

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 ASSEGUADO 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

RE 956475 / RJ

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

RE 956475 / RJ

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**,

RE 956475 / RJ

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

RE 956475 / RJ

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, § 2^a 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).

RE 956475 / RJ

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,*

RE 956475 / RJ

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)

RE 956475 / RJ

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):

“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).”

RE 956475 / RJ

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 exeqüíveis, **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

RE 956475 / RJ

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,

RE 956475 / RJ

“**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 **imediate 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**.

RE 956475 / RJ

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

RE 956475 / RJ

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,

RE 956475 / RJ

cuja 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

RE 956475 / RJ

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

RE 956475 / RJ

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

RE 956475 / RJ

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 RISTE**, 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