

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 669.409 AMAZONAS

RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI
RECTE.(S) : ESTADO DO AMAZONAS
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO
AMAZONAS
RECDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO AMAZONAS
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO
AMAZONAS

DECISÃO:

Vistos.

Estado do Amazonas interpõe recurso extraordinário, com fundamento na alínea “a” do permissivo constitucional, contra acórdão do Conselho da Magistratura do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas, assim ementado na parte que interessa:

“DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. APELAÇÃO CÍVEL. LEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO. FIXAÇÃO DE ASTREINTES. POSSIBILIDADE. DIREITO À SAÚDE CONSTITUCIONALMENTE GARANTIDO. DEVER DO ESTADO.

- É possível a fixação de astreintes contra a Fazenda Pública, com o fim de assegurar prestação de tratamento de saúde fora do domicílio do recorrido, sendo a mesma necessária para se vencer eventual obstinação ao cumprimento da obrigação, incidindo sua eficácia a partir da ciência do obrigado e de sua recalcitrância. Portanto, sua eficácia resta condicionada à ocorrência da omissão no cumprimento da determinação judicial.

- Nos exatos termos do que dispõe nossa Constituição Federal, em seu art. 196, a saúde é direito de todos e dever do Estado, devendo tal garantia social ser protegida e velada em sua completude, consoante dispõe os artigos 7º a 14 do Estatuto da Criança e do Adolescente e artigo 227 da nossa Carta Magna.

- A falta de dotação orçamentária não representa óbice ao cumprimento do dever constitucional imposto ao Estado, qual seja, o de assegurar melhores condições de acesso à saúde aos cidadãos.

RE 669409 / AM

- *Apelação Cível conhecida e improvida.*
- *Precedentes do Superior Tribunal de Justiça*” (fl. 264).

Opostos embargos de declaração (fls. 282 a 291), foram rejeitados (fls. 293 a 299).

Alega o recorrente violação dos artigos 2º e 196 da Constituição Federal.

Contra-arrazoado (fls. 342 a 377), o recurso extraordinário foi admitido na origem (fls. 378 a 382).

O Superior Tribunal de Justiça, em decisão transitada em julgado, negou provimento ao recurso especial interposto paralelamente ao extraordinário.

Opina o Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República, Dr. **Paulo de Tarso Braz Lucas**, pelo desprovimento do recurso extraordinário.

Decido.

Anote-se, inicialmente, que o recurso extraordinário foi interposto contra acórdão publicado após 3/5/07, quando já era plenamente exigível a demonstração da repercussão geral da matéria constitucional objeto do recurso, conforme decidido na Questão de Ordem no Agravo de Instrumento nº 664.567/RS, Tribunal Pleno, Relator o Ministro **Sepúlveda Pertence**, DJ de 6/9/07. Todavia, apesar da petição recursal haver trazido a preliminar sobre o tema, não é de se proceder ao exame de sua existência, uma vez que, nos termos do artigo 323 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, com a redação introduzida pela Emenda Regimental nº 21/07, primeira parte, o procedimento acerca da existência da repercussão geral somente ocorrerá “quando não for o caso de inadmissibilidade do recurso por outra razão”.

Não merece prosperar a irrisignação.

O artigo 196 da Constituição Federal preceitua que a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas. Em especial, no que se refere à crianças e adolescentes, o artigo 227 da Constituição Federal estipula também como dever do Estado, bem como da família e da sociedade, assegurar à criança e ao

RE 669409 / AM

adolescente, com absoluta prioridade, a concretização da sua dignidade humana.

Dessa forma, é patente que o Poder Público, incluídas todas as unidades federadas, inclusive os municípios, deve garantir a observância irrestrita da Constituição, não podendo se furtar dos deveres constitucionais sob fundamentos supostamente extraídos do próprio texto e da competência constitucional do ente federado.

Nesse sentido, cabe ao Poder Judiciário analisar a legalidade do ato administrativo, quando, como no caso dos autos, o ente político descumprir os encargos político-jurídicos que sobre ele incide de maneira a comprometer com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais assegurados pela Constituição Federal. Sobre o tema, anote-se:

*“DIREITO CONSTITUCIONAL E DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. GARANTIA ESTATAL DE VAGA EM CRECHE. PRERROGATIVA CONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE INGERÊNCIA NO PODER DISCRICIONÁRIO DO PODER EXECUTIVO. PRECEDENTES. 1. A educação infantil é prerrogativa constitucional indisponível, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a creches e unidades pré-escolares. 2. É possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo. 3. Agravo regimental improvido” (RE nº 464143/SP-AgR, Segunda Turma, Relatora a Ministra **Ellen Gracie**, DJe de 19/2/10).*

Anotem-se ainda as seguintes decisões monocráticas: AI nº 646.079/SP, Relator o Ministro **Marco Aurélio**, DJ de 28/11/08, AI nº 725.891/SC, Relator o Ministro **Celso de Mello**, DJ de 10/10/08, essa última, assim fundamentada:

“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 mandatário, **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. 09) pelo E. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, **está assim ementado (fls. 09):**

'APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. SENTENÇA QUE CONCEDEU A ORDEM, DETERMINANDO AO MUNICÍPIO A INCLUSÃO DE CRIANÇA EM CRECHE. DIREITO FUNDAMENTAL. COMPETÊNCIA DO ESTADO. IMPOSSIBILIDADE DE O MUNICÍPIO EXIMIR-SE DO DEVER CONSTITUCIONAL, ATRIBUINDO-O À INICIATIVA PRIVADA. GARANTIA QUE TEM POR DESTINATÁRIO TODAS AS CRIANÇAS DE 0 (ZERO) A 5 (CINCO) ANOS DE IDADE, E NÃO SOMENTE

AQUELAS QUE SÃO PORTADORAS DE DEFICIÊNCIA OU QUE SE ENCONTRAM EM SITUAÇÃO DE RISCO. ART. 23, INCISO V, ART. 205, 'CAPUT', ART. 206, INCISO I, ART. 208, INCISO IV, E ART. 227, 'CAPUT', TODOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ART. 4º, ART. 53, INCISOS I E V, E ART. 54, INCISO IV, DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ART. 1º, ART. 2º, ART. 3º, INCISO I, E ART. 4º, INCISO IV, DA LEI DE DIRETRIZES E BASES DA EDUCAÇÃO NACIONAL. ALEGAÇÃO DE LIMITAÇÃO FINANCEIRO-ORÇAMENTÁRIA IMPEDITIVA DA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL QUE É REJEITADA. RECURSO DESPROVIDO. RESSALVA DO PONTO DE VISTA PESSOAL DO RELATOR.

1. Ressalvado o ponto de vista pessoal do relator, entende a Câmara que o direito à educação da criança - matrícula em creche próxima à residência da mãe - pode ser reclamado em sede de mandado de segurança.

2. 'CRECHE E PRÉ-ESCOLA - OBRIGAÇÃO DO ESTADO.

Cumprido ao Estado - gênero - proporcionar a creche e a pré-escola às crianças de zero a cinco anos de idade, observando a norma cogente do artigo 208, inciso IV, da Constituição Federal, com a redação decorrente da Emenda Constitucional n. 53/2006.' (STF, agravo regimental no recurso extraordinário n. 384.201/SP, relator o ministro Marco Aurélio, j. Em 26.4.2007).'

A parte ora agravante **sustenta** que o acórdão impugnado em sede recursal extraordinária **teria transgredido** preceitos **inscritos** na Constituição da República.

O **exame** desta causa, **considerada** jurisprudência que o Supremo Tribunal Federal **firmou** 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. . 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 Santa Catarina.

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

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/DE**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, **Informativo/STF** nº 345/2004).

Cumpra advertir, desse modo, que a cláusula da “*reserva do possível*” - **ressalvada** a ocorrência de **justo** motivo objetivamente aferível - **não pode** ser invocada, pelo Estado, **com a finalidade** de exonerar-se, **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 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 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.

Entendo, por isso mesmo, **que se revela inacolhível** pretensão recursal deduzida pelo Município de Criciúma, **notadamente** em face da jurisprudência que se formou, no Supremo Tribunal Federal, sobre a questão ora em exame (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 410.715-AgR/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO - RE 411.518-AgR/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – RE 436.996/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).

Sendo assim, e pelas razões expostas, nego provimento ao presente agravo de instrumento, por revelar-se evidentemente incabível, na espécie, o recurso extraordinário a que ele se refere".

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

Publique-se.

Brasília, 6 de março de 2013.

Ministro DIAS TOFFOLI

Relator

Documento assinado digitalmente