

CONFLITO ENTRE A SEPARAÇÃO DOS PODERES E OS PRINCÍPIOS DA PROTEÇÃO INTEGRAL E PRIORIDADE ABSOLUTA: DIREITOS GARANTIDOS ÀS CRIANÇAS E ADOLESCENTES

CONFLICT BETWEEN THE SEPARATION OF POWERS AND THE PRINCIPLES OF THE ABSOLUTE PRIORITY AND FULL PROTECTION: RIGHTS GUARANTEED TO CHILDREN AND ADOLESCENTS

Marcus Vinícius Pereira Júnior*

RESUMO: A aplicação do direito deve ser feita com base nos princípios e na lei propriamente dita. Porém, existe um grande problema, ou seja, saber aplicar o direito como um sistema. A escolha das normas, que devem ser aplicadas para buscar o crescimento da sociedade e uma pacificação social cada vez mais eficiente e duradoura, é o grande objetivo. Assim, tem o presente estudo o escopo de demonstrar que os princípios da prioridade absoluta e proteção integral devem prevalecer sobre quaisquer outras normas jurídicas, especialmente em relação à separação dos poderes, quando houver ofensas aos direitos de nossas crianças e adolescentes. **Palavras-chave:** Separação. Poderes. Prioridade. Absoluta. Proteção. Integral. Criança. Adolescente.

ABSTRACT: The application of the law must be based on the principles and the law itself. However, there is a big problem, which is to know how to apply the law as a system. The choice of the norms, which should be applied to check the growth of society and social pacification increasingly efficient and lasting, is the major objective. So it is the scope of this study to demonstrate that the principles of absolute priority and full protection should take precedence over all other legal rules, especially regarding the separation of powers, if there are any offenses to the rights of our children and adolescents.

Keywords: Separation. Powers. Priority. Absolute. Protection. Integral. Child. Adolescents.

* Juiz de Direito no Estado do Rio Grande do Norte; Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Gama Filho (RJ); Especialista em Ministério Público e Cidadania pela Fundação Escola Superior do Ministério Público e Universidade Potiguar (FESMP – UnP); Professor da Universidade Potiguar – UnP, Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte – ESMARN e Fundação Escola Superior do Ministério Público – FESMP. *Email:* marcusvinicius@tjrn.jus.br.

1 SEPARAÇÃO DOS PODERES

O Princípio da Separação dos Poderes, cláusula pétrea existente na Constituição Brasileira, está previsto no artigo 2º, ao estabelecer que “*são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário*”, ou seja, a “lei” suprema do ordenamento jurídico brasileiro foi enfática ao garantir a existência da Separação dos Poderes.

Ocorre que, na própria Constituição Federal, há previsão de um sistema de freios e contrapesos, que impede que os Poderes da União, individualmente, exorbitem de suas funções e ofendam os princípios constitucionais, sem a interferência dos outros Poderes.

Assim, poderá o Poder Judiciário exercer esse controle em relação ao Poder Executivo, em diversas situações, especialmente quando houver ofensa aos princípios da Prioridade Absoluta e Proteção Integral, previstos, constitucionalmente, com o objetivo de defender os direitos das nossas crianças e adolescentes.

Porém, deve o julgador considerar que, ao Poder Executivo, compete precipuamente o exercício da função administrativa (função típica), sendo a atuação do Judiciário imprescindível, especificamente quando o Executivo exorbitar do exercício de sua função, ferindo direitos das nossas crianças e adolescentes.

2 PROTEÇÃO INTEGRAL E PRIORIDADE ABSOLUTA

O princípio da Proteção Integral, previsto no ordenamento jurídico brasileiro tem por escopo dar às crianças e adolescentes que estiverem no Brasil proteção total, proteção absoluta, sem limitações, ou seja, não há nada no Brasil com prioridade, se considerados como parâmetros os direitos das crianças e adolescentes.

Assim, para efetivar o Princípio da Proteção Integral, as crianças e adolescentes que estiverem no Brasil devem ter Prioridade Absoluta, no sentido de que, nas lições de Wilton Donizeti Liberati¹,

1 LIBERATI, Wilton Donizeti. **Comentários ao Estatuto da Criança e Adolescente**. 8. ed. rev. e atu. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 18-19.

a criança e o adolescente deverão estar em primeiro lugar na escala de preocupação dos governantes; [...] primeiro, devem ser atendidas todas as necessidades das crianças e adolescentes, pois o “maior patrimônio de uma nação é o seu povo, e o maior patrimônio de um povo são suas crianças e jovens” - Gomes da Costa, A.C.

Seguindo essa trilha, deve ser considerado que, quando o Poder Executivo não estiver levando em consideração os Princípios da Proteção Integral e Prioridade Absoluta, o Poder Judiciário deverá intervir inclusive no que se refere à mudança do destino de recursos previstos no orçamento, que devem ser direcionados para o local onde irão garantir a efetividade dos direitos das crianças e adolescentes.

3 IMPORTÂNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público teve ampliadas suas funções, ocupando lugar de destaque na organização do Estado, principalmente no que se refere à proteção dos direitos das crianças e adolescentes.

De acordo com o art. 129, II, da Constituição Federal, é função institucional do Ministério Público, dentre outras, *zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição promovendo as medidas necessárias a sua garantia*. Deve o Ministério Público, portanto, atuar sempre que constatar o desrespeito na aplicação dos princípios da Proteção Integral e Prioridade Absoluta.

Assim, para que haja a aplicabilidade dos princípios da Proteção Integral e Prioridade Absoluta no Brasil, é imprescindível a atuação conjunta do Ministério Público e do Poder Judiciário, no sentido de impedir que o Princípio da Separação de Poderes sirva de fundamento para o Gestor Público, representante do Poder Executivo, afrontar os direitos das nossas crianças e adolescentes.

4 POSICIONAMENTO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O Ministério Público Federal, através do seu Sub-Procurador da Re-

pública², Prof. Geraldo Brindeiro, posicionou-se no sentido de que, quando o Judiciário atua com o objetivo de garantir direitos constitucionais, como o direito à educação, de crianças e adolescentes, não há ofensa ao princípio da Separação dos Poderes, uma vez que a educação, nos termos do art. 205, caput, da Constituição da República, 'é direito de todos e dever do Estado e da família'.

Considerou que, caso haja desrespeitos aos direitos das crianças e adolescentes, por parte do Poder Executivo, deve o Poder Judiciário agir no sentido de dissipar o ato administrativo que está de alguma forma, ferindo direitos garantidos constitucionalmente, conforme pode ser abaixo observado no parecer:

13. No mérito, improcedente afigura-se a alegação de ofensa ao art. 208 da Constituição, porque somente o ensino fundamental seria de observância obrigatória pelo Estado; bem como a apontada vulneração ao art. 211, § 2º, da Constituição, ao argumento de que seria atuação do Município prioritária quanto ao ensino fundamental, que viria em primeiro lugar no texto, e em segundo plano estaria a educação infantil. Supremo Tribunal Federal. RE 463.210-AgR / SP.

14. Ora, o acórdão recorrido não contrariou tais disposições e sim acolheu-as, uma vez que o art. 208, IV, da Constituição expressamente estabelece que 'o dever do Estado com a Educação será efetivado mediante a garantia de atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade'.

15. Por sua vez, o art. 211 determina que 'a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão em regime de colaboração seus sistemas de ensino' e em seu parágrafo 2º esclarece que a atuação dos municípios dá-se prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil.

Como visto, não houve violação a esse dispositivo, mas sua concretização.

16. Quanto à alegada ofensa ao princípio da separação de poderes, entendendo não haver restado configurada, uma vez que a educação, nos termos do art. 205, caput, da Constituição da República 'é direito de todos e dever do Estado

2 Parecer proferido em Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 463.210-1, julgado em 06 dez. 2005, Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, que teve como relator o Ministro Carlos Velloso.

e da família'. Prescreve, ainda, o art. 227 da Constituição que 'é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.'

17. Nesse passo, sendo a educação um direito fundamental assegurado em várias normas constitucionais e ordinárias, a sua não-observância pela administração pública enseja sua proteção pelo Poder Judiciário.

18. Ante o exposto, e pelas razões aduzidas, o parecer é pelo não-conhecimento do presente recurso extraordinário. [...]' (Fls. 164-166) (grifos acrescentados ao original).

O Supremo Tribunal Federal, em voto de lavra do Ministro Carlos Mário Velloso, admite pacificamente a atuação do Poder Judiciário, ao exercer o controle dos atos praticados pelo Poder Executivo, exatamente para impedir que este afronte a Constituição Federal, mesmo estando atuando no exercício de sua função típica de administração, conforme pode ser abaixo observado:

DATA DO JULGAMENTO: 06/12/2005. SEGUNDA TURMA.

AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 463.210-1 SÃO PAULO.

RELATOR: MIN. CARLOS VELLOSO.

AGRAVANTE(S): MUNICÍPIO DE SANTO ANDRÉ

ADVOGADO(A/S): MONICA MARIA HERNANDES DE ABREU VICENTE.

AGRAVADO(A/S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

R E L A T Ó R I O

O Sr. Ministro CARLOS VELLOSO: - Trata-se de agravo regimental, interposto pelo MUNICÍPIO DE SANTO ANDRÉ, da decisão que negou seguimento ao recurso extraordinário (fls. 194-200), ao entendimento de ser responsabilidade do Muni-

cípio disponibilizar vagas em creches para crianças de zero a seis anos de idade.

Sustenta o agravante, em síntese, o seguinte:

a) indevida ingerência do Judiciário no poder discricionário do Executivo, ao obrigar as matrículas das crianças em creches;

b) a questão em debate envolve aspectos de orçamento e disponibilidade de erário público.

É o relatório.

[...].

O RE é, na verdade, inviável.

A uma porque, com a edição da EC 14, de 1996, ficou estabelecido que ‘os municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil’ (C.F., art. 211, § 2º, com a EC 14/96).

A duas, não há falar haja o acórdão contrariado o disposto no art. 2º, C.F. É que cabe ao Judiciário fazer valer, no conflito de interesses, a vontade concreta da lei e da Constituição. Se assim procede, estando num dos pólos da ação o Estado, o fato de o Judiciário decidir contra a pretensão deste não implica, evidentemente, ofensa ao princípio da separação dos poderes, convindo esclarecer que, conforme lição de Balladore Palieri, constitui característica do Estado de Direito sujeitar-se o Estado à Jurisdição.

Finalmente, esclareça-se que o acórdão, para julgar procedente a ação, utilizou-se de mais de um fundamento suficiente. É que o acórdão invocou, também, o art. 54, IV, do ECA. Trata-se de disposição infraconstitucional, que não autoriza a interposição do recurso extraordinário, porque integra o contencioso de direito comum, certo que o recorrente não atacou o fundamento infraconstitucional mediante recurso especial.

No recurso especial, que não foi admitido, limitou-se o recorrente a alegar ofensa ao art.535, II, CPC.

Incide, no caso, portanto, a Súmula 283-STF.

Aliás, em caso similar, AI 410.646- AgR/SP, agravante o Município de Santo André,

Relator o Ministro Nelson Jobim, decidiu o Supremo Tribunal federal: **EMENTA: Ação civil pública. Garantia de vaga em creche para menor. Ausência de prequestionamento. (Súmula 282 e 356). Fundamento do acórdão recorrido não**

afastado (Súmula 283). Regimental não provido. ('DJ' de 19.9.2003). **Outros casos similares, RE. 411.518/SP e RE 401.673/SP, recorrente o Município de Santo André, Relator o Ministro Marco Aurélio, aos recursos foi negado seguimento, em 03.3.2004 e 26.3.2004, respectivamente.**

Do exposto, nego seguimento ao recurso.

Do exposto, reportando-me ao precedente mencionado, nego seguimento ao recurso. [...]" (Fls. 195-200).

A decisão está-se a ver, é de ser mantida, por seus próprios fundamentos.

Nego provimento ao agravo (grifos acrescidos ao original).

Dos posicionamentos, tanto do Ministério Público Federal como do Supremo Tribunal Federal, restou claro que é possível a interferência do Poder Judiciário, no exercício do controle dos atos oriundos do Poder Executivo, especialmente quando afrontam direitos de crianças e adolescentes.

5 O GRANDE PROBLEMA: A FALTA DE INFORMAÇÕES

A falta de informações é um dos grandes motivos para que os direitos das crianças e adolescentes sejam desrespeitados; pois, de acordo com a Constituição Federal, bem como o Estatuto da Criança e Adolescente, tudo que envolver direitos de Criança e Adolescente deve ter PRIORIDADE ABSOLUTA, considerando que o Estatuto da Criança e Adolescente adota a doutrina da PROTEÇÃO INTEGRAL, como já ressaltado acima.

Na verdade, quando o cidadão comum tem conhecimento do que estabelece o art. 227 da Constituição Federal, ou seja, que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com **absoluta prioridade**, o direito **à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão**, logo diz que isso seria um sonho e, automaticamente, desiste de lutar para ver os direitos da criança e adolescente sendo efetivados.

Essa PRIORIDADE ABSOLUTA deve ser considerada em relação a

tudo que envolver direitos de crianças e adolescentes, ou seja, tanto em relação às políticas públicas executadas pelo Poder Executivo, como em relação à atuação do Poder Judiciário, Ministério Público ou Poder Legislativo, de modo que as CRIANÇAS e ADOLESCENTES devem ter Prioridade Absoluta.

Para ficar mais claro, é importante exemplificar: Os processos em tramitação perante o Poder Judiciário devem, sob pena de haver afronta à própria Constituição Federal, tramitar com prioridade absoluta, ou seja, enquanto não forem marcadas as audiências pendentes em relação aos direitos de crianças e adolescentes, por exemplo, qualquer outra não pode ser marcada.

Da mesma forma, deve ser em relação às políticas públicas, sejam elas executadas pelo Poder Executivo Municipal, Estadual ou Federal. Enquanto não estiverem sendo garantidos direitos como à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, dentre outros, jamais se poderá gastar dinheiro com festas, propaganda, carros importados ou mesmo obras que não estejam diretamente voltadas para os interesses de crianças e adolescentes.

E essa falta de informações deve ser dissipada, primeiramente por parte de alguns membros do Poder Judiciário e do Ministério Público, que cansam em não tratar como PRIORIDADE ABSOLUTA os direitos das crianças e adolescentes do Brasil.

6 AS CONSEQUÊNCIAS DO DESRESPEITO AOS DIREITOS DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES

O desrespeito aos direitos das crianças e adolescentes leva o povo, em geral, a ter uma visão muito restrita da situação de crianças e adolescentes. Na verdade, quando um adolescente está envolvido com drogas, praticando atos infracionais, ou mesmo brigando nas ruas, muitas são as críticas ao próprio adolescente, esquecendo, a população, de que é dever da família, da sociedade e do Estado garantir a efetivação dos direitos das crianças e adolescentes.

Antes de “condenar” uma criança ou adolescente pelos atos que está cometendo, a sociedade deve fazer um auto-exame, para analisar se os direitos garantidos àquela criança ou adolescente foram efetivados, ou seja,

se foi considerado que eles são seres em formação, serão também frutos das oportunidades dadas pela vida, pois, na maioria das vezes em que lhe são dadas oportunidades, estas são aproveitadas.

Mas, infelizmente, o que se observa é que nossas CRIANÇAS e ADOLESCENTES são frutos de uma máquina estatal³, família e sociedade em situação irregular, despreocupadas com o futuro delas, e, indiretamente, despreocupadas com o futuro do próprio BRASIL.

7 CONCLUSÃO

O que precisa crescer, no povo, é a capacidade de se indignar sobre situações, de ficar revoltado quando observa uma criança nas ruas e, ao mesmo tempo, constata que o Poder Público gasta rios de dinheiro com propaganda pessoal, com a realização de grandes festas, com a construção de praças públicas. É certo que o Poder Público deve gastar dinheiro com festas, propaganda, porém deve ter a consciência de que CRIANÇA e ADOLESCENTE é PRIORIDADE ABSOLUTA.

Então, deve o povo se unir, dizer para o colega de trabalho, para o vizinho, para o advogado, para o líder comunitário, para o vereador, para o bancário, para o magistrado, para o açougueiro, para o padreiro, para o prefeito, para o jornalista, para o jogador de futebol, para o promotor, para o presidente, para o agricultor, para as crianças, enfim, para todo o Brasil, que tudo que envolva os direitos de CRIANÇAS e ADOLESCENTES tem prioridade, deve ser levado a sério, pois só assim o BRASIL terá um futuro MELHOR.

Por fim, em conclusões específicas ao presente estudo, deve ficar claro que, ao Poder Executivo, compete precipuamente o exercício da função administrativa (função típica), sendo a atuação do Judiciário imprescindível, especificamente quando o Executivo exorbitar do exercício de sua função, ferindo direitos das nossas crianças e adolescentes.

Assim, quando o Poder Executivo aplicar recursos em outras áreas que não estejam diretamente ligadas aos direitos de crianças e adolescentes, enquanto não forem garantidos a todas as crianças e adolescentes do Muni-

3 Aqui incluídos os Poderes Executivo, Legislativo, Judiciário, bem como o Ministério Público.

cípio, Estado ou do próprio Brasil os direitos 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, **deverá o Poder Judiciário exercer o controle sobre o Poder Executivo.**