

Autos nº 024/2011 (Ação Civil Pública)

Vara da Infância e da Juventude da Comarca de Americana

**Apelante:** FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

**Apelado:** MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

### **CONTRARRAZÕES DE APELAÇÃO**

EGRÉGIO TRIBUNAL

COLENDIA CÂMARA

DOUTA PROCURADORIA DE JUSTIÇA

Inconformada com a respeitável sentença exarada a fls. 303/304 verso, que julgou procedente o pedido do Ministério Público, determinando que o Estado realize a contratação de profissionais cuidadores para atender os alunos com deficiência nas escolas estaduais de Americana, a FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO interpôs recurso de apelação (fls. 313/352), objetivando a reforma da aludida decisão de primeira instância. Postula o reconhecimento da nulidade da sentença por ausência de fundamentação e falta de liquidez da condenação, ou, subsidiariamente, a sua reforma. Em suas razões, a apelante requer inicialmente a atribuição de efeito suspensivo ao recurso, com fundamento no art. 558, 'caput' e § 1º, do CPC. Em sede de *preliminares*, alega que

(Ação Civil Pública - Autos nº 024/11 - Vara Infância e Juventude de Americana)

o pedido é juridicamente impossível, pois o Judiciário não pode impor ao Executivo a obrigação de contratar servidores públicos ou exigir a criação de cargos, o que ofende a separação dos Poderes. Ainda preliminarmente, defende que o pedido não é específico, pois deveria detalhar quais as funções desse profissional cuidador e delimitar qual a necessidade real de cada criança. *No mérito*, sustenta que o Judiciário não pode impor ao Estado essa política pública, sob pena de contrariar a Constituição e a legislação em vigor. Novamente, afirma haver ofensa à separação dos Poderes. Outrossim, argumenta com a “reserva do possível em relação à assunção de gastos com pessoal” e a “impossibilidade de contratação sem a respectiva dotação orçamentária”. Aduz que o tema tratado nesta demanda (contratação de profissional “cuidador”) não está sendo ignorado pelo Estado, tanto que está celebrando um convênio com entidades reconhecidas visando solucionar o mencionado problema e garantir a efetiva inclusão desses alunos especiais. Por fim, menciona a existência de entendimento jurisprudencial favorável à sua tese, proferido em caso semelhante, e pede a aplicação do art. 515, § 3º, do CPC, para que o tribunal julgue desde logo a lide, em caso de acolhimento das preliminares.

O apelo foi recebido apenas em seu efeito devolutivo (fls. 357).

É a síntese.

Com o devido respeito, entendemos que o recurso não merece provimento.

Inicialmente, afigura-se descabida a pretensão da Fazenda Pública no sentido de que, diante da verossimilhança de suas alegações e de perigo de dano ao erário, haveria necessidade de atribuição de efeito suspensivo ao recurso em tela.

(Ação Civil Pública - Autos nº 024/11 - Vara Infância e Juventude de Americana)

De fato, o artigo 558, § 1º do Código de Processo Civil, permite que, interposta apelação contra qualquer das sentenças previstas no artigo 520 (incluindo a confirmatória de tutela antecipada), requeira o apelante, em suas razões, a suspensão do cumprimento da sentença até o pronunciamento definitivo do tribunal.

Observe-se, no entanto, a necessidade, insculpida no 'caput', de que seja relevante a fundamentação. Alega a apelante, em suas razões, que a não-atribuição de efeito suspensivo à sentença gerará perigo de dano ao erário e aos princípios da administração pública.

Ora, a lógica esposada pelo Estado, no sentido de que "todo o planejamento orçamentário restará comprometido em razão da súbita criação judicial do cargo de 'cuidador'", embora vise atender ao interesse secundário do Estado de controlar suas finanças, colide com o interesse público primário, ou seja, o interesse público propriamente dito.

De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello, os interesses secundários do Estado só podem ser por ele buscados quando coincidentes com os interesses primários, isto é, "aqueles que a lei aponta como sendo o interesse da coletividade: o da observância da ordem jurídica estabelecida a título de bem curar o interesse de todos"<sup>1</sup>.

Assim, a pretexto de aplicar os princípios constitucionais da administração e das finanças públicas, não pode o recorrente exigir que se descumpram os postulados, também expressos na Carta Política, que

---

<sup>1</sup> MELLO, Celso Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 20ª edição, Malheiros, São Paulo: 2006, p. 69.

(Ação Civil Pública - Autos nº 024/11 - Vara Infância e Juventude de Americana)

garantem o direito ao atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino (artigos 208, III, e 239, § 2º, da Constituição Federal), além da proteção integral e da prioridade absoluta às crianças e adolescentes (artigo 227).

Ponderando-se os interesses aqui em jogo, claro está que dano realmente ocorrerá se esses alunos especiais não puderem efetivamente frequentar e, mais do que isso, permanecer no ambiente escolar em condições dignas e de igualdade, o que só será possível quando as escolas estaduais disponibilizarem o *cuidador*. Sem o auxílio efetivo de tal profissional, os alunos com deficiência não terão condições de continuar estudando em razão da impossibilidade física de, sozinhos, realizarem atividades diversas, notadamente relacionadas à alimentação, higiene íntima, eventual troca de fralda, etc.

Por sua vez, as matérias veiculadas a título de **preliminares**, conquanto guardem certa relação com o mérito da demanda, devem ser rejeitadas desde logo.

Com efeito, o apelante postula seja declarada a *nulidade da sentença* por ausência de fundamentação, principalmente no tocante às preliminares, as quais não teriam sido analisadas, bem assim pela falta de liquidez com relação ao objeto da prestação, uma vez que a decisão não teria apontado quem, quantos e para quem seriam os cuidadores.

Ora, uma simples leitura da sentença permite verificar que foram devidamente sopesadas pelo MM. Juízo de primeiro grau não só a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido, como também a referente à ausência de sua especificação (fls. 303).

(Ação Civil Pública - Autos nº 024/11 - Vara Infância e Juventude de Americana)

Na verdade, os fundamentos que, segundo o apelante, não chegaram a ser apreciados pelo magistrado 'a quo', concernem ao mérito da questão, e foram oportunamente abordados no decorrer da sentença (o argumento sobre a existência de regramento constitucional para contratação de servidores públicos foi refutado pela menção à contratação acelerada, vale dizer, temporária; já a impossibilidade de criação de cargos públicos pelo Judiciário foi devidamente rebatida no parágrafo que abordou a separação de poderes).

Ainda que não tivessem sido enfrentados todos os pontos do apelante, a jurisprudência tem entendido que *“o juiz não está obrigado a responder todas as alegações das partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para fundar a decisão, nem se obriga a ater-se aos fundamentos indicados por elas e tampouco a responder uma a um todos os seus argumentos”* (JTJ 259/14). No mesmo sentido: RJM 189/207 (AP 1.0024.06.121691-7/001).

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, já decidiu que *“não é nula a sentença sucintamente fundamentada, desde que contenha o essencial”* (STJ, 4ª T., REsp 7.870, Min. Sálvio de Figueiredo, j. 3.12.91, DJU 3.2.92). Por fim, o Supremo Tribunal Federal também se manifestou no sentido de que *“a Constituição não exige que a decisão seja extensamente fundamentada. O que se exige é que o juiz ou tribunal dê as razões de seu convencimento”* (STF, 2ª T., AI 162.089-8 AgRg, Min. Carlos Velloso, j. 12.12.95, DJU 15.3.96).

Tampouco pode ser a decisão declarada nula por falta de liquidez com relação ao objeto da prestação. Sustenta o apelante que, na esteira do pedido formulado pelo Ministério Público, a sentença não teria delimitado quem são os profissionais cuidadores, quais as suas habilidades e quantas crianças atenderão. Contudo, tanto o Órgão do Ministério Público quanto o Magistrado 'a quo' apontaram claramente a existência do débito (ausência de

(Ação Civil Pública - Autos nº 024/11 - Vara Infância e Juventude de Americana)

cuidadores), o que é devido (contratação desses profissionais em número proporcional à demanda no município), quem deve (o Estado de São Paulo) e a quem (alunos com deficiência matriculados na rede pública estadual de ensino da cidade de Americana). Se existe alguém capaz de realizar um detalhamento maior da demanda, nos moldes sugeridos pela Fazenda Pública, é o próprio Estado, que possui os meios necessários (inclusive técnicos) para elaborar um levantamento dos alunos portadores de deficiências, das suas peculiaridades e dos profissionais aptos a realizarem funções básicas de cuidado, além de outras que se afigurarem indispensáveis. Aliás, consoante se observa de fls. 121/122 e 225, tal levantamento já está sendo realizado.

Ademais, ainda que a sentença fosse ilíquida, somente o autor teria interesse recursal em arguir esse vício, nos termos da Súmula nº 318 do STJ. Isso porque “o § único do artigo 459 se destina ao autor, não em detrimento do seu direito, quando fundado” (STJ, 3ª T., REsp 12.792, Min. Dias Trindade, j. 10.9.91, DJU 30.9.91).

Também se mostra totalmente equivocada a alegação de que o *pedido seria juridicamente impossível*, pois se estaria querendo obrigar o Estado a criar um cargo público. Na verdade, o que se busca é que o Estado disponibilize nas escolas estaduais o profissional *cuidador* apto a auxiliar os alunos com deficiência em várias atividades que normalmente ocorrem durante o período de permanência na escola. Todavia, se será mediante a criação de cargo público específico ou se o Estado resolverá o problema de outro modo é assunto que se insere na discricionariedade administrativa do Executivo. Tanto é que, segundo afirmado pela própria Fazenda Pública, o Estado pretende resolver essa questão mediante a celebração de um convênio com entidades reconhecidas (e não mediante a criação de cargos públicos). Aliás, para nossa surpresa (visto que a

(Ação Civil Pública - Autos nº 024/11 - Vara Infância e Juventude de Americana)

questão se arrasta há bastante tempo), consignou em suas razões recursais (cópia a fls. 148) que **“a referida política pública inclusiva está com previsão de início de implantação no Município de Americana a partir do início do segundo semestre de 2011.”** Tal afirmação só reforça a nossa convicção (formada também ao longo de várias reuniões com profissionais integrantes da Diretoria de Ensino de Americana) no sentido de que, não fosse a indispensável intervenção do Judiciário nessa delicada questão, certamente não haveria previsão de uma solução em tão pouco tempo.

Ademais, o Estado também pode se valer das contratações temporárias, não ficando adstrito à criação de cargo ou à celebração do convênio.

Aliás, nesse passo é importante ressaltar que **o próprio Estado alardeou recentemente que fará contratação de mais de 13 mil profissionais temporários para a Educação.**

Segundo o noticiado no dia 1º de junho próximo passado (fls. 288), **“Alckmin autoriza contratação de mais de 13 mil profissionais temporários para Educação”**; “serão 4.483 agentes de serviços escolares e 8769 agentes de organização escolar” (conferir documento anexado a fls. 288 dos autos, extraído do Portal do Governo de São Paulo na internet ou pelo link a seguir: <http://www.saopaulo.sp.gov.br/spnoticias/lenoticia.php?id=214968>).

A informação divulgada, contudo, não esclarece se essa contratação temporária de milhares de profissionais para atuar na Educação incluirá profissionais cuidadores para auxiliar os alunos portadores de deficiência em suas necessidades diárias na escola. Por óbvio, diante da gravidade e da urgência da situação atual, o Estado deveria ter se preocupado com a ausência

(Ação Civil Pública - Autos nº 024/11 - Vara Infância e Juventude de Americana)

do profissional cuidador e, assim, ter incluído sua contratação nesse extenso rol de temporários que serão contratados.

De qualquer modo, como já afirmamos, cabe ao próprio Estado decidir a forma pela qual pretende prover as escolas estaduais de profissionais cuidadores em número suficiente para atender a demanda crescente de alunos com deficiência. Seja por contratação temporária (como retro mencionado) seja por celebração de convênio (como manifestado pela Fazenda Pública nos autos), seja por criação de cargo e subsequente concurso público, o importante é que não persista a lamentável situação de alunos com deficiência continuarem sendo prejudicados pela falta de atendimento adequado na rede estadual de educação.

De igual maneira, deve ser rejeitada a preliminar de que *o pedido não é específico*, pois deveria detalhar quais as funções desse profissional cuidador e delimitar qual a necessidade real de cada criança. Ora, se o Ministério Público tivesse minudenciado o pedido da forma sugerida pela Fazenda Estadual, aí sim se poderia dizer que estaria havendo indevida ingerência em área exclusiva do Administrador. Como facilmente se constata, a inicial da ação civil pública não poderia esmiuçar tais atribuições, mas cuidou de evidenciar o problema da falta de condições adequadas de atendimento na rede estadual de educação em razão da inexistência de um profissional (cuidador) apto a auxiliar os alunos com deficiência em diversas atividades inerentes ao ambiente escolar. A ação se preocupou em trazer os contornos gerais dessa nova atividade/função ainda inexistente nas escolas, mas indispensável a inúmeros alunos portadores de deficiência. Ficou delineado, de modo exemplificativo, o caso concreto mencionado na inicial, em que o menino necessita de apoio para alimentar-se, para ser encaminhado ao banheiro e para desenvolver atividades dirigidas pedagógicas. Há casos em que o cuidador terá que auxiliar na higiene íntima, troca de fraldas, etc.

(Ação Civil Pública - Autos nº 024/11 - Vara Infância e Juventude de Americana)

Conforme já foi dito acima, caberá ao próprio Estado finalizar a elaboração do levantamento detalhado dos alunos com deficiência matriculados no ensino regular, bem como de suas necessidades específicas (o que, convém notar, começou a fazer depois do ajuizamento da presente ação – cf. fls. 121/122), permitindo, assim, que possa providenciar um atendimento eficiente, digno e capaz de eliminar as desigualdades atualmente existentes.

**No mérito**, melhor sorte não assiste à Fazenda Estadual.

Conforme já ressaltado nos autos da aludida ação civil pública, enquanto o Poder Público não disponibilizar o profissional cuidador nas escolas onde haja alunos com deficiência, o direito à educação certamente acabará ficando prejudicado. Tal profissional, como é intuitivo, é imprescindível para viabilizar a permanência desses alunos especiais nas escolas, visto que muitos deles precisam de auxílio para a realização de diversas atividades durante o período em que devem permanecer nas escolas, tais como a alimentação, troca de fralda, ida ao banheiro, higiene pessoal, etc.

A alegação do Estado no sentido de que vem garantindo o acesso à educação e à inclusão dos alunos portadores de necessidades especiais na rede de ensino não corresponde inteiramente à verdade. Não se ignora que a situação tem melhorado, notadamente quando se compara à época em que os alunos com deficiência eram totalmente alijados do ensino regular.

Contudo, ainda há muito a se fazer para que se possa dizer que há efetiva inclusão desses alunos especiais nas escolas. Não basta disponibilizar a vaga ao estudante com deficiência. Se a escola não garantir as condições de acessibilidade e, mais do que isso, não disponibilizar profissionais aptos a auxiliar os alunos nas suas dificuldades e necessidades especiais, a

(Ação Civil Pública - Autos nº 024/11 - Vara Infância e Juventude de Americana)

permanência na escola durante o período das aulas estará inviabilizada ou, no mínimo, bastante prejudicada.

Como é sabido, o ordenamento jurídico estabelece como regra que as pessoas portadoras de deficiência devem ser incluídas no ensino regular. Desde o ano de 1996 (há bem mais de uma década!), a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei nº 9.394/1996) já estabelece que:

Art. 58. Entende-se por educação especial, para os efeitos desta Lei, a modalidade de educação escolar, **oferecida preferencialmente na rede regular de ensino, para educandos portadores de necessidades especiais.**

§ 1º **Haverá, quando necessário, serviços de apoio especializado, na escola regular, para atender às peculiaridades da clientela de educação especial.**

Destarte, houve tempo mais do que suficiente para que o Estado se preparasse para garantir condições dignas de acesso e permanência dos alunos especiais no ensino regular.

É muito fácil constatar que se o Estado não propiciar as condições necessárias para o acesso e permanência desses alunos, ficará inviabilizada a efetivação da inclusão, violando-se o direito à educação dessas crianças e adolescentes que, em razão das limitações que possuem, não terão condições de continuar nas escolas (pelo menos não em condições de igualdade com os alunos ditos “normais”).

Os documentos carreados aos autos evidenciam a necessidade premente de o Poder Público disponibilizar profissional “cuidador” junto às escolas estaduais de Americana.

(Ação Civil Pública - Autos nº 024/11 - Vara Infância e Juventude de Americana)

Com efeito, no caso específico da criança mencionada na inicial ([REDACTED]), a efetivação do direito de frequentar a escola regular só poderá ser alcançada mediante a disponibilização de profissional cuidador, pessoa capacitada a auxiliá-lo em cuidados básicos enquanto estiver na escola, sendo certo que ele precisa de ajuda para atividades da vida diária, necessitando de apoio para alimentar-se, para ser encaminhado ao banheiro e para desenvolver atividades pedagógicas. O laudo médico cuja cópia foi acostada aos autos atesta que a criança apresenta quadro de encefalopatia crônica não progressiva com dependência parcial em atividades de vida diária. É evidente, pois, que ele não poderá frequentar a escola em que foi matriculado (ESCOLA ESTADUAL MÁRIO PATARRA FRATTINI) enquanto o Poder Público não providenciar a disponibilização de profissional “cuidador” que o acompanhe durante o período em que estiver na escola. Nesse sentido, aliás, foram as declarações complementares do seu genitor, nas quais afirmou expressamente que “sem o profissional cuidador na escola, não temos como levar meu filho para frequentar as aulas por enquanto, o que prejudicará até mesmo pela perda de frequência escolar” (fls. 59).

Do mesmo modo, as demais pessoas com deficiência também poderão ficar impossibilitadas de frequentar escolas estaduais nesse município ou, no mínimo, enfrentarão sérias dificuldades e constrangimentos para permanecerem nas escolas enquanto não puderem contar com o auxílio efetivo do aludido profissional cuidador.

É o que se verifica, igualmente, da documentação encartada a fls. 62, noticiando a triste situação de outra criança (MATHEUS BRANDÃO), portador de múltiplas deficiências, que também está fora da escola em razão da ausência desse profissional cuidador.

(Ação Civil Pública - Autos nº 024/11 - Vara Infância e Juventude de Americana)

Em situação semelhante, pedimos vênia para chamar a atenção para vários outros alunos especiais (qualificados nos documentos anexados aos autos a fls. 83/94, 98/106, 108/114, 116/119, 130/136), os quais também aguardam a disponibilização do profissional cuidador para que possam permanecer no ambiente escolar em condições dignas e de igualdade.

Enquanto persistir esta situação, sérios prejuízos estão sendo acarretados aos alunos com deficiência (como nos exemplos acima mencionados, cujo direito à educação vem sendo violado).

Não se pode admitir a falta de sensibilidade e a equivocada percepção quanto aos reais interesses que estão a merecer a tutela judicial. Vale dizer, não se pode privilegiar os interesses do Estado enquanto pessoa jurídica, preocupando-se com as eventuais dificuldades burocráticas para providenciar a contratação de profissional cuidador, olvidando-se, porém dos relevantes interesses sociais que estão em jogo e, mais que isso, não se pode ignorar os princípios da **proteção integral** e da **prioridade absoluta** previstos na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

**A CONSTITUIÇÃO FEDERAL** estabelece que:

Art. 208 – O dever de Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: (...) III. atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do **Estado** assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, **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.

(Ação Civil Pública - Autos nº 024/11 - Vara Infância e Juventude de Americana)

Art. 239 - O Poder Público organizará o Sistema Estadual de Ensino, abrangendo todos os níveis e modalidades, incluindo a especial, estabelecendo normas gerais de funcionamento para as escolas públicas estaduais e municipais, bem como para as particulares.

(...)

§ 2º - **O Poder Público oferecerá atendimento especializado aos portadores de deficiências, preferencialmente na rede regular de ensino.**

A **proteção integral** e o **princípio da prioridade absoluta** foram abarcados pelo Estatuto da Criança e Adolescente, que prescreve:

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a **proteção integral** à criança e ao adolescente.

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da **proteção integral** de que trata esta Lei, **assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento** físico, mental, moral, espiritual e social, **em condições** de liberdade e **de dignidade**.

Art. 4º **É dever** da família, da comunidade, da sociedade em geral e **do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes** à vida, à saúde, à alimentação, **à educação**, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, **à dignidade, ao respeito**, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) **precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;**
- c) **preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;**

(Ação Civil Pública - Autos nº 024/11 - Vara Infância e Juventude de Americana)

d) **destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.**

Art. 5º Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.

Diante dos comandos legais destacados, não se pode concordar com a alegação do Estado no sentido de que a imposição pelo Judiciário da obrigação de fazer consistente na disponibilização do profissional cuidador nas escolas estaduais onde haja aluno com deficiência seria contrária à constituição e legislação em vigor.

Ao contrário, tal imposição encontra pleno amparo no nosso ordenamento jurídico. Quando a inércia ou a omissão do Executivo acarretam sérios prejuízos aos direitos de crianças e adolescentes portadores de deficiência, resta ao Judiciário buscar reparar tal falha.

Se o Estado tivesse observado os citados dispositivos do ECA (em vigor desde 1990) e da Lei de Diretrizes e Bases da Educação (desde 1996), certamente o problema atual não existiria. Vale dizer, se nos últimos 15 ou 20 anos o Estado tivesse atentado para a **proteção integral** e a **prioridade absoluta** (esta já prevista na Constituição Federal de 1988) e, desse modo, buscado garantir a efetivação dos direitos à educação e à dignidade desses indivíduos especiais observando a determinação legal de **precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública, preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas e a destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude**, é óbvio que o quadro seria outro e não teríamos chegado a essa lamentável situação, onde crianças e adolescentes com necessidades

(Ação Civil Pública - Autos nº 024/11 - Vara Infância e Juventude de Americana)

especiais são matriculadas em escolas estaduais que não estão preparadas para recebê-las e mantê-las em condições dignas.

Nesse passo, convém ressaltar que o STF e o STJ já reconheceram expressamente a possibilidade de o Judiciário, em situações semelhantes à tratada nestes autos, impor ao Estado uma atuação concreta (obrigação de fazer) quando sua omissão afronta direitos garantidos no ordenamento jurídico. Em outros termos, pode-se dizer que é perfeitamente possível atribuir ao Judiciário a incumbência de implementar políticas públicas quando o Executivo deixa de cumprir seu papel e, com tal omissão, coloca em risco direitos fundamentais dos cidadãos.

Esse entendimento já foi externado até pelo Supremo Tribunal Federal. Para ilustrar exemplificar, pedimos vênias para destacar:

**AGRAVO DE INSTRUMENTO 677.274-8 SÃO PAULO**  
**RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO**  
**AGRAVANTE: MUNICÍPIO DE SÃO PAULO**  
**AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

(...)

“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.”

(...)

“Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, **revela-se possível**, no entanto, **ao Poder Judiciário**, ainda que em bases excepcionais, **determinar**, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, **sejam estas implementadas**, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional.”

(...)

“É preciso assinalar, neste ponto, por relevante, que **o direito à educação** - que representa prerrogativa constitucional deferida a todos (CF, art. 205), notadamente às crianças (CF, arts. 208, IV, e 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**

(Ação Civil Pública - Autos nº 024/11 - Vara Infância e Juventude de Americana)

num “*facere*”, pois o Estado dele só se desincumbirá criando condições objetivas que propiciem, aos titulares desse mesmo direito, o acesso pleno ao sistema educacional”.

O Superior Tribunal de Justiça também se posicionou favoravelmente à tese ora defendida pelo Ministério Público. Vejamos:

**RECURSO ESPECIAL Nº 1.041.197 - MS (2008/0059830-7)**

**RELATOR: MINISTRO HUMBERTO MARTINS**

RECORRENTE: ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

RECORRIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

**EMENTA**

“ADMINISTRATIVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS – POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS – DIREITO À SAÚDE – FORNECIMENTO DE EQUIPAMENTOS A HOSPITAL UNIVERSITÁRIO – MANIFESTA NECESSIDADE – OBRIGAÇÃO DO ESTADO – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES – **NÃO-OPONIBILIDADE DA RESERVA DO POSSÍVEL AO MÍNIMO EXISTENCIAL.**

1. Não comporta conhecimento a discussão a respeito da legitimidade do Ministério Público para figurar no polo ativo da presente ação civil pública, em vista de que o Tribunal de origem decidiu a questão unicamente sob o prisma constitucional.

2. Não há como conhecer de recurso especial fundado em dissídio jurisprudencial ante a não-realização do devido cotejo analítico.

3. A partir da consolidação constitucional dos direitos sociais, a função estatal foi profundamente modificada, deixando de ser eminentemente legisladora em pró das liberdades públicas, para se tornar mais ativa com a missão de transformar a realidade social. Em decorrência, **não só a administração pública recebeu a incumbência de criar e implementar políticas públicas necessárias à satisfação dos fins constitucionalmente delineados, como também, o Poder Judiciário teve sua margem de atuação ampliada, como forma de fiscalizar e velar pelo fiel cumprimento dos objetivos constitucionais.**

4. 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. Com efeito, a correta interpretação do referido princípio, em matéria de políticas públicas, deve ser a de utilizá-lo apenas para limitar a atuação do judiciário quando a administração pública atua dentro dos limites concedidos pela lei. Em casos excepcionais, **quando a administração extrapola os limites da competência que lhe fora atribuída e age sem razão, ou fugindo da finalidade a qual estava vinculada, autorizado se encontra o Poder Judiciário a corrigir tal distorção restaurando a ordem jurídica violada.**

5. O indivíduo não pode exigir do estado prestações supérfluas, pois isto escaparia do limite do razoável, não sendo exigível que a sociedade arque com esse ônus. **Eis a correta compreensão do princípio da reserva do possível,** tal como foi formulado pela jurisprudência germânica. Por outro lado, **qualquer**

(Ação Civil Pública - Autos nº 024/11 - Vara Infância e Juventude de Americana)

**pleito que vise a fomentar uma existência minimamente decente não pode ser encarado como sem motivos, pois garantir a dignidade humana é um dos objetivos principais do Estado Democrático de Direito. Por este motivo, o princípio da reserva do possível não pode ser oposto ao princípio do mínimo existencial.**

**6. Assegurar um mínimo de dignidade humana por meio de serviços públicos essenciais, dentre os quais a educação e a saúde, é escopo da República Federativa do Brasil que não pode ser condicionado à conveniência política do administrador público. A omissão injustificada da administração em efetivar as políticas públicas constitucionalmente definidas e essenciais para a promoção da dignidade humana não deve ser assistida passivamente pelo Poder Judiciário.** Recurso especial parcialmente conhecido e improvido.

Outrossim, não merecem guarida as alegações do apelante de que a decisão estaria contrariando a legislação e usurpando funções do Executivo e Legislativo ao pretender estabelecer essa política pública, além de ofender o princípio da separação e independência dos Poderes.

Evidente que a imposição judicial de uma obrigação ao órgão do Poder Executivo não implica em afronta ao princípio da separação dos poderes, pois o sistema da tripartição se sustenta em mecanismos de controle e fiscalização recíproca para que seja respeitada também a harmonia entre os Poderes e, sobretudo, o alcance do interesse público, pelo desempenho adequado e eficiente de cada uma das funções que lhe são atribuídas.

O posicionamento adotado não macula o princípio constitucional da separação de poderes. O referido princípio não pode ser empregado para justificar a burla à Constituição e para contrariar o interesse público. A judicialização de política pública, aqui compreendida como implementação de política pública pelo Poder Judiciário, harmoniza-se com a Constituição de 1988. A concretização do texto constitucional não é dever apenas do Poder Executivo e Legislativo, mas também do Judiciário. É certo que, em regra, a implementação de política pública é da alçada do Executivo e do Legislativo; todavia, como já afirmado

(Ação Civil Pública - Autos nº 024/11 - Vara Infância e Juventude de Americana)

anteriormente, na hipótese de injustificada omissão ou inércia, o Judiciário deve e pode agir para forçar os outros poderes a cumprirem o dever constitucional que lhes é imposto.

Nesse sentido, em reforço aos julgados já citados, destacamos o posicionamento do Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 45, Relator Ministro Celso de Melo:

“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 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 que não 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. **Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático.** Cabe assinalar, presente esse contexto - consoante já proclamou esta Suprema Corte - que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política "não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, 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" (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO).”

(...)

“não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável

(Ação Civil Pública - Autos nº 024/11 - Vara Infância e Juventude de Americana)

ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, **a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado.** Extremamente pertinentes, a tal propósito, as observações de ANDREAS JOACHIM KRELL ("Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha", p. 22-23, 2002, Fabris): "A constituição confere ao legislador uma margem substancial de autonomia na definição da forma e medida em que o direito social deve ser assegurado, o chamado 'livre espaço de conformação' (...). Num sistema político pluralista, as normas constitucionais sobre direitos sociais devem ser abertas para receber diversas concretizações consoante as alternativas periodicamente escolhidas pelo eleitorado. A apreciação dos fatores econômicos para uma tomada de decisão quanto às possibilidades e aos meios de efetivação desses direitos cabe, principalmente, aos governos e parlamentos. Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional. No entanto, parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais. A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais a prestações materiais depende, naturalmente, dos recursos públicos disponíveis; normalmente, há uma delegação constitucional para o legislador concretizar o conteúdo desses direitos. Muitos autores entendem que seria ilegítima a conformação desse conteúdo pelo Poder Judiciário, por atentar contra o princípio da Separação dos Poderes (...). Muitos autores e juízes não aceitam, até hoje, uma obrigação do Estado de prover diretamente uma prestação a cada pessoa necessitada de alguma atividade de atendimento médico, ensino, de moradia ou alimentação. Nem a doutrina nem a jurisprudência têm percebido o alcance das normas constitucionais programáticas sobre direitos sociais, nem lhes dado aplicação adequada como princípios-condição da justiça social. A negação de qualquer tipo de obrigação a ser cumprida na base dos Direitos Fundamentais Sociais tem como consequência a renúncia de reconhecê-los como verdadeiros direitos. (...)

**Em geral, está crescendo o grupo daqueles que consideram os princípios constitucionais e as normas sobre direitos sociais como fonte de direitos obrigações e admitem a intervenção do Judiciário em caso de omissões inconstitucionais.**" (grifei) Todas as considerações que venho de fazer justificam-se, plenamente, quanto à sua pertinência, em face da própria natureza constitucional da controvérsia jurídica ora suscitada nesta sede processual, consistente na impugnação a ato emanado do Senhor Presidente da República,

(Ação Civil Pública - Autos nº 024/11 - Vara Infância e Juventude de Americana)

de que poderia resultar grave comprometimento, na área da saúde pública, da execução de política governamental decorrente de decisão vinculante do Congresso Nacional, consubstanciada na Emenda Constitucional nº 29/2000.”

Portanto, não há que se falar em ofensa à independência dos Poderes, sendo perfeitamente possível decisão judicial sobre a questão ora posta. De fato, o Poder Judiciário, no exercício de sua alta e importante missão constitucional, deve e pode impor ao Poder Executivo o cumprimento da disposição constitucional que garanta proteção integral à criança e ao adolescente, sob pena de legitimar e compactuar com omissões que violam direitos fundamentais das crianças e adolescentes, o que é vedado pelo texto constitucional. Em suma, cremos que nem a decisão que concedeu a antecipação de tutela, nem a sentença que julgou procedente a ação tem o condão de ferir o princípio constitucional da separação dos poderes, visto que tal princípio não pode ser empregado para justificar o descumprimento à própria Constituição e a violação do relevante interesse público ora defendido.

Por fim, em reforço à argumentação que rejeita as teses invocadas pela apelante, convém destacar o brilhante entendimento adotado pelo Magistrado sentenciante (fls. 303 verso) sustentando que:

*“O princípio da reserva do possível não deve ser aplicado quando envolver direitos fundamentais que se vinculam com mais intensidade à dignidade humana. O mínimo existencial que decorre da própria condição humana precisa ser respeitado pelo Estado e jamais afastado porque questões ligadas ao orçamento público se colocam como obstáculos. O Estado nasceu para servir à dignidade humana, ou seja, ele só existe em função do homem. Não se pode pensar o contrário, é dizer: não foi o homem que nasceu para o Estado. A*

(Ação Civil Pública - Autos nº 024/11 - Vara Infância e Juventude de Americana)

*condição humana da pessoa com necessidades especiais, particularmente crianças e adolescentes, deve ser respeitada com o mínimo necessário para concretização da dignidade humana. Sem dúvida que a existência de profissionais 'cuidadores' para que referidas pessoas possam exercer o direito fundamental à educação diz respeito ao mínimo existencial que o Estado deve garantir."*

Ante todo o exposto, o MINISTÉRIO PÚBLICO aguarda serenamente que seja **negado provimento** ao recurso de apelação.

Americana, 07 de novembro de 2011.

JORGE UMBERTO APRILE LEME  
6º Promotor de Justiça de Americana  
(Direitos Humanos - Pessoa com Deficiência)