

COMENTÁRIOS SOBRE JULGADO DO MINISTRO CELSO MELLO, RELATIVA
EDUCAÇÃO INFANTIL

Em 20 07 2018

Por João Ricardo Coelho

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 956.475 RIO DE JANEIRO

RELATOR : MIN. CELSO DE MELLO

RECTE.(S) :ALICE APARECIDA BOTELHO DA CONCEIÇÃO REPRESENTADA
POR RENATA APARECIDA DOS SANTOS BOTELHO

PROC.(A/S)(ES) :DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO DE
JANEIRO

RECDO.(A/S) :MUNICÍPIO DE VOLTA REDONDA ADV.(A/S) :PROCURADOR-
GERAL DO MUNICÍPIO DE VOLTA REDONDA

EMENTA: CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE
IDADE. ATENDIMENTO EM CRECHE MUNICIPAL.
EDUCAÇÃO INFANTIL. DIREITO ASSEGURADO
PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF,
ART. 208, IV, NA REDAÇÃO DADA PELA EC Nº
53/2006). COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO
CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO. DEVER
JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER
PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF,
ART. 211, § 2º). O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO
NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS
PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO E NÃO
EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO. A FÓRMULA
DA RESERVA DO POSSÍVEL NA PERSPECTIVA DA

TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS:
IMPOSSIBILIDADE DE SUA INVOCAÇÃO PARA
LEGITIMAR O INJUSTO INADIMPLEMENTO DE
DEVERES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO
CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTOS AO PODER
PÚBLICO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO.

– 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, também, o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). – Essa prerrogativa jurídica, em consequência, 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 até 5 (cinco) 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 inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e de executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter impositivo, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à “reserva do possível”. Doutrina.

DECISÃO: O presente recurso extraordinário foi interposto contra acórdão que, confirmado em sede de embargos de declaração pelo E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, está assim ementado:

“Constitucional. Administrativo. Mandado de Segurança. Pretensão de matrícula em creche da rede pública municipal. Menor que figura em lista de excedentes. Alegação de ofensa ao regramento constitucional e do Estatuto do Menor. Segurança deferida. Apelação do Município. **Decadência. Inocorrência. Aplicação do disposto no art. 23 da Lei nº 12.016/2009.** Demanda ajuizada quando não ultimado o prazo decadencial de 120 dias contados a partir da ciência da autora quanto à recusa manifestada pelo Município. Prejudicial que se afasta.

Violação ao princípio da adstrição. Possibilidade de matrícula da menor em estabelecimento próximo ao endereço profissional de sua

representante legal. Medida estabelecida em decisão interlocutória que restou irrecorrida. Inexistência de prejuízo ao ente público. Tese que se rejeita. **Mérito. Creche. Pré-escolas. Opção do legislador constitucional originário, obrigando os entes políticos a adoção destas medidas. Ofensa a direito líquido e certo** que se reconhece e se desprestigia. Inteligência dos arts. 205, 208, IV e 211, § 2º, todos da CF/88. Legislação infraconstitucional voltada no mesmo sentido. Art. 4ª do ECA. **Precedente do STJ.**

Exercício deste direito, contudo, **que deve ser subordinado ao princípio da isonomia.** Direito social vindicado que, em seu exercício, não podendo se constituir em privilégio imotivado a uns em detrimento de outros.

Obrigação do Município em promover a inclusão dos integrantes da lista de excedentes que precedem a Impetrante que se reconhece como pré-condição indispensável para a efetividade do comando judicial, pena de ofensa a princípio constitucional. Sentença que se modifica, ‘ex officio’, nesta parte.

Reexame necessário. Isenção ao pagamento das custas processuais que restou corretamente reconhecida. Taxa judiciária. Inteligência da Súmula nº 145 desta E. Corte. Ausência de condenação ao pagamento de honorários advocatícios. Inteligência da Súmula nº 512 do E. STF. Apelo voluntário que se rejeita. Sentença modificada, parcialmente, de ofício. Manutenção do restante da mesma em sede de reexame necessário.”
(grifei)

A recorrente – que é menor absolutamente incapaz, ora representada por sua mãe – sustenta que o acórdão impugnado teria transgredido os preceitos inscritos nos arts. 205, 208, IV, 211, § 2ª e 227, todos da Constituição da República.

O exame desta causa convence-me da inteira correção dos fundamentos, que 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 (ou dimensão) (RTJ 164/158-161), cujo adimplemento impõe ao Poder Público a satisfação de um dever de prestação positiva, consistente num “facere” ou em um “praestare”, 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 até 5 (cinco) anos de idade” (CF, art. 208, IV, na redação dada pela EC nº 53/2006).

O eminente e saudoso PINTO FERREIRA (“Educação e Constituinte”, “in” Revista de Informação Legislativa, vol. 92, p. 171/173), ao analisar esse tema, **expende**, sobre ele, **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 (ou de segunda dimensão) – 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 até cinco 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 **precípua** destinatário.

Cabe referir, novamente, neste ponto, outra 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 consequentes 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 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 nº 345/2004):

“ARGÜICÃO 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 ARGÜICÃO 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 75/1212-1213, 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 conseqüência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse **'non facere' ou 'non praestare'**, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é

insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público.

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

É certo – tal como observei no exame da **ADPF 45/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO (Informativo/STF nº 345/2004)** – 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 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 impositivo, 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” (LUÍS FERNANDO SGARBOSSA, “Crítica à Teoria dos Custos dos Direitos”, vol. 1, 2010, Fabris Editor; 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** (usualmente onerosas) de determinados direitos cujo adimplemento, pelo Poder Público,

impõe-lhe e dele exige prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas.

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

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

Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – **não pode ser invocada**, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando dessa conduta governamental negativa puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais ***impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade***.

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, 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 Subprocuradora Geral 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 Constituição, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se de atendimento das crianças em creche e na pré-escola (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. As razões ora expostas convencem-me, portanto, da inteira procedência da pretensão recursal deduzida pela recorrente, seja em face das considerações que expendeu no recurso extraordinário, 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 – ARE 698.258/SP, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI – RE 401.673/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – RE 410.715- - AgR/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO – RE 411.518/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – RE 436.996/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO – RE 463.210-AgR/SP, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – RE 464.143-AgR/SP, Rel. Min. ELLEN GRACIE – RE 592.937-AgR/SC, Rel. Min. CEZAR PELUSO – RE 909.986/DF, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – RE 919.489/DF, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, v.g.):

“CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE – ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA – SENTENÇA QUE OBRIGA O MUNICÍPIO DE SÃO PAULO A MATRICULAR CRIANÇAS EM UNIDADES DE ENSINO INFANTIL PRÓXIMAS DE SUA RESIDÊNCIA OU DO

ENDEREÇO DE TRABALHO DE SEUS RESPONSÁVEIS LEGAIS, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA POR CRIANÇA NÃO ATENDIDA – LEGITIMIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DAS ‘ASTREINTES’ CONTRA O PODER PÚBLICO – DOCTRINA – JURISPRUDÊNCIA – OBRIGAÇÃO ESTATAL DE RESPEITAR OS DIREITOS DAS CRIANÇAS – EDUCAÇÃO INFANTIL – DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV, NA REDAÇÃO DADA PELA EC Nº 53/2006) – COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO – DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) – LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM CASO DE OMISSÃO ESTATAL NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO – INOCORRÊNCIA DE TRANSGRESSÃO AO POSTULADO DA SEPARAÇÃO DE PODERES – PROTEÇÃO JUDICIAL DE DIREITOS SOCIAIS, ESCASSEZ DE RECURSOS E A QUESTÃO DAS ‘ESCOLHAS TRÁGICAS’ – RESERVA DO POSSÍVEL, MÍNIMO EXISTENCIAL, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL – PRETENDIDA EXONERAÇÃO DO ENCARGO CONSTITUCIONAL POR EFEITO DE SUPERVENIÊNCIA DE NOVA REALIDADE FÁTICA – QUESTÃO QUE SEQUER FOI SUSCITADA NAS RAZÕES DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO – PRINCÍPIO ‘JURA NOVIT CURIA’ – INVOCAÇÃO EM SEDE DE APELO EXTREMO – IMPOSSIBILIDADE – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.”

(ARE 639.337-AgR/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Cumpre 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 (...). 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 na justa percepção, pelo administrador, do enorme significado social de que se reveste a educação infantil, a inoperância funcional dos gestores públicos na concretização das imposições constitucionais estabelecidas em favor das pessoas carentes não podem nem devem representar obstáculos à execução, 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 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 até 5 (cinco) anos de idade” (CF, art. 208, IV, na redação dada pela EC nº 53/2006).

Vale acentuar, finalmente, no tocante à alegada violação ao princípio da isonomia, em que se fundamentou o acórdão ora recorrido, que o Ministério Público Federal, ao opinar sobre essa questão, corretamente destacou, em seu douto parecer, da lavra do ilustre Subprocurador-Geral da República Dr. ODIM BRANDÃO FERREIRA, passagem a seguir reproduzida, que bem revela a legitimidade da pretensão recursal ora em exame:

“O argumento da isonomia não se presta ao caso por redundar em afastar, de forma completa, a eficácia e a busca da efetividade do direito previsto constitucionalmente. Como não há discricionariedade do administrador, a omissão nesses casos já não se encerra no âmbito de discricionariedade, mas passa a

representar violação dos mencionados direitos subjetivos. Disso decorre a ilegitimidade do condicionamento do direito à observância de lista de excedente, que nem sequer poderia existir.” (grifei)

Sendo assim, e tendo em consideração as razões expostas, dou provimento ao presente recurso extraordinário (CPC/15, art. 932, VIII, c/c o RISTF, art. 21 § 1º), em ordem a restabelecer a sentença proferida pelo ilustre magistrado estadual de primeira instância.

Publique-se.

Brasília, 12 de maio de 2016.

Ministro CELSO DE MELLO

Relator

Comentários:

Cuida-se de Recurso Extraordinário interposto por Alice Aparecida Botelho da Conceição, representada por sua mãe, sendo procurador o Defensor Público, sendo Recorrido o Município de Volta Redonda, versando o tema o direito fundamental ao atendimento em creche municipal, estando o julgado com acórdão lavrado pelo Ministro Celso de Mello, com ementa nos seguintes termos:

EMENTA: CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE. ATENDIMENTO EM CRECHE MUNICIPAL. EDUCAÇÃO INFANTIL. DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV, NA REDAÇÃO DADA PELA EC Nº 53/2006). COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO. DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º). O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO. A FÓRMULA DA RESERVA DO POSSÍVEL NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE DE SUA INVOCAÇÃO PARA LEGITIMAR O INJUSTO INADIMPLEMENTO DE DEVERES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTOS AO PODER PÚBLICO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO.

O embate lastreado no acórdão impugnado demonstra a violação dos preceitos inscritos nos arts. 205, 208, IV, 211, § 2ª e 227, todos da Carta Magna, tendo sido manejado Mandado de Segurança, pela Recorrente, objetivando a inclusão da mesma em creche próximo de sua residência.

Caberia ao Poder Judiciário corrigir tal situação de não atendimento pelo Município à direito fundamental social da Recorrente, se imiscuindo em Políticas Públicas? Essa grande indagação está ligada ao exercício de um direito subjetivo à educação e se o Judiciário poderia assegurar tais direitos, atuando como um autentico gestor do Poder Executivo.

No Brasil, nossa Constituição Federal de 1988, garantiu especial atenção e destaque ao direito à educação, consagrando-o como o primeiro dos direitos fundamentais sociais em seu artigo 6º e detalhando-o especialmente do artigo 205 em diante. Ficou consignada a educação como direito de todos e dever do Estado e da família, destacando como seus objetivos o pleno desenvolvimento da personalidade humana e o preparo para o exercício da cidadania e a qualificação para o trabalho.

Nossa Carta Política de 1988 e outros textos legais, levaram a grande interferência do Poder Judiciário também no campo da política educacional, acarretando a “judicialização da educação”.

O acórdão afirma 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 (ou dimensão) (RTJ 164/158-161), cujo adimplemento impõe ao Poder Público a satisfação de um dever de prestação positiva, consistente num “facere” ou em um “praestare”, 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 até 5 (cinco) anos de idade” (CF, art. 208, IV, na redação dada pela EC nº 53/2006)”.

Trata-se do direito à educação infantil, com enorme significado social e o destacado valor constitucional, 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 até cinco anos de idade (CF, art. 208, IV) – não podem ser menosprezados pelo Estado, obrigado a realizar a concretização da educação infantil de sua competência.

O Eminentíssimo Relator, Ministro Celso de Mello, destacou a ADPF 45, também de sua relatoria, na qual foi consignado “**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”.**

Sabemos que a ausência de justo motivo objetivamente auferível, não pode ser dita pelo Poder Público para exonerar-se dolosamente de suas obrigações constitucionais, especialmente quando tal postura, venha a acarretar a não ação ou a destruição de direitos constitucionais, especialmente os fundamentais, pela utilização errônea da cláusula da “reserva do possível”.

Ora os Municípios – com a missão no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) – não poderão ignorar o compromisso constitucional, juridicamente vinculante, na forma do art. 208, IV, da Constituição, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se de atendimento das crianças em creche e na pré-escola (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio singelo da simples conveniência ou de mera oportunidade, bom resultado do direito básico de índole social.

É certo que caracterização da educação como direito fundamental é o tratamento jurídico diferenciado que a ela deverá ser dispensado, a saber: a sua aplicabilidade imediata (artigo 5º, § 1º) e a impossibilidade da sua supressão da ordem constitucional (artigo 60, § 4º, inciso IV).

Decorre que a inserção do direito à educação entre os direitos fundamentais impõe ao Estado um comportamento ativo criando condições normativas adequadas ao exercício desse direito (legislação), criando condições reais, com estruturas, instituições e recursos humanos.

A ideia do direito à educação como um direito fundamental tem como uma de suas principais consequências a possibilidade de o cidadão exigir do Estado a sua concretização. E a inovação trazida pela Constituição Federal de 1988 é a de possibilitar ao indivíduo ou coletividade exercer esse direito mediante via jurisdicional, ou seja, por meio do Poder Judiciário, sendo esse o caso *sub examem*.

A torrencial jurisprudência do STF, foi descrita, demonstrando que o tema encontra-se pacificado, não cabendo falarmos na necessidade de isonomia entre os cidadãos, estabelecendo uma lista de excedentes de potenciais usuários, como justificativa ao não atendimento do direito subjetivo à educação.

Cumpramos já concluindo expressar nosso temor quanto a formulação de políticas públicas pelo Poder Judiciário.

Fica mais do que evidenciado o fenômeno observado no STF quanto ao aumento de demandas judiciais educacionais, da judicialização da política, ou seja, do processo de transferência de questões políticas, das searas parlamentar e do executivo, para o Poder Judiciário.

A realidade é que o Judiciário tornou-se coautor das políticas públicas sendo o STF, um dos principais atores desse processo, garantidor de direitos sociais.

Importante aprofundar o diálogo com a sociedade e com as demais instituições, evitando se restringir às partes processuais.

Se a interferência do Poder Judiciário na seara das políticas públicas educacionais já é realidade, estando em ampliação, devemos perseguir uma decisão judicial que realmente reflita na prática social e possua diálogo com o setor educacional, refletindo assim o direito fundamental social à educação dentro de nossa tão criticada e violentada Carta Política de 1988.

Esses são os nossos singelos e breves comentários acerca de julgado da lavra do Decano do STF, Ministro Celso de Mello.