magistratura do Egrégio Tribunal de Justiça deste Estado, é legítima a pretensão do *Parquet* em requerer ao Juízo a aplicação de medidas protetivas, não havendo necessidade de esgotamento da via administrativa:

“APELAÇÃO INTERPOSTA CONTRA SENTENÇA QUE EXTINGUIU SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. REQUERIMENTO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE APLICAÇÃO DE MEDIDA PROTETIVA EM FAVOR DE IDOSA, POR FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL.

1. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA REQUERER AO JUDICIÁRIO A APLICAÇÃO DE TAIS MEDIDAS, À LUZ DO DISPOSTO NO ARTIGO 45 DO ESTATUTO DO IDOSO, LEI 10741, DE 1º DE OUTUBRO DE 2003.

2. DESNECESSIDADE DE EXAURIMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA. ARTIGO 5º, XXXV, D DA CR.

3. PROVIMENTO DO RECURSO, DETERMINANDO-SE O REGULAR PROSSEGUIMENTO DO FEITO”.

(TJRJ- Processo nº. 2006.004.0084 – Conselho da Magistratura).

Com efeito, a satisfação que se deseja só é alcançável através da intervenção do Poder Judiciário.

VII – DA INVERSÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO EM SEDE DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Ora bem, ainda que se desconsiderem os elementos de prova coligidos pelo Ministério Público no Inquérito Civil que embasa a presente, há que se considerar lição da moderna Doutrina do Direito Processual Civil, qual seja: em sede de ação civil pública, especialmente aquela movida pelo Ministério Público (já que o faz em nome e em prol da sociedade), quanto mais quando seu objeto atine a direito à vida, INVERTE-SE OBRIGATORIAMENTE O ÔNUS DA PROVA EM FAVOR DO AUTOR.

O douto Professor Titular de Teoria Geral do Processo, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro assim asseverou, *in verbis*:

“A QUESTÃO RELATIVA À DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NAS AÇÕES CIVIS PÚBLICAS EM GERAL É TORMENTOSA. NÃO É RARO OCORRER, PRINCIPALMENTE PELO TIPO DE INTERESSE EM JOGO, COMO EXEMPLIFICATIVAMENTE: MEIO AMBIENTE, CONSUMIDOR, DIREITOS SOCIAIS E OUTROS, A GRANDE DIFICULDADE ENCONTRADA PELO AUTOR DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA DEMONSTRAR COM PRECISÃO OS FATOS RELEVANTES QUE INTERESSAM À PROVA DO DIREITO. FALA-SE ESPECIFICAMENTE NO CAMPO DO DIREITO DO CONSUMIDOR, EM DECORRÊNCIA DA EXISTÊNCIA DE DOIS DISPOSITIVOS LEGAIS (ARTIGO 6º, VIII E ARTIGO 38, AMBOS DO CDC), DA POSSIBILIDADE DO JUIZ INVERTER O ÔNUS DA PROVA. SEM ENTRAR NO EXAME DO ALCANCE E DO REAL SIGNIFICADO DESSES DISPOSITIVOS LEGAIS ANTERIORMENTE MENCIONADOS, QUE MAIS CONFUNDEM DO QUE AUXILIAM, O JUIZ, EM QUALQUER HIPÓTESE, CONSUMIDOR OU OUTRO DIREITO DIFUSO, NÃO PODERÁ EXIGIR A PROVA DO FATO RELEVANTE DA PARTE QUE NÃO TENHA CONDIÇÕES DE EFETUÁ-LA. NESTAS HIPÓTESES, DEVERÁ DETERMINAR A INVERSÃO DO ÔNUS (...) OS EXEMPLOS ACIMA MENCIONADOS

ESTÃO AQUI A INDICAR QUE O JUIZ NAS AÇÕES CIVIS PÚBLICAS DEVE, NA DÚVIDA, EM PRINCÍPIO, CONSIDERAR COMO BOM O DIREITO DO AUTOR, SACRIFICANDO O DO RÉU, PORQUE O INTERESSE COLETIVO, EM REGRA, É MAIS VALIOSO DO QUE O INDIVIDUAL. ALIÁS, ESTE TIPO DE OPÇÃO OCORRE A TODO MOMENTO EM OUTROS RAMOS DO DIREITO PROCESSUAL, COMO NAS AÇÕES PENAIS, NAS QUAIS PREVALECE O BROCARDO IN DUBIO PRO REU.”

(in Acesso à Justiça – Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública, pp. 119-120 e 125, editora Forense, RJ, 1999).

Não é diferente a visão do eminente Professor Antônio Cançado Trindade, em sua obra *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos*, senão vejamos:

“O IMPORTANTE ITEM DO ÔNUS DA PROVA QUANTO AO ESGOTAMENTO DE RECURSOS INTERNOS ENCONTRA-SE NATURALMENTE RELACIONADO A ALGUMAS DAS OUTRAS QUESTÕES PROCESSUAIS REVISTAS NO PRESENTE ESTUDO.

(...)

PODE-SE INFERIR QUE O *ONUS PROBANDI* QUANTO AO ESGOTAMENTO DE RECURSOS INTERNOS SE DISTRIBUA ENTRE RECLAMANTE E RECLAMADO(...) A JURISPRUDÊNCIA DA COMISSÃO EUROPÉIA DE DIREITOS HUMANOS MUITO EVOLUIU, DESDE A DÉCADA DE CINQUENTA EM QUE SE FAZIA INCIDIR SISTEMATICAMENTE SOBRE O RECLAMANTE O ÔNUS DA PROVA SOBRE O ESGOTAMENTO DE RECURSOS INTERNOS.”

(Op. cit., p. 196, editora SBERJ, 1988, RJ).

VIII – DA TUTELA ESPECÍFICA DA OBRIGAÇÃO DE FAZER E DA COMINAÇÃO DE MULTA DIÁRIA

As determinações da Lei 8.842/94, do Decreto 1.948/96, e por fim, da Lei Orgânica do Município de Niterói e da Lei Municipal 1.750/99, no sentido do dever dos órgãos e entidades públicas municipais de criar serviços especializados e alternativos de saúde para o idoso na Rede de Serviços como *Centros de Cuidados Diurnos* (Centro Dia), caracterizam uma obrigação de fazer, que está submetida, portanto, ao regime da tutela específica introduzida pela Lei 8.952/94, que deu nova redação ao art. 461 do Código de Processo Civil, que assim dispõe:

“Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.”

§ 1º. *A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.*

§ 4º. *O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito”.*
(grifos nossos)

A tutela específica consiste em assegurar ao credor resultados idênticos aos que decorreriam do cumprimento natural e espontâneo das normas jurídicas. Assim, quando a prestação jurisdicional concretiza o direito através da realização da conduta efetivamente devida, com resultado idêntico ao do adimplemento voluntário da obrigação, há tutela específica.

Destarte, conforme prevê o nosso Código de Processo Civil, o inadimplemento de uma obrigação de fazer confere ao credor o direito de exigir a tutela específica, isto é, que seja determinada a realização da própria prestação estabelecida para o devedor, salvo se ficar comprovada a sua impossibilidade.

RESSALTE-SE, POR OPORTUNO, QUE HÁ MUITO SE ENCONTRA O RÉU EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO EM VIGOR, DIANTE DE SUA OMISSÃO ADMINISTRATIVA, SENDO, POIS, SUFICIENTE E COMPATÍVEL COM A OBRIGAÇÃO ORA PLEITEADA EM DESFAVOR DO DEMANDADO, SEJA FIXADO PRAZO RAZOÁVEL PARA O CUMPRIMENTO DO PRECEITO, SOB PENA DE COMINAÇÃO DE MULTA DIÁRIA.

Entretanto, apesar da vigência da Lei Municipal 1.750 desde o ano de 1999, o **Município-réu** permanece inerte para que seja garantido o direito ao envelhecimento ativo e saudável das pessoas idosas de Niterói, sendo certo que até o presente momento nenhuma ação foi realizada com vistas à concretização daquele.

Assim sendo, e diante da necessidade do objeto da presente, não há como se esperar a oportunidade em que seja conveniente ao **Demandado** cumprir as normas citadas que regem a modalidade não-asilar dos Centros de Cuidados Diurnos, devendo, pois, ser condenada na obrigação de fazer de modo que crie, estructure e aparelhe Centros de Cuidados Diurnos, no prazo e na quantidade a ser fixado por Vossa Excelência, com base em perícia, se for necessário, sob pena de multa no valor de 40 (quarenta) salários mínimos por dia de atraso, devendo esta importância ser revertida ao Fundo Municipal da do Idoso, ou, no caso de sua inexistência, ao Fundo Municipal de Assistência Social, ficando a verba vinculada ao atendimento às pessoas idosas.

IX – DO PEDIDO

Diante do exposto, restando evidente a violação aos direitos e interesses das pessoas idosas do Município de Niterói, pela omissão e/ou demora do **Réu** em ofertar Centros de Cuidados Diurnos (Centro Dia), requer, pois, o Ministério Público a Vossa Excelência:

- 1) **A citação do MUNICÍPIO DE NITERÓI, na pessoa do Excelentíssimo Senhor Prefeito Municipal, para, querendo, contestar o pedido feito na exordial, sob pena de revelia;**
- 2) **SEJA JULGADA PROCEDENTE A PRESENTE AÇÃO, condenando-se o Réu na obrigação de fazer consistente em proceder à criação, construção, aparelhamento e estruturação de Centros de Cuidados Diurnos (Centro Dia) visando à concretização da Política Municipal do Idoso de Niterói, e seguindo as normas dispostas no artigo 10, inciso I, alínea “b”, da Lei 8.842/94, no artigo 4º, inciso II, do Decreto 1.948, de 03 de julho de 1996, na Portaria nº 810, de 22 de setembro de 1989, do Ministério da Saúde e na Portaria nº 73, de 10 de maio de 2001, do Ministério da Previdência e Assistência Social, e por fim, na Lei Orgânica do Município de Niterói e na Lei Municipal 1.750/99, proporcionando condições de acesso e utilização de todos os seus ambientes ou compartimentos para pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida, inclusive sanitários, nos moldes da ABNT NBR 9050 de 2004;**

- 3) A cominação de multa diária, de acordo com o artigo 11 da Lei 7.347/85, bem como com o artigo 461, § 4º do Código de Processo Civil, em caso de descumprimento da obrigação de fazer acima requerida e deferida por este Juízo, no prazo fixado por Vossa Excelência, no valor correspondente a 40 (quarenta) salários mínimos nacionais, devendo esta importância ser revertida ao Fundo Municipal do Idoso de Niterói, ou, no caso de sua inexistência, ao Fundo Municipal de Assistência Social, ficando a verba vinculada ao atendimento às pessoas idosas;
- 4) A condenação do Réu nos ônus da sucumbência, os quais deverão reverter ao Fundo Especial do Ministério Público, criado pela Lei Estadual nº 2.819, de 07.11.97, e regulamentado pela Resolução GPGJ nº 801, de 19.03.98 (Banco 341 – Itaú – Conta Corrente nº. 2550-7, controlada pela Agência 6002).

Por oportuno, protesta o Ministério Público pela produção de todas as provas que se fizerem necessárias, em especial documental suplementar, testemunhal, pericial e inspeção judicial.

Dá-se à causa, que se tem por inestimável, o valor de R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais).

Nestes Termos,

Pede Deferimento.

Niterói, 16 de dezembro de 2011.

JOÃO CARLOS BRASIL DE BARROS

Promotor de Justiça

Matrícula 810.099

ADRIANA INÁCIO MESQUITA DE AZEVEDO

Assessora Jurídica (CCA)

Matrícula 4921