



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1.256.617 - SP (2011/0071616-1)

RELATORA : **MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES**
AGRAVANTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**
AGRAVADO : **MUNICÍPIO DE JAÚ**

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OBRIGAÇÃO DE OFERECIMENTO DE VAGA PARA ATENDIMENTO EM CRECHE OU PRÉ-ESCOLA. EXECUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. CAUSA DECIDIDA COM BASE EM FUNDAMENTO EXCLUSIVAMENTE CONSTITUCIONAL. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

I. Agravo interno ajuizado contra decisão publicada em 07/11/2016, que, por sua vez, julgara Recurso Especial interposto contra acórdão publicado na vigência do CPC/73.

II. No acórdão objeto do Recurso Especial, o Tribunal de origem julgou improcedente o pedido, em Ação Civil Pública ajuizada pela parte agravante, na qual postula a condenação do Município de Jaú/SP na obrigação de fazer, consistente em oferecer, imediatamente, vaga para atendimento adequado em creche para todas as crianças de zero a seis anos de idade, que necessitem ou venham a necessitar do serviço.

III. No caso, o Tribunal de origem decidiu a causa com base em fundamento exclusivamente constitucional (art. 2º da Constituição Federal), de modo que é inviável a apreciação da matéria em sede de Recurso Especial, sob pena de usurpação de competência do STF.

IV. Agravo interno improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo interno, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Herman Benjamin, Og Fernandes e Mauro Campbell Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 04 de abril de 2017 (data do julgamento).

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1.256.617 - SP (2011/0071616-1)

RELATÓRIO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES: Trata-se de Agravo interno, interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, em 01/12/2016, contra decisão de minha lavra, publicada em 07/11/2016, assim fundamentada, **in verbis** :

"Trata-se de Recurso Especial, interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, em 04/05/2011, com fundamento na alínea **a** do permissivo constitucional, em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado:

'APELAÇÃO CÍVEL - Ação Civil Pública - Reexame necessário e recurso voluntário - Interposição contra sentença que condenou o município a providenciar vaga em creche, de imediato, a todas as crianças de 0 a 6 anos, que necessitem, sob pena de multa diária no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) - Preliminar rejeitada - Caso em que o deferimento do pedido gera grande impacto financeiro ao Município - Intromissão do Judiciário na esfera da discricionariedade da Administração- Violação ao art. 2º da Constituição Federal - Recursos providos' (fl. 235e).

Opostos embargos de declaração, restaram rejeitados:

'EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - O Ministério Público alega que o V. Acórdão não faz referência à eficácia ou validade das normas constitucionais e infraconstitucionais que prevêm o direito à creche e pré-escola a todas as crianças de 0 a 6 anos de idade - Caso em que a matéria foi apreciada, somente não se mencionou expressamente todos os dispositivos legais para efeito de prequestionamento - Análise específica do caso em que não se negou validade às normas, mas levou em consideração as especificidades da demanda com preponderância do art. 2º da Constituição Federal.

Embargos de declaração rejeitados' (fl. 252e).

Alega a parte recorrente que o acórdão recorrido "ofendeu o princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, contrariou o permissivo constitucional da previsão de tutela coletiva na defesa dos direitos coletivos e difusos e deixou de validar, em razão do suposto obstáculo do princípio da separação dos poderes, 208, inciso IV, e 211, § 1º, ambas também da Constituição da República, bem como dos artigos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

54, inciso IV, da Lei nº 8.069/90, e de normas, também específicas, insertas na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1.996), especialmente as que integram os artigos 4º, inciso IV, e 29 e 30. regras estas que expressamente proclamam o direito à creche e pré-escola a todas crianças de zero a seis anos de idade, cipoal jurídico que, protegido pela garantia constitucional da prioridade absoluta (CF, art. 227, caput), prevalece sobre o regrado pelo mencionado artigo 2º da Magna Carta" (fl. 260e). Aduz que:

'O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei Federal nº 8.069/90) dedicou todo um capítulo inserto no título disciplinador do acesso à justiça a esta espécie de tutela, tratando, dentre outros aspectos, da legitimação ativa para as ações correspondentes, da antecipação do provimento final e do inquérito civil. Sua lógica foi a mesma presente na Lei da Ação Civil Pública, tendo como contemporâneo o Código de Defesa do Consumidor.

Em seu artigo 208 o legislador infraconstitucional, no ECA, optou por expressamente consignar algumas das hipóteses de admissibilidade da tutela coletiva, talvez considerando a necessidade de alavancar o efetivo reconhecimento das então novas categorias de direito. Assim, previu a proteção judicial ao direito difuso ou coletivo à creche e pré-escola (inciso III), inserindo ainda em parágrafo norma de extensão indicando que a tutela aos direitos elencados não excluía outros direitos previstos na Constituição e nas leis.

Desta forma, ressalta a evidência que o LEGISLADOR CONSTITUINTE contemplou a possibilidade de tutela judicial do direito de uma coletividade de crianças ou de todas as crianças de uma comunidade ao direito social à creche e à pré-escola, não havendo como se negar essa proteção do poder jurisdicional, nada mais do que o dever de validar direitos irrealizados. Se o direito, como no caso, é reconhecido como existente (o acórdão recorrido expressamente considera a contraprestação correspondente como obrigação do Poder Público), não se pode negar sua proteção. Não é possível supor que um Município como Jaú não tenha condições de determinar ações imediatas para a concretização do direito à creche e pré-escola, deixando de validar direito extreme de dúvida.

Entre uma suposta impossibilidade de realização concreta das prestações decorrentes do direito fundamental em debate, geradora da conclusão do acórdão recorrido de que qualquer



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

determinação neste sentido imposta invasão do Judiciário na esfera de poder republicano do Executivo, é de se ficar com a eficácia das normas que garantem a creche e a pré-escola porquanto baseadas na educação da infância como forma de construção de uma sociedade democrática.

Como é cediço, o princípio do sopesamento resolve conflitos, aparentes ou não, entre normas constitucionais. Assim, se de um lado tem-se a independência dos poderes e de, outro, o direito de crianças e adolescentes, fundados na dignidade da pessoa humana, garantidos estes pela regra da prioridade absoluta, a balança da justiça deve pender no caso concreto para a infância, fazendo prevalecer seus princípios de proteção sobre suposta concepção de ingerência do Judiciário sobre o Executivo' (fl. 264/266e).

Ao final, aduz que, demonstrada fundamentadamente a violação a normas da Constituição da República, aguarda esta Procuradoria de Justiça seja o presente recurso extraordinário conhecido e provido, a fim de que esse Egrégio Superior Tribunal de Justiça reforme o acórdão recorrido, deferindo a tutela coletiva e assim julgando procedente o pedido inicial a fim de condenar o Município de Jaú a garantir creches e pré-escolas para as crianças ali residentes, restaurando-se a sentença de Primeiro Grau de Jurisdição, medida de interesse público, de direito e de absoluta justiça para com a infância e famílias da comunidade" (fl. 270e).

Sem contrarrazões (fl. 284e).

O recurso especial foi admitido pelo Tribunal de origem (fls. 288/291e).

O recurso não merece prosperar.

Cuida-se, na origem, de ação civil pública proposta pelo Ministério Público estadual em face do Município de Jaú, com o objetivo de condenar o Município a obrigação de fazer, "consistente em oferecer, de imediato, atendimento adequado em creche, em instalações físicas que se ajustem às normas técnicas existentes e com a prática de atividades administrativas, sociais, psicopedagógicas, nutricionais e sanitárias que possibilitem a boa qualidade do serviço prestado, para crianças de zero a seis anos de idade, residentes no Município de Jaú, que dele necessitem ou venham a necessitar, seja criando e mantendo serviços municipais próprios, seja realizando convênios que venham a atender, por inteiro, as necessidades referidas, sob pena de multa diária no valor de cinco salários-mínimos, a ser revertida para o Fundo Municipal da Infância e Juventude desta cidade, devidamente gerido pelo Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente (ECA, artigo 214)" (fl. 12e).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A sentença julgou procedente o pedido.

O acórdão deu provimento ao recurso do Município, para julgar improcedente a ação civil pública, nos termos dos seguintes fundamentos:

'Todavia, no caso dos autos, constata-se que o pedido do Ministério Público envolve toda uma estrutura de serviços que vão desde a construção das escolas, com os devidos processos de licitações, até a contratação de pessoal (concursados ou não), compra de equipamentos, além de verba própria destinada a estes fins.

O deferimento da tutela pretendida pelo parquet, acabaria por gerar uma intromissão indevida do Judiciário na seara da conveniência e oportunidade da Administração, violando-se assim o princípio da separação dos Poderes, previsto no art. 2º da Constituição Federal.

Cabe ao já citado Poder Executivo a escolha do momento oportuno para a construção de escolas, seleção de funcionários, etc. Não é aceitável a imposição ao mencionado Poder, constitucionalmente autônomo, da obrigação de fazer requerida pela ora requerente, de maneira que se faz necessário o acolhimento do recurso de apelação interposto pelo Município de Jaú.

E vedado ao Judiciário pronunciar-se sobre o mérito administrativo, consubstanciado na conveniência e oportunidade da Administração, que no presente caso seria determinar que o Município promovesse o atendimento de todas as crianças do município, de 0 a 6 anos, em creche com instalações físicas que se ajustem às normas técnicas existentes e com a prática de atividades administrativas, sociais, psicopedagógicas, nutricionais e sanitárias.

Todo esse aparato gera despesa extraordinária, que o orçamento do Município não teria condições de arcar, tendo em vista que o último levantamento estimou o número de 457 (quatrocentos e cinquenta e sete) crianças em fila de espera para vaga em creche. O atendimento a todas elas geraria grande dispêndio de recursos financeiros, o que pode gerar desequilíbrio nas contas do recorrente.

Conforme se verifica nas peças constantes nos autos, o Município tem efetivado esforços para suprir a demanda. No entanto, a disponibilização imediata de tantas vagas é material e financeiramente impossível.

Portanto, entendo ser o caso de acolhimento do recurso para



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

julgar improcedente a demanda ajuizada pelo Ministério Público, levando-se em conta ainda que o número de crianças que necessitam de tal serviço não é determinado, de modo a impor ao Município a obrigação de abrir número incerto de vagas, não se tendo certeza do preenchimento de todas elas, o que acarretaria eventual ociosidade destas e dispêndio desnecessário de recursos públicos' (fls. 237/238e).

Assim, verifica-se que o acórdão recorrido analisou a controvérsia apresentada no recurso, sob o enfoque constitucional (princípio da separação dos poderes), não competindo ao STJ apreciar, por meio de especial, a matéria de cunho eminentemente constitucional, o que cabe apenas ao STF. Nesse sentido:

'ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. ACUMULAÇÃO DE CARGOS. ALEGADA VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. DEBATE SOBRE O MOMENTO DA CONVERSÃO DE APOSENTADORIA PROPORCIONAL EM INTEGRAL. DECISÃO A QUO ASSENTADA EM MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 7 DO STJ. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DE PROVENTOS DE PENSÃO. QUESTÃO DECIDIDA COM FUNDAMENTAÇÃO CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME PELO STJ.

1. Não houve violação do art. 535, II, do Código de Processo Civil, pois a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, como se depreende da leitura do acórdão recorrido, integrado pelos embargos de declaração, que enfrentou os pontos abordados no recurso de apelação.

2. A alegação de que o Tribunal julgou a controvérsia com base em premissas fáticas equivocadas, uma vez que a conversão da pensão proporcional em integral teria ocorrido somente às vésperas do falecimento da servidora, não pode ser examinada no âmbito desta Corte, porquanto tais questões foram decididas a partir do contexto fático dos autos, e sua revisão incide no óbice da Súmula 7/STJ.

3. A apontada violação dos arts. 118 e 190 da Lei n. 8.112/90 não pode ser objeto de exame do recurso especial, porquanto a decisão da Corte de origem, neste ponto, foi pautada em fundamentação constitucional, o que impede o conhecimento do apelo especial, pela impossibilidade de exame de matéria de competência do Pretório Excelso. Agravo regimental improvido' (STJ, AgRg no AREsp 278.540/ES, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 15/04/2013).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ante o exposto, com fundamento no art. 255, § 4º, I, do RISTJ, não conheço do Recurso Especial" (fls. 305/309e).

Inconformada, sustenta a parte agravante que:

"*In casu*, a moldura contida na demanda permite dar ao caso solução diversa daquela adotada na decisão monocrática, eis que, ao contrário do que ali se concluiu, o acórdão do Tribunal de Justiça também se baseou na legislação infraconstitucional.

De fato, extrai-se do acórdão recorrido, especialmente a fls. 236/237 (e-STJ) o fundamento de que:

(...)

Exatamente por isso, a decisão do Vice-Presidente do Tribunal a quo, que admitiu o Recurso Especial, analisando os seus requisitos específicos conclui (e-STJ fls. 289):

(...)

Portanto, atacando especificamente o fundamento da decisão monocrática agravada, é forçoso concluir que o acórdão recorrido, ao concluir que não há como forçar o Município a construir creche ou fornecer novas vagas em creche, também se baseou em Leis Federais, principalmente o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, afrontando-as.

Ora, todo aquele que exerce função pública deve desempenhar seu ofício em estrita obediência aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, de acordo com o que dispõe o art. 37 da CF/88.

Ademais, o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional expressamente afirmam que o Estado deve atuar, prioritariamente, tanto no ensino fundamental quanto no infantil, assegurando a todos o acesso à educação de qualidade. Veja-se o quanto disposto no art. 11º da Lei nº 9.394/96:

(...)

Evidentemente que nada obsta que o Poder Judiciário imponha o cumprimento de obrigação expressamente imposta pelo ordenamento jurídico.

Com efeito, nos dias correntes, não encontra salvaguarda o entendimento de que a independência e a harmonia entre os poderes interditam o Judiciário de enfrentar o mérito de atos políticos. No mesmo sentido, a margem de flexibilidade de certas condutas discricionárias também não mais são óbices ao controle judicial. A tradicional concepção de que o papel do julgador consiste em apreciar o caso concreto e enunciar qual das partes se encontra amparada pelo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ordenamento jurídico, num tradicional silogismo, não é suficiente para a resolução de conflitos envolvendo direitos de grupo.

Realmente, não é atribuição ordinária do Poder Judiciário a implantação e o controle de políticas públicas. Todavia, sempre que os demais órgãos estatais comprometerem a integridade e a eficácia dos direitos individuais ou coletivos, restará ao juiz o encargo político-jurídico.

O Supremo Tribunal Federal, com propriedade, afirmou 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 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' (Supremo Tribunal Federal. Políticas Públicas - Intervenção Judicial - 'Reserva do Possível'. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, informativo 345 - Rel. Ministro Celso de Mello, Brasília, 29 de abril de 2004. DJU de 4.5.2004. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL).

Destarte, a incorreta valoração jurídica emprestada ao caso pela Corte de origem é passível de correção somente pela via extraordinária, quando a decisão recorrida baseia-se também na legislação federal.

De fato, o acórdão do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo também afronta a legislação federal, o que há de ser corrigido pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, que em colegiado reformará a decisão agravada, para conhecer e prover o Recurso Especial restabelecendo a integridade do ECA e da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional" (fls. 319/322e).

Por fim, requer a reconsideração da decisão agravada ou a "PROCEDÊNCIA DO AGRAVO INTERNO, a fim de que seja dado provimento ao Recurso Especial manejado pelo Ministério Público do Estado de São Paulo" (fl. 323e).

A parte agravada deixou de apresentar impugnação ao Agravo interno (fl. 327e).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1.256.617 - SP (2011/0071616-1)

VOTO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES (Relatora): Não obstante os argumentos da parte agravante, as razões deduzidas neste recurso não são aptas a desconstituir os fundamentos da decisão atacada, que merece ser mantida.

Com efeito, o Tribunal de origem, no acórdão objeto do Recurso Especial, julgou improcedente o pedido em Ação Civil Pública, na qual a parte agravante postula a condenação do Município de Jaú/SP na obrigação de fazer, consistente em oferecer, imediatamente, atendimento adequado em creche para todas as crianças de zero a seis anos de idade, que necessitem ou venham a necessitar do serviço. O acórdão foi assim fundamentado:

"É incontestável o direito da criança e do adolescente à matrícula e acesso ao ensino, como determinam os arts. 53, V, 54, IV, V e VI e 208, III do Estatuto da Criança e do Adolescente, em consonância com o art. 211, parágrafo 2º da Constituição Federal, com redação que foi dada pela Emenda Constitucional nº 14, devendo ser trazidos a lume, ainda, o art. 11, V, da Lei nº 9394/96.

Todavia, no caso dos autos, constata-se que o pedido do Ministério Público envolve toda uma estrutura de serviços que vão desde a construção das escolas, com os devidos processos de licitações, até a contratação de pessoal (concursados ou não), compra de equipamentos, além de verba própria destinada a estes fins.

O deferimento da tutela pretendida pelo parquet, acabaria por gerar uma intromissão indevida do Judiciário na seara da conveniência e oportunidade da Administração, violando-se assim o princípio da separação dos Poderes, previsto no art. 2º da Constituição Federal.

Cabe ao já citado Poder Executivo a escolha do momento oportuno para a construção de escolas, seleção de funcionários, etc. Não é aceitável a imposição ao mencionado Poder, constitucionalmente autônomo, da obrigação de fazer requerida pela ora requerente, de maneira que se faz necessário o acolhimento do recurso de apelação interposto pelo Município de Jaú.

E vedado ao Judiciário pronunciar-se sobre o mérito administrativo, consubstanciado na conveniência e oportunidade da Administração, que no presente caso seria determinar que o Município promovesse o atendimento de todas as crianças do município, de 0 a 6 anos, em creche com instalações físicas que se ajustem às normas técnicas existentes e com a prática de atividades administrativas, sociais,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

psicopedagógicas, nutricionais e sanitárias.

Todo esse aparato gera despesa extraordinária, que o orçamento do Município não teria condições de arcar, tendo em vista que o último levantamento estimou o número de 457 (quatrocentos e cinquenta e sete) crianças em fila de espera para vaga em creche. O atendimento a todas elas geraria grande dispêndio de recursos financeiros, o que pode gerar desequilíbrio nas contas do recorrente.

Conforme se verifica nas peças constantes nos autos, o Município tem efetivado esforços para suprir a demanda. No entanto, a disponibilização imediata de tantas vagas é material e financeiramente impossível.

Portanto, entendo ser o caso de acolhimento do recurso para julgar improcedente a demanda ajuizada pelo Ministério Público, levando-se em conta ainda que o número de crianças que necessitam de tal serviço não é determinado, de modo a impor ao Município a obrigação de abrir número incerto de vagas, não se tendo certeza do preenchimento de todas elas, o que acarretaria eventual ociosidade destas e dispêndio desnecessário de recursos públicos" (fls. 236/238e).

Contra esse acórdão, a parte agravante opôs Embargos de Declaração, alegando que o acórdão recorrido seria omissivo, pois:

"Não há, todavia, nenhuma referência à eficácia ou validade das normas residentes nos artigos 208, inciso IV, e 211, § 10, ambas também da Constituição da República, bem como dos artigos 54, inciso IV, da Lei nº 8.069/90, e de normas, também específicas, insertas na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1.996), especialmente as que integram os artigos 4º, inciso IV, e 29 e 30, regras estas que expressamente proclamam o direito à creche e pré-escola a todas crianças de zero a seis anos de idade, cipoal jurídico que, protegido pela garantia constitucional da prioridade absoluta (CF, art. 227, caput), prevalece sobre o regrado pelo mencionado artigo 2º da Magna Carta" (fl. 246e).

Os Embargos de Declaração foram rejeitados, em acórdão assim fundamentado:

"O V. Acórdão embargado tratou de todos os dispositivos suscitados, ou seja, não negou a validade das normas referentes ao direito das crianças de 0 a 6 anos de idade à matrícula em creche ou pré-escola.

No caso específico houve ponderação dos princípios constitucionais envolvidos, vez que a demanda não especificou



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

um número determinado de crianças que necessitem do serviço estatal, o que acarretaria dispêndio de recursos públicos e eventual ociosidade de vagas, conforme se verifica no V. Acórdão.

As peculiaridades do presente processo levou este relator a entender que a norma do art. 2º da Constituição Federal teve preponderância, vez que a procedência da demanda geraria indevida intromissão na esfera da conveniência e oportunidade da Administração Municipal.

Portanto, solucionada a questão de mérito, embora não tenha mencionado expressamente os dispositivos legais, para efeitos de prequestionamento" (fl. 253e).

Nesse contexto, conforme destacado na decisão agravada, na origem, a causa fora decidida com base em fundamento exclusivamente constitucional (art. 2º da Constituição Federal). Com efeito, o Tribunal de origem não afastou o direito de as crianças de zero a seis anos frequentarem creche ou pré-escola públicas. Apenas decidiu que, no caso, a "norma do art. 2º da Constituição Federal teve preponderância, vez que a procedência da demanda geraria indevida intromissão na esfera da conveniência e oportunidade da Administração Municipal".

Assim, é inviável a apreciação da matéria em Recurso Especial, sob pena de usurpação de competência do STF. Nesse sentido:

"AGRAVOS REGIMENTAIS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OBRIGAÇÃO DE TRANSFERÊNCIA DE PRESOS QUE EXCEDAM O LIMITE DE LOTAÇÃO DE CADEIA PÚBLICA E DESTINAÇÃO EXCLUSIVA À CUSTÓDIA DE PRESOS PROVISÓRIOS. OMISSÃO NÃO CONFIGURADA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. FUNDAMENTAÇÃO CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO DE ESPECIAL POR ESTA CORTE. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO. DECISÃO MANTIDA.

1. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC.

2. Trata-se de ação civil pública intentada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo o objetivando compelir a Fazenda Pública do mesmo estado a proceder à remoção de todos os presos excedentes à lotação máxima considerada para a Cadeia Pública de Serra Negra e a destinar tal cadeia exclusivamente à custódia de presos provisórios.

3. Ausência de prequestionamento. Súmula 211/STJ.

4. Ademais, o acórdão proferido pelo Tribunal a quo denegou o pedido sob o fundamento de que não seria possível a intervenção judicial na implementação de políticas públicas especificamente para a questão carcerária, em razão: i) da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

separação dos poderes; ii) da natureza dos direitos sociais, apesar do princípio da dignidade da pessoa humana; iii) do princípio da reserva do possível. Tendo o Tribunal de origem decidido a controvérsia com base em fundamentos eminentemente constitucionais, não cabe à esta Corte examinar a matéria em Recurso Especial, sob pena de usurpação da competência atribuída ao Supremo Tribunal Federal.

5. Agravo regimental não provido" (STJ, AgRg no REsp 1.323.250/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 19/03/2015).

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. IDOSO. MORADIA. ACÓRDÃO RECORRIDO FUNDADO EM MATÉRIA CONSTITUCIONAL. IMPUGNAÇÃO PELA VIA DO RECURSO ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE.

- **Decidida a questão pelo Tribunal de origem sob fundamento exclusivamente constitucional, é incabível a esta Corte examinar a questão, porquanto reverter o julgado significaria usurpar competência que, por expressa determinação da Carta Federal, pertence ao STF.**

Agravo regimental improvido" (STJ, AgRg no AREsp 30.329/MG, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, SEGUNDA TURMA, DJe de 04/05/2012).

"ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RECUPERAÇÃO DE BARRAGEM PROVIDORA DE ÁGUA. ART. 2º DA LEI N. 4.229/1963, QUE ESTABELECE A COMPETÊNCIA DO DEPARTAMENTO NACIONAL DE OBRAS CONTRA AS SECAS - DNOCS. TRIBUNAL DE ORIGEM QUE, PONDERANDO A RESPEITO DA OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA SEPARAÇÃO DE PODERES E DO DIREITO À VIDA, DETERMINOU A RECUPERAÇÃO DA BARRAGEM. FUNDAMENTAÇÃO EXCLUSIVAMENTE CONSTITUCIONAL. INCOMPETÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA PARA REVISÃO DO ACÓRDÃO A QUO. ART. 105, III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.

1. Trata-se de agravo regimental em que se discute o conhecimento de recurso especial interposto contra acórdão do TRF da 5ª Região, proferido em sede de ação civil pública, o qual determinou ao Departamento Nacional de Obras Contra as Secas - DNOCS a recuperação de barragem provedora de água.

2. No caso, o Tribunal de origem externou seu entendimento apoiado



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em fundamentação constitucional, consignando que: 'O controle de políticas públicas pelo Judiciário é de caráter excepcional e não poderá ser levado a cabo quanto se estiver diante de possível ofensa à separação de poderes. O maltrato ao princípio da separação de poderes se dá ao instante no qual é desprestigiada a discricionariedade da Administração, existente quando esta possui possibilidade de escolher entre o atuar e o não atuar. No caso, não vislumbro essa liberdade de agir por dois motivos. O primeiro deles está na Lei 4.229/63, com alteração da Lei 10.204/2001, cujo art. 2º, III, dispõe: 'elaborar projetos de engenharia e executar obras públicas de captação, acumulação, condução, distribuição, proteção e utilização de recursos hídricos, em conformidade com a Política e o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, de que trata a Lei no 9.433, de 1997'. Trata-se, então, de lei que, no que concerne, objeto da causa, impõe ao demandado competência de atuar. Em segundo lugar, a hipótese versa sobre mínimo existencial, porquanto água é substância imprescindível à subsistência da humanidade, sendo de importância inexcedível no semi-árido nordestino. Está-se aqui diante do mínimo vital, a gravitar em torno do direito à vida (art. 5º, *caput*, CF), a justificar a intervenção do Judiciário na seara das políticas públicas'.

3. Percebe-se do acórdão recorrido que a determinação judicial de recuperação da 'Barragem de Poço Branco' foi necessária em razão de omissão da autarquia estadual em exercer sua competência, o que poderia resultar em violação ao direito à vida assegurado no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988. O aparente conflito entre as normas constitucionais analisadas pelo Tribunal de origem (separação de poderes e direito à vida) foi, claramente, resolvida com a ponderação dos interesses e princípios pertinentes ao caso concreto. Essa fundamentação não pode ser revisada em sede de recurso especial sem que haja interpretação do alcance das normas constitucionais aplicáveis à solução da controvérsia, daí porque o recurso especial não deve ser conhecido.

4. Agravo regimental não provido" (STJ, AgRg no REsp 1.211.989/RN, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 10/08/2011).

Ante o exposto, **nego provimento** ao Agravo interno.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2011/0071616-1

**AgInt no
REsp 1.256.617 / SP**

Número Origem: 990101198711

PAUTA: 04/04/2017

JULGADO: 04/04/2017

Relatora

Exma. Sra. Ministra **ASSUSETE MAGALHÃES**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MÁRIO JOSÉ GISI

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

RECORRIDO : MUNICÍPIO DE JAÚ

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO - Serviços -
Ensino Fundamental e Médio - Educação Pré-escolar

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

AGRAVADO : MUNICÍPIO DE JAÚ

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Herman Benjamin, Og Fernandes e Mauro Campbell Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora.