



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 440.502 - SP (2002/0069996-6)

RELATOR : MINISTRO HERMAN BENJAMIN
RECORRENTE : MUNICÍPIO DE SANTO ANDRÉ
PROCURADOR : VERA APARECIDA QUIOQUETI E OUTRO(S)
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. ALÍNEA "C" DO PERMISSIVO CONSTITUCIONAL. NÃO-DEMONSTRAÇÃO DA DIVERGÊNCIA. DIREITO A CRECHE E A PRÉ-ESCOLA DE CRIANÇAS ATÉ SEIS ANOS DE IDADE. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – ECA. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL*. LESÃO CONSUBSTANCIADA NA OFERTA INSUFICIENTE DE VAGAS.

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

2. Na ordem jurídica brasileira, a educação não é uma garantia qualquer que esteja em pé de igualdade com outros direitos individuais ou sociais. Ao contrário, trata-se de *absoluta prioridade*, nos termos do art. 227 da Constituição de 1988. A violação do direito à educação de crianças e adolescentes mostra-se, em nosso sistema, tão grave e inadmissível como negar-lhes a vida e a saúde .

3. O Ministério Público é órgão responsável pela tutela dos interesses individuais homogêneos, coletivos e difusos relativos à infância e à adolescência, na forma do art. 201 do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA.

4. Cabe ao *Parquet* ajuizar Ação Civil Pública com a finalidade de garantir o direito a creche e a pré-escola de crianças até seis anos de idade, conforme dispõe o art. 208 do ECA.

5. A Administração Pública deve propiciar o acesso e a frequência em creche e pré-escola, assegurando que esse serviço seja prestado, com qualidade, por rede própria.

6. De acordo com o princípio constitucional da *inafastabilidade do controle jurisdicional* (art. 5º, XXXV, da CF), garantia básica do Estado Democrático de Direito, a oferta insuficiente de vagas em creches para crianças de zero a seis anos faz surgir o direito de ação para todos aqueles que se encontrem nessas condições, diretamente ou por meio de sujeitos intermediários, como o Ministério Público e entidades da sociedade civil organizada.

7. No campo dos direitos individuais e sociais de *absoluta prioridade*, o juiz não deve se impressionar nem se sensibilizar com alegações de conveniência e oportunidade trazidas pelo administrador relapso. A ser diferente, estaria o Judiciário a fazer juízo de valor ou político em esfera na qual o legislador não lhe deixou outra possibilidade de decidir que não seja a de exigir o imediato e cabal cumprimento dos deveres, completamente vinculados, da Administração Pública.

8. Se um direito é qualificado pelo legislador como *absoluta prioridade*, deixa de integrar o universo de incidência da *reserva do possível*, já que a sua *possibilidade* é, preambular e obrigatoriamente, fixada pela Constituição ou pela



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

lei.

9. Se é certo que ao Judiciário recusa-se a possibilidade de substituir-se à Administração Pública, o que contaminaria ou derrubaria a separação mínima das funções do Estado moderno, também não é menos correto que, na nossa ordem jurídica, compete ao juiz interpretar e aplicar a delimitação constitucional e legal dos poderes e deveres do Administrador, exigindo, de um lado, cumprimento integral e tempestivo dos deveres vinculados e, quanto à esfera da chamada competência discricionária, respeito ao *due process* e às garantias formais dos atos e procedimentos que pratica.

10. Recurso Especial não provido.

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: "Prosseguindo-se no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Humberto Martins, acompanhando o Sr. Ministro Herman Benjamin, a Turma, por maioria, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Vencida a Sra. Ministra Eliana Calmon." Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Castro Meira e Humberto Martins (voto-vista) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 15 de dezembro de 2009(data do julgamento).

MINISTRO HERMAN BENJAMIN

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 440.502 - SP (2002/0069996-6)

RELATOR : **MINISTRO HERMAN BENJAMIN**
RECORRENTE : **MUNICÍPIO DE SANTO ANDRÉ**
PROCURADOR : **VERA APARECIDA QUIOQUETI E OUTRO(S)**
RECORRIDO : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Trata-se de Recurso Especial interposto com fundamento nas alíneas "a" e "c" da previsão constitucional, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. A Corte de origem negou provimento ao Agravo de Instrumento do Município de Santo André para manter o despacho saneador que rejeitou a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido. A Ação Civil Pública foi proposta com o fim de assegurar a criação de vagas em creches e escolas municipais para matrícula de crianças incluídas ou não em lista de espera. Confira-se a ementa do julgado:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - Ação Civil Pública para obrigar o município a criar vagas em creches e escolas municipais, a partir do ano letivo seguinte, pena de condenação ao pagamento de mensalidades escolares em entidades particulares - Despacho saneador que afasta a preliminar de impossibilidade jurídica de apreciação do pedido pelo Poder Judiciário, bem como a citação da Câmara Municipal como litisconsorte - Alegação de que o Judiciário está invadindo esfera estritamente administrativa e que eventual procedência da ação determinará despesas que ultrapassarão um exercício, sendo necessária autorização legislativa - Inadmissibilidade - Hipótese em que o Estatuto da Criança e do Adolescente previu expressamente o controle dos atos da Administração Pública, nos termos do artigo 209, IV, daquele Diploma - Caso, ademais, em que mensagem do Poder Executivo deverá ser enviada à Câmara Municipal, para inclusão de previsão orçamentária, apenas se procedente a ação, o que demonstra a desnecessidade de litisconsórcio - Agravo Improvido (fl. 137).

Os Embargos de Declaração opostos pelo ora recorrente foram rejeitados em aresto assim ementado:

Processual Civil - Ação Civil Pública impetrada para garantir a criança vaga em creche municipal - Agravo de Instrumento interposto contra despacho saneador que afastou preliminar de impossibilidade jurídica de apreciação do pedido, a que se negou provimento - Interposição de embargos de embargos de declaração, para prequestionamento de matéria federal não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

enfrentada diretamente no V. Acórdão - Caso, contudo, em que não há tese de impossibilidade jurídica, olvidando apenas a inserção específica do artigo 267, VI, do CPC - Embargos conhecidos, mas REJEITADOS (fl. 152, grifo no original).

O recorrente afirma ter havido, além de dissenso pretoriano, ofensa aos arts. 267 e 535 do CPC e ao art. 1º da Lei 7.347/1985. Sustenta, em suma, que:

O interesse difuso e coletivo protegido pela norma é aquele juridicamente possível, o que não é o caso dos autos, conforme já exaustivamente demonstrado, visto que a providência jurisdicional solicitada não pode ser suprida pelo Poder Judiciário, vez que trata-se de atos administrativos que devem ser praticados pelo Poder Executivo, dentro dos critérios de **oportunidade e conveniência**, além do mais, qualquer decisão do Poder Judiciário caracterizará intromissão em outro poder, ferindo, assim, o **Princípio da Separação dos Poderes**, consagrado no art. 2º da Constituição Federal (fl. 164).

O Ministério Público do Estado de São Paulo apresentou contra-razões ao Recurso Especial (fls. 191-194).

O recurso foi admitido na origem (fl. 197).

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal, na função de *custos legis*, opinou pelo desprovimento do recurso em parecer que recebeu a seguinte ementa:

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITO DA CRIANÇA À EDUCAÇÃO INFANTIL EM CRECHE OU PRÉ-ESCOLA. OMISSÃO DO PODER PÚBLICO. CONDENAÇÃO DO MUNICÍPIO A DISPONIBILIZAR NOVAS VAGAS. PEDIDO POSSÍVEL.

1. Não se considera prequestionado artigo sobre o qual o acórdão recorrido não tenha exercido qualquer juízo de valor, mencionando-o somente a título de argumentação.

2. Os artigos 208, IV, e 7º, XXV, da Constituição Federal, 54, IV, do Estatuto da Criança e do Adolescente e 4º, IV, da Lei de Diretrizes e Bases da Educação garantem o atendimento da criança até os seis anos de idade em creche ou pré-escola, constituindo um dever impostergável do Poder Público e um direito público subjetivo da criança.

3. No instante em que esse direito é postergado, seja porque o Poder Público o oferece de modo insuficiente, ou porque não o oferece de modo algum, nasce o direito de buscar o seu efetivo cumprimento.

4. O provimento jurisdicional buscado é juridicamente possível, segundo interpretação sistemática dos arts. 201, V e VIII, 208, III e 212 do Estatuto da Criança e do Adolescente, 75 do Código Civil e art. 5º da CF, dentre outros dispositivos.

5. Não afronta o art. 535, II, do CPC decisão que rejeita embargos declaratórios opostos por suposta omissão, quando o acórdão recorrido analisa de forma clara e objetiva a questão federal levantada, embora não tenha citado de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

forma direta o dispositivo legal pertinente.

6. Não se justifica a inclusão da Câmara de Vereadores no pólo passivo da demanda, na qualidade de litisconsorte necessária, vez que não lhe foi atribuída co-responsabilidade pela alegada omissão, além de não se vislumbrar de que modo eventual condenação da municipalidade pudesse atingir sua esfera jurídica,

7. Divergência jurisprudencial não configurada ante a dessemelhança entre a situação jurídica tratada no acórdão recorrido e as situações jurídicas tratadas nos acórdãos paradigmas.

8. Parecer pelo conhecimento do recurso apenas pela alínea "a" e, no mérito, pelo seu total improvimento (fls. 202-203).

É o **relatório**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 440.502 - SP (2002/0069996-6)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Cinge-se a controvérsia em torno da possibilidade jurídica de pedido formulado em Ação Civil Pública proposta com a finalidade de assegurar a criação de vagas em creches e escolas municipais.

Constatado que não se configura a ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia, tal como lhe foi apresentada.

Não é o órgão julgador obrigado a rebater, um a um, todos os argumentos trazidos pelas partes em defesa da tese que apresentaram. Deve apenas enfrentar a demanda, observando as questões relevantes e imprescindíveis à sua resolução. Nesse sentido: REsp 927.216/RS, Segunda Turma, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 13/8/2007; e, REsp 855.073/SC, Primeira Turma, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, DJ de 28/6/2007.

No que concerne à interposição pela alínea "c", a apontada divergência deve ser comprovada, cabendo a quem recorre demonstrar as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, com indicação da similitude fática e jurídica entre eles. Indispensável a transcrição de trechos do relatório e do voto dos acórdãos recorrido e paradigma, realizando-se o cotejo analítico entre ambos, com o intuito de bem caracterizar a interpretação legal divergente.

O desrespeito a esses requisitos legais e regimentais (art. 541, parágrafo único, do CPC, e art. 255 do RI/STJ) impede o conhecimento do Recurso Especial, com base na alínea "c", III, do art. 105 da Constituição Federal. Confirma-se o precedente:

TRIBUTÁRIO. COBRANÇA DE TAXA DE ÁGUA E DE SERVIÇO DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SUMÚLAS NS. 282 E 283 DO STF. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO-CONFIGURADO.

(...)

3. Não se conhece do dissídio jurisprudencial quando não atendidos os requisitos dos arts. 541, parágrafo único, do CPC e 255, §§ 1º e 2º, do RISTJ.

4. Recurso especial não-conhecido."(REsp 649084/RJ; Rel. Min.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

João Otávio de Noronha; DJ de 15/8/2005).

Em relação à possibilidade jurídica do pedido, conforme bem salientado pelo MPF, não merece reforma o aresto recorrido.

O Ministério Público é o órgão responsável pela tutela dos interesses individuais homogêneos, difusos ou coletivos relativos à infância e à adolescência, na forma do art. 201 do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA. No caso, esse interesse consubstancia-se no direito a creche e a pré-escola de crianças até seis anos de idade, conforme dispõe o art. 208 do mesmo estatuto.

Cumprido observar que a Constituição da República eleva a educação infantil a dever prioritário do Estado (grifei):

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com *absoluta prioridade*, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à *educação*, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Alinhada a essa premissa, a Constituição ainda estabelece, de forma específica, o dever de garantir atendimento em creche e pré-escola, que ora se discute (grifei):

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

I - ensino fundamental, obrigatório e gratuito, assegurada, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiveram acesso na idade própria;

II - progressiva universalização do ensino médio gratuito;

III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;

IV - *educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade.*

Na ordem jurídica brasileira, a educação não é uma garantia qualquer que esteja em pé de igualdade com outros direitos individuais ou sociais. Ao contrário, trata-se de *absoluta prioridade*, nos termos do art. 227 da Constituição de 1988. A violação do direito à educação de crianças e adolescentes mostra-se, pois, em nosso sistema, tão grave e inadmissível como negar-lhes a vida e a saúde .



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No campo dos direitos individuais e sociais de *absoluta prioridade*, o juiz não deve se impressionar nem se sensibilizar com alegações de conveniência e oportunidade trazidas pelo administrador relapso. A ser diferente, estaria o Judiciário a fazer juízo de valor ou político em esfera na qual o legislador não lhe deixou outra possibilidade de decidir que não seja a de exigir o imediato e cabal cumprimento dos deveres, completamente vinculados, da Administração Pública.

Se um direito é qualificado pelo legislador como *absoluta prioridade*, deixa de integrar o universo de incidência da *reserva do possível*, já que a sua *possibilidade* é, preambular e obrigatoriamente, fixada pela Constituição ou pela lei.

Ao comentar esse dispositivo, Ingo Sarlet bem nota que "alegar-se, neste contexto, eventual indeterminação ou incompletude das normas constitucionais beira as raias do absurdo" (*A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, 6ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 354). Em tal contexto, seriam impertinentes os argumentos relativos à *reserva do possível* e à incompetência dos tribunais para examinar o direito ao ensino público gratuito, pois "as regras sobre as competências na esfera do ensino, a origem e destinação das verbas, bem como as prioridades e metas da política de ensino, já estão inequivocamente contidas na própria Constituição". Transcrevo trecho da obra já mencionada (pp. 354-355, grifei):

Até mesmo a habitual ponderação relativa à ausência de recursos (limite fático da reserva do possível), assim como a ausência de competência dos tribunais para decidir sobre destinação de recursos públicos, parecem-nos inaplicáveis à hipótese (ensino público fundamental gratuito). Além de colocar - e não sem razão - os particulares diante de uma situação em que não lhes resta alternativa, importa reconhecer que o próprio Constituinte tratou de garantir a destinação de recursos para viabilizar a realização do dever do Estado com a educação, de modo especial com o ensino fundamental. Note-se que, de acordo com o art. 212 da Constituição, a União não poderá aplicar menos de 18%, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, menos de 25% da receita resultante dos impostos, na manutenção e desenvolvimento do ensino. O montante da verba orçamentária mínima (o legislador poderá estabelecer valores superiores), seguramente representando a maior fatia do orçamento público, demonstra a importância atribuída à educação. No § 3º do mesmo artigo, encontra-se, por sua vez, regra que prioriza a distribuição dos recursos para o ensino obrigatório (fundamental). (...) Tudo isso demonstra inequivocamente a impertinência, no que diz com um direito subjetivo ao ensino fundamental público



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

gratuito, também dos argumentos relativos à reserva do possível e da incompetência dos tribunais para decidir sobre a matéria. As regras sobre as competências na esfera do ensino, a origem e destinação das verbas, bem como as prioridades e metas da política de ensino, já estão inequivocamente contidas na própria Constituição.

Com apoio na argumentação desenvolvida, parecem-nos viáveis, ao menos em princípio, as alternativas sugeridas por Luís R. Barroso, que, *na hipótese de não ser possível o reconhecimento de um direito de acesso ao ensino fundamental público gratuito, no caso de inexistentes ou comprovadamente insuficientes os recursos materiais disponíveis (escolas, salas de aula, vagas, professores, etc.), considera possível a condenação do poder público, numa demanda de natureza cominatória, a uma obrigação de fazer, por exemplo, a construção de uma escola, ou mesmo a matrícula em escola particular às expensas do poder público*, restando, ainda, a insatisfatória possibilidade de exigir-se do Estado o pagamento de uma indenização pela omissão, que, no entanto - como bem reconhece o autor - não tem o condão de substituir adequadamente a falta de estudo.

O Superior Tribunal de Justiça, em Ação Civil Pública ajuizada com a mesma finalidade, entendeu ser juridicamente viável o pedido. Confira-se a ementa do recente julgado:

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 frequência 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 17.04.2007, DJ 13.02.2008 p. 148, grifei)

No mesmo sentido, vale destacar que o STF, ao apreciar a matéria em processo que envolvia justamente a criação de vagas em creches no próprio Município de Santo André, reafirmou a obrigação do Estado de assegurar o cumprimento do disposto no art. 208, IV, da Constituição. Transcrevo a ementa:

CRECHE E PRÉ-ESCOLA - OBRIGAÇÃO DO ESTADO.

Cumpra ao Estado - gênero - proporcionar a creche e a pré-escola às crianças de zero a cinco anos de idade, observando a norma cogente do artigo 208, inciso IV, da Constituição Federal, com a redação decorrente da Emenda Constitucional nº 53/2006.

(RE-AgR 384201/SP, Relator Min. MARCO AURÉLIO, j. 26.4.2007, Primeira Turma, DJe-072 - Agravante: Município de Santo André; Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo)

Dessa forma, o direito perseguido na presente Ação Civil Pública e os meios para a sua efetivação encontram-se legal e constitucionalmente garantidos. Descabe, portanto, afirmar a impossibilidade jurídica do pedido, o que significaria dizer que "o pedido não tem a menor condição de ser apreciado pelo Judiciário, porque já excluído *a priori* pelo ordenamento jurídico sem qualquer consideração das peculiaridades do caso concreto" (Ada Pellegrini Grinover *et alii*, *Teoria Geral do Processo*, 24^a ed., São Paulo, Malheiros, 2008, p. 276).

Se é certo que ao Judiciário recusa-se a possibilidade de substituir-se à Administração Pública, o que contaminaria ou derrubaria a separação mínima das funções do Estado moderno, também não é menos correto que, em nossa ordem jurídica, compete ao juiz interpretar e aplicar a delimitação constitucional e legal dos poderes e deveres do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Administrador, exigindo, de um lado, cumprimento integral e tempestivo dos deveres vinculados e, quanto à esfera da chamada competência discricionária, respeito ao *due process* e às garantias formais dos atos e procedimentos que pratica.

Em síntese, a Administração Pública deve propiciar o acesso e a frequência em creche e pré-escola, assegurando que esse serviço seja prestado, com qualidade, por rede própria. Sendo assim e de acordo com o princípio constitucional da *inafastabilidade do controle jurisdicional* (art. 5º, XXXV da CF), garantia básica do Estado Democrático de Direito, a oferta insuficiente de vagas em creches faz surgir o direito de ação para todos aqueles que se encontrem nessas condições, diretamente ou por meio de sujeitos intermediários, como o Ministério Público e entidades da sociedade civil organizada.

Por tudo isso, **nego provimento ao Recurso Especial.**

É como **voto.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2002/0069996-6

REsp 440502 / SP

Números Origem: 2862000 760800

PAUTA: 23/09/2008

JULGADO: 23/09/2008

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **CASTRO MEIRA**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **DULCINÉA MOREIRA DE BARROS**

Secretária

Bela. **VALÉRIA ALVIM DUSI**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MUNICÍPIO DE SANTO ANDRÉ
PROCURADOR : VERA APARECIDA QUIOQUETI E OUTRO(S)
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

ASSUNTO: Ação Civil Pública

CERTIDÃO

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

"Após o voto do Sr. Ministro Herman Benjamin, negando provimento ao recurso, pediu vista dos autos, antecipadamente, a Sra. Ministra Eliana Calmon."

Aguardam os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Castro Meira e Humberto Martins.

Brasília, 23 de setembro de 2008

VALÉRIA ALVIM DUSI
Secretária



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 440.502 - SP (2002/0069996-6)

VOTO-VISTA

A EXMA. SRA. MINISTRA ELIANA CALMON: – O presente recurso especial tem como relator o Ministro Herman Benjamin que examinou, em recurso especial, decisão judicial oriunda de despacho saneador, devidamente confirmada pelo Tribunal, a qual desacolheu a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido, formulada pelo Município de Santo André, em relação ao pleito contido na ação principal: assegurou a criação de vagas em creches e escolas municipais para crianças incluídas ou não em lista de espera.

A decisão foi proferida nos autos de ação civil pública movida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo.

No especial são apontados como violados o art. 535 do CPC, bem assim o art. 267 do mesmo diploma legal. O primeiro porque o Tribuna de origem omitiu-se em analisar todas as questões invocadas e o segundo dispositivo por entender a recorrente que falta ao pleito possibilidade jurídica, na medida em que não poderia ser formulada contra a municipalidade pedido juridicamente impossível de ser por ele atendido, dentro de suas regras orçamentárias.

Também aponta violação ao art. 1º, inciso IV, da Lei 7.347/85, na medida em que o interesse difuso e coletivo protegido pela norma é o juridicamente possível, sendo jurídica e materialmente impossível para o Município atender a ordem judicial.

Pela alínea "c", trouxe o recorrente como paradigma o acórdão proferido no Recurso Especial 169.876/SP.

Apresentou o recorrente a estimativa de que, para atender a 7.200 crianças, sendo 3.200 em creches e 4.000 alunos de 4 a 6 anos em Educação Infantil e Ensino Fundamental, seria necessário dispor o Município de mais de R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais), o que corresponde a 80% do orçamento anual para educação, no valor de R\$ 67.000.000,00 (sessenta e sete milhões de reais), sem considerar que estão sendo retirados R\$ 17.680.000,00 (dezessete milhões e seiscentos e oitenta mil reais) pela FUNDEF, instituída pela EC 14/99. Ademais, teriam de ser construídas 20 creches para atender às crianças de 0 a 6 anos e 08 Escolas Municipais de Educação Fundamental, o que daria um custo de R\$ 35.600.000,00 (trinta e cinco milhões e seiscentos mil reais), sem considerar o custo do terreno e mobiliário, este último orçado em R\$ 1.560.000,00 (um milhão e quinhentos e sessenta mil reais). Necessitariam ainda ser contratados servidores com um custo de R\$ 16.000.000,00 (dezesseis milhões de reais),



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sem contar com o custo da merenda e manutenção dos equipamentos.

O recurso especial foi conhecido e improvido, estando assim resumido os fundamentos do voto do relator:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. ALÍNEA "C" DO PERMISSIVO CONSTITUCIONAL. NÃO-DEMONSTRAÇÃO DA DIVERGÊNCIA. DIREITO À CRECHE E À PRÉ-ESCOLA DE CRIANÇAS ATÉ SEIS ANOS DE IDADE. ECA. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PRINCÍPIO DA INAFSTABILIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL. LESÃO CONSUBSTANCIADA NA OFERTA INSUFICIENTE DE VAGAS.

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

2. A divergência jurisprudencial deve ser comprovada, cabendo ao recorrente demonstrar as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, com indicação da similitude física e jurídica entre eles. Indispensável a transcrição de trechos do relatório e do voto dos acórdãos recorrido e paradigma, realizando-se o cotejo analítico entre ambos, com o intuito de bem caracterizar a interpretação legal divergente. O desrespeito a esses requisitos legais e regimentais (art. 541, parágrafo único, do CPC e art. 255 do RI/STJ) impede o conhecimento do Recurso Especial, com base no art. 105, III, alínea "c", da Constituição Federal.

3. O Ministério Público e o órgão responsável pela tutela dos interesses individuais homogêneos, difusos ou coletivos relativos a infância e a adolescência, na forma do art. 201 do ECA.

4. Dessa maneira, evidencia-se a legitimidade do *Parquet, in casu*, para ajuizar Ação Civil Pública com a finalidade de garantir o direito a creche e a pré-escola de crianças até seis anos de idade, conforme dispõe o art. 208 daquele estatuto.

5. A Administração Pública deve, no caso em apreço, propiciar o acesso e a frequência em creches, assegurando que esse serviço seja prestado por rede própria. Precedente: REsp 510.598/SP, Segunda Turma, Relator Ministro João Otávio de Noronha, DJ de 13.02.2008.

6. De acordo com o princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV da CF), garantia básica do Estado Democrático de Direito, a oferta insuficiente de vagas em creches para crianças de zero a seis anos, como no caso dos autos, faz surgir o direito de ação para as crianças que se encontrem nessas condições.

7. Recurso Especial não provido.

Pedi vista para examinar a controvérsia constante dos autos, principalmente porque a ordem judicial foi proclamada em despacho saneador, sem ter havido cognição exauriente e sem ter o Judiciário examinado as questões político-econômicas a que estão jungidos os órgãos públicos, os quais pela Lei de Responsabilidade Fiscal não podem afastar-se das rígidas regras orçamentárias.

Com vista dos autos, verifiquei que não há, ainda, ordem alguma de matrícula porque não se trata de exame de sentença e sim de despacho saneador. Entretanto, os termos enfáticos do acórdão do Tribunal de Apelação deixam-me em dúvida. Afinal está dito pelo relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do agravo que no ano letivo seguinte deverão ser feitas as matrículas de todas as crianças em creche e escolas.

A preocupação primeira que tenho é a de não deixar que a decisão judicial caia no vazio, pela impossibilidade jurídica e material de ser executada. As respostas do Judiciário, a partir da Constituição de 1988 não podem mais ser uma mera interpretação legislativa e sim de conteúdo exequível para que não se tenha uma sentença ou um acórdão que seja mero preceito.

Na espécie em julgamento, em um despacho saneador já se anuncia que no Município de Santo André, (de junho de 2001, data do acórdão, até o ano letivo seguinte, que teria início em fevereiro de 2002) deverão ser criadas vagas em creches e em escolas para todas as crianças do Município, em um total, segundo estimativa, de 7.200 vagas.

Examinando a jurisprudência desta Turma, verifico que majoritariamente tem-se entendido que a municipalidade não pode recusar matricular as crianças para terem assistência educacional como exigido na Constituição. Cito, por exemplo, o que foi decidido pelo Ministro João Otávio de Noronha no REsp 510.598/SP, quando o mesmo Município de Santo André foi condenado a efetuar a matrícula de duas crianças, deixando o relator, na oportunidade, consignado na ementa o seguinte:

"(...)

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 510598/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/04/2007, DJ 13/02/2008 p. 148 - ressalva das expressões em negrito)

Na ocasião, fiquei vencida e o Ministro Castro Meira, ao acompanhar o relator deixou consignado no voto-vista que proferiu:

"No presente caso, como reconheceu o Ministro Relator, "não obstante tenha a municipalidade alegado falta de vagas,e, também, que cumpriu a Lei orçamentária, tendo destinado os recursos a que estava obrigado para a educação fundamental (contestação), nada comprovou. Por certo que, em se tratando de caso concreto , no qual estão envolvidas apenas duas crianças, isto não implicará superlotação de creche alguma. O município deveria ter trazido aos autos a real situação em que se encontram seus estabelecimentos de ensino relativos à pré-escola, para que as instâncias ordinárias pudessem aferi-la frente ao que se postulou na presente ação."

Nesta oportunidade, diferentemente dos precedentes citados, a decisão ordena a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

criação de 7.200 vagas em creches e nas Escolas Municipais para o ensino fundamental (alegação do Município às fls. 03/12), pedido que é impossível de ser atendido. Trago à colação decisão desta Corte, no Recurso Especial 510.259/SP, cuja ementa deixa clara a minha posição:

ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO.

1. Na atualidade, a Administração pública está submetida ao império da lei.

2. O Poder Judiciário não mais se limita a examinar os aspectos extrínsecos da administração, pois pode analisar, ainda, as razões de conveniência e oportunidade, uma vez que essas razões devem observar critérios de moralidade e razoabilidade.

3. O Ministério Público não logrou demonstrar os meios para a realização da obrigação de fazer pleiteada.

4. Recurso especial improvido.

(REsp 510259/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/08/2005, DJ 19/09/2005 p. 252)

Na oportunidade disse o seguinte:

"É preciso considerar que a educação infantil, por não ser prioritária, deve inserir-se em um planejamento específico, estando aí a força do MINISTÉRIO PÚBLICO para exigir que, no planejamento municipal, sejam traçadas as prioridades e dentro delas as passíveis de atendimento. Sem essa ingerência, é inteiramente impossível, sem deixar cair no vazio, a ordem judicial.

Conforme os novos paradigmas do Direito Administrativo, não se pode mais tolerar o entendimento de que ao Poder Judiciário não cabe imiscuir-se nas questões orçamentárias da municipalidade, mas também não é possível impor aos órgãos públicos obrigação de fazer que importe gastos, sem que haja rubrica própria para atender à determinação. É preciso ter o bom senso de entender que os recursos são insuficientes para atender aos deveres municipais, especialmente após a CF/88. Ademais, ainda devem os ordenadores de despesa atender aos ditames da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Tendo em conta os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, a imposição de obrigações de fazer a ser imposta aos diversos poderes nas esferas federal, estadual e municipal exige moderação, a partir do cuidado quando da elaboração das políticas públicas e orçamentárias.

O MINISTÉRIO PÚBLICO mostrou que o município tem obrigação, sendo direito de todas as crianças exigir o cumprimento dela. Entretanto, não demonstrou as condições de realização dessas obrigações, nem se foram elas olvidadas de modo próprio, por desídia, leviandade."

Com essas considerações, pedindo *venia* ao relator, dou provimento ao recurso do Município.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2002/0069996-6

REsp 440502 / SP

Números Origem: 2862000 760800

PAUTA: 23/09/2008

JULGADO: 14/10/2008

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **CASTRO MEIRA**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **JOSÉ FLAUBERT MACHADO ARAÚJO**

Secretária

Bela. **VALÉRIA ALVIM DUSI**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MUNICÍPIO DE SANTO ANDRÉ
PROCURADOR : VERA APARECIDA QUIOQUETI E OUTRO(S)
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

ASSUNTO: Ação Civil Pública

CERTIDÃO

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

"Prosseguindo-se no julgamento, após o voto da Sra. Ministra Eliana Calmon, divergindo do Sr. Ministro-Relator, dando provimento ao recurso, pediu vista dos autos, antecipadamente, o Sr. Ministro Castro Meira."

Aguardam os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques e Humberto Martins.

Brasília, 14 de outubro de 2008

VALÉRIA ALVIM DUSI
Secretária



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 440.502 - SP (2002/0069996-6)

RELATOR : **MINISTRO HERMAN BENJAMIN**
RECORRENTE : **MUNICÍPIO DE SANTO ANDRÉ**
PROCURADOR : **VERA APARECIDA QUIOQUETI E OUTRO(S)**
RECORRIDO : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO CASTRO MEIRA: O Ministério Público do Estado de São Paulo ajuizou ação civil pública com o objetivo de compelir o Município de Santo André "a prestar o serviço público de educação infantil em creches e EMEIS para crianças de 0 a 6 anos de idade (incluídas ou não em lista de espera, na qual constam 3.200 crianças para creches e 4.000 crianças para as EMEIS), em condição de igualdade, cujos pais desejem matriculá-las, quer por meio de rede pré-escolar própria, conveniada ou indireta, respeitados os princípios da universalidade e gratuidade, a partir do ano letivo seguinte à prolação da sentença de procedência" (fl. 32).

A municipalidade ré alegou, como preliminar à contestação, a impossibilidade jurídica do pedido, em face de eventual ingerência do Poder Judiciário sobre o Executivo e, também, em razão de insuficiência orçamentária.

Consta da peça de defesa o seguinte:

"Conforme informações da Secretaria de Educação, anexas aos autos, 'para atendermos 7.200 crianças, sendo 3.200 em creches públicas municipais, a custo de R\$ 2.764,27 ano e 4.000 alunos de 4 a 6 anos nas Escolas Municipais de Educação Infantil e Ensino Fundamental (EMEIEF's) a um custo aluno de R\$ 1.714,00, teríamos que dispor nesse ano de R\$ 50.861.664,00, o que corresponde a 80% do orçamento anual da educação no valor de 67,56 milhões, sem considerar que 17,68 milhões estão sendo retidos pelo Governo Federal, através do FUNDEF, instituído pela Emenda Constitucional 14/99'.

Teríamos que construir 20 creches com capacidade para atender 154 crianças de 0 a 6 anos e 08 EMEIEF's com capacidade para 500 alunos em 2 períodos, num custo aproximado de R\$ 35.600.000,00 (trinta e cinco milhões e seiscentos mil reais), sem considerar o custo do terreno que não dispomos.

Para o devido funcionamento precisamos adquirir mobiliários ao custo de R\$ 1.560.000,00 (um milhão quinhentos e sessenta mil) e a contratação de funcionários com o custo anual de R\$ 16.000.000,00 (dezesesseis milhões), sem contarmos com o custo de merenda e manutenção dos equipamentos" (fls. 38-39).

A preliminar de carência de ação por impossibilidade jurídica do pedido foi rejeitada pelo Juízo de primeiro grau nos seguintes termos:

"A preliminar ofertada pelo requerido às fls. 779/784 não merece acolhida.

Importante salientar que não há interferência do Poder Judiciário no Poder Executivo ao analisar a questão em pauta.

A Constituição Federal, em seu art. 2º, manteve a divisão de poderes própria do presidencialismo, assinalando que cada qual será independente, mas sem olvidar a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

necessidade de harmonia entre eles.

Assim, foram previstos mecanismos que visam ao estabelecimento de um sistema de freio e contrapesos que 'longe' de significar o domínio de um pelo outro ou a usurpação de atribuições, garantem a busca do equilíbrio necessário ao bem estar da coletividade e evitam a ocorrência de distorções ou desmandos.

Por sua vez, consagrado no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, o Princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional, atribui-se ao estado-Juiz o poder-dever de julgar a legalidade dos atos praticados pelos demais Poderes.

Deste modo, se não é lícito à Justiça substituir por pronunciamento judicial o que é da exclusiva competência discricionária da Municipalidade, pode e deve, por outro lado, e desde que provocada para tal, confrontar a omissão imputada a ela pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, com as prescrições constitucionais e legais.

Desta feita, não há que se falar em impossibilidade jurídica do pedido" (fls. 14-15).

Contra essa decisão, que rejeitou a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido, foi interposto agravo de instrumento, não provido pela Corte estadual.

Na sequência, a municipalidade ré interpôs recurso especial, com fundamento nas alíneas "a" e "c", alegando, em síntese, violação dos arts. 267 do CPC e 1º da Lei 7.347/85. Sustentou que é juridicamente impossível o pedido formulado na ação diante das limitações orçamentárias do Município e da proibição de ingerência do Poder Judiciário sobre a conveniência e oportunidade do ato administrativo.

Para o Sr. Ministro Herman Benjamin, relator do feito, "de acordo com o princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV da CF), garantia básica do Estado Democrático de Direito, a oferta insuficiente de vagas em creches para crianças de zero a seis anos, como no caso dos autos, faz surgir o direito de ação para as crianças que se encontrem nessas condições", razão porque negou provimento ao recurso especial.

A Sra. Ministra Eliana Calmon inaugurou a divergência por entender que o pedido é juridicamente impossível, pois se postula a criação de 7.200 vagas em creches e nas Escolas Municipais para o ensino fundamental, encargo que, segundo a alegação do município, não pode ser atendido por seu orçamento.

Pedi vista dos autos para melhor examinar a questão.

Nada oponho ao conhecimento do apelo, razão porque passo ao exame de mérito.

A cláusula da "reserva do possível" surgiu, na década de 70, em julgamento realizado na Corte Constitucional alemã. Na ocasião, discutia-se o direito de acesso às vagas em universidades públicas, tendo aquele Tribunal considerado que as prestações que o cidadão pode exigir do Estado estão condicionadas aos limites do razoável.

A "reserva do possível" representa um inescusável limite à atuação do Poder Judiciário. A decisão judicial que imponha ao Estado determinada prestação será de pouca ou nenhuma exequibilidade se o Poder Público puder escudar-se com a genérica afirmativa de carência de recursos orçamentários.

Embora represente um limite à atuação jurisdicional quanto à implementação de políticas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

públicas e à concretização de direitos sociais, não pode ser tomada como obstáculo intransponível, à consideração de que ao Judiciário compete sindicá-la a própria escusa governamental.

Não fora assim, bastaria a genérica alegação de que o Estado não dispõe de recursos financeiros para que restassem aniquilados todos os direitos sociais de segunda geração, que exigem prestações positivas do Estado.

Sob esse prisma, será sempre possível ao Judiciário aferir, concreta e objetivamente, se se faz presente a cláusula da "reserva do possível", diante da justificativa estatal e das provas que tenha carreado aos autos.

O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV da CF) é regra básica do Estado Democrático de Direito fundado pela Constituição Republicana de 1988, o que garante a todos o acesso à Justiça em face de lesão ou ameaça a direitos.

No caso, diversamente do que entendeu o voto divergente, não antevejo a impossibilidade jurídica do pedido, que se configura quando o ordenamento jurídico veda a discussão do pedido do autor no plano processual, o que implicaria na extinção do processo, sem resolução do mérito, ante a ausência de uma das condições da ação.

O saudoso JOSÉ FREDERICO MARQUES assim dissertou sobre esse requisito da ação:

"Há possibilidade quando a pretensão do autor se refere a providência admissível pelo direito objetivo. O autor, como diz GALENO LACERDA, 'só será titular do direito subjetivo público de ação se, em tese, o direito objetivo material admitir o pedido'. Num país que não consagra o divórcio a vinculo, é inadmissível um pedido dessa natureza, pelo que seria carecedor da ação aquele que ingressasse em juízo pretendendo uma sentença de divórcio. O mesmo se diga do indivíduo que, por exemplo, propusesse ação para cobrar dívida de jogo.

Essa possibilidade jurídica do pedido, como observa MANDRIOLI, é examinada em abstrato e significa, assim, a 'a coincidência, na afirmação contida no pedido, dos caracteres que são necessários e suficientes para que o órgão jurisdicional deva realizar sua tarefa, que consiste em exercer suas funções na direção e forma previstas pela ordem jurídica'. É, por isso, que, em face do pedido sobre uma decisão aberrante, é obrigado a pronunciar a carência da ação" (Instituições de Direito Processual Civil, vol. II, 2ª ed., Forense, Rio, 1962, pp. 31/32).

Nessa mesma linha, é o magistério de ELPÍDIO DONIZETTI:

"Encontra-se presente a possibilidade jurídica do pedido quando o ordenamento jurídico não veda o exame da matéria por parte do Judiciário. Não se confunde com a improcedência do pedido.

A ação de cobrança ajuizada pelo credor foi julgada improcedente, ou seja, a Justiça não reconheceu o direito ao crédito, mas abstratamente o pedido era possível, viável, tanto que a lide foi composta com a manifestação do juiz no sentido de que o autor não tinha o direito invocado. Outra seria a solução se o autor pleiteasse a antecipação de direitos hereditários, estando vivo o 'autor da herança'. Nesse caso, como o ordenamento jurídico veda qualquer discussão em torno da herança de pessoa viva, o pedido sequer seria apreciado, ocorrendo a extinção do processo sem resolução do mérito (art. 267, VI).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Constitui erro grosseiro argumentar que o pedido do autor é juridicamente impossível porque o direito material não o ampara. Repito, para evitar dúvidas: se o direito não amparar a pretensão, o caso é de improcedência; se o ordenamento jurídico veda a discussão do pedido no plano processual, o caso é de impossibilidade jurídica do pedido" (Curso Didático de Direito Processual Civil, 10ª Ed., Lumen Juris, pp. 24/25).

O saudoso e sempre lembrado J.J. Calmon de Passos, ao examinar a carência de ação, classificou a impossibilidade jurídica do pedido em absoluta (ou abstrata) e relativa (ou concreta), como se observa da seguinte passagem que transcrevo:

"A impossibilidade jurídica é também uma das formas de improcedência *prima facie*. Pode-se, entretanto, distinguir dois modos de ser da impossibilidade jurídica. Uma absoluta: pede-se o que não é deferido, em abstrato, pelo ordenamento jurídico; são os exemplos clássicos do pedido de divórcio, quando, segundo nosso ordenamento, só o desquite é possível de ser deferido; ou o pedido de pagamento de dívida de jogo, o que não é tutelado, entre nós, pelo direito objetivo. Há, contudo, outra impossibilidade jurídica que poderíamos qualificar de relativa: o pedido é juridicamente impossível, não em termos absolutos, porque inexistente o tipo de tutela reclamada, mas em relação ao caso concreto" (Comentários ao Código de Processo Civil, v. III, Forense: Rio de Janeiro, p. 204).

No caso, o pedido formulado pelo Ministério Público - de condenar o Município réu em obrigação de fazer consistente na criação de mais 7.200 vagas de pré-escola e ensino fundamental - não encontra vedação, **abstrata ou concreta**, no ordenamento jurídico, nem está o Poder Judiciário proibido de impor ao Executivo o cumprimento da decisão que vier a ser adotada.

Como já afirmado, é próprio do sistema de "freios e contrapesos" do Estado Democrático de Direito o controle judicial dos atos administrativos e o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.

No **plano abstrato**, como deve ser examinada a "possibilidade jurídica do pedido", nada impede o processamento deste feito, pois o que pretende o autor é compelir o município réu a adotar as medidas necessárias a garantir o direito fundamental de acesso à pré-escola e ao ensino fundamental, ao qual se contrapõe o dever do Estado de garantir as condições necessárias ao adimplemento desse preceito constitucional.

Ainda que se examine a demanda sob a perspectiva do **plano concreto**, a simples alegação de insuficiência orçamentária não inviabiliza o processamento do feito nem autoriza a extinção prematura da ação por impossibilidade jurídica do pedido.

A insuficiência de recursos orçamentários não pode ser alegada pelo gestor público como "mote mágico" para justificar a negativa do Estado em dar cumprimento às políticas públicas a que está subordinado.

O art. 333 do Código de Processo Civil, que regula a distribuição do ônus da prova, atribui ao autor o ônus de provar o fato constitutivo de seu direito (inciso I) e, ao réu, o fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (inciso II).

Neste processo, o ônus de provar a insuficiência orçamentária ou a impossibilidade material



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de atender a obrigação de fazer postulada na ação era do réu, sob pena de inversão indevida do ônus da prova.

Na ação, pretende o autor que o Município seja condenado a prestar o serviço educacional, diretamente ou mediante convênio, para 7.200 menores a partir do ano letivo seguinte à prolação da sentença de procedência. Para tanto, invoca direito fundamental assegurado na Constituição e disciplinado no Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como a Lei Orgânica do Município.

Cabia ao Município, em defesa, fazer prova concreta e objetiva da indisponibilidade orçamentária ou da impossibilidade material de cumprir a postulação lançada na inicial, nos termos do art. 333, II, do CPC.

O princípio da "reserva do possível" somente eximirá a responsabilidade estatal se **concreta e objetivamente** demonstrada a incapacidade financeira e o cumprimento das disposições constitucionais que obrigam a vinculação de parcela da receita pública a certas despesas, como no caso da educação.

A prova da ausência de previsão orçamentária, da insuficiência de recursos ou da impossibilidade material de cumprimento do comando judicial compete ao Poder Público quando acionado para garantir ou dar cumprimento aos direitos de segunda geração consagrados na Carta Republicana.

Na espécie, consta dos autos apenas alegações da municipalidade de que o gasto com a implementação das 7.200 vagas comprometeria cerca de 80% do orçamento municipal destinado à educação.

Declaração da Secretaria Municipal de Educação, que aliás sequer está juntada aos autos, não é prova em sentido processual, já que produzida unilateralmente por órgão inserido na estrutura administrativa da própria municipalidade ré.

Intimado a manifestar-se sobre a produção de outras provas, o município nada requereu, como se comprova dos documentos de fls. 16 e 93 dos autos do agravo.

Ademais, o valor das despesas anunciadas pelo município com obras, mobiliário, contratação de pessoal e merenda, supostamente indispensáveis ao atendimento da pretensão, além de meras alegações, não se incluem necessariamente no pedido formulado pelo Ministério Público, que requereu o cumprimento da obrigação de fazer "por meio de rede pré-escolar própria, **conveniada ou indireta**" (fl. 32).

Por fim, mas não menos importante, o pedido formulado na ação civil pública é para que a obrigação de fazer seja cumprida "a partir do ano letivo seguinte à prolação da sentença de procedência" (fl. 32), o que deixa clara a ciência do Ministério Público da necessidade de respeitar o orçamento anual vigente, bem como a possibilidade de se fracionar a execução do julgado em mais de um exercício, para adequá-la à disponibilidade financeira do município.

Assim, seja no plano abstrato ou no plano concreto, deve ser afastada a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido suscitada pela municipalidade ré.

Ante o exposto, **pedindo vênias à Sra. Ministra Eliana Calmon, acompanho o Relator para negar provimento ao recurso especial.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2002/0069996-6

REsp 440502 / SP

Números Origem: 2862000 760800

PAUTA: 17/02/2009

JULGADO: 17/02/2009

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **CASTRO MEIRA**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **DULCINÉA MOREIRA DE BARROS**

Secretária

Bela. **VALÉRIA ALVIM DUSI**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MUNICÍPIO DE SANTO ANDRÉ
PROCURADOR : VERA APARECIDA QUIOQUETI E OUTRO(S)
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

ASSUNTO: Ação Civil Pública

CERTIDÃO

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

"Prosseguindo-se no julgamento, após o voto-vista do(a) Sr(a). Ministro(a) Castro Meira, acompanhando o Sr. Ministro-Relator, negando provimento ao recurso, pediu vista dos autos o Sr. Ministro Mauro Campbell Marques."

O Sr. Ministro Castro Meira (voto-vista) votou com o Sr. Ministro Relator.

A Sra. Ministra Eliana Calmon, em sessão anterior, deu provimento ao recurso, divergindo do Sr. Ministro-Relator.

Aguarda o Sr. Ministro Humberto Martins.

Brasília, 17 de fevereiro de 2009

VALÉRIA ALVIM DUSI
Secretária



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 440.502 - SP (2002/0069996-6)

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES: Pedi vista dos autos em razão do substancioso voto proferido pela Min. Eliana Calmon. No entanto, após analisar o voto do Min. Herman Benjamin, ao qual aderiu o Min. Castro Meira com excelentes observações acerca da oposição da reserva do possível, adianto que não acompanharei a divergência.

Hoje em dia, o dogma da insidicabilidade dos atos administrativos foi superado, admitindo tanto o Supremo Tribunal Federal como também esta Corte Superior a tese segundo a qual o juízo de discricionariedade administrativa não pode transbordar a legalidade.

No presente caso, observo que o pedido, longe de juridicamente possível, é procedente, na medida em que a Constituição da República vigente, em seu art. 208, inc. IV, delimita o dever do Estado com a educação, incluindo, aí, a educação infantil em creches e pré-escolas.

O não-cumprimento ou o cumprimento insuficiente deste mandado não está dentro da esfera de conveniência e oportunidade da Administração Pública; ao contrário, configuraria verdadeira arbitrariedade.

Esta Turma tem enfrentado a questão do mérito administrativo nesse termos, embora em outras searas, conforme se infere de diversos julgados, como, p. ex., no REsp 1.041.197/MS, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 16.9.2009.

O acatamento da simples alegação - porque desacompanhada de provas, como ressaltou o Min. Castro Meira em seu voto - de inexistência de lastro orçamentário para viabilizar a medida requerida pelo Ministério Público importaria em violação da proporcionalidade, porque estaria consumada a proteção deficiente de um bem jurídico reputado relevante pela Constituição da República.

Com essas considerações, pedindo vênias à Min. Eliana Calmon, acompanho o relator para NEGAR PROVIMENTO ao recurso especial.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2002/0069996-6

REsp 440502 / SP

Números Origem: 2862000 760800

PAUTA: 20/10/2009

JULGADO: 20/10/2009

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **HUMBERTO MARTINS**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **CARLOS EDUARDO DE OLIVEIRA VASCONCELOS**

Secretária

Bela. **VALÉRIA ALVIM DUSI**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MUNICÍPIO DE SANTO ANDRÉ
PROCURADOR : VERA APARECIDA QUIOQUETI E OUTRO(S)
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

ASSUNTO: DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO TRABALHO

CERTIDÃO

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

"Prosseguindo-se no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Mauro Campbell Marques, acompanhando o Sr. Ministro-Relator, negando provimento ao recurso, pediu vista dos autos, o Sr. Ministro Humberto Martins."

Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques e Castro Meira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 20 de outubro de 2009

VALÉRIA ALVIM DUSI
Secretária



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 440.502 - SP (2002/0069996-6)

RELATOR : MINISTRO HERMAN BENJAMIN
RECORRENTE : MUNICÍPIO DE SANTO ANDRÉ
PROCURADOR : VERA APARECIDA QUIOQUETI E OUTRO(S)
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO MARTINS:

Trata-se de recurso especial interposto contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado São Paulo que entendeu juridicamente possível a ação que visa a condenar o Município de Santo André a implementar políticas públicas concernentes na criação de 7.200 vagas em creches e escolas do ente público.

O eminente Min. Relator negou provimento ao recurso especial, com base no entendimento de que não se há falar em impossibilidade jurídica do pedido, haja vista que o direito perseguido na Ação Civil Pública, bem como os meios para a sua efetivação, encontram-se legais e constitucionalmente garantidos. Este posicionamento foi acompanhado pelos ministros Castro Meira e Mauro Campbell Marques.

A Ministra Eliana Calmon inaugurou divergência para dar provimento ao recurso do município de Santo André, sob a fundamentação de que, no caso concreto, a pretensão do recorrente encontra guarida na limitação orçamentária, mais propriamente na chamada "reserva do possível".

Com efeito, observa-se que o cerne da questão diz respeito à possibilidade de efetivação, por meio de determinação judicial, de direitos fundamentais que implicam dispêndio de altos custos orçamentários.

DA RESERVA DO POSSÍVEL

De início, é de se deixar claro que a insuficiência de recursos orçamentários não pode ser considerada uma mera falácia.

Tanto é assim que a doutrina e jurisprudência germânica, conscientes da existência de limitações financeiras, elaboraram a teoria da "reserva do possível" (*Der Vorbehalt des Möglichen*), segundo a qual os direitos sociais a prestações materiais dependem da real disponibilidade de recursos financeiros por parte do Estado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Na verdade, a tese da reserva do possível assenta-se em ideia que, desde os romanos, está incorporada na tradição ocidental, no sentido de que a obrigação impossível não pode ser exigida (*Impossibile nulla obligatio est* - Celso, D. 50, 17, 185). Não se pode exigir da ação humana, a feitura de algo impossível.

O problema central é que as limitações orçamentárias vão de encontro à necessidade de efetivação dos direitos fundamentais, principalmente aqueles que, em regra, realizam-se com a implementação de prestações positivas pelo Estado.

É justamente nesse ponto, da efetividade, que surge o principal desafio em matéria de direitos sociais, pois, sendo eminentemente prestacionais, demandam um conjunto de medidas positivas por parte do Poder Público, e que sempre abrangem a alocação significativa de recursos materiais e humanos para sua proteção e efetivação de uma maneira geral.

Assim, é necessário buscar uma conciliação entre a existência de limitações fáticas e a imperiosidade de efetivação dos direitos fundamentais. Por este motivo, arrisco-me a aprofundar uma análise em torno do que seja a reserva do possível, qual o seu alcance e em que condições a tese pode ser alegada.

Nesta tarefa, recorro-me ao direito germânico para constatar que o Tribunal Constitucional Federal Alemão, ao buscar desenvolver a noção da "reserva do possível", firmou o entendimento de que esta apresenta, pelo menos, uma dimensão tríplice:

- a) uma dimensão fática, que diz respeito à efetiva disponibilidade dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais;
- b) uma dimensão jurídica, que guarda conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias e;
- c) por fim, na perspectiva de um eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade e razoabilidade da prestação, ou seja, aquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade.

Feitas essas considerações, observa-se que a dimensão fática da reserva do possível é questão intrinsecamente vinculada ao problema da escassez, que deve ser analisada com mais proficuidade.

A escassez é "sinônimo" de desigualdade. Bens escassos são bens que não podem ser usufruídos por todos e, justamente por isso, devem ser distribuídos segundo regras que pressupõe o direito igual ao bem e a impossibilidade do uso igual e simultâneo.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Esse estado de escassez, muitas vezes, é resultado de um processo de escolha, de uma decisão. Quando não há recursos suficientes para prover todas as necessidades, a decisão do administrador de investir em determinada área implica escassez de recursos para outra que não foi contemplada. A título de exemplo, o gasto com festividades ou propagandas governamentais pode traduzir-se na ausência de dinheiro para a prestação de uma educação de qualidade.

DA PRIORIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A pergunta que se deve fazer neste momento é: o administrador público possui, em todos os casos, carta branca para escolher as prioridades, ou seja, para decidir quais valores serão contemplados e, conseqüentemente, quais serão postergados em face da escassez dos recursos públicos?

Tal pergunta deve ser respondida com cautela. A regra é que, por atribuição constitucional, cabe ao Poder Executivo definir os programas de governo que serão tratados com prioridade; boa parte deles, referendados pela vontade manifestada nas urnas.

Todavia, há um núcleo de direitos que não pode, em hipótese alguma, ser preterido, pois constitui o objetivo e fundamento primeiro do Estado Democrático de Direito. O termo "em hipótese alguma" frisa que nem mesmo a vontade da maioria pode tratar tais direitos como secundários.

Isto porque, a democracia não se restringe na vontade da maioria. O princípio do majoritário é apenas um instrumento no processo democrático, mas este não se resume àquele. Democracia é, além da vontade da maioria, a realização dos direitos fundamentais.

Explica-se. Só haverá democracia real onde houver liberdade de expressão, pluralismo político, acesso à informação, à educação, inviolabilidade da intimidade, o respeito às minorias e às ideias minoritárias etc. Tais valores não podem ser malferidos, ainda que seja a vontade da maioria. Caso contrário, se estará usando da "democracia" para extinguir a Democracia.

Com isso, observa-se que a realização dos Direitos Fundamentais não é opção do governante, não é resultado de um juízo discricionário nem pode ser encarada como tema que depende unicamente da vontade política. A não-priorização de direitos essenciais implica o destrato da vida humana como um fim em si mesmo, ofende, às claras, o sobreprincípio da dignidade da pessoa humana.

A Constituição Federal reforça esse entendimento. Ao declarar, em seu



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

art. 1º, III, que a dignidade da pessoa humana é fundamento da República Federativa do Brasil, a Carta Cidadã de 1988 escolhe, ela própria, algumas prioridades que devem ser respeitadas pelo Poder Constituído.

Assim, aqueles direitos que estão intimamente ligados à dignidade humana, dentre os quais os relacionados às liberdades civis e os direitos prestacionais essenciais como a educação e a saúde, não podem ser limitados em razão da escassez quando esta é fruto das escolhas do administrador.

DO MÍNIMO EXISTENCIAL

A argumentação até aqui apresentada expõe a existência de duas questões que precisam ser conciliadas. De um lado, tem-se o real problema da ausência de recursos orçamentário; do outro, a necessidade de realização dos Direitos Fundamentais.

Entrincheirado nesse imbróglio, o Tribunal Constitucional Federal Alemão desenvolveu a tese do "mínimo existencial", segundo a qual, a impossibilidade de concretização de todos os direitos sociais não impede que as pessoas possam pleitear, no mínimo, o acesso a condições mínimas para uma vida digna.

A tese não deixa de ser uma decorrência do reconhecimento da reserva do possível. Por não haver recursos para tudo, é que se deve garantir, ao menos, o suficiente para que se possa viver com dignidade.

Esse mínimo existencial não pode ser postergado e deve ser a prioridade primeira do Poder Público. Somente depois de atendido é que se abre a possibilidade para a efetivação de outros gastos, não entendidos, num juízo de razoabilidade, como essenciais.

Por esse motivo, pelo menos *a priori*, a teoria da reserva do possível não pode ser oposta ao mínimo existencial. Este foi o entendimento adotado por esta Turma no julgamento do REsp 1041197/MS, de minha relatoria, cuja ementa se transcreve:

"ADMINISTRATIVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS – POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS – DIREITO À SAÚDE – FORNECIMENTO DE EQUIPAMENTOS A HOSPITAL UNIVERSITÁRIO – MANIFESTA NECESSIDADE – OBRIGAÇÃO DO ESTADO – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES – NÃO-OPONIBILIDADE DA RESERVA DO POSSÍVEL AO MÍNIMO EXISTENCIAL.

1. Não comporta conhecimento a discussão a respeito da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

legitimidade do Ministério Público para figurar no pólo ativo da presente ação civil pública, em vista de que o Tribunal de origem decidiu a questão unicamente sob o prisma constitucional.

2. Não há como conhecer de recurso especial fundado em dissídio jurisprudencial ante a não-realização do devido cotejo analítico.

3. A partir da consolidação constitucional dos direitos sociais, a função estatal foi profundamente modificada, deixando de ser eminentemente legisladora em pró das liberdades públicas, para se tornar mais ativa com a missão de transformar a realidade social. Em decorrência, não só a administração pública recebeu a incumbência de criar e implementar políticas públicas necessárias à satisfação dos fins constitucionalmente delineados, como também, o Poder Judiciário teve sua margem de atuação ampliada, como forma de fiscalizar e velar pelo fiel cumprimento dos objetivos constitucionais.

4. Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais. Com efeito, a correta interpretação do referido princípio, em matéria de políticas públicas, deve ser a de utilizá-lo apenas para limitar a atuação do judiciário quando a administração pública atua dentro dos limites concedidos pela lei. Em casos excepcionais, quando a administração extrapola os limites da competência que lhe fora atribuída e age sem razão, ou fugindo da finalidade a qual estava vinculada, autorizado se encontra o Poder Judiciário a corrigir tal distorção restaurando a ordem jurídica violada.

*5. O indivíduo não pode exigir do estado prestações supérfluas, pois isto escaparia do limite do razoável, não sendo exigível que a sociedade arque com esse ônus. Eis a correta compreensão do princípio da reserva do possível, tal como foi formulado pela jurisprudência germânica. Por outro lado, **qualquer pleito que vise a fomentar uma existência minimamente decente não pode ser encarado como sem motivos, pois garantir a dignidade humana é um dos objetivos principais do Estado Democrático de Direito. Por este motivo, o princípio da reserva do possível não pode ser oposto ao princípio do mínimo existencial.***

6. Assegurar um mínimo de dignidade humana por meio de serviços públicos essenciais, dentre os quais a educação e a saúde, é escopo da República Federativa do Brasil que não pode ser condicionado à conveniência política do administrador público. A omissão injustificada da administração em efetivar as políticas públicas constitucionalmente definidas e essenciais para a promoção



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da dignidade humana não deve ser assistida passivamente pelo Poder Judiciário.

*Recurso especial parcialmente conhecido e improvido." (Grifei)
(REsp 1041197/MS, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 25.8.2009, DJe 16.9.2009.)*

Feitas essas considerações, analiso se, no caso concreto, o direito objeto do litígio está incluído no rol daqueles cuja observância é imprescindível para a existência digna.

Antes, mais uma consideração. O mínimo existencial não se resume ao mínimo vital, ou seja, o mínimo para se viver. Não deixar alguém morrer de fome é, certamente, o primeiro passo, mas não é, nem de longe, o suficiente para fazê-lo viver com dignidade.

O conteúdo daquilo que seja o mínimo existencial abrange também as condições socioculturais, que, para além da questão da mera sobrevivência, asseguram ao indivíduo um mínimo de inserção na "vida" social.

DA ESSENCIALIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO

Definido o conteúdo do mínimo existencial, não fica difícil perceber que dentre os direitos considerados prioritários, encontra-se o direito à educação.

O que distingue o homem dos demais seres vivos não é a sua condição de animal social. Animal social a abelha é, a formiga é, inúmeros outros são. O traço diferencial do homem é a sua condição de ser um animal político; a sua capacidade de relacionar-se com os demais e, através da ação e do discurso, programar a vida em sociedade.

A distinção é importante, pois denota a existência de uma dupla dimensão da vida humana. Há a vida natural, biológica, que faz do homem um animal como qualquer outro. Há, também, uma espécie de segunda vida, a que é exercida na esfera pública, nas relações intersubjetivas e políticas que o indivíduo realiza com os demais integrantes da sociedade.

Em Hannah Ardent, a distinção é explicada com maior maestria:

"Segundo o pensamento grego, a capacidade humana de organização política não apenas difere mas é diretamente oposta a essa associação natural cujo centro é constituído pela casa (oikia) e pela família. O surgimento da cidade-estado significava que o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

homem recebera, além da vida privada, uma espécie de segunda vida, o seu bios politikos. Agora cada cidadão pertence a duas ordens de existência; e há uma grande diferença em sua vida entre aquilo que lhe é próprio (idion) e o que é comum (koinon)"

(ARENDDT, Hannah. *A Condição Humana*. 10ª Edição. Forense Universitária, Rio de Janeiro, 2008, pg., 33.)

A consciência de que é da essência do ser humano, inclusive sendo o seu traço característico, o relacionamento com os demais em um espaço público - onde todos são, *in abstracto*, iguais, e cuja diferenciação se dá mais em razão da capacidade para a ação e o discurso, do que em virtude de atributos biológicos - é que torna a educação um valor ímpar.

Em outras palavras, no espaço público - onde se travam as relações comerciais, profissionais, trabalhistas, bem como, onde se exerce a cidadania - a ausência de educação, de conhecimento, em regra, relega o indivíduo a posições subalternas, o torna dependente das forças físicas para continuar a sobreviver e, ainda assim, em condições precárias.

Eis a razão pela qual o art. 225, da Constituição Federal estabelece que:

"Art. 205 - A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho."

No caso concreto, a matéria é ainda mais importante, pois trata do direito à educação de crianças, que, nos termos da própria Constituição Federal, possuem prioridade absoluta.

"Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão." (Grifei)

Observa-se, neste ponto, que a priorização dos investimentos na educação infantil, devido a sua essencialidade, não é resultado de opções políticas dos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ocupantes momentâneos do cargo chefe do Poder Executivo, mas sim uma imposição da própria Carta Federal.

No mesmo sentido, encontra-se a legislação infraconstitucional:

"Art. 4º da Lei 8069/90 - É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária."

O Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de apreciar a questão em caso semelhante. No julgamento do RE 436.996/SP, o Rel. Min. Celso de Mello asseverou que a educação infantil não se expõe a avaliações meramente discricionárias da administração pública. Pela importância da decisão, transcrevo a ementa:

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO - CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - RECURSO IMPROVIDO.

- A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV).

- Essa prerrogativa jurídica, em conseqüência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das 'crianças de zero a seis 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental.

- Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social.

- Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à "reserva do possível". Doutrina." (Grifei)

(RE 410715 AgR / SP - Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 22.11.2005, DJ 3.2.2006, pg, 076)

Com efeito, o princípio da reserva do possível não pode ser oposto - quando a escassez é resultado de um processo de escolha das atividades que serão atendidas - ao mínimo existencial, aos direitos que a própria Constituição Federal elege como prioritários, como é o caso do direito à educação infantil.

Por fim, há ainda uma última questão a ser enfrentada.

A atuação do Poder Judiciário deve ser excepcional, só sendo permitida nos casos em que as prioridades estabelecidas pela própria constituição, essenciais à efetivação da dignidade humana, estejam sendo preteridas em razão de programas governamentais cuja ausência de relevância seja inconteste.

Pensar diferente seria transformar o Poder Judiciário em órgão planejador de políticas públicas, em substituição à função constitucionalmente atribuída ao Poder



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Executivo, o que configuraria uma clara violação do princípio da Separação dos Poderes.

Portanto, é possível que, mesmo com a alocação dos recursos no atendimento do mínimo existencial, persista a carência orçamentária para atender a todas as demandas. Nesse caso, a escassez não seria fruto da escolha de atividades não-prioritárias, mas sim da real insuficiência de recursos.

Em situações limítrofes como essa, não há como o Poder Judiciário imiscuir-se nos planos governamentais, pois estes, dentro do que é possível, estão de acordo com a Constituição, não havendo omissão injustificável.

Todavia, não se pode olvidar que a real insuficiência de recursos, mesmo quando estes estão alocados em atividades essenciais, deve ser demonstrada pelo Poder Público, não sendo admitido que a tese seja utilizada como uma desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, principalmente os de cunho social.

No caso concreto, não houve essa demonstração por parte do recorrente. O acórdão recorrido não traz um único dado a respeito da execução orçamentária da municipalidade. O que se discutiu na instância ordinária foi a possibilidade jurídica do pedido, e não o mérito em si.

Sendo assim, não se pode considerar as informações trazidas pelo recorrente, de que o provimento da ação implicaria um comprometimento de 80% do orçamento anual para a educação, sob pena de violação da Súmula 7/STJ, que veda o revolvimento da matéria probatória.

Portanto, correto o entendimento adotado pelos Ministros Mauro Campbell Marques e Castro Meira, segundo o qual, o acatamento da simples alegação, desacompanhada de provas da inexistência de recursos financeiros para viabilizar a medida requerida pelo Ministério Público, importaria em violação da proporcionalidade, bem como, consumiria uma proteção deficiente a bem jurídico reputado prioritário pela Constituição da República.

Com essas considerações, pedindo vênias à divergência, acompanhando o ministro relator, nego provimento ao recurso especial.

É como penso. É como voto.

MINISTRO HUMBERTO MARTINS



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2002/0069996-6

REsp 440502 / SP

Números Origem: 2862000 760800

PAUTA: 15/12/2009

JULGADO: 15/12/2009

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **HUMBERTO MARTINS**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **EUGÊNIO JOSÉ GUILHERME DE ARAGÃO**

Secretária

Bela. **VALÉRIA ALVIM DUSI**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MUNICÍPIO DE SANTO ANDRÉ
PROCURADOR : VERA APARECIDA QUIOQUETI E OUTRO(S)
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

ASSUNTO: DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO TRABALHO

CERTIDÃO

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

"Prosseguindo-se no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Humberto Martins, acompanhando o Sr. Ministro Herman Benjamin, a Turma, por maioria, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Vencida a Sra. Ministra Eliana Calmon."

Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Castro Meira e Humberto Martins (voto-vista) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 15 de dezembro de 2009

VALÉRIA ALVIM DUSI
Secretária