

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 5019568-13.2011.404.7200/SC

RELATOR : CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES LENZ
APELANTE : UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA - UFSC
APELADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA

ADMINISTRATIVO. EDUCAÇÃO INCLUSIVA ÀS PESSOAS PORTADORAS DE NECESSIDADES ESPECIAIS DO COLÉGIO DE APLICAÇÃO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA. CONTRATAÇÃO DE PROFESSORES E PESSOAL ADMINISTRATIVO DE APOIO.

1. O cumprimento do comando sentencial atacado no presente recurso determinando a realização de concurso para posterior contratação de professores e de pessoal administrativo e de apoio (especialmente psicólogos, fonoaudiólogos, intérpretes de Língua Brasileira de Sinais - LIBRAS, etc.), só dependeria da presença da União Federal no polo passivo da lide acaso a parte ré - Universidade Federal de Santa Catarina - tivesse demonstrado nos autos a inexistência, em seu quadro de pessoal, de cargos vagos, passíveis de serem providos, em número suficiente para atendimento da determinação objeto da sentença apelada. Situação essa que, se provada, de fato demandaria a presença da União no polo passivo, dada a necessidade de criação de novos cargos, conforme previsto na alínea 'a' do inciso II do § 1º do art. 61 da CF/88.

2. O comando sentencial recorrido, determinando (a) a contratação temporária de professores por excepcional interesse público; (b) a disponibilização, por intermédio de programa específico do Ministério da Educação, dos recursos multifuncionais necessários para a realização plena do atendimento educacional especializado; (c) a elaboração de programa abrangente que concretize a educação inclusiva prevista nos documentos internacionais, na Constituição da República e na legislação ordinária, a partir da orientação específica do Ministério da Educação para a matéria; e (d) a realização (conclusão) de concurso público para admissão de professores e pessoal administrativo e de apoio; e (d) a criação de equipe multidisciplinar encontra amparo em nosso sistema jurídico, não se sustentando a tese da parte ré dando conta de que a pretensão estaria sujeita a princípio da reserva do possível e representaria afronta ao princípio constitucional de separação de poderes em questões de política educacional a cargo da própria autarquia.

3. Apelo desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 3a. Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do relatório, votos e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 29 de maio de 2013.

Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz
Relator

RELATÓRIO

O parecer do MPF expõe com precisão a controvérsia, *verbis*:

I - Relato

Trata-se de apelação cível em Ação Civil Pública movida pelo Ministério Público Federal em face da Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, contra sentença que:

*1) deferiu parcialmente a antecipação dos efeitos da tutela, para determinar à UFSC que promova: **a)** no prazo máximo de noventa dias a contratação temporária de professores (com a possibilidade de aproveitamento dos candidatos classificados no concurso vigente, por excepcional interesse público, em número suficiente para promover o atendimento educacional especializado aos alunos portadores de necessidades especiais do Colégio de Aplicação, inclusive mediante acompanhamento individual em sala dos estudantes diagnosticados com deficiências mais severas; **b)** a aquisição e a disponibilização, por intermédio de programa abrangente que concretize a educação inclusiva prevista nos documentos internacionais, na Constituição da República e na legislação ordinária, a partir da orientação específica do Ministério da Educação, dos recursos multifuncionais necessários para a realização plena do atendimento educacional especializado; e, no prazo máximo de seis meses, **c)** a elaboração de programa abrangente que concretize a educação inclusiva prevista nos documentos internacionais, na Constituição da República e na legislação ordinária, a partir da orientação específica do Ministério da Educação para a matéria, sujeitando-o à homologação judicial;*

*2) **julgou procedente o pedido** para condenar a Universidade Federal de Santa Catarina a providenciar, na forma da fundamentação: **a)** a contratação temporária, por excepcional interesse público, de professores em número suficiente para promover o atendimento educacional especializado aos alunos portadores de necessidades especiais do Colégio de Aplicação, inclusive mediante acompanhamento individual e sala daqueles com deficiências mais severas, na condição de segundo professor; **b)** a aquisição e a disponibilização, por intermédio de programa específico do Ministério da Educação, dos recursos multifuncionais necessários para a realização plena do atendimento educacional especializado; **c)** a elaboração de programa abrangente que concretize a educação inclusiva prevista nos documentos internacionais, na Constituição da República e na legislação ordinária, a partir da*

orientação específica do Ministério da Educação para a matéria; d) a realização (conclusão) de concurso público para admissão de professores e pessoal administrativo e de apoio, em número suficiente para o atendimento a todas as séries e horários daquele estabelecimento, comprovando nos autos a suficiência mediante a realização de estudos técnico-pedagógicos; e e) a criação de equipe multidisciplinar, que deverá compreender servidores concursados, com dedicação exclusiva, na áreas de psicologia, pedagogia, fonoaudiologia, nutrição, assistência social, terapia ocupacional e letras.

Em suas razões de apelo, a UFSC alega, preliminarmente, a necessidade de formação de litisconsórcio passivo com a União, porquanto não detém competência para a criação de cargos de professor, por se tratar de autarquia federal. Por esse motivo, requer a nulidade da sentença, com a remessa dos autos ao juízo de origem para citação da União e prolação de nova sentença. No mérito, alega que a efetivação do comando judicial requer recursos econômicos, e a princípio constitucional da separação de poderes. Aduz a impossibilidade de contratação temporária de professores por excepcional interesse público, em antecipação de tutela, porque representa aumento de despesa com pessoal, conforme vedação da Lei n. 9.494/97. Requereu a suspensão do cumprimento da decisão antecipatória da tutela até o pronunciamento definitivo da turma, nos termos do art. 558, parágrafo único, do CPC.

Com contrarrazões, subiram os autos a esse Egrégio Tribunal Regional.

Veio o feito, por meio eletrônico, a esta Procuradoria Regional da República, para parecer.

É o breve relato.

É o relatório. PEÇO DIA.

VOTO

Afiguram-se-me irrefutáveis as considerações desenvolvidas no parecer do douto representante do MPF, Procurador Regional da República Luiz Carlos Weber, *verbis*:

II - Fundamentação

2.1 Da preliminar de nulidade da sentença

Trata-se de Ação Civil Pública movida pelo Ministério Público Federal, visando à concretização do direito à educação inclusiva às pessoas com deficiência, na forma prevista no Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009.

Consoante se depreende da peça inicial, a presente Ação Civil Pública tem por objeto a contratação temporária de professores especializados no atendimento aos alunos com deficiência mental - autistas - no Colégio de Aplicação da Universidade Federal de Santa Catarina, nos termos da Lei de Diretrizes e Bases da Educação e Decreto n. 7611/11, que instituiu o Plano Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência - Plano Viver sem Limite, bem como a realização de concurso público para admissão de professores e de pessoal administrativo e de apoio (especialmente psicólogos, fonoaudiólogos, intérpretes de Língua Brasileira de Sinais - LIBRAS, etc.).

Sustenta a apelante a necessidade de formação de litisconsórcio passivo com a União, porquanto não detém competência para a criação de cargos de professor, por se tratar de autarquia federal. Por esse motivo, requer a nulidade da sentença, com a remessa dos autos ao juízo de origem para citação da União e prolação de nova sentença.

Sobre essa pretensão recursal, tenho que julgou com acerto o Juízo singular quando ancorou-se no entendimento de que a Universidade Federal de Santa Catarina, na qualidade de autarquia federal, detém personalidade jurídica própria, com autonomia administrativa,

financeira e patrimonial, de acordo com o que estatuído no caput do art. 207 da Constituição Federal.

No exercício dessa autonomia, a partir dos quantitativos de cargos constantes do quadro de lotação de professores e técnico-administrativos em educação, quadro esse previamente fixado pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), a instituição ré detém a prerrogativa de destiná-los para as especialidades de que necessita.

O cumprimento do comando sentencial atacado no presente recurso determinando a realização de concurso para posterior contratação de professores e de pessoal administrativo e de apoio (especialmente psicólogos, fonoaudiólogos, intérpretes de Língua Brasileira de Sinais - LIBRAS, etc.), só dependeria da presença da União Federal no polo passivo da lide acaso a parte ré - Universidade Federal de Santa Catarina - tivesse demonstrado nos autos a inexistência, em seu quadro de pessoal, de cargos vagos, passíveis de serem providos, em número suficiente para atendimento da determinação objeto da sentença apelada. Situação essa que, se provada, de fato demandaria a presença da União no polo passivo, dada a necessidade de criação de novos cargos, conforme previsto na alínea 'a' do inciso II do § 1º do art. 61 da CF/881.

No entanto, a Universidade recorrente não se desincumbiu desse ônus, pelo que a presunção milita em favor do Ministério Público autor quanto à presumível existência de cargos suficientes para o atendimento da pretensão deduzida e acolhida na sentença.

Diante desse quadro, a rejeição da preliminar de nulidade se impõe.

2.2 Do pedido de suspensão da antecipação de tutela.

O juízo a quo deferiu parcialmente o pedido de antecipação de tutela para determinar à UFSC a contratação temporária de professores (com a possibilidade de aproveitamento dos candidatos classificados no concurso vigente), por excepcional interesse público, para promover o atendimento educacional especializado aos alunos portadores de necessidades especiais do Colégio de Aplicação, inclusive com acompanhamento individual em sala dos estudantes diagnosticados com deficiências mais severas.

Resta, portanto, examinar se a Universidade Federal de Santa Catarina possui autonomia para proceder à contratação temporária por excepcional interesse público, na medida em que essa situação emergencial dispensa a realização de concurso público, para imediato suprimento temporário de suas necessidades.

A contratação temporária por excepcional interesse público está prevista no inciso IX do art. 37 da Constituição Federal, verbis:

IX - a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;

A respeito do tema, leciona Celso Antonio Bandeira de Mello:

A razão do dispositivo constitucional em apreço, é contemplar situações nas quais ou a própria atividade a ser desempenhada, requerida por razões muitíssimo importantes, é temporária, eventual (não se justificando a criação de cargo ou emprego, pelo que não haveria cogitar do concurso público), ou a atividade não é temporária, mas o excepcional interesse público demanda que se faça imediato suprimento temporário de uma necessidade (neste sentido, 'necessidade temporária'), por não haver tempo hábil para realizar concurso, sem que suas delongas deixem insuprido o interesse incomum que se tem de acobertar.

Segundo relatou a apelante, há dificuldades para o cumprimento da decisão judicial em face da limitação quantitativa para a contratação de professores substitutos e da necessidade de autorização pelo Ministério do Planejamento. Foi informado nos autos, inclusive, a existência de apenas duas vagas para pedagogo, embora haja nove classificados no concurso em vigência.

De fato, constata-se que foram criadas duas vagas para o cargo de pedagogo - área - educação especial, conforme Edital n. 035//DDPP/2012 (evento60-Edital2). De acordo com o item 9 do referido edital, o prazo de validade do concurso será de um ano, a contar data da publicação da homologação no Diário Oficial da União, podendo ser prorrogado por igual período.

Dessa forma, no que tange ao pedido de contratação temporária de professores, por excepcional interesse público, tem a Universidade Federal de Santa Catarina autonomia para contratar professores temporariamente, enquanto pendente a criação de novas vagas

destinadas a professores especializados em educação especial durante o prazo de validade do concurso público relativo ao Edital n. 035/DDPP/2012, podendo ser aproveitados os candidatos classificados no concurso vigente, por excepcional interesse público, em número suficiente para promover o atendimento educacional especializado aos alunos portadores de necessidades especiais do Colégio de Aplicação.

Além disso, caso expirado o prazo de validade do referido concurso para provimento do cargo de pedagogo - área educação especial (Edital n. 035/DDPP/2012), detém a Universidade Federal de Santa Catarina autonomia para contratar temporariamente professores para atendimento aos alunos com deficiência, que necessitam de atendimento especializado, enquanto pendente a realização de novo concurso público.

Veja-se que a contratação temporária está regulamentada pela Lei n. 8.745/93, a qual sofreu diversas alterações, merecendo destaque as seguintes disposições:

Art. 2º. Considera-se necessidade temporária de excepcional interesse público:

IV - admissão de professor substituto e professor visitante;

§1º A contratação de professor substituto de que trata o inciso IV do caput poderá ocorrer para suprir a falta de professor efetivo em razão de: (Incluído pela Lei n. 12.425)

I - vacância do cargo;

II - afastamento ou licença, na forma do regulamento; ou

III - nomeação para ocupar cargo de direção de reitor, viceritor, pró-reitor e diretor de campus.

§2º O número total de professores de que trata o inciso IV do caput não poderá ultrapassar 20% (vinte por cento) do total de docentes efetivos em exercício na instituição federal de ensino. (Incluído pela Lei n. 12.425, de 2011)

§3º As contratações a que se refere a alínea h do inciso VI serão feitas exclusivamente por projeto, vedado o aproveitamento dos contratados em qualquer área da administração pública. (Incluído pela Lei n. 10.667, de 14.5.2003)

§9º A contratação de professores substitutos, professores visitantes e professores visitantes estrangeiros poderá ser autorizada pelo dirigente da instituição, condicionada à existência de recursos orçamentários e financeiros para fazer frente às despesas decorrentes da contratação e ao quantitativo máximo de contratos estabelecido para a IFE. (Incluído pela Lei n. 12.772, de 2012)

Embora o caso dos autos não se enquadre nas hipóteses de contratação de professor substituto ou visitante transcritas acima, não há óbice para que a UFSC contrate temporariamente professores para atender aos alunos com deficiência do Colégio de Aplicação, estando dentro da sua esfera de atuação, de acordo com suas necessidades.

2.3 - Do mérito

O Ministério Público Federal ingressou com ação civil pública contra a Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) para o fim de obrigar a ré a realizar: (a) imediatamente, a contratação temporária por excepcional interesse público, de professores substitutos, em número suficiente para promover o atendimento educacional especializado aos alunos com deficiência do Colégio de Aplicação; (b) no prazo máximo de um ano, concurso público para admissão de professores e de pessoal administrativo e de apoio, em número suficiente para apoio a todas as séries e horários daquele estabelecimento; e (c) no prazo máximo de seis meses, programa abrangente que concretize a educação inclusiva prevista na legislação pátria, a partir da orientação específica do Ministério da Educação para a matéria.

A pretensão restou acolhida pela sentença para condenar a Universidade Federal de Santa Catarina a providenciar, na forma da fundamentação: (a) a contratação temporária, por excepcional interesse público, de professores em número suficiente para promover o atendimento educacional especializado aos alunos portadores de necessidades especiais do Colégio de Aplicação, inclusive mediante acompanhamento individual em sala daqueles com deficiências mais severas, na condição de segundo professor; (b) a aquisição e a disponibilização, por intermédio de programa específico do Ministério da Educação, dos recursos multifuncionais necessários para a realização plena do atendimento educacional especializado; (c) a elaboração de programa abrangente que concretize a educação inclusiva prevista nos documentos internacionais, na Constituição da República e na legislação

ordinária, a partir da orientação específica do Ministério da Educação para a matéria; (d) a realização (conclusão) de concurso público para admissão de professores e pessoal administrativo e de apoio, em número suficiente para o atendimento a todas as séries e horários daquele estabelecimento, comprovando nos autos a suficiência mediante a realização de estudos técnico-pedagógicos; e (e) a criação de equipe multidisciplinar, que deverá compreender servidores concursados, com dedicação exclusiva, nas áreas de psicologia, pedagogia, fonoaudiologia, nutrição, assistência social, terapia ocupacional e letras.

Tenho que o pleito deduzido pelo Ministério Público autor encontra amparo em nosso sistema jurídico, não se sustentando a tese da parte ré dando conta de que a pretensão estaria sujeita a princípio da reserva do possível e representaria afronta ao princípio constitucional de separação de poderes em questões de política educacional a cargo da própria autarquia.

No que tange ao arcabouço jurídico-normativo garantidor à pretensão deduzida pelo Ministério Público autor, tenho que está contemplado à suficiência nas normas apontadas na petição formulada pelo Parquet, o que ora se reproduz na parte que interessa ao exame da pretensão recursal em julgamento.

'No caso em apreço, a ausência de profissionais capacitados para acompanhamento dos alunos com deficiência do Colégio de Aplicação, atinge diretamente o direito à educação dessas crianças e adolescentes.

Com efeito, o direito à educação é direito fundamental da pessoa humana, consagrado como direito social no artigo 6º da CRFB/88: 'São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição'.

(grifei)

Sobre o tema, ensina o professor José Afonso da Silva:

[...] podemos dizer que os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais.

O legislador constitucional estabeleceu, ainda, o direito à educação como 'direito de todos e dever do Estado', elevando-o, inclusive, à categoria de direito público subjetivo, conforme dispõem o artigo 205 e os parágrafos 1º e 2º do artigo 208:

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

[...]

§ 1º - O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.

§ 2º - O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua **oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente.** (grifou-se)

Importa ressaltar que já no caput do artigo 205, o legislador constitucional destaca expressamente que o direito à educação não se relaciona apenas com a qualificação para o trabalho, mas prepara o indivíduo para o exercício da cidadania.

Um dos pressupostos desse exercício é justamente o direito à educação, o qual garante ao cidadão a formação e o conhecimento necessário ao exercício da prática cidadã.

Sua qualificação como direito social, portanto, extrapola a esfera do indivíduo considerado de per se, remetendo diretamente à ideia da vida em sociedade.

O direito à educação é, sobretudo, componente necessário para a materialização do Princípio da Dignidade Humana, este corolário de toda a ordem constitucional. Destaca José Afonso da Silva que a educação é um dos '[...] indicadores do conteúdo normativo eficaz da dignidade da pessoa humana'

Se é certo que o direito à educação deve ser garantido a todos os cidadãos, com mais razão deverá sê-lo às crianças e adolescentes, os quais têm seus direitos assegurados com absoluta prioridade.

Dispõe o Estatuto da Criança e Adolescente:

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. (grifou-se)

A partir da Constituição de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente, às crianças e aos adolescentes brasileiros deve ser assegurada prioridade absoluta na formulação de políticas públicas e na destinação de recursos nas dotações orçamentárias das diversas instâncias político-administrativas do país.

Por conseguinte, sendo dever de todos assegurar a prioridade absoluta em relação aos direitos de todas as crianças e adolescentes, mais ainda há que se falar em relação àquelas com deficiência.

Com efeito, é forçoso reconhecer que as pessoas com deficiência encontram obstáculos adicionais para a vida - e mesmo para sobrevivência - em sociedade, seja em função de mobilidade reduzida ou cerceada, seja por potencialidades especiais, não corriqueiramente bem aceitas ou compreendidas no mercado de trabalho ou no relacionamento social.

Justamente para afastar as práticas discriminatórias socialmente existentes, diversas regras foram inseridas no texto constitucional com o escopo principal de promover a integração da pessoa com deficiência, visando a construir, com isso, a sociedade justa a que alude o inciso I, do art. 30, da Constituição Federal.

Dentre tantos outros direitos constitucionalmente tutelados, o que se afigura mais importante para a defesa das pessoas com deficiência é, sem dúvida, O DIREITO CONSTITUCIONAL DE IGUALDADE, o qual deve ser compreendido no sentido de uma igualdade material através da lei, devendo tratar-se por "igual o que é igual e desigualmente o que é desigual".

Com o escopo de alcançar essa igualdade material, o art. 227, §1º, II da Carta Magna determina que seja prestado atendimento especializado para as pessoas com deficiência.

Senão, vejamos:

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.

1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos..

(...)

II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação. (grifou-se)

No campo da educação, o Estatuto da Criança e do Adolescente também garante atendimento especializado às crianças e adolescentes com deficiência:

Art. 54. É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente..

III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino. (grifou-se)

No mesmo sentido, dispõe a Lei de Diretrizes Básicas da Educação (Lei nº 9.394/96):

Art. 4º O dever do Estado com educação escolar pública será efetivado mediante a garantia de: [...]

III - atendimento educacional especializado gratuito aos educandos com necessidades especiais, preferencialmente na rede regular de ensino. (grifou-se)

A propósito, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (internalizada na legislação brasileira pelo Decreto nº 6.949/09) também é explícita quanto aos deveres no âmbito educacional:

Artigo 24 - Educação [...]

2. Para a realização desse direito, os Estados Partes assegurarão que: [...] d As pessoas com deficiência recebam o apoio necessário, no âmbito do sistema educacional geral, com vistas a facilitar sua efetiva educação. (grifou-se)

Por sua vez, o Decreto nº 7.612/11, que instituiu o Plano Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência - Plano Viver sem Limite, eleva a garantia de um sistema educacional inclusivo (art. 3º, I) ao status de diretriz do Plano, bem como estabelece que o acesso à educação é eixo de atuação, dever vinculado aos princípios insculpidos na Constituição, portanto.

Ainda, o Decreto nº 7.611/11 estabelece uma série de diretrizes a serem seguidas pelo Estado com vistas à persecução do atendimento educacional especializado às pessoas com deficiência, a partir das quais se conclui ser obrigatória a adoção de apoios, adaptações e medidas individualizadas que facilitem a efetiva (inclusão) educação dessas pessoas:

Art. 1º O dever do Estado com a educação das pessoas público-alvo da educação especial será efetivado de acordo com as seguintes diretrizes:

I - garantia de um sistema educacional inclusivo em todos os níveis, sem discriminação e com base na igualdade de oportunidades;

[...]

V - garantia de ensino fundamental gratuito e compulsório, asseguradas adaptações razoáveis de acordo com as necessidades individuais;

V - oferta de apoio necessário, no âmbito do sistema educacional geral, com vistas a facilitar sua efetiva educação;

VI - adoção de medidas de apoio individualizadas e efetivas, em ambientes que maximizem o desenvolvimento acadêmico e social, de acordo com a meta de inclusão plena.

(grifou-se)

No mesmo sentido, o art. 2º do referido Decreto estabelece que 'a educação especial deve garantir os serviços de apoio especializado voltado a eliminar as barreiras que possam obstruir o processo de escolarização de estudantes com deficiência', sendo entendido como atendimento educacional especializado 'o conjunto de atividades, recursos de acessibilidade e pedagógicos organizados institucional e continuamente' (art.1º).

Complementando essa garantia, a LDB assegura às crianças e adolescentes com deficiência atendimento específico por professores com especialização adequada, bem como professores do ensino regular capacitados para a integração desses educandos nas classes comuns.

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.

Art. 59. Os sistemas de ensino assegurarão aos educandos com necessidades especiais:

[..]

III - professores com especialização adequada em nível médio ou superior, para atendimento especializado, bem como professores do ensino regular capacitados para a integração desses educandos nas classes comuns. (grifou-se)

Ainda, o Decreto nº 3.298/99, em seu art. 24, §4º, determina que a educação de pessoas com deficiência '[..] contará com equipe multiprofissional, com a adequada especialização, e adotará orientações pedagógicas individualizadas'.

No mesmo sentido, o art. 29, II, do mesmo Decreto, também se refere à existência de professores especializados:

Art. 29. As escolas e instituições de educação profissional oferecerão, se necessário, serviços de apoio especializado para atender às peculiaridades da pessoa portadora de deficiência, tais como..

(..)

II - capacitação dos recursos humanos: professores, instrutores e profissionais especializados. (grifou-se)

Sobre o tema, a cartilha 'Educação Inclusiva' produzida pelo Ministério da Educação, esclarece que 'os professores que atuam no atendimento educacional especializado, além da

formação básica em Pedagogia, devem ter uma formação específica para atuar com a deficiência a que se propõe a atender'.

Além disso, a cartilha pontua que o atendimento educacional especializado é uma das condições para o sucesso da inclusão escolar dos alunos com deficiência. O objetivo desse atendimento é 'propiciar condições e liberdade para que o aluno com deficiência mental possa construir a sua inteligência, dentro do quadro de recursos intelectuais que lhe é disponível, tornando-se agente capaz de produzir significado/conhecimento'.

Como visto, no caso concreto, a afronta aos direitos fundamentais da criança e do adolescente consiste justamente na oferta irregular de ensino e na omissão de cumprimento da política pública de inclusão educacional da pessoa com deficiência, ante a ausência de professores e de auxiliares especializados no apoio aos alunos com deficiência do Colégio de Aplicação da UFSC, bem como na omissão na real concretização da complementação denominada de 'contraturno', especificamente prevista para esses alunos.

Passado o ano letivo de 2011 sem que nenhuma providência concreta tenha sido adotada pela direção do Colégio de Aplicação, apesar de instada para tanto, essa situação continua a acarretar prejuízos diários e cumulativos a essas crianças e adolescentes, as quais, na falta do acompanhamento especializado que lhes é de direito, são privadas de oportunidades de crescimento e de desenvolvimento de suas potencialidades em um ambiente propício (Convenção). (...)

A objeção à justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais, fundada no princípio da separação dos poderes, é objeto de análise de ANDREAS KRELL, para quem é mister uma revisão do princípio à luz das condições diferenciadas do moderno Estado Social e às exigências de efetividade dos direitos fundamentais:

[...] torna-se evidente que o apego exagerado de grande parte dos juízes brasileiros à teoria da Separação dos Poderes é resultado de uma atitude conservadora da doutrina constitucional, que ainda não adaptou as suas 'lições' às condições diferenciadas do moderno Estado Social e está devendo a necessária atualização e re-interpretação de velhos dogmas do constitucionalismo clássico.

A justiciabilidade do direito fundamental à educação inclusiva, ou seja, a possibilidade de ser reclamado em Juízo o cumprimento das obrigações que derivam desse direito, reside, basicamente, na vinculação pela Constituição Federal do Poder Público à implementação de políticas públicas que contemplem a universalização do acesso aos serviços garantidores do direito à educação.

A falta ou deficiência da prestação do serviço por parte da União acaba gerando o direito subjetivo da coletividade atingida por seu não cumprimento a obter em Juízo que seja o responsável compelido a essa obrigação de fazer.

É possível, assim, o controle judicial da atuação do Estado, mesmo quando este sustenta que esteja havendo ingerência na esfera do seu poder discricionário, pois esse poder apresenta limitações, em especial quando se trata da realização de direitos fundamentais.

Nesse sentido, o administrativista alemão Hartmut Maurer ao discorrer sobre o poder discricionário afirma que da finalidade desse poder resultam também as vinculações e seus próprios limites, não existindo um poder discricionário livre, mas somente um juridicamente vinculado. Esse poder, segundo ele, pode incorrer em vícios, como a infração contra direitos fundamentais e princípios administrativos gerais, devendo os tribunais realizar esse controle.

Para corrigir essa situação incompatível com o Estado de Direito, tem-se que a solução adotada pelo Ministro Celso de Mello, na ADPF 45 MC/DF, bem atende ao caso fático em análise, razão pela qual trago-a à colação:

(...) 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 inseqüente,** 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 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 adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas.

É 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 incapacidade econômicofinanceira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.

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.

Cumpra 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. (...)

No mesmo sentido, segue outro precedente do Supremo Tribunal Federal:

DIREITO CONSTITUCIONAL. SEGURANÇA PÚBLICA AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROSEGUIMENTO DE JULGAMENTO. AUSÊNCIA DE INGERÊNCIA NO PODER DISCRICIONÁRIO DO PODER EXECUTIVO. ARTIGOS 2º, 6º E 144 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. O direito a segurança é prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante a implementação de políticas públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço. 2. **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. Precedentes.** 3. Agravo regimental improvido.

(RE 559646 AgR, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 07/06/2011, DJe-120 DIVULG 22-06-2011 PUBLIC 24-06-2011 EMENT VOL- 02550-01 PP-00144)

Todavia, a prestação jurisdicional que se pede na presente Ação Civil Pública não passa nem próxima da discricionariedade administrativa. Ao contrário, está-se diante de situação de atuação vinculada, uma vez que a ordem é expressa e o órgão competente já foi definido pelo próprio poder constituinte. Não há falar em poder discricionário e impossibilidade do Poder Judiciário determinar ao Executivo a implementação de políticas públicas, sob pena de invasão da independência dos poderes.

Fique claro que é decorrência natural do próprio sistema de 'freios e contrapesos' permitir ao Poder Judiciário, à vista de omissão estatal (ato não legítimo) que - na prática - represente

violação de direitos fundamentais, determine ao Executivo que supra a falha e cumpra a Constituição.

O Superior Tribunal de Justiça, na mesma linha de precedente do STF, já decidiu nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSOS ESPECIAIS. DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. FIXAÇÃO DE PRAZO RAZOÁVEL PARA O ENCERRAMENTO DO PROCEDIMENTO DEMARCATÓRIO. POSSIBILIDADE.

(...)

7. Em tais circunstâncias, tem-se admitido a intervenção do Poder Judiciário, ainda que se trate de ato administrativo discricionário relacionado à implementação de políticas públicas.

8. '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. 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.' (REsp 879.188/RS, 2ª Turma, Rel.Min. Humberto Martins, DJe de 2.6.2009)

(...)

(REsp 1114012/SC, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/11/2009, DJe 01/12/2009)

Registre-se, ainda, que a realização de direitos que envolvem uma dimensão social é marcada por um viés econômico que impõe gastos à Administração Pública cujo limite é a possibilidade orçamentária do Estado. Conquanto assim o seja, **não é dado à Administração Pública lançar mão em abstrato do argumento da reserva do possível para desincumbir-se de deveres constitucionais pertinentes a direitos fundamentais.** Sob a discussão, vale rever o entendimento do Ministro Celso de Mello no voto-condutor do Agravo Regimental do Recurso Extraordinário nº 2.219-8:

(...) a cláusula da 'reserva do possível' - **ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível** - não pode ser invocado, 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. (Grifou-se)

Podemos nos valer aqui, também, do mesmo fundamento utilizado pelo Supremo Tribunal Federal para legitimar a intervenção judicial na efetivação das políticas públicas de saúde, tendo presente a natureza fundamental do direito à educação, encontrando-se o mesmo em igual nível de relevância que lhe foi atribuído pelo legislador constituinte, se comparado com o direito à saúde.

Quando do julgamento do **Agravo Regimental da Suspensão de Liminar 47 - Pernambuco**, da relatoria do eminente Ministro Gilmar Mendes, assim fundamentou o Supremo Tribunal Federal a possibilidade de o Poder Judiciário determinar à administração que atue de forma concreta a garantir a prestação, o bem da vida - medicamento, ação ou serviço de saúde - demandado pelo titular do direito fundamental assim qualificado pelo legislador constituinte:

(...)

Como tenho analisado em estudos doutrinários, os direitos fundamentais não contêm apenas uma proibição de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). Haveria, assim, para utilizar uma expressão de Canaris, não apenas uma proibição de excesso (Übermassverbot), mas também uma proibição de proteção insuficiente (Untermassverbot) (Claus-Wilhelm Canaris, Grundrechtswirkungen und Fortbildung des Privatrechts, JuS, 1989, p. 161.).

Nessa dimensão objetiva, também assume relevo a perspectiva dos direitos à organização e ao procedimento (Recht auf Organization und auf Verfahren), que são aqueles direitos

fundamentais que dependem, na sua realização, de providências estatais com vistas à criação e à conformação de órgãos e procedimentos indispensáveis à sua efetivação.

*Ressalto, nessa perspectiva, as contribuições de Stephen Holmes e Cass Sunstein para o reconhecimento de que todas as dimensões dos direitos fundamentais têm custos públicos, dando significativo relevo ao tema da 'reserva do possível', especialmente ao evidenciar a 'escassez dos recursos' e a necessidade de se fazerem escolhas alocativas, concluindo, a partir da perspectiva das finanças públicas, que 'levar a sério os direitos significa levar a sério a escassez' (HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. W. W. Norton & Company: Nova Iorque, 1999).*

Embora os direitos sociais, assim como os direitos e liberdades individuais, impliquem tanto direitos a prestações em sentido estrito (positivos), quanto direitos de defesa (negativos), e ambas as dimensões demandem o emprego de recursos públicos para a sua garantia, é a dimensão prestacional (positiva) dos direitos sociais o principal argumento contrário à sua judicialização.

A dependência de recursos econômicos para a efetivação dos direitos de caráter social leva parte da doutrina a defender que as normas que consagram tais direitos assumem a feição de normas programáticas, dependentes, portanto, da formulação de políticas públicas para se tornarem exigíveis. Nesse sentido, também se defende que a intervenção do Poder Judiciário, ante a omissão estatal quanto à construção satisfatória dessas políticas, violaria o princípio da separação dos Poderes e o princípio da reserva do financeiramente possível.

(...)

A dimensão individual do direito à saúde foi destacada pelo Ministro Celso de Mello, relator do AgR-RE n.2 271.286-8/RS, ao reconhecer o direito à saúde como um direito público subjetivo assegurado à generalidade das pessoas, que conduz o indivíduo e o Estado a uma relação jurídica obrigacional. Ressaltou o Ministro que 'a interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional insequente', impondo aos entes federados um dever de prestação positiva. Concluiu que 'a essencialidade do direito à saúde fez com que o legislador constituinte qualificasse como prestações de relevância pública as ações e serviços de saúde (CF, art. 197)', legitimando a atuação do Poder Judiciário nas hipóteses em que a Administração Pública descumpra o mandamento constitucional em apreço. (AgR-RE N. 271.2868/RS, Rel. Celso de Mello, DJ 12.09.2000).

Não obstante, esse direito subjetivo público é assegurado mediante políticas sociais e econômicas, ou seja, não há um direito absoluto a todo e qualquer procedimento necessário para a proteção, promoção e recuperação da saúde, independentemente da existência de uma política pública que o concretize. Há um direito público subjetivo a políticas públicas que promovam, protejam e recuperem a saúde. (...)

O estudo do direito à saúde no Brasil leva a concluir que os problemas de eficácia social desse direito fundamental devem-se muito mais a questões ligadas à implementação e à manutenção das políticas públicas de saúde já existentes - o que implica também a composição dos orçamentos dos entes da Federação - do que à falta de legislação específica.

Em outros termos, o problema não é de inexistência, mas de execução (administrativa) das políticas públicas pelos entes federados.

A Constituição brasileira não só prevê expressamente a existência de direitos fundamentais sociais (artigo 62), especificando seu conteúdo e forma de prestação (artigos 196, 201, 203, 205, 215, 217, entre outros), como não faz distinção entre os direitos e deveres individuais e coletivos (capítulo I do Título II) e os direitos sociais (capítulo II do Título II), ao estabelecer que os direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (artigo 52, § 12, CF/88). Vê-se, pois, que os direitos fundamentais sociais foram acolhidos pela Constituição Federal de 1988 como autênticos direitos fundamentais. Não há dúvida - deixe-se claro - de que as demandas que buscam a efetivação de prestações de saúde devem ser resolvidas a partir da análise de nosso contexto constitucional e de suas peculiaridades.

Mesmo diante do que dispõem a Constituição e as leis relacionadas à questão, o que se tem constatado, de fato, é a crescente controvérsia jurídica sobre a possibilidade de decisões judiciais determinarem ao Poder Público o fornecimento de medicamentos e tratamentos, decisões estas nas quais se discute, inclusive, os critérios considerados para tanto.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, é recorrente a tentativa do Poder Público de suspender decisões judiciais nesse sentido. Na Presidência do Tribunal existem diversos pedidos de suspensão de segurança, de suspensão de tutela antecipada e de suspensão de liminar, com vistas a suspender a execução de medidas cautelares que condenam a Fazenda Pública ao fornecimento das mais variadas prestações de saúde (fornecimento de medicamentos, suplementos alimentares, órteses e próteses; criação de vagas de UTIs e leitos hospitalares; contratação de servidores de saúde; realização de cirurgias e exames; custeio de tratamento fora do domicílio, inclusive no exterior, entre outros).

Assim, levando em conta a grande quantidade de processos e a complexidade das questões neles envolvidas, convoquei Audiência Pública para ouvir os especialistas em matéria de Saúde Pública, especialmente os gestores públicos, os membros da magistratura, do Ministério Público, da Defensoria Pública, da Advocacia da União, Estados e Municípios, além de acadêmicos e de entidades e organismos da sociedade civil.

Após ouvir os depoimentos prestados pelos representantes dos diversos setores envolvidos, ficou constatada a necessidade de se redimensionar a questão da judicialização do direito à saúde no Brasil. Isso porque, na maioria dos casos, a intervenção judicial não ocorre em razão de uma omissão absoluta em matéria de políticas públicas voltadas à proteção do direito à saúde, mas tendo em vista uma necessária determinação judicial para o cumprimento de políticas já estabelecidas.

Portanto, não se cogita do problema da interferência judicial em âmbitos de livre apreciação ou de ampla discricionariedade de outros Poderes quanto à formulação de políticas públicas. Esse foi um dos primeiros entendimentos que sobressaiu nos debates ocorridos na Audiência Pública-Saúde: no Brasil, o problema talvez não seja de judicialização ou, em termos mais simples, de interferência do Poder Judiciário na criação e implementação de políticas públicas em matéria de saúde, pois o que ocorre, na quase totalidade dos casos, é apenas a determinação judicial do efetivo cumprimento de políticas públicas já existentes.

Assim, também com base no que ficou esclarecido na Audiência Pública, o primeiro dado a ser considerado é a existência, ou não, de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte. **Ao deferir uma prestação de saúde incluída entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), o Judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento. Nesses casos, a existência de um direito subjetivo público a determinada política pública de saúde parece ser evidente. (...)**

Assim, apesar da responsabilidade dos entes da Federação em matéria de direito à saúde suscitar questões delicadas, a decisão impugnada pelo pedido de suspensão, ao determinar a responsabilidade da União no fornecimento do tratamento pretendido, segue as normas constitucionais que fixaram a competência comum (art. 23, II, da CF), a Lei Federal n.º 8.080/90 (art. 7º, XI) e a jurisprudência desta Corte. Entendo, pois, que a determinação para que a União arque com as despesas do tratamento não configura grave lesão à ordem pública. (sem destaque no original)

Ao fundamentar seu voto na referida STA, o Ministro Celso de Mello assim manifestou seu entendimento:

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

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 ARBITRÍO 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 referida 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, Rei. Min. CELSO DE MELLO - RTJ 199/1219-1220, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.).

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, Rei. 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 exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir 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 n2 345/2004) - 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.

Impende assinalar, contudo, 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 mandatório, 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.

Mais do que nunca, Senhor Presidente, é preciso enfatizar que o dever estatal de atribuir efetividade aos direitos fundamentais, de índole social, qualifica-se como expressiva limitação à discricionariedade administrativa.

Isso significa que a intervenção jurisdicional, justificada pela ocorrência de arbitrária recusa governamental em conferir significação real ao direito à saúde, tornar-se-á plenamente legítima (sem qualquer ofensa, portanto, ao postulado da separação de poderes), sempre que se impuser, nesse processo de ponderação de interesses e de valores em conflito, a necessidade de fazer prevalecer a decisão política fundamental que o legislador constituinte adotou em tema de respeito e de proteção ao direito à saúde.

Cabe referir, 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)

Ante tais fundamentos empregados pela Superior Corte Constitucional no trato da omissão do administrador na implementação das políticas públicas de saúde, não só possibilitando, mas determinando a intervenção judicial para afastar do mundo dos fatos jurídicos a omissão inconstitucional, tem-se que, em relação à proteção do direito fundamental social à educação há que se conferir igual tratamento jurídico.

III - Conclusão

Ante o exposto, opina o Ministério Público Federal pelo desprovemento do apelo.

Ante o exposto, voto por negar provimento à apelação.
É o meu voto.

Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz
Relator

Documento eletrônico assinado por **Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, Relator**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4ª Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **5853947v2** e, se solicitado, do código CRC **D544498A**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz

Data e Hora: 31/05/2013 13:45

EXTRATO DE ATA DA SESSÃO DE 29/05/2013
APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 5019568-13.2011.404.7200/SC
ORIGEM: SC 50195681320114047200

RELATOR : Des. Federal CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES
LENZ
PRESIDENTE : FERNANDO QUADROS DA SILVA
PROCURADOR : Dr(a)Domingos Sávio Dresch da Silveira
APELANTE : UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA - UFSC
APELADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Certifico que este processo foi incluído na Pauta do dia 29/05/2013, na seqüência 9, disponibilizada no DE de 15/05/2013, da qual foi intimado(a) o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL e as demais PROCURADORIAS FEDERAIS.

Certifico que o(a) 3ª TURMA, ao apreciar os autos do processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A TURMA, POR UNANIMIDADE, DECIDIU NEGAR PROVIMENTO À APELAÇÃO.

RELATOR : Des. Federal CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES
ACÓRDÃO : LENZ
VOTANTE(S) : Des. Federal CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES
LENZ
: Des. Federal FERNANDO QUADROS DA SILVA
: Juíza Federal VÂNIA HACK DE ALMEIDA

Letícia Pereira Carello
Diretora de Secretaria

Documento eletrônico assinado por **Letícia Pereira Carello, Diretora de Secretaria**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4ª Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **5901708v1** e, se solicitado, do código CRC **812B282F**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): Letícia Pereira Carello

Data e Hora: 29/05/2013 16:31