

COORD. DE ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIA  
D.J. 03.02.2006  
EMENTÁRIO Nº 2 2 1 9 - 9

22/11/2005

SEGUNDA TURMA

AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 436.996-6 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. CELSO DE MELLO  
AGRAVANTE(S) : MUNICÍPIO DE SANTO ANDRÉ  
ADVOGADO(A/S) : JOÃO GUILHERME SOUSA DE ASSIS E OUTRO(A/S)  
AGRAVADO(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

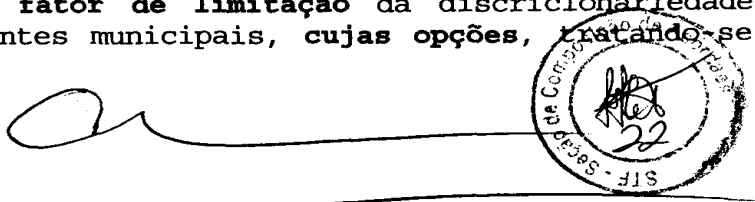
**E M E N T A:** RECURSO EXTRAORDINÁRIO - **CRIANÇA** DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE - **ATENDIMENTO** EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - **EDUCAÇÃO INFANTIL** - DIREITO **ASSEGURADO** PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV) - **COMPREENSÃO GLOBAL** DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - **DEVER JURÍDICO**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

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

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

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

- **Os Municípios** - que atuarão, **prioritariamente**, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - **não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se**



do atendimento **das crianças** em creche (CF, art. 208, IV), **não podem ser exercidas** de modo a comprometer, **com apoio** em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, **a eficácia desse direito básico de índole social.**

- Embora resida, **primariamente**, nos Poderes Legislativo e Executivo, **a prerrogativa** de formular e executar políticas públicas, **revela-se possível**, no entanto, **ao Poder Judiciário**, determinar, **ainda** que em bases excepcionais, **especialmente** nas hipóteses de políticas públicas **definidas pela própria** Constituição, **sejam estas implementadas** pelos órgãos estatais inadimplentes, **cuja omissão** - por importar **em descumprimento** dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório - **mostra-se apta a comprometer** a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais **impregnados** de estatura constitucional. **A questão pertinente à "reserva do possível". Doutrina.**

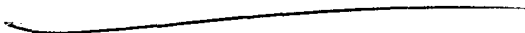
A C Ó R D ã O

**Vistos, relatados e discutidos** estes autos, **acordam** os Ministros do Supremo Tribunal Federal, **em Segunda Turma**, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, **por unanimidade** de votos, **em negar provimento** ao recurso de agravo, **nos termos** do voto do Relator. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, a Senhora Ministra Ellen Gracie e o Senhor Ministro Gilmar Mendes.

Brasília, 22 de novembro de 2005.



CELSON DE MELLO - PRESIDENTE E RELATOR



22/11/2005

SEGUNDA TURMA

AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 436.996-6 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. CELSO DE MELLO  
AGRAVANTE(S) : MUNICÍPIO DE SANTO ANDRÉ  
ADVOGADO(A/S) : JOÃO GUILHERME SOUSA DE ASSIS E OUTRO(A/S)  
AGRAVADO(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

R E L A T Ó R I O


O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO - (Relator): Trata-se de recurso de agravo, tempestivamente interposto, contra decisão que conheceu e deu provimento ao recurso extraordinário deduzido pelo Ministério Público do Estado de São Paulo.

Sustenta, a parte agravante, em suas razões recursais, em síntese, que (fls. 320/324):

" (...) não há como se cobrar, somente do Município, a manutenção do sistema de ensino, especificamente o atendimento a crianças em creches e escolas de educação infantil. A oferta de educação pública, obrigatória e gratuita, pois, é dever do Poder Público Federal, Estadual e Municipal, de acordo com dispositivo da CF alterado pela Emenda Constitucional nº 14/96 (...).

.....  
Importam na situação de atendimento organizado a centenas de crianças a qualidade, a segurança e a proteção, dentro da razoabilidade que o orçamento público permite.

.....  
A carência de novos aportes de recursos para financiar a educação infantil limitou o atendimento em



todo o Município e a possibilidade de ampliação do atendimento em educação infantil.


.....  
(...) considerando a enorme demanda de crianças carentes de creches ou pré-escola no âmbito do Município, e considerando que as instituições de ensino público em funcionamento, abrigam crianças matriculadas muito acima do limite de vagas e da capacidade das salas de aulas, em razão de dezenas de liminares judiciais, obviamente, há grande comprometimento do Erário, da Ordem administrativa, da qualidade do ensino e da educação transmitida aos abrigados.

.....  
Os deferimentos das medidas liminares e das R. Sentenças obrigando as matrículas de crianças em creches, adequando o Estatuto da Criança e do Adolescente à realidade fática, não pode vigorar, pois essa disposição configura indevida ingerência do Judiciário no poder discricionário do Executivo, o que difere do poder jurisdicional daquele em analisar a legalidade dos atos administrativos praticados pela Administração.

.....  
A questão 'sub judice' envolve controvérsia de alta relevância constitucional, superior ao teor de Súmulas, e a matrícula de milhares de crianças em algumas unidades de creches envolve questões de orçamento e disponibilidade do Erário Público, com dotação específica para a implantação de meios à concretização das medidas pleiteadas, o que impõe a intromissão do Judiciário nos poderes discricionários do Executivo, violando, sobremaneira, o já mencionado art. 2º do Texto Fundamental." (grifei)

Por não me convencer das razões expostas, submeto, à apreciação desta Colenda Turma, o presente recurso de agravo.

É o relatório.



V O T O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO - (Relator): Não assiste razão à parte ora recorrente, eis que a decisão agravada ajusta-se, com integral fidelidade, aos postulados constitucionais que informam, de um lado, o direito público subjetivo à educação e que impõem, de outro, ao Poder Público, notadamente ao Município (CF, art. 211, § 2º), o dever jurídico-social de viabilizar, em favor das "crianças de zero a seis anos de idade" (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola.

Com efeito, o exame desta causa, consideradas as razões subjacentes à decisão objeto do presente recurso de agravo, convence-me da inteira correção dos fundamentos, que, invocados pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, informam e dão consistência ao recurso extraordinário em questão.


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 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, inclusive ao atendimento, em creche e pré-escola, "às crianças de zero a seis anos de idade" (CF, art. 208, IV).

O eminente PINTO FERREIRA ("Educação e Constituinte", "in" Revista de Informação Legislativa, vol. 92, p. 171/173), ao analisar esse tema, expende magistério irrepreensível:

"O Direito à educação surgiu recentemente nos textos constitucionais. Os títulos sobre ordem econômica e social, educação e cultura revelam a tendência das Constituições em favor de um Estado social. Esta clara opção constitucional faz deste ordenamento econômico e cultural um dos mais importantes títulos das novas Constituições, assinalando o advento de um novo modelo de Estado, tendo como valor-fim a justiça social e a cultura, numa democracia pluralista exigida pela sociedade de massas do século XX." (grifei)

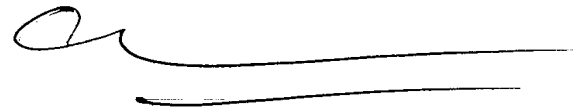
Para CELSO LAFER ("A Reconstrução dos Direitos Humanos", p. 127 e 130/131, 1988, Companhia de Letras), que também exterioriza a sua preocupação acadêmica sobre o tema, o direito à educação - que se mostra redutível à noção dos direitos de segunda geração - exprime, de um lado, no plano do sistema jurídico-normativo, a exigência de solidariedade social, e pressupõe, de outro, a



asserção de que a dignidade humana, enquanto valor impregnado de centralidade em nosso ordenamento político, só se afirmará com a expansão das liberdades públicas, quaisquer que sejam as dimensões em que estas se projetem:

" (...) É por essa razão que os assim chamados direitos de segunda geração, previstos pelo 'welfare state', são direitos de crédito do indivíduo em relação à coletividade. Tais direitos - como o direito ao trabalho, à saúde, à educação - têm como sujeito passivo o Estado porque, na interação entre governantes e governados, foi a coletividade que assumiu a responsabilidade de atendê-los. O titular desse direito, no entanto, continua sendo, como nos direitos de primeira geração, o homem na sua individualidade. Daí a complementaridade, na perspectiva 'ex parte populi', entre os direitos de primeira e de segunda geração, pois estes últimos buscam assegurar as condições para o pleno exercício dos primeiros, eliminando ou atenuando os impedimentos ao pleno uso das capacidades humanas. Por isso, os direitos de crédito, denominados direitos econômico-sociais e culturais, podem ser encarados como direitos que tornam reais direitos formais: procuraram garantir a todos o acesso aos meios de vida e de trabalho num sentido amplo (...)." (grifei)

O alto significado social e o irrecusável valor constitucional de que se reveste o direito à educação infantil - ainda mais se considerado em face do dever que incumbe, ao Poder Público, de torná-lo real, mediante concreta efetivação da garantia de "atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade" (CF, art. 208, IV) - não podem ser menosprezados pelo Estado, "obrigado a proporcionar a concretização da educação



infantil em sua área de competência" (WILSON DONIZETI LIBERATI, "Conteúdo Material do Direito à Educação Escolar", "in" "Direito à Educação: Uma Questão de Justiça", p. 236/238, item n. 3.5, 2004, Malheiros), sob pena de grave e injusta frustração de um inafastável compromisso constitucional, que tem, no aparelho estatal, o seu precípuo destinatário.

Cabe referir, neste ponto, a observação de PINTO FERREIRA ("Educação e Constituinte" "in" Revista de Informação Legislativa, vol. 92, p. 171/173), quando adverte - considerada a ilusão que o caráter meramente retórico das proclamações constitucionais muitas vezes encerra - sobre a necessidade de se conferir efetiva concretização a esse direito essencial, cuja eficácia não pode ser comprometida pela inação do Poder Público:

*"O direito à educação necessita ter eficácia. Sendo considerado como um direito público subjetivo do particular, ele consiste na faculdade que tem o particular de exigir do Estado o cumprimento de determinadas prestações. Para que fosse cumprido o direito à educação, seria necessário que ele fosse dotado de eficácia e acionabilidade (...)." (grifei)*

O objetivo perseguido pelo legislador constituinte, em tema de educação infantil, especialmente se reconhecido que a Lei Fundamental da República delineou, nessa matéria, um nítido programa a ser implementado mediante adoção de políticas públicas





conseqüentes e responsáveis - **notadamente** aquelas que visem a fazer cessar, **em favor** da infância carente, a **injusta situação** de exclusão social e de **desigual acesso** às oportunidades de atendimento em creche e pré-escola -, **traduz meta** cuja **não-realização** qualificar-se-á como uma **censurável** situação de inconstitucionalidade **por omissão** imputável ao Poder Público.

Ao julgar a ADPF 45/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, proferi decisão assim ementada (Informativo/STF n° 345/2004):

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

Salientei, então, em tal decisão, que o Supremo Tribunal Federal, **considerada a dimensão política** da jurisdição constitucional outorgada a esta Corte, **não pode demitir-se** do gravíssimo encargo de **tornar efetivos** os direitos econômicos,



sociais e culturais, **que se identificam** - enquanto direitos de **segunda** geração (como o direito à educação, p. ex.) - com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

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

**"DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO - MODALIDADES DE COMPORTAMENTOS INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO.**

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

- **Se o Estado deixar de adotar** as medidas **necessárias à realização concreta** dos preceitos da Constituição, **em ordem** a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, **abstendo-se**, em consequência, **de cumprir o dever de prestação** que a Constituição lhe impôs, **incidirá em violação negativa** do texto constitucional. Desse **non facere** ou **non praestare**, resultará a inconstitucionalidade **por omissão**, que pode ser **total**,

quando é **nenhuma** a providência adotada, ou **parcial**, quando é **insuficiente** a medida efetivada pelo Poder Público.

.....  
- A **omissão do Estado - que deixa de cumprir**, em maior ou em menor extensão, a **imposição** ditada pelo texto constitucional - **qualifica-se** como comportamento **revestido** da maior gravidade político-jurídica, eis que, **mediante inércia**, o Poder Público **também desrespeita** a Constituição, **também** ofende direitos que nela se fundam e **também impede**, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental."  
(RTJ 185/794-796, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno)

É certo - tal como observei no exame da ADPF 45/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO (Informativo/STF nº 345/2004) - **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, **como adverte** a doutrina (MARIA PAULA DALLARI BUCCI, "Direito Administrativo e Políticas Públicas", 2002, Saraiva), o encargo reside, **primariamente**, nos Poderes Legislativo e Executivo.

**Impende assinalar**, no entanto, que tal incumbência **poderá** atribuir-se, **embora** excepcionalmente, ao Poder Judiciário, **se e quando** os órgãos estatais competentes, **por descumprirem** os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter



mandatário, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, como sucede na espécie ora em exame.

Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à "reserva do possível" (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, "The Cost of Rights", 1999, Norton, New York; ANA PAULA DE BARCELLOS, "A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais", p. 245/246, 2002, Renovar; FLÁVIO GALDINO, "Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos", p. 190/198, itens ns. 9.5 e 9.6, e p. 345/347, item n. 15.3, 2005, Lumen Juris), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas.

Não se ignora que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a alegação de incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal,

desta não se poderá razoavelmente exigir, então, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.

Não se mostrará lícito, contudo, ao Poder Público, em tal hipótese, criar obstáculo artificial que revele - a partir de indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência (ADPF 45/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Informativo/STF nº 345/2004).

Cumpre advertir, desse modo, na linha de expressivo magistério doutrinário (OTÁVIO HENRIQUE MARTINS PORT, "Os Direitos Sociais e Econômicos e a Discricionariedade da Administração Pública", p. 105/110, item n. 6, e p. 209/211, itens ns. 17-21, 2005, RCS Editora Ltda.), que a cláusula da "reserva do possível" - ressaltada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos



constitucionais **impregnados** de um sentido de essencial fundamentalidade.

**Daí a correta observação** de REGINA MARIA FONSECA MUNIZ ("O Direito à Educação", p. 92, item n. 3, 2002, Renovar), cuja abordagem do tema - **após qualificar** a educação como um dos direitos fundamentais da pessoa humana - **põe em destaque a imprescindibilidade** de sua implementação, **em ordem a promover o bem-estar social e a melhoria da qualidade de vida de todos, notadamente** das classes **menos** favorecidas, **assinalando**, com particular ênfase, **a propósito** de obstáculos governamentais que possam ser eventualmente opostos **ao adimplemento** dessa obrigação constitucional, que "o Estado **não pode se furtar de tal dever sob alegação de inviabilidade econômica ou de falta de normas de regulamentação**" (**grifei**).

**Tratando-se** de típico direito de prestação positiva, **que se subsume** ao conceito de liberdade real ou concreta, **a educação infantil** - que compreende **todas** as prerrogativas, individuais ou coletivas, **referidas na Constituição da República** (notadamente em seu art. 208, IV) - **tem por fundamento** regra constitucional cuja densidade normativa **não permite** que, **em torno** da efetiva realização de tal comando, o Poder Público, **especialmente o Município** (CF, art. 211, § 2º), **disponha** de um amplo espaço de discricionariedade



que lhe enseje maior grau de liberdade de conformação, e de cujo **exercício** possa resultar, paradoxalmente, **com base em simples alegação** de mera conveniência e/ou oportunidade, ou, ainda, **com apoio** em "argumentos de natureza política e econômica" (EDUARDO APPIO, "Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil", p. 233/237, **236**, 2005, Juruá), a **nulificação** mesma dessa prerrogativa essencial, **como adverte**, em ponderadas reflexões, a ilustre magistrada MARIA CRISTINA DE BRITO LIMA, em obra monográfica dedicada ao tema ora em exame ("A Educação como Direito Fundamental", 2003, Lumen Juris).

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

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

.....



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

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

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

Tenho para mim, desse modo, **presente** tal contexto, **que os Municípios** - que atuarão **prioritariamente** no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - **não poderão demitir-se** do mandato constitucional, **juridicamente vinculante**, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Carta Política, **e que representa fator de limitação** da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, **cujas opções**, tratando-se de atendimento **das crianças** em creche (CF, art. 208, IV), **não podem ser exercidas** de modo a comprometer, **com apoio** em juízo de **simples** conveniência ou de mera oportunidade, **a eficácia desse direito básico** de índole social, **mesmo** porque, **tal como adverte** a doutrina (FERNANDO FACURY SCAFF, "Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direitos Humanos", "in"



"Interesse Público" n. 32/213-226, 2005), a liberdade de conformação do Estado, em tema de implementação de direitos assegurados pelo próprio texto constitucional, está vinculada ao postulado da supremacia da Constituição.

Esse caráter de fundamentalidade, de que se acha impregnado o direito à educação, autoriza a adoção, pelo Judiciário, de provimentos jurisdicionais que viabilizem a concreção dessa prerrogativa constitucional, mediante utilização, até mesmo, quando for o caso, de medidas extraordinárias que se destinem - consoante observa EMERSON GARCIA ("O Direito à Educação e Suas Perspectivas de Efetividade", "in" "A Efetividade dos Direitos Sociais", p. 149/198, 194, 2004, Lumen Juris) - a tornar efetivo "(...) o atendimento dos direitos prestacionais que congregam os valores inerentes à dignidade da pessoa humana, como é o caso do direito à educação fundamental" (grifei).

As razões ora expostas convencem-me da inteira procedência da pretensão recursal deduzida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, seja em face das considerações que o "Parquet" expendeu no recurso extraordinário em questão, seja, ainda, em virtude dos próprios fundamentos que dão suporte a diversas decisões, sobre o tema em análise, já proferidas no âmbito desta Suprema Corte (AI 455.802/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO -

AI 475.571/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO - RE 401.673/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO - RE 402.024/SP, Rel. Min. CARLOS VELLOSO - RE 411.518/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO):

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

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

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

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

- **Os Municípios** - que atuarão, **prioritariamente**, no ensino fundamental, **e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º)** - **não poderão demitir-se do mandato constitucional**, juridicamente vinculante, **que lhes foi outorgado** pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, **e que representa fator de limitação** da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, **cujas opções**, tratando-se do atendimento **das**

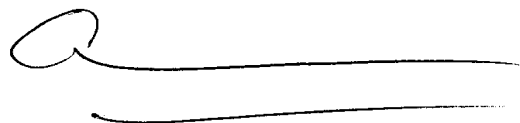
**crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social.**

- Embora resida, **primariamente**, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, **revela-se possível**, no entanto, **ao Poder Judiciário**, determinar, **ainda** que em bases excepcionais, **especialmente** nas hipóteses de políticas públicas **definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas** pelos órgãos estatais inadimplentes, **cuja omissão** - por importar em **descumprimento** dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório - **mostra-se apta a comprometer** a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais **impregnados** de estatura constitucional. **A questão pertinente à 'reserva do possível'. Doutrina."**

(RE 410.715-Agr/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma)

Cumpra-se destacar, neste ponto, por oportuno, **ante a inquestionável procedência** de suas observações, a **decisão** proferida pelo eminente Ministro MARCO AURÉLIO (RE 431.773/SP), **no sentido de que**, "Conforme preceitua o artigo 208, inciso IV, da Carta Federal, **consubstancia dever do Estado** a educação, **garantindo o atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade. O Estado - União, Estados propriamente ditos, ou seja, unidades federadas, e Municípios - deve aparelhar-se** para a observância irrestrita dos ditames constitucionais, **não cabendo tergiversar** mediante escusas relacionadas com a deficiência de caixa" (grifei).

**Isso significa**, portanto, **considerada a indiscutível primazia** reconhecida aos direitos da criança e do adolescente (ANA



MARIA MOREIRA MARCHESAN, "O princípio da prioridade absoluta aos direitos da criança e do adolescente e a discricionariedade administrativa", "in" RT 749/82-103), que a ineficiência administrativa, o descaso governamental com direitos básicos do cidadão, a incapacidade de gerir os recursos públicos, a incompetência na adequada implementação da programação orçamentária em tema de educação pública, a falta de visão política do administrador na justa percepção do enorme significado social de que se reveste a educação infantil e a inoperância funcional dos gestores públicos na concretização das imposições constitucionais estabelecidas em favor das pessoas carentes não podem nem devem representar obstáculos ao adimplemento, pelo Poder Público, notadamente pelo Município (CF, art. 211, § 2º), da norma inscrita no art. 208, IV, da Constituição da República, que traduz e impõe, ao Estado, um dever de execução inafastável, sob pena de a ilegitimidade dessa inaceitável omissão governamental importar em grave vulneração a um direito fundamental da cidadania e que é, no contexto que ora se examina, o direito à educação, cuja amplitude conceitual abrange, na globalidade de seu alcance, o fornecimento de creches públicas e de ensino pré-primário "às crianças de zero a seis anos de idade" (CF, art. 208, IV).



Sendo assim, e pelas razões expostas, nego provimento ao presente recurso de agravo, mantendo, em consequência, por seus próprios fundamentos, a decisão ora agravada.

É o meu voto.

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized initial 'C' followed by a long horizontal stroke that tapers to the right.

**SEGUNDA TURMA**

**EXTRATO DE ATA**

**AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 436.996-6**

PROCED.: SÃO PAULO

**RELATOR : MIN. CELSO DE MELLO**

AGTE.(S): MUNICÍPIO DE SANTO ANDRÉ

ADV.(A/S): JOÃO GUILHERME SOUSA DE ASSIS E OUTRO(A/S)

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

**Decisão:** A Turma, por votação unânime, **negou** provimento ao recurso de agravo, nos termos do voto do Relator. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, a Senhora Ministra Ellen Gracie e o Senhor Ministro Gilmar Mendes. 2ª Turma, 22.11.2005.

Presidência do Senhor Ministro Celso de Mello. Presentes à sessão os Senhores Ministros Carlos Velloso, Ellen Gracie, Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa.

Subprocuradora-Geral da República, Dra. Maria Caetana Cintra Santos.

Carlos Alberto Cantanhede  
Coordenador