

O princípio da separação dos poderes está registrado no art. 2º de nossa Carta Magna, a denominada Constituição Moderna, usando a expressão de Canotilho, se caracteriza por ser um documento escrito, que delimita a organização político-administrativa da comunidade, assegurando direitos fundamentais e estabelecendo diretrizes e limites ao exercício do poder político. A Constituição não pode ser analisada como um corpo estranho aos anseios sociais e à mudança de ideologia e política pelos quais passa o país, face à sua estrita correlação com o poder político, assim, é inevitável a influência da realidade na ordem constitucional. Por ser inevitável essa influência, deve a Constituição, sem prejuízo de sua organização sistemática, ser aplicada de modo a amplificar a eficiência de suas normas e alcançar o verdadeiro interesse do Estado e de seus habitantes, alcançando os fins sociais pelos quais foi criada.

A interpretação da separação dos poderes não foge a essa ideia. Se é certo afirmar que deve-se prezar pelo princípio encontrado no art. 2º da Lei Maior, que canoniza a tripartição dos poderes, também é certo afirmar que devem ser apreciadas e seguidas todas as outras normas, princípios e direitos trazidos na CF/88. Se é certo que a preservação das liberdades individuais, em linhas gerais, pressupõe uma atitude abstencionista do Poder Público, o que direciona a atuação dos órgãos jurisdicionais a essa ótica de análise, não menos certo é que os direitos sociais normalmente pressupõem um atuar positivo, o que, em sendo necessário, exigirá uma atuação diferenciada dos referidos órgãos. O que se mostra inconcebível é transpor parâmetros de tutela e paradigmas de convivência institucional essencialmente voltados à preservação da liberdade para um campo em que se mostra essencial um *facere* estatal.

É justamente desse dever que a Administração tem de tutelar os direitos sociais mediante atos positivos que se baseia o relatório do ilustríssimo ministro Celso de Mello. A decisão de Celso de Mello foi proferida na análise do Recurso Extraordinário (RE) 482611, interposto pelo Ministério Público de Santa Catarina contra o entendimento do Tribunal de Justiça do estado (TJ-SC) de que a implementação do antigo Programa Sentinela-Projeto Acorde, no município de Florianópolis, se daria na medida das possibilidades do poder público. Todavia, na interpretação do ministro, o não cumprimento de tal previsão constitucional representa omissão institucional que deve ser “repelida”. Peço licença para destacar a ementa da decisão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina;

“Apelação cível. Ação civil pública. Programa Sentinela - Projeto Acorde. Atendimento de criança. Determinação judicial. Impossibilidade. Princípio da separação dos Poderes. Política social derivada de norma programática. Recurso provido.

À Administração Pública, calcada no seu poder discricionário, compete estabelecer as políticas sociais derivadas de normas programáticas, vedado ao Poder Judiciário interferir nos critérios de conveniência e oportunidade que norteiam as prioridades traçadas pelo Executivo.” (grifei)

O artigo 227 da CF/88 nos traz que “é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, 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.” **(grifei)**

Peço licença, neste momento, para citar lição da professora Maria Helena Diniz, que nos ensina; “a negligência é a inobservância de normas que nos **ordenem agir** com atenção, capacidade, solicitude e discernimento” (*in* Curso de Direito Civil Brasileiro, Vol. 7 – Responsabilidade Civil, Ed. Saraiva, 18ª ed., pág. 46) **(grifei)**. Ainda seguindo a conceituação da negligência destaco um trecho do relatório do Ministro Celso de Mello, que traz que “o objetivo perseguido pelo legislador constituinte, em tema de proteção ao direito da criança e do adolescente, traduz meta cuja não-realização qualificar-se-á como uma **censurável situação de inconstitucionalidade por omissão** imputável ao Poder Público, ainda mais se se tiver presente que a Lei Fundamental da República delineou, nessa matéria, um nítido programa a ser (necessariamente) implementado mediante adoção de políticas públicas conseqüentes e responsáveis.” **(grifei)**. Como não poderia deixar de ser, a jurisdição da Corte Suprema, outorgada pela Carta Magna, não pode deixar de alcançar a efetivação dos direitos de segunda geração, as liberdades positivas, reais ou concretas, o que nos faz crer haver verdadeira obrigação da Judiciário Supremo em forçar o Estado faltoso a cumprir seu papel social, retirando-o de sua inércia, como diz ainda o Ministro no seu relatório ao RE 482.611;

Se assim não for, **restarão comprometidas** a integridade e a eficácia da própria Constituição, **por efeito de violação negativa** do estatuto constitucional **motivada** por inaceitável inércia governamental **no adimplemento** de prestações positivas **impostas** ao Poder Público, **consoante já advertiu**, em tema de inconstitucionalidade por omissão, **por mais de uma vez (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO)**.

Mister ressaltar ainda a Consituição Federal, que em seu artigo 5º, inciso XXXV traz que;

XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

Portanto, decerto não cabe aos magistrados a tomada de medidas inerentes à Administração Pública ou à criação de leis. Entretanto, diante da violação a direitos fundamentais, torna-se pertinente e necessária a atuação afirmativa do Poder Judiciário, que sendo órgão de um Estado democrático, deve primar pela perseguição dos direitos do homem e pela soberania do Estado.

Há que se lembrar que o objetivo da atuação afirmativa não é remover da esfera administrativa o caráter da discricionariedade. O que acontece é que essa discricionariedade encontra-se delimitada por princípios constitucionais que devem nortear sua atuação, impedindo que sejam tomadas medidas que traduzam inconstitucionalidades, o que estava acontecendo no estado de Santa Catarina, conforme demonstrou o relator Ministro Celso de Mello em situação supra. Neste contexto, não poderia o Administrador ter atuado de forma contrária aos ditames constitucionais, violando, inclusive, o direito a uma boa administração pública, previsto no art. 37 da CRFB/88. A decisão do STF, como destaca o Ministro relator, tem por objetivo neutralizar “os efeitos nocivos, lesivos e perversos resultantes da inatividade governamental,

em situações nas quais a omissão do Poder Público representava um inaceitável insulto a direitos básicos assegurados pela própria Constituição da República, mas cujo exercício estava sendo inviabilizado por contumaz (e irresponsável) inércia do aparelho estatal". Desse modo, é do nosso entendimento que dado o cenário de conflito de princípios, caracterizado pela disputa entre a Tripartição dos Poderes e os Direitos Fundamentais dos Homens, sejam eles adultos ou crianças, homens ou mulheres, negros ou brancos, brasileiros ou não, na qual será necessária ponderação, a proteção dos direitos fundamentais deve ser buscada, com vistas a assegurar o mínimo existencial.

Assim sendo, a decisão judicial tomada pelo STF, obrigando o município de Florianópolis a retomar os serviços do Sentinela-Projeto Acorde, representa grande avanço jurisprudencial e um passo importante para a busca da eficácia dos direitos fundamentais. Tendo em mente a importância do precedente que se formou em nosso país, reitero o pleito e peço especial atenção aos meus pares para que os pensamentos trazidos pelo Ministro Celso de Mello possam nos ajudar em nossa luta diária pela melhora de nossa cidade e da qualidade de vida daqueles que nela habitam.

Eis a Decisão;

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 482.611 SANTA CATARINA

RELATOR : **MIN. CELSO DE MELLO**
RECTE. (S) : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA**
RECD0. (A/S) : **MUNICÍPIO DE FLORIANÓPOLIS**
ADV. (A/S) : **MARIA LÚCIA ROGÉRIO LOCKS E OUTRO(A/S)**

EMENTA: **CRIANÇAS** **E** **ADOLESCENTES**
VÍTIMAS DE ABUSO **E/OU** EXPLORAÇÃO
SEXUAL. **DEVER** **DE** **PROTEÇÃO**
INTEGRAL À INFÂNCIA **E** À
JUVENTUDE. **OBRIGAÇÃO**
CONSTITUCIONAL QUE SE IMPÕE
AO PODER PÚBLICO. **PROGRAMA**
SENTINELA-PROJETO **ACORDE.**
INEXECUÇÃO, PELO MUNICÍPIO DE
FLORIANÓPOLIS/SC, **DE** **REFERIDO**
PROGRAMA DE AÇÃO SOCIAL **CUJO**
ADIMPLEMENTO **TRADUZ** EXIGÊNCIA DE
ORDEM **CONSTITUCIONAL.**
CONFIGURAÇÃO, NO CASO, **DE** **TÍPICA**
HIPÓTESE **DE** **OMISSÃO**
INCONSTITUCIONAL **IMPUTÁVEL** AO
MUNICÍPIO. **DESRESPEITO** À
CONSTITUIÇÃO **PROVOCADO** POR INÉRCIA
ESTATAL (**RTJ** 183/818-819).
COMPORTAMENTO **QUE** **TRANSGRIDE** A
AUTORIDADE DA LEI FUNDAMENTAL
(**RTJ** 185/794-796). **IMPOSSIBILIDADE**
DE INVOCÇÃO, PELO PODER PÚBLICO,

DA CLÁUSULA DA RESERVA DO
POSSÍVEL **SEMPRE** QUE PUDE
RESULTAR, DE SUA APLICAÇÃO,
COMPROMETIMENTO DO NÚCLEO
BÁSICO QUE QUALIFICA O
MÍNIMO EXISTENCIAL (RTJ 200/191-
-197). CARÁTER COGENTE E VINCULANTE
DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS,
INCLUSIVE DAQUELAS DE CONTEÚDO
PROGRAMÁTICO, **QUE VEICULAM**
DIRETRIZES DE POLÍTICAS PÚBLICAS.
PLENA LEGITIMIDADE JURÍDICA DO
CONTROLE DAS OMISSÕES ESTATAIS PELO
PODER JUDICIÁRIO. **A COLMATAÇÃO** DE
OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS **COMO**
NECESSIDADE INSTITUCIONAL FUNDADA
EM COMPORTAMENTO **AFIRMATIVO** DOS
JUÍZES **E**

TRIBUNAIS E DE QUE RESULTA UMA
POSITIVA CRIAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO
DIREITO. **PRECEDENTES** DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL **EM TEMA** DE
IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS
PÚBLICAS **DELINEADAS** NA
CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (**RTJ**
174/687 – **RTJ**
175/1212-1213 – **RTJ** 199/1219-
-1220). **RECURSO EXTRAORDINÁRIO** DO
MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL
CONHECIDO E PROVIDO.

DECISÃO: O presente recurso extraordinário foi interposto contra acórdão, que, proferido pelo E. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, está assim ementado (fls. 348):

“Apelação cível. Ação civil pública. Programa Sentinela - Projeto Acorde. Atendimento de criança. Determinação judicial. Impossibilidade. Princípio da separação dos Poderes. Política social derivada de norma programática. Recurso provido.

À Administração Pública, calcada no seu poder discricionário, compete estabelecer as políticas sociais derivadas de normas programáticas, vedado ao Poder Judiciário interferir nos critérios de conveniência e oportunidade que norteiam as prioridades traçadas pelo Executivo.” (grifei)

O **Ministério Público** do Estado de Santa Catarina, parte recorrente, **sustenta** que o acórdão ora impugnado **teria transgredido** o art. 227 da Constituição da República.

O **exame** desta causa - **considerada** a jurisprudência que o Supremo Tribunal Federal **firmou** na matéria em análise (**AI 583.136/SC**, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – **RE 503.658/SC**, Rel. Min. EROS GRAU, v.g.) - **convence-me da inteira correção** dos fundamentos, que, **invocados** pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina, **informam e dão consistência** ao presente recurso extraordinário.

É preciso assinalar, neste ponto, por relevante, **que a proteção** aos direitos da criança e do adolescente (CF, art. 227, “caput”) – **qualifica-se** como um dos direitos sociais **mais expressivos**, **subsumindo-se** à noção dos direitos **de segunda geração** (**RTJ** 164/158-161), **cujo adimplemento** impõe, **ao Poder Público**, a

satisfação de um dever de prestação positiva, consistente num "facere", pois o Estado dele só se desincumbirá criando condições objetivas que viabilizem, em favor dessas mesmas crianças e adolescentes, "(...) com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, 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" (CF, art. 227, "caput" - grifei).

Para BERNARDO LEÔNICIO MOURA COELHO ("O Bloco de Constitucionalidade e a Proteção à Criança", "in" Revista de Informação Legislativa nº 123/259-266, 263/264, 1994, Senado Federal), a proteção integral da criança e do adolescente, tal como objetivada pelo Programa Sentinela-Acorde, exprime, de um lado, no plano do sistema jurídico-normativo, a exigência de solidariedade social, e pressupõe, de outro, a asserção de que a dignidade humana, enquanto valor impregnado de centralidade em nosso ordenamento político, só se afirmará com a expansão das liberdades públicas, quaisquer que sejam as dimensões em que estas se projetem:

"Neste ponto é que entra a função do Estado, que, conceituando a proteção à criança como um direito social e colocando como um de seus princípios a justiça social, deve impedir que estas pessoas, na correta colocação de Dallari, sejam oprimidas por outras. É necessário que seja abolida esta discriminação e que todo 'menor' seja tratado como criança - sujeito de direitos que deve gozar da proteção especial estatuída na Constituição Federal e também nas Constituições Estaduais." (grifei)

O alto significado social e o irrecusável valor constitucional de que se reveste o direito à proteção da criança e do adolescente - ainda mais se considerado em face do dever que incumbe, ao Poder Público, de torná-lo real, mediante concreta efetivação da garantia de atendimento sócio-educativo às crianças vítimas de exploração ou violência (CF, art. 227, "caput") - não podem ser menosprezados pelo Estado, sob pena de grave e injusta frustração de um inafastável compromisso constitucional, que tem, no aparelho estatal, um de seus precípuos destinatários.

O objetivo perseguido pelo legislador constituinte, em tema de proteção ao direito da criança e do adolescente, traduz meta cuja não-realização qualificar-se-á como uma censurável situação de inconstitucionalidade por omissão imputável ao Poder Público, ainda

mais se se tiver presente que a Lei Fundamental da República **delineou**, nessa matéria, **um nítido programa a ser (necessariamente) implementado** mediante adoção de políticas públicas conseqüentes e responsáveis.

Ao julgar a ADPF 45/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, **proferi** decisão assim ementada (**Informativo/STF** nº 345/2004):

“ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA ‘RESERVA DO POSSÍVEL’. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO ‘MÍNIMO EXISTENCIAL’. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO).”

Salientei, então, **em tal decisão**, que o Supremo Tribunal Federal, **considerada** a **dimensão política** da jurisdição constitucional outorgada a esta Corte, **não pode demitir-se** do gravíssimo encargo **de tornar efetivos** os direitos econômicos, sociais e culturais, **que se identificam** - enquanto direitos **de segunda** geração - **com** as liberdades positivas, reais ou concretas (**RTJ 164/158-161**, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

É que, se assim não for, **restarão comprometidas** a integridade e a eficácia da própria Constituição, **por efeito de violação negativa** do estatuto constitucional **motivada** por inaceitável inércia governamental **no adimplemento** de prestações positivas **impostas** ao Poder Público, **consoante já advertiu**, em tema de inconstitucionalidade por omissão, **por mais de uma vez** (**RTJ 175/1212-1213**, Rel. Min. CELSO DE MELLO), **o Supremo Tribunal Federal**:

“DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO - MODALIDADES DE COMPORTAMENTOS INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO.
- **O desrespeito** à Constituição **tanto** pode ocorrer mediante **ação** estatal **quanto** mediante **inércia**

governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um 'facere' (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação.

- Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exeqüíveis, abstendo-se, em conseqüência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse 'non facere' ou 'non praestare', resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público.

.....
- A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental."

(RTJ 185/794-796, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno)

É certo - tal como observei no exame da ADPF 45/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO (Informativo/STF nº 345/2004) - quenão se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, "Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976", p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo.

Impende assinalar, no entanto, que a incumbência de fazer implementar políticas públicas fundadas na Constituição poderá atribuir-se, ainda que excepcionalmente, ao Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário, vierem a comprometer, com tal comportamento, a

eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, como sucede na espécie ora em exame.

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; ANA PAULA DE BARCELLOS, “A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais”, p. 245/246, 2002, Renovar), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas.

Não se ignora que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a alegação de incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, então, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.

Não se mostrará lícito, contudo, ao Poder Público, em tal hipótese, criar obstáculo artificial que revele - a partir de indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - 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 (ADPF 45/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Informativo/STF nº 345/2004).

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, dolosamente, 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.

Tratando-se de típico direito de prestação positiva, que se subsume ao conceito de liberdade real ou concreta, a proteção à criança e ao adolescente - que compreende todas as prerrogativas,

individuais ou coletivas, referidas na Constituição da República (notadamente em seu art. 227) – tem por fundamento regra constitucional cuja densidade normativa não permite que, em torno da efetiva realização de tal comando, o Poder Público, especialmente o Município, disponha de um amplo espaço de discricionariedade que lhe enseje maior grau de liberdade de conformação, e de cujo exercício possa resultar, paradoxalmente, com base em simples alegação de mera conveniência e/ou oportunidade, a nulificação mesma dessa prerrogativa essencial, tal como já advertiu o Supremo Tribunal Federal:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO - CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - RECURSO IMPROVIDO.

- A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, **deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV).**

- Essa prerrogativa jurídica, em conseqüência, **impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das ‘crianças de zero a seis anos de idade’ (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal.**

- A educação infantil, **por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental.**

- Os Municípios – que atuarão, **prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) – não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da**

Lei Fundamental da República, e que representa fator de **limitação** da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, **cujas opções**, tratando-se do atendimento **das crianças** em creche (CF, art. 208, IV), **não podem ser exercidas** de modo a comprometer, **com apoio** em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, **a eficácia desse direito básico de índole social.**

- 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, **cujas omissão** – por importar em **descumprimento** dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário – **mostra-se apta a comprometer** a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais **impregnados** de estatura constitucional. **A questão pertinente à ‘reserva do possível’. Doutrina.”**
(RTJ 199/1219-1220, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Cabe referir, ainda, neste ponto, **ante a extrema pertinência** de suas observações, **a advertência** de LUIZA CRISTINA FONSECA FRISCHEISEN, ilustre Procuradora Regional da República (“**Políticas Públicas – A Responsabilidade do Administrador e o Ministério Público**”, p. 59, 95 e 97, 2000, Max Limonad), **cujo magistério**, a propósito **da limitada** discricionariedade governamental **em tema de concretização** das políticas públicas constitucionais, **corretamente assinala:**

“Nesse contexto constitucional, que implica também na renovação das práticas políticas, o administrador está vinculado às políticas públicas estabelecidas na Constituição Federal; a sua omissão é passível de responsabilização e a sua margem de discricionariedade é mínima, não contemplando o não fazer.

.....
Como demonstrado no item anterior, **o administrador público está vinculado à Constituição** e às normas infraconstitucionais **para a implementação** das políticas públicas **relativas à ordem social constitucional**, ou seja, própria à finalidade da mesma: o bem-estar e a justiça social.
.....

Conclui-se, portanto, que o administrador não tem discricionariedade para deliberar sobre a oportunidade e conveniência de implementação de políticas públicas discriminadas na ordem social constitucional, pois tal restou deliberado pelo Constituinte e pelo legislador que elaborou as normas de integração.

.....
As dúvidas sobre essa margem de discricionariedade devem ser dirimidas pelo Judiciário, **cabendo ao Juiz dar sentido concreto à norma e controlar a legitimidade do ato administrativo (omissivo ou comissivo), verificando se o mesmo não contraria sua finalidade constitucional, no caso, a concretização da ordem social constitucional.** (grifei)

Tenho para mim, desse modo, presente tal contexto, que os Municípios (à semelhança das demais entidades políticas) não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 227, "caput", da Constituição, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa do Poder Público, cujas opções, tratando-se de proteção à criança e ao adolescente, não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social.

Entendo, por isso mesmo, que se revela acolhível a pretensão recursal deduzida pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina, notadamente em face da jurisprudência que se formou, no Supremo Tribunal Federal, sobre a questão ora em exame.

Nem se atribua, indevidamente, ao Judiciário, no contexto ora em exame, uma (inexistente) intrusão em esfera reservada aos demais Poderes da República.

É que, dentre as inúmeras causas que justificam esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário (de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito), inclui-se a necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da República, muitas vezes transgredida e desrespeitada por pura, simples e conveniente omissão dos poderes públicos.

Na realidade, o Supremo Tribunal Federal, ao suprir as omissões inconstitucionais dos órgãos estatais e ao adotar medidas que objetivem restaurar a Constituição violada pela inércia dos Poderes do Estado, nada mais faz senão cumprir a sua missão

institucional e demonstrar, com esse gesto, o respeito incondicional que tem pela autoridade da Lei Fundamental da República.

A colmatação de omissões inconstitucionais, realizada em sede jurisdicional, notadamente quando emanada desta Corte Suprema, torna-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos por expressa determinação do próprio estatuto constitucional, ainda mais se se tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade.

As situações configuradoras de omissão inconstitucional - ainda que se cuide de omissão parcial derivada da insuficiente concretização, pelo Poder Público, do conteúdo material da norma impositiva fundada na Carta Política - refletem comportamento estatal que deve ser repellido, pois a inércia do Estado qualifica-se como uma das causas geradoras dos processos informais de mudança da Constituição, tal como o revela autorizado magistério doutrinário (ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ, "Processos Informais de Mudança da Constituição", p. 230/232, item n. 5, 1986, Max Limonad; JORGE MIRANDA, "Manual de Direito Constitucional", tomo II/406 e 409, 2ª ed., 1988, Coimbra Editora; J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, "Fundamentos da Constituição", p. 46, item n. 2.3.4, 1991, Coimbra Editora).

O fato inquestionável é um só: a inércia estatal em tornar efetivas as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela Constituição e configura comportamento que revela um incompreensível sentimento de despreço pela autoridade, pelo valor e pelo alto significado de que se reveste a Constituição da República.

Nada mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem convenientes aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos.

A percepção da gravidade e das conseqüências lesivas derivadas do gesto infiel do Poder Público que transgride, por omissão ou por insatisfatória concretização, os encargos de que se tornou depositário, por efeito de expressa determinação constitucional, foi revelada, entre nós, já no período monárquico,

em lúcido magistério, por PIMENTA BUENO (“Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império”, p. 45, reedição do Ministério da Justiça, 1958) e reafirmada por eminentes autores contemporâneos em lições que acentuam o desvalor jurídico do comportamento estatal omissivo (JOSÉ AFONSO DA SILVA, “Aplicabilidade das Normas Constitucionais”, p. 226, item n. 4, 3ª ed., 1998, Malheiros; ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ, “Processos Informais de Mudança da Constituição”, p. 217/218, 1986, Max Limonad; PONTES DE MIRANDA, “Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1, de 1969”, tomo I/15-16, 2ª ed., 1970, RT, v.g.).

O desprestígio da Constituição - por *inércia* de órgãos meramente constituídos - representa um dos mais graves aspectos da patologia constitucional, pois reflete inaceitável desprezo, por parte das instituições governamentais, da autoridade suprema da Lei Fundamental do Estado.

Essa constatação, feita por KARL LOEWENSTEIN (“Teoria de la Constitución”, p. 222, 1983, Ariel, Barcelona), coloca em pauta o fenômeno da erosão da consciência constitucional, motivado pela instauração, no âmbito do Estado, de um preocupante processo de desvalorização funcional da Constituição escrita, como já ressaltado, pelo Supremo Tribunal Federal, em diversos julgamentos, como resulta da seguinte decisão, consubstanciada em acórdão assim ementado:

“(…) DESCUMPRIMENTO DE IMPOSIÇÃO CONSTITUCIONAL LEGIFERANTE E DESVALORIZAÇÃO FUNCIONAL DA CONSTITUIÇÃO ESCRITA.

- O Poder Público - quando se abstém de cumprir, total ou parcialmente, o dever de legislar, imposto em cláusula constitucional, de caráter mandatário - infringe, com esse comportamento negativo, a própria integridade da Lei Fundamental, estimulando, no âmbito do Estado, o preocupante fenômeno da erosão da consciência constitucional (ADI 1.484-DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

- A inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado. É que nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem ajustados à conveniência e aos desígnios dos governantes, em

detrimento dos interesses maiores dos cidadãos.

DIREITO SUBJETIVO À LEGISLAÇÃO E DEVER CONSTITUCIONAL DE LEGISLAR: A NECESSÁRIA EXISTÊNCIA DO PERTINENTE NEXO DE CAUSALIDADE.

- **O direito à legislação** só pode ser invocado pelo interessado, quando **também existir** - simultaneamente imposta pelo próprio texto constitucional - **a previsão do dever estatal de emanar normas legais**. Isso significa que o direito individual à atividade legislativa do Estado apenas se evidenciará naquelas estritas hipóteses em que o desempenho da função de legislar refletir, por efeito de exclusiva determinação constitucional, uma obrigação jurídica indeclinável imposta ao Poder Público. (...).”
(**RTJ 183/818-819**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, **Pleno**)

Em tema de implementação de políticas governamentais, **previstas e determinadas** no texto constitucional, **notadamente nas áreas de educação infantil (RTJ 199/1219-1220) e de saúde pública (RTJ 174/687 – RTJ 175/1212-1213)**, a Corte Suprema brasileira **tem proferido** decisões **que neutralizam** os efeitos nocivos, lesivos e perversos **resultantes** da inatividade governamental, **em situações** nas quais **a omissão** do Poder Público representava **um inaceitável insulto** a direitos básicos assegurados **pela própria** Constituição da República, **mas cujo exercício** estava sendo inviabilizado **por contumaz** (e irresponsável) **inércia** do aparelho estatal.

O Supremo Tribunal Federal, em referidos julgamentos, **colmatou** a omissão governamental **e conferiu** real efetividade a direitos essenciais, **dando-lhes** concreção **e**, desse modo, **viabilizando** o acesso das pessoas **à plena fruição** de direitos fundamentais, cuja realização prática lhes **estava sendo negada**, injustamente, **por arbitrária abstenção** do Poder Público.

O fato que tenho por relevante **consiste** no reconhecimento de que a interpretação da norma programática **não pode** transformá-la em promessa constitucional inconsequente.

O caráter programático da regra inscrita no art. 227 da Carta Política – **que tem** por destinatários **todos** os entes políticos **que compõem**, no plano institucional, **a organização federativa** do Estado brasileiro – **impõe** o reconhecimento de que as normas constitucionais veiculadoras de um programa de ação **revestem-se** de eficácia jurídica **e dispõem** de caráter cogente.

Ao contrário do que se afirmou no v. acórdão recorrido, as normas programáticas **vinculam e obrigam** os seus destinatários, **sob pena** de o Poder Público, **fraudando** justas expectativas nele depositadas pela coletividade, **substituir**, de maneira ilegítima, **o cumprimento** de seu impostergável dever, **por um gesto irresponsável** de infidelidade governamental **ao que determina** a própria Lei Fundamental do Estado.

Impende destacar, neste ponto, por oportuno, **ante a inquestionável procedência** de suas observações, **a decisão** proferida pela eminente Ministra CARMEN LÚCIA (AI 583.136/SC), **em tudo aplicável**, por identidade de situação, **ao caso em análise**:

“Ao contrário do que decidido pelo Tribunal ‘a quo’, **no sentido** de que a manutenção da sentença **provocaria ingerência** de um em outro poder, **a norma do art. 227** da Constituição da República **impõe** aos órgãos estatais competentes - **no caso** integrantes da estrutura do Poder Executivo - **a implementação** de medidas que lhes foram legalmente atribuídas. **Na espécie em pauta**, compete ao Estado, **por meio** daqueles órgãos, o atendimento social às crianças e aos adolescentes vítimas de violência ou exploração sexual. **Tanto configura** dever legal do Estado **e direito** das vítimas de receber tal atendimento.

.....
É competência do Poder Judiciário, vale dizer, **dever que lhe cumpre honrar**, julgar as causas que lhe sejam submetidas, **determinando** as providências necessárias **à efetividade** dos direitos **inscritos** na Constituição e em normas legais.

.....
9. Exatamente na esteira daquela jurisprudência consolidada **é que cumpre reconhecer** o dever do Estado **de implementar** as medidas necessárias **para que as crianças e os adolescentes** fiquem protegidos de situações que os coloquem em risco, **seja** sob a forma de negligência, de discriminação, de exploração, de violência, de crueldade **ou** a de opressão, **situações que confiscam** o mínimo existencial sem o qual a dignidade da pessoa humana é mera utopia. **E não se há de admitir** ser esse princípio **despojado** de efetividade constitucional, sobre o que não mais pende discussão, **sendo o seu cumprimento incontornável**.

10. Reitere-se que a proteção **contra** aquelas situações **compõe o mínimo existencial**, de atendimento **obrigatório** pelo Poder Público, **dele não podendo se eximir** qualquer das

*entidades **que exercem** as funções estatais, **posto** que tais condutas ilícitas **afrontam** o direito universal à vida com dignidade, à liberdade e à segurança.” (grifei)*

Isso significa, portanto, **que a ineficiência** administrativa, **o descaso** governamental com direitos básicos da pessoa, **a incapacidade** de gerir os recursos públicos, **a falta de visão** política justa percepção, **pelo administrador**, do enorme significado social de que se reveste a proteção à criança e ao adolescente, **a inoperância** funcional dos gestores públicos na concretização das imposições constitucionais **não podem nem devem** representar obstáculos à execução, pelo Poder Público, **da norma** inscrita no art. 227, “caput”, da Constituição da República, **que traduz e impõe**, ao Estado, um dever inafastável, **sob pena** de a ilegitimidade **dessa inaceitável** omissão governamental **importar** em grave vulneração a um direito fundamental **e que é**, no contexto ora examinado, **a proteção integral da criança e do adolescente**.

Sendo assim, em face das razões expostas **e considerando**, ainda, **anterior decisão** que proferi sobre o mesmo tema (AI 583.264/SC, Rel Min. CELSO DE MELLO), **conheço** do presente recurso extraordinário **interposto** pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina, **para dar-lhe provimento** (CPC, art. 557, §1º-A), **em ordem a restabelecer** a sentença proferida pelo magistrado local **de primeira** instância.

Publique-se.

Brasília, 23 de março de 2010.

Ministro CELSO DE MELLO
Relator

Do resultado do Plenário dê-se ciência ao Exmo Sr Juiz da Primeira Vara da Fazenda Pública, **Juiz: Antenor Cardoso Soares Júnior** – Desembargador, Forum Desembargador Rodolfo Aureliano, na Av. Desembargador Guerra Barreto, s/n - Joana Bezerra - CEP: 50080-900, ao Exmo. Sr. Juiz da Sexta Vara da Fazenda Pública, Juiz: **José Carlos Patriota Malta** – Desembargador, Forum Desembargador Rodolfo Aureliano, na Av. Desembargador Guerra Barreto, s/n - Joana Bezerra - CEP: 50080-900, ao Exmo. Sr. **Juiz: Humberto Costa Vasconcelos Junior** - Juiz de Direito da Terceira Vara da Infância e

Juventude da Capital, Forum Desembargador Rodolfo Aureliano, na Av. Desembargador Guerra Barreto, s/n - Joana Bezerra - CEP: 50080-900, a Exma. Sra. **Maria Betânia Beltrão Gondim** - Juiza de Direito da Quarta Vara da Infância e Juventude da Capital, Forum Desembargador Rodolfo Aureliano, na Av. Desembargador Guerra Barreto, s/n - Joana Bezerra - CEP: 50080-900, a Ilma. Sra. Procuradora da Fazenda Nacional, **Thaís Ribeiro**, Quadra CCSW 02, Lote 4, Apt. 139 – Edf. Lina, Setor Sudoeste, Cruzeiro – DF, e a senhora **Adriana Moreira Costa**, Avenida Beira Rio, 660, Apt. 1801 – Madalena – Recife – PE, CEP: 50610-100.

Câmara Municipal do Recife, de novembro de 2010.

PRISCILA KRAUSE
Vereadora D25 Recife