



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.129.695 - MG (2009/0143703-0)

RELATOR : MINISTRO HUMBERTO MARTINS
RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
RECORRIDO : MUNICÍPIO DE PASSOS
ADVOGADO : JOSE NILO DE CASTRO E OUTRO(S)

EMENTA

DIREITO ADMINISTRATIVO - RECURSO ESPECIAL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - LIMINAR - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - DIREITOS SOCIAIS - DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - CONSTRUÇÃO DE ABRIGO - INEXISTÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DAS CONDIÇÕES DE EFETIVAÇÃO EM URGÊNCIA.

1. Existe prequestionamento implícito quando à tese central - o deslinde da controvérsia foi objeto de debate no acórdão recorrido. Precedentes.

2. Apesar dos contornos constitucionais da matéria, está ela diretamente relacionada com a legislação federal, tanto do ponto de vista processual, quanto da perspectiva material, pois existem diplomas legais que estruturam-na no ordenamento jurídico federal. Dessa forma, a questão não versa sobre direito constitucional ou local.

3. O cerne da controvérsia cinge-se à interpretação do direito federal, tendo em vista que trata-se de determinar se é possível reformar acórdão que cassou liminar, cujo teor era estabelecer obrigação de efetivar ação administrativa, com base em lei federal, no prazo exíguo de trinta dias.

4. Existe uma transição jurisprudencial evidente nas duas Turmas da Primeira Seção, no sentido de concordar com a sindicabilidade judicial de direitos sociais em casos específicos. Precedentes.

5. Exige-se, entretanto, a observação de diversas cautelas em relação aos casos concretos que são colocados para deliberação por essa Corte Superior de Justiça, em especial, acerca das condições objetivas da controvérsia.

6. *In casu*, trata-se de pleito para reforma de acórdão que negou liminar concedida pelo juízo de origem, cujo teor se traduz em decisão eminentemente satisfativa. Em medidas extremas, há que se ponderar no sentido de identificar as suas condições objetivas, tais como: a demonstração dos meios para cumprimento imediato da política pública desejada; informação sobre o fundamento da omissão (político ou



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

orçamentário); e, por fim, descrição se é uma omissão simples ou decorrente de desídia do administrador.

7. Não há nenhuma dessas condições apresentadas em prol da demonstração da existência objetiva e da necessidade imperiosa de concessão da medida urgente para o cumprimento no prazo exíguo, pelo que não é viável o restabelecimento de liminar a partir de alegação genérica.

Recurso especial 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: "A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Eliana Calmon e Castro Meira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 15 de junho de 2010(Data do Julgamento)

MINISTRO HUMBERTO MARTINS

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.129.695 - MG (2009/0143703-0)

RELATOR : MINISTRO HUMBERTO MARTINS
RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
RECORRIDO : MUNICÍPIO DE PASSOS
ADVOGADO : JOSÉ NILO DE CASTRO E OUTRO(S)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO MARTINS (Relator):

Cuida-se de recurso especial interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS, com fundamento no art. 105, III, "a" e "c" da Constituição Federal, em face do MUNICÍPIO DE PASSOS, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais que, ao julgar agravo de instrumento, deu provimento parcial ao pleito do recorrido, cuja ementa (fl. 191-e) é a seguinte:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. LIMINAR. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ABRIGO. IMPLANTAÇÃO. PODER DISCRICIONÁRIO. IMPOSSIBILIDADE.

É certo que cabe ao Poder Público a implantação de políticas que visem a efetivação das normas constitucionais que tratam da proteção da criança e do adolescente, sobretudo após o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/1990, cabendo ao ente público, entretanto, a discricionariedade do modo como se dará a sua implantação, observando a conveniência e oportunidade, dentro de um prazo razoável para o seu planejamento."

Rejeitados os embargos de declaração opostos (fls. 230-232-e).

No presente recurso especial, o recorrente alega preliminarmente ofensa ao art. 535, II do CPC; porquanto, apesar da oposição dos embargos de declaração, o Tribunal de origem não teria se pronunciado sobre pontos necessários ao deslinde da controvérsia, da Lei n. 7.347/85, assim como sobre diversos dispositivos da Lei n. 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

Aduz, no mérito, que o acórdão estadual contrariou as disposições contidas em diversos dispositivos da Lei n. 7.347/85 (Lei da Ação civil Pública), bem como da Lei n. 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), ao passo que aponta divergência jurisprudencial com arestos de outros tribunais.

Foram apresentadas as contrarrazões (fls. 292-305-e), nas quais se aduz que o presente recurso especial não deve prosperar, porque inexistiu o prequestionamento de matéria necessária ao deslinde da controvérsia.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Também, alega que o recurso não deve ser conhecido, uma vez que atinente à matéria fática, não podendo prosperar o recurso por incidência inevitável da Súmula 7/STJ.

Por fim, sustenta o recorrido que o Superior Tribunal de Justiça, preliminarmente, careceria de competência para analisar a lide, que teria sede exclusivamente constitucional.

Em relação ao mérito, identifica que a lide está cingida ao conceito da reserva do possível e à discricionariedade da administração pública. Todavia, que o Poder Judiciário não deve imiscuir-se com a atribuição de obrigações ao Poder Executivo, vez que violaria a separação de poderes - insculpida no art. 2º da Constituição Federal.

Houve juízo negativo de admissibilidade na instância de origem (fls. 326-328-e). Determinei a subida (fls. 335-336-e).

Houve admissibilidade positiva também do recurso extraordinário (fls. 239-330-e).

O processo foi remetido ao *Parquet* federal para opinativo (fls. 342-347-e). O parecer exarado sugere o provimento do recurso.

É, no essencial, o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.129.695 - MG (2009/0143703-0)

EMENTA

DIREITO ADMINISTRATIVO - RECURSO ESPECIAL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - LIMINAR - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - DIREITOS SOCIAIS - DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - CONSTRUÇÃO DE ABRIGO - INEXISTÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DAS CONDIÇÕES DE EFETIVAÇÃO EM URGÊNCIA.

1. Existe prequestionamento implícito quando à tese central - o deslinde da controvérsia foi objeto de debate no acórdão recorrido. Precedentes.

2. Apesar dos contornos constitucionais da matéria, está ela diretamente relacionada com a legislação federal, tanto do ponto de vista processual, quanto da perspectiva material, pois existem diplomas legais que estruturam-na no ordenamento jurídico federal. Dessa forma, a questão não versa sobre direito constitucional ou local.

3. O cerne da controvérsia cinge-se à interpretação do direito federal, tendo em vista que trata-se de determinar se é possível reformar acórdão que cassou liminar, cujo teor era estabelecer obrigação de efetivar ação administrativa, com base em lei federal, no prazo exíguo de trinta dias.

4. Existe uma transição jurisprudencial evidente nas duas Turmas da Primeira Seção, no sentido de concordar com a sindicabilidade judicial de direitos sociais em casos específicos. Precedentes.

5. Exige-se, entretanto, a observação de diversas cautelas em relação aos casos concretos que são colocados para deliberação por essa Corte Superior de Justiça, em especial, acerca das condições objetivas da controvérsia.

6. *In casu*, trata-se de pleito para reforma de acórdão que negou liminar concedida pelo juízo de origem, cujo teor se traduz em decisão eminentemente satisfativa. Em medidas extremas, há que se ponderar no sentido de identificar as suas condições objetivas, tais como: a demonstração dos meios para cumprimento imediato da política pública desejada; informação sobre o fundamento da omissão (político ou orçamentário); e, por fim, descrição se é uma omissão simples ou decorrente de desídia do administrador.

7. Não há nenhuma dessas condições apresentadas em prol da demonstração da existência objetiva e da necessidade imperiosa



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de concessão da medida urgente para o cumprimento no prazo exíguo, pelo que não é viável o restabelecimento de liminar a partir de alegação genérica.

Recurso especial improvido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO MARTINS (Relator):

De plano, afasto as preliminares suscitadas.

A lide não se constitui basicamente de matéria fática.

Igualmente, os argumentos ventilados no acórdão, com a produção inclusive de um voto vencido dissonante, debateram exaustivamente a questão, apesar de não tê-la exaurida. Logo, há prequestionamento implícito do cerne da controvérsia. A jurisprudência do STJ é pacífica em relação à essa situação:

"ADMINISTRATIVO – AÇÕES AFIRMATIVAS – POLÍTICA DE COTAS – AUTONOMIA UNIVERSITÁRIA – ART. 53 DA LEI N. 9.394/96 – INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO INC. II DO ART. 535 DO CPC – PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO – MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL EM FACE DE DESCRIÇÃO GENÉRICA DO ART. 207 DA CF/88 – DEFINIÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE REPARAÇÃO – CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE A ELIMINAÇÃO DE TODAS AS FORMAS DE DISCRIMINAÇÃO RACIAL – DECRETO N. 65.810/69 – PROCESSO SELETIVO DE INGRESSO – FIXAÇÃO DE CRITÉRIOS OBJETIVOS LEGAIS, PROPORCIONAIS E RAZOÁVEIS PARA CONCORRER A VAGAS RESERVADAS – IMPOSSIBILIDADE DO PODER JUDICIÁRIO CRIAR EXCEÇÕES SUBJETIVAS – OBSERVÂNCIA COMPULSÓRIA DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA.

(...) 2. Admite-se o prequestionamento implícito, configurado quando a tese jurídica defendida pela parte é debatida no acórdão recorrido.

3. A Constituição Federal veicula genericamente os contornos jurídicos de diversos institutos e conceitos, deixando, na maioria das vezes, o seu trato específico para as normas infraconstitucionais. O assento constitucional de um instituto ou conceito, sem detalhamentos e desdobramentos, não afasta a competência desta Corte quando a Lei Federal disciplina imperativos específicos.

(...) Recurso especial provido em parte."



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(REsp 1.132.476/PR, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 13.10.2009, DJe 21.10.2009.)

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – PIS/COFINS-IMPORTAÇÃO – LEI N. 9.317/96 – PESSOA JURÍDICA – SIMPLES – ISENÇÃO – NÃO-OCORRÊNCIA – LEI N. 10.865/04 – ARTS. 111 E 177 DO CTN.

1. Tendo o acórdão recorrido decidido a questão, confirmando a tese de que os optantes do SIMPLES são isentos do recolhimento do PIS/PASEP e da COFINS na importação, ainda que não tenham sido apontados expressamente os dispositivos nos quais se fundamentou o aresto, reconhece-se o prequestionamento implícito da matéria, conforme admitido pela jurisprudência desta Corte (AgRg no Ag 963.394/RS, Rel. Min. Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 18.8.2009, DJe 25.8.2009).

(...) Agravo regimental improvido."

(AgRg no REsp 1.145.698/SC, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 24.11.2009, DJe 7.12.2009.)

Não se trata tão somente de matéria constitucional, ainda que o supedâneo normativo tenha indubitável sede na Carta Magna, o que é compreensível, dada a conformação do nosso Estado federativo. Todavia, não examinarei tal substrato, para preservar a competência específica do Excelso Pretório que, inclusive, foi suscitada por meio do cabível recurso extraordinário.

A questão comporta decisão de inolvidável gravidade: *"Pode o Poder Judiciário impor obrigação de fazer à Administração Pública, em razão de direitos sociais previstos na lei federal"?*

Esta Corte Superior de Justiça tem sido solicitada a pronunciar-se sobre tal problema reiteradamente, ainda que em casos diversos. No tocante à educação infantil, temos o acórdão de lavra do Min. Luiz Fux, da Primeira Turma:

"DIREITO CONSTITUCIONAL À ABSOLUTA PRIORIDADE NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. NORMA CONSTITUCIONAL REPRODUZIDA NOS ARTS. 7º E 11 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. NORMAS DEFINIDORAS DE DIREITOS NÃO PROGRAMÁTICAS. EXIGIBILIDADE EM JUÍZO. INTERESSE TRANSINDIVIDUAL ATINENTE ÀS CRIANÇAS SITUADAS NESSA FAIXA ETÁRIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CABIMENTO E PROCEDÊNCIA.

1. Ação civil pública de preceito cominatório de obrigação de fazer, ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tendo vista a violação do direito à saúde de mais de 6.000 (seis mil) crianças e adolescentes, sujeitas a tratamento médico-cirúrgico de forma irregular e deficiente em hospital infantil daquele Estado.

2. O direito constitucional à absoluta prioridade na efetivação do direito à saúde da criança e do adolescente é consagrado em norma constitucional reproduzida nos arts. 7º e 11 do Estatuto da Criança e do Adolescente: 'Art. 7º A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência. ' Art. 11. É assegurado atendimento médico à criança e ao adolescente, através do Sistema Único de Saúde, garantido o acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde.'

3. Violação de lei federal.

4. Releva notar que uma Constituição Federal é fruto da vontade política nacional, erigida mediante consulta das expectativas e das possibilidades do que se vai consagrar, por isso que cogentes e eficazes suas promessas, sob pena de restarem vãs e frias enquanto letras mortas no papel. Ressoa inconcebível que direitos consagrados em normas menores como Circulares, Portarias, Medidas Provisórias, Leis Ordinárias tenham eficácia imediata e os direitos consagrados constitucionalmente, inspirados nos mais altos valores éticos e morais da nação sejam relegados a segundo plano. Prometendo o Estado o direito à saúde, cumpre adimpli-lo, porquanto a vontade política e constitucional, para utilizarmos a expressão de Konrad Hesse, foi no sentido da erradicação da miséria que assola o país. O direito à saúde da criança e do adolescente é consagrado em regra com normatividade mais do que suficiente, porquanto se define pelo dever, indicando o sujeito passivo, in casu, o Estado.

5. Consagrado por um lado o dever do Estado, revela-se, pelo outro ângulo, o direito subjetivo da criança. Consectariamente, em função do princípio da inafastabilidade da jurisdição consagrado constitucionalmente, a todo direito corresponde uma ação que o assegura, sendo certo que todas as crianças nas condições estipuladas pela lei encartam-se na esfera desse direito e podem exigí-lo em juízo. A homogeneidade e transindividualidade do direito em foco enseja a propositura da ação civil pública.

6. A determinação judicial desse dever pelo Estado, não encerra suposta ingerência do judiciário na esfera da administração. Deveras, não há discricionariedade do administrador frente aos direitos consagrados, quiçá constitucionalmente. Nesse campo a atividade é vinculada sem admissão de qualquer exegese que vise



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

afastar a garantia pétrea.

7. Um país cujo preâmbulo constitucional promete a disseminação das desigualdades e a proteção à dignidade humana, alçadas ao mesmo patamar da defesa da Federação e da República, não pode relegar o direito à saúde das crianças a um plano diverso daquele que o coloca, como uma das mais belas e justas garantias constitucionais.

8. Afastada a tese descabida da discricionariedade, a única dúvida que se poderia suscitar resvalaria na natureza da norma ora sob enfoque, se programática ou definidora de direitos. Muito embora a matéria seja, somente nesse particular, constitucional, porém sem importância revela-se essa categorização, tendo em vista a explicitude do ECA, inequívoca se revela a normatividade suficiente à promessa constitucional, a ensejar a acionabilidade do direito consagrado no preceito educacional.

9. As meras diretrizes traçadas pelas políticas públicas não são ainda direitos senão promessas de lege ferenda, encartando-se na esfera insindicável pelo Poder Judiciário, qual a da oportunidade de sua implementação.

10. Diversa é a hipótese segundo a qual a Constituição Federal consagra um direito e a norma infraconstitucional o explicita, impondo-se ao judiciário torná-lo realidade, ainda que para isso, resulte obrigação de fazer, com repercussão na esfera orçamentária.

11. Ressoa evidente que toda imposição jurisdicional à Fazenda Pública implica em dispêndio e atuar, sem que isso infrinja a harmonia dos poderes, porquanto no regime democrático e no estado de direito o Estado soberano submete-se à própria justiça que instituiu. Afastada, assim, a ingerência entre os poderes, o judiciário, alegado o malferimento da lei, nada mais fez do que cumpri-la ao determinar a realização prática da promessa constitucional.

12. O direito do menor à absoluta prioridade na garantia de sua saúde, insta o Estado a desincumbir-se do mesmo através da sua rede própria. Deveras, colocar um menor na fila de espera e atender a outros, é o mesmo que tentar legalizar a mais violenta afronta ao princípio da isonomia, pilar não só da sociedade democrática anunciada pela Carta Magna, mercê de ferir de morte a cláusula de defesa da dignidade humana.

13. Recurso especial provido para, reconhecida a legitimidade do Ministério Público, prosseguir-se no processo até o julgamento do mérito."

(REsp 577.836/SC, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 21.10.2004, DJ 28.2.2005 p. 200.)

Esse acórdão é, inclusive, citado pelo recorrente nas suas razões recursais



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

como fundamento de pedir. É ausente de dúvida que a *causa petenti* é nobre e merece consideração. A resposta efetivada aqui é que, no caso concreto analisado pelo acórdão lavrado pelo Min. Luiz Fux, caberia obrigar o Estado a fornecer atendimento médico infantil. Todavia, não é exatamente o paralelo que está defrontado no caso em tela, que ora se examina.

No caso em comento, o Ministério Público estadual demandou o início de obras, que devem ser suportadas pelo município em seu pedir, para construção de um abrigo, cujo fim seria o acolhimento de menores carentes. Ainda, substantivamente demanda que tal imóvel deve ser definido em prazo exíguo sob pena de multa diária, inclusive. Foi determinado o prazo de trinta dias pelo juízo de origem. A única decisão exatamente sobre o mesmo assunto teve a lavra do saudoso Min. Franciulli Neto, a quem tive a honra de suceder:

"RECURSO ESPECIAL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM PRECEITOS COMINATÓRIOS DE OBRIGAÇÃO DE FAZER - DISCRICIONARIEDADE DA MUNICIPALIDADE - NÃO CABIMENTO DE INTERFERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO NAS PRIORIDADES ORÇAMENTÁRIAS DO MUNICÍPIO - CONCLUSÃO DA CORTE DE ORIGEM DE AUSÊNCIA DE CONDIÇÕES ORÇAMENTÁRIAS DE REALIZAÇÃO DA OBRA - INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 07/STJ - DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL AFASTADA - AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO DE DISPOSITIVOS DO ECA APONTADOS COMO VIOLADOS.

Requer o Ministério Público do Estado do Paraná, autor da ação civil pública, seja determinado ao Município de Cambará/PR que destine um imóvel para a instalação de um abrigo para menores carentes, com recursos materiais e humanos essenciais, e elabore programas de proteção às crianças e aos adolescentes em regime de abrigo.

Na lição de Hely Lopes Meirelles, 'só o administrador, em contato com a realidade, está em condições de bem apreciar os motivos ocorrentes de oportunidade e conveniência na prática de certos atos, que seria impossível ao legislador, dispondo na regra jurídica - lei - de maneira geral e abstrata, prover com justiça e acerto. Só os órgãos executivos é que estão, em muitos casos, em condições de sentir e decidir administrativamente o que convém e o que não convém ao interesse coletivo'.

Dessa forma, com fulcro no princípio da discricionariedade, a Municipalidade tem liberdade para, com a finalidade de assegurar o interesse público, escolher onde devem ser aplicadas as verbas orçamentárias e em quais obras deve investir. Não cabe, assim, ao Poder Judiciário interferir nas prioridades orçamentárias do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Município e determinar a construção de obra especificada.

Ainda que assim não fosse, entendeu a Corte de origem que o Município recorrido 'demonstrou não ter, no momento, condições para efetivar a obra pretendida, sem prejudicar as demais atividades do Município'. No mesmo sentido, o r. Juízo de primeiro grau asseverou que 'a Prefeitura já destina parte considerável de sua verba orçamentária aos menores carentes, não tendo condições de ampliar essa ajuda, que, diga-se de passagem, é sua atribuição e está sendo cumprida'.

Adotar entendimento diverso do esposado pelo Tribunal de origem, bem como pelo Juízo a quo, envolveria, necessariamente, reexame de provas, o que é vedado em recurso especial pelo comando da Súmula n. 07/STJ.

No que toca à divergência pretoriana, melhor sorte não assiste ao recorrente, uma vez que a tese defendida no julgado paradigma não prevalece, diante do posicionamento adotado por este egrégio Superior Tribunal de Justiça.

Ausência de prequestionamento dos artigos 4º, parágrafo único, alíneas 'c' e 'd', 86, 87, 88, incisos I a III, 90, inciso IV, e 101, incisos II, IV, V a VII, todos da Lei n. 8.069/90.

Recurso especial não provido."

(REsp 208.893/PR, Rel. Min. Franciulli Netto, Segunda Turma, julgado em 19.12.2003, DJ 22.3.2004 p. 263.)

O acórdão acima mencionado não localizou a possibilidade de que houvesse o provimento do recurso. Nesse sentido, privilegiou o entendimento do Tribunal de origem como apto para o deslinde da questão específica.

A Segunda Turma tem esposado um entendimento no sentido de que deve ser acolhida a relativização da discricionariedade administrativa, como óbice à implantação de políticas sociais previstas nas leis federais. A propósito, acórdãos que caminham nesse sentido, ainda que não tenham tratado exatamente do mesmo objeto do caso em tela:

"RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA ARTIGOS 54 E 208 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. MATRÍCULA E FREQUÊNCIA DE MENORES DE ZERO A SEIS ANOS EM CRECHE DA REDE PÚBLICA MUNICIPAL.

1. O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90) e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei n. 9.394/96, art. 4º, IV) asseguram o atendimento de crianças de zero a seis anos em creches e pré-escolas da rede pública.

2. Compete à Administração Pública propiciar às crianças de zero a seis anos acesso ao atendimento público educacional e a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

freqüência em creches, de forma que, estando jungida ao princípio da legalidade, é seu dever assegurar que tais serviços sejam prestados mediante rede própria.

3. *'Consagrado por um lado o dever do Estado, revela-se, pelo outro ângulo, o direito subjetivo da criança. Consectariamente, em função do princípio da inafastabilidade da jurisdição consagrado constitucionalmente, a todo direito corresponde uma ação que o assegura, sendo certo que todas as crianças nas condições estipuladas pela lei encartam-se na esfera desse direito e podem exigí-lo em juízo' (REsp n. 575.280-SP, relator para o acórdão Ministro Luiz Fux, DJ de 25.10.2004).*

4. *A consideração de superlotação nas creches e de descumprimento da Lei Orçamentária Municipal deve ser comprovada pelo Município para que seja possível ao órgão julgador proferir decisão equilibrada na busca da conciliação entre o dever de prestar do ente público, suas reais possibilidades e as necessidades, sempre crescentes, da população na demanda por vagas no ensino pré-escolar.*

5. *No caso específico dos autos, não obstante tenha a municipalidade alegado falta de vagas e aplicação in totum dos recursos orçamentários destinados ao ensino fundamental, nada provou; a questão manteve-se no campo das possibilidades. Por certo que, em se tratando de caso concreto no qual estão envolvidas apenas duas crianças, não haverá superlotação de nenhuma creche.*

6. *Recurso especial provido."*

(REsp 510.598/SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 17.4.2007, DJ 13.2.2008 p. 148.

Há acórdão sucessivo de lavra do mesmo ministro: REsp 577.573/SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 17.4.2007, DJe 6.11.2008. Na mesma seara, outro:

"RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MATRÍCULA E FREQUÊNCIA DE MENORES DE ZERO A SEIS ANOS EM CRECHE DA REDE PÚBLICA MUNICIPAL. DEVER DO ESTADO.

1. *Hipótese em que o Ministério Público do Estado de São Paulo ajuizou Ação Civil Pública com o fito de assegurar a matrícula de duas crianças em creche municipal. O pedido foi julgado procedente pelo Juízo de 1º grau, porém a sentença foi reformada pelo Tribunal de origem.*

2. *Os arts. 54, IV, 208, III, e 213 da Lei 8.069/1990 impõem que o Estado propicie às crianças de até 6 (seis) anos de idade o acesso ao atendimento público educacional em creche e pré-escola.*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. É legítima a determinação da obrigação de fazer pelo Judiciário para tutelar o direito subjetivo do menor a tal assistência educacional, não havendo falar em discricionariedade da Administração Pública, que tem o dever legal de assegurá-lo. Precedentes do STJ e do STF.

4. Recurso Especial provido."

(REsp 511.645/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 18.8.2009, DJe 27.8.2009.)

Parece inicialmente que estamos diante de uma mudança jurisprudencial em relação ao acórdão lavrado pelo saudoso Min. Franciulli Netto. Em que pesem eventuais críticas, observo que é impossível ao Poder Judiciário ficar infenso a essa modificação judiciária, em princípio. Se existe uma obrigação imposta aos entes estatais da federação, deve ela ser observada e cumprida, sob pena de estar sendo feita tábula rasa da norma.

Todavia, deve o julgador sempre atentar-se para o caso concreto. A norma jurídica existente no direito objetivo é geral e abstrata. A decisão judicial produz norma jurídica concreta. Nesse sentido, acórdãos da Segunda Turma que ponderam a amplitude da obrigação imposta aos municípios na prestação imediata de direitos sociais, sob força judicial. O primeiro acórdão foi lavrado pela Min. Eliana Calmon:

"ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – PRESTAÇÃO DE EDUCAÇÃO INFANTIL – DEVER DO MUNICÍPIO – INEXISTÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DAS CONDIÇÕES DE REALIZAÇÃO DA OBRIGAÇÃO.

1. O ensino fundamental é prioritário, mas ao Estado impõe-se a obrigação de prestar o ensino infantil, cabendo ao Município incluí-lo na sua política educacional.

2. Aos órgãos públicos só pode ser imposto pelo Judiciário obrigação de fazer que importe gastos imediatos, fora do normal orçamento, em se tratando de urgentes necessidades, quando em perigo a vida.

3. Com referência à educação, dever estatal de urgência, mas passível de espera razoável, a imposição da obrigação de fazer pode aguardar o planejamento específico.

4. O Ministério Público não logrou demonstrar os meios para a realização da obrigação de fazer, o que não impede seja o Município coagido a cumprir a sua obrigação de forma mediata.

5. Recurso especial improvido."

(REsp 782196/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 13.3.2007, DJ 22.3.2007 p. 326.)

O segundo acórdão foi lavrado por essa relator:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO INTERNO EM RECURSO ESPECIAL - MANDADO DE SEGURANÇA - EDUCAÇÃO INFANTIL – DEVER DO MUNICÍPIO – NÃO-COMPROVAÇÃO DAS CONDIÇÕES DE CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO DE FAZER OU DE CAUSA ILÍCITA DA SUPOSTA OMISSÃO.

1. O acesso ao ensino infantil deve ser assegurado pelos órgãos estatais designados na Constituição da República.

2. A tutela interventiva do Poder Judiciário no âmbito das atividades precípua do Poder Executivo deve-se pautar pela conservação da autonomia entre as funções do Estado e a realização de pretensões legítimas dos cidadãos, marcadas pela urgência, necessidade premente e conservação dos direitos fundamentais.

3. Na espécie, 'o Ministério Público não logrou demonstrar os meios para a realização da obrigação de fazer, o que não impede seja o Município coagido a cumprir a sua obrigação de forma mediata.' (REsp 782.196/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 22.3.2007).

4. O julgador do recurso extremo está adstrito aos limites específicos do que nele foi deduzido. As razões do especial conformam a órbita cognitiva da controvérsia. Não é dado ao juiz de uma corte de cassação examinar documentos ou meios de convicção que se extremem do recurso especial e do acórdão a que se pretende submeter ao crivo de um órgão de superposição jurisdicional.

5. O Ministério Público, nas razões do especial, não demonstrou especificamente: a) a existência de meios para o cumprimento da obrigação de fazer postulada contra o Município; b) se a omissão do ente municipal dera-se por questões orçamentárias; por aspectos ligados a políticas públicas; c) por desídia ou omissão do administrador público.

Agravo regimental improvido."

(AgRg no REsp 735.686/SC, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 4.3.2008, DJe 17.3.2008.)

O que pode ser depreendido das duas decisões acima transcritas? É evidente que existe o ímpeto de justiça para que seja determinado o direito social atribuído aos munícipes, sob força judicial. Entretanto, é razoável que a sua defesa requer a ponderação em relação ao caso específico.

O voto vencido, no acórdão recorrido, determinava que o prazo de 30 dias, fixado pela sentença de origem, deveria ser estendido para 180 dias. A prudência recomendava que a execução dos ditames previstos na legislação federal exigiram adaptações e ações da administração municipal. Ainda, que seria necessário mais tempo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

para tanto (fls. 197-198-e).

Há que ser reiterado que o pedido inicial se refere a um mandado de segurança que impõe a referida obrigação ao município. A modificação do acórdão recorrido por essa Corte Superior de Justiça transladar-se-á em decisão satisfativa. Por esse motivo, trago o tema à Segunda Turma.

Percebe-se que o acórdão recorrido deve ser mantido pelos seus fundamentos; já o Tribunal de origem envidou esforços e analisou de forma detida o caso.

Todavia, tendo o acórdão relatado por mim, em caso assemelhado - por se tratar de recurso extremo - como horizonte, vejo as mesmas razões que me motivaram no outro caso: inexistente a demonstração dos meios para cumprimento imediato da política pública desejada; está ausente informação sobre o fundamento da omissão (político ou orçamentário); e, por fim, não há informação se é uma omissão simples ou desídia do administrador.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial.

É como penso. É como voto.

MINISTRO HUMBERTO MARTINS

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2009/0143703-0

**REsp 1.129.695 /
MG**

Números Origem: 10479071308700001 10479071308700003 10479071308700004 10479071308700005
200802780345

PAUTA: 15/06/2010

JULGADO: 15/06/2010

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HUMBERTO MARTINS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro HUMBERTO MARTINS

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

RECORRIDO : MUNICÍPIO DE PASSOS

ADVOGADO : JOSE NILO DE CASTRO E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO

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 recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Eliana Calmon e Castro Meira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 15 de junho de 2010

VALÉRIA ALVIM DUSI
Secretária