

## AGRAVO DE INSTRUMENTO 677.274-8 SÃO PAULO

RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO

AGRAVANTE(S): MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

ADVOGADO(A/S): LUIZ HENRIQUE MARQUEZ

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

**EMENTA:** **CRIANÇA** DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE. **ATENDIMENTO** EM CRECHE **E** EM PRÉ-ESCOLA. **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). **AGRAVO 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 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** executar políticas públicas, **revela-se possível**, no entanto, **ao Poder Judiciário**, ainda que em bases excepcionais, **determinar**, especialmente nas hipóteses de políticas públicas **definidas** pela própria Constituição, **sejam estas implementadas**, sempre que os órgãos estatais competentes, **por descumprirem** os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório, **vierem a comprometer**, com a sua omissão, **a eficácia e a integridade** de direitos sociais e culturais **impregnados** de estatura constitucional. **A questão pertinente à “reserva do possível”**. **Doutrina**.

-

**DECISÃO:** O recurso extraordinário **a que se refere** o presente agravo de instrumento foi interposto contra acórdão, que, **confirmado**, em sede de embargos de declaração (fls. 22/24) pelo E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, **está assim ementado** (fls. 09):

**“Apelação em ação de obrigação de fazer, objetivando a reforma da sentença que julgou o feito extinto sem exame do mérito, nos termos do artigo 267, inciso VI, do CPC — Alegação de que existiu ofensa ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, porquanto há previsão legal e constitucional para a matrícula de menores em rede municipal de educação infantil — Recurso provido e extinção afastada — Ação Civil Pública Julgada procedente, nos termos do artigo 515, parágrafo 3º, do CPC — Inteligência dos artigos 54, IV, e 208, III, ambos do ECA e 211, § 2º, da CF.” (grifei)**

A parte ora agravante **sustenta** que o acórdão impugnado em sede recursal extraordinária **teria trans-**

**gredido** preceitos **inscritos** na Constituição da República.

O **exame** desta causa, **considerada** a jurisprudência que o Supremo Tribunal Federal **firmou** na matéria ora em análise (**AI 474.444-AgR/SP**, Rel. Min. MARCO AURÉLIO — **RE 410.715-AgR/SP**, Rel. Min. CELSO DE MELLO — **RE 436.996-AgR/SP**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), **convence-me da inteira correção** dos fundamentos **que apóiam e dão consistência** ao acórdão emanado do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

**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 até 5 (cinco) anos de idade” (**CF**, art. 208, IV, na redação dada pela EC nº 53/2006).

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 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 **precípulo** 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/DE**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, **proferi** decisão assim ementada (**Informativo/STF nº 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 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**, 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), **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).