



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" (RE-AgR n. 410.715/SP, Min. Celso de Mello).

[...]

1 Da responsabilidade do Município com a educação

1.1 Esta Câmara de Direito Público, anteriormente, tinha o entendimento de que as razões expendidas pelo Ministério Público somente seriam inteiramente cabíveis se a questão se referisse a ensino fundamental. Com efeito, se a vaga fosse para a colocação das criança em uma das séries do ensino fundamental, não haveria margem para o poder discricionário do Administrador. A Constituição Federal impõe taxativamente a obrigação dos Municípios para com o ensino fundamental e isso pressupõe a criação das vagas necessárias a todas as crianças que se encontrarem na idade escolar. Esta, no entanto, não é a diretiva preconizada na Lei Maior para a educação infantil.

"[...]

"- 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' (RE-AgR 410.715/SP, rel. Min. Celso de Mello, DJ 03.02.06)".

Portanto, tem-se por verificado o prequestionamento, pois todas as matérias que ora serão discutidas foram devidamente analisadas na decisão recorrida, ainda que implicitamente.

Acerca do prequestionamento, leciona RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO¹:

*Escrevendo acerca do recurso especial, o Min. Paulo Roberto Saraiva da Costa Leite, do STJ, entende que o prequestionamento ainda é de atualidade, porque "decorre da própria natureza extraordinária do recurso, pouco importando o silêncio da Constituição." Ressalva o autor que essa exigência deve ser "escoimada, porém, dos exageros do formalismo. **Importa é que a questão federal emerja da decisão recorrida, ainda que implicitamente.**" Exageros seriam, lembra ele, "a indicação expressa do artigo da lei, para aperfeiçoar-se o prequestionamento, e a necessidade de oposição de embargos declaratórios, para tornar explícito o que, de modo implícito, está contido no acórdão recorrido".*

Na mesma esteira é a decisão do Pleno deste egrégio Supremo Tribunal Federal:

O prequestionamento para o RE não reclama que o preceito constitucional invocado pelo recorrente tenha sido explicitamente referido pelo acórdão, mas, sim, que este tenha

¹ *Recurso Extraordinário e Recurso Especial*. 5ª ed. São Paulo: Rev. Tribunais, 1998. p 165.



versado inequivocamente a matéria objeto da norma que nele se contenha².

Ademais, no presente caso, a inconstitucionalidade é flagrante, vez que o acórdão *a quo* violou frontalmente o princípio da separação, independência e harmonia entre os Poderes, contido no artigo 2º, da Constituição da República, bem como as disposições contidas no artigo 208, inciso I e § 1º, do mesmo diploma legal, o qual preconiza que somente o ensino fundamental é direito público subjetivo.

Resta claro, dessa forma, o prequestionamento da matéria, a evidenciar o cabimento do presente Recurso Extraordinário, nos termos do artigo 102, inciso III, alínea "a", da Constituição Federal.

III – DOS FUNDAMENTOS:

III.1. Da violação ao artigo 2º, da Constituição da República:

O Poder Judiciário não pode imiscuir-se em tarefa típica da esfera de atribuições do Poder Executivo, impondo a destinação dos recursos a situações individuais e abandonando planos e metas administrativos traçados pelo Município, individualmente, ou em conjunto com o Estado.

Tal atitude implica violação ao art. 2º da Constituição Federal, que consagra o princípio da independência entre os Poderes. Ademais, a atuação do poder público está atrelada ao princípio da legalidade (art. 37, da CF), não podendo, assim, de forma aleatória, realizar despesas públicas sem que para tanto esteja autorizado.

Aliás, o Judiciário não pode interferir na escolha da destinação de verbas ao atendimento de interesses pessoais de alguns dos beneficiários do sistema educacional infantil, em detrimento dos prioritários investimentos de caráter geral e impessoal indispensáveis ao funcionamento, aparelhamento, aperfeiçoamento e

² (STF-Pleno, RE 141.788-9-CE, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 18.06.93)





ampliação dos serviços de educação à população, cuja manutenção corresponde a dever indeclinável do Estado.

É cediço que o Município deve implementar sua política pública educacional, a fim de disponibilizar às crianças de 0 a 5 anos de idade vagas em estabelecimentos pré-escolares. São evidentes os mandamentos constitucionais e infra-constitucionais neste sentido. **Porém, não está condicionado a fazê-lo de forma integral e imediata.**

Ademais, a disponibilização de vagas em estabelecimento pré-escolar é meta programática que o Poder Público tem o dever de implementar na medida de suas possibilidades.

A política educacional deve atender ao interesse público, sem prejuízo, porém, dos demais campos de atuação que merecem idêntica ou maior atenção, como, por exemplo, a saúde.

O atendimento educacional das crianças e adolescentes será efetivado na medida das possibilidades e de acordo com as políticas públicas formuladas pelo Poder Executivo, no exercício do seu poder discricionário.

Assim sendo, a imposição no sentido de que o Município forneça, de forma imediata, vaga em estabelecimento escolar, acarreta evidente violação ao artigo 2º, da Constituição da República, o qual estabelece que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário são independentes e harmônicos entre si.

Neste sentido, já decidiu o egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

CONSTITUCIONAL - OBRIGAÇÃO DE MATRÍCULA DE CRIANÇA EM ESTABELECIMENTO MUNICIPAL PRÉ-ESCOLAR

1. A disponibilização de vagas em estabelecimento pré-escolar é meta programática que o Poder Público tem o dever de implementar na medida de suas possibilidades.



2. No âmbito do Município, o direito público subjetivo preconizado no §1º do art. 208 da *Lex Mater*, consistente no 'poder da vontade humana que, protegido e reconhecido pela ordem jurídica, tem por objetivo um bem ou um interesse' (George Jellinek, apud José Cretella Júnior. Comentários à Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Forense, 1993. V. 8. p. 4.414), **somente pode ser invocado em relação ao ensino fundamental.**

3. Ao Poder Judiciário falece competência para interferir na política educacional implementada pelo Poder Executivo, quando esta é derivada de norma programática e não imperativa (ACMS n.º 2002.006812-3, Des. Luiz César Medeiros; REsp n.º 503.028, Min. Eliana Calmon).

(...)

VOTO:

(...) No mesmo sentido decidiu a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça ao julgar o Recurso Especial n.º 503.028, já acima referido. Inscreveu a relatora, Ministra Eliana Calmon:

(...) "Além disso, embora não tendo sido objeto do voto condutor do julgado, não se pode esquecer o comando da Lei de Diretrizes e Bases da Educação, porque ali está estatuída a gratuidade do ensino fundamental, tida como um direito público subjetivo, art. 32 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação, Lei 9.394, de 20/12/1996), devendo-se perquirir se, estando a educação infantil prevista na Lei de Diretrizes e Bases como mera referência, pode ser também considerada como obrigatória e gratuita (art. 30 e 31 Lei 9.394/96).

Com efeito, há, para o governo, obrigação de atender, em qualquer caso, ao ensino fundamental. De referência à educação infantil, não existe prioridade, principalmente porque, nos programas de educação pré-escolar, cabe ao Município atuar com cooperação técnica e financeira da União e dos Estados.

A educação básica subdivide-se em:

- a) infantil;
- b) fundamental;
- c) ensino médio; e





d) ensino superior.

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação prioriza o ensino fundamental, mas não retira do Estado o dever de manter a educação infantil. Em outras palavras, a prioridade de um não deixa ao desabrigo o dever de prestar o ensino infantil, para o qual deve estar direcionada a política educacional do Município.

Não vou ao ponto de afirmar, como o fez o Subprocurador-Geral da República, respaldando-se, aliás, em excelentes doutrinadores, a não-eficácia das normas constitucionais programáticas, para assim classificar o comando do qual se valeu o órgão recorrente.

Entretanto, 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, **más 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 esse entendimento, nego provimento ao recurso especial (Apelação Cível n. 2003.029803-7, Relator Des. Newton Trisotto).

III.2. Da contrariedade ao artigo 208, inciso I, § 1º, da Constituição da República:

A Constituição Federal dispõe, no seu art. 211, que "*A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão em regime de colaboração seus sistemas de ensino*". E, no parágrafo 2º deste dispositivo, estabelece que ao Município é atribuída atuação prioritária no ensino fundamental e na educação infantil. **Ocorre que a prioridade não deve ser confundida com obrigatoriedade.**

A Constituição Federal garantiu somente ao ensino fundamental a obrigatoriedade, conforme se depreende do seu art. 208, §1º. E tão-somente a este (ensino fundamental) a previsão de acesso como direito público subjetivo, nada fazendo referência quanto ao ensino infantil.

Portanto, no âmbito do Município, o direito público subjetivo preconizado no §1º do art. 208 da Constituição Federal somente pode ser invocado em relação ao ensino fundamental.

No mesmo sentido, a Lei nº 9.394, de 20/12/1996 (Diretrizes e Bases da Educação), em seu artigo 32, estabelece apenas a gratuidade do ensino fundamental como direito público subjetivo.

Com efeito, há para o Poder Público obrigação de atender, em qualquer caso, ao ensino fundamental. No que se refere à educação infantil, não existe obrigatoriedade, principalmente porque, nos programas de educação pré-escolar, cabe ao Município atuar com cooperação técnica e financeira da União e dos Estados.

Sobre o tema, colaciona-se decisão do egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina:



Não se deve confundir a categoria ensino fundamental, imposto como inafastável obrigação prioritária dos Municípios pela Constituição da República (art. 208, inc. I, c/c o art. 211, §2º), com a garantia de atendimento em creche e pré-escola às crianças de 0 a 6 anos de idade (art. 208, inc. IV). Ambas, nos termos do § 2º do art. 211 da Carta Constitucional devem ser efetivadas prioritariamente pelos Municípios. No entanto, o ensino fundamental é imposição intangenciável - trata-se de direito público subjetivo e o seu não oferecimento pela administração, ou sua oferta irregular, importará responsabilidade da autoridade competente (art. 208, §§ 1º e 2º da CF). Já a disponibilização de vagas em estabelecimento pré-escolar é meta programática que o Poder Público tem o dever de implementar na medida de suas possibilidades (Apelação Cível em Mandado de Segurança, 2002.006812-3, Relator: Desembargador Luiz César Medeiros, data do julgamento: 24/06/2002).

Não há dúvida de que o art. 208 da Constituição Federal preconiza que o dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a cinco anos de idade.

Entretanto, a forma com que o Estado deve garantir o direito à educação infantil está condicionada às políticas sociais e econômicas, o que faz crer que qualquer atuação deve ser realizada na medida das suas possibilidades estruturais e financeiras.

III.3. Da afronta ao artigo 167, inciso I, da Constituição da República:

Ao Poder Judiciário não cabe imiscuir-se nas questões orçamentárias da municipalidade, visto que **não é possível impor aos órgãos públicos obrigação de fazer que importe gastos, sem que haja rubrica própria para atender à determinação.**





As políticas públicas na área da educação devem ser implementadas na medida das disponibilidades dos recursos alocados no orçamento público, que, como é de todos sabido, mostram-se sempre insuficientes, mesmo para os programas destinados ao atendimento das necessidades mais basilares dos cidadãos.

Importante, igualmente, é esclarecer que a execução dos serviços públicos de educação, por importar em despesas de verbas públicas, deve estar rigorosamente adstrita aos ditames da lei orçamentária (art. 165 e seus parágrafos da CF).

No que toca ao orçamento público, ressaltam em importância as **vedações constitucionais para (a) a realização de despesas e assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais, (b) a abertura de crédito suplementar ou especial sem prévia autorização legislativa e sem indicação dos recursos correspondentes, e (c) a transposição, o remanejamento ou a transferência de recursos de uma categoria de programação para outra ou de um órgão para outro, sem prévia autorização legislativa.**

Resulta da composição harmoniosa de todos esses princípios e normas constitucionais a noção inexorável de que as ações de educação somente podem ser levadas a efeito pelo Poder Público nos precisos termos em que a legislação estabeleça o seu regime jurídico, igualitariamente, ou seja, sem qualquer privilégio a interesses particulares, e na medida e consonância com os recursos públicos para essa finalidade alocados.

Ademais, os provimentos judiciais que atendem ao interesse individual das crianças beneficiadas acabam afetando o interesse coletivo, na medida em que afetam e inviabilizam o planejamento municipal na área da educação e colocam em risco o programa didático pedagógico em desenvolvimento.

Ressalta-se que, dentre as verbas orçamentárias destinadas à cobertura de gastos com a educação, não há previsão no orçamento do Município para a inclusão imediata de crianças em estabelecimentos de educação infantil.



Não há dúvida de que o art. 208 da Constituição Federal preconiza que o dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a cinco anos de idade.

Entretanto, a forma com que o Estado deve garantir o direito à educação infantil está condicionada às políticas sociais e econômicas, o que faz crer que qualquer atuação deve ser realizada de forma global e atender aos planos orçamentários traçados nos artigos 165 a 167, da Constituição Federal.

Assim, para a inclusão de crianças e adolescentes em estabelecimentos de educação infantil é necessária a previsão orçamentária, *"sendo vedada a realização de despesas ou assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais"*, nos termos do art. 167, II, CF.

No mesmo sentido, colhe-se decisão deste egrégio Supremo Tribunal Federal:

PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. MEDIDA CAUTELAR. PRESSUPOSTOS. RECURSO EXTRAORDINÁRIO: EFEITO SUSPENSIVO. MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO. MINISTÉRIO PÚBLICO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. GRATUIDADE DE ATENDIMENTO EM CRECHES. DETERMINAÇÃO JUDICIAL DE CONSTRUÇÃO DE CRECHES PELO MUNICÍPIO. DESPESAS PÚBLICAS: NECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO ORÇAMENTÁRIA: C.F., ART. 167. I. - Fumus boni juris e periculum in mora ocorrentes. II. - Concessão de efeito suspensivo ao RE diante da possibilidade de ocorrência de graves prejuízos aos cofres públicos municipais. III. - Decisão concessiva do efeito suspensivo referendada pela Turma.

(QO 2836, julgado em: 11/02/2003, Relator: Ministro Carlos Velloso).

Esse também é o entendimento do egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina:



Ação civil pública - Liminar concedida a fim de que o Estado de Santa Catarina, no prazo assinado no despacho, apresente projeto destinado à implantação de melhorias em escola estadual, sob pena de multa diária - Direitos sociais postergados (educação, segurança, lazer) - Art. 6º, da CF/88 - **Inobservância do princípio da tripartição dos poderes e de sua independência - Obras que implicam despesa - Indispensabilidade de previsão orçamentária - Inviabilidade jurídica do pedido** - Extinção do processo - Artigos 165 da CF/88, 120 da CE/89 e 267, VI, do CPC - Recurso provido. (Apelação n. 8.444, Relator: Desembargador Alcides Aguiar).

Cabe ressaltar, ainda, que os direitos sociais se encontram submetidos à reserva do possível, em virtude da sua relevância econômica, vez que demandam sempre prestações positivas por parte do Estado.

Sobre o tema, leciona Gustavo Amaral:

"A postura da máxima eficácia de cada pretensão, sobre o fato de não adentrar no conteúdo do direito a ser dada a eficácia, implica em negação da cidadania, na medida em que leva à falência do Estado pela impossibilidade de cumprir todas as demandas simultaneamente e rompe com a democracia". (AMARAL, Gustavo. Interpretação dos Direitos Fundamentais e o Conflito entre os Poderes. 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 116-119).

Este Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de se manifestar sobre a "cláusula da reserva do possível", na ADPF nº 45 MC/DF, mencionando que os condicionamentos impostos pela referida cláusula ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre onerosa - *"traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, 1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro 2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas reclamadas"*.



Portanto, na implementação dos direitos sociais há que se levar em conta as políticas públicas, a escassez de recursos, e, inclusive, o princípio da isonomia, a fim de não se privilegiar determinado indivíduo, prejudicando, ainda que indiretamente, outras pessoas que igualmente dependem dos recursos públicos para satisfação dos seus direitos, igualmente relevantes.

III.4. Da violação ao artigo 5º, inciso LXIX, da Constituição da República:

A Constituição Federal garantiu somente ao ensino fundamental a obrigatoriedade, conforme se depreende do seu art. 208, §1º. E tão-somente a este (ensino obrigatório) a previsão de acesso como direito público subjetivo, nada fazendo referência quanto ao ensino infantil.

Não há dúvida de que o art. 208 da Constituição Federal preconiza que o dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a cinco anos de idade.

Ocorre que, conforme já ressaltado anteriormente, a forma com que o Estado deve garantir o direito à educação infantil está condicionada às políticas sociais e econômicas, o que faz crer que qualquer atuação deve ser realizada de forma global e atender aos planos orçamentários traçados nos artigos 165 a 167, da Constituição Federal.

É cediço que o mandado de segurança só pode ser concedido diante de direito líquido e certo, isto é, direito apto a ser comprovado de plano, mediante prova documental.

Assim bem leciona Hely Lopes Meirelles:

O direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de aplicação ao impetrante: se sua existência for duvidosa; **se a sua extensão ainda não estiver delimitada; se seu exercício**



depende de situações ou fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais. Em última análise, direito líquido e certo é direito comprovado de plano. Por se exigir situações e fatos comprovados de plano é que não há instrução probatória no mandado de segurança (MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de Segurança, 15. ed., Malheiros, p.26).

Não se deve confundir a categoria ensino fundamental, imposto como obrigação aos Municípios pela Constituição da República, com a garantia de atendimento em creche e pré-escola às crianças de 0 a 5 anos de idade. Ambas devem ser efetivadas prioritariamente pelos Municípios. No entanto, apenas o ensino fundamental constitui-se em direito público subjetivo. Já, a disponibilização de vagas em estabelecimento pré-escolar é meta programática que o Poder Público tem o dever de implementar na medida de suas possibilidades

Sobre a exigibilidade do direito público subjetivo, esclarece Cretella Jr.:

Ao poder de exigir do administrado corresponde a obrigação jurídica 'de pagar' da Administração, obrigação que nem sempre existe, como é, por exemplo, o caso do poder discricionário, causa determinante da restrição ou desaparecimento do direito público subjetivo. O administrado, neste caso, pode ter interesse, jamais direito. Agindo na esfera da discricionariedade, a Administração desvincula-se de quaisquer obrigações, desaparecendo, desse modo, a possibilidade do direito público subjetivo, pela inexistência da obrigação jurídica do sujeito passivo. Por sua vez, ao poder de exigir da Administração, a qual também pode ser sujeito ativo da relação jurídica, corresponde a obrigação jurídica 'de pagar' do administrado (Comentários à Constituição Federal. Rio de Janeiro: Forense, 1993, v. VIII p. 4415).

O alegado direito à educação infantil encontra arrimo constitucional, porém não se trata de um direito absoluto, restando a definição de seu conteúdo às políticas sociais, econômicas, ações e serviços a serem adotadas pelo Estado.



Portanto, no presente caso, não há que se falar em direito líquido e certo a justificar a concessão do *mandamus*, vez que a inclusão de criança em estabelecimento de educação infantil não é direito público subjetivo, a ser efetivado de forma imediata pelo Poder Público.

IV – DOS REQUERIMENTOS:

Em face do exposto, requer o Município de Criciúma o conhecimento e provimento do Recurso Extraordinário interposto, para reformar o acórdão proferido pelo Tribunal *a quo*, em face da violação aos artigos 2º; 5º, inciso LXIX; 167, inciso I, e 208, inciso I e § 1º, todos da Constituição da República, visto que a inclusão de criança em estabelecimento de educação infantil não é direito público subjetivo, a ser efetivado de forma imediata pelo Poder Público.

Nesses termos,
Pede deferimento.

Criciúma, 04 de fevereiro de 2009.


CAROLINE DE SOUZA FARIAS
Procuradora do Município
OAB/SC – 22.375



PREFEITURA MUNICIPAL DE CRICIÚMA
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

PROCURAÇÃO

OUTORGANTE: CLÉSIO SALVARO, brasileiro, casado, empresário, residente e domiciliado em Criciúma/SC, Prefeito do Município de Criciúma, pessoa jurídica de direito público interno, inscrito no CNPJ sob nº 82.916.818/0001-13, estabelecido na Rua Domenico Sonogo, 542, Paço Municipal, bairro Santa Bárbara, Criciúma, SC.

OUTORGADO: GIOVANNI DAGOSTIN MARCHI brasileiro, advogado regularmente inscrito na OAB/SC sob nº 13844, Procurador-Geral do Município, nomeado pelo Decreto nº 012/2009, **ANA CRISTINA SOARES FLORES YOUSSEF**, brasileira, casada, advogada, regularmente inscrita na OAB/SC sob nº 18896-B, **CAROLINE DE SOUZA FARIAS**, brasileira, solteira, advogada, devidamente inscrita na OAB/SC sob nº 22375; **LILIANE PEDROSO VIEIRA**, brasileira, casada, advogada, regularmente inscrita na OAB/SC sob nº 18625; **RAQUEL DE SOUZA FELÍCIO PRUDÊNCIO**, brasileira, casada, advogada, regularmente inscrita na OAB/SC sob nº 13.272; **PATRÍCIA TATIANA SCHMIDT**, brasileira, casada, advogada, regularmente inscrita na OAB/SC sob nº 15.034, todos com endereço para intimações na Rua Domenico Sonogo, 542, Paço Municipal Marcos Rovaris, bairro Santa Bárbara, Criciúma/ SC, CEP: 88804-050.

PODERES: Por este instrumento particular de mandato, o outorgante acima qualificado, nomeia e constitui seu bastante procurador o outorgado também acima qualificado, para com os poderes da cláusula "ad iudicia et extra", previsto no artigo 38 do Código de Processo Civil, c/c Parágrafo 2º, do artigo 5º do Estatuto da OAB, propor perante a qualquer juízo, instância ou tribunal, ação judicial ou defendê-lo(s) nas ações contra ele(s) proposta(s) e promover qualquer medida assecuratória de seus direitos, preliminar ou mesmo preventiva, podendo o referido procurador, reconhecer, transigir, desistir, renunciar ao direito sobre o que se funda na ação, receber e dar quitação, firmar compromisso, reconvir, levantar depósito, arguir exceções de incompetência, litispendência ou coisa julgada, representando-o(s) até o final da sentença, inclusive promover qualquer tipo de recurso caso necessário, para o bom e fiel desempenho do mandato que lhe é ora outorgado, especialmente para prestar.

Criciúma, 02 de janeiro de 2009.

CLÉSIO SALVARO
Prefeito Municipal de Criciúma



Prefeitura Municipal de Criciúma

DECRETO Nº 903/SA/2005

Nomeia classificações em Concursos Públicos

O PREFEITO MUNICIPAL DE CRICIÚMA, no uso de suas atribuições legais e de conformidade com os art. 9º, 10 e 16, da Lei Complementar nº 012/99, itens 3.1, 13.11, 18.2.1, 18.2.2, 18.2.3 do Edital de Concurso Público nºs 001/2004, item 2.2.1, do Edital de Concurso Público nº 002/2004, itens 1.2 e 8.4 do Edital de Concurso Público nº 001/2001,

RESOLVE:

Art.1º - Nomear, por concurso, para exercerem cargo de provimento efetivo na Prefeitura Municipal de Criciúma, classificados nos Concursos Públicos decorrentes dos Editais de Concurso Público nºs 001 e 002/2004 e 001/2001, conforme Anexo Único deste Decreto.

Art.2º - No prazo de 30 (trinta) dias, a partir da publicação do presente Decreto, ficam convocados os nomeados para tomar posse do respectivo cargo, na Secretaria/Órgão de lotação constante do Anexo Único do art. 1º, deste Decreto.

Art.3º - Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Art.4º - Revogam-se as disposições em contrário.

PAÇO MUNICIPAL MARCOS ROVARIS, 20 de Maio de 2005.

ANDERLEI JOSÉ ANTONELLI
Prefeito Municipal

EVIO FRANCISCO PINHO MOREIRA
Secretário de Administração

CONFERE COM O ORIGINAL

FUNÇÃO

ANEXO ÚNICO DO DECRETO Nº 903/SA/2005



Prefeitura Municipal de Criciúma

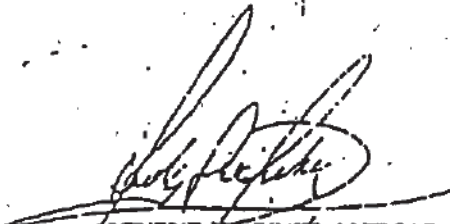
NOME	CARGO	CARGA HORÁRIA	LOTAÇÃO
LILIANE PEDROSO	Advogado	40 h	Procuradoria Geral do Município
ANA PAULA MACIEL DE SOUZA	Dentista	20 h	Secretaria Municipal de Saúde
KAREN MELINA TRICHES	Dentista	20 h	Secretaria Municipal de Saúde
ROSEMERI C NORCIMA	Enfermeiro	40 h	Secretaria Municipal de Saúde
SUSANA NOVELLI TASSI	Enfermeiro	40 h	Secretaria Municipal de Saúde
LIZANDRA DADAM	Farmacêutico Bioquímico	20 h	Secretaria Municipal de Saúde
JULIANO CAPRIOLI FRANCESCHI	Fisioterapeuta	20 h	Secretaria Municipal de Saúde
SOLANGE CASTAGNEL	Fonoaudiólogo	40 h	Secretaria Municipal de Educação
GIORDANA MACHADO DA LUZ	Psicólogo	40 h	Secretaria Municipal de Saúde
MARTA DE BARROS PINTO	Nutricionista	40 h	Secretaria Municipal de Saúde
JULIANA LORENZONI ALTHOFF	Médico	20 h	Secretaria Municipal de Saúde
RAFAEL GARBELOTTO MENDES	Médico	20 h	Secretaria Municipal de Saúde
MARCOS LONGO PIZZOLATTI	Médico	20 h	Secretaria Municipal de Saúde
CARLOS HENRIQUE MAYR JR	Médico	20 h	Secretaria Municipal de Saúde
FLAVIO ANTONIO GIUGNO	Médico	20 h	Secretaria Municipal de Saúde
RICARDO C MARZAROTTO	Médico	20 h	Secretaria Municipal de Saúde
MAYRA SONEG	Médico	20 h	Secretaria Municipal de Saúde
LEONARDO MAGALHAES YOUSSEF	Médico	20 h	Secretaria Municipal de Saúde
LEILA MARA LUCIO	Médico	20 h	Secretaria Municipal de Saúde
RICORGO JACQUES ZARPELLON	Médico	20 h	Secretaria Municipal de Saúde
JANICE SILVA DOS SANTOS	Atendente Odontológico	40 h	Secretaria Municipal de Saúde
CLAUDIA MAXIMO DA SILVEIRA	Atendente Odontológico	40 h	Secretaria Municipal de Saúde
MARIA BEATRIZ TESTON ZANETTE	Fiscal Geral de Nível Médio	40 h	Secretaria Municipal da Fazenda



Prefeitura Municipal de Criciúma

ADILSON ROSALINO	Agente de Serviços	40 h	Secretaria Municipal de Administração
JOÃO OSCAR HILÁRIO	Agente de Serviços	40 h	Secretaria Municipal de Administração
VICENSIA DE FÁTIMA DA SILVA	Agente de Serviços	40 h	Secretaria Municipal de Administração
SOLANGE ANTUNES DA SILVA	Agente de Serviços	40 h	Secretaria Municipal de Administração
TERESINHA JAQUES DA SILVEIRA	Agente de Serviços	40 h	Secretaria Municipal de Administração
PEDRO PAULO PORTO DA SILVA	Agente de Serviços	40 h	Secretaria Municipal de Administração

PAÇO MUNICIPAL MARCOS ROVARIS, 20 de Maio de 2005.


ANDERSON JOSÉ ANTONELLI
Prefeito Municipal

AGO/erm.

SECRETARIA MUNICIPAL DE ADMINISTRAÇÃO
EX-10000000

DECRETO Nº 1507/SA/2005

Nomeia classificados em Concursos Públicos.

O PREFEITO MUNICIPAL DE CRICIÚMA, no uso de suas atribuições legais e de conformidade com os art. 9º, 19 e 16, da Lei Complementar nº 012/99, itens 3.1, 18.11, 18.2.1, 18.2.2, 18.2.3 do Edital de Concurso Público nºs 001/2004, item 2.2.1, do Edital de Concurso Público nº 002/2004, itens 1.2 e 8.4 do Edital de Concurso Público nº 001/2001,

RESOLVE:

Art.1º- Nomear, por concurso, para exercerem cargo de provimento eletivo na Prefeitura Municipal de Criciúma, classificados nos Concursos Públicos decorrentes dos Editais de Concurso Público nºs 001 e 002/2004 e 001/2001, conforme Anexo Único deste Decreto.

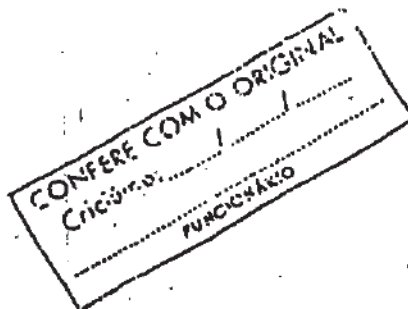
Art.2º- No prazo de 30 (trinta) dias, a partir da publicação do presente Decreto, ficam convocados os nomeados para tomar posse do respectivo cargo, na Secretaria/Órgão de lotação constante do Anexo Único do art. 1º, deste Decreto.

Art.3º: Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Art.4º - Revogam-se as disposições em contrário.

PAÇO MUNICIPAL MARCOS ROVARIS, 31 de Agosto de 2005.

ANDERLEI JOSÉ ANTONELLI
Prefeito Municipal



SILVIO FRANCISCO PINHO MOREIRA
Secretário de Administração

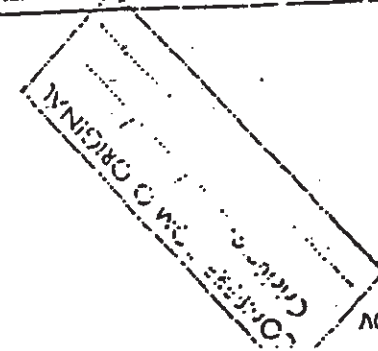
ANEXO ÚNICO DO DECRETO Nº 1507/SA/2005

NOME	CARGO	CARGA HORÁRIA	LOTAÇÃO
RACUEL DE SOUZA FELICIO PRUDENCIO	Advogado	40 h	Procuradoria Geral do Município
CAVIS ROGERIO LUCIO	Dentista	20 h	Secretaria Municipal de Saúde
ALINE BITTENCOURT DA ROSA SILVA	Enfermeiro	40 h	Secretaria Municipal de Saúde
SHAYRLENE QUAREZEMIN	Enfermeiro	40 h	Secretaria Municipal de Saúde
CAMILLA MEDEIROS KINDERMANN	Enfermeiro	40 h	Secretaria Municipal de Saúde
ROZILDA LOPES DE SOUZA	Enfermeiro	40 h	Secretaria Municipal de Saúde
DANIELA MARCOS FERREIRA	Assistente Social	40 h	Secretaria Municipal de Saúde
LEATRICE CAZAL MOREIRA	Atendente Odontológico	40 h	Secretaria Municipal de Saúde
ELIETE CARMEN DE CAMPOS MANOEL	Atendente Odontológico	40 h	Secretaria Municipal de Saúde
FERNANDA DE SOUZA SPECK	Técnico em Enfermagem	40 h	Secretaria Municipal de Saúde
GRETHA FERREIRA DA SILVA	Técnico em Enfermagem	40 h	Secretaria Municipal de Saúde
FERNANDA CARDOSO VALENTIM	Psicólogo	40 h	Secretaria Municipal de Educação
MUNIQUE DO NASCIMENTO	Psicólogo	40 h	Secretaria Municipal de Educação
ANA PAULA AGUIAR MILANEZ	Nutricionista	40 h	Secretaria Municipal de Educação
RAFAEL DORGES ARAUJO	Técnico Administrativo e Ocupacional	40 h	Procuradoria Geral do Município
DICSON DE FAVERI GRASSI	Técnico Administrativo e Ocupacional	40 h	Procuradoria Geral do Município
JAILTON FERNANDES CAETANO	Técnico Administrativo e Ocupacional	40 h	Procuradoria Geral do Município
REGINALDO DE SOUZA COSTA	Técnico Administrativo e Ocupacional	40 h	Secretaria Municipal de Administração
JAQUELINE AFARECIDA DE SOUZA	Agente de Serviços - Nível II	40 h	Secretaria Municipal de Obras e Serviços Urbanos
EVOIR GONÇALVES PADILHA	Agente de Serviços - Nível II	40 h	Secretaria Municipal de Obras e Serviços Urbanos
MANOEL DOS SANTOS	Agente de Serviços - Nível II	40 h	Secretaria Municipal de Obras e Serviços Urbanos
PEDRO CUSTÓDIO	Agente de Serviços - Nível II	40 h	Secretaria Municipal de Obras e Serviços Urbanos

VALQUIRIA DE SOUZA NUNES	Agente de Serviços - Nível II	40 h	Secretaria Municipal de Obras e Serviços Urbanos
VALDIR PACIENCO	Agente de Serviços - Nível II	40 h	Secretaria Municipal de Obras e Serviços Urbanos
JOÃO MARIA DOS SANTOS	Agente de Serviços - Nível II	40 h	Secretaria Municipal de Obras e Serviços Urbanos
LOURIVAL JANUÁRIO	Agente de Serviços - Nível II	40 h	Secretaria Municipal de Obras e Serviços Urbanos
HONORINA DE SOUZA ARCELO	Agente de Serviços - Nível II	40 h	Secretaria Municipal de Obras e Serviços Urbanos
REMI MARIA DOS SANTOS	Agente de Serviços - Nível II	40 h	Secretaria Municipal de Obras e Serviços Urbanos
TÂNIA ELISABETE VIEIRA JORGE	Agente de Serviços - Nível II	40 h	Secretaria Municipal de Obras e Serviços Urbanos
ALBERTO MELO DA SILVA	Agente de Serviços - Nível II	40 h	Secretaria Municipal de Obras e Serviços Urbanos
JOSE DE JESUS	Agente de Serviços - Nível II	40 h	Secretaria Municipal de Obras e Serviços Urbanos
JOÃO CARLOS DA SILVA	Agente de Serviços - Nível II	40 h	Secretaria Municipal de Obras e Serviços Urbanos
LUCIANO COSTA WOJCIEKOSKI	Agente de Serviços - Nível II	40 h	Secretaria Municipal de Obras e Serviços Urbanos
VALMIR ARI DA SILVA	Agente de Serviços - Nível II	40 h	Secretaria Municipal de Obras e Serviços Urbanos
OSNI CARLOS DA SILVA	Agente de Serviços - Nível II	40 h	Secretaria Municipal de Obras e Serviços Urbanos
NISVALDO SOTERO	Agente de Serviços - Nível II	40 h	Secretaria Municipal de Obras e Serviços Urbanos
TEREZA DE JESUS MARCOS GOULART	Agente de Serviços - Nível II	40 h	Secretaria Municipal de Obras e Serviços Urbanos
NELI ALVES	Agente de Serviços - Nível II	40 h	Secretaria Municipal de Obras e Serviços Urbanos
FÁTIMA MARCOS DOS SANTOS	Agente de Serviços - Nível II	40 h	Secretaria Municipal de Obras e Serviços Urbanos
VALMIR FERNANDES	Agente de Serviços - Nível II	40 h	Secretaria Municipal de Obras e Serviços Urbanos
ALMIR SOARES AMORIM	Agente de Serviços - Nível II	40 h	Secretaria Municipal de Obras e Serviços Urbanos
MÁRCIO ALBINO	Agente de Serviços - Nível II	40 h	Secretaria Municipal de Obras e Serviços Urbanos

PAÇO MUNICIPAL MARCOS ROYARIS, 31 de Agosto de 2005.

ANDERLEI JOSÉ ANTONELLI
Prefeito Municipal



ACM/ADM

COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES
DIRECTORATE-GENERAL FOR ECONOMIC AND FINANCIAL AFFAIRS
UNIT FOR THE COORDINATION OF ECONOMIC POLICY

192. 1920. The same as 1919, but with a few more specimens. The same as 1919, but with a few more specimens. The same as 1919, but with a few more specimens.

LUIZ JAIR BALDEBRAN
PRESIDENTE DA COMISSÃO DE LICITAÇÃO

SECRET

Inclus classificados no Decreto nº 10897/1964
O PREFEITO MUNICIPAL DE CHOCOMA, por meio de seus subordinados, lavrou os
certificados com os nºs 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 135, 136, 137, 138, 139, 140, 141, 142, 143, 144, 145, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 152, 153, 154, 155, 156, 157, 158, 159, 160, 161, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 168, 169, 170, 171, 172, 173, 174, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 181, 182, 183, 184, 185, 186, 187, 188, 189, 190, 191, 192, 193, 194, 195, 196, 197, 198, 199, 200, 201, 202, 203, 204, 205, 206, 207, 208, 209, 210, 211, 212, 213, 214, 215, 216, 217, 218, 219, 220, 221, 222, 223, 224, 225, 226, 227, 228, 229, 230, 231, 232, 233, 234, 235, 236, 237, 238, 239, 240, 241, 242, 243, 244, 245, 246, 247, 248, 249, 250, 251, 252, 253, 254, 255, 256, 257, 258, 259, 260, 261, 262, 263, 264, 265, 266, 267, 268, 269, 270, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 277, 278, 279, 280, 281, 282, 283, 284, 285, 286, 287, 288, 289, 290, 291, 292, 293, 294, 295, 296, 297, 298, 299, 300, 301, 302, 303, 304, 305, 306, 307, 308, 309, 310, 311, 312, 313, 314, 315, 316, 317, 318, 319, 320, 321, 322, 323, 324, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332, 333, 334, 335, 336, 337, 338, 339, 340, 341, 342, 343, 344, 345, 346, 347, 348, 349, 350, 351, 352, 353, 354, 355, 356, 357, 358, 359, 360, 361, 362, 363, 364, 365, 366, 367, 368, 369, 370, 371, 372, 373, 374, 375, 376, 377, 378, 379, 380, 381, 382, 383, 384, 385, 386, 387, 388, 389, 390, 391, 392, 393, 394, 395, 396, 397, 398, 399, 400, 401, 402, 403, 404, 405, 406, 407, 408, 409, 410, 411, 412, 413, 414, 415, 416, 417, 418, 419, 420, 421, 422, 423, 424, 425, 426, 427, 428, 429, 430, 431, 432, 433, 434, 435, 436, 437, 438, 439, 440, 441, 442, 443, 444, 445, 446, 447, 448, 449, 450, 451, 452, 453, 454, 455, 456, 457, 458, 459, 460, 461, 462, 463, 464, 465, 466, 467, 468, 469, 470, 471, 472, 473, 474, 475, 476, 477, 478, 479, 480, 481, 482, 483, 484, 485, 486, 487, 488, 489, 490, 491, 492, 493, 494, 495, 496, 497, 498, 499, 500, 501, 502, 503, 504, 505, 506, 507, 508, 509, 510, 511, 512, 513, 514, 515, 516, 517, 518, 519, 520, 521, 522, 523, 524, 525, 526, 527, 528, 529, 530, 531, 532, 533, 534, 535, 536, 537, 538, 539, 540, 541, 542, 543, 544, 545, 546, 547, 548, 549, 550, 551, 552, 553, 554, 555, 556, 557, 558, 559, 560, 561, 562, 563, 564, 565, 566, 567, 568, 569, 570, 571, 572, 573, 574, 575, 576, 577, 578, 579, 580, 581, 582, 583, 584, 585, 586, 587, 588, 589, 590, 591, 592, 593, 594, 595, 596, 597, 598, 599, 600, 601, 602, 603, 604, 605, 606, 607, 608, 609, 610, 611, 612, 613, 614, 615, 616, 617, 618, 619, 620, 621, 622, 623, 624, 625, 626, 627, 628, 629, 630, 631, 632, 633, 634, 635, 636, 637, 638, 639, 640, 641, 642, 643, 644, 645, 646, 647, 648, 649, 650, 651, 652, 653, 654, 655, 656, 657, 658, 659, 660, 661, 662, 663, 664, 665, 666, 667, 668, 669, 670, 671, 672, 673, 674, 675, 676, 677, 678, 679, 680, 681, 682, 683, 684, 685, 686, 687, 688, 689, 690, 691, 692, 693, 694, 695, 696, 697, 698, 699, 700, 701, 702, 703, 704, 705, 706, 707, 708, 709, 710, 711, 712, 713, 714, 715, 716, 717, 718, 719, 720, 721, 722, 723, 724, 725, 726, 727, 728, 729, 730, 731, 732, 733, 734, 735, 736, 737, 738, 739, 740, 741, 742, 743, 744, 745, 746, 747, 748, 749, 750, 751, 752, 753, 754, 755, 756, 757, 758, 759, 760, 761, 762, 763, 764, 765, 766, 767, 768, 769, 770, 771, 772, 773, 774, 775, 776, 777, 778, 779, 780, 781, 782, 783, 784, 785, 786, 787, 788, 789, 790, 791, 792, 793, 794, 795, 796, 797, 798, 799, 800, 801, 802, 803, 804, 805, 806, 807, 808, 809, 810, 811, 812, 813, 814, 815, 816, 817, 818, 819, 820, 821, 822, 823, 824, 825, 826, 827, 828, 829, 830, 831, 832, 833, 834, 835, 836, 8

LUIZ JAIR BALDESSAR
PRESIDENTE DA COMISSÃO DE LICITAÇÕES

... PREFEITO MUNICIPAL DE CHOCOMA no 24 no mês outubro de 1960

Nº 012/96 de 21.12.11, 1992, 1994, 1995 e 1996 e 1997 e 1998 e 1999 e 2000 e 2001 e 2002 e 2003 e 2004 e 2005 e 2006 e 2007 e 2008 e 2009 e 2010 e 2011 e 2012 e 2013 e 2014 e 2015 e 2016 e 2017 e 2018 e 2019 e 2020 e 2021 e 2022 e 2023 e 2024 e 2025 e 2026 e 2027 e 2028 e 2029 e 2030 e 2031 e 2032 e 2033 e 2034 e 2035 e 2036 e 2037 e 2038 e 2039 e 2040 e 2041 e 2042 e 2043 e 2044 e 2045 e 2046 e 2047 e 2048 e 2049 e 2050 e 2051 e 2052 e 2053 e 2054 e 2055 e 2056 e 2057 e 2058 e 2059 e 2060 e 2061 e 2062 e 2063 e 2064 e 2065 e 2066 e 2067 e 2068 e 2069 e 2070 e 2071 e 2072 e 2073 e 2074 e 2075 e 2076 e 2077 e 2078 e 2079 e 2080 e 2081 e 2082 e 2083 e 2084 e 2085 e 2086 e 2087 e 2088 e 2089 e 2090 e 2091 e 2092 e 2093 e 2094 e 2095 e 2096 e 2097 e 2098 e 2099 e 2100 e 2101 e 2102 e 2103 e 2104 e 2105 e 2106 e 2107 e 2108 e 2109 e 2110 e 2111 e 2112 e 2113 e 2114 e 2115 e 2116 e 2117 e 2118 e 2119 e 2120 e 2121 e 2122 e 2123 e 2124 e 2125 e 2126 e 2127 e 2128 e 2129 e 2130 e 2131 e 2132 e 2133 e 2134 e 2135 e 2136 e 2137 e 2138 e 2139 e 2140 e 2141 e 2142 e 2143 e 2144 e 2145 e 2146 e 2147 e 2148 e 2149 e 2150 e 2151 e 2152 e 2153 e 2154 e 2155 e 2156 e 2157 e 2158 e 2159 e 2160 e 2161 e 2162 e 2163 e 2164 e 2165 e 2166 e 2167 e 2168 e 2169 e 2170 e 2171 e 2172 e 2173 e 2174 e 2175 e 2176 e 2177 e 2178 e 2179 e 2180 e 2181 e 2182 e 2183 e 2184 e 2185 e 2186 e 2187 e 2188 e 2189 e 2190 e 2191 e 2192 e 2193 e 2194 e 2195 e 2196 e 2197 e 2198 e 2199 e 2200 e 2201 e 2202 e 2203 e 2204 e 2205 e 2206 e 2207 e 2208 e 2209 e 2210 e 2211 e 2212 e 2213 e 2214 e 2215 e 2216 e 2217 e 2218 e 2219 e 2220 e 2221 e 2222 e 2223 e 2224 e 2225 e 2226 e 2227 e 2228 e 2229 e 2230 e 2231 e 2232 e 2233 e 2234 e 2235 e 2236 e 2237 e 2238 e 2239 e 2240 e 2241 e 2242 e 2243 e 2244 e 2245 e 2246 e 2247 e 2248 e 2249 e 2250 e 2251 e 2252 e 2253 e 2254 e 2255 e 2256 e 2257 e 2258 e 2259 e 2260 e 2261 e 2262 e 2263 e 2264 e 2265 e 2266 e 2267 e 2268 e 2269 e 2270 e 2271 e 2272 e 2273 e 2274 e 2275 e 2276 e 2277 e 2278 e 2279 e 2280 e 2281 e 2282 e 2283 e 2284 e 2285 e 2286 e 2287 e 2288 e 2289 e 2290 e 2291 e 2292 e 2293 e 2294 e 2295 e 2296 e 2297 e 2298 e 2299 e 2300 e 2301 e 2302 e 2303 e 2304 e 2305 e 2306 e 2307 e 2308 e 2309 e 2310 e 2311 e 2312 e 2313 e 2314 e 2315 e 2316 e 2317 e 2318 e 2319 e 2320 e 2321 e 2322 e 2323 e 2324 e 2325 e 2326 e 2327 e 2328 e 2329 e 2330 e 2331 e 2332 e 2333 e 2334 e 2335 e 2336 e 2337 e 2338 e 2339 e 2340 e 2341 e 2342 e 2343 e 2344 e 2345 e 2346 e 2347 e 2348 e 2349 e 2350 e 2351 e 2352 e 2353 e 2354 e 2355 e 2356 e 2357 e 2358 e 2359 e 2360 e 2361 e 2362 e 2363 e 2364 e 2365 e 2366 e 2367 e 2368 e 2369 e 2370 e 2371 e 2372 e 2373 e 2374 e 2375 e 2376 e 2377 e 2378 e 2379 e 2380 e 2381 e 2382 e 2383 e 2384 e 2385 e 2386 e 2387 e 2388 e 2389 e 2390 e 2391 e 2392 e 2393 e 2394 e 2395 e 2396 e 2397 e 2398 e 2399 e 2400 e 2401 e 2402 e 2403 e 2404 e 2405 e 2406 e 2407 e 2408 e 2409 e 2410 e 2411 e 2412 e 2413 e 2414 e 2415 e 2416 e 2417 e 2418 e 2419 e 2420 e 2421 e 2422 e 2423 e 2424 e 2425 e 2426 e 2427 e 2428 e 2429 e 2430 e 2431 e 2432 e 2433 e 2434 e 2435 e 2436 e 2437 e 2438 e 2439 e 2440 e 2441 e 2442 e 2443 e 2444 e 2445 e 2446 e 2447 e 2448 e 2449 e 2450 e 2451 e 2452 e 2453 e 2454 e 2455 e 2456 e 2457 e 2458 e 2459 e 2460 e 2461 e 2462 e 2463 e 2464 e 2465 e 2466 e 2467 e 2468 e 2469 e 2470 e 2471 e 2472 e 2473 e 2474 e 2475 e 2476 e 2477 e 2478 e 2479 e 2480 e 2481 e 2482 e 2483 e 2484 e 2485 e 2486 e 2487 e 2488 e 2489 e 2490 e 2491 e 2492 e 2493 e 2494 e 2495 e 2496 e 2497 e 2498 e 2499 e 2500 e 2501 e 2502 e 2503 e 2504 e 2505 e 2506 e 2507 e 2508 e 2509 e 2510 e 2511 e 2512 e 2513 e 2514 e 2515 e 2516 e 2517 e 2518 e 2519 e 2520 e 2521 e 2522 e 2523 e 2524 e 2525 e 2526 e 2527 e 2528 e 2529 e 2530 e 2531 e 2532 e 2533 e 2534 e 2535 e 2536 e 2537 e 2538 e 2539 e 2540 e 2541 e 2542 e 2543 e 2544 e 2545 e 2546 e 2547 e 2548 e 2549 e 2550 e 2551 e 2552 e 2553 e 2554 e 2555 e 2556 e 2557 e 2558 e 2559 e 2560 e 2561 e 2562 e 2563 e 2564 e 2565 e 2566 e 2567 e 2568 e 2569 e 2570 e 2571 e 2572 e 2573 e 2574 e 2575 e 2576 e 2577 e 2578 e 2579 e 2580 e 2581 e 2582 e 2583 e 2584 e 2585 e 2586 e 2587 e 2588 e 2589 e 2590 e 2591 e 2592 e 2593 e 2594 e 2595 e 2596 e 2597 e 2598 e 2599 e 2600 e 2601 e 2602 e 2603 e 2604 e 2605 e 2606 e 2607 e 2608 e 2609 e 2610 e 2611 e 2612 e 2613 e 2614 e 2615 e 2616 e 2617 e 2618 e 2619 e 2620 e 2621 e 2622 e 2623 e 2624 e 2625 e 2626 e 2627 e 2628 e 2629 e 2630 e 2631 e 2632 e 2633 e 2634 e 2635 e 2636 e 2637 e 2638 e 2639 e 2640 e 2641 e 2642 e 2643 e 2644 e 2645 e 2646 e 2647 e 2648 e 2649 e 2650 e 2651 e 2652 e 2653 e 2654 e 2655 e 2656 e 2657 e 2658 e 2659 e 2660 e 2661 e 2662 e 2663 e 2664 e 2665 e 2666 e 2667 e 2668 e 2669 e 2670 e 2671

*Esses momentos
de esperança
na sua alma* JORNALLIA MANHÃ

[illegible]

1940-1941
 1942-1943
 1944-1945
 1946-1947
 1948-1949
 1950-1951
 1952-1953
 1954-1955
 1956-1957
 1958-1959
 1960-1961
 1962-1963
 1964-1965
 1966-1967
 1968-1969
 1970-1971
 1972-1973
 1974-1975
 1976-1977
 1978-1979
 1980-1981
 1982-1983
 1984-1985
 1986-1987
 1988-1989
 1990-1991
 1992-1993
 1994-1995
 1996-1997
 1998-1999
 2000-2001
 2002-2003
 2004-2005
 2006-2007
 2008-2009
 2010-2011
 2012-2013
 2014-2015
 2016-2017
 2018-2019
 2020-2021
 2022-2023
 2024-2025
 2026-2027
 2028-2029
 2030-2031
 2032-2033
 2034-2035
 2036-2037
 2038-2039
 2040-2041
 2042-2043
 2044-2045
 2046-2047
 2048-2049
 2050-2051
 2052-2053
 2054-2055
 2056-2057
 2058-2059
 2060-2061
 2062-2063
 2064-2065
 2066-2067
 2068-2069
 2070-2071
 2072-2073
 2074-2075
 2076-2077
 2078-2079
 2080-2081
 2082-2083
 2084-2085
 2086-2087
 2088-2089
 2090-2091
 2092-2093
 2094-2095
 2096-2097
 2098-2099
 2100-2101
 2102-2103
 2104-2105
 2106-2107
 2108-2109
 2110-2111
 2112-2113
 2114-2115
 2116-2117
 2118-2119
 2120-2121
 2122-2123
 2124-2125
 2126-2127
 2128-2129
 2130-2131
 2132-2133
 2134-2135
 2136-2137
 2138-2139
 2140-2141
 2142-2143
 2144-2145
 2146-2147
 2148-2149
 2150-2151
 2152-2153
 2154-2155
 2156-2157
 2158-2159
 2160-2161
 2162-2163
 2164-2165
 2166-2167
 2168-2169
 2170-2171
 2172-2173
 2174-2175
 2176-2177
 2178-2179
 2180-2181
 2182-2183
 2184-2185
 2186-2187
 2188-2189
 2190-2191
 2192-2193
 2194-2195
 2196-2197
 2198-2199
 2200-2201
 2202-2203
 2204-2205
 2206-2207
 2208-2209
 2210-2211
 2212-2213
 2214-2215
 2216-2217
 2218-2219
 2220-2221
 2222-2223
 2224-2225
 2226-2227
 2228-2229
 2230-2231
 2232-2233
 2234-2235
 2236-2237
 2238-2239
 2240-2241
 2242-2243
 2244-2245
 2246-2247
 2248-2249
 2250-2251
 2252-2253
 2254-2255
 2256-2257
 2258-2259
 2260-2261
 2262-2263
 2264-2265
 2266-2267
 2268-2269
 2270-2271
 2272-2273
 2274-2275
 2276-2277
 2278-2279
 2280-2281
 2282-2283
 2284-2285
 2286-2287
 2288-2289
 2290-2291
 2292-2293
 2294-2295
 2296-2297
 2298-2299
 2300-2301
 2302-2303
 2304-2305
 2306-2307
 2308-2309
 2310-2311
 2312-2313
 2314-2315
 2316-2317
 2318-2319
 2320-2321
 2322-2323
 2324-2325
 2326-2327
 2328-2329
 2330-2331
 2332-2333
 2334-2335
 2336-2337
 2338-2339
 2340-2341
 2342-2343
 2344-2345
 2346-2347
 2348-2349
 2350-2351
 2352-2353
 2354-2355
 2356-2357
 2358-2359
 2360-2361
 2362-2363
 2364-2365
 2366-2367
 2368-2369
 2370-2371
 2372-2373
 2374-2375
 2376-2377
 2378-2379
 2380-2381
 2382-2383
 2384-2385
 2386-2387
 2388-2389
 2390-2391
 2392-2393
 2394-2395
 2396-2397
 2398-2399
 2400-2401
 2402-2403
 2404-2405
 2406-2407
 2408-2409
 2410-2411
 2412-2413
 2414-2415
 2416-2417
 2418-2419
 2420-2421
 2422-2423
 2424-2425
 2426-2427
 2428-2429
 2430-2431
 2432-2433
 2434-2435
 2436-2437
 2438-2439
 2440-2441
 2442-2443
 2444-2445
 2446-2447
 2448-2449
 2450-2451
 2452-2453
 2454-2455
 2456-2457
 2458-2459
 2460-2461
 2462-2463
 2464-2465
 2466-2467
 2468-2469
 2470-2471
 2472-2473
 2474-2475
 2476-2477
 2478-2479
 2480-2481
 2482-2483
 2484-2485
 2486-2487
 2488-2489
 2490-2491
 2492-2493
 2494-2495
 2496-2497
 2498-2499
 2500-2501
 2502-2503
 2504-2505
 2506-2507
 2508-2509
 2510-2511
 2512-2513
 2514-2515
 2516-2517
 2518-2519
 2520-2521
 2522-2523
 252



Prefeitura Municipal de Criciúma

DECRETO Nº 641/SA/2007

Nomeia Advogada aprovada e classificada em Concurso Público do Município de Criciúma.

O PREFEITO MUNICIPAL DE CRICIÚMA, no uso de suas atribuições legais e de conformidade com os art. 9º, art. 10, § 2º e 7º, do art. 16, da Lei Complementar nº 012/99, itens 3.1, 18.11, 18.2.1, 18.2.2, 18.2.3 do Edital de Concurso Público nº 001/2004 e item 2.2.1, do Edital de Concurso Público nº 002/2004 e em obediência à sentença proferida pelo Juízo da Fazenda Pública no Mandado de Segurança objeto do Processo nº 020.06.015129-3, desta Comarca de Criciúma, que determinou a nomeação da Impetrante para o cargo de Advogado do Município,

RESOLVE:

Art.1º- Nomear, por concurso, **PATRÍCIA TATIANA SCHMIDT**, para exercer o cargo de provimento efetivo de Advogado, com carga horária de 40 (quarenta) horas semanais, classificada no Concurso Público decorrente dos Editais de Concurso Público nºs 001 e 002/2004.

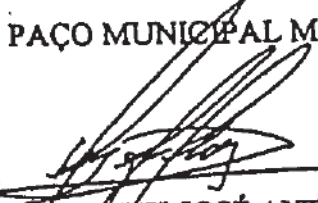
Art.2º- A lotação da nomeada no art. 1º, dar-se-á na Procuradoria Geral do Município.

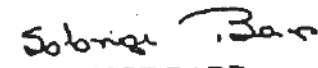
Art.3º- No prazo de 30 (trinta) dias, a partir da publicação do presente Decreto, fica convocada a nomeada pelo presente Decreto para tomar posse do respectivo cargo, na Procuradoria Geral do Município.

Art.4º- Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Art.5º - Revogam-se as disposições em contrário.

PAÇO MUNICIPAL MARCOS ROVARIS, 05 de Julho de 2007.


ANDERLEI JOSÉ ANTONELLI
Prefeito Municipal


SOLANGE BARP
Secretária de Administração



Prefeitura Municipal de Criciúma

DECRETO Nº 715/SA/2008

Nomeia classificada no Concurso Público referente ao Edital nº 001/2008 – Área de Administração.

O PREFEITO MUNICIPAL DE CRICIÚMA, no uso de suas atribuições legais e de conformidade com os art. 9º, art. 10 e art. 16, da Lei Complementar nº 012/99 e do Edital de Concurso Público nº 001/2008 e homologado através do Decreto nº 458/SA/2008, datado de 30.06.2008,

RESOLVE:

Art.1º- Nomear, por concurso, **CAROLINE DE SOUZA FARIAS**, para exercer cargo de provimento efetivo de Advogado, com carga horária de 40 horas semanais, classificada no Concurso Público realizado de acordo com o Edital nº 001/2008.

Art.2º- A lotação da nomeada mencionada no artigo anterior dar-se-á na Procuradoria Geral do Município.

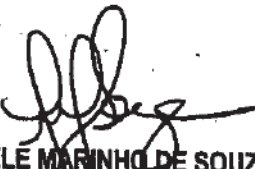
Art.3º- No prazo de 30 (trinta) dias, a partir da publicação do presente Decreto, fica a nomeada convocada para tomar posse do respectivo cargo, na Procuradoria Geral do Município.

Art.4º- Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Art.5º- Revogam-se as disposições em contrário.

PAÇO MUNICIPAL MARCOS ROVARIS, 04 de Novembro de 2008.


ANDERLEI JOSÉ ANTONELLI
Prefeito Municipal


GISELE MARINHO DE SOUZA
Secretária de Administração

161
5**2008.054757-1/0001.00 Recurso Especial em Apelação Cível em Mandado de Segurança****DADOS DO PROCESSO**

Classe Unificada: Petição
Assunto Principal: 9985-DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO|10028-Serviços|10051-Ensino Fundamental e Médio
Entrada: 06/04/2009 Volumes: 1 Anexos: 0
Preparo de custas: Não se aplica
Situação do réu: Não se aplica
Prioridade ao idoso: Não

OBJETO DA AÇÃO**DADOS DE ORIGEM**

Origem: 020080129498 Criciúma/Vara da Infância e da Juventude e Anexos
Classe: Mandado de Segurança
Juiz prolator: Giancarlo Bremer Nones
Recurso obrigatório: Não
Sentença: 25/06/2008

PARTES E REPRESENTANTES

Recorrente: Município de Criciúma
Advogada: Caroline de Souza Farias
Advogada: Janaína Quarezemin

Recorrido: Ministério Público do Estado de Santa Catarina
Advogado: Tycho Brahe Fernandes (Procurador de Justiça)
Advogado: Luciano Trierweiller Naschenweng (Promotor)

Interessado: C. S. L.

DISTRIBUIÇÕES

Data e hora: 06/04/2009 - 19:02
Tipo de distribuição: Encaminhamento ao Relator
Órgão julgador: Segundo Vice-Presidente
Relator: DESEMBARGADOR SOLON D'EÇA NEVES

MOVIMENTAÇÕES**ORDEM CRESCENTE**

Data e hora	Dep.	Movimentação
06/04/2009 - 19:02	0001.00	Registrada Interposição de Recurso Especial

2008.054757-1/0002.00 Recurso Extraordinário em Apelação Cível em Mandado de Segurança

DADOS DO PROCESSO

Classe Unificada: Petição
Assunto Principal: 9985-DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO|10028-Serviços|10051-Ensino Fundamental e Médio
Entrada: 06/04/2009 Volumes: 1 Anexos: 0
Preparo de custas: Não se aplica
Situação do réu: Não se aplica
Prioridade ao idoso: Não

OBJETO DA AÇÃO**DADOS DE ORIGEM**

Origem: 020080129498 Criciúma/Vara da Infância e da Juventude e Anexos
Classe: Mandado de Segurança
Juiz prolator: Giancarlo Bremer Nones
Recurso obrigatório: Não
Sentença: 25/06/2008

PARTES E REPRESENTANTES

Recorrente: Município de Criciúma
Advogada: Caroline de Souza Farias
Advogada: Janaína Quarezemin

Recorrido: Ministério Público do Estado de Santa Catarina
Advogado: Tycho Brahe Fernandes (Procurador de Justiça)
Advogado: Luciano Trierweiler Naschenweng (Promotor)

Interessado: C. S. L.

DISTRIBUIÇÕES

Data e hora: 06/04/2009 - 19:02
Tipo de distribuição: Encaminhamento ao Relator
Órgão julgador: Segundo Vice-Presidente
Relator: DESEMBARGADOR VOLNEI CARLIN

MOVIMENTAÇÕES**ORDEM CRESCENTE**

Data e hora	Dep.	Movimentação
06/04/2009 - 19:02	0002.00	Registrada Interposição de Recurso Extraordinário



ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

REMESSA

Ao(s) 24 dia(s) do mês de abril de 2009, nesta cidade de Florianópolis, na Divisão de Recursos Especiais e Extraordinários deste egrégio Tribunal de Justiça, faço estes autos com REMESSA à Douta Procuradoria-Geral de Justiça, para a finalidade preceituada no Art. 542, caput, do CPC.

Assinatura manuscrita de Anderson David de Souza, consistindo de uma letra 'A' estilizada dentro de um círculo.

Anderson David de Souza - Chefe de Divisão

CERTIDÃO

Certifico que os presentes autos foram entregues MEDIANTE CARGA à Douta Procuradoria-Geral de Justiça em 27/04/09, e foram devolvidos à Diretoria Judiciária na presente data.

Florianópolis, 08/05/09.

Secretaria de Informações Processuais e Protocolo Judicial

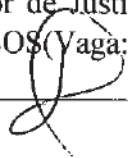
Assinatura manuscrita da Secretaria de Informações Processuais e Protocolo Judicial, com uma letra 'S' muito grande e decorativa.

164
T

RECEBIMENTO / DISTRIBUIÇÃO

Aos 27 dias do mês de abril do ano de 2009, nesta cidade de Florianópolis, foram entregues na Coordenadoria de Processos e Informações Jurídicas, Procuradoria-Geral de Justiça os autos da(o) Recurso Especial em Apelação Cível (MS) nº 2008.054757-1/0001.00. Nesta mesma data foram distribuídos à Coordenadoria de Recursos, órgão de execução do Ministério Público (art. 7º, inc. V, da Lei Complementar nº 197 de 13.07.2000 - Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de Santa Catarina).

VISTA

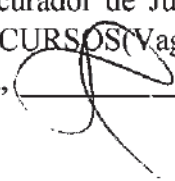
Aos 27 dias do mês de abril do ano de 2009, nesta cidade de Florianópolis, nesta Coordenadoria faço estes autos com VISTA ao Excelentíssimo Senhor Procurador de Justiça COORDENADOR DA COORDENADORIA DE RECURSOS (Vaga: 1-Questões Jurídicas Geral); de que faço este termo. Eu,  _____, o subscrevi.

110/

RECEBIMENTO / DISTRIBUIÇÃO

Aos 27 dias do mês de abril do ano de 2009, nesta cidade de Florianópolis, foram entregues na Coordenadoria de Processos e Informações Jurídicas, Procuradoria-Geral de Justiça os autos da(o) Recurso Extraordinário em Apelação Cível (MS) nº 2008.054757-1/0002.00. Nesta mesma data foram distribuídos à Coordenadoria de Recursos, órgão de execução do Ministério Público (art. 7º, inc. V, da Lei Complementar nº 197 de 13.07.2000 - Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de Santa Catarina).

VISTA

Aos 27 dias do mês de abril do ano de 2009, nesta cidade de Florianópolis, nesta Coordenadoria faço estes autos com VISTA ao Excelentíssimo Senhor Procurador de Justiça COORDENADOR DA COORDENADORIA DE RECURSOS (Vaga: 1-Questões Jurídicas Geral); de que faço este termo. Eu,  _____, o subscrevi.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA
COORDENADORIA DE RECURSOS

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR 2º VICE-PRESIDENTE DO
EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

Cuida-se de Recurso Especial interposto pelo **MUNICÍPIO DE CRICIÚMA**, com fundamento no artigo 105, III, “a”, da Constituição da República, sustentando, em síntese, que o acórdão de fls. 92-103, relativo à Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2008.054757-1, de Criciúma, contrariou o disposto nos artigos 32 e 87 da Lei n. 9.394/96.

1. PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE

O recurso, embora próprio, tempestivo (fls. 106 e 107), sendo o recorrente dispensado do recolhimento das custas, não merece ser admitido, haja vista não terem sido supridos os requisitos formais para o seu conhecimento.

1.1. Incidência das Súmulas 211 e.83 do STJ

Compulsando os autos, verifica-se que os artigos 32 e 87 da Lei n. 9.394/96, indicados como contrariados, não foram objeto de análise pelo acórdão recorrido, sendo que sua aplicabilidade sequer foi suscitada por meio de embargos declaratórios, exsurgindo, portanto, a falta de prequestionamento, pressuposto essencial à admissibilidade dos recursos dirigidos aos Tribunais Superiores.

Sobre o tema, extrai-se da jurisprudência do STJ:

“Para que haja o prequestionamento da matéria é necessário que a questão tenha sido objeto de debate, à luz da legislação federal indicada, com a imprescindível manifestação pelo Tribunal de origem, o qual deverá emitir juízo de valor acerca dos dispositivos legais, ao decidir pela sua aplicação ou seu afastamento em relação ao caso concreto” (REsp n. 923.087/RS, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, j. em 15.5.2007, DJ de 28.5.2007).

“Configura-se o prequestionamento quando a causa tenha sido decidida à luz da legislação federal indicada, com emissão de juízo de valor acerca dos respectivos dispositivos legais, interpretando-se sua aplicação ou não ao caso concreto” (AgRg no AgRg no Ag 811634/MG, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, j. em 24.4.2007, DJ de 31.5.2007).



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA COORDENADORIA DE RECURSOS

Assim, não tendo sido prequestionados os dispositivos de lei federal entendidos como contrariados pela decisão recorrida, a insurgência não deve ser admitida em razão do óbice da Súmula 211 do STJ.

Contudo, ainda que superado o óbice relativo à ausência de prequestionamento – o que se considera apenas para argumentar –, o recurso mesmo assim não merece ser admitido.

Isso porque o recorrente sustenta que “A Lei nº 9.394, de 20/12/1996 (Diretrizes e Bases da Educação), em seu artigo 32, estabelece apenas a gratuidade do ensino fundamental como direito público subjetivo” (fl. 112) e que, “em seu artigo 87, § 3º, I, prevê expressamente a obrigatoriedade de matrícula dos educandos somente a partir dos sete anos de idade” (fl. 113).

No entanto, retiram-se da jurisprudência do STJ os seguintes precedentes:

“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 exigi-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, j. em 17.4.2007, DJ de 13.2.2008).

“9. O direito constitucional à creche extensivo aos menores de zero a seis anos é consagrado em norma constitucional reproduzida no art. 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.069/90): ‘Art. 54. É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente: I - ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA COORDENADORIA DE RECURSOS

160
4

ele não tiveram acesso na idade própria; II - progressiva extensão da obrigatoriedade e gratuidade ao ensino médio; III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência preferencialmente na rede regular de ensino; IV - atendimento em creche e pré-escola às crianças de (zero) a 6 (seis) anos de idade.'

10. 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 creche, cumpre adimpli-lo, porquanto a vontade política e constitucional, para utilizarmos a expressão de Konrad Hesse, foi no sentido da erradicação da miséria intelectual que assola o país. O direito à creche é consagrado em regra com normatividade mais do que suficiente, porquanto se define pelo dever, indicando o sujeito passivo, *in casu*, o Estado.

11. 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.

12. 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, quicá constitucionalmente. Nesse campo a atividade é vinculada sem admissão de qualquer exegese que vise afastar a garantia pétrea.

13. 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 educação das crianças a um plano diverso daquele que o coloca, como uma das mais belas e justas garantias constitucionais.

14. 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.

15. 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.

16. 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.

17. 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.

18. O direito do menor à freqüência em creche, 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" (REsp



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA
COORDENADORIA DE RECURSOS

736524/SP, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, j. em 21.3.2006, DJ de 3.4.2006).

Destarte, estando o entendimento da decisão recorrida em consonância com a jurisprudência do STJ, aplica-se, no caso, o óbice da Súmula 83 dessa Corte Superior.

Há de se ressaltar, nesse tocante, que “É pacífico o entendimento do STJ no sentido de que a Súmula 83 incide igualmente nos recursos especiais fundamentados na alínea 'a' do permissivo constitucional. Precedente” (AgRg no Ag 958.448/MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. em 21.2.2008, DJ de 10.3.2008).

Desse modo, tendo o recorrente apresentado tese jurídica contrária ao entendimento pacificado no STJ, a insurgência não merece ser admitida.

1.2. Incidência das Súmulas 126 do STJ e 283 do STF

Além dos mencionados óbices relativos às Súmulas 83 e 211 do STJ, o recurso não merece ser admitido também em virtude da incidência das Súmulas 126 do STJ e 283 do STF.

Com efeito, observa-se que a decisão recorrida encontra-se expressamente fundamentada em dispositivos constitucionais não impugnados no recurso extraordinário interposto e idôneos à manutenção do julgado, quais sejam, os artigos 6º, 208, IV, e 211, § 2º, da CR (fls. 96-97), tornando inadmissível o recurso especial interposto, por força da Súmula 126 do STJ.

De fato, constata-se que o recurso dirigido ao STF limitou-se a indicar contrariedade aos artigos 2º, 5º, LXIX, 167, I, e 208, I e § 1º, da CR, nada mencionando quanto aos demais dispositivos constitucionais expressamente utilizados como fundamento pelo acórdão recorrido.

Sobre o assunto, extrai-se da jurisprudência do STJ:

“Não obstante a fundamentação constitucional do acórdão, não houve a devida impugnação da matéria por meio de recurso extraordinário, o que atrai à espécie o óbice da Súmula 126 desta Corte” (AgRg no REsp 854.113/RS, Rel. Min. Sidnei Beneti, Terceira Turma, j. em 26.6.2008, DJ de 13.8.2008).

“Incide a súmula 126 deste STJ quando o acórdão recorrido abrigar fundamentos de índole constitucional e infraconstitucional e o recorrente não cuidar de interpor o



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA COORDENADORIA DE RECURSOS

devido recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal" (AgRg no REsp 728.833/PR, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, j. em 21.10.2008, DJ de 5.11.2008).

Do mesmo modo, infere-se que há na decisão recorrida fundamentação concernente a dispositivos infraconstitucionais igualmente não impugnados pelo recorrente no presente recurso especial, quais sejam, os artigos 53, V, e 54, I e IV, do Estatuto da Criança e do Adolescente (fl. 97), e 29 da Lei n. 9.394/96 (fl. 101).

E, em situações semelhantes, o STJ decidiu:

"É manifestamente inadmissível o recurso especial em relação à tese cujos fundamentos invocados pelo Tribunal de origem não foram impugnados especificamente pela parte recorrente. Inteligência da Súmula 283 do STF, aplicável, por analogia, ao recurso especial" (REsp 955.177/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, j. em 14.10.2008, DJ de 7.11.2008).

"Esta Corte, com esteio na Súmula 283 - STF, possui jurisprudência uniforme no sentido de ser inadmissível recurso especial quando a decisão recorrida possuir mais de um fundamento suficiente, por si só, para mantê-la e o recurso não ataca todos eles" (AgRg no Ag 805.097/MG, Rel. Min. Gilson Dipp, Quinta Turma, j. em 27.02.2007, DJ de 30.04.2007).

Logo, ao não ter impugnado, no extraordinário interposto e neste recurso especial, respectivamente, todas as normas constitucionais e infraconstitucionais utilizadas como fundamento no acórdão recorrido, o recorrente deu ensejo à incidência dos óbices previstos nas Súmulas 283 do STF e 126 do STJ, razão pela qual não deve ser admitido o recurso.

2. DO MÉRITO

Na eventualidade, entretanto, de sua admissão, o recurso não deverá ser provido.

Com efeito, a Constituição da República, ao referir-se à educação de forma específica, fincou a regra consoante a qual a educação é "direito de todos e dever do Estado e da família" (artigo 205).

Também em outros dispositivos constitucionais cuidou o legislador de integrar a educação entre os direitos sociais, os quais, para José Afonso da Silva, "como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que

Recurso Especial na Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2008.054757-1



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA COORDENADORIA DE RECURSOS

tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais" (*in* Curso de direito constitucional positivo. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 285).

Dentre esses dispositivos, citam-se os artigos 208, IV, e 211, § 2º, da CR, os quais se aplicam ao caso em análise.

Da interpretação conjunta daqueles artigos infere-se que a Constituição, ao estabelecer como dever estatal obrigatório a educação, abrangeu o atendimento em creches e pré-escolas às crianças de zero a seis anos de idade - prioritariamente pelos Municípios -, além do ensino fundamental, do ensino médio e do ensino em seus níveis mais elevados.

Ainda que o direito material discutido pareça gravitar nas regras constitucionais, os artigos 53 e 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90) também garantem prioridade e obrigatoriedade à educação, inclusive pré-escolar.

Neste passo, a previsão expressa em lei federal trouxe caráter impositivo à regra constitucional, pois a legislação ordinária não prevê norma de natureza programática.

Dessa forma, a exigência normativa prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente determina que o Município satisfaça o fornecimento de vagas para o ensino fundamental, oferecendo atendimento em creches às crianças que necessitem da rede pública.

Nesse sentido é o entendimento do STJ:

"2. 'Sendo a educação um direito fundamental assegurado em várias normas constitucionais e ordinárias, a sua não-observância pela administração pública enseja sua proteção pelo Poder Judiciário' (AgReg no RE nº 463210/SP, 2ª Turma, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, DJ de 03/02/2006).

3. '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 consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das 'crianças 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. 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,



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA
COORDENADORIA DE RECURSOS

§ 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.' (AgReg no RE nº 410715/SP, 2ª Turma, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ de 03/02/2006)" (EREsp 485969/SP, Rel. Min. José Delgado, Primeira Seção, j. em 23.8.2006, DJ de 11.9.2006).

Destarte, se o espírito de proteção integral à criança e ao adolescente foi inserido na Constituição da República e repetido no Estatuto da Criança e do Adolescente, a garantia de atendimento em creche e pré-escola, em todos os âmbitos do Poder Público, há de ser prioritariamente observada, motivo pelo qual não se verifica a apontada contrariedade aos dispositivos referidos.

3. REQUERIMENTO

Por todo exposto, pugna o **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA** pela não-admissão do recurso especial interposto pelo **MUNICÍPIO DE CRICIÚMA**, em razão dos óbices das Súmulas 83, 126 e 211 do STJ e 283 do STF; e, caso admitido, pelo não-provimento.

Florianópolis, 8 de maio de 2009.

Sérgio Antônio Rízelo
Procurador de Justiça
Coordenador de Recursos e.e.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA
COORDENADORIA DE RECURSOS

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR 2º VICE-PRESIDENTE DO
EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

Cuida-se de Recurso Extraordinário interposto pelo **MUNICÍPIO DE CRICIÚMA**, com fulcro no artigo 102, III, "a", da Constituição da República, sustentando, em síntese, que o acórdão de fls. 92-103, relativo à Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2008.054757-1, de Criciúma, contrariou o disposto nos artigos 2º, 5º, LXIX, 167, I, e 208, I e § 1º, todos daquela Constituição.

1. DOS PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE

O recurso, embora próprio, tempestivo (fls. 106 e 131), sendo o recorrente dispensado do recolhimento das custas, e tendo sido argüida a prefacial de repercussão geral, não merece ser admitido, haja vista não terem sido supridos os requisitos formais para o seu conhecimento.

1.1. Da incidência das Súmulas 282 e 356 do STF – artigos 5º, LXIX, 167, I, e 208, I, da CR

Compulsando os autos, observa-se que os artigos 5º, LXIX, 167, I, e 208, I da CR, indicados como contrariados, não foram objeto de julgamento na apelação cível, nem mesmo foram opostos embargos de declaração, não estando, desta forma, prequestionados.

Neste sentido, o entendimento do STF:

"Suposta ofensa à Constituição ocorrida no julgamento do acórdão recorrido. Embargos de declaração não opostos. Ausência de prequestionamento. Incidência das Súmulas 282/STF e 356/STF. Precedentes" (AI-AgR 594.517/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, j. em 19.2.2008, DJ de 14.3.2008).

Assim, não há de se admitir o recurso extraordinário interposto, em razão do óbice das Súmulas 282 e 356 do STF.

1.2. Da ofensa meramente reflexa – artigo 5º, LXIX, da CR

No que se refere ao artigo 5º, LXIX, o recorrente aduz:



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA
COORDENADORIA DE RECURSOS

“Não se deve confundir a categoria ensino fundamental, imposto como obrigação aos Municípios pela Constituição da República, com a garantia de atendimento em creche e pré-escola às crianças de 0 a 5 anos de idade. Ambas devem ser efetivadas prioritariamente pelos Municípios. No entanto, apenas o ensino fundamental constitui-se em direito público subjetivo. Já, a disponibilização de vagas em estabelecimento pré-escolar é meta programática que o Poder Público tem o dever de implementar na medida de suas possibilidades

[...]

Portanto, no presente caso, não há que se falar em direito líquido e certo a justificar a concessão do *mandamus*, vez que a inclusão de criança em estabelecimento de educação infantil não é direito público subjetivo, a ser efetivado de forma imediata pelo Poder Público” (fls. 149/150).

Entretanto, é o entendimento do STF acerca da alegação do
recorrente:

“A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ao pronunciar-se sobre esse específico aspecto do tema ora suscitado pela parte recorrente, deixou consignado que a discussão em torno do próprio significado de direito líquido e certo - que traduz requisito viabilizador da utilização do writ mandamental - veicula matéria de caráter eminentemente processual, não se qualificando, por tal razão, como tema impregnado de dimensão constitucional, mesmo porque a noção de liquidez, 'que autoriza o ajuizamento do mandado de segurança, diz respeito aos fatos' (RTJ 134/681, Rel. p/ o acórdão Min. CARLOS VELLOSO - RTJ 171/326-327, Rel. Min. ILMAR GALVÃO - RE 195.192/RS, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, v.g.): 'O 'direito líquido e certo', pressuposto constitucional de admissibilidade do mandado de segurança, é requisito de ordem processual, atinente à existência de prova inequívoca dos fatos em que se basear a pretensão do impetrante e não à procedência desta, matéria de mérito (...)' (RTJ 133/1314, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE - grifei)” (Decisão Monocrática no RE 225.953-5, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 20.2.2003, DJ de 20.3.2003).

No mesmo sentido:

“CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE DE MANDADO DE SEGURANÇA. OFENSA REFLEXA. ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 5º, XXXV, LIV e LV; E, 93, IX, DA CF. OFENSA REFLEXA. AGRAVO IMPROVIDO. I - **A discussão em torno dos requisitos de admissibilidade do mandado de segurança possui natureza meramente processual, que envolve a apreciação de normas infraconstitucionais.** II - A jurisprudência da Corte é no sentido de que a alegada violação ao art. 5º, XXXV, LIV e LV, da Constituição, pode configurar, quando muito, situação de ofensa reflexa ao texto constitucional, por demandar a análise de legislação processual ordinária. III - Não há contrariedade ao art. 93, IX, da mesma Carta, quando o acórdão recorrido encontra-se suficientemente fundamentado. IV - Agravo regimental improvido”. (AI-AgR 635.763/RJ, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, j. em 23.10.2007, DJ de 14.11.2007, sem grifo no original).

“Agravo regimental em agravo de instrumento 2. Cabimento de mandado de segurança. Matéria processual. Ofensa reflexa e indireta à Constituição Federal. Precedentes. 3. Agravo regimental a que se nega provimento” (AI-AgR 405.557/PR, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 19.6.2007, DJ 3.8.2007).

Do corpo desse acórdão, extrai-se:



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA
COORDENADORIA DE RECURSOS

“Esta Corte, **por ambas as Turmas**, decidiu que a controvérsia a respeito do cabimento de mandado de segurança restringe-se ao âmbito infraconstitucional” (sem grifo no original).

Com efeito, acaso configurada a contrariedade alegada, seria ela reflexa ao texto constitucional, uma vez que demandaria análise de eventual ofensa a normas infraconstitucionais, motivo pelo qual não deve ser admitido o recurso extraordinário.

1.3. Da incidência da Súmula 283 do STF – artigo 208, I e § 1º, da CR

Observa-se que o recorrente alega ofensa ao artigo 208, I e § 1º, da CR sob o argumento de que **“A Constituição Federal garantiu somente ao ensino fundamental a obrigatoriedade, conforme se depreende do seu art. 208, § 1º. E tão-somente a este (ensino fundamental) a previsão de acesso como direito público subjetivo, nada fazendo referência quanto ao ensino infantil”** (fl. 143).

Contudo, com relação a esta questão jurídica, verifica-se que a decisão recorrida encontra-se fundamentada em dispositivos constitucionais não impugnados na insurgência e idôneos à manutenção do julgado, quais sejam, os artigos 6º, 208, IV, e 211, § 2º, todos da CR (fls. 96-97), tornando inadmissível o recurso extraordinário interposto, por força da Súmula 283 do STF.

Incide referido enunciado, ainda, em relação a fundamentos infraconstitucionais não impugnados no Recurso Especial interposto, quais sejam, os artigos 53, V, e 54, I e IV, do Estatuto da Criança e do Adolescente (fl. 97) e 29 da Lei n. 9.394/96 (fl. 101).

É o entendimento do STF:

“Recurso extraordinário: descabimento: acórdão recorrido que contém fundamento infraconstitucional suficiente à sua manutenção: incidência, *mutatis mutandis*, do princípio da Súmula 283” (RE-AgR 514.557/SC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, j. em 25.6.2007, DJ de 10.8.2007).

Assim, não tendo o recorrente se desincumbido de impugnar todas as premissas utilizadas na fundamentação do acórdão hostilizado, razão não há para se admitir o recurso, conforme o óbice imposto pela Súmula 283 do STF.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA
COORDENADORIA DE RECURSOS

1.4. Da manifesta improcedência da tese sustentada – artigo 2º da CR

Além disso, o recurso não merece ser admitido, por ser manifestamente improcedente a tese veiculada pelo recorrente, no que diz respeito à violação ao teor do artigo 2º da CR.

Embora, via de regra, não seja da competência do Vice-Presidente do Tribunal *a quo* adentrar no mérito do recurso extraordinário quando da análise de sua admissibilidade, tal se torna viável quando as razões do recurso forem manifestamente improcedentes.

E realmente, quanto à alegação de violação ao disposto no artigo 2º da CR, verifica-se ser ela manifestamente improcedente, uma vez que não há de se falar em contrariedade ao princípio da separação de poderes no caso em tela.

Nesse sentido já se pronunciou o STF:

“CONSTITUCIONAL. ATENDIMENTO EM CRECHE E PRÉ-ESCOLA.

I. - Sendo a educação um direito fundamental assegurado em várias normas constitucionais e ordinárias, a sua não-observância pela administração pública enseja sua proteção pelo Poder Judiciário.

II. - Agravo não provido” (Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 463.210/SP, Rel. Min. Carlos Velloso, j. em 6.12.2005, DJ de 3.2.2006).

E, do corpo desse acórdão:

“A duas, não há falar haja o acórdão contrariado o art. 2º da C.F. É que cabe ao Judiciário fazer valer, no conflito de interesses, a vontade concreta da lei e da Constituição. Se assim procede, estando num dos pólos da ação o Estado, o fato de o Judiciário decidir contra a pretensão deste não implica, evidentemente, ofensa ao princípio da separação dos poderes, convindo esclarecer que, conforme lição de Balladore Palieri, constitui característica do Estado de Direito sujeitar-se o Estado à Jurisdição”.

Assim, constatando-se que a tese levantada pelo recorrente é manifestamente improcedente, ao recurso não deve ser dado seguimento, conforme dispõe o artigo 557, *caput*, do CPC.

2. DO MÉRITO

Na hipótese não desejada da admissão do recurso, no mérito, o seu não-provimento é medida que se impõe, conforme será demonstrado a seguir.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA
COORDENADORIA DE RECURSOS

Alega o recorrente em suas razões recursais:

“a disponibilização de vagas em estabelecimento pré-escolar é meta programática que o Poder Público tem o dever de implementar na medida de suas possibilidades.

[...]

A Constituição Federal garantiu somente ao ensino fundamental a obrigatoriedade, conforme se depreende do seu art. 208, § 1º. E tão-somente a este (ensino fundamental) a previsão de acesso como direito público subjetivo, nada fazendo referência quanto ao ensino infantil.

Portanto, no âmbito do Município, o direito público subjetivo preconizado no §1º do art. 208 da Constituição Federal somente pode ser invocado em relação ao ensino fundamental” (fls. 140/143).

Porém, é inegável que a criança cujo ingresso na educação infantil foi negado pelo Município de Criciúma tem como direito público subjetivo o objeto da segurança concedida.

Com efeito, a educação, na forma do que estabelece o artigo 6º da CR, é um direito social constitucionalmente reconhecido, sendo, frente ao estatuído no artigo 205 da CR, “direito de todos”.

Ainda no campo das normas constitucionais, é importante consagrar que, frente ao estatuído no inciso IV do artigo 208 da CR, “O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de [...] IV – atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade”.

E não se diga que o comando contido no inciso IV do artigo 208 da CR seria mera norma programática, possibilidade que a doutrina e jurisprudência pátria já afastaram definitivamente, razão suficiente para a manutenção da decisão recorrida.

Por amor ao debate, colaciona-se a ensinança de J. J. Gomes Canotilho acerca das normas constitucionais programáticas:

“marcando uma decidida ruptura em relação à doutrina clássica, pode e deve falar-se da ‘morte’ das normas constitucionais programáticas. Existem, é certo, normas-fim, normas-tarefa, normas-programa que «impõem uma actividade» e «dirigem» materialmente a concretização constitucional. O sentido destas normas não é, porém, o assinalado pela doutrina tradicional: «simples programas», «exortações morais», «declarações», «sentenças políticas», «aforismos políticos», «promessas», «apelos ao legislador», «programas futuros», juridicamente desprovidos de qualquer vinculatividade. Às «normas programáticas» é reconhecido hoje um valor jurídico constitucionalmente idêntico ao dos restantes preceitos da constituição. Não deve, pois, falar-se de simples eficácia programática (ou directiva), porque qualquer norma constitucional deve considerar-se obrigatória perante quaisquer órgãos do poder político (Crisafulli). Mais do que isso: a eventual mediação concretizadora, pela instância legiferante, das normas programáticas, não significa que este tipo de normas careça de positividade jurídica autónoma, isto é, que a sua normatividade seja apenas



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA COORDENADORIA DE RECURSOS

gerada pela interpositio do legislador; é a positividade das normas-fim e normas-tarefa (normas programáticas) que justifica a necessidade da intervenção dos órgãos legiferantes. Concretizando melhor, a positividade jurídico-constitucional das normas programáticas significa fundamentalmente: (1) vinculação do legislador, de forma permanente, à sua realização (imposição constitucional); (2) vinculação positiva de todos os órgãos concretizadores, devendo estes tomá-las em consideração como directivas materiais permanentes, em qualquer dos momentos da actividade concretizadora (legislação, execução, jurisdição); (3) vinculação, na qualidade de limites materiais negativos, dos poderes públicos, justificando a eventual censura, sob a forma de inconstitucionalidade em relação aos actos que as contrariam.

Em virtude da eficácia vinculativa reconhecida às «normas programáticas», deve considerar-se ultrapassada a oposição estabelecida por alguma doutrina entre «norma jurídica actual» e «norma programática» (aktuelle Rechtsnorm-Programmsatz): todas as normas são actuais, isto é, têm uma força normativa independente do acto de transformação legislativa. Não há, pois, na constituição, «simples declarações (sejam oportunas ou inoportunas, felizes ou desafortunadas, precisas ou indeterminadas) a que não se deva dar valor normativo, e só o seu conteúdo concreto poderá determinar em cada caso o alcance específico do dito valor» (Garcia de Enterría). Problema diferente é o de saber em que termos uma norma constitucional é susceptível de 'aplicação directa' e em que medida é exequível por si mesmo" (*in* Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1.176-1.177).

E prossegue o mestre lusitano esclarecendo:

"Aplicabilidade directa significa, desde logo, nesta sede - direitos, liberdades e garantias - a rejeição da «ideia criacionista» conducente ao desprezo dos direitos fundamentais enquanto não forem positivados a nível legal. Neste sentido, escreveu sugestivamente um autor (K. Krüger) que, na época actual, se assistia à deslocação da doutrina dos «direitos fundamentais dentro da reserva de lei» para a doutrina da reserva de lei dentro dos direitos fundamentais.

Aplicação directa não significa apenas que os direitos, liberdades e garantias se aplicam independentemente da intervenção legislativa [...]. Significa também que eles valem directamente contra a lei, quando esta estabelece restrições em desconformidade com a constituição [...]. Em termos práticos, a aplicação directa dos direitos fundamentais implica ainda a inconstitucionalidade de todas as leis pré-constitucionais contrárias às normas da constituição consagradoras e garantidoras de direitos, liberdades e garantias ou direitos de natureza análoga [...]. Se se preferir, dir-se-á que a aplicação directa dos direitos, liberdades e garantias implica a inconstitucionalidade superveniente das normas pré-constitucionais em contradição com eles" (p. 1.178-1.179).

Por fim, no tocante à intervenção judicial na determinação da aplicação de normas tidas por programáticas pelos governos omissos em reconhecer aos cidadãos direitos e garantias consagradas na Constituição, expõe Canotilho:

"Além de constituírem princípios e regras definidoras de directrizes para o legislador e a administração, as «normas programáticas» vinculam também os tribunais, pois os juízes «têm acesso à constituição», com o conseqüente dever de aplicar as normas em referência (por mais geral e indeterminado que seja o seu conteúdo) e de suscitar o incidente de inconstitucionalidade, nos feitos submetidos a julgamento [...], dos actos normativos contrários às mesmas normas" (op. cit. p. 1.180).



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA COORDENADORIA DE RECURSOS

No artigo intitulado "A eficácia dos direitos sociais", Ruy Ruben Ruschel sustenta:

"Ante o novo arranjo constitucional brasileiro, pode-se sustentar, com apoio jurídico expresso, o seguinte:

- a) A qualquer interessado cabe pleitear, em ação comum própria, perante o Juiz natural, o acesso imediato e concreto a algum direito fundamental (isto é: individual, coletivo, social, trabalhista ou político). A via do mandado de injunção (art. 5º, inc. LXXI, da CF) não exclui o uso de qualquer outra ação prevista para a espécie, nas leis processuais. Com efeito, 'os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados', como preceitua claramente o § 2º do mesmo art. 5º. À parte é lícito reservar o remédio derradeiro do mandado de injunção, perante os mais altos Tribunais, para a hipótese de não ter êxito a tentativa nas esferas judiciais ordinárias;
- b) O Juiz não se deve negar a conhecer do pedido do gozo do direito fundamental, mesmo não regulamentado. Não pode alegar lacuna da lei. E o princípio contido no art. 126 do CPC (Lei n. 5.869/73);
- c) Nada impede que o magistrado, no caso concreto, declare incidentalmente a inconstitucionalidade por omissão do legislador, para, dessa maneira equiparar a falta da lei integradora a uma lacuna legis. O fato de ser o Supremo Tribunal Federal o único órgão competente para julgar a ação direta de inconstitucionalidade por omissão do legislador federal ou estadual (CF, art. 102, I, a, c/c. o art. 103) não obsta que qualquer membro ou órgão de primeiro grau do Poder Judiciário, na apreciação de caso concreto de sua competência, declare incidentalmente o mesmo tipo de inconstitucionalidade. Trata-se aqui de emprestar a devida dimensão à antiga e consagrada tese do justice Marshall;
- d) Não havendo norma legal regulamentadora do direito garantido pela Constituição, é caso típico de lacuna legis. O Juiz julgará a espécie recorrendo à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito, como determinam o art. 126 do CPC e o art. 4º da LICC. O julgador fará lei singular para o caso concreto, tarefa típica de todo magistrado;
- e) A solução construtiva dos Juizes servirá duplamente ao legislador. Primum, porque o estimulará a suprir a lacuna jurídica o quanto antes. E secundum, porque colherá das sentenças subsídios preciosos para sua tarefa de legislar sobre o tema. Ademais, não seriam tais casos os primeiros em que a construção jurisprudencial precedeu a legislação correspondente. Por sua sensibilidade aos problemas concretos, o Poder Judiciário historicamente tem aberto caminho, muitas vezes, para o progresso legislativo" (*in* Ajuris 58/295-296).

Importante consignar que ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal tem sustentado, de forma unânime, o entendimento defendido nas presentes contrarrazões, conforme se pode extrair dos seguintes julgados:

"CRECHE E PRÉ-ESCOLA - OBRIGAÇÃO DO ESTADO. Cumpre 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" (Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 384.201/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, DJ de 3.8.2007).

"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



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA COORDENADORIA DE RECURSOS

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 consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das 'crianças 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. - 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" (Agrav. Regimental no Recurso Extraordinário 410.715/SP, Rel. Min. Celso De Mello, Segunda Turma, DJ de 3.2.2006).

E, mesmo que ao revés da doutrina e jurisprudência dominantes, fosse acolhida a alegação de que os artigos 6º e 205 da CR são normas programáticas, há que se registrar, por relevante, que o legislador infraconstitucional já regulamentou a matéria.

Assim é que, antes de qualquer outra, cumpre referir a Lei 8.069/90, Estatuto da Criança e do Adolescente, a qual, em seu artigo 54 expressamente consagra que "É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente [...] IV - atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade".

A par do ECA, encontram-se outros exemplos legais de que a garantia constitucional do acesso à educação também para as crianças de zero a seis anos de idade está regulamentada, como se verá abaixo.

A Lei 9.394/96, que "Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional", dispõe, em seu artigo 4º, IV, que "O dever do Estado com educação escolar Recurso Extraordinário na Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2008.054757-1



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA COORDENADORIA DE RECURSOS

pública será efetivado mediante a garantia de: [...] IV - atendimento gratuito em creches e pré-escolas às crianças de zero a seis anos de idade”.

Ao estabelecer as incumbências dos municípios, em seu artigo 11, V, enuncia que “Os Municípios incumbir-se-ão de: [...] V - oferecer a educação infantil em creches e pré-escolas, e, com prioridade, o ensino fundamental, permitida a atuação em outros níveis de ensino somente quando estiverem atendidas plenamente as necessidades de sua área de competência e com recursos acima dos percentuais mínimos vinculados pela Constituição Federal à manutenção e desenvolvimento do ensino”.

Dispõe, ainda, em seus artigos 21 e 22:

“Art. 21. A educação escolar compõe-se de:

- I - educação básica, formada pela educação infantil, ensino fundamental e ensino médio;
- II - educação superior.

Art. 22. A educação básica tem por finalidades desenvolver o educando, assegurar-lhe a formação comum indispensável para o exercício da cidadania e fornecer-lhe meios para progredir no trabalho e em estudos posteriores”.

Por fim, a referida Lei 9.394/96, em seus artigos 29 a 31, consagra:

“Art. 29. A educação infantil, primeira etapa da educação básica, tem como finalidade o desenvolvimento integral da criança até seis anos de idade, em seus aspectos físico, psicológico, intelectual e social, complementando a ação da família e da comunidade.

Art. 30. A educação infantil será oferecida em:

- I - creches, ou entidades equivalentes, para crianças de até três anos de idade;
- II - pré-escolas, para as crianças de quatro a seis anos de idade.

Art. 31. Na educação infantil a avaliação far-se-á mediante acompanhamento e registro do seu desenvolvimento, sem o objetivo de promoção, mesmo para o acesso ao ensino fundamental”.

Em nível estadual, encontra-se a Lei Complementar n. 170/98, que estabelece em seu artigo 5º que “O dever do Estado com a educação escolar pública será efetivado mediante a garantia de: I - universalização da educação básica, em todos os níveis e modalidades, através de: a) atendimento em creches e pré-escolas às crianças de zero a seis anos de idade”.

Dessa forma, repita-se, mesmo que se aceitasse que o contido no inciso IV do artigo 208 da CR é norma programática, já existe regulamentação legal suficiente para permitir ao Ministério Público que exija sua aplicação em favor de crianças que não têm, por meio da possibilidade financeira de seus pais, acesso a creches e pré-escolas privadas.

Em vista de todo o exposto, em não tendo o recorrente demonstrado a plausibilidade de seus argumentos, e, não tendo a decisão



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA
COORDENADORIA DE RECURSOS

recorrida contrariado o teor dos dispositivos indicados, razão não há para se dar provimento ao recurso extraordinário.

3. REQUERIMENTO

Por todo exposto, pugna o **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA** pela não-admissão do recurso extraordinário interposto pelo **MUNICÍPIO DE CRICIÚMA**, em razão do óbice das Súmulas 282, 283 e 356 do STF, por ser manifestamente improcedente a tese sustentada e porque, se ofensa houve ao texto constitucional, esta foi meramente reflexa; e, caso admitido, pelo não-provimento.

Florianópolis, 8 de maio de 2009.

Sérgio Antônio Rizelo
Procurador de Justiça
Coordenador de Recursos e.e.



ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CONCLUSÃO

Ao(s) 12 dia(s) do mês de 05 de 2009, nesta cidade de Florianópolis, na Divisão de Recursos Especiais e Extraordinários deste egrégio Tribunal de Justiça, faço estes autos conclusos ao Excelentíssimo Senhor Desembargador Solon d'Eça Neves, 2º Vice-Presidente, de que faço este termo. Eu, Anderson David de Souza, Chefe de Divisão, subscrevo e assino,

Assinatura manuscrita do Anderson David de Souza, consistindo de uma letra 'A' estilizada seguida de uma linha curva.



ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Recurso Especial em Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2008.054757-1/0001.00, de Criciúma

Recorrente : Município de Criciúma

Advogadas : Drs. Caroline de Souza Farias (22375/SC) e outro

Recorrido : Ministério Público do Estado de Santa Catarina

Advogados : Drs. Tycho Brahe Fernandes (Procurador de Justiça) e outro

Interessado : C. S. L.

DESPACHO

Município de Criciúma interpôs recurso especial (fls. 107-129), com fundamento no art. 105, inc. III, alínea "a", da Constituição Federal, contra acórdão proferido pela Terceira Câmara de Direito Público que, por unanimidade, negou provimento à apelação cível por ele manejada e, em sede de reexame, confirmou a sentença.

O insurgente alega, em síntese, a violação dos arts. 32 e 87 da Lei n. 9.394/96.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pela inadmissibilidade do reclamo.

O especial não reúne condições de ascender, pois não foram observados os requisitos para sua admissibilidade.

De início, cumpre salientar que os arts. 32 e 87, ambos da Lei n. 9.394/96, não foram ventilados expressamente pelo acórdão vergastado, e, ressalta-se, nem sequer foram opostos os competentes embargos declaratórios, fato que evidencia a falta de prequestionamento.



Gabinete Des. Solon d'Eça Neves



ESTADO DE SANTA CATARINA
Recurso Especial em Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2008.054757-1/0001.00
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nesse caso, incide, pois, a Súmula 211 do Superior Tribunal de Justiça, a qual dispõe que é *"inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal a quo"*.

Ainda, aplica-se, por similitude, as Súmulas 282 (*é inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada*) e 356 (*o ponto omissso da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento*) do Supremo Tribunal Federal.

Com efeito, tem-se que nesse aspecto a irresignação não merece prosperar à míngua de prequestionamento, porquanto não foi proferido nenhum juízo decisório acerca dos invocados artigos.

Ademais, o apelo raro também não deve ser admitido porquanto o acórdão combatido adotou tese congruente com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, de modo que incide a Súmula 83 desta Corte Superior: *"não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida"*, igualmente aplicável às hipóteses de insurreição fundada na alínea "a" do inc. III do permissivo constitucional.

A propósito, colhe-se:

"Administrativo. Constitucional. Mandado de segurança. *Legitimatío ad causam* do *parquet*. art. 127 da cf/88. arts. 7.º, 200, e 201 do da lei n.º 8.069/90. Direito à creche extensivo aos menores de zero a seis anos. Norma constitucional reproduzida no art. 54 do estatuto da criança e do adolescente. norma definidora de direitos não programática. Exigibilidade em juízo. Interesse transindividual atinente às crianças situadas nessa faixa etária. Cabimento e procedência. [...] 9. O direito constitucional à creche extensivo aos menores de zero a seis anos é consagrado em norma constitucional

Gabinete Des. Solon d'Eça Neves



ESTADO DE SANTA CATARINA

Recurso Especial em Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2008.054757-1/0001.00

reproduzida no art. 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.069/90): [...] 20. O Supremo Tribunal Federal, no exame de hipótese análoga, nos autos do RE 436.996-6/SP, Relator Ministro Celso de Mello, publicado no DJ de 07.11.2005, decidiu *verbis*: "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 EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO. - A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV) [...]" (STJ, REsp 736524/SP, rel. Min. Luiz Fux, DJ 3-4-2006, p. 256).

Por fim, vale observar que o Órgão Fracionário utilizou argumentos como razão de decidir que não foram devidamente rebatidos pelo recorrente em seu arrazoado, mormente porque deixou de se manifestar acerca do raciocínio esposado no acórdão vergastado quanto à premissa utilizada, por exemplo, dos arts. 53, inc. V, e 54, incs. I e IV, ambos do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Dessa forma, fica caracterizado o fato de que o insurgente não enfrentou todos os temas pertinentes ao deslinde da *quaestio*, de modo que admissibilidade do recurso esbarra, ainda, na súmula 283 do Supremo Tribunal Federal, aplicada analogamente: "*é inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles*".

Nesse norte:

"ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. [...] FUNDAMENTO SUFICIENTE INATACADO. SÚMULA 283/STF.

Gabinete Des.Solon d'Eça Neves



ESTADO DE SANTA CATARINA
Recurso Especial em Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2008.054757-1/0001.00
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...] Não pode ser conhecido o recurso especial que não ataca fundamento que, por si só, é apto a sustentar o juízo emitido pelo acórdão recorrido. Aplicação analógica da Súmula 283 do STF, *in verbis*, "inadmissível o recurso extraordinário quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles" (STJ, REsp 1.042.478/PR, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. em 17-6-08).

Assim, diante do exposto, nega-se seguimento ao recurso.

Publique-se.

Intimem-se.

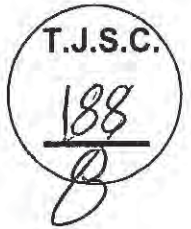
Florianópolis, 18 de maio de 2009.

Solon d'Eça Neves
2º Vice-Presidente

Gabinete Des. Solon d'Eça Neves



ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



Em Branco



ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Recurso Extraordinário em Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2008.054757-1/0002.00, de Criciúma

Recorrente : Município de Criciúma

Advogadas : Drs. Caroline de Souza Farias (22375/SC) e outro

Recorrido : Ministério Público do Estado de Santa Catarina

Advogados : Drs. Tycho Brahe Fernandes (Procurador de Justiça) e outro

Interessado : C. S. L.

DESPACHO

Município de Criciúma interpôs recurso extraordinário (fls. 131-160), com fundamento no art. 102, inc. III, alínea "a", da Constituição Federal, contra acórdão proferido pela Terceira Câmara de Direito Público que, por unanimidade, negou provimento à apelação cível por ele manejada e, em sede de reexame, confirmou a sentença.

O insurgente alega, em síntese, a violação dos arts. 2º, 5º, inc. LXIX, 167, inc. I, e 208, inc. I e § 1º, todos da Constituição da República.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pela inadmissibilidade do reclamo.

O recurso extremo não reúne condições de ascender, pois não foram observados os requisitos para sua admissibilidade.

De início, cumpre observar que os arts. 2º, 5º, inc. LXIX, 167, inc. I, e 208, inc. I, todos da Carta Magna, não foram ventilados expressamente pelo acórdão vergastado, e, ressalta-se, nem foram opostos os competentes embargos declaratórios, fato que evidencia a falta de prequestionamento.

Gabinete Des. Solon d'Eça Neves



ESTADO DE SANTA CATARINA

Recurso Extraordinário em Apelação Cível Mandado de Segurança n. 2008.054757-1/0002.00

Nesse caso, incidem as Súmulas 282 (*é inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada*) e 356 (*o ponto omissso da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento*) do Supremo Tribunal Federal.

Nesse viés, cabe assinalar que, a teor do entendimento da Corte destinatária, afigura-se indispensável que o *decisum* impugnado, inequivocamente, manifeste-se sobre os dispositivos tidos por violados, de modo que não é admitido o prequestionamento implícito, senão veja-se:

"[...] 2. Prequestionamento implícito. Inadmissibilidade. Diz-se prequestionada a matéria quando a decisão impugnada haja emitido juízo explícito a respeito do tema, inclusive mencionando o preceito constitucional previamente suscitado nas razões do recurso submetido à sua apreciação. Incidência da Súmula 282 do STF. Agravo regimental a que se nega provimento [...]" (STF, RE-AgR 288929/SC, rel. Min. Eros Grau, DJe 4-4-2008).

Com efeito, tem-se que nesse aspecto a irresignação não merece prosperar à míngua de prequestionamento, porquanto não foi proferido nenhum juízo decisório acerca dos invocados artigos.

Por outro lado, com relação ao art. 208, § 1º, da Constituição Federal, constata-se que o Órgão Fracionário utilizou argumentos como razão de decidir que não foram devidamente rebatidos pelo recorrente em seu arrazoadado, mormente porque deixou de se manifestar acerca do raciocínio esposado no acórdão recorrido quanto à premissa utilizada, por exemplo, dos arts. 6º, 208, inc. IV, e 211, § 2º, todas da Carta Magna, os quais também fundamentaram a decisão.

Dessa forma, fica caracterizado o fato de que o insurgente não enfrentou todos os temas pertinentes ao deslinde da *quaestio*, de modo que admissibilidade do recurso esbarra na súmula 283 do Supremo Tribunal Federal: "é

Gabinete Des. Solon d'Eça Neves



ESTADO DE SANTA CATARINA

Recurso Extraordinário em Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2008.054757-1/0002.00

inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles".

Nesse sentido:

"CONSTITUCIONAL. SERVIDOR PÚBLICO. NECESSIDADE DE IMPUGNAÇÃO DE TODOS OS FUNDAMENTOS SUFICIENTES DA DECISÃO AGRAVADA. SÚMULA 283 DO STF. ALEGADA OFENSA AO ART. 5º, XXXV, DA CF. AGRAVO IMPROVIDO. I - O agravo regimental deve atacar todos os fundamentos suficientes da decisão agravada. Súmula 283 do STF. II - Quanto ao art. 5º, XXXV, da Constituição, observe-se que julgamento contrário aos interesses da parte não basta à configuração da negativa de prestação jurisdicional. III - Agravo regimental improvido" (AI 662319 AgR / RR – Roraima, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 6-3-2009).

Assim, diante do exposto, nega-se seguimento ao recurso.

Publique-se.

Intimem-se.

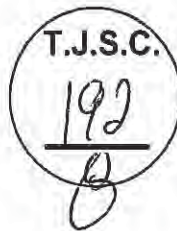
Florianópolis, 18 de maio de 2009.

Solon d'Eça Neves
2º Vice-Presidente

Gabinete Des. Solon d'Eça Neves



ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



CERTIDÃO

Certifico, para os efeitos legais, que:

- tomei conhecimento do respeitável despacho de
folha(s) 184/187, em 20/05/2009.

- O(s) procurador(es) judicial(is) da(s) parte(s) (exceto os procuradores da União Federal, do INSS e do Ministério Público, se forem partes neste processo), foi(ram) intimado(s) do respeitável despacho de folha(s) supracitada(s), referente a(o) **Recurso Especial em Apelação Cível em Mandado de Segurança 2008.054757-1/0001-00**, através do Diário da Justiça Eletrônico nº 685, considerado publicado no dia 20/05/2009 (Art. 4º, §§3º e 4º da Lei 11.419/06).

Florianópolis, 20 de maio de 2009.



Anderson David de Souza
Chefe de Divisão



ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

T.J.S.C.

193

18

CERTIDÃO

Certifico, para os efeitos legais, que:

- tomei conhecimento do respeitável despacho de
folha(s) 189 / 191, em 20/05/2009.

- O(s) procurador(es) judicial(is) da(s) parte(s) (exceto os procuradores da União Federal, do INSS e do Ministério Público, se forem partes neste processo), foi(ram) intimado(s) do respeitável despacho de folha(s) supracitada(s), referente a(o) **Recurso Extraordinário em Apelação Cível em Mandado de Segurança 2008.054757-1/0002-00**, através do Diário da Justiça Eletrônico nº 685, considerado publicado no dia 20/05/2009 (Art. 4º, §§3º e 4º da Lei 11.419/06).

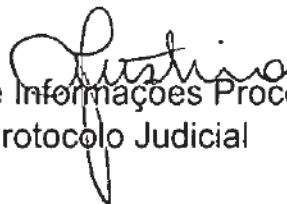
Florianópolis, 20 de maio de 2009.

Anderson David de Souza
Chefe de Divisão

CERTIDÃO

Certifico que os presentes autos foram entregues
MEDIANTE CARGA ao (à) Dr.(a) Caroline de Souza
Farias Terra Lima em 22/05/2009 e foram devolvidos à
Diretoria Judiciária na presente data.

Florianópolis, 03/09/09.


Secretaria de Informações Processuais
e Protocolo Judicial

CERTIDÃO
 Certifico que, nesta data, foi(ram) interposto(s)
 o(s) Agravo(s) de Instrumento em Recurso(s)
 Especial(is) e Extraordinário(s).
 Florianópolis, 03/06/09.

REMESSA

22/09/2022**PLENÁRIO****RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.008.166 SANTA CATARINA**

RELATOR	: MIN. LUIZ FUX
RECTE.(S)	: MUNICIPIO DE CRICIUMA
ADV.(A/S)	: PAULO ANTONIO CALIENDO VELLOSO DA SILVEIRA
ADV.(A/S)	: DIOGO LOPES DE BARBOSA LEITE
ADV.(A/S)	: PATRICIA TATIANA SCHMIDT
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE CRICIÚMA
RECDO.(A/S)	: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
AM. CURIAE.	: MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
AM. CURIAE.	: FUNDAÇÃO ABRINQ PELOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE
ADV.(A/S)	: GUILHERME AMORIM CAMPOS DA SILVA
ADV.(A/S)	: RUBENS NAVES E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	: MUNICIPIO DE RIO DE JANEIRO
ADV.(A/S)	: PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO
AM. CURIAE.	: MUNICIPIO DE TABOAO DA SERRA
ADV.(A/S)	: PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE TABOÃO DA SERRA
AM. CURIAE.	: DISTRITO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO DISTRITO FEDERAL
AM. CURIAE.	: MUNICIPIO DE PORTO ALEGRE
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE
AM. CURIAE.	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA
PROC.(A/S)(ES)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DA BAHIA
AM. CURIAE.	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO

RE 1008166 / SC

	TOCANTINS
PROC.(A/S)(ES)	:DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO TOCANTINS
AM. CURIAE.	:DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO CEARÁ
PROC.(A/S)(ES)	:DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO CEARÁ
AM. CURIAE.	:DEFENSORIA PUBLICA DO DISTRITO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES)	:DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO DISTRITO FEDERAL
AM. CURIAE.	:DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PROC.(A/S)(ES)	:DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
AM. CURIAE.	:DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PROC.(A/S)(ES)	:DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS
AM. CURIAE.	:DEFENSORIA PUBLICA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
PROC.(A/S)(ES)	:DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE PERNAMBUCO
AM. CURIAE.	:DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROC.(A/S)(ES)	:DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
AM. CURIAE.	:DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADV.(A/S)	:DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
AM. CURIAE.	:DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES)	:DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO
AM. CURIAE.	:DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
PROC.(A/S)(ES)	:DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

RE 1008166 / SC

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO ADMINISTRATIVO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. GARANTIA DE VAGA EM CRECHE OU PRÉ-ESCOLA ÀS CRIANÇAS DE ZERO A CINCO ANOS DE IDADE. AUTOAPLICABILIDADE DO ART. 208, IV, DA CF/88. PRINCÍPIOS DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DA RESERVA DO POSSÍVEL. VIOLAÇÃO. INOCORRÊNCIA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que assegura às crianças de zero a cinco anos de idade a primeira etapa do processo de educação básica mediante o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (art. 208, IV, da Constituição Federal).

2. O Estado tem o dever constitucional de garantir o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão estatal e violação a direito subjetivo, sanável pela via judicial. Precedentes: ARE 639.337-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe de 15/9/2011; AI 592.075-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, DJe de 4/6/2009, e RE 384.201-AgR, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, DJ de 3/8/2007.

3. O Poder Judiciário pode impor à Administração Pública a efetivação de matrícula de crianças de zero a cinco anos de idade em estabelecimento de educação infantil, sem haja violação ao princípio constitucional da separação dos poderes.

4. *Ex positis*, voto no sentido de, **no caso concreto**, **NEGAR PROVIMENTO** ao recurso extraordinário interposto pelo Município de Criciúma.

5. A **tese da repercussão geral** fica assim formulada:

1. A educação básica em todas as suas fases – educação infantil, ensino fundamental e ensino médio – constitui direito fundamental de todas as crianças e jovens, assegurado por normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade direta e imediata.

2. A educação infantil compreende creche (de zero a 3 anos) e a pré-escola (de 4 a 5 anos). Sua oferta pelo Poder Público pode ser exigida

RE 1008166 / SC

individualmente, como no caso examinado neste processo.

3. O Poder Público tem o dever jurídico de dar efetividade integral às normas constitucionais sobre acesso à educação básica.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência da Senhora Ministra Rosa Weber, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria, apreciando o tema 548 da repercussão geral, em negar provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do Relator, vencido, em parte, o Ministro André Mendonça, que conhecia do recurso extraordinário e dava-lhe parcial provimento para determinar o retorno dos autos à origem para que reexaminasse o feito. Na sequência, por unanimidade, foi fixada a seguinte tese: “1. *A educação básica em todas as suas fases – educação infantil, ensino fundamental e ensino médio – constitui direito fundamental de todas as crianças e jovens, assegurado por normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade direta e imediata.* 2. *A educação infantil compreende creche (de zero a 3 anos) e a pré-escola (de 4 a 5 anos). Sua oferta pelo Poder Público pode ser exigida individualmente, como no caso examinado neste processo.* 3. *O Poder Público tem o dever jurídico de dar efetividade integral às normas constitucionais sobre acesso à educação básica*”.

Brasília, 22 de setembro de 2022.

Ministro LUIZ FUX - RELATOR

Documento assinado digitalmente

08/09/2022

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.008.166 SANTA CATARINA

RELATOR	: MIN. LUIZ FUX
RECTE.(S)	: MUNICIPIO DE CRICIUMA
ADV.(A/S)	: PAULO ANTONIO CALIENDO VELLOSO DA SILVEIRA
ADV.(A/S)	: DIOGO LOPES DE BARBOSA LEITE
ADV.(A/S)	: PATRICIA TATIANA SCHMIDT
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE CRICIÚMA
RECDO.(A/S)	: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
AM. CURIAE.	: MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
AM. CURIAE.	: FUNDAÇÃO ABRINQ PELOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE
ADV.(A/S)	: GUILHERME AMORIM CAMPOS DA SILVA
ADV.(A/S)	: RUBENS NAVES E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	: MUNICIPIO DE RIO DE JANEIRO
ADV.(A/S)	: PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO
AM. CURIAE.	: MUNICIPIO DE TABOAO DA SERRA
ADV.(A/S)	: PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE TABOÃO DA SERRA
AM. CURIAE.	: DISTRITO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO DISTRITO FEDERAL
AM. CURIAE.	: MUNICIPIO DE PORTO ALEGRE
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE
AM. CURIAE.	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA
PROC.(A/S)(ES)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DA BAHIA
AM. CURIAE.	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO

RE 1008166 / SC

	TOCANTINS
PROC.(A/S)(ES)	:DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO TOCANTINS
AM. CURIAE.	:DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO CEARÁ
PROC.(A/S)(ES)	:DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO CEARÁ
AM. CURIAE.	:DEFENSORIA PUBLICA DO DISTRITO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES)	:DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO DISTRITO FEDERAL
AM. CURIAE.	:DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PROC.(A/S)(ES)	:DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
AM. CURIAE.	:DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PROC.(A/S)(ES)	:DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS
AM. CURIAE.	:DEFENSORIA PUBLICA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
PROC.(A/S)(ES)	:DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE PERNAMBUCO
AM. CURIAE.	:DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROC.(A/S)(ES)	:DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
AM. CURIAE.	:DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADV.(A/S)	:DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
AM. CURIAE.	:DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES)	:DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO
AM. CURIAE.	:DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
PROC.(A/S)(ES)	:DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

RE 1008166 / SC**RELATÓRIO**

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR): Trata-se de recurso extraordinário interposto pelo Município de Criciúma com fundamento no artigo 102, III, alínea “a”, da Constituição da República contra acórdão lavrado pela Terceira Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, assim ementado:

“CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO -
MATRÍCULA DE CRIANÇA - ESTABELECIMENTO
MUNICIPAL PRÉ-ESCOLAR - DIREITO CONSTITUCIONAL
SOCIAL E FUNDAMENTAL.

1 - ‘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.’ (RE-AgR 410.715/SP, Min. Celso de Mello)” (e-Doc. 1, p. 17).

Não foram opostos embargos de declaração.

RE 1008166 / SC

Na origem, o Ministério Público do Estado de Santa Catarina impetrou Mandado de Segurança em face do Município de Criciúma com o objetivo de matricular menor impúbere em creche da rede pública municipal.

O juízo de primeiro grau concedeu a segurança para “*determinar que a autoridade coatora promova a inclusão da criança Cristine Siqueira Laurindo em estabelecimento de educação infantil, próximo de sua residência, nos moldes estabelecidos na decisão de fls. 14/18*”.

Na sequência, o Município de Criciúma interpôs recurso de apelação contra a sentença, sustentando a violação aos princípios da legalidade e da separação de poderes. Arguiu, ainda, que a promoção do ensino infantil é norma programática, que deverá ser cumprida dentro dos limites orçamentários do poder público.

O Tribunal de origem, ao analisar o recurso, negou provimento à apelação. O Município de Criciúma então interpôs o presente recurso extraordinário, no qual sustenta a repercussão geral do tema, sob os seguintes fundamentos:

“(...) a determinação de imediata inclusão de criança em estabelecimento de educação infantil gera repercussão jurídica, eis que afronta frontalmente disposições contidas na Lei Maior, obrigando, dessarte, o Município a agir em desconformidade com o princípio da estrita legalidade.

Ademais, a manutenção do *decisum* ora hostilizado representa encargo econômico ao Município, cujo precedente servirá de exemplo para outras ações judiciais para os milhares de habitantes, sendo notória a difícil situação financeira dos municípios da Federação, colocando-se, portanto, em risco outras atividades essenciais de competência municipal e de interesse de toda a coletividade, tal como a saúde, a educação, o

RE 1008166 / SC

saneamento básico e a manutenção da continuidade dos serviços públicos.

Aliás, o Judiciário não pode interferir na escolha da destinação de verbas ao atendimento de interesses pessoais de alguns dos beneficiários do sistema educacional infantil, em detrimento dos prioritários investimentos de caráter geral e impessoal indispensáveis ao funcionamento, aparelhamento, aperfeiçoamento e ampliação dos serviços de educação à população, cuja manutenção corresponde a dever indeclinável do Estado.

Por derradeiro, a forma com que o Estado deve garantir o direito à educação infantil está condicionada às políticas sociais e econômicas, o que faz crer que qualquer atuação deve ser realizada na medida das suas possibilidades estruturais e financeiras.”

Nas razões do apelo extremo, o Município sustenta que a Constituição Federal garante apenas a obrigatoriedade do ensino fundamental, de modo que a inclusão de criança em estabelecimento de educação infantil não configura direito público subjetivo, a ser efetivado de forma imediata. Aduz, ainda, que o acórdão impugnado viola diretamente os arts. 2º e 37 da Constituição Federal ao determinar que o ente público realize despesas públicas sem prévia autorização orçamentária.

O Tribunal de origem negou seguimento ao apelo extremo por entender que o recurso encontra óbice nas Súmulas 282 e 283 do STF.

Em 24 de maio de 2012, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral da matéria em acórdão cuja ementa restou assim redigida:

“Auto-aplicabilidade do art. 208, IV, da Constituição Federal. Dever do Estado de assegurar o atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade.”

RE 1008166 / SC

Em 22 de novembro de 2012, a Procuradoria-Geral da República manifestou-se pelo desprovimento do recurso extraordinário. Asseverou, em síntese, que o direito à creche está diretamente ligado à dignidade da pessoa humana, consubstanciando-se em verdadeiro direito subjetivo, insubordinado a razões orçamentárias e insuscetível de dilações administrativas. O parecer recebeu a seguinte ementa:

“Direito a creche. Normas da Constituição que geram direito subjetivo de caráter fundamental a que crianças na idade própria recebam dos poderes públicos a educação infantil. Inexistência de ofensa a separação de poderes. Descabimento do argumento da reserva do possível orçamentário.”

Após, foram admitidos como *amici curiae* os Municípios de São Paulo e do Rio de Janeiro, além da Fundação ABRINQ - Pelos Direitos da Criança e do Adolescente.

Na condição de *amicus curiae*, o Município de São Paulo defendeu que o acesso à creche e à pré-escola, de responsabilidade dos Municípios, deve ser progressivamente implementado, nos termos do Plano Nacional de Educação, sendo inviável sua universalização imediata. Assim, a norma contida no art. 208, IV, da CF/88 teria eficácia contida.

Por sua vez, a Fundação ABRINQ classifica a educação como um direito fundamental e, portanto, autoaplicável. Destaca a necessidade de observância dos princípios da igualdade, da dignidade da pessoa humana, da eficiência e da vedação ao retrocesso social. Ao final, requer o reconhecimento de que o conteúdo jurídico material da norma constitucional é autoaplicável, devendo seus efeitos serem imediatamente reconhecidos e executados pelo Poder Público, sob pena de inconstitucionalidade.

O Município do Rio de Janeiro, de outro lado, indicou a necessidade

RE 1008166 / SC

de, com base no princípio da realidade, ser observada a compatibilidade entre o direito pleiteado e medidas de transição temporárias em busca do nível ótimo. Alertou para o potencial risco à saúde e à segurança das crianças, sempre que há determinação judicial que leve à superlotação dos estabelecimentos que recebem as crianças, além dos problemas gerados pelo deferimento de demandas individualizadas, em face da desestabilização das políticas públicas em curso e não observância dos critérios para preenchimento das vagas. Advoga que deve ser levada em consideração a existência ou não de políticas públicas sérias tendentes a implementar o comando constitucional, sendo que quanto melhor e mais séria a política pública em curso, menor deve ser a intervenção judicial. Por último, destaca a necessidade de respeito ao planejamento estatal e orçamentário.

Examinados os autos, dei provimento ao agravo de instrumento e determinei a reautuação do feito como recurso extraordinário.

Em 16 de setembro de 2020, admiiti como *amici curiae* o Município de Taboão da Serra (e-Doc. 27), o Distrito Federal (e-Doc. 30 e e-Doc. 35), o Município de Porto Alegre (e-Doc. 33) e as Defensorias Públicas do Estado da Bahia e do Estado de Tocantins, em conjunto com a Defensoria Pública do Ceará, a Defensoria Pública do Distrito Federal, a Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo, a Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais, a Defensoria Pública do Estado de Pernambuco, a Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro e a Defensoria Pública do Estado de São Paulo (e-Doc. 37 e e-Doc. 39).

É o relatório.

08/09/2022

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.008.166 SANTA CATARINA**VOTO**

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR): A questão jurídico-constitucional versada nestes autos diz respeito ao dever de o Estado de assegurar o atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a cinco anos de idade.

O voto está dividido em três partes. Em primeiro lugar, examina-se a relevância do acesso à educação infantil. Em segundo, o status constitucional e legal do direito fundamental de crianças à educação infantil em creches e pré-escolas. Por fim, são apontadas a resolução do caso paradigma e a afirmação da tese de repercussão geral.

I. A relevância do acesso à educação infantil

A educação infantil, como primeira etapa do ciclo de educação básica, assume relevância singular no início da formação da personalidade humana. Com efeito, as primeiras experiências de convívio educacional na primeira infância marcam etapas importantes na formação de sua personalidade, bem como da sua socialização e inteligência emocional, contribuindo para o desenvolvimento de capacidades psíquicas, físicas e motoras, em metodologia lúdica que permita o cuidado e a proteção integral das crianças.

Deveras, na primeira infância, o acesso à educação infantil de qualidade é essencial para que se busque, mediante o exercício de funções de cuidado, educação e atenção, a formação de componentes imprescindíveis ao desenvolvimento integral das crianças, para que essas possam, de forma ativa, começar a construir conhecimentos sobre si

RE 1008166 / SC

mesmas, bem como sobre o mundo que as cerca. Nesse contexto, a partir do momento em que o acesso ao mercado de trabalho se tornou necessário para o sustento econômico das famílias, emerge a necessidade das creches, como estabelecimentos extradomiciliares específicos destinados ao serviço de educação e cuidado para as crianças de primeira infância, enquanto os demais integrantes de suas famílias se afastam do lar para trabalhar.

No contexto normativo mais recente, a afirmação significativa do direito social à educação pela Constituição de 1988 – que prevê o dever do Estado em garantir “educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade” (art. 208, IV) –, bem como da regulamentação da Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei nº 9.394/1996), reafirma-se a concepção das crianças como efetivos sujeitos de direitos à educação, ao cuidado e à proteção integral (art. 227 da CRFB/1988). Paralelamente, também se garante como direito social dos trabalhadores a “assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 (cinco) anos de idade em creches e pré-escolas” (art. 7º, XXV, da CRFB/1988).

Muito além da transmissão do conhecimento, a importância do processo educacional se coaduna com o ideal democrático de construção de uma sociedade livre, justa e plural, já que, nas palavras doutrinárias do Min. Celso de Mello, “o acesso à educação é uma das formas de realização concreta do ideal democrático” (MELLO FILHO, José Celso de. *Constituição Federal anotada*. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 533). Com efeito, o direito à educação, direito social da maior relevância, demonstra sua importância para a construção de um Brasil mais desenvolvido e democrático. Pelos benefícios difusos, a sociedade tem o dever e o direito de que as crianças, mesmo de mais tenra idade, se insiram no ambiente escolar de qualidade, que lhes permita seu desenvolvimento integral. Como destaca-se em sólida sede doutrinária, *verbis*:

“O que fica evidente é que a educação deve ser uma

RE 1008166 / SC

preocupação pública, porque não é um problema de pai, mãe, menino e menina, mas um problema da sociedade. As sociedades democráticas educam em autodefesa, isto é, para se protegerem: se uma sociedade não cria cidadãos capazes de viver harmoniosamente, se não cria o tipo de cidadão capaz de participar de forma crítica e construtiva nas instituições, está condenado a não ser mais do que uma democracia de fachada ou nome, mas não uma democracia real, porque estes exigem democratas e **os democratas não são plantas selvagens que nascem entre as pedras por acaso, mas algo que tem que ser cultivado socialmente pelos modos de educação**” (SAVATER, Fernando. *Los caminos para la libertad: ética y educación*. Fondo de Cultura Económica, 2015 – tradução livre).

Nesse sentido, a Organização das Nações Unidas (ONU) enumera como Objetivo de Desenvolvimento Sustentável nº 4 da Agenda 2030 a promoção de educação de qualidade, para assegurar a educação inclusiva, equitativa e de qualidade, e promover oportunidades de aprendizagem ao longo da vida para todos. De forma mais específica, a meta 4.2 dispõe sobre o compromisso de assegurar a todas as crianças o desenvolvimento integral na primeira infância (0 a 5 anos), mediante acesso a cuidados e à educação infantil de qualidade, de modo que estejam preparadas para etapas posteriores de sua vida escolar.

De outro lado, estudo publicado em 2011 e organizado em parceria pela Representação da UNESCO no Brasil, a Secretaria de Educação Básica do Ministério da Educação no Brasil (MEC/SEB) e a Fundação Orsa revela um nítido perfil socioeconômico na disparidade de frequência à creche e no acesso à educação infantil no Brasil, *verbis*:

“A frequência à creche tem um viés socioeconômico: enquanto apenas 10,8% das crianças atendidas se situam na faixa de rendimento familiar mensal médio *per capita* de até meio salário-mínimo (SM), 18,7% estão na faixa de meio a um SM, 28,7% com mais de um até dois SM, 32% com mais de dois

RE 1008166 / SC

a três SM, e 43,6% são filhas de famílias cuja renda mensal média *per capita* é maior do que três SM”¹

Sob essa perspectiva, também se assevera que “A elaboração de políticas públicas que universalizassem o acesso à creches poderia contribuir para a redução das desigualdades sociais e raciais, posto que a educação implica em reflexo direto no mercado de trabalho, e, conseqüentemente, em ascensão social”². Em especial, são atingidas de forma ainda mais gravosa as mulheres mães de filhos pequenos, as quais procuram ingressar ou permanecer no mercado de trabalho, como há muito já reconhecido pelo Tribunal Constitucional da Espanha, em Recurso de Amparo julgado em 1987.³

Observe-se ainda que, em julho de 2019, foi anunciado o Compromisso Nacional pela Educação Básica, firmado pelo MEC, em parceria com o Conselho Nacional de Secretários de Educação (Consed) e a União Nacional dos Dirigentes Municipais de Educação (Udime). Naquele documento, em que se assumia o objetivo de tornar o Brasil referência em educação básica na América Latina até 2030, o diagnóstico de acesso à educação infantil revelava que, em 2017, apenas 34,1% das crianças de 0 a 3 anos eram matriculadas no sistema de ensino infantil.⁴

Vale lembrar, ainda, os ensinamentos de James Heckman, professor

1 NUNES, Maria Fernanda Rezende; CORSINO, Patricia; DIDONET, Vital. *Educação infantil no Brasil: primeira etapa da educação básica*. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000214418>, p. 15.

2 ROSSI, Danilo Valdir Vieira. Do ativismo judicial na formação de políticas públicas: a falta de vagas em creches. In: RANIERI, Nina Beatriz Stocco; ALVES, Angela Limongi Alvarenga (org.) *Direito à educação e direitos na educação em perspectiva interdisciplinar*. – São Paulo: Cátedra UNESCO de Direito à Educação/Universidade de São Paulo (USP), 2018, p. 349.

3 Recurso de Amparo 1.123/85 (1987), disponível em: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-T-1987-18628>.

4 Disponível em: http://portal.mec.gov.br/images/11.07.2019_Apresentacao-ed-basica, p. 14.

RE 1008166 / SC

da Universidade de Chicago laureado com o Prêmio Nobel de Economia em 2000, para quem o desenvolvimento na primeira infância é um investimento público inteligente, na medida em que a antecipação dos programas de educação para a primeira infância maximiza o retorno social de longo prazo. Assim, o acesso à educação pública de qualidade no desenvolvimento da primeira infância influencia, inclusive, os resultados socioeconômicos que a sociedade como um todo colherá no futuro, não apenas por um melhor desenvolvimento de suas capacidades cognitivas, mas também pelas não cognitivas, exigindo-se, em concretização desse direito social, que recursos públicos sejam reforçados na ampliação do acesso precoce ao serviço educacional de qualidade.⁵

Todas essas premissas reforçam a importância que se deve assumir para o tratamento do acesso à educação infantil durante a primeira infância, questão que assume, também, status constitucional.

II. O status constitucional e do direito à educação infantil em creches e pré-escolas

A questão *sub examine* gravita em torno de um dos mais sagrados direitos sociais - o direito à educação - posicionado em primeiro lugar no rol do art. 6º do texto constitucional:

“Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

A Carta de 1988 estabelece que a educação é direito de todos e dever do Estado e da família (CF/88, art. 205), a ser efetivado mediante a garantia de educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade (CF/88, arts. 7º, XXV, e 208, IV), *verbis*:

⁵ HECKMAN, James J. *Giving kids a fair chance*. The MIT Press, 2013.

RE 1008166 / SC

“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.

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

(...)

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

A legislação infraconstitucional, por seu turno, reafirma o compromisso da Carta da República com o direito à educação infantil. Com efeito, assim fixou o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069/1990:

“Art. 53. A criança e o adolescente têm direito à educação, visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho, assegurando-se-lhes:

I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;

(...)

Art. 54. É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente:

(...)

IV - atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a cinco anos de idade; (...)”

No mesmo sentido, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, Lei 9.394/1996, expressamente determina:

“Art. 4º O dever do Estado com educação escolar pública será efetivado mediante a garantia de:

(...)

II - educação infantil gratuita às crianças de até 5 (cinco) anos de idade;

(...)

RE 1008166 / SC

Art. 11. Os Municípios incumbir-se-ão de:

(...)

V - oferecer a educação infantil em creches e pré-escolas (...)

(...)

Art. 29. A educação infantil, primeira etapa da educação básica, tem como finalidade o desenvolvimento integral da criança de até 5 (cinco) anos, em seus aspectos físico, psicológico, intelectual e social, complementando a ação da família e da comunidade. (Redação dada pela Lei nº 12.796, de 2013)

(...)

Art. 30. A educação infantil será oferecida em:

I - creches, ou entidades equivalentes, para crianças de até três anos de idade;

II - pré-escolas, para as crianças de 4 (quatro) a 5 (cinco) anos de idade. (Redação dada pela Lei nº 12.796, de 2013)”.

Nota-se, assim, que a educação básica representa prerrogativa constitucional deferida a todos (CF, art. 205), notadamente às crianças (CF, arts. 208, IV, e 227, “*caput*”), cujo adimplemento impõe a satisfação de um dever de prestação positiva pelo Poder Público, consistente na garantia de acesso pleno ao sistema educacional, inclusive ao atendimento em creche e pré-escola.

Os entes municipais, nesse contexto, são primariamente responsáveis por proporcionar a concretização da educação infantil mediante a adoção de políticas públicas eficientes, que devem alcançar especialmente a população mais vulnerável. Eventual omissão estatal na matéria revela uma violação direta ao texto constitucional, máxime porque esse direito “*não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental*”(ARE 639.337-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe de 15/9/2011).

Com efeito, a orientação jurisprudencial deste Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que o Estado tem o dever constitucional de

RE 1008166 / SC

assegurar o atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a cinco anos de idade (CF, art. 208, IV), de sorte que eventual inércia administrativa inaugura a possibilidade de proteção desse direito na via judicial, *verbis*:

“CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - SENTENÇA QUE OBRIGA O MUNICÍPIO DE SÃO PAULO A MATRICULAR CRIANÇAS EM UNIDADES DE ENSINO INFANTIL PRÓXIMAS DE SUA RESIDÊNCIA OU DO ENDEREÇO DE TRABALHO DE SEUS RESPONSÁVEIS LEGAIS, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA POR CRIANÇA NÃO ATENDIDA (...) POLÍTICAS PÚBLICAS, OMISSÃO ESTATAL INJUSTIFICÁVEL E INTERVENÇÃO CONCRETIZADORA DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE EDUCAÇÃO INFANTIL: POSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL. - 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 consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das “crianças até 5 (cinco) anos de idade” (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. - A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da 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, 9 2º) - não poderão demitir-se.

RE 1008166 / SC

do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. - Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político- -jurídicos que sobre eles incidem em caráter impositivo, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional.

DESCUMPRIMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DEFINIDAS EM SEDE CONSTITUCIONAL: HIPÓTESE LEGITIMADORA DE INTERVENÇÃO JURISDICCIONAL. - O Poder Público - quando se abstém de cumprir, total ou parcialmente, o dever de implementar políticas públicas definidas no próprio texto constitucional - transgride, com esse comportamento negativo, a própria integridade da Lei Fundamental, estimulando, no âmbito do Estado, o preocupante fenômeno da erosão da consciência constitucional. Precedentes: ADI 1.484/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g .. - A inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado. É que nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem ajustados à conveniência e aos desígnios dos governantes,

RE 1008166 / SC

em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos. - A intervenção do Poder Judiciário, em tema de implementação de políticas governamentais previstas e determinadas no texto constitucional, notadamente na área da educação infantil (RTJ 199/1219-1220), objetiva neutralizar os efeitos lesivos e perversos, que, provocados pela omissão estatal, nada mais traduzem senão inaceitável insulto a direitos básicos que a própria Constituição da República assegura à generalidade das pessoas. Precedentes. A CONTROVÉRSIA PERTINENTE À "RESERVA DO POSSÍVEL" E A INTANGIBILIDADE DO MÍNIMO EXISTENCIAL: A QUESTÃO DAS "ESCOLHAS TRÁGICAS". (...) - A cláusula da reserva do possível - que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição - encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. Doutrina. Precedentes. - A noção de "mínimo existencial", que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CE, art. 1º, m, e art. 3º, ID), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (Artigo XXV). A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTRAÇÃO E AO INADIMPLENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS. (...)" (ARE 639.337 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe de 15/9/2011 - Grifei)

"CONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL EM

RE 1008166 / SC

AGRAVO DE INSTRUMENTO. MATRÍCULA DE CRIANÇA DE ZERO A CINCO ANOS DE IDADE EM CRECHE E PRÉ-ESCOLAS MUNICIPAIS. DIREITO ASSEGURADO PELA CONSTITUIÇÃO (ART. 208, IV, DA CF). I - O Estado tem o dever constitucional de assegurar a garantia de atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a cinco anos de idade (art. 208, IV, da CF). II - Agravo regimental improvido” . (AI 592.075-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, DJe de 04/06/2009 - Grifei)

“1. RECURSO. Extraordinário. Inadmissibilidade. Educação infantil. Criança de até seis anos de idade. Atendimento em creche e pré-escola. 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). Precedentes. (...). (RE 592.937-AgR, Rel. Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, DJe de 4/6/2009)

No mesmo sentido, confirmam-se os seguintes precedentes: RE 384.201-AgR, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, DJ de 3/8/2007; RE 464.143-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJe de 18/2/2010, e RE 410.715-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJ de 3/2/2006.

Ressalto, ainda, que relatei acórdão alusivo ao direito subjetivo à creche quando integrava o e. Superior Tribunal de Justiça, adotando a mesma posição da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, *verbis*:

“(...) Prometendo o Estado o direito à creche, cumpre adimpli-lo, porquanto a vontade política e constitucional, para utilizarmos a expressão de Konrad Hesse, foi no sentido da erradicação da miséria intelectual que assola o país. O direito à creche é consagrado em regra com normatividade mais do que suficiente, porquanto se define pelo dever, indicando o sujeito passivo, in casu, o Estado. 6. Consagrado por um lado o dever do Estado, revela-se, pelo outro ângulo, o direito

RE 1008166 / SC

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. (...) 12. 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". (REsp 753.565, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 28/5/2007).

Extraí-se da jurisprudência a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário mediante determinações à Administração Pública para que efetue a matrícula de crianças em creches e pré-escolas, a fim de realizar a promessa constitucional de prestação universalizada de educação infantil.

Assim, ressoa inequívoco que o art. 208, IV, da Constituição Federal, que prevê o direito social à educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade, constitui norma de aplicabilidade direta e eficácia imediata, sendo plenamente possível exigir judicialmente do Estado uma determinada prestação material para sua concretização.

III. Do caso concreto

In casu, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina confirmou, em grau de recurso, sentença que concedera mandado de segurança, impetrado pelo Ministério Público estadual, assentando a obrigatoriedade de fornecimento de vaga à criança C.S.L. pelo Município de Criciúma, em estabelecimento educacional infantil, ante as determinações contidas nos artigos 208, inciso IV, e 211, § 2º, da Carta Federal. O acórdão recorrido, assim, não merece qualquer reforma, na linha das premissas assentadas

RE 1008166 / SC

neste voto.

Dispositivo

Ex positis, voto no sentido de, **no caso concreto**, **NEGAR PROVIMENTO** ao recurso extraordinário interposto pelo Município de Criciúma, para, confirmando o acórdão lavrado pela Terceira Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, assentar o dever do Município de Criciúma de efetuar a matrícula da criança C.S.L. em estabelecimento de educação infantil, próximo de sua residência.

Quanto à **tese da repercussão geral**, voto pela sua consolidação nos seguintes termos:

“1. A educação básica em todas as suas fases – educação infantil, ensino fundamental e ensino médio – constitui direito fundamental de todas as crianças e jovens, assegurado por normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade direta e imediata.

2. A educação infantil compreende creche (de zero a 3 anos) e a pré-escola (de 4 a 5 anos). Sua oferta pelo Poder Público pode ser exigida individualmente, como no caso examinado neste processo.

3. O Poder Público tem o dever jurídico de dar efetividade integral às normas constitucionais sobre acesso à educação básica.”

É como voto.

08/09/2022**PLENÁRIO****RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.008.166 SANTA CATARINA**

RELATOR	: MIN. LUIZ FUX
RECTE.(S)	: MUNICIPIO DE CRICIUMA
ADV.(A/S)	: PAULO ANTONIO CALIENDO VELLOSO DA SILVEIRA
ADV.(A/S)	: DIOGO LOPES DE BARBOSA LEITE
ADV.(A/S)	: PATRICIA TATIANA SCHMIDT
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE CRICIÚMA
RECDO.(A/S)	: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
AM. CURIAE.	: MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
AM. CURIAE.	: FUNDAÇÃO ABRINQ PELOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE
ADV.(A/S)	: GUILHERME AMORIM CAMPOS DA SILVA
ADV.(A/S)	: RUBENS NAVES E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	: MUNICIPIO DE RIO DE JANEIRO
ADV.(A/S)	: PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO
AM. CURIAE.	: MUNICIPIO DE TABOAO DA SERRA
ADV.(A/S)	: PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE TABOÃO DA SERRA
AM. CURIAE.	: DISTRITO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO DISTRITO FEDERAL
AM. CURIAE.	: MUNICIPIO DE PORTO ALEGRE
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE
AM. CURIAE.	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA
PROC.(A/S)(ES)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DA BAHIA
AM. CURIAE.	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO

RE 1008166 / SC

	TOCANTINS
PROC.(A/S)(ES)	:DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO TOCANTINS
AM. CURIAE.	:DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO CEARÁ
PROC.(A/S)(ES)	:DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO CEARÁ
AM. CURIAE.	:DEFENSORIA PUBLICA DO DISTRITO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES)	:DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO DISTRITO FEDERAL
AM. CURIAE.	:DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PROC.(A/S)(ES)	:DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
AM. CURIAE.	:DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PROC.(A/S)(ES)	:DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS
AM. CURIAE.	:DEFENSORIA PUBLICA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
PROC.(A/S)(ES)	:DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE PERNAMBUCO
AM. CURIAE.	:DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROC.(A/S)(ES)	:DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
AM. CURIAE.	:DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADV.(A/S)	:DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
AM. CURIAE.	:DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES)	:DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO
AM. CURIAE.	:DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
PROC.(A/S)(ES)	:DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

RE 1008166 / SC

VISTA

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA:

Minha saudação, Senhor Presidente! Minha saudação aos demais Colegas, Ministra Rosa Weber, também aos que nos acompanham pela internet, ao eminente Procurador-Geral da República, Doutor Augusto Aras, e aos Advogados e Defensores Públicos que aqui se fazem presente. Minha saudação a todos!

Permita-me, Senhor Presidente, fazer pedido de vista para análise da questão. Comprometo-me a trazer a matéria para discussão em tempo bem breve.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.008.166

PROCED. : SANTA CATARINA

RELATOR : MIN. LUIZ FUX

RECTE.(S) : MUNICIPIO DE CRICIUMA

ADV.(A/S) : PAULO ANTONIO CALIENDO VELLOSO DA SILVEIRA (52673/DF, 33940/RS, 49777/SC)

ADV.(A/S) : DIOGO LOPES DE BARBOSA LEITE (168945/RJ)

ADV.(A/S) : PATRICIA TATIANA SCHMIDT (15034/SC)

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE CRICIÚMA

RECDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

AM. CURIAE. : MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

AM. CURIAE. : FUNDACAO ABRINQ PELOS DIREITOS DA CRIANCA E DO ADOLESCENTE

ADV.(A/S) : GUILHERME AMORIM CAMPOS DA SILVA (109737/RJ, 130183/SP)

ADV.(A/S) : RUBENS NAVES (212674/RJ, 19379/SP) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : MUNICIPIO DE RIO DE JANEIRO

ADV.(A/S) : PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO

AM. CURIAE. : MUNICIPIO DE TABOAO DA SERRA

ADV.(A/S) : PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE TABOÃO DA SERRA

AM. CURIAE. : DISTRITO FEDERAL

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO DISTRITO FEDERAL

AM. CURIAE. : MUNICIPIO DE PORTO ALEGRE

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE

AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA

PROC.(A/S) (ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DA BAHIA

AM. CURIAE. : DEFENSORIA PUBLICA DO ESTADO DO TOCANTINS

PROC.(A/S) (ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO TOCANTINS

AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO CEARÁ

PROC.(A/S) (ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO CEARÁ

AM. CURIAE. : DEFENSORIA PUBLICA DO DISTRITO FEDERAL

PROC.(A/S) (ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO DISTRITO FEDERAL

AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

PROC.(A/S) (ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

PROC.(A/S) (ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS

AM. CURIAE. : DEFENSORIA PUBLICA DO ESTADO DE PERNAMBUCO

PROC.(A/S) (ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE PERNAMBUCO

AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

PROC.(A/S) (ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ADV.(A/S) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S) (ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO
AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
PROC.(A/S) (ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

Decisão: Após o voto do Ministro Luiz Fux (Presidente e Relator), que negava provimento ao recurso extraordinário, pediu vista dos autos o Ministro André Mendonça. Falaram: pelo recorrente, o Dr. Paulo Antônio Caliendo Velloso da Silva; pelo recorrido, o Dr. Davi do Espírito Santo, Procurador de Justiça do Estado de Santa Catarina; pelo *amicus curiae* Município de São Paulo, a Dra. Simone Andréa Barcelos Coutinho, Procuradora do Município; pelo *amicus curiae* Município do Rio de Janeiro, o Dr. Diogo Lopes de Barbosa Leite, Procurador do Município; pelo *amicus curiae* Distrito Federal, o Dr. Jorge Octávio Lavocat Galvão, Procurador do Distrito Federal; pelo *amicus curiae* Defensoria Pública do Estado da Bahia, o Dr. Hélio Soares Júnior, Defensor Público do Estado; pelo *amicus curiae* Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, o Dr. Pedro Carriello, Defensor Público do Estado; pelo *amicus curiae* Defensoria Pública da União, o Dr. Daniel de Macedo Alves Pereira, Defensor Público-Geral Federal; e, pela Procuradoria-Geral da República, o Dr. Antônio Augusto Brandão de Aras, Procurador-Geral da República. Ausentes, justificadamente, os Ministros Gilmar Mendes e Cármen Lúcia. Plenário, 8.9.2022.

Presidência do Senhor Ministro Luiz Fux. Presentes à sessão os Senhores Ministros Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Nunes Marques e André Mendonça.

Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Gilmar Mendes e Cármen Lúcia.

Procurador-Geral da República, Dr. Antônio Augusto Brandão de Aras.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário

21/09/2022

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.008.166 SANTA CATARINA

DEBATE

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Presidente, posso só fazer uma indagação?

A versão de Vossa Excelência, Ministro Fux, no caso concreto, se bem entendo, é uma determinação para efetivação imediata?

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - É imediata, é mandamental.

Aliás, na semana passada, também o Ministro Gilmar trouxe uma sentença aditiva com caráter mandamental.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Presidente, tenho uma indagação também. Vossa Excelência me permite que eu a faça ao eminente relator?

Ministro Fux, salvo engano - até revi o vídeo da sessão passada -, Vossa Excelência estabeleceu alguns requisitos para o acesso à creche.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Agora também.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Um deles é a comprovação de pobreza?

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - É.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Está certo, só queria confirmar isso. Vossa Excelência está mantendo esse requisito da pobreza?

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Não está mantido o requisito de pobreza dos carentes, tanto que a tese de repercussão geral, não para aprovação...

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (PRESIDENTE) - Ministro Fux, se Vossa Excelência enunciar a tese, ela vale como um resumo do voto de Vossa Excelência; se puder fazê-lo, agradeço.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Farei. Ministro Lewandowski, atendendo a essa justa - porque facilita - ponderação da

RE 1008166 / SC

Presidência, a tese de repercussão geral, passível de modificações, estabelece o seguinte: *"A Administração Pública, por força de decisão judicial, deve matricular crianças de zero a cinco anos de idade em creche ou pré-escola pública, desde que haja comprovação de pedido administrativo prévio não atendido em prazo razoável e de incapacidade financeira do requerente de arcar com o custo correspondente."*

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Presidente, Vossa Excelência, o eminente Relator e com permissão do Ministro André Mendonça, apenas para explicitar.

O caso em si é relevante, e muito, mas aqui nós estamos em repercussão geral, que creio que foi a preocupação das intervenções anteriores. Portanto, o que se percebe nitidamente é que o voto de Sua Excelência garante um direito fundamental condicionado, sob reserva, sob restrição, o que, em meu modo de ver, no fundo, é um provimento parcial do recurso extraordinário, e eu, desde logo, assento uma compreensão distinta, mas, a seu tempo, irei expor.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Presidente, eu queria só uma indagação ao Ministro Luiz Fux. Em conclusão, se for hipossuficiente, o município tem que arrumar vaga, é isso?

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Não, veja bem, se for hipossuficiente, se houve requerimento, se houve comprovação da hipossuficiência, o município é instado a efetivar esse direito de creche.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Só a título de colaboração, porque me preocupa uma decisão do Supremo Tribunal Federal que, eventualmente, não possa ser cumprida.

Eu trago aqui os dados do índice Firjan de gestão fiscal, empiricamente - todos sabemos, mas é importante colocar -, dos municípios brasileiros que têm a responsabilidade pela creche, a responsabilidade direta, 1.704, ou seja, 32,5%, 1/3 dos municípios, não arrecadam o suficiente para arcar com os custos da Câmara dos Vereadores e da estrutura administrativa da prefeitura. Nós sabemos que os municípios são absolutamente deficitários. A partir de 88 até a edição

RE 1008166 / SC

de emenda, a geração espontânea de municípios acabou gerando isso. Mas, além disso, outros 34,7%, 1.818 municípios, gastam 54% de receita com despesa de pessoal e só conseguem investir 4,6% do orçamento - para limpeza, segurança, habitação...

Eu concordo com o eminente Ministro-Relator que é obrigação do município concretizar a creche. Vários municípios têm um escalonamento, mas uma determinação para que, obrigatoriamente, sempre que houver o pedido, sem que o município possa fazer um planejamento; é óbvio que ele tem a obrigatoriedade de realizar um planejamento, mas, imediatamente, ele não vai ter de onde tirar o dinheiro. Então é isso só que me preocupa, principalmente na definição da tese.

Obrigado, Presidente.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (PRESIDENTE) - Há vários Ministros que pediram a palavra. Pois não, Ministro Luís Roberto.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Eu, na verdade, me preocupei, porque existe um Plano Nacional de Educação que estipulou como meta que, até 2024, 50% das crianças de até três anos tivessem acesso ao ensino infantil em geral, tanto à pré-escola quanto à creche. Há um programa legislativo de concretização desse direito, e eu tive uma preocupação de saber se nós estamos superando esse programa legislativo, ou se nós queremos, na verdade, implementar essa execução do mandamento constitucional feito pelo legislador.

Preciso dizer que eu, como todos os Colegas, acho que a execução imediata desse direito seria formidável, mas nós temos algumas preocupações e compromissos com a viabilidade. E, portanto, eu acho que essa é uma discussão muito importante. Eu concordo com todas as premissas que Vossa Excelência estabeleceu, mas acho que nós temos que pensar um pouco como vamos viabilizar.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (PRESIDENTE) - Pois não, Ministro Lewandowski.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI -Presidente, claro, eu não quero antecipar o debate, mas é muito importante que nós

RE 1008166 / SC

balizemos, talvez, os debates futuros e a compreensão que temos sobre esse tema.

Eu, tal como o eminente Ministro Fachin - se bem o compreendi-, tenho preocupações com relação a uma limitação que nós vamos colocar ao direito fundamental que está expresso no art. 206, I, da Constituição, no sentido de que o ensino será ministrado com base no princípio da igualdade de condições para acesso e permanência na escola. Se nós colocarmos uma limitação de caráter econômico, ainda que com uma intenção supostamente benfazeja, temo que nós criaremos verdadeiras bolhas. E o Supremo Tribunal Federal tem, de forma reiterada, se pronunciado desde a questão das cotas raciais nas escolas, depois com relação a *homeschooling*, sempre enfatizando esta importância de termos, no ambiente escolar ou pré-escolar, essa miscigenação, que é extremamente positiva e que, a nosso ver, sempre, pelo menos na compreensão majoritária desta Suprema Corte, expressa fundamentalmente um dos aspectos do princípio republicano.

Portanto, mais do que, digamos assim, uma objeção pontual ao enunciado da tese de Vossa Excelência, eu queria antecipar o meu ponto de vista nesse sentido: que nós estaríamos, talvez com uma intenção positiva - uma visão consequencialista do Direito -, restringindo um direito fundamental.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Ministro Lewandowski, se eu bem entendi, Vossa Excelência acha que não deve haver condicionamento nenhum.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Eu vou acompanhar a conclusão de Vossa Excelência, mas não a tese.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - A preocupação de Vossa Excelência é diametralmente oposta ao que os Colegas manifestaram.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Com todas as vênias do eminente Ministro Ricardo Lewandowski, eu acho que a gente deve prestigiar nas creches públicas os hipossuficientes. E os que têm condições vão para a creche privada. Eu peço todas as vênias ao

RE 1008166 / SC

Ministro Ricardo, mas eu penso diferente.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Então, vamos ouvir a vista.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (PRESIDENTE) - Sim, Ministro André Mendonça, Vossa Excelência está com a palavra. O voto-vista que foi compartilhado.

21/09/2022

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.008.166 SANTA CATARINA

VOTO-VISTA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO.
REPERCUSSÃO GERAL. TEMA RG Nº 548.
ACESSO UNIVERSAL À EDUCAÇÃO
INFANTIL. PLANO NACIONAL DE
EDUCAÇÃO. CUMPRIMENTO.

VOTO: Conheço do presente recurso
extraordinário para, nos termos do art.
1.040, II, do CPC de 2015, promover a
devolução dos autos ao Tribunal *a quo*, para
reexame do feito.

PROPOSTA DE TESE DE JULGAMENTO: É
dever estatal, constitucionalmente
obrigatório, assegurar o acesso universal à
educação infantil, em creche e pré-escola, às
crianças até 5 (cinco) anos de idade. Esta
obrigação deve ser cumprida:

- a) de forma imediata, para todas as crianças
a partir de 04 anos;
- b) de forma gradual, de acordo com o Plano
Nacional de Educação – PNE, garantindo-se
a oferta de vagas equivalentes à, no mínimo,
50% da demanda até 2024, para as crianças
de até 03 anos;

Constatada a não aplicação do percentual
mínimo orçamentário em educação, bem
como o descumprimento de qualquer outra
obrigação constitucional ou legal
relacionada à política pública educacional
pelo ente, a obrigatoriedade de

RE 1008166 / SC

universalização do atendimento à educação infantil passa a ser imediata.

O MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA:

1. Senhor Presidente, acolhendo o escoreito relatório elaborado por Sua Excelência, enquanto Ministro Relator do caso, permito-me apenas rememorar brevemente que estamos a analisar Recurso Extraordinário interposto pelo Município de Criciúma/SC, em face da decisão prolatada pelo Tribunal de Justiça catarinense no bojo de Mandado de Segurança impetrado pelo Ministério Público daquele estado em favor do menor C.S.L., para obrigar a municipalidade ré a promover a inclusão imediata daquela criança em estabelecimento de educação infantil (0 a 5 anos) próximo à sua residência.

2. A argumentação central que embasou a impetração do *writ* fundamenta-se na autoaplicabilidade do direito fundamental inserto no art. 208, IV, c/c §1º do mesmo dispositivo da Constituição da República.

3. Concedida a segurança pelo juízo de origem, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina ratificou a aludida linha argumentativa, mantendo o deferimento da ordem mandamental para fins de obrigar o Município a disponibilizar vagas na educação infantil para as crianças até 05 anos.

4. Por sua vez, aduz o Município de Criciúma/SC, em apartada síntese das razões que veicula no respectivo recurso extraordinário, que ao assim decidir, o v. acórdão incorreria em ofensa aos arts. 2º, 167, II, e 208, IV, do Texto Constitucional.

5. Afirma-se ter havido ofensa ao princípio da separação dos poderes na medida em que a decisão proferida pelo Poder Judiciário interfere sobremaneira na capacidade do Poder Executivo de planejar e

RE 1008166 / SC

implementar políticas públicas. Alude-se, ainda, ao desrespeito à vedação constitucional à assunção de obrigações e realização de despesas sem previsão orçamentária (CRFB, art. 167, II), uma vez que a decisão judicial dá aos recursos públicos destinação diversa daquela assentada na lei orçamentária.

6. Sustenta, por fim, que apenas o acesso ao ensino fundamental, e não ao ensino infantil, seria um direito público subjetivo, em conformidade com o art. 208, I, § 1º, CRFB. Daí porque a inclusão de crianças em unidades de ensino infantil é um resultado a ser perseguido pelo Poder Público, mas não um direito público subjetivo a ser efetivado individualmente e de forma imediata.

7. Determinando o e. Relator a colheita de manifestação do *parquet*, sobreveio parecer pelo desprovimento do recurso extraordinário. O opinativo está assim ementado:

DIREITO À CRECHE. NORMAS DA CONSTITUIÇÃO QUE GERAM DIREITO SUBJETIVO DE CARÁTER FUNDAMENTAL A QUE CRIANÇAS NA IDADE PRÓPRIA RECEBAM DOS PODERES PÚBLICOS A EDUCAÇÃO INFANTIL. INEXISTÊNCIA DE OFENSA A SEPARAÇÃO DE PODERES. DESCABIMENTO DO ARGUMENTO DA RESERVA DO POSSÍVEL ORÇAMENTÁRIO.

8. Sumariamente sintetizada a controvérsia, passo a me manifestar, antecipando desde logo que, **para além do deslinde do caso concreto posto em julgamento, preocupo-me com os limites e extensão da tese que venhamos a fixar sob a sistemática da Repercussão Geral.**

9. Tal como se pode verificar a partir da breve contextualização, a controvérsia estabelecida nos autos diz respeito à potencial *autoaplicabilidade do art. 208, IV, da Constituição Federal*, que estabelece o dever do Estado de assegurar o acesso à “*educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade*”.

RE 1008166 / SC

10. Como antes pontuado, em sentido contrário à autoaplicabilidade do dispositivo, invocam os entes municipais a necessidade de observância do “*princípio da realidade*”, da própria natureza dos direitos sociais em geral, e do direito à educação em particular, pois na medida em que demandam prestação positiva por parte do Poder Público, seria defeso ao Poder Judiciário promover a determinação de inclusão automática e imediata, de modo universal, de todas as crianças de 0 a 5 anos em creches e pré-escolas, independentemente de qualquer óbice de ordem prática, como, por exemplo, eventual limitação orçamentária (indisponibilidade de recursos) ou operacional (necessidade de prévia contratação de pessoal, treinamento e capacitação para atendimento específico à faixa etária, construção ou adaptação de estruturas físicas, etc.).

11. Na linha do que bem pontou o i. representante da Procuradoria-Geral da República, a matéria não é desconhecida por este Preclaro Colegiado.

12. De fato, “[d]ecisões reiteradas da Corte têm situado o direito à creche no domínio das emanções diretas do princípio da dignidade da pessoa humana, inserindo-se no âmbito da eficácia mínima do direito à educação”. Bem ilustra o referido entendimento o voto do eminente Ministro CELSO DE MELLO no bojo dos REs nº 436.996-AgR/SP e RE nº 410.715-AgR/SP, julgados pela 2ª Turma em 22/11/2005, *in verbis*:

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,

RE 1008166 / SC

§ 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 consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das "crianças 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.*

- *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*

RE 1008166 / SC

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.

(RE nº 410.715-AgR/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, j. 22/11/2005, p. 03/02/2006).

13. Nessa linha de inteligência, **aquiesço com o sempre brilhante eminente Ministro CELSO DE MELLO quando pontua que o art. 208, IV, do Texto Constitucional agasalha verdadeira "prerrogativa jurídica" que, "em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das "crianças de zero a seis anos de idade" (CF, art. 208, IV) [na redação anterior à EC nº 56/2006], 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"**.

14. **Nada obstante**, com a máxima vênica às posições em contrário, **penso que o cumprimento dessa elevadíssima obrigação constitucional** de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, o acesso a creches e pré-escolas a crianças de 0 a 5 anos – *com alteração de faixa etária promovida pela EC nº 56, de 2006* –, **não pode ser exigido de forma imediata**, negligenciando-se a inafastável contingência de ordem prática, imposta pela realidade, consubstanciada no processo de concretização inerente à prestação de qualquer política pública, por mais relevante que seja.

15. A esse respeito, penso deva-se estar atento à noção de *processo*

RE 1008166 / SC

inerente às políticas públicas — *ou seja*, de algo que se concretiza em etapas, através da realização sucessiva de vários atos que se protraem no tempo, destinados à consecução de um objetivo final. Nesse contexto, o parágrafo único no art. 193 do Texto Constitucional, inserido pelo Constituinte Reformador por meio da EC nº 108, de 2020, estabeleceu que “[o] Estado exercerá a função de planejamento das políticas sociais, assegurada, na forma da lei, a participação da sociedade nos processos de formulação, de monitoramento, de controle e de avaliação dessas políticas”.

16. Nessa mesma direção caminhou esta Excelsa Corte recentemente, ao apreciar da ADO nº 2/DF, também de relatoria do e. Ministro LUIZ FUX, julgada aos 15/04/2020. Naquela ocasião, Sua Excelência asseverou que “[a] concretização do plano constitucional, destarte, não é nem instantânea nem estanque, mercê das constantes alterações econômicas, políticas, sociais e culturais.” E, prosseguindo no raciocínio, pontificou:

(...) Embora alguns mandamentos fundamentais possam ser perfectibilizados, apenas, pela via normativa, outras políticas públicas demandam atuação coordenada de múltiplas esferas administrativas, assim como tempo de maturação, planejamento estrutural e orçamentário e, quiçá, uma certa dose de experimentalismo.

Noutros termos, as políticas públicas são realizadas por meio de processos ou ciclos (FONTE, Felipe de Melo. Políticas públicas e direitos fundamentais. Editora Saraiva, 2017), que, a depender da sua complexidade e dimensão, demandarão tempo para a sua implementação.

(grifei)

17. Portanto, este Supremo Tribunal Federal já reconheceu que as políticas públicas estão sujeitas a um processo de concretização. Por força de tal contingência, não seria razoável exigir, de modo cogente, independentemente do exame das peculiaridades de cada situação concreta, o cumprimento automático, de modo idêntico e universal, da

RE 1008166 / SC

obrigação constitucional imposta, prioritariamente, aos 5.568 municípios do país (além do Distrito Federal).

18. No ponto, impõe-se à observância ao que se convencionou denominar em sede doutrinária de “*princípio da realidade*”¹, ou, para usar termo cunhado pelo e. Ministro Eros Grau em precedente deste Preclaro Colegiado, a “*força normativa dos fatos*”, que condiciona a atuação estatal não apenas no âmbito da sua função executiva, mas que deve nortear o exercício tanto da função legislativa, quanto da função jurisdicional, sob pena de incontornável ineficácia das decisões exaradas.

19. Nas palavras do e. Ministro Eros Grau, é a “*força normativa dos fatos [normative Kraft des Faktischen], a que se refere Georg JELLINEK, que permite compreender a origem e a existência da ordem jurídica, pois na vida do Estado as relações reais precedem as normas em função delas produzidas*” (ADIs 2240, 3316, 3489 e 3689, julgadas em 09/05/2007).

20. No âmbito doutrinário, tratando da incidência do princípio da realidade especificamente na seara administrativa, leciona Diogo de Figueiredo Moreira Neto o seguinte²:

“O entendimento do princípio da realidade parte de considerações bem simples: o Direito volta-se à convivência real entre os homens e todos os atos partem do pressuposto de que os fatos que sustentam suas normas e demarcam seus objetivos são verdadeiros.

São os fatos que regularmente ocorrem ou podem ocorrer, na natureza física ou convivencial, e só excepcionalmente, e por disposição expressa, a ordem jurídica acolhe ficções ou presunções.

Em outros termos, a vivência do Direito não comporta fantasias; o irreal tanto não pode ser a fundamentação de um ato administrativo quanto não pode ser o seu objetivo.”

1 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e Discricionariedade*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

2 Ob. Cit.

RE 1008166 / SC

21. Por outro lado, há que se realçar que, o reconhecimento do caráter paulatino e gradual de construção das políticas públicas não afasta, em absoluto, a possibilidade de atuação judicial nos casos em que se evidencie a inércia, comportamento insuficiente, ou mesmo refratário à realização do plano constitucional pelo gestor público.

22. Reconhece-se a existência de dificuldades, mas não de discricionariedades. Há necessidade de ação progressiva, mas não omissa, insuficiente ou contrária à direção imposta pela Carta de 1988.

23. Aludindo mais uma vez ao que decidiu esta Excelsa Corte ao apreciar a ADO nº 2/DF, em julgamento unânime, acolheram-se as seguintes balizas traçadas pelo e. Ministro Luiz Fux como norteadoras da legítima intervenção judicial:

À luz dessas considerações, o que se deve perquirir, in casu, é se a hipótese aqui apreciada se amolda às situações em que o Poder Judiciário deve intervir para suprir omissão normativa ou administrativa causadora de um estado de proteção deficiente (Untermassverbot) ou se, alternativamente, deve ser deferente às medidas já implementadas e em processo de implementação pelos demais Poderes, mercê das maiores capacidades institucionais destes últimos.

Para esse fim, devem ser levadas em consideração (i) a existência de esforços legislativos e administrativos na implantação da instituição em âmbito nacional; e (ii) a ausência de elementos empíricos que demonstrem cabalmente a desídia pública apta a configurar "rigorosamente [...] um quadro de violação massiva e sistemática de direitos fundamentais decorrente de falhas estruturais do Estado", nos termos acima assinalados.

(...)

Constrições orçamentárias, políticas, capacitárias e institucionais, embora não permitam ao Poder Público ignorar

RE 1008166 / SC

a ordem constitucional, devem ser sopesadas pelo julgador quando da avaliação de eventual omissão ilícita, sob pena de submeter o legislador e o administrador a um patamar de perfeccionismo inalcançável e perigosamente apartado do princípio democrático.

(...)

Os recursos estatais são, por excelência, escassos, de modo que há, no mais das vezes, um descompasso entre as demandas da sociedade e as correspondentes capacidades jurídico-administrativas do Estado. Consectariamente, **na impossibilidade fática de aplicar recursos ótimos em todas as áreas deficitárias, o gestor público deve realizar escolhas alocativas trágicas.** Poeticamente, Guido Calabresi e Philip Bobbit afirmam: “perguntamos: ‘qual o caminho sem flagelos?’, mas nós sabemos que nenhuma resposta verdadeira nos dará alento” (CALABRESI, Guido; BOBBIT, Philip. *Tragic Choices*. New York: Norton, 1978, p. 18-19).

(grifei)

24. Nessa mesma trilha, especificamente no que pertine ao processo de concretização da política pública educacional, ao analisar a alegação de eventual omissão do Poder Executivo em face da **não erradicação do analfabetismo** no país e na **implementação do ensino fundamental obrigatório e gratuito a todos os brasileiros**, a e. Ministra Cármen Lúcia (Relatora na ADI Nº 1.698/DF, j. 25/02/2010, p. 16/04/2010), asseverou que:

(...) “o Brasil tem muitíssimo a fazer em termos de compromisso constitucionalmente imposto de erradicar o analfabetismo, até mesmo para que os direitos fundamentais, a dignidade da pessoa humana, a sua liberdade, a igualdade de oportunidades possam ser efetivados.

Todavia, para os fins da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, não há como afirmar, aqui, ter havido inércia do Presidente da República de modo a se lhe imputar providência administrativa que ainda não tivesse sido por ele adotada e que poderia ser suprida pela procedência desta ação”.

25. O mencionado acórdão resta assim ementado:

RE 1008166 / SC

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO EM RELAÇÃO AO DISPOSTO NOS ARTS. 6º, 23, INC. V, 208, INC. I, e 214, INC. I, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. ALEGADA INÉRCIA ATRIBUÍDA AO PRESIDENTE DA REPÚBLICA PARA ERRADICAR O ANALFABETISMO NO PAÍS E PARA IMPLEMENTAR O ENSINO FUNDAMENTAL OBRIGATÓRIO E GRATUITO A TODOS OS BRASILEIROS.

1. Dados do recenseamento do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística demonstram redução do índice da população analfabeta, complementado pelo aumento da escolaridade de jovens e adultos.

2. Ausência de omissão por parte do Chefe do Poder Executivo federal em razão do elevado número de programas governamentais para a área de educação.

3. A edição da Lei n. 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional) e da Lei n. 10.172/2001 (Aprova o Plano Nacional de Educação) demonstra atuação do Poder Público dando cumprimento à Constituição.

4. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão improcedente.

(ADI nº 1.698/DF, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, j. 25/02/2010, p. 16/04/2010)

26. Vê-se, portanto, que o reconhecimento da obrigatoriedade de concretização do dever estatal de assegurar a todas as crianças, de 0 a 5 anos, o acesso à creches e pré-escolas, sem que haja qualquer margem de discricionariedade ao gestor quanto à necessidade de dar efetivo cumprimento a este mandamento, não enseja, automaticamente, o reconhecimento de que tal dever pode ser adimplido de forma instantânea.

27. Ausência de instantaneidade essa que, repise-se, não afasta por completo a possibilidade de socorro jurisdicional, mas antes condiciona a prestação da jurisdição, exigindo-se que se considerem, no caso concreto,

RE 1008166 / SC

os esforços já empreendidos pelos demais Poderes no processo de concretização da aludida política pública, bem como os eventuais obstáculos empiricamente encontrados.

28. Incide, no caso, abordagem que o eminente Ministro Gilmar Mendes denominou em âmbito doutrinário de “*doutrina da aproximação*” (*Annäherungslehre*), que preconiza postura de autocontenção judicial nos casos em que se constatar a adoção de medidas concretas pela autoridade governamental competente para superar o estado de inconstitucionalidade eventualmente verificado em relação a direitos de complexa concretização.

29. Em reforço a tal linha de pensamento, verifico que, novamente na matéria específica da política pública educacional, **o Constituinte previu no art. 214 da Carta de 1988 que “[a] lei estabelecerá o plano nacional de educação, de duração decenal, com o objetivo de articular o sistema nacional de educação em regime de colaboração e definir diretrizes, objetivos, metas e estratégias de implementação para assegurar a manutenção e desenvolvimento do ensino em seus diversos níveis, etapas e modalidades por meio de ações integradas dos poderes públicos das diferentes esferas federativas que conduzam a: (...) II - universalização do atendimento escolar”**.

30. Portanto, por meio do referido dispositivo – alterado pela Emenda Constitucional nº 59, de 2009, mas mantido em sua essência – já se assenta, no próprio Texto Constitucional, com clareza solar, a necessidade elaboração de um *plano*, que venha a fixar diretrizes e *metas* para concretização do direito fundamental à educação, inclusive no que pertine à universalização do atendimento escolar.

31. Pois bem. Atendendo ao referido comando constitucional, foi editada a **Lei nº 13.005, de 2014**, aprovando o **Plano Nacional de Educação - PNE**, com vigência por 10 (dez) anos, a contar da data de sua

RE 1008166 / SC

publicação. O PNE, anexo ao aludido diploma legal, estabelece 20 metas, com as respectivas estratégias que devem ser adotadas pelos entes governamentais para concretização de cada uma delas.

32. No tocante à educação infantil (0 a 5 anos), estipula-se na **Meta 1** o seguinte objetivo, com as correlatas estratégias:

Meta 1:

universalizar, até 2016, a educação infantil na pré-escola para as crianças de 4 (quatro) a 5 (cinco) anos de idade e ampliar a oferta de educação infantil em creches de forma a atender, no mínimo, 50% (cinquenta por cento) das crianças de até 3 (três) anos até o final da vigência deste PNE.

Estratégias:

1.1) definir, em regime de colaboração entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, metas de expansão das respectivas redes públicas de educação infantil segundo padrão nacional de qualidade, considerando as peculiaridades locais;

1.2) garantir que, ao final da vigência deste PNE, seja inferior a 10% (dez por cento) a diferença entre as taxas de frequência à educação infantil das crianças de até 3 (três) anos oriundas do quinto de renda familiar per capita mais elevado e as do quinto de renda familiar per capita mais baixo;

1.3) realizar, periodicamente, em regime de colaboração, levantamento da demanda por creche para a população de até 3 (três) anos, como forma de planejar a oferta e verificar o atendimento da demanda manifesta;

1.4) estabelecer, no primeiro ano de vigência do PNE, normas, procedimentos e prazos para definição de mecanismos de consulta pública da demanda das famílias por creches;

1.5) manter e ampliar, em regime de colaboração e respeitadas as normas de acessibilidade, programa nacional de construção e reestruturação de escolas, bem como de aquisição de equipamentos, visando à expansão e à melhoria da rede física de escolas públicas de educação infantil;

RE 1008166 / SC

1.6) implantar, até o segundo ano de vigência deste PNE, avaliação da educação infantil, a ser realizada a cada 2 (dois) anos, com base em parâmetros nacionais de qualidade, a fim de aferir a infraestrutura física, o quadro de pessoal, as condições de gestão, os recursos pedagógicos, a situação de acessibilidade, entre outros indicadores relevantes;

1.7) articular a oferta de matrículas gratuitas em creches certificadas como entidades beneficentes de assistência social na área de educação com a expansão da oferta na rede escolar pública;

1.8) promover a formação inicial e continuada dos (as) profissionais da educação infantil, garantindo, progressivamente, o atendimento por profissionais com formação superior;

1.9) estimular a articulação entre pós-graduação, núcleos de pesquisa e cursos de formação para profissionais da educação, de modo a garantir a elaboração de currículos e propostas pedagógicas que incorporem os avanços de pesquisas ligadas ao processo de ensino-aprendizagem e às teorias educacionais no atendimento da população de 0 (zero) a 5 (cinco) anos;

1.10) fomentar o atendimento das populações do campo e das comunidades indígenas e quilombolas na educação infantil nas respectivas comunidades, por meio do redimensionamento da distribuição territorial da oferta, limitando a nucleação de escolas e o deslocamento de crianças, de forma a atender às especificidades dessas comunidades, garantido consulta prévia e informada;

1.11) priorizar o acesso à educação infantil e fomentar a oferta do atendimento educacional especializado complementar e suplementar aos (às) alunos (as) com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação, assegurando a educação bilíngue para crianças surdas e a transversalidade da educação especial nessa etapa da educação básica;

1.12) implementar, em caráter complementar, programas de orientação e apoio às famílias, por meio da articulação das áreas de educação, saúde e assistência social, com foco no desenvolvimento integral das crianças de até 3 (três) anos de idade;

1.13) preservar as especificidades da educação infantil na organização das redes escolares, garantindo o atendimento da criança

RE 1008166 / SC

de 0 (zero) a 5 (cinco) anos em estabelecimentos que atendam a parâmetros nacionais de qualidade, e a articulação com a etapa escolar seguinte, visando ao ingresso do (a) aluno(a) de 6 (seis) anos de idade no ensino fundamental;

1.14) fortalecer o acompanhamento e o monitoramento do acesso e da permanência das crianças na educação infantil, em especial dos beneficiários de programas de transferência de renda, em colaboração com as famílias e com os órgãos públicos de assistência social, saúde e proteção à infância;

1.15) promover a busca ativa de crianças em idade correspondente à educação infantil, em parceria com órgãos públicos de assistência social, saúde e proteção à infância, preservando o direito de opção da família em relação às crianças de até 3 (três) anos;

1.16) o Distrito Federal e os Municípios, com a colaboração da União e dos Estados, realizarão e publicarão, a cada ano, levantamento da demanda manifesta por educação infantil em creches e pré-escolas, como forma de planejar e verificar o atendimento;

1.17) estimular o acesso à educação infantil em tempo integral, para todas as crianças de 0 (zero) a 5 (cinco) anos, conforme estabelecido nas Diretrizes Curriculares Nacionais para a Educação Infantil.

33. Portanto, o próprio legislador infraconstitucional, no legítimo espaço de conformação que lhe outorgou a Constituição Federal, atendendo ao mandando inserto no art. 214 da Carta Maior, especificamente em relação à educação infantil, estipulou o dever estatal de “ampliar a oferta de educação infantil em creches de forma a atender, no mínimo, 50% (cinquenta por cento) das crianças de até 3 (três) anos”, dever este a ser concretizado até 2024 (tendo em vista o prazo de vigência decenal do PNE, fixado pelo art. 1º, a partir de 2014).

34. Nesse diapasão, por tudo quanto o exposto, e considerando ainda que a própria meta fixada pelo legislador ancorou a ampliação da oferta em creches ao patamar mínimo mínimo de vagas equivalentes a “50% (cinquenta por cento) das crianças de até 3 (três) anos”, não há, a meu

RE 1008166 / SC

sentir, como se concluir que estejam os entes municipais obrigados, de modo instantâneo, a disponibilizar vagas para 100% (cem por cento) das crianças, de 0 a 5 anos.

35. Como último argumento nessa direção, faço alusão ainda à Lei nº 9.394, de 1996 – *Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional*. Esta, alinhada à ordem de prioridade constitucionalmente estipulada pelo art. 208 da CRFB, sem olvidar a relevância dos demais níveis e etapas da escala educacional, garante predileção à universalização do atendimento à educação básica (de 04 a 17 anos). *In verbis*:

Art. 4º. O dever do Estado com educação escolar pública será efetivado mediante a garantia de:

I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, organizada da seguinte forma:

- a) pré-escola;*
- b) ensino fundamental;*
- c) ensino médio;*

II - educação infantil gratuita às crianças de até 5 (cinco) anos de idade;

(...)

X – vaga na escola pública de educação infantil ou de ensino fundamental mais próxima de sua residência a toda criança a partir do dia em que completar 4 (quatro) anos de idade.

Art. 5º.

(...)

§ 2º: Em todas as esferas administrativas, o Poder Público assegurará em primeiro lugar o acesso ao ensino obrigatório, nos termos deste artigo, contemplando em seguida os demais níveis e modalidades de ensino, conforme as prioridades constitucionais e legais.

Art. 11. Os Municípios incumbir-se-ão de:

RE 1008166 / SC

(...)

*V - oferecer a educação infantil em creches e pré-escolas, e, com **prioridade, o ensino fundamental**, permitida a atuação em outros níveis de ensino somente quando estiverem atendidas plenamente as necessidades de sua área de competência e com recursos acima dos percentuais mínimos vinculados pela Constituição Federal à manutenção e desenvolvimento do ensino.*

36. Vale dizer, para além do aspecto gradual inerente ao processo de concretização das políticas públicas em geral, as previsões constitucionais especificamente direcionadas à educação reconhecem não apenas a complexidade a ela inerente, como, diante de sua magnitude, estabelecem prioridade a determinados níveis, impondo especial atenção à educação das crianças na faixa etária dos 04 aos 17 anos.

37. Por óbvio, tal ordem de priorização não equivale a “salvo conduto” em relação à obrigatoriedade de concretização do acesso à educação, de modo universal, para qualquer criança, de 0 a 18 anos. O que se está a assentar, apenas, é que tal escalonamento enseja, indubitavelmente, o reconhecimento de mais um fator de complexidade a ser considerado pelo Poder Judiciário, quando chamado a examinar eventual omissão estatal.

38. **Ante todo o exposto, em relação ao caso concreto, e considerando as premissas acima elencadas, que apontam para a necessidade de se examinar (i) a existência de esforços legislativos e administrativos para universalização do acesso à creche e pré-escola, às crianças de 0 a 5 anos; e (ii) a ausência, ou não, de elementos empíricos que demonstrem cabalmente a desídia pública apta a configurar quadro de violação do direito fundamental em questão em decorrência de falhas estruturais do Estado, conheço do presente recurso extraordinário para, nos termos do art. 1.040, II, do CPC de 2015, promover a devolução dos autos ao Tribunal a quo, para reexame do feito.**

RE 1008166 / SC

39. Quanto à tese a ser fixada, para os fins da sistemática da Repercussão Geral, considerando as diretrizes normativas estabelecidas pela Lei de Diretrizes e Bases, pelo Plano Nacional de Educação, e pelo próprio Texto Constitucional aplicáveis ao caso, proponho a seguinte redação:

É dever estatal, constitucionalmente obrigatório, assegurar o acesso universal à educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade. Esta obrigação deve ser cumprida:

a) de forma imediata, para todas as crianças a partir de 04 anos;

b) de forma gradual, de acordo com o Plano Nacional de Educação – PNE, garantindo-se a oferta de vagas equivalentes à, no mínimo, 50% da demanda até 2024, para as crianças de até 03 anos;

Constatada a não aplicação do percentual mínimo orçamentário em educação, bem como o descumprimento de qualquer outra obrigação constitucional ou legal relacionada à política pública educacional pelo ente, a obrigatoriedade de universalização do atendimento à educação infantil passa a ser imediata.

É como voto.

Ministro ANDRÉ MENDONÇA

21/09/2022

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.008.166 SANTA CATARINA**VOTO**

O SENHOR MINISTRO NUNES MARQUES: O Município de Criciúma/SC interpôs este recurso extraordinário, com repercussão geral reconhecida, contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina que manteve sentença concessiva de mandado de segurança mediante a qual determinada ao ente municipal a disponibilização de vaga em estabelecimento de ensino infantil para a criança C. S. L.

Eis a ementa do acórdão impugnado:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO –
MATRÍCULA DE CRIANÇA – ESTABELECIMENTO
MUNICIPAL PRÉ-ESCOLAR – DIREITO CONSTITUCIONAL
SOCIAL E FUNDAMENTAL

1. “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

RE 1008166 / SC

incidem em caráter mandatório – mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional” (RE-AgR n. 410.715/SP, Min. Celso de Mello).

O recorrente aponta violação dos arts. 2º; 5º, LXIX; 37, *caput*; 167, I; e 208, I, § 1º, da Constituição Federal. Diz ser o ato impugnado atentatório à independência dos Poderes. Frisa que o dever dos Municípios de ofertar serviço de educação se restringe ao ensino fundamental. Sustenta a necessidade de a implementação de medidas de políticas públicas estar de acordo com a disponibilidade orçamentária. Assevera não ser obrigação do ente municipal a prestação de atendimento a crianças de zero a cinco anos em creche e pré-escola, condição que afastaria o direito subjetivo no qual embasada a impetração.

A parte recorrida argui falta de prequestionamento, quanto às alegadas violações dos arts. 5º, LXIX; 167, I; e 208, I, da Carta da República. Afirmar ainda que a ofensa ao disposto no art. 5º, LXIX, se existente, seria reflexa.

Defende incidir na espécie o enunciado n. 283 da Súmula do Supremo, em razão de o acórdão recorrido, no tocante à obrigatoriedade do atendimento, em creche e pré-escola, de crianças da faixa etária de zero a cinco anos, ter apresentado como fundamento legislação infraconstitucional não impugnada no recurso especial interposto pelo recorrente.

Reputa improcedente o arguido desrespeito ao art. 2º da Lei Maior. Pondera que a regra inscrita no art. 208, IV, não é norma programática e que, mesmo se o fosse, a matéria foi regulamentada pelo legislador infraconstitucional por meio das Leis n. 8.069, de 13 de julho de 1990, e 9.394, de 20 de dezembro de 1996.

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Dr. Paulo

RE 1008166 / SC

Gustavo Gonet Branco, opinou pelo desprovimento do recurso. Confira-se o resumo da manifestação:

Direito a creche. Normas da Constituição que geram direito subjetivo de caráter fundamental a que crianças na idade própria recebam dos poderes públicos a educação infantil. Inexistência de ofensa a separação de poderes. Descabimento do argumento da reserva do possível orçamentário.

É a breve história do feito até aqui. Passo ao voto.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, vou diretamente ao mérito da controvérsia.

Creio que a questão em jogo aqui é de fácil solução e, por isso mesmo, proferirei voto sucinto.

Da leitura do art. 208, IV, da Constituição Federal – tanto na redação original, como na concebida pela Emenda de n. 53/2006 – infere-se ser fora de qualquer dúvida razoável que: (i) o acesso à educação pré-escolar consubstancia um direito subjetivo de toda criança residente no País; e (ii) é dever do Estado prestar esse serviço.

Está claramente estabelecido também, no texto da Constituição, caber **aos Municípios** “manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação infantil e de ensino fundamental” (CF, art. 30, VI, na redação dada pela Emenda Constitucional n. 53/2006, c/c o art. 211, § 2º, na redação dada pela Emenda de n. 14/1996).

Os benefícios da educação nessa fase da vida são indiscutíveis, ao mesmo tempo que, por outro lado, a ausência de tal assistência implica danos irreparáveis no desenvolvimento futuro do indivíduo e, conseqüentemente, do País. Documentos produzidos pela Unicef indicam

RE 1008166 / SC

que:

A não oferta de educação infantil de qualidade limita o futuro das crianças, negando-lhes oportunidades de atingir todo o seu potencial. Também limita o futuro dos países, roubando-lhes o capital humano necessário para reduzir as desigualdades e promover sociedades pacíficas e prósperas.¹

Ora, no cerne da democracia está a busca do pleno, igualitário e livre desenvolvimento do ser humano, isto é, a promoção da cidadania. A falta da educação no tempo certo elimina completamente essa possibilidade. Primeiro, porque o desenvolvimento daquele que não tem acesso à educação infantil não será pleno, sobretudo na sociedade contemporânea, que está assentada no fluxo massivo de informações e no aumento exponencial da complexidade dos processos sociais; depois, em comparação com os que tiveram acesso a tal cuidado, aquele que não recebe esse serviço presumivelmente não terá acesso a idênticas oportunidades de trabalho e até mesmo de existência digna; finalmente, o cidadão que é privado da educação, em momento tão crucial da vida, não performará o nível de florescimento intelectual que obteria se tivesse sido assistido no tempo oportuno.

Para além dos benefícios incomensuráveis produzidos em favor da criança, a educação pré-escolar abre aos pais a possibilidade de exercerem suas profissões em ambiente fora do lar, sem nenhum prejuízo para si ou para os filhos. Ou seja, a educação pré-escolar oferecida pelo Estado favorece também a cidadania dos pais ou responsáveis, como deixa claro a Constituição Federal ao mencionar que é direito dos trabalhadores urbanos e rurais a “assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 (cinco) anos de idade em creches e pré-escolas” (art. 7º, XXV).

1 V. UNICEF. Educação infantil, Disponível em: <https://www.unicef.org/education/early-childhood-education>. Acesso em: 13 out. 2022.

RE 1008166 / SC

É relevante mencionar também que a creche e a pré-escola, no caso das crianças de baixa renda, são locais não apenas voltados à educação, mas também a melhor nutrição e à exposição a estímulos mais ricos, que podem contribuir para o melhor desenvolvimento físico e intelectual da criança.

Recente pesquisa da Universidade Federal de Pelotas divulgada na prestigiosa revista *The Lancet* constatou que crianças de famílias de baixa renda sofrem impactos permanentes da exposição à pobreza nas primeiras fases da vida. Segundo o estudo, essas crianças têm maior risco de mortalidade infantil, desnutrição crônica, atraso de desenvolvimento intelectual, baixa escolaridade e gravidez na adolescência, em comparação com crianças de famílias mais ricas².

Em semelhante contexto, não consigo vislumbrar qual seria a outra atividade pública que teria maior prioridade para a municipalidade, a ponto de não se poder realocar os recursos para a educação pré-escolar. Indago, com real interesse: na democracia, que tipo de serviço público seria mais importante do que formar apropriadamente os novos cidadãos? Não há democracia alguma sem cidadãos plenamente capazes do exercício dos seus direitos, e essa capacidade apenas nasce pela educação, porque é somente por ela que o indivíduo pode acessar o legado rico e complexo produzido pelo processo civilizatório. Portanto, a educação infantil é o serviço mais básico, elementar e fundamental de um Estado Democrático.

A formação do cidadão, especialmente na primeira infância, não é uma entre muitas outras tarefas de igual valor que o Estado deve exercer;

2 V. UNIVERSIDADE FEDERAL DE PELOTAS. COORDENAÇÃO DE COMUNICAÇÃO SOCIAL. *Pobreza na primeira infância afeta saúde e inteligência de crianças e adolescentes até a vida adulta, mostra estudo*. Disponível em: <https://ccs2.ufpel.edu.br/wp/2022/04/28/pobreza-na-primeira-infancia-afeta-saude-e-inteligencia-de-criancas-e-adolescentes-ate-a-vida-adulta-mostra-estudo/>. Acesso em: 13 out. 2022.

RE 1008166 / SC

ela é, na verdade, a mais relevante tarefa a cargo do poder público, e para ela devem convergir os melhores esforços e os indispensáveis recursos.

A alegação do poder público de que há coisas mais importantes que a educação pré-escolar para aplicar o dinheiro, com a devida vênia, revela profunda incompreensão da autêntica finalidade da instituição de um Estado Democrático, que é criar a atmosfera favorável para o pleno desenvolvimento da personalidade humana, em todas as múltiplas manifestações da liberdade – ciências, artes, religião, política, esporte, cultura, etc.

De nada adiantam estradas, pontes e praças, ou quaisquer obras e serviços públicos, se a criança não é educada no tempo certo. É pelo e para o cidadão que existe o próprio Estado de Direito, que é criatura, e não criador. Admitir que o poder público possa negar-se a fornecer o serviço de educação pré-escolar, ao fundamento de haver outras prioridades com as quais gastar os recursos públicos é o mesmo que admitir que a criatura se volte contra o criador e decida o que é melhor para este.

Qualquer sistema normativo pressupõe uma educação conveniente, para ter a mínima eficácia. As normas, como prescrições de fazer e de não fazer, subentendem, para o seu cumprimento voluntário, que o indivíduo seja capaz de compreender e se comportar de acordo com essa normativa. As consequências da falta de educação apropriada se revelam, antes de tudo, pelo descumprimento sistemático das normas jurídicas. Na célebre síntese platônica: “verdade conhecida é verdade obedecida”.

Em sociedades rurais, no passado, outras instituições, tais como a família e as igrejas, assumiam grande parte da atividade pedagógica e de formação da criança. Essas instituições continuam tendo grande importância no processo de educação infantil; mas hoje, por várias razões que não vem ao caso mencionar, o estado expressamente encampou a

RE 1008166 / SC

tarefa de educar o cidadão nos seus primeiros anos (quando menos, no aspecto intelectual). Logo, constitui um paradoxo rotundo que precisamente o Estado alegue não dispor de recursos para cumprir essa tarefa, a qual ele absorveu formalmente.

É necessário ter presente que a educação, notadamente a infantil, não se projeta apenas num aspecto exterior da vida do indivíduo, tal como uma construção em argamassa, um veículo automotor, uma roupa, ou qualquer outro bem material: ela transforma a própria vida interior da pessoa, o seu intelecto, o seu ideário, o seu imaginário, as suas aspirações – enfim, todo o seu ser pensante. Quando se nega a educação a alguém, portanto, nega-se a esse indivíduo o acesso a níveis superiores de existência; tolhem-se oportunidades, projetos que nem sequer chegam a ser concebidos. Se isso ocorre logo na infância, quando a curiosidade e a criatividade estão no ponto máximo, os prejuízos são irreparáveis.

Não se pode deixar de mencionar, adicionalmente, que as crianças, por sua peculiar condição biopsicológica, não são capazes de defender os próprios direitos. Então, por mais essa razão, são do Estado as maiores – e não menores – responsabilidades para com elas. Aqui novamente afirmo que não consigo conceber que as entidades públicas tenham tarefas tão mais importantes a fazer, que possam deslocar a educação pré-escolar das crianças para plano secundário.

A **prioridade para as crianças** é, inclusive, um dos eixos fundamentais do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), lei nacional que obriga todos os entes federativos. O parágrafo único do art. 4º do ECA estatui que tal garantia de prioridade abrange:

- a) a primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) a precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) a **preferência na formulação e na execução das**

RE 1008166 / SC

políticas sociais públicas; e

d) a destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

A alínea “c”, por si só, impõe que, em casos nos quais haja concorrência de necessidades sobre o mesmo orçamento público, as crianças sejam priorizadas, e não relegadas a posição inferior como quer o recorrente.

O Judiciário, quando reconhece e impõe a observância de tal prioridade, não invade nenhuma competência própria da Administração, mas apenas lhe recorda um compromisso constitucionalmente assumido pelo Estado brasileiro, tanto na Constituição, como em leis infraconstitucionais.

É verdade que em cada caso concreto podem surgir vicissitudes burocráticas para a abertura da vaga em creche. No entanto, isso deve ser resolvido concretamente pelos administradores e pelos juízes, caso seja ajuizada alguma ação, não cabendo limitar-se previamente o direito constitucional de acesso à educação por parte das crianças. Tenho também ceticismo em relação a soluções que protraiam no tempo a execução desse direito porque elas implicarão a negativa de educação a sucessivas gerações, causando danos irreparáveis e de longo alcance para aqueles que não tiverem acesso à creche. Esse é um direito que tem urgência, porque, se não for garantido no tempo certo, depois não é suscetível de reparação. A jurisprudência do Tribunal é nesse sentido (RE 463.210 AgR, ministro Carlos Velloso; ARE 1.337.654 AgR, ministro Alexandre de Moraes; RE 410.715 AgR, ministro Celso de Mello).

A democracia, como todos sabemos, foi uma invenção grega. Não por acaso, os gregos também deram contribuições fundamentais para a ideia de educação e de formação do ser humano. Por isso, Senhor Presidente, gostaria de encerrar meu voto citando pequena passagem de uma obra monumental do helenista alemão Werner Jaeger, que bem

RE 1008166 / SC

demonstra a profundidade e universalidade do tema da educação, já percebida pelos antigos. Diz o erudito autor:

Todo povo que atinge um certo grau de desenvolvimento sente-se naturalmente inclinado à prática da educação. Ela é o princípio por meio do qual a comunidade humana conserva e transmite a sua peculiaridade física e espiritual. Com a mudança das coisas, mudam os indivíduos; o tipo permanece o mesmo. Homens e animais, na sua qualidade de seres físicos, consolidam a sua espécie pela procriação natural. Só o Homem, porém, consegue conservar e propagar a sua forma de existência social e espiritual por meio das forças pelas quais a criou, quer dizer, por meio da vontade consciente e da razão. O seu desenvolvimento ganha por elas um certo jogo livre de que carece o resto dos seres vivos, se pusermos de parte a hipótese de transformações pré-históricas das espécies e nos ativermos a mundo da experiência dada.

[...] Antes de tudo, a educação não é uma propriedade individual, mas pertence por essência à comunidade. O caráter da comunidade imprime-se em cada um dos seus membros e é no homem [...], muito mais que nos animais, fonte de toda ação e de todo comportamento. Em nenhuma parte, o influxo da comunidade nos seus membros tem maior força que no esforço constante de educar, em conformidade com seu próprio sentir, cada nova geração. A estrutura de toda a sociedade assenta nas leis e normas escritas e não escritas que a unem e unem os seus membros. Toda educação é assim o resultado da consciência viva de uma norma que rege uma comunidade humana, quer se trate da família, de uma classe ou de uma profissão, quer se trate de um agregado mais vasto, como um grupo étnico ou um Estado.³

Ante o exposto, voto pelo desprovimento do recurso.

3 JAEGER, Werner. *Paideia: a formação do homem grego*. Tradução de Artur M. Parreira. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. 1-2.

RE 1008166 / SC

Proponho, ainda, a seguinte tese: *“O Município, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, tem o dever constitucional de assegurar o atendimento em creche e pré-escola às crianças de 0 (zero) a 5 (cinco) anos de idade, não podendo invocar genericamente a reserva do possível para se eximir de sua obrigação.”*

É como voto.

21/09/2022

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.008.166 SANTA CATARINA

ADITAMENTO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO NUNES MARQUES – Ante o exposto, Senhora Presidente, voto pelo desprovimento do recurso, mas queria fazer, ainda, três considerações sobre o que foi discutido antes do meu pronunciamento.

Primeiro, em relação à preocupação suscitada – e já me coloco aberto ao debate para a conformação da tese – pelo ministro Ricardo Lewandowski, acerca da questão da hipossuficiência, da necessidade de comprovar.

Tenho duas preocupações.

A primeira, se isso não pode gerar um contratempo ou obstáculo para o acesso dessas crianças às creches.

A segunda decorre de que, rememorando a jurisprudência do Tribunal, em casos ordinários não é feita essa distinção. Em circunstâncias excepcionais – relembro, ministro Roberto Barroso, o caso dos medicamentos de alto custo –, nas quais há relativização do tema, em que o custo é alto para um e não para o outro, o Supremo adotou a tese da hipossuficiência, porque estava imbricada essa relativização.

Minha preocupação, quando se retira um direito que é de todos e igualmente dado a todos e se passa a exigir comprovação de hipossuficiência, é que essa tese eventualmente possa estender-se da escola às universidades, depois aos hospitais públicos, avançando sobre outros serviços públicos. Minha preocupação é com a tese. O Supremo já utilizou? Já. Mas em situações especiais, em que tratou desigualmente os desiguais, como no caso que mencionei, da concessão de medicamentos

RE 1008166 / SC

de alto custo.

Segundo, a limitação, lembrada pelo ministro André Mendonça, de zero a cinco anos está descrita, na Constituição, no inciso XXV do art. 7º.

E há, ainda, a questão da imediatidade.

Estou aberto também ao debate em relação à norma, mas temos de lembrar que esse é um comando existente há 34 anos na Constituição. Não fico muito à vontade de aguardar um programa, feito recentemente, que deveria ter sido concretizado assim que a Constituição foi promulgada. O nosso tempo é agora.

Tenho essas observações e aguardo a consideração dos Colegas para concluir a tese.

É como voto, Senhor Presidente.

21/09/2022

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.008.166 SANTA CATARINA

RELATOR	: MIN. LUIZ FUX
RECTE.(S)	: MUNICIPIO DE CRICIUMA
ADV.(A/S)	: PAULO ANTONIO CALIENDO VELLOSO DA SILVEIRA
ADV.(A/S)	: DIOGO LOPES DE BARBOSA LEITE
ADV.(A/S)	: PATRICIA TATIANA SCHMIDT
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE CRICIÚMA
RECDO.(A/S)	: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
AM. CURIAE.	: MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
AM. CURIAE.	: FUNDAÇÃO ABRINQ PELOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE
ADV.(A/S)	: GUILHERME AMORIM CAMPOS DA SILVA
ADV.(A/S)	: RUBENS NAVES E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	: MUNICIPIO DE RIO DE JANEIRO
ADV.(A/S)	: PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO
AM. CURIAE.	: MUNICIPIO DE TABOAO DA SERRA
ADV.(A/S)	: PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE TABOÃO DA SERRA
AM. CURIAE.	: DISTRITO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO DISTRITO FEDERAL
AM. CURIAE.	: MUNICIPIO DE PORTO ALEGRE
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE
AM. CURIAE.	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA
PROC.(A/S)(ES)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DA BAHIA
AM. CURIAE.	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO

RE 1008166 / SC

	TOCANTINS
PROC.(A/S)(ES)	:DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO TOCANTINS
AM. CURIAE.	:DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO CEARÁ
PROC.(A/S)(ES)	:DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO CEARÁ
AM. CURIAE.	:DEFENSORIA PUBLICA DO DISTRITO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES)	:DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO DISTRITO FEDERAL
AM. CURIAE.	:DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PROC.(A/S)(ES)	:DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
AM. CURIAE.	:DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PROC.(A/S)(ES)	:DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS
AM. CURIAE.	:DEFENSORIA PUBLICA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
PROC.(A/S)(ES)	:DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE PERNAMBUCO
AM. CURIAE.	:DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROC.(A/S)(ES)	:DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
AM. CURIAE.	:DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADV.(A/S)	:DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
AM. CURIAE.	:DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES)	:DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO
AM. CURIAE.	:DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
PROC.(A/S)(ES)	:DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

RE 1008166 / SC

OBSERVAÇÃO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES -

Presidente, permite uma consideração?

Em relação, ainda, ao debate anterior, eu sou muito sensível à questão de nós pensarmos no *modus procedendi* da implementação. De fato, esse é um desafio.

De qualquer forma, fico muito preocupado, é um caso até que eu - mas também é apenas engenheiro crítico de obra feita -, porque é um caso que, eventualmente, eu desejava não ter que julgar em repercussão geral; limitar-me ao caso concreto e ponto final.

Mas nós temos um sem número de precedentes de vários Colegas, afirmando *tout court* esse Direito. De modo que, se nós introduzirmos ressalvas aqui, isso vai ser até ter lido como um retrocesso em relação à nossa decisão.

Por outro lado, claro, as discussões sobre como esses direitos vão se implementar - o caso de Criciúma, aqui, já é um processo objetivo, o assunto já está resolvido, pelo menos neste caso - mas certamente isso pode envolver uma série de acompanhamentos via Judiciário, mediação ou coisas do tipo.

RE 1008166 / SC

Então, eu queria só colocar isso, pensando alto, para uma reflexão em torno do tema. Eu até temo que, a partir dos critérios que venhamos a estabelecer, há famílias hipossuficientes, quem são, como que isso se coloca, mais uma judicialização e controvérsias em torno do assunto.

Eu, durante o intervalo, conversava com a assessoria e estava discutindo, agora, com a Ministra Cármen, e lendo um artigo, rapidamente, falando que, em muitos desses casos, ter uma creche é a proteção para mulher, porque ela pode sair de casa. Então, quer dizer, tem aspectos muito relevantes nessa realidade muito multifacetada.

De modo que eu queria só colocar essa *pensata*, considerando esses aspectos. É claro que, com isso, a gente não resolve uma série de questões, mas afirma o direito e permite que se busque a sua implementação.

O próprio modelo trazido - e foi bem lembrado pelo Ministro André - pode levar ao seguinte paradoxo: a Lei de Diretrizes e Bases, que estipula em 50%, podemos ter municípios que hoje já têm, já cobrem, por exemplo, 80%, e vão ser animados a voltar para 50%, quer dizer, numa leitura perversa.

RE 1008166 / SC

É tudo muito delicado e, por isso, eu gostaria - um pouco na linha do que já fez o Ministro Fachin e, certamente, já estava no voto do Ministro-Relator - queria compartilhar um pouco essa angústia de forma alta. Eu sei que também não resolve a questão, tal como está pontuada, mas eu tenho impressão de que nós estaremos voltando atrás, em vários precedentes, inclusive do nosso sempre Decano, o Ministro Celso de Mello e tantos outros.

21/09/2022

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.008.166 SANTA CATARINA

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Obrigado, Presidente! Cumprimento Vossa Excelência, Ministra Rosa Weber, Ministra Cármen Lúcia, eminente Relator, Ministro Luiz Fux, cujas saudades pela Presidência já batem fundo - ele pediu para eu me redimir, Presidente. Cumprimento todos os Colegas, cumprimento o Procurador-Geral da República, Doutor Aras.

Presidente, vou fazer algumas considerações. Não me vou tornar repetitivo em relação ao fato de o Supremo Tribunal Federal já ter reconhecido, em vários precedentes, o direito à creche, o fato de a Constituição já ter quase 34 anos e não ter sido implementado. Acho que com essas premissas básicas todos nós concordamos. O que me preocupa - e percebi que preocupa a todos - é que uma decisão do Supremo Tribunal Federal não seja cumprida por absoluta impossibilidade real.

Quero lembrar a todos os Colegas que o Supremo Tribunal Federal também proclamou, há muito tempo, o direito pleno à saúde. Em um determinado momento, lá atrás, isso foi interpretado, por exemplo, em relação a remédios, com o amplo acesso a todos os tipos de medicamento, mesmo os que ainda não tinham sido aprovados. Em um determinado momento, o próprio Supremo Tribunal Federal entendeu por bem estabelecer as competências, estabelecer os requisitos, porque, ao mesmo tempo que a Constituição determina o direito à creche, a Constituição determina o direito à saúde, determina o direito à habitação, determina o direito à segurança, determina limites orçamentários, determina limites de gastos orçamentários, determina a vinculação ao orçamento aprovado.

Logicamente, se fosse possível destinar todo um orçamento à questão das creches, ou vários orçamentos, para se resolver o problema, sem prejuízo das outras áreas, o administrador público de boa-fé o faria; obviamente, resolver-se-ia a questão. Entretanto, a questão é muito mais complexa. A questão de fixação de prazo pelo Supremo Tribunal Federal

RE 1008166 / SC

em uma questão como essa é extremamente complexa.

Analisei, entre outros artigos, um trabalho de fim de curso de mestrado profissional em Gestão em Políticas Públicas pela Fundação Getúlio Vargas, de São de Paulo, a Escola de Administração de Empresas - cito os autores: Aline Zero Soares, João Augusto Aquino de Araújo, Karla de Mello Monteiro e Sérgio Roberto Guedes Reis. O título desse trabalho, que foi o estudo final do curso, é *Proposta de Aceleração da Oferta de Vagas em Creches na Cidade de São Paulo*.

Eles analisaram detalhadamente toda a questão legal, a questão orçamentária, as possibilidades de implantação ano a ano, com um particular: a Lei Orgânica do Município de São Paulo - talvez nem todos se recordem - determina que 31% do orçamento seja destinado à educação; ou seja, a previsão constitucional é de 25%, a lei orgânica aumentou ainda em 6% essa destinação orçamentária obrigatória. O trabalho mostra os relatórios anuais de fiscalização do Tribunal de Contas do município, mostrando que este valor, este montante, é implementado.

Agora, vejam, 31% para educação, como um todo; e, para as creches, desse patamar de 31% se destina em torno de 20%, porque senão não se consegue implementar o restante da educação - sempre recordando que, quando o cobertor é curto, se tirar de um lugar para colocar em outro, em algum momento vai faltar dinheiro.

O trabalho também mostra que, mesmo aplicando os 31%, com toda uma programação, aumentando ano a ano, para creches acima de 4 anos ou de 3 para frente, isso ficou mais solucionado; até 3 anos, a situação é extremamente complexa.

E por quê? Por isso é que digo que devemos analisar, como estamos fazendo, com muita calma essa questão, em virtude da complexidade de implementação de creches.

Ora, poderemos determinar, de forma imediata, para todas as crianças, a partir de 4 anos. A creche não é só a construção, exige pessoas especializadas para tomar conta.

Vimos várias matérias sobre creches particulares, que cobram caro dos pais, e o que aconteceu com os filhos. Todos devem recordar-se que,

RE 1008166 / SC

há poucos meses, uma creche deixava amarrada as crianças. Ou seja, a creche não é só o local físico, mas a contratação de mão de obra especializada, o que, às vezes, bate no teto do funcionalismo dos municípios. O Executivo já está no teto e não pode contratar. Há outras possibilidades, e esse estudo mostra bem isso, como a relação com entidades conveniadas. Faz-se convênio e, depois, há ações e ações do Ministério Público dizendo não ser possível o convênio por ser um serviço que deve ser prestado diretamente.

Ou seja, há a judicialização da questão. Repasse de *voucher*: São Paulo tentou e não aprovou ainda, mas há dois municípios, Limeira e Hortolândia, no Estado de São Paulo, que resolveram o problema de creche com o repasse de um valor, através do cadastro das crianças, só que não para a mãe ou para o pai - quase 100% para as mães -, porque estavam ocorrendo desvios. Repassavam diretamente para a creche particular. A mãe dizia em qual creche estava o filho e a prefeitura pagava diretamente. Há outros municípios que fazem de forma diferente. Alguns pegaram faculdades - isso é interessante também -, por exemplo, a faculdade de Direito, que, geralmente, têm cursos só pela manhã e à noite, e, à tarde, um grande período ocioso, em troca de isenção tributária, pegavam aquele local e utilizavam durante o período vespertino.

São várias possibilidades. Junto à questão de gestão, treinamento de pessoal e à questão orçamentária, cada município tem sua programação. Parece-me que devemos tomar um grande cuidado - o Ministro Gilmar ressaltou novamente o que os Ministros Edson Fachin e Fux tinham colocado, reafirmando o direito, e não me parece haver nenhuma dúvida sobre esse direito - quanto ao Supremo Tribunal Federal, com uma regra geral, querer substituir a programação de cada um dos municípios, que têm situações totalmente diversas. Conforme falei em minha primeira intervenção, quase um terço dos municípios do país não têm dinheiro para pagar nem o funcionalismo da Câmara e do Executivo. Como ele solucionará a questão de creche? Pode implementar, como faz, às vezes, com os estados, e os estados auxiliam. Porém, há de se ter um olhar

RE 1008166 / SC

diferente para cada município, estabelecer obrigações, critérios.

A inércia - e me caminho para aguardar e discutir a tese - do município tem que ser apenada, mas, se houver uma programação municipal, dentro dos seus critérios orçamentários, logísticos e de gestão, acredito que não há possibilidade de o Judiciário substituir isso. Seja o juiz de primeira instância, seja o Supremo Tribunal Federal, não temos esses dados dos mais de cinco mil municípios. O Município de Hortolândia é possível? O Município de Criciúma é possível que faça igual ao de Limeira? É possível que faça igual a Niterói?

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Ministro Alexandre, Vossa Excelência me permite? Estamos no campo constitucional. Aqui não está em jogo matéria fática, e os autos nem trazem esses elementos. Aqui o que está em jogo é: o Tribunal rejeitou a alegação do município no sentido de que não há direito subjetivo público da criança ao estudo em creche e pré-escola. A discussão é se esse direito existe ou não. Estamos há 34 anos dando chance para que os municípios tenham todas as razões do mundo para não implementar essa política pública. O meu temor é que, mais uma vez, concedamos uma carta de alforria para o município, de alguma maneira, dizer "Não posso, não consigo." A alocação de recursos tem que obedecer ao tripé segurança, saúde e educação. É uma questão de alocação de recursos. Os municípios que Vossa Excelência citou devem ter poucas crianças.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Limeira e Hortolândia.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Não são muitas. Então, se ele tem uma creche, essa creche tem que atender essa população. É uma obrigação do gestor.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Veja, estamos falando a mesma coisa com pensamentos diferentes. A questão é

RE 1008166 / SC

constitucional, mas a Constituição não define só isso. A Constituição define que se deve respeitar o orçamento. A Constituição define que há um teto para o gasto em educação. A Constituição não estabelece que todo o orçamento deve ir para creche.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Não, claro, mas para educação tem que ir alguma coisa.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - No julgamento e nas premissas, concordo integralmente. Minha preocupação é a fixação da tese, como disse o Ministro Gilmar, já que há aqui repercussão geral. Se fixarmos que, imediatamente, todas as crianças acima de 4 anos têm que ir para a creche, nada vai acontecer. Essa é a realidade. Por quê? Porque não há dinheiro, não há programação, não há pessoas com condições de atender as crianças. Não é possível essa fixação. É bonita a fixação, mas é difícil.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Eu sei.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Ministro Alexandre, Vossa Excelência me permite um aparte?

Não seria o caso, talvez, de invertermos o ônus da prova? Ao invés de a mãe da criança, de o pai da criança ter que comprovar que não têm recursos para pagar a creche, não seria o ente público que teria que vir a juízo e dizer que não tem condições orçamentárias para abrir eventualmente as vagas na creche pública? Por que estamos jogando o ônus da prova em cima do jurisdicionado, em cima do administrado, em cima do cidadão? Acho que aí, dentro do raciocínio de Vossa Excelência, se esta questão está judicializada - existe um provérbio vetusto, latino, *ad impossibilia nemo tenetur* -, a impossibilidade precisa ser provada pelo município ou, enfim, pelo ente público envolvido na oferta de vagas de creche. Acho que temos, talvez, que inverter esta nossa questão no que diz respeito à elaboração da tese. Desculpe, mas estou dentro do seu

RE 1008166 / SC

raciocínio.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Ministro Ricardo, acho isso importante. Não vou aqui dizer que todos os municípios têm, porque não conheço todos os municípios, mas a maioria dos municípios tem lista de deficiência no número de vagas. A maioria dos municípios, principalmente os municípios maiores, que têm mais carência, têm lista exatamente com a idade e as vagas daqueles que necessitam de creche. Esse cadastro existe e há uma programação.

Ora, há alguns requisitos possíveis. O município obrigatoriamente tem que aplicar os 25%. Dos 25%, tantos por cento deveriam ser para creche. Isso é possível de se estabelecer. Agora, determinar uma aplicação imediata, por mais que isso seja juridicamente possível, realisticamente não é. Essa é minha única preocupação: uma decisão não ter efetividade alguma, porque aqueles municípios que não pagam nem salários não vão construir creche. Não é porque o prefeito não quer construir creche. É porque não tem dinheiro para construir creche. Ele não pode nem abrir a licitação, porque não tem recurso para isso. Essa é a dificuldade.

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA:

Ministro Alexandre, se me permite, em adesão ao que Vossa Excelência está falando, expondo e fundamentando, volto a dois pontos: a mesma Constituição não estabeleceu o ensino infantil como direito subjetivo exigível, quer dizer, colocou como um dever.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Mas estabeleceu que é direito da criança e dever do Estado, com todas as...

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA:

Diz o § 1º que o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo. Não está no conceito de obrigatório e gratuito a educação infantil de 0 a 3 anos.

RE 1008166 / SC

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Ministro André, se Vossa Excelência me permite, só um aparte:

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

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

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA:

Veja, volto ao que o Ministro Alexandre colocou: estamos todos conscientes da necessidade. A questão é que o § 2º coloca a responsabilidade sobre o administrador. Aí vou também à realidade local. Essa responsabilidade é administrativa, civil e, eventualmente, até penal – por exemplo, na lei de improbidade administrativa, art. 11, princípios da administração pública: eficiência, legalidade, cumprimento das nossas decisões.

Na implementação, acho que todos vamos ser uniformes. A questão é, de alguma forma, modular isso, para ser implementado. Eu trouxe algum parâmetro, que foi o PNE e que precisa ser revisto. Eventualmente, um parâmetro até fruto desses debates – perdoe-me também a intervenção, Ministro Alexandre de Moraes.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Não, por favor.

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA:

No ano que vem, temos que ter um novo projeto, com o PNE, para os próximos dez anos. Talvez, estabelecer esse limite de dez anos no próximo PNE.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Ministro André, se o Supremo Tribunal Federal não mandar esse recado, isso não vai ser feito nunca! Como até hoje não se fez! Trinta e quatro anos sem fazer nada!

RE 1008166 / SC

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA:

Vamos lá.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Mandar qual recado, Ministro Fux? O Supremo já tem posição pacificada de que a creche é um direito de todos. Parece-me que o recado - e não seria nem um recado - seria uma determinação judicial, não é? A determinação judicial deve ser firme, só que plausível de cumprimento.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Sem dúvida.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Se estabelecermos que até o final do ano que vem todas as crianças devem estar na creche, esquece. Infelizmente é isso. Parece-me que o mais difícil, realmente, na tese, é fixarmos requisitos que implementem, mas, ao mesmo tempo, permitam aos municípios não descumprirem nossa decisão. É por isso que, na questão do não provimento ao recurso, acho que ninguém tem dúvida.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Ministro Alexandre, só um aparte?

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Lógico, Vossa Excelência é o Relator.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Por exemplo, depois de 34 anos, é razoável que o município não tenha nenhuma creche? Depois de 34 anos da Constituição? É razoável?

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Não é razoável, diria até que é criminoso. Agora, é razoável que determinemos que o atual prefeito, que não tem dinheiro nem para pagar os servidores, construa todas as creches que em 34 anos não se construiu? Esse é o

RE 1008166 / SC

balanceamento.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Não é razoável. Estamos falando em razoabilidade.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Tenho a impressão de que todos estamos concordando quanto às premissas básicas. Acho que não há dúvida em relação a isso. Claro que também se percebeu que era necessário reforço no sistema institucional, tanto é que vieram as regras sobre o Fundeb, Fundef e a própria discussão sobre piso salarial ou mínimo profissional para os professores, mas em um contexto de entrelaçamento, de participação da União, dos estados e dos municípios.

Não basta só declarar o direito. Pensou-se muito nisso, a primeira emenda que altera é de 1996. Toda essa percepção existe e eu acho que, de alguma forma, o debate é extremamente importante para esse estímulo.

Certa feita, eu perguntava ao Presidente Fernando Henrique, fazendo uma análise sobre a Constituinte, por que poucos falavam na corresponsabilidade ou exequibilidade dos direitos no processo constituinte. Falava-se muito dos direitos e pouco em sua sustentabilidade. Ele disse que, com exceção do Serra e do Roberto Campos, poucos pensavam na questão da sustentabilidade econômica porque - e isso a gente também estuda na sociologia - havia um sentimento, naquele momento grandioso do Brasil, de que, resolvida a questão institucional, no país, com crescimento de 8, 10% do PIB, tudo se resolveria.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Tudo seria resolvido.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Ele disse: "Nós éramos otimistas inatos nessa consideração". As coisas são mais complicadas, mas muito já se fez nesse sentido, por exemplo, essas emendas que foram sendo alteradas, sempre com foco na educação, envolvendo a

RE 1008166 / SC

responsabilidade da União.

Eu não quero ainda discutir a tese, mas entendo que deveríamos assentar a ideia do desprovemento do recurso, reafirmando, portanto, nossa jurisprudência; consolidando a ideia do direito, e, um pouco na linha do que falou o Ministro Lewandowski, deixar os problemas, que, certamente, vão surgir, tendo em vista essa realidade desafiadora.

Vossa Excelência, Ministro Alexandre, não faz muito tempo, foi Relator de uma alteração na Lei Maria da Penha em que se discutia a atuação de delegados substituindo o juiz. Vossa Excelência trouxe dados estatísticos impressionantes, mostrando que mais de 2.000 mil municípios não tinham juízes e, portanto, não era razoável considerar que aquela norma não poderia ser aplicada. Mostrou também que 1.500 municípios não tinham sequer delegado. É um problema em outra seara, mas só para mostrar essa faceta da relação entre normatividade e realidade.

Volto a fazer essa ponderação e, depois, acho que podemos chegar a um ajuste em relação à tese, mas assentando esse direito fundamental. Se fôssemos aprofundar todo esse debate de maneira muito detalhada, talvez devêssemos converter esse julgamento em diligência e sugerir uma audiência pública, trazendo, inclusive, as representações dos municípios.

Sempre dou o exemplo, discutindo com alunos no mestrado, do art. 7º, IV, da Constituição, a norma do salário mínimo. Se fôssemos tanger-nos pela realidade, diríamos para suprimi-lo, porque está sendo revogado pela realidade, mas é uma norma cuja constitucionalidade todo ano se renova e se discute, o que obriga a uma busca de solução. Essas normas são normas de estímulo, normas programáticas.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Ministro Alexandre, Vossa Excelência está com a palavra. Queria fazer um aparte ao aparte.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Por favor.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Só para afirmar uma coisa e deixar claro: ninguém aqui está discutindo a existência do direito!

RE 1008166 / SC

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Não.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - O direito subjetivo de cada criança ter acesso a essa creche e a cada mulher, mãe, ou a cada pai, se for responsável. Não estamos discutindo isso! Se a gente começar a dizer que temos de declarar um direito que foi declarado há 34 anos, não é comemoração, pode tocar o enterro.

Quer dizer, ninguém está cogitando de retrocesso, porque isso não é papel de tribunal constitucional. O papel do tribunal constitucional é de dar igualdade de condições, de efetividade, de eficácia plena, jurídica e social. Só para ficar claro, quer dizer, ninguém aqui pensa em retrocesso, porque o princípio da proibição do retrocesso em matéria de direitos fundamentais é a base do direito constitucional contemporâneo.

A dificuldade que está sendo posta, para ficar claro para todos, inclusive quem nos estiver acompanhando, é esta: há um direito constitucional e, como é um direito de prestação positiva, há custos. O que se está discutindo é como o Poder Judiciário pode atuar quando houver a falta de recursos e for instado a se pronunciar sobre alguém que não tenha o direito pela ausência da prestação. Até aqui, desde a década de 1990, este Supremo Tribunal Federal garante, a quem vem ao Poder Judiciário, que essa mãe, essa criança, tenha acesso, e essa mãe possa ir lá e buscar esse direito.

Daqui para frente, temos de ver a universalização da imediata ou não concretude desse direito. Acho que é isso, só para ficar claro.

Obrigada, Ministro Alexandre!

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Presidente, encerrando aqui, para dar tempo dos demais votarem, em relação ao recurso extraordinário, nego provimento como os demais.

Em relação à tese, que parece que será discutida mais detalhadamente depois, deixo aqui esta reflexão: precisaremos, para a implementação do direito - autoaplicável desde 1988 e já reconhecido

RE 1008166 / SC

pelo Supremo Tribunal Federal inúmeras vezes -, ficar muito atentos para diferenciar entre o que é inércia ou omissão do gestor municipal e o que é uma impossibilidade total em virtude de questão orçamentária, de questão de gestão. Não podemos tratar dessas duas coisas diferentes como todas sendo o descumprimento do direito constitucional previsto.

É o voto, Presidente.

Obrigado!

Publicado sem revisão. Art. 95 do RISTF.

21/09/2022

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.008.166 SANTA CATARINA

VOTO

O Senhor Ministro Alexandre de Moraes: Trata-se de Recurso Extraordinário interposto em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, em que se discute o Tema 548 da repercussão geral:

“Dever estatal de assegurar o atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a 5 (cinco) anos de idade.”

Na origem, o Ministério Público do Estado de Santa Catarina impetrou Mandado de Segurança em face de Jadina Mara Dandolini Tasca, então Secretária Municipal de Criciúma/SC, postulando o fornecimento de vaga em educação infantil (creche) para criança, a qual teria sido negada ao argumento de indisponibilidade.

O juízo de primeiro grau concedeu a segurança, para determinar que a autoridade coatora promova a inclusão da criança Cristine Siqueira Laurindo em estabelecimento de educação infantil, próximo de sua residência (Vol. 19, fl. 1).

O Município apelou, sustentando que a decisão a quo ofende os princípios da legalidade e da separação dos Poderes, haja vista que o Judiciário não poderia impor ao Administrador gastos que estão fora do orçamento.

Sobreveio, então, acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina confirmando a sentença, ao fundamento de que “A Constituição Federal impõe taxativamente a obrigação dos Municípios para com o ensino fundamental e isso pressupõe a criação das vagas necessárias a todas as crianças que se encontrarem na idade escolar”. O acórdão ficou

RE 1008166 / SC

assim ementado (Vol. 1, fl. 17):

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO MATRÍCULA
DE CRIANÇA - ESTABELECIMENTO MUNICIPAL PRÉ-
ESCOLAR - DIREITO CONSTITUCIONAL SOCIAL E
FUNDAMENTAL

1 "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" (RE-AgR n, 410.715/SP, Min. Celso de Mello)

Irresignado, o Município de Criciúma interpôs o presente Recurso Extraordinário (Vol. 16, fl. 33), com amparo no art. 102, III, a, da Constituição Federal, aos fundamentos de que:

(a) o acórdão recorrido infringiu o princípio da separação, independência e harmonia entre os Poderes, contido no artigo 2º, da Constituição da República; o artigo 167, inciso I, do

RE 1008166 / SC

mesmo diploma legal, que veda o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual, bem como o artigo 208, inciso I e § 1º, também da Constituição da República, o qual preconiza que somente o ensino fundamental é direito público subjetivo (Vol. 16, fl. 35);

(b) houve, ainda, violação ao artigo 5º, LXIX, da CF/1988, visto que não há direito líquido e certo da criança à vaga em educação infantil, haja vista que a Constituição Federal só garante a obrigatoriedade de o Município prover o ensino fundamental (art. 211, §2º, da CF/1988).

Ressalta, ainda, que o Judiciário não pode interferir na escolha da destinação de verbas ao atendimento de interesses pessoais de alguns dos beneficiários do sistema educacional infantil, em detrimento dos prioritários investimentos de caráter geral e impessoal indispensáveis ao funcionamento, aparelhamento, aperfeiçoamento e ampliação dos serviços de educação à população, cuja manutenção corresponde a dever indeclinável do Estado (Vol. 16, fls. 41-42), bem como que a disponibilização de vagas em estabelecimento pré-escolar é meta programática que o Poder Público tem o dever de implementar **na medida de suas possibilidades** (Vol. 16, fl. 42).

Afirma também que a atuação prioritária dos Municípios no ensino fundamental e na educação infantil (art. 211, § 2º, da CF/1988) não pode ser confundida com obrigatoriedade.

Pondera, ainda, que os provimentos judiciais que atendem ao interesse individual das crianças beneficiadas acabam afetando o interesse coletivo, na medida em que afetam e inviabilizam o planejamento municipal na área da educação e colocam em risco o programa didático pedagógico em desenvolvimento (Vol. 16, fl. 47).

Em contrarrazões (Vol. 16, fl. 63), o Ministério Público do Estado sustenta a incidência dos óbices das Súmulas 282 e 356 do STF, vez que os

RE 1008166 / SC

dispositivos tidos por violados não foram objeto de análise pela instância de origem, carecendo, portanto, do prequestionamento. Quanto ao artigo 5º, LXIX, da CF/1988, afirma que a análise das razões demanda o exame de normas infraconstitucionais. Afirma, ainda, que o recorrente não se desincumbiu de contestar todos os fundamentos do acórdão recorrido, de forma que incide o óbice da Súmula 284 do STF. No mérito, requer a manutenção do acórdão recorrido.

O Tribunal de origem não admitiu o recurso aos fundamentos de que (a) quanto aos artigos 2º 5º, LXIX; 167, I; e 208, I, incide o óbice da s Súmulas 282 e 356 do STF; e (b) quanto ao artigo 208, § 1º, o ente público deixou de se manifestar acerca do raciocínio esposado no acórdão recorrido, incidindo o óbice da Súmula 283 do STF (Vol. 16, fl. 73).

Interposto Agravo de Instrumento, a parte refutou todos os óbices apontados (Vol. 16, fl. 5).

Remetidos os autos a esta SUPREMA CORTE, inicialmente o Eminent Relator Min. LUIZ FUX deu provimento ao Agravo de Instrumento, determinando a subida dos autos principais (Vol. 0). Após, proveu o Agravo e determinou sua conversão em Recurso Extraordinário (Vol. 14).

Posteriormente, o Tribunal reconheceu a repercussão geral da matéria, consolidada no seguinte ementário (Vol. 3):

AUTO-APLICABILIDADE DO ART. 208, IV, DA
CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DEVER DO ESTADO DE
ASSEGURAR O ATENDIMENTO EM CRECHE E PRÉ -
ESCOLA ÀS CRIANÇAS DE ZERO A SEIS ANOS DE IDADE.

A Procuradoria-Geral da República manifestou-se pelo desprovimento do recurso, conforme a seguinte ementa (Vol. 5):

RE 1008166 / SC

Direito a creche. Normas da Constituição que geram direito subjetivo de caráter fundamental a que crianças na idade própria recebam dos poderes públicos a educação infantil. Inexistência de ofensa a separação de poderes. Descabimento do argumento da reserva do possível orçamentário.

Foram admitidos no processo, na qualidade de *amici curiae*, o MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, a FUNDAÇÃO ABRINQ PELOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, o MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO, o MUNICÍPIO DE TABOAO DA SERRA, o DISTRITO FEDERAL, o MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE, a DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA, a DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO TOCANTINS, a DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO CEARÁ, a DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL, a DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO, a DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS, a DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE PERNAMBUCO, a DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, a DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, a DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO, e a DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO.

Na sessão do Plenário de 8/9/2022, o Ilustre Relator votou pelo desprovimento do RE.

É o relatório.

Preenchidos os pressupostos constitucionais de admissibilidade do apelo extremo, prequestionada a matéria e reconhecida a repercussão geral, passo à análise do mérito.

Discute-se, *in casu*, o dever do Estado em assegurar a matrícula de crianças de zero a cinco anos de idade em creches e pré-escolas, à luz da autoaplicabilidade do art. 208, IV, da Constituição Federal.

RE 1008166 / SC

Eis o teor da norma, já com a alteração promovida pela EC 53/2006, que assegurou o direito para crianças de até 5 anos de idade, enquanto a redação original do dispositivo garantia o direito à educação infantil para crianças de até 6 anos de idade:

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

[...]

IV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006)

1. O dever do Poder Público de proporcionar a educação das crianças até 5 anos de idade

Conforme registrado pelo Eminentíssimo Relator, no que se refere à efetivação da garantia de acesso à educação infantil para crianças de até 5 anos de idade, esta Egrégia CORTE já foi instada a se manifestar em diversas oportunidades.

Consolidou-se o entendimento de que a norma disposta no art. 208, IV, da CF/1988 é autoaplicável e deve ser interpretada de maneira global. Logo, não apenas a educação fundamental é garantia constitucional obrigatória e indisponível, mas também a educação infantil.

Dessa forma, o Estado deve implementar o acesso de crianças a creches e ao ensino fundamental. Nesse sentido, vejam-se os seguintes precedentes de ambas as Turmas:

E M E N T A: RECURSO EXTRAORDINÁRIO CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE ATENDIMENTO EM

RE 1008166 / SC

CRECHE EDUCAÇÃO INFANTIL DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV, NA REDAÇÃO DADA PELA EC Nº 53/2006) COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO (CF, ART. 211, § 2º) O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO A FÓRMULA DA RESERVA DO POSSÍVEL NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE DE SUA INVOCAÇÃO PARA LEGITIMAR O INJUSTO INADIMPLEMENTO DE DEVERES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTOS AO PODER PÚBLICO SUCUMBÊNCIA RECURSAL (CPC, ART. 85, § 11) NÃO DECRETAÇÃO, NO CASO, ANTE A AUSÊNCIA DE CONDENAÇÃO EM VERBA HONORÁRIA NA ORIGEM AGRAVO INTERNO IMPROVIDO. (RE 1101106 AgR / DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, 9/8/2018).

E M E N T A: CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - SENTENÇA QUE OBRIGA O MUNICÍPIO DE SÃO PAULO A MATRICULAR CRIANÇAS EM UNIDADES DE ENSINO INFANTIL PRÓXIMAS DE SUA RESIDÊNCIA OU DO ENDEREÇO DE TRABALHO DE SEUS RESPONSÁVEIS LEGAIS, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA POR CRIANÇA NÃO ATENDIDA - LEGITIMIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DAS ASTREINTES CONTRA O PODER PÚBLICO - DOCTRINA - JURISPRUDÊNCIA - OBRIGAÇÃO ESTATAL DE RESPEITAR OS DIREITOS DAS CRIANÇAS - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV, NA REDAÇÃO DADA PELA EC Nº 53/2006) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER

RE 1008166 / SC

PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM CASO DE OMISSÃO ESTATAL NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO - INOCORRÊNCIA DE TRANSGRESSÃO AO POSTULADO DA SEPARAÇÃO DE PODERES - PROTEÇÃO JUDICIAL DE DIREITOS SOCIAIS, ESCASSEZ DE RECURSOS E A QUESTÃO DAS ESCOLHAS TRÁGICAS - RESERVA DO POSSÍVEL, MÍNIMO EXISTENCIAL, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL - PRETENDIDA EXONERAÇÃO DO ENCARGO CONSTITUCIONAL POR EFEITO DE SUPERVENIÊNCIA DE NOVA REALIDADE FÁTICA - QUESTÃO QUE SEQUER FOI SUSCITADA NAS RAZÕES DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO -PRINCÍPIO JURA NOVIT CURIA - INVOCAÇÃO EM SEDE DE APELO EXTREMO - IMPOSSIBILIDADE - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. POLÍTICAS PÚBLICAS, OMISSÃO ESTATAL INJUSTIFICÁVEL E INTERVENÇÃO CONCRETIZADORA DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE EDUCAÇÃO INFANTIL: POSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL. - 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 consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das crianças até 5 (cinco) anos de idade (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da

RE 1008166 / SC

Constituição Federal. - A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. - Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. - Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter impositivo, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. DESCUMPRIMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DEFINIDAS EM SEDE CONSTITUCIONAL: HIPÓTESE LEGITIMADORA DE INTERVENÇÃO JURISDICIONAL. - O Poder Público - quando se abstém de cumprir, total ou parcialmente, o dever de implementar políticas públicas definidas no próprio texto constitucional - transgride, com esse comportamento negativo, a própria integridade da Lei Fundamental, estimulando, no âmbito do Estado, o preocupante fenômeno da erosão da consciência constitucional. Precedentes: ADI 1.484/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.. - A inércia estatal em adimplir as

RE 1008166 / SC

imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado. É que nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem ajustados à conveniência e aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos. - A intervenção do Poder Judiciário, em tema de implementação de políticas governamentais previstas e determinadas no texto constitucional, notadamente na área da educação infantil (RTJ 199/1219-1220), objetiva neutralizar os efeitos lesivos e perversos, que, provocados pela omissão estatal, nada mais traduzem senão inaceitável insulto a direitos básicos que a própria Constituição da República assegura à generalidade das pessoas. Precedentes. A CONTROVÉRSIA PERTINENTE À RESERVA DO POSSÍVEL E A INTANGIBILIDADE DO MÍNIMO EXISTENCIAL: A QUESTÃO DAS ESCOLHAS TRÁGICAS. - A destinação de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos, faz instaurar situações de conflito, quer com a execução de políticas públicas definidas no texto constitucional, quer, também, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República, daí resultando contextos de antagonismo que impõem, ao Estado, o encargo de superá-los mediante opções por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes, compelindo, o Poder Público, em face dessa relação dilemática, causada pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, a proceder a verdadeiras escolhas trágicas, em decisão governamental cujo parâmetro, fundado na dignidade da pessoa humana, deverá ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial, em ordem a conferir real efetividade às normas programáticas positivadas na própria Lei Fundamental. Magistério da doutrina. - A cláusula da reserva do possível - que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o

RE 1008166 / SC

propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição - encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. Doutrina. Precedentes. - A noção de mínimo existencial, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (Artigo XXV). A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTRAÇÃO E AO INADIMPLEMENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS. - O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. - A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao

RE 1008166 / SC

texto constitucional, a preservá-los, abstendo-se de frustrar - mediante supressão total ou parcial - os direitos sociais já concretizados. LEGITIMIDADE JURÍDICA DA IMPOSIÇÃO, AO PODER PÚBLICO, DAS ASTREINTES. - Inexiste obstáculo jurídico-processual à utilização, contra entidades de direito público, da multa cominatória prevista no § 5º do art. 461 do CPC. A astreinte - que se reveste de função coercitiva - tem por finalidade específica compelir, legitimamente, o devedor, mesmo que se cuide do Poder Público, a cumprir o preceito, tal como definido no ato sentencial. Doutrina. Jurisprudência. (ARE 639337 AgR / SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, DJe. 15/09/2011)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ART. 208, INC. IV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. ATENDIMENTO DE CRIANÇAS ATÉ CINCO ANOS DE IDADE EM CRECHES E PRÉ-ESCOLAS: DIREITO SUBJETIVO PÚBLICO. POSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO (RE 554075 AgR / SC, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, DJe. 21/08/2009).

2. A quem incumbe prestar a educação para as crianças até 5 anos de idade

Extrai-se tanto do texto constitucional, como da legislação de regência, que os Municípios deverão atuar prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil. Vejamos:

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

I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na

RE 1008166 / SC

idade própria; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 59, de 2009) (Vide Emenda Constitucional nº 59, de 2009)

(...)

IV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006)

Art. 211. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão em regime de colaboração seus sistemas de ensino. (...)

§ 2º Os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil”.

Art. 30. Compete aos Municípios:
(...)

VI - manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, **programas de educação infantil e de ensino fundamental;**

De igual modo, a Lei 9.394/1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional) estabelece que:

Art. 10. Os Estados incumbir-se-ão de:

I - organizar, manter e desenvolver os órgãos e instituições oficiais dos seus sistemas de ensino;

II - definir, **com os Municípios**, formas de colaboração na oferta do ensino fundamental, as quais devem assegurar a distribuição proporcional das responsabilidades, de acordo com a população a ser atendida e os recursos financeiros disponíveis

RE 1008166 / SC

em cada uma dessas esferas do Poder Público;

III - elaborar e executar políticas e planos educacionais, em consonância com as diretrizes e planos nacionais de educação, integrando e coordenando as suas ações e as dos seus Municípios;

IV - autorizar, reconhecer, credenciar, supervisionar e avaliar, respectivamente, os cursos das instituições de educação superior e os estabelecimentos do seu sistema de ensino;

V - baixar normas complementares para o seu sistema de ensino;

VI - assegurar o ensino fundamental e oferecer, com prioridade, o ensino médio.

VI - assegurar o ensino fundamental e oferecer, com prioridade, o ensino médio a todos que o demandarem, respeitado o disposto no art. 38 desta Lei; (Redação dada pela Lei nº 12.061, de 2009)

VII - assumir o transporte escolar dos alunos da rede estadual. (Incluído pela Lei nº 10.709, de 31.7.2003)

Parágrafo único. Ao Distrito Federal aplicar-se-ão as competências referentes aos Estados e aos Municípios.

Art. 11. Os Municípios incumbir-se-ão de:

I - organizar, manter e desenvolver os órgãos e instituições oficiais dos seus sistemas de ensino, integrando-os às políticas e planos educacionais da União e dos Estados;

II - exercer ação redistributiva em relação às suas escolas;

III - baixar normas complementares para o seu sistema de

RE 1008166 / SC

ensino;

IV - autorizar, credenciar e supervisionar os estabelecimentos do seu sistema de ensino;

V - oferecer a educação infantil em creches e pré-escolas, e, com prioridade, o ensino fundamental, permitida a atuação em outros níveis de ensino somente quando estiverem atendidas plenamente as necessidades de sua área de competência e com recursos acima dos percentuais mínimos vinculados pela Constituição Federal à manutenção e desenvolvimento do ensino.

VI - assumir o transporte escolar dos alunos da rede municipal. (Incluído pela Lei nº 10.709, de 31.7.2003)

Parágrafo único. Os Municípios poderão optar, ainda, por se integrar ao sistema estadual de ensino ou compor com ele um sistema único de educação básica.

Nesse sentido é também a jurisprudência do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Vejamos:

(...) EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV, NA REDAÇÃO DADA PELA EC Nº 53/2006) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) (...) (ARE 639337 AgR / SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, DJe. 15/09/2011)

EMENTAS: 1. RECURSO. Extraordinário. Inadmissibilidade. Educação infantil. Criança de até seis anos de idade. Atendimento em creche e pré-escola. Direito assegurado pelo próprio Texto Constitucional (CF, art. 208, IV).

RE 1008166 / SC

Compreensão global do direito constitucional à educação. **Dever jurídico cuja execução se impõe ao Poder Público, notadamente ao Município (CF, art. 211, § 2º).** Precedentes. Agravo regimental não provido. Nega-se provimento a agravo regimental tendente a impugnar, sem razões consistentes, decisão fundada em jurisprudência assente na Corte. 2. RECURSO. Agravo. Regimental. Jurisprudência assentada sobre a matéria. Caráter meramente abusivo. Litigância de má-fé. Imposição de multa. Aplicação do art. 557, § 2º, c.c. arts. 14, II e III, e 17, VII, do CPC. Quando abusiva a interposição de agravo, manifestamente inadmissível ou infundado, deve o Tribunal condenar o agravante a pagar multa ao agravado (RE 592937 AgR, Relator(a): CEZAR PELUSO, Segunda Turma, DJe de 5/6/2009)

Assim, indene de dúvida que o legislador incumbiu aos Municípios, com prioridade, o dever de prestar a educação infantil.

3. A possibilidade de o Poder Judiciário obrigar a Administração Pública a oferecer vaga em creche ou escola de educação infantil a criança até 5 anos de idade

A Confederação Nacional de Municípios (Vol. 120), em sua petição de *amicus curiae*, invoca o Plano Nacional de Educação - PNE da Secretaria de Articulação com os Sistemas de Ensino do Ministério da Educação – SASE/MEC, que nas Estratégias 1.1; e 1.3 dispõem, respectivamente:

“definir, em regime de colaboração entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, metas de expansão das respectivas redes públicas de educação infantil segundo padrão nacional de qualidade, considerando as peculiaridades locais”.

“realizar, periodicamente, em regime de colaboração,

RE 1008166 / SC

levantamento da demanda por creche para a população de até 3 (três) anos, como forma de planejar a oferta e verificar o atendimento da demanda manifesta.”

Ou seja, a partir da leitura das estratégias acima, defende a Confederação que *“a definição de metas para a expansão da creche nos entes municipais deve ser realizada ‘considerando as peculiaridades locais’, e de acordo com o conceito de ‘demanda manifesta’, não se mostrando obrigatória a matrícula até os 3 anos de idade em creches. Portanto, assevera que “a forma com que o Estado deve garantir o direito à educação infantil está condicionada à qual etapa da educação se trata, uma vez que possui direito subjetivo acerca da disponibilização de vagas em pré-escola, assim com no ensino fundamental e médio, diferentemente do ocorrido no caso das creches” (Vol. 120, fl. 11).*

A CNM tece, ainda, considerações sobre o impacto financeiro que este precedente causará aos Municípios caso sejam obrigados a assegurar o atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a 5 anos de idade. Destaca que *“conforme cálculo elaborado pela CNM sobre os impactos nas finanças municipais com dados por Município/Estado, caso a pauta ainda em tramitação seja aprovada, a repercussão pode chegar ao montante de R\$ 90,84 bilhões”, e alcançar “R\$120,5 bilhões considerando a garantia de vagas a 100% dessa população de crianças, sem considerar ainda todas as despesas para a construção das creches e sua manutenção” (Vol. 120, fl. 12).*

Aduz que o *“custo médio de manutenção das crianças na creche atualmente já se aproxima de R\$ 50 bilhões/ano, dos quais R\$ 35 bilhões estão sob responsabilidade dos Municípios. Para matricular 50% das crianças nas creches seria necessária a abertura de 2,6 milhões de novas vagas. O atendimento de 100% das crianças nessa faixa etária requereria a criação de 8,4 milhões de vagas, o que corresponde a 71% da estimativa de população da faixa etária para 2021” (Vol. 120, fl. 13).*

Alerta, por fim, que não há expectativa de crescimento da

RE 1008166 / SC

arrecadação para os Municípios, embora as instâncias federais venham criando despesas estruturais cada vez maiores para os entes municipais.

Dados do índice Firjan de gestão fiscal apontam que dos municípios brasileiros que têm a responsabilidade pelas creches, a responsabilidade direta, 1.704, ou seja, 32,5%, 1/3 dos municípios, não arrecadam o suficiente para arcar com os custos da Câmara dos Vereadores e da estrutura administrativa da prefeitura. Ou seja, os municípios são absolutamente deficitários. A partir de 1988 até a edição da EC 15/1996, a geração espontânea dos municípios acabou propiciando isso.

Além disso, outros 34,7%, 1.818 municípios, despendem 54% de receita com despesa de pessoal e só conseguem investir 4,6% do orçamento - para limpeza, segurança, habitação, entre outros.

Desse modo, entendo também, como afirmado pelo eminente Ministro-Relator, que é obrigação do município concretizar a creche. Tanto é que vários municípios têm um escalonamento para atender a demanda por creches.

Mas, o oferecimento de creches pela Administração Pública demanda um rigoroso planejamento, que vai desde a inclusão nas leis orçamentárias até a aquisição/locação de imóveis, a contratação de pessoal qualificado, bem como a instauração de processos de licitação para a aquisição de materiais necessários ao desenvolvimento da atividade.

Por isso, com relação à tese de repercussão proposta pelo ilustre Relator no sentido de que: *“A Administração Pública, por força de decisão judicial, deve matricular crianças de zero a cinco anos de idade em creche ou pré-escola pública, desde que haja comprovação de pedido administrativo prévio não atendido em prazo razoável e de incapacidade financeira do requerente de arcar com o custo correspondente”*, penso não ser o caso determinar-se que, obrigatoriamente, sempre que houver o pedido, o município tenha que

RE 1008166 / SC

atender a demanda, sem que possa fazer um planejamento; é óbvio que ele tem a obrigatoriedade de realizar um planejamento, mas, de outro lado, deve-se sopesar a possibilidade de o município não ter a capacidade de suportar custos de forma imediata.

Assim, é possível que uma decisão judicial não possa ser cumprida por absoluta impossibilidade real. Desse modo, compreendo que a fixação de prazo pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL para que os municípios atendam imediatamente a demanda por creches é uma questão é extremamente complexa.

Rememoro que, há tempos, o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL proclamou o direito pleno à saúde, como o fez, por exemplo, em relação a remédios, assegurando o amplo acesso a todos os tipos de medicamentos, mesmo os que ainda não tinham sido aprovados. Todavia, mais à frente, entendeu por bem estabelecer as competências, os requisitos, considerando que, ao mesmo tempo que a Constituição determina o direito à creche, à saúde, à habitação, à segurança, também estabelece limites para os gastos orçamentários, e a vinculação ao orçamento aprovado. É lógico que se fosse possível destinar todo um orçamento à questão das creches, ou vários orçamentos, para se solucionar o problema sem prejuízo das outras áreas, o administrador público de boa-fé o faria e, obviamente, a deficiência estaria suprida. Entretanto, a dificuldade é muito mais complexa.

O trabalho de fim de curso de mestrado profissional em Gestão em Políticas Públicas pela Fundação Getúlio Vargas, de São de Paulo, a Escola de Administração de Empresas (autores: Aline Zero Soares, João Augusto Aquino de Araújo, Karla de Mello Monteiro e Sérgio Roberto Guedes Reis, intitulado *“Proposta de Aceleração da Oferta de Vagas em Creches na Cidade de São Paulo”* analisou detalhadamente toda a questão sob os aspectos legal, orçamentário, possibilidades de implantação ano a ano, em especial a Lei Orgânica do Município de São Paulo.

RE 1008166 / SC

Essa Lei determina que 31% do orçamento seja destinado à educação; ou seja, a previsão constitucional é de 25%, a lei orgânica aumentou ainda em 6% essa destinação orçamentária obrigatória.

O trabalho demonstra que os relatórios anuais de fiscalização do Tribunal de Contas do município concluiu que aquele montante é implementado. Ou seja, 31% são destinados à educação, como um todo; e, para as creches, desse patamar de 31% se destinam em torno de 20%, porque, se não for assim, é impossível implementar o restante da educação.

Deve-se ter em mente que, quando os recursos são escassos, se se tirar dinheiro de determinada destinação, vai faltar em outra.

O trabalho também demonstra que, mesmo aplicando os 31%, seguindo toda uma programação e aumentando ano a ano para creches acima de 4 anos ou de 3 para frente, a carência foi quase toda solucionada; até 3 anos, a implementação de creches é extremamente complexa.

Logo, penso ser razoável determinar a oferta de creche para todas as crianças a partir de 4 anos de forma imediata, mas não para antes dessa idade, porque nesta fase a creche exige pessoas especializadas para cuidar das crianças, não basta a construí-las.

Há várias matérias jornalísticas sobre creches particulares que cobram caro dos pais, e não prestam o atendimento adequado. Recentemente, houve um caso de determinada creche que amarrava as crianças. Isso demonstra que a creche não é só o local físico, mas exige a contratação de mão de obra especializada, providência essa que, às vezes, impacta no teto do funcionalismo dos municípios. Então se, no Poder Executivo, a despesa com pessoal já está no teto, não há margem para novas contratações.

O estudo em comento mostra que há outras possibilidades, como a participação de entidades conveniadas. Todavia, após a celebração desses convênios, o Ministério Público ajuíza ações alegando que esse tipo de

RE 1008166 / SC

serviço deve ser prestado diretamente pelo Estado, e não por meio de convênio. Ou seja, há a judicialização da questão.

Outra opção seria o repasse de voucher. O Estado de São Paulo encaminhou essa proposta, mas ainda não está aprovada. Há mais dois municípios daquele Estado - Limeira e Hortolândia - que resolveram o problema de creche com o repasse de um valor - por meio do cadastro das crianças - a quase 100% somente para as mães, excluídos os pais, porque estavam ocorrendo desvios. Repassavam diretamente para a creche particular a qual a mãe indicava que a criança estava matriculada. Assim, a prefeitura pagava diretamente à creche particular.

Outros municípios recorreram a faculdades, como por exemplo, a faculdade de Direito, que, geralmente, têm cursos só pela manhã e à noite, e, à tarde, um grande período ficava ocioso. Em troca de isenção tributária, a faculdade disponibilizava o local para ser utilizado durante o período vespertino.

Como se vê, são várias as possibilidades. Ao lado das questões de gestão, treinamento de pessoal e orçamentária, cada município possui sua própria programação.

Parece-me, desse modo, como bem assinalaram os eminentes Ministros GILMAR MENDES, EDSON FACHIN e LUIZ FUX, que não há dúvida que devemos reafirmar o direito, entretanto, precisamos ser cautelosos quanto ao SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL estabelecer uma regra geral para substituir a programação de cada um dos municípios que têm situações totalmente diversas.

Conforme anotei em minha primeira intervenção, quase um terço dos municípios do país não têm dinheiro para pagar nem o funcionalismo da Câmara e do Executivo. Logo, devemos nos perguntar como então eles solucionarão a questão de creche?

Os municípios podem implementar as creches, como, às vezes, fazem com o auxílio dos estados. Porém, há de se ter um olhar diferente

RE 1008166 / SC

para cada um dos municípios e, dessa forma, estabelecer obrigações, critérios.

Efetivamente, a inércia do município tem que ser apenada, mas, se houver uma programação municipal, dentro dos seus critérios orçamentários, logísticos e de gestão, acredito que não há possibilidade de o Judiciário substituir esses parâmetros. Seja o juiz de primeira instância, seja o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, não dispomos dos dados necessários dos mais de cinco mil municípios para respondermos as questões tais como saber se, por exemplo, no Município de Hortolândia, ou no de Criciúma, é possível que se faça igual ao de Limeira, ou no de Niterói.

Por isso, repito, a Constituição não define só o direito à creche, define também que se deve respeitar o orçamento, que há um teto para o gasto em educação. A Lei Fundamental não estabelece que todo o orçamento deve ir para creche.

Nesse passo, concordo, no julgamento e nas premissas, com a posição do ilustre Relator. Assinalo, porém, na linha do que asseverou o eminente Ministro GILMAR MENDES, que devemos ter cautela com a fixação da tese deste paradigma, uma vez que se trata de recurso em que se reconheceu a repercussão geral da matéria.

Se o TRIBUNAL PLENO fixar, imediatamente, que todas as crianças acima de 4 anos têm que ir para a creche, a tese pode ser inócua na medida em que isso não muda a realidade dos fatos, porque inexistem recursos, ou programação, muito menos pessoal para atender as crianças. Na minha visão, apesar de ser uma tese elogiável, ela não é factível.

É relevante a ponderação feita pelo ilustre Ministro RICARDO LEWANDOWSKI no sentido de fazer constar na tese que o município precisa comprovar que não tem condições orçamentárias para abrir as vagas na creche pública, pois é fato que maioria dos municípios tem deficiência no número de vagas de creches. Principalmente os municípios maiores apresentam maior carência, e a lista de deficiência dessas unidades federativas é exatamente com a idade e as vagas daqueles que

RE 1008166 / SC

necessitam de creche. Existe um cadastro e uma programação.

Ora, há alguns requisitos que são possíveis de serem estabelecidos. Por exemplo, o município obrigatoriamente tem que aplicar os 25%; e desses 25%, define-se uma porcentagem a ser destinada para a creche. Considero isso é viável.

Ao contrário, entendo que determinar uma aplicação imediata, por mais que a medida seja juridicamente possível, realisticamente não é.

Por isso, a minha única preocupação com a fixação da tese proposta pelo ilustre Relator é a decisão da CORTE não ter qualquer efetividade, porque aqueles municípios que não têm condições de pagar nem salários dos servidores, não poderão construir creche. E, isso não se deve a renitência do prefeito em não construí-las, mas sim, pela ausência de recursos para tanto. Ou seja, a dificuldade está nesse ponto.

Reitero que, apesar de concordar que a determinação judicial deve ser firme, o seu cumprimento precisa ser plausível. Em verdade, a dificuldade na fixação da tese é fixarmos requisitos para a implementação das creches, mas que, ao mesmo tempo, permitam aos municípios não descumprirem a decisão do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

Nesse sentido, não há dúvida que o recurso deve ser desprovido.

Concordo com o ilustre Relator que não é razoável que o município não tenha nenhuma creche, depois de 34 anos da Constituição. Essa situação seria até criminosa. De outro giro, reitero que não é razoável determinar ao atual prefeito, que não tem recursos nem para arcar com os salários dos servidores, construa todas as creches que em 34 anos não se construiu. Indago: isso seria razoável? Esse é o balanceamento a ser feito.

Assim, não obstante a jurisprudência desta CORTE seja firme no sentido de que crianças de até 5 anos têm direito constitucionalmente assegurado à educação infantil, sua concretização encontra dificuldades.

Como recorrentemente destaco, apesar de independentes, os

RE 1008166 / SC

poderes de Estado devem atuar de maneira harmônica, privilegiando a cooperação e a lealdade institucional e afastando as práticas de guerrilhas institucionais, que acabam minando a coesão governamental e a confiança popular na condução dos negócios públicos pelos agentes políticos.

Para tanto, a CONSTITUIÇÃO FEDERAL consagra um complexo mecanismo de controles recíprocos entre os três poderes, de forma que, ao mesmo tempo, um Poder controle os demais e por eles seja controlado. Esse mecanismo denomina-se teoria dos freios e contrapesos (WILLIAM BONDY. *The Separation of Governmental Powers*. In: *History and Theory in the Constitutions* . New York: Columbia College, 1986; JJ. GOMES CANOTILHO; VITAL MOREIRA. *Os Poderes do Presidente da República* . Coimbra: Coimbra Editora, 1991; DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO. *Interferências entre poderes do Estado (Fricções entre o executivo e o legislativo na Constituição de 1988)*. Revista de Informação Legislativa , Brasília: Senado Federal, ano 26, nº 103, p. 5, jul./set. 1989; JAVIER GARCÍA ROCA. *Separación de poderes y disposiciones del ejecutivo com rango de ley: mayoría, minorías, controles*. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política , São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 7, nº 27, p. 7, abr./jun. 1999; JOSÉ PINTO ANTUNES. *Da limitação dos poderes* . 1951. Tese (Cátedra) Fadusp, São Paulo; ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ. *Conflito entre poderes : o poder congressional de sustar atos normativos do poder executivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 2021; FIDES OMMATI. *Dos freios e contrapesos entre os Poderes*. Revista de Informação Legislativa , Brasília: Senado Federal, ano 14, nº 55, p. 55, jul./set. 1977; JOSÉ GERALDO SOUZA JÚNIOR. *Reflexões sobre o princípio da separação de poderes: o parti pris de Montesquieu*. Revista de Informação Legislativa , Brasília: Senado Federal, ano 17, nº 68, p. 15, out./dez. 1980; JOSÉ DE FARIAS TAVARES. *A divisão de poderes e o constitucionalismo brasileiro*. Revista de Informação Legislativa , Brasília: Senado Federal, ano 17, nº 65, p. 53, jan./mar. 1980).

Tendo por parâmetros hermenêuticos esses núcleos axiológicos

RE 1008166 / SC

extraídos da Constituição Federal - separação dos poderes (independência) e sistema de freios e contrapesos (harmonia) -, por mais louvável que seja a implementação judicial de medidas impostas ao gestor da coisa pública, a fim de se evitar a fricção entre os poderes republicanos, a intromissão há de ser afastada dentro de um contexto fático-normativo operado pela regra e não pela exceção, essa evidenciada quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter impositivo, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, assinala nosso decano, o eminente Ministro CELSO DE MELLO (ARE 1.170.694/AC, DJe de 7/11/2018).

Nessa linha de consideração, concluí, *verbi gratia*, não caber ao Poder Judiciário determinar ao Executivo (a) a adoção de medidas necessárias ao suprimento de carência de professores em colégio estadual do Rio de Janeiro (ARE 1.169.331/RJ); (b) a completa restauração de imóvel tombado administrativamente no município de São Cristóvão/SE (ARE 1.161.181/SE); (c) a contratação de professores interlocutores de LIBRAS, visando ao atendimento de alunos portadores de deficiência auditiva matriculados na rede estadual de ensino do Município de Itatiba/SP (ARE 759.755/SP); e (d) o fornecimento de atendimento a aluno portador de deficiência intelectual e com transtorno comportamental, durante o período de atividade acadêmica, seja de caráter curricular ou extracurricular (ARE 1.145.501/SP).

O cenário estabelecido pelas instâncias ordinárias não se revelava apto a legitimar a prestação jurisdicional pretendida no sentido de fazer executar determinada atividade pública, já que, repise-se, não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário e nas desta Suprema Corte, em especial a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, p. 207,

RE 1008166 / SC

item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo (RE 1.165.054/RN, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJe de 9/11/2018), haja vista que, do contrário, a ingerência do Poder Judiciário no Poder Executivo estaria, evidentemente, desorganizando a implementação das políticas públicas.

Em suma, ao impor uma determinada conduta à Administração Pública, a correição do ato judicial se notabiliza por respeitar o conteúdo programático da República Federativa do Brasil, previamente definido na Constituição Federal de 1988, bem como por não intervir no programa de governo estabelecido pelo gestor da res publica, responsável pela gerência do erário e estipular as diretrizes governamentais, essas revestidas de discricionariedade, pautadas pela conveniência e oportunidade administrativa, características insindicáveis do ato.

A convivência harmônica dos poderes republicanos é mantida em demandas nas quais os aparentes conflitos são marcados pela atividade judicial excepcional, emergencial e tópica, com vistas a garantir o gozo de direitos de estatura constitucional. Nesse sentido, recentemente decidiu a 1ª Turma deste TRIBUNAL:

DIREITO ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICA PÚBLICA PELO JUDICIÁRIO. EXCEPCIONALIDADE. NECESSIDADE DE REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 279/STF. JURISPRUDÊNCIA. RECURSO PROTETÓRIO. IMPOSIÇÃO DE MULTA. 1. A jurisprudência desta Corte afirma a possibilidade, em casos emergenciais, de implementação de políticas públicas pelo Judiciário, ante a inércia ou morosidade da Administração, como medida assecuratória de direitos fundamentais. Precedentes. 2. Para dissentir do acórdão recorrido quanto à morosidade do Estado para a execução da política pública, seria imprescindível a análise do material fático-probatório dos autos, procedimento vedado em instância

RE 1008166 / SC

extraordinária. Súmula 279/STF. 3. Inaplicável o art. 85, § 11, do CPC/2015, uma vez que não é cabível, na hipótese, condenação em honorários advocatícios (arts. 17 e 18, Lei nº 7.347/1985). 4. Agravo interno a que se nega provimento, com aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC/2015. (ARE 1.123.139 AgR, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, DJe de 12/11/2018).

Logo, excepcionalmente, em havendo **inércia** pontual e específica da Administração Pública, para fins de assegurar o exercício de direitos fundamentais, nada obsta que, provocado, o Poder Judiciário atue de modo emergencial visando ao restabelecimento da plena fruição desses direitos que se encontram em estado de comprometimento.

Nesse sentido, eis precedentes de ambas as Turmas do STF:

Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. 2. Ação Civil Pública. **Inércia do Município** na fiscalização do uso irregular de calçadas e logradouros públicos por cidadãos e estabelecimentos comerciais 3. Dever de fiscalização e cumprimento de normas do código de posturas municipal. Discussão de índole infraconstitucional. Ofensa reflexa. Necessidade do reexame do acervo-fático probatório. Súmula 279. 4. Alegada violação à separação de poderes. Inocorrência. Precedentes. 5. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 6. Negado provimento ao agravo regimental (ARE 1326704 AgR, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, DJe de 1º/12/2021)

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. INTERPOSIÇÃO EM 14.02.2019. DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA. IMÓVEL PÚBLICO. OCUPAÇÃO IRREGULAR. **INÉRCIA DO PODER PÚBLICO**. DIRETRIZES E INSTRUMENTOS DA POLÍTICA URBANA. APLICABILIDADE. AFRONTA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES. NÃO CONFIGURAÇÃO.

RE 1008166 / SC

PRECEDENTES. 1. É firme o entendimento deste Tribunal de que o Poder Judiciário pode, sem que fique configurada violação ao princípio da separação dos Poderes, determinar a implementação de políticas públicas em defesa de direitos fundamentais. 2. O exercício do poder de polícia de ordenação territorial pode ser analisado a partir dos direitos fundamentais, que constituem, a toda evidência, o fundamento e o fim da atividade estatal. 3. Agravo regimental a que se nega provimento (ARE 918358 AgR, Relator(a): EDSON FACHIN, Segunda Turma, DJe de 4/10/2019)

EMENTA: AGRAVO INTERNO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. EXAME DA LEGALIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS PELO PODER JUDICIÁRIO. VIOLAÇÃO À SEPARAÇÃO DOS PODERES. INEXISTÊNCIA. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA SUPREMA CORTE. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INVIABILIDADE. SÚMULA 279/STF. 1. A condenação do MUNICÍPIO DE DIADEMA se deu em razão de o Tribunal de origem ter constatado que o Auto de Vistoria do Corpo de Bombeiros constitui condição indispensável para assegurar aos alunos de escola municipal o mínimo de segurança para frequentar as aulas, de modo que a falta desse documento por **inércia do ente público** configura situação de emergência, apta a condená-lo a providenciar o alvará no prazo estipulado. 2. O acórdão recorrido encontra-se em conformidade com a orientação jurisprudencial desta CORTE, de que o exame da legalidade dos atos administrativos pelo Poder Judiciário não viola o princípio da separação de Poderes. 3. A argumentação recursal demanda a incursão no conteúdo probatório dos autos, medida igualmente inviável nesta sede recursal em face do óbice da Súmula 279 desta CORTE: Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário. 4. Agravo Interno a que se nega provimento (ARE 1356189 AgR, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, DJe de 25/2/2022)

RE 1008166 / SC

Vale lembrar que, na ADPF 45 e ADPF 347-MC, o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL fixou orientação de que a interferência no âmbito de competência administrativa do Poder Executivo e de afastar o argumento da reserva do financeiramente possível é viável para o afastamento do “estado de inconstitucionalidade”.

Naquela ADPF 347-MC, o Min. MARCO AURÉLIO sustentou que “o papel do SUPREMO é *“retirar as autoridades públicas do estado de letargia, provocar a formulação de novas políticas públicas, aumentar a deliberação política e social sobre a matéria e monitorar o sucesso da implementação das providências escolhidas, assegurando a efetividade prática das soluções propostas”*.

Sobre o tema, a doutrina ensina que o “estado de coisas inconstitucional é identificado quando:

“i) a constatação de um quadro não simplesmente de proteção deficiente, e sim de violação massiva, generalizada e sistemática de direitos fundamentais, que afeta um número amplo de pessoas;

ii) a falta de coordenação entre medidas legislativas, administrativas, orçamentárias e até judiciais, verdadeira “falha estrutural”, que gera tanto a violação sistemática dos direitos, quanto a perpetuação e agravamento da situação; e

iii) a superação dessas violações de direitos exige a expedição de remédios e ordens dirigidas não apenas a um órgão, e sim a uma pluralidade destes.” (CARLOS ALEXANDRE DE AZEVEDO CAMPOS, O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural (disponível em <https://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>. Acesso em 20/9/2022).

Consoante se constata da jurisprudência desta CORTE, não é suficiente para revelar o quadro propício à efetivação da medida sua mera requisição perante o Poder Judiciário, sob o risco de não se atentar

RE 1008166 / SC

às balizas que são postas ao Poder Judiciário quando examina atos do Poder Executivo dotados de discricionariedade, os quais se amparam nos critérios da oportunidade e conveniência no momento de sua execução.

Nesse sentido, veja-se o seguinte precedente:

Agravo regimental em recurso extraordinário. 2. Direito Administrativo. 3. defensoria pública. Implantação de plantão permanente na cidade de Erechim. Mérito administrativo. Impossibilidade de ingerência do Poder Judiciário ante a ausência de ilegalidade ou abuso de poder. Princípio da separação dos poderes. Precedentes. Inexistência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 5. Agravo regimental a que se nega provimento. (RE 636.686-AgR, Rel. Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, DJe de 16/8/2013)

Também no sentido de que não cabe ao Poder Judiciário intervir na discricionariedade do administrador, vejam-se os seguintes precedentes:

Agravo regimental no recurso extraordinário. Portaria ministerial que estabeleceu direito antidumping provisório na forma de sobretarifa ao imposto de importação (II), relativamente à importação de fosfato monoamônico (MAP) procedente da Rússia. Exclusão da região Nordeste. Adequação da fundamentação do ato normativo. Matéria fática. Súmula nº 279/STF. Análise de legislação infraconstitucional. Afronta reflexa. Pretensão fundada em isonomia que transformaria o Poder Judiciário em legislador positivo.

(...)

2. Não cabe ao Poder Judiciário adentrar no exame da oportunidade e da conveniência de ato do Poder Executivo (sobretarifa antidumping) no exercício de sua discricionariedade, sob pena de violação do princípio da separação de poderes, mormente quando não demonstrada

RE 1008166 / SC

ausência de razoabilidade ou de proporcionalidade da medida, como ocorreu no caso dos autos. Precedentes.

(...)

4. Agravo regimental não provido. (RE 475.954-AgR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 9/9/2013)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DECRETO N. 420/92. LEI N. 8.393/91. IPI. ALÍQUOTA REGIONALIZADA INCIDENTE SOBRE O ACÚCAR. ALEGADA OFENSA AO DISPOSTO NOS ARTS. 150, I, II e § 3º, e 151, I, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. CONSTITUCIONALIDADE.

(...)

3. A concessão do benefício da isenção fiscal é ato discricionário, fundado em juízo de conveniência e oportunidade do Poder Executivo, cujo controle é vedado ao Judiciário. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento. (RE 480.107-AgR, Rel. Min. EROS GRAU, Segunda Turma, DJe de 27/3/2009)

Pois bem: embora o Brasil tenha caminhado nos últimos anos para uma redução considerável de crianças fora da educação infantil, persiste a incapacidade do Estado em suprir não apenas esta, mas sim inúmeras demandas da coletividade. Quanto ao tema, é bom lembrar que:

“por mais que se aloquem recursos em uma ou outra área, a questão da escolha trágica não terminará. Se hoje dobrarem-se os recursos em saúde, não significa atendimento integral da demanda, nem resolução de todos os problemas, posto que há problemas no déficit habitacional que exigem prioridade, há problemas infindáveis na educação e a realidade do saneamento causa espanto. Como há limitação de recursos, sempre há de contar-se com escolhas trágicas, com a plena

RE 1008166 / SC

ciência de que algumas necessidades não serão atendidas do modo pretendido.

Não é que direitos demandam caixas cheias para serem protegidos. Proteção há. Como se verá, a sistemática constitucional vigente obsta a proteção zero para direitos tidos como fundamentais. A Constituição determina a previsão de recursos para as áreas mais carentes e não faltam programas protetores dessas áreas.

[...]

Por isso, escolhas trágicas infunde, por si só, a crítica ou a autorreflexão de que alguma injustiça é realmente inescapável na consciência da sociedade. Não se trata de uma distribuição de injustiça padronizada, mas de episódica distribuição de injustiça, que não está indene de críticas. O aleatório é moralmente tolerável num mundo onde justiça perfeita não é realizável.

Orçamento que opta por gastar mais em publicidade do que em educação ou mais em guerra do que em saúde, sem análise detalhada das especificidades do caso concreto, apresenta um padrão de injustiça intolerável, que deveria ser combatido política e socialmente. Mas um orçamento que, embora prevendo elevadas quantias de recursos à proteção de direitos fundamentais, mesmo assim lida com situações em que o alcance de proteção política não se dá à altura do esperado, não se pode afirmar que é injusto (HARRISON LEITE, Manual de direito financeiro , 9ª ed. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 78/79)

Proponho, assim, a seguinte reflexão: precisaremos, para a implementação do direito - autoaplicável desde 1988 e já reconhecido pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL inúmeras vezes -, ficar muito atentos para diferenciar entre o que é inércia ou omissão do gestor

RE 1008166 / SC

municipal, e o que é uma impossibilidade total em virtude de questão orçamentária, de questão de gestão. Não podemos tratar dessas duas coisas diferentes como todas sendo o descumprimento do direito constitucional previsto.

Ao postular o ingresso na causa na condição de *amicus curiae*, o Distrito Federal trouxe dados que dão adequada dimensão do problema em análise:

“Apenas para se ter uma ideia da gravidade do quadro fático, registre-se que, de acordo com dados da Secretaria de Educação do Distrito Federal (SEDF), havia, em 2016, mais de 125.000 (cento e vinte e cinco mil) crianças entre zero e 3 (três) anos elegíveis, portanto, para uma vaga em creches públicas, mas estavam disponíveis apenas 9.324 vagas em instituições públicas ou conveniadas.

O quadro em 2017 somente se agravou, tornando-se absolutamente impossível o integral atendimento da demanda no Distrito Federal.

Obviamente, nem todas as crianças nessa faixa etária dependem do Poder Público para frequentar creches. Grande parte das famílias escolhe cuidar pessoalmente da criança nessa fase inicial da vida ou matricular seus filhos em instituições particulares.

Sem embargo, mesmo excluindo-se esses casos, estima-se haver uma demanda reprimida de nada menos que 18.000 (dezoito mil) crianças aguardando vaga no ensino infantil público, valendo dizer que o sistema atual não possui a mínima condição de resolver o problema a curto ou a médio prazo, já que se mostra necessário praticamente duplicar a oferta atualmente existente.

É importante ainda destacar que, de 2012 para 2015, houve

RE 1008166 / SC

um incremento de mais de 3.000 (três mil) vagas em creches públicas, de 6.034 para 9.324, o que significa um aumento de quase 50% (cinquenta por cento) na oferta. O mesmo processo de expansão também tem ocorrido na pré-escola: se em 2012 havia 33.648 vagas em instituições públicas ou conveniadas, atualmente o ente distrital tem capacidade de receber 37.962 alunos. Ressalte-se que todas as vagas encontram-se preenchidas.”

Cito, ainda, o exemplo dado pela Procuradoria do Município do Rio de Janeiro, que, na qualidade de *amicus curiae*, demonstrou os critérios objetivos adotados para preenchimento das vagas que vão surgindo em creches públicas da capital fluminense, dada a incapacidade do ente em promover a educação infantil a todas as crianças que se encontrem em situação de vulnerabilidade (Vol. 9, fls. 8-9):

“Dadas as limitações fáticas e inevitáveis sobre a impossibilidade atual de atendimento de toda a demanda por vagas em creches e pré-escolas, como abaixo demonstrado, por exemplo, o Município do Rio de Janeiro criou procedimento de sorteio de vagas destinado à observância dos princípios da isonomia e da impessoalidade.

Trata-se da Resolução SME nº 1.204, de 05 de outubro de 2012 e da Portaria E/SUBG/CP nº 29, de 09 de outubro de 2012 que Fixa normas para efetivação da matrícula de Educação Infantil - modalidade creche, nas Creches Municipais, nos Espaços de Desenvolvimento Infantil e nas Unidades Escolares do Sistema Público Municipal de Ensino e dá outras providências.

De acordo com os referidos dispositivos, o sorteio das vagas disponíveis se dá em 3 (três) fases: a) Inscrições, b) Sorteio Público de acordo com 10 (dez) critérios estabelecidos de acordo com as Coordenadorias Regionais de Educação (Critérios técnicos, portanto) e c) Efetivação da matrícula da

RE 1008166 / SC

criança.

As portarias estipulam diversos critérios (técnicos) de sorteio (com base na vulnerabilidade social do menor) de forma a ordenar o preenchimento das vagas, organizando com justiça, isonomia e impessoalidade o ingresso das crianças interessadas nas diversas creches existentes na Urbe. Destacam-se os seguintes critérios,

Art. 4º As matrículas nas classes de Educação Infantil - modalidade creche, serão realizadas em 3 momentos, conforme relacionado a seguir:

I - inscrições abertas para todas as crianças de 6 (seis) meses a 3 (três) anos e 11 (onze) meses, a serem realizadas nas Creches Públicas Municipais, nas Unidades Escolares e nos Espaços de Desenvolvimento Infantil - EDI, de acordo com a preferência do responsável;

II - sorteio público, realizado nas Coordenadorias Regionais de Educação, conforme cronograma estabelecido no Anexo Único desta Portaria, utilizando aplicativo desenvolvido para essa finalidade, com base nos critérios abaixo:

- a) crianças cuja família seja beneficiária do cartão carioca;
- b) crianças com deficiência;
- c) crianças cuja família esteja inscrita no programa bolsa família;
- d) crianças que estejam relacionadas na lista de espera da creche, elaborada em 2012;

RE 1008166 / SC

e) crianças ou familiares vítimas de violência doméstica;

f) crianças ou alguém do núcleo familiar acometidos por doenças crônicas;

g) crianças com alguém do núcleo familiar que faz uso abusivo de drogas;

h) crianças com alguém do núcleo familiar que seja presidiário ou ex -presidiário;

i) ter irmão (ã) gêmeo (a) que está também sendo inscrito (a);

j) ser filho de mãe adolescente;

III - efetivação da matrícula nas Creches Públicas Municipais, nos Espaços de Desenvolvimento Infantil e nas Unidades Escolares.

§ 1º. A ordem da inscrição não será considerada na alocação do aluno;

§ 2º Somente serão considerados os critérios devidamente comprovados, por intermédio de documentos emanados por órgãos competentes;

§ 3º O não comparecimento para a efetivação da matrícula corresponderá à desistência da vaga;

§ 4º Os candidatos da mesma família, nascidos na mesma data, terão assegurados os mesmos direitos.

O Distrito Federal também expôs objetivamente de que modo vem

RE 1008166 / SC

lidando com essa questão:

“Partindo dessa constatação, faz-se necessário estabelecer algumas prioridades na alocação das vagas atualmente disponíveis. Importante, pois, esclarecer os critérios utilizados pelo Distrito Federal.

A educação infantil, primeira etapa da educação básica, compreende a faixa etária de 0 a 5 anos e é ofertada em creches para atendimento às crianças de 0 a 3 anos completos ou a completar até 31/03 (trinta e um de março), ou na pré-escola, para crianças de quatro e cinco anos completos ou a completar até 31/03 (trinta e um de março), conforme a Resolução 01/2012 CEDF.

A educação infantil é ofertada em instituições próprias da rede pública e, visando à ampliação da oferta de vagas para essa faixa etária, a Secretaria de Estado de Educação do Distrito Federal celebra convênios com Instituições Comunitárias, Confessionais ou Filantrópicas, por meio de Chamada Pública, desde 2011.

Desde fevereiro de 2014, o Distrito Federal adota uma listagem pública para cada instituição de ensino, que leva em consideração uma série de fatores sócioeconômicos individuais, determinando uma pontuação entre zero e 70 (setenta). O cadastramento para solicitação de vagas, bem como sua classificação, é realizado no último dia útil do mês, durante todo ano letivo. Quanto maior a pontuação, maior a chance de se obter uma vaga na instituição pretendida.

A divulgação da ordem de classificação da lista é realizada sempre no 5º dia útil do mês subsequente à inscrição. Ademais, o representante legal da criança poderá apresentar, a qualquer momento, documentação associada aos critérios estabelecidos, alterando a sua classificação automaticamente¹³.

RE 1008166 / SC

Como se vê, a listagem é dinâmica, modificando-se as posições em tempo real, com o ingresso de novos requerentes e/ou com a alteração da pontuação dos que já se encontravam cadastrados, aguardando uma vaga.

Destaca-se que a classificação é automaticamente atualizada pelo Sistema de Gestão Escolar I-Educar, levando-se em consideração os critérios socioeconômicos pré-estabelecidos. As listagens constantes no cadastro, portanto, podem ser divulgadas a qualquer momento, mas são disponibilizadas ao público, preferencialmente, no primeiro dia útil de cada mês, quando, na ocasião, ocorrem novas inscrições.

A ocupação das vagas decorrentes de cancelamento de matrícula, de transferências ou do desligamento por infrequência (após o 31º dia letivo de ausência), segue, rigorosamente, a ordem de classificação no Cadastro de Solicitação de Vagas e somente é efetivada mediante o encaminhamento da autorização da SEDF às instituições educacionais, conforme a oferta cadastrada no sistema I-Educar.

O primeiro e mais importante critério utilizado pela SEDF, equivalente a 25 (vinte e cinco) dos 70 (setenta) pontos, leva em consideração a vulnerabilidade social daquele que pleiteia vaga no ensino público.”

Portanto, nas hipóteses em que cabalmente comprovados (I) o empenho do Município em cumprir o mandamento constitucional, e (II) a insuficiência de recursos para promover o ingresso, em creches públicas, de todos os menores que se encontrem na mesma situação, não cabe ao Judiciário substituir-se ao Administrador e determinar quais crianças serão beneficiadas com a vaga.

RE 1008166 / SC

No presente caso concreto, não há elementos que permitam aferir a presença das condições expostas nos itens acima, de modo que o acórdão recorrido deve ser mantido.

Por todo o exposto, acompanho o Relator, para NEGAR PROVIMENTO ao Recurso Extraordinário do Município.

É como voto.

21/09/2022

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.008.166 SANTA CATARINA

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Muito obrigada, Senhora Presidente, Ministra Rosa Weber. Saúdo Vossa Excelência, a eminente Ministra Cármen Lúcia, os eminentes Pares que integram este Colegiado, as Senhoras e os Senhores Advogados presentes, o Senhor Procurador-Geral da República.

Senhora Presidente, eu cumprimento o eminente Ministro Luiz Fux, que é Relator deste Recurso Extraordinário 1.008.166, bem como os votos que me precederam e as sustentações orais que vieram à colação nesta apreciação.

Eu vou procurar, Senhora Presidente, fazer uma síntese da percepção que tenho do tema, eis que se pode dizer que estamos efetivamente no exercício colegiado de construção de uma apreciação que explicita o resultado do julgamento. Por isso a importância dessa troca de ideias, desses debates, que permitam, digamos assim, dimensionar mesmo qual é o núcleo da controvérsia submetida à repercussão geral.

Nesse objetivo de alcançar a síntese, eu principio dizendo que estou, no voto e cuja declaração irei juntar, acompanhando a conclusão de Sua Excelência, o Relator, negando provimento ao recurso extraordinário. Cito alguns precedentes, inclusive aquele da lavra de Sua Excelência quando Ministro do Superior Tribunal de Justiça e já também o multicitado acórdão do eminente Ministro Celso de Mello que tratou de temática bastante similar.

Anoto, de início, que comungo das preocupações aqui já externadas e agora mais diretamente explicitadas no voto do Ministro Alexandre de Moraes e que também comparecem nas reflexões e no voto do Ministro André Mendonça, comungo, creio que todos comungamos, com as preocupações de exequibilidade das decisões, com as consequências que advêm de imposições de deveres, nomeadamente deveres de realização onerosa, cuja prestação implica na existência de recurso público; e recurso

RE 1008166 / SC

público pressupõe, obviamente, receita e possibilidade de fazer frente a essas despesas.

Portanto, Senhora Presidente, eu comungo dessas preocupações, embora coloque num lugar diferenciado os pressupostos, digamos assim, de uma perspectiva econômico-financeira dessa matéria. Como disse Sua Excelência o Relator, o eminente Ministro Luiz Fux, a quem todos sempre dirigimos a maior das atenções, concordo com Sua Excelência o eminente Ministro Luiz Fux no sentido de que o que está em debate aqui é a hermenêutica e a dicção constitucional. Portanto, nessa perspectiva, compreendo e subscrevo essas preocupações; vi aqui, até, os memoriais de vários *amici curiae*, inclusive do município de São Paulo, que fazem ressaltar luzes sobre esta matéria.

Nada obstante, nós estamos a examinar um recurso extraordinário que se dirige em face de um acórdão que confirmou a sentença e, tanto na sentença quanto no acórdão, assentou-se que há um direito subjetivo e um dever do Estado no atendimento com o fornecimento de creche, nos termos em que foi pedido.

Portanto, do ponto de vista constitucional, esta é a matéria que está aqui, em meu modo de ver, submetida à apreciação. Com toda a vênia, um argumento, que soa quase *ad terrorem*, de que, se colocarmos execução imediata, nós iremos dizimar as finanças dos municípios e tomar decisões inexequíveis, isso sequer, aliás, está no voto do Relator. E é louvável a existência de planos nacionais veiculados até mesmo em leis infraconstitucionais que busquem dar, progressivamente, efetividade a esse direito. Não é louvável, todavia, que se utilize dessa circunstância para ir postergando o cumprimento desses deveres, para ir utilizando os lapsos temporais infraconstitucionais como biombos formais de inibição da eficácia da Constituição. Portanto, não é a Constituição que há de ser interpretada à luz dessa lei infraconstitucional, e sim ao contrário, o que parece até uma platitude óbvia dizer isso no Colegiado do Supremo Tribunal Federal.

Por isso, e comungando também das afirmações contidas no voto do eminente Ministro Nunes Marques, entendo que o que está em questão

RE 1008166 / SC

aqui é precisamente o que foi sumariado para efeito da repercussão geral: saber se é ou não dever do Estado o atendimento em creche e pré-escola de crianças de 0 a 5 anos de idade. A sentença disse sim, o acórdão disse sim, e, até onde pude perceber neste momento, a percepção majoritária aqui está a dizer sim. Portanto, essa é a resposta a ser dada à repercussão geral, e que, a rigor, demanda, com toda a complexidade que o tema envolve, uma formulação quiçá um pouco mais reducionista de um núcleo de conclusão que assegure precisamente que é direito subjetivo e dever do Estado o atendimento em creche e pré-escola às crianças de 0 a 5 anos de idade.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Ministro, Vossa Excelência me permite? Vossa Excelência tocou num ponto importante. Aqui se diz que essa matéria já está sedimentada. Qual é a virtude da repercussão geral? Fixar a tese de que é um direito subjetivo. E no que isso importa? Na vinculação de juízes e tribunais a essa tese. Não é possível mais a um juiz de primeiro grau ou nenhum tribunal dizer que não acolhe a pretensão da parte porque não há direito subjetivo público, porque essa regra é meramente programática. Então, a repercussão geral serve para isso, para vincular juízos e tribunais.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN – Exatamente.

O SENHOR MINISTRO NUNES MARQUES – Permita-me um aparte do aparte?

Vossa Excelência, Ministro Luiz Fux, lembrou, na esteira do que já disse o ministro Edson Fachin, que nós estamos em sede de repercussão geral.

Vejamos, protrair isso para um plano. Se estivéssemos, aqui, no controle abstrato, vincularia a Administração imediatamente. Então, esse argumento, *data maxima venia*, não me convence.

Essa vinculação é feita para os magistrados, possibilitando que os cidadãos brasileiros demandem em juízo. Essa imediatidade é um pouco

RE 1008166 / SC

diferida no tempo. Ela não é para amanhã. Quer dizer, já há um lapso temporal bastante razoável para que as demandas venham ao Poder Judiciário.

Então, muito bem lembrado que se trata de repercussão geral.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Por isso que eu concordo com essa preocupação do Ministro Gilmar Mendes. Fixar a tese sobre direito subjetivo existente *tout court*. Porque, depois, no caso concreto, podem surgir outras. Porque nós não vamos conseguir, no meu modo de ver...

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Eu acho que ninguém duvida... Nesse ponto, é consenso. Acho todos nós achamos que há um direito subjetivo fundamental.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Porque os tribunais e os juízos, Ministro Barroso, muitas vezes, dizem que não há esse direito exatamente por força dessa consequência prática. E aí, eles não podem mais dizer que não há direito. Agora, como é que vai implementar... Como disse o Ministro Lewandowski, podem surgir casos e casos com a inversão do ônus da prova. Porque se é um direito, quem não cumpre o dever é que deve ter a prova de dizer por que não cumpre.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Mas, de qualquer modo, Senhora Presidente e Ministro Fux, há um problema de técnica de interpretação que nós precisamos resolver.

Eu imagino, pelas intervenções até agora, que há uma percepção majoritária num dado sentido. Porque o recurso extraordinário suscita uma cisão hermenêutica em relação a esse inciso IV do art. 208. Um pouco na esteira do que trouxe à colação o Ministro André Mendonça. O que me parece, nesse ponto, uma compreensão, até esse momento, de Sua Excelência, e não majoritariamente, até onde pude perceber. Porque o que o recurso extraordinário sustenta é essa cisão precisamente entre ensino

RE 1008166 / SC

infantil, que compreenderia a creche e a pré-escola, como uma norma - para usar uma dicção antiga da teoria de Direito Constitucional -, como uma norma programática, portanto não sendo um direito subjetivo prestacional, e o ensino fundamental num direito público subjetivo. De modo que tem esta dimensão.

Creio, e como mencionei o Ministro André, Vossa Excelência fique à vontade se desejar intervir, mas Sua Excelência o Ministro André Mendonça, ao fazer uma lembrança de um plano plurianual de efetividade, parece-me que implicitamente também está a reconhecer que aí há um direito.

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA:

Nesse sentido, permita-me, Ministro Fachin? Nesse sentido, sim.

Quando eu coloco o § 1º, direito público exigível, seria de demandar também as correspondentes responsabilidades de forma imediata. O que não significa que esse direito não deva ser implementado. E o que nos difere, eu acho, é um pouco em questão de modulação de tempo e modo. Eu volto àquilo que coloquei.

Mas, se eu demando uma produção imediata dessa política pública, eu tenho que demandar as sanções correspondentes.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Mas, vejamos, Ministro André Mendonça, se Vossa Excelência me permitir.

A Constituição, ao assegurar esse direito - e esse é um direito fundamental -, ela é autoaplicável.

Agora, há direitos fundamentais autoaplicáveis que podem encontrar, à luz da percepção concreta, alguns limites de efetivação. Um juízo de proporcionalidade. Portanto, um conjunto de circunstâncias que, em meu modo de ver, desbordam do presente debate.

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA:

Nesse sentido, estamos de acordo.

RE 1008166 / SC

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Posso fazer um comentário que eu acho que vai ao encontro do que Vossa Excelência está dizendo?

Eu acho que há, todos nós concordamos, um direito subjetivo fundamental. Se há um direito subjetivo fundamental, quem postular deve levar. Portanto, talvez a gente possa pensar numa cisão de dizer: (i) do ponto de vista subjetivo existe um direito e quem postular deve tê-lo reconhecido concretamente; (ii) há um dever objetivo dos municípios de ampliar a oferta até a sua universalização, cumprindo as metas do plano, e indo além.

Por que o plano fala em 50%, e eu estava vendo aqui, Ministro Fachin, o nível médio de creche na OCDE é 62%. Portanto, a universalização não significa 100%, até porque muitas famílias não colocam os filhos em creche.

Então, talvez, nós pudéssemos fazer um pouco uma cisão da nossa formulação. Vamos dizer, do ponto de vista subjetivo, há um direito que deve ser reconhecido e concretizado. E do ponto de vista objetivo, há um dever do Poder Público, dos municípios, predominantemente, de continuar a cumprir o plano e universalizar essa oferta. Talvez isso concilie um pouco os caminhos.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Creio que, por aí, estamos aproximando as preocupações.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (PRESIDENTE) - Ministro Fachin, Vossa Excelência me permite? Eu tenho procurado ficar mais em silêncio, porque o debate está tão rico, e também para que se consiga fluir no julgamento.

Mas, em reforço ao que Vossa Excelência disse, o Ministro Gilmar também, e, agora, o próprio Ministro Luís Roberto, veja bem, parece que o importante é que realmente definamos o cerne que é o direito subjetivo, porque vejam as alegações do município:

O Poder Judiciário não pode imiscuir-se em tarefa típica da esfera de

RE 1008166 / SC

atribuições do Poder Executivo, impondo a destinação dos recursos a situações individuais e abandonando planos e metas administrativas traçadas pelo município. E, ainda, a disponibilidade de vagas em estabelecimento pré-escolar é meta programática que o Poder Público tem o dever de implementar na medida de suas possibilidades.

Então, parece que a afirmação do Direito, porque nós estamos examinando, na verdade, um recurso extraordinário numa apelação em mandado de segurança. Então, a situação individual é trazida pela família, pela criança carente, enfim, pelo seu representante no sentido da obtenção da disponibilidade de vaga.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Se Vossa Excelência me permite, Senhora Presidente, em homenagem à intervenção de Vossa Excelência, não direi eu, mas direi dizendo com as palavras do eminente Ministro Celso de Mello, no já citado Recurso Extraordinário 639.337. Exatamente neste ponto, disse o Ministro Celso, Relator daquele julgamento:

"Nem se atribua, indevidamente, ao Judiciário, no contexto ora em exame, uma (inexistente) intrusão em esfera reservada aos demais Poderes da República. É que, dentre as inúmeras causas que justificam esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário (de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito), inclui-se a necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da República, muitas vezes transgredida e desrespeitada por pura, simples e conveniente omissão dos poderes públicos."

E prossegue - eu tenho, no voto, a citação por inteiro. Portanto, o que mais me preocupa, nesse sentido, é claro, é que os municípios poderão ter dificuldade em dar essa execução, pois, sem dúvida, e que isso seja colocado com o objetivo de recognoscibilidade dessas razões, e não apenas um biombo para não cumprir o plano e aguardar a judicialização, criando-se, no Brasil, aquilo que alguns doutrinadores já denominaram - não é uma expressão que me agrada muito - de jurisprudência da classe média, ou seja, é o direito a ter direitos que se destina àqueles que têm

RE 1008166 / SC

acesso à jurisdição, porque aqueles que sequer acesso à jurisdição têm, não têm acesso nem à jurisdição, nem à creche, e, portanto, não conseguem sequer postular esse direito.

De modo que essa questão se coloca precisamente, e se compreende, sim, a situação dos municípios. Mas também se compreende que muitos não levam em conta as metas do Plano Plurianual, aguardando a judicialização. Este também é um problema e que se verifica do ponto de vista empírico.

E mais, essa é uma regra - e já vou encerrando a síntese, Presidente - que tem um caráter multifário, por assim dizer, não se dirige apenas à criança, como aqui já foi lembrado. Essa é uma regra, aliás, prevista na Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher. Mulher que não tem creche para deixar adequadamente seus filhos, especialmente das camadas mais excluídas da população, não consegue trabalhar. Esse é um dado da realidade. E cria-se um círculo vicioso de exclusão social, que se superlativa na criança, gerando, infelizmente, o quadro que nós temos.

Portanto, Senhora Presidente, essas e outras preocupações estão neste voto. Eu já houvera adiantado, de outra sorte, que concordo com a conclusão de Sua Excelência o Relator, negando provimento. Creio que a afirmação da tese, ao ser discutida depois, evidente, deveria ser uma singela afirmação de que é direito público subjetiva, e é dever do Estado, o atendimento - e aí formular precisamente neste sentido -, em creche e pré-escola às crianças de 0 a 5 anos de idade.

E não colocaria aquelas duas condicionantes trazidas por Sua Excelência o eminente Ministro-Relator, porque creio que isso faz parte da procedimentalização da vida. Quem procura a escola está tacitamente pedindo ao município que quer creche, quem procura o atendimento assim está a fazer. Demandar que se deduza um requerimento administrativo para exaurimento das instâncias, esse requerimento é feito pela força construtiva dos fatos sociais de quem bate à porta demandando creche.

E a questão da prova da vulnerabilidade ou da miserabilidade, creio

RE 1008166 / SC

que, entre todos os Colegas que se pronunciaram, o eminente Ministro Nunes Marques bem traduziu: qual é a régua pela qual nós vamos medir esta circunstância? E aí há uma multiplicidade de situações. Mesmo no nosso estado, o Estado do Paraná, há municípios riquíssimos, e há outros que têm um dos menores IDHs do Brasil, no mesmo estado. Portanto, não há uma regra fundamental kelseniana que seja uma moldura cabível para o país inteiro.

De modo que eu iria numa percepção mais contida na formulação da conclusão. E, de qualquer sorte, acompanho Sua Excelência o Relator, negando provimento ao recurso extraordinário.

É como voto, Presidente.

21/09/2022

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.008.166 SANTA CATARINA

VOTO VOGAL

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN: Adoto o bem lançado relatório do i. Relator.

Trata-se de recurso extraordinário interposto pelo Município de Criciúma, por meio do qual pretende a reforma de acórdão prolatado pela Corte de origem que determinou a matrícula de criança em creche, nos seguintes termos:

“CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO – MATRÍCULA DE CRIANÇA – ESTABELECIMENTO MUNICIPAL PRÉ-ESCOLAR – DIREITO CONSTITUCIONAL SOCIAL E FUNDAMENTAL.

1. ‘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-

RE 1008166 / SC

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.” (RE-AgR n. 410.715/SP, Min. Celso de Mello)

A repercussão geral do tema foi reconhecida por esta Corte, em acórdão assim ementado:

“AUTO-APLICABILIDADE DO ART. 208, IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DEVER DO ESTADO DE ASSEGURAR O ATENDIMENTO EM CRECHE E PRÉ-ESCOLA ÀS CRIANÇAS DE ZERO A SEIS ANOS DE IDADE.”

A questão que se coloca à definição deste Tribunal, portanto, resume-se em saber se há a obrigatoriedade ao Município em prestar o atendimento de crianças em creches e ambientes pré-escolares, à luz do disposto no artigo 208, inciso IV, do texto constitucional.

O Supremo Tribunal Federal já se manifestou, em diversas oportunidades, pela plena aplicabilidade do dispositivo em comento:

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

(RE 464143 AgR, Relator(a): ELLEN GRACIE, Segunda

RE 1008166 / SC

Turma, julgado em 15/12/2009, DJe-030 DIVULG 18-02-2010 PUBLIC 19-02-2010 EMENT VOL-02390-03 PP-00556 LEXSTF v. 32, n. 375, 2010, p. 161-164)

“CRECHE E PRÉ-ESCOLA - OBRIGAÇÃO DO ESTADO. Cumpre 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 384201 AgR, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 26/04/2007, DJe-072 DIVULG 02-08-2007 PUBLIC 03-08-2007 DJ 03-08-2007 PP-00080 EMENT VOL-02283-05 PP-00890)

“EMENTAS: 1. RECURSO. Extraordinário. Inadmissibilidade. Educação infantil. Criança de até seis anos de idade. Atendimento em creche e pré-escola. 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). Precedentes. Agravo regimental não provido. Nega-se provimento a agravo regimental tendente a impugnar, sem razões consistentes, decisão fundada em jurisprudência assente na Corte. 2. RECURSO. Agravo. Regimental. Jurisprudência assentada sobre a matéria. Caráter meramente abusivo. Litigância de má-fé. Imposição de multa. Aplicação do art. 557, § 2º, c.c. arts. 14, II e III, e 17, VII, do CPC. Quando abusiva a interposição de agravo, manifestamente inadmissível ou infundado, deve o Tribunal condenar o agravante a pagar multa ao agravado.”

(RE 592937 AgR, Relator(a): CEZAR PELUSO, Segunda Turma, julgado em 12/05/2009, DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-11 PP-02226 JC v. 35, n. 119, 2009, p. 301-305)

RE 1008166 / SC

“E M E N T A: RECURSO EXTRAORDINÁRIO – CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE – ATENDIMENTO EM CRECHE – EDUCAÇÃO INFANTIL – DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV, NA REDAÇÃO DADA PELA EC Nº 53/2006) – COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO – DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO (CF, ART. 211, § 2º) – O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO – A FÓRMULA DA RESERVA DO POSSÍVEL NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE DE SUA INVOCAÇÃO PARA LEGITIMAR O INJUSTO INADIMPLEMENTO DE DEVERES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTOS AO PODER PÚBLICO – SUCUMBÊNCIA RECURSAL – (CPC, ART. 85, § 11) – NÃO DECRETAÇÃO, NO CASO, ANTE A AUSÊNCIA DE CONDENAÇÃO EM VERBA HONORÁRIA NA ORIGEM – AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.”

(RE 1101106 AgR, Relator(a): CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 22/06/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-161 DIVULG 08-08-2018 PUBLIC 09-08-2018)

O Recorrente sustenta em seu apelo extraordinário que o ensino infantil, compreendendo a oferta de creches e pré-escolas, seria uma meta programática, e que apenas o ensino fundamental consistiria em direito público subjetivo.

No entanto, todas essas questões já foram enfrentadas por esta Corte, que decidiu no sentido diametralmente oposto ao pretendido pelo Recorrente.

Já o artigo 6º da Carta da República elenca a educação como um direito social fundamental; por sua vez, o artigo 205, *caput*, a coloca como

RE 1008166 / SC

um direito de todos e dever do estado.

O Brasil, como membro da Organização das Nações Unidas (ONU), participa da agenda 2030 – que define 17 objetivos de desenvolvimento sustentável para transformar o mundo. A agenda 2030 foi lançada em 2015 na Assembleia Geral da ONU, como resultado da conferência Rio+20, realizado no Rio de Janeiro em 2012. Ressalto o objetivo de número 4.2: *Até 2030, garantir que todos as meninas e meninos tenham acesso a um desenvolvimento de qualidade na primeira infância, cuidados e educação pré-escolar, de modo que eles estejam prontos para o ensino primário.*

O próprio texto constitucional já inclui, como dever expresso do Estado, a prestação do atendimento de crianças de zero a cinco anos de idade em creches, e atribui aos Municípios a competência para esse relevante serviço público, concretização de um direito fundamental:

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

I – educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria; (Redação dada pela EC n. 59/2009)

II – progressiva universalização do ensino médio gratuito; (Redação dada pela EC n. 14/1996)

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; (Redação dada pela EC n. 53/2006)

V – acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;

VI – oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando;

VII – atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de

RE 1008166 / SC

material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde. (Redação dada pela EC n. 59/2009)

§ 1º O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.

§ 2º O não oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente.

§ 3º Compete ao Poder Público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela frequência à escola.

“Art. 211. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão em regime de colaboração seus sistemas de ensino.

§ 1º A União organizará o sistema federal de ensino e o dos Territórios, financiará as instituições de ensino públicas federais e exercerá, em matéria educacional, função redistributiva e supletiva, de forma a garantir equalização de oportunidades educacionais e padrão mínimo de qualidade do ensino mediante assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios; (Redação dada pela EC n. 14/1996)

§ 2º Os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil. (Redação dada pela EC n. 14/1996)

§ 3º Os Estados e o Distrito Federal atuarão prioritariamente no ensino fundamental e médio. (Incluído pela EC n. 14/1996)

§ 4º Na organização de seus sistemas de ensino, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios definirão formas de colaboração, de modo a assegurar a universalização do ensino obrigatório. (Redação dada pela EC n. 59/2009)

§ 5º A educação básica pública atenderá prioritariamente ao ensino regular. (Incluído pela EC n. 53/2006)”

A proteção ao direito ao ensino das crianças de zero a cinco anos

RE 1008166 / SC

vem densificada tanto no Estatuto da Criança e do Adolescente, como na Lei de Diretrizes e Bases:

Estatuto da Criança e do Adolescente

“Art. 54. É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente:

I – ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria;

II – progressiva extensão da obrigatoriedade e gratuidade ao ensino médio;

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

IV – atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a cinco anos de idade; (Redação dada pela Lei nº 13.306, de 2016);

V – acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;

VI – oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do adolescente trabalhador;

VII – atendimento no ensino fundamental, através de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.

§ 1º O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.

§ 2º O não oferecimento do ensino obrigatório pelo poder público ou sua oferta irregular importa responsabilidade da autoridade competente.

§ 3º Compete ao poder público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsável, pela frequência à escola.”

Lei de Diretrizes e Bases

“Art. 29. A educação infantil, primeira etapa da educação

RE 1008166 / SC

básica, tem como finalidade o desenvolvimento integral da criança de até 5 (cinco) anos, em seus aspectos físico, psicológico, intelectual e social, complementando a ação da família e da comunidade.”

“Art. 30. A educação infantil será oferecida em:

I – creches, ou entidades equivalentes, para crianças de até três anos de idade;

II – pré-escolas, para as crianças de 4 (quatro) a 5 (cinco) anos de idade.”

Dada, portanto, a relevância da primeira infância na formação da personalidade da criança, passando por questões que envolvem inclusive sua segurança nutricional, e positivado o direito do menor e o dever do Estado em ofertar a educação infantil gratuita até os cinco anos de idade, não há como desobrigar o Município de sua atribuição constitucional expressa.

Em se tratando de etapa essencial na formação intelectual das crianças, direito fundamental assegurado aos pequenos entre zero e cinco anos, não é possível alegar-se que as disposições constitucionais consistiriam, passados mais de trinta anos da promulgação da Carta Constitucional, meros programas cujo cumprimento não seria obrigatório ao ente municipal, senão facultativo.

Alegam os Municípios que integram a lide na qualidade de *amici curiae* que, com a redação conferida pela Emenda Constitucional nº 53/2006, a educação dos menores com quatro e cinco anos teria sido incluída no ensino obrigatório e, portanto, consistiria, nos termos do §1º do artigo 208, em direito público subjetivo, mas que a oferta de creches às crianças de zero a três anos consistiria em norma programática. Reforçam o argumento ao citar o Plano Nacional de Educação ora vigente (Lei nº 13.005/2014), que estabelece como meta a ser alcançada até o ano de 2024 “*ampliar a oferta de educação infantil em creches de forma a atender, no mínimo, 50% (cinquenta por cento) das crianças de até 3 (três) anos até o final da vigência deste PNE*”.

RE 1008166 / SC

Não lhes assiste razão, contudo, na verdadeira cisão pretendida pelos Municípios quanto à hermenêutica da autoaplicabilidade do inciso IV do artigo 208 da Carta Magna, diante da fundamentalidade do direito à educação.

De fato, desde a redação originária da Constituição, o *caput* do artigo 208 estabelece a oferta de ensino infantil como **dever do Estado**. Se há um dever do Estado em garantir a educação das crianças de zero a cinco anos, há um direito subjetivo de cada criança em exigir a execução dessa política pública.

Nesse sentido, é pertinente a citação de precedente da lavra do i. Relator da presente ação, quando Ministro do c. Superior Tribunal de Justiça:

“ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. LEGITIMATIO AD CAUSAM DO PARQUET. ART. 127 DA CF/88. ARTS. 7.º, 200, e 201 DO DA LEI N.º 8.069/90. DIREITO À CRECHE EXTENSIVO AOS MENORES DE ZERO A SEIS ANOS. NORMA CONSTITUCIONAL REPRODUZIDA NO ART. 54 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. NORMA DEFINIDORA DE DIREITOS NÃO PROGRAMÁTICA. EXIGIBILIDADE EM JUÍZO. INTERESSE TRANSINDIVIDUAL ATINENTE ÀS CRIANÇAS SITUADAS NESSA FAIXA ETÁRIA. CABIMENTO E PROCEDÊNCIA.

(...)

10. 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.

RE 1008166 / SC

Prometendo o Estado o direito à creche, cumpre adimpli-lo, porquanto a vontade política e constitucional, para utilizarmos a expressão de Konrad Hesse, foi no sentido da erradicação da miséria intelectual que assola o país.

O direito à creche é consagrado em regra com normatividade mais do que suficiente, porquanto se define pelo dever, indicando o sujeito passivo, in casu, o Estado.

11. 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.

12. 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, quicá constitucionalmente. Nesse campo a atividade é vinculada sem admissão de qualquer exegese que vise afastar a garantia pétrea.

13. 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 educação das crianças a um plano diverso daquele que o coloca, como uma das mais belas e justas garantias constitucionais.

14. 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,

RE 1008166 / SC

inequívoca se revela a normatividade suficiente à promessa constitucional, a ensejar a acionabilidade do direito consagrado no preceito educacional.

15. 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.

16. 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.

17. 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.

(...)

21. Recurso especial provido.”

(REsp 736.524/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/03/2006, DJ 03/04/2006, p. 256)

Assim, não é possível depreender que lei infraconstitucional a regulamentar o disposto no artigo 214 do Texto Magno preste-se a infirmar a fundamentalidade do direito à educação dos menores com idade entre zero e cinco anos, da forma como dispõe o artigo 208, inciso VI da Constituição, especialmente em se considerando que a própria Carta consagra, em seu artigo 5º, §1º, que “*As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*”.

A escolha da Constituição é clara e, em se constatando omissão por parte do Poder Executivo, é possível a intervenção do Poder Judiciário, a fim de assegurar a devida concretização das políticas públicas

RE 1008166 / SC

determinadas pelas normas constitucionais de modo imperativo.

Nesse sentido, esta Corte já decidiu:

“E M E N T A: CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - SENTENÇA QUE OBRIGA O MUNICÍPIO DE SÃO PAULO A MATRICULAR CRIANÇAS EM UNIDADES DE ENSINO INFANTIL PRÓXIMAS DE SUA RESIDÊNCIA OU DO ENDEREÇO DE TRABALHO DE SEUS RESPONSÁVEIS LEGAIS, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA POR CRIANÇA NÃO ATENDIDA - LEGITIMIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DAS “ASTREINTES” CONTRA O PODER PÚBLICO - DOCTRINA - JURISPRUDÊNCIA - OBRIGAÇÃO ESTATAL DE RESPEITAR OS DIREITOS DAS CRIANÇAS - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV, NA REDAÇÃO DADA PELA EC Nº 53/2006) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM CASO DE OMISSÃO ESTATAL NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO - INOCORRÊNCIA DE TRANSGRESSÃO AO POSTULADO DA SEPARAÇÃO DE PODERES - PROTEÇÃO JUDICIAL DE DIREITOS SOCIAIS, ESCASSEZ DE RECURSOS E A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS” - RESERVA DO POSSÍVEL, MÍNIMO EXISTENCIAL, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL - PRETENDIDA EXONERAÇÃO DO ENCARGO CONSTITUCIONAL POR EFEITO DE SUPERVENIÊNCIA DE NOVA REALIDADE FÁTICA - QUESTÃO QUE SEQUER FOI SUSCITADA NAS RAZÕES DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO -PRINCÍPIO “JURA NOVIT CURIA” - INVOCAÇÃO EM SEDE DE APELO EXTREMO -

RE 1008166 / SC

IMPOSSIBILIDADE - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. POLÍTICAS PÚBLICAS, OMISSÃO ESTATAL INJUSTIFICÁVEL E INTERVENÇÃO CONCRETIZADORA DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE EDUCAÇÃO INFANTIL: POSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL. - 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 consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das “crianças até 5 (cinco) anos de idade” (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. - A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. - Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. - Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a

RE 1008166 / SC

prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revelar-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter impositivo, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. DESCUMPRIMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DEFINIDAS EM SEDE CONSTITUCIONAL: HIPÓTESE LEGITIMADORA DE INTERVENÇÃO JURISDICCIONAL. - O Poder Público - quando se abstém de cumprir, total ou parcialmente, o dever de implementar políticas públicas definidas no próprio texto constitucional - transgride, com esse comportamento negativo, a própria integridade da Lei Fundamental, estimulando, no âmbito do Estado, o preocupante fenômeno da erosão da consciência constitucional. Precedentes: ADI 1.484/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.. - A inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado. É que nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem ajustados à conveniência e aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos. - A intervenção do Poder Judiciário, em tema de implementação de políticas governamentais previstas e determinadas no texto constitucional, notadamente na área da educação infantil (RTJ 199/1219-1220), objetiva neutralizar os efeitos lesivos e perversos, que, provocados pela omissão estatal, nada mais traduzem senão inaceitável insulto a direitos básicos que a própria Constituição da República assegura à generalidade

RE 1008166 / SC

das pessoas. Precedentes. A CONTROVÉRSIA PERTINENTE À “RESERVA DO POSSÍVEL” E A INTANGIBILIDADE DO MÍNIMO EXISTENCIAL: A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS”. - A destinação de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos, faz instaurar situações de conflito, quer com a execução de políticas públicas definidas no texto constitucional, quer, também, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República, daí resultando contextos de antagonismo que impõem, ao Estado, o encargo de superá-los mediante opções por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes, compelindo, o Poder Público, em face dessa relação dilemática, causada pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, a proceder a verdadeiras “escolhas trágicas”, em decisão governamental cujo parâmetro, fundado na dignidade da pessoa humana, deverá ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial, em ordem a conferir real efetividade às normas programáticas positivadas na própria Lei Fundamental. Magistério da doutrina. - A cláusula da reserva do possível - que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição - encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. Doutrina. Precedentes. - A noção de “mínimo existencial”, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o

RE 1008166 / SC

direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (Artigo XXV). A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTRAÇÃO E AO INADIMPLEMENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS. - O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. - A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstendo-se de frustrar - mediante supressão total ou parcial - os direitos sociais já concretizados. LEGITIMIDADE JURÍDICA DA IMPOSIÇÃO, AO PODER PÚBLICO, DAS “ASTREINTES”. - Inexiste obstáculo jurídico-processual à utilização, contra entidades de direito público, da multa cominatória prevista no § 5º do art. 461 do CPC. A “astreinte” - que se reveste de função coercitiva - tem por finalidade específica compelir, legitimamente, o devedor, mesmo que se cuide do Poder Público, a cumprir o preceito, tal como definido no ato sentencial. Doutrina. Jurisprudência.

(ARE 639337 AgR, Relator(a): CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-177 DIVULG 14-09-2011 PUBLIC 15-09-2011 EMENT VOL-02587-01 PP-00125)

Do corpo do acórdão relatado pelo i. Decano, extrai-se valiosa

RE 1008166 / SC

compreensão sobre o tema:

“Nem se atribua, indevidamente, ao Judiciário, no contexto ora em exame, uma (inexistente) intrusão em esfera reservada aos demais Poderes da República.

É que, dentre as inúmeras causas que justificam esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário (de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito), inclui-se a necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da República, muitas vezes transgredida e desrespeitada por pura, simples e conveniente omissão dos poderes públicos.

Na realidade, o Supremo Tribunal Federal, ao suprir as omissões inconstitucionais dos órgãos estatais e ao adotar medidas que objetivem restaurar a Constituição violada pela inércia dos Poderes do Estado, nada mais faz senão cumprir a sua missão institucional e demonstrar, com esse gesto, o respeito incondicional que tem pela autoridade da Lei Fundamental da República.

A colmatação de omissões inconstitucionais, realizada em sede jurisdicional, notadamente quando emanada desta Corte Suprema, torna-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos por expressa determinação do próprio estatuto constitucional, ainda mais se se tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade.

As situações configuradoras de omissão inconstitucional - ainda que se cuide de omissão parcial derivada da insuficiente concretização, pelo Poder Público, do conteúdo material da norma impositiva fundada na Carta Política - refletem comportamento estatal que deve ser repellido, pois a inércia do Estado qualifica-se como uma das causas geradoras dos processos informais de mudança da Constituição, tal como o revela autorizado magistério doutrinário (ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ, “Processos Informais de Mudança da

RE 1008166 / SC

Constituição", p. 230/232, item n. 5, 1986, Max Limonad; JORGE MIRANDA, "**Manual de Direito Constitucional**", tomo II/406 e 409, 2ª ed., 1988, Coimbra Editora; J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, "**Fundamentos da Constituição**", p. 46, item n. 2.3.4, 1991, Coimbra Editora).

O fato inquestionável é um só: a inércia estatal em tornar efetivas as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela Constituição e configura comportamento que revela um incompreensível sentimento de despreço pela autoridade, pelo valor e pelo alto significado de que se reveste a Constituição da República."

Nem mesmo a alegação da "reserva do possível" cabe aqui, pois em se tratando de direito tão fundamental como a educação, em especial da primeira infância, cade ao ente federado o devido planejamento orçamentário a fim de assegurar o conteúdo essencial do direito em comento.

Nesse sentido, uma vez mais, é lapidar o ensinamento contido no voto acima citado:

"Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à "reserva do possível" (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, "The Cost of Rights", 1999, Norton, New York; ANA PAULA DE BARCELLOS, "A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais", p. 245/246, 2002, Renovar), que tem constituído objeto de aguda reflexão teórica em razão das tensões dialéticas entre os modelos de Estado Social e de Estado Liberal e Neoliberal (LUÍS FERNANDO SGARBOSSA, "Crítica à Teoria dos Custos dos Direitos: Reserva do Possível", vol. 1, 2010, Fabris Editor), notadamente quando se tratar de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas.

RE 1008166 / SC

Não se ignora que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – **além** de caracterizar-se pela **gradualidade** de seu processo de concretização – **depende**, *em grande medida*, de um **inescapável** vínculo financeiro **subordinado** às possibilidades orçamentárias do Estado, **de tal modo** que, **comprovada**, objetivamente, a alegação de incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, **desta não se poderá** razoavelmente exigir, *então*, **considerada** a limitação material referida, **a imediata efetivação** do comando fundado no texto da Carta Política.

Não se mostrará lícito, *contudo*, ao Poder Público, **em tal hipótese**, criar obstáculo artificial **que revele** – a partir de **indevida** manipulação de sua atividade financeira **e/ou** político-administrativa – *o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência (ADPF 45/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Informativo/STF nº 345/2004).*

Impende ressaltar, *ante a inquestionável procedência* de suas observações, **a decisão** proferida pela eminente Ministra CÁRMEN LÚCIA (AI 583.136/SC), **em tudo aplicável**, *por identidade de situação, ao caso em análise:*

“9. Exatamente na esteira daquela jurisprudência consolidada é que cumpre reconhecer o dever do Estado de implementar as medidas necessárias para que as crianças e os adolescentes fiquem protegidos de situações que os coloquem em risco, seja sob a forma de negligência, de discriminação, de exploração, de violência, de crueldade ou a de opressão, situações que confiscam o mínimo existencial sem o qual a dignidade da pessoa humana é mera utopia. E não se há de admitir ser esse princípio despojado de efetividade constitucional, sobre o que não mais pendente discussão, sendo o seu cumprimento incontornável.

10. Reitere-se que a proteção contra aquelas situações compõe o mínimo existencial, de atendimento obrigatório pelo Poder Público, dele não podendo se eximir qualquer das entidades que

RE 1008166 / SC

exercem as funções estatais, posto que tais condutas ilícitas afrontam o direito universal à vida com dignidade, à liberdade e à segurança.” (grifei)

Não se desconhece que a destinação de recursos públicos, *sempre tão dramaticamente escassos, faz instaurar situações de conflito, quer* com a execução de políticas públicas **definidas** no texto constitucional, **quer, também,** com a própria implementação de direitos sociais **assegurados** pela Constituição da República, **daí resultando contextos de antagonismo que impõem, ao Estado, o encargo de superá-los mediante** opções por determinados valores, **em detrimento** de outros *igualmente* relevantes, **compelindo,** o Poder Público, *em face dessa relação dilemática, causada pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, a proceder a verdadeiras “escolhas trágicas”* (GUIDO CALABRESI/PHILIP BOBBITT, “Tragic Choices – The Conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources”, W.W. Norton & Company, Inc., 1978; GUSTAVO ALMEIDA PAOLINELLI DE CASTRO, “Direito à Segurança Pública: Intervenção, Escassez e Escolhas Trágicas”; SÔNIA FLEURY, “Direitos Sociais e Restrições Financeiras: Escolhas Trágicas sobre Universalização”, v.g.), **em decisão governamental** cujo parâmetro, **fundado** na dignidade da pessoa humana, **deverá ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial, em ordem a conferir real efetividade** às normas programáticas **positivadas na própria Lei Fundamental.”**

É precisamente nesse ponto que reside a parcial divergência que tenho com o voto prolatado pelo i. Relator.

Com efeito, pelo que deparei da leitura do voto, são incluídas duas condicionantes para tornar obrigatório o dever do ente municipal em assegurar aos menores de zero a cinco anos de idade o acesso à educação básica (creche e pré-escola): que não obtenha resposta afirmativa da Administração Pública na solicitação da matrícula da criança, e que se comprove a ausência de capacidade financeira da família para custear a inscrição da criança em estabelecimento de ensino privado.

RE 1008166 / SC

Em relação à primeira condicionante, efetivamente a família procurará os órgãos municipais responsáveis pelo ensino básico para requerer a matrícula do menor, antes da judicialização da questão. Isso faz parte da proceduralização da vida. Demandar que se deduza um requerimento administrativo para exaurimento das instâncias não me parece adequado, mormente porque esse requerimento é feito pela força construtiva dos fatos sociais de quem bate à porta do Estado demandando creche.

Em relação ao que V Excelência compreende ser um segundo requisito para a concessão judicial do direito pretendido, com a devida vênia, entendo consistir em restrição ao exercício do direito fundamental, sem o devido amparo constitucional.

Em primeiro lugar, diante de toda a argumentação que teci para compreender que os precedentes já proferidos por esta Corte corretamente endereçaram a matéria ora em debate, compreendo que o inciso IV do artigo 208 do texto constitucional, é autoaplicável, consiste em direito público subjetivo das crianças e, portanto, não pode ser submetido à restrição que exija a demonstração de incapacidade financeira das famílias para poder ser exercido. Isso porque se o direito à educação é assegurado a todos os brasileiros em território nacional, não há que se exigir a condição de pobreza como fundamento para a matrícula em estabelecimentos públicos de ensino, eis que referido requisito não consta do texto constitucional, nem das legislações de regência da matéria.

De outra parte, os Municípios percebem verbas referentes ao Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica – FUNDEB, nos termos regulamentados pela Emenda Constitucional nº 108/2020, justamente para possibilitar a manutenção das crianças no ensino pré-escolar e nas creches, parecendo-me, com a devida vênia, inadequado exigir prova de pobreza para o acesso a um direito reconhecido pela Constituição como fundamental.

Ademais, instala-se uma fase complexa de demonstração da condição de miserabilidade da família, tanto administrativa como

RE 1008166 / SC

judicialmente, que vem em prejuízo das crianças que deveriam estar regularmente matriculadas e frequentando os estabelecimentos de ensino, além de abrir portas à discricionariedade tanto no âmbito administrativo como no Judiciário. Isso porque nem a Constituição, nem a legislação infraconstitucional estabelecem esse parâmetro de pobreza, que ficaria a cargo de regulamentação municipal ou de algum arbítrio judicial, a ensejar um cenário de insegurança jurídica na prestação de um dever constitucional por parte dos Municípios.

Como sustenta o Professor Salomão Ximenes, em artigo publicado na data de ontem, a introdução do requisito de comprovação da incapacidade financeira da família para o reconhecimento do direito à creche e pré-escola *“endossa uma visão segregada de política social pobre para pobres e impõe enormes dificuldades ao exercício do direito de acesso à Justiça ao dar caráter subjetivo e impor a discussão de provas judiciais de pobreza no que hoje é tido como direito líquido e certo de crianças”* (<https://www.nexojornal.com.br/ensaio/2022/09/20/O-julgamento-que-pode-levar-ao-retrocesso-do-direito-%C3%A0-creche>).

Afinal, o direito à educação, para além de ser um direito subjetivo público reconhecido expressamente nessa condição pela Carta Magna, tem obrigações vinculantes aos entes públicos descritas de forma praticamente exaustivas na Constituição e nas leis que a regulamentam, além de servir como substrato para o exercício de vários outros direitos pelas crianças e por suas famílias, consistindo em substrato inarredável para a construção da cidadania.

Ressalte-se que o direito das crianças em frequentar creches e pré-escolas públicas, para além de contribuir para a universalização do ensino em todas as idades, concretiza o objetivo fundamental de erradicação da pobreza (art. 4º, inciso III, CF), na medida em que permite a inserção das mães no mercado de trabalho, possibilitando outra fonte de renda às famílias e contribuindo para um melhor desenvolvimento da criança e de toda a família.

Assim, é dever dos entes municipais incluir no planejamento orçamentário os recursos necessários à oferta de creches e pré-escola a

RE 1008166 / SC

todas as crianças de zero a cinco anos de idade que residirem no Município e necessitarem do serviço gratuito, inexistindo, diante da fundamentalidade do direito, razões para não se assentar a plena eficácia do contido no artigo 208, IV, do texto constitucional.

Dessa forma, voto pela confirmação da jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal, assentando o dever do Município em assegurar o atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a cinco anos, nos termos do artigo 208, IV, da Constituição da República.

Como tese, proponho:

“É direito subjetivo e simultaneamente dever do Estado o atendimento em pré-escolas e creches às crianças de zero a cinco anos.”

Nego provimento ao recurso extraordinário.

É como voto.

21/09/2022

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.008.166 SANTA CATARINA

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Senhora Presidente, eu gostaria, se possível - evidentemente após a fala de Vossa Excelência e antes do encerramento -, de rapidamente poder votar, em 30 segundos.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (PRESIDENTE) - Está com a palavra, Ministro Toffoli.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Senhora Presidente, na conclusão, eu acompanho o dispositivo do voto do eminente Relator, o Ministro **Luiz Fux**, parabenizando-o pelo voto proferido e parabenizando a todos pelos debates ocorridos.

Entretanto, não poderia me furtar de dizer que nós estamos falando de pessoas que não têm ainda o direito de voz, são pessoas inimputáveis. E, muitas vezes, em um país de hipossuficientes, de pessoas que não têm acesso à Justiça ou nem sequer conhecem seus direitos, nós não podemos nos omitir e burocratizar o acesso a esses direitos. Por isso, desde já, eu me alinho à corrente da discussão formada pelo Ministro **Edson Fachin**, que acabo de acompanhar em uma eventual tese.

Voto no sentido do não provimento e de não se colocarem peias para que esse acesso seja possível.

É como voto, Senhora Presidente.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.008.166

PROCED. : SANTA CATARINA

RELATOR : MIN. LUIZ FUX

RECTE.(S) : MUNICIPIO DE CRICIUMA

ADV.(A/S) : PAULO ANTONIO CALIENDO VELLOSO DA SILVEIRA (52673/DF, 33940/RS, 49777/SC)

ADV.(A/S) : DIOGO LOPES DE BARBOSA LEITE (168945/RJ)

ADV.(A/S) : PATRICIA TATIANA SCHMIDT (15034/SC)

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE CRICIÚMA

RECDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

AM. CURIAE. : MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

AM. CURIAE. : FUNDAÇÃO ABRINQ PELOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

ADV.(A/S) : GUILHERME AMORIM CAMPOS DA SILVA (109737/RJ, 130183/SP)

ADV.(A/S) : RUBENS NAVES (212674/RJ, 19379/SP) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : MUNICIPIO DE RIO DE JANEIRO

ADV.(A/S) : PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO

AM. CURIAE. : MUNICIPIO DE TABOÃO DA SERRA

ADV.(A/S) : PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE TABOÃO DA SERRA

AM. CURIAE. : DISTRITO FEDERAL

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO DISTRITO FEDERAL

AM. CURIAE. : MUNICIPIO DE PORTO ALEGRE

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE

AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA

PROC.(A/S) (ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DA BAHIA

AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO TOCANTINS

PROC.(A/S) (ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO TOCANTINS

AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO CEARÁ

PROC.(A/S) (ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO CEARÁ

AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL

PROC.(A/S) (ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO DISTRITO FEDERAL

AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

PROC.(A/S) (ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

PROC.(A/S) (ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS

AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE PERNAMBUCO

PROC.(A/S) (ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE PERNAMBUCO

AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

PROC.(A/S) (ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ADV.(A/S) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S) (ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO
AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
PROC.(A/S) (ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

Decisão: Após o voto do Ministro Luiz Fux (Presidente e Relator), que negava provimento ao recurso extraordinário, pediu vista dos autos o Ministro André Mendonça. Falaram: pelo recorrente, o Dr. Paulo Antônio Caliendo Velloso da Silva; pelo recorrido, o Dr. Davi do Espírito Santo, Procurador de Justiça do Estado de Santa Catarina; pelo *amicus curiae* Município de São Paulo, a Dra. Simone Andréa Barcelos Coutinho, Procuradora do Município; pelo *amicus curiae* Município do Rio de Janeiro, o Dr. Diogo Lopes de Barbosa Leite, Procurador do Município; pelo *amicus curiae* Distrito Federal, o Dr. Jorge Octávio Lavocat Galvão, Procurador do Distrito Federal; pelo *amicus curiae* Defensoria Pública do Estado da Bahia, o Dr. Hélio Soares Júnior, Defensor Público do Estado; pelo *amicus curiae* Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, o Dr. Pedro Carriello, Defensor Público do Estado; pelo *amicus curiae* Defensoria Pública da União, o Dr. Daniel de Macedo Alves Pereira, Defensor Público-Geral Federal; e, pela Procuradoria-Geral da República, o Dr. Antônio Augusto Brandão de Aras, Procurador-Geral da República. Ausentes, justificadamente, os Ministros Gilmar Mendes e Cármen Lúcia. Plenário, 8.9.2022.

Decisão: Após o voto do Ministro Luiz Fux (Relator), que negava provimento ao recurso extraordinário interposto pelo Município de Criciúma, para, confirmando o acórdão lavrado pela Terceira Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, assentar o dever do Município de Criciúma de efetuar a matrícula da criança em estabelecimento de educação infantil, próximo de sua residência, propondo a fixação da seguinte tese de repercussão geral (tema 548): "A Administração Pública por força de decisão judicial deve matricular criança de zero a cinco anos de idade em creche ou pré-escola públicas desde que haja a comprovação de pedido administrativo prévio não atendido em prazo razoável e de incapacidade financeira do requerente de arcar com o custo correspondente"; do voto-vista do Ministro André Mendonça, que conhecia do recurso extraordinário para, nos termos do art. 1.040, II, do CPC/2.015, promover a devolução dos autos ao Tribunal a quo, para reexame do feito, propondo a seguinte tese: "É dever estatal, constitucionalmente obrigatório, assegurar o acesso universal à educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade. Esta obrigação deve ser cumprida: a) de forma imediata, para todas as crianças a partir de 04 anos; b) de forma gradual, de acordo com o Plano Nacional de Educação - PNE, garantindo-se a oferta de vagas

equivalentes à, no mínimo, 50% da demanda até 2024, para as crianças de até 03 anos; Constatada a não aplicação do percentual mínimo orçamentário em educação, bem como o descumprimento de qualquer outra obrigação constitucional ou legal relacionada à política pública educacional pelo ente, a obrigatoriedade de universalização do atendimento à educação infantil passa a ser imediata”; dos votos dos Ministros Nunes Marques e Alexandre de Moraes, que negavam provimento ao recurso extraordinário; do voto do Ministro Edson Fachin, que também negava provimento ao extraordinário, propondo a seguinte tese: “É direito subjetivo e simultaneamente dever do Estado o atendimento em pré-escolas e creches às crianças de 0 a 5 anos”, no que foi acompanhado pelo Ministro Dias Toffoli, o julgamento foi suspenso. Presidência da Ministra Rosa Weber. Plenário, 21.9.2022.

Presidência da Senhora Ministra Rosa Weber. Presentes à sessão os Senhores Ministros Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Roberto Barroso, Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Nunes Marques e André Mendonça.

Procurador-Geral da República, Dr. Antônio Augusto Brandão de Aras.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário

22/09/2022

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.008.166 SANTA CATARINA

VOTO:

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO:

Muito boa tarde, Presidente! Cumprimento Vossa Excelência, cumprimento a Ministra Cármen Lúcia, cumprimento os eminentes Colegas, cumprimento a nossa Secretária do Plenário, Doutora Carmen Lilian e os Advogados que estiveram com muito brilho na tribuna.

O meu voto é relativamente breve, e procuro arrumar as ideias que já foram compartilhadas aqui pelos diferentes Colegas.

Cumprimento, em primeiro lugar, o Ministro Luiz Fux pelo importantíssimo voto nessa delicada matéria.

Trata-se, Presidente, na origem, de um mandado de segurança impetrado pelo Ministério Público Estadual contra a Secretaria Municipal de Educação do Município de Criciúma, visando a obtenção de uma vaga em creche para uma criança que teve esta vaga negada sob o fundamento de indisponibilidade. Esse é o caso.

Foi deferida a liminar, a sentença de primeiro grau foi no sentido da procedência, concedendo-se a ordem, e essa decisão foi confirmada em segundo grau. Da decisão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, que manteve a decisão que assegurou a vaga à criança, se interpõe este recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal.

Os recorrentes sustentam, em essência, que há uma afronta à separação dos poderes e que o Judiciário não deve interferir nessas atribuições do Executivo, impondo a destinação de recursos e providências administrativas. O recorrido, portanto, o Ministério Público,

RE 1008166 / SC

em nome da criança, sustenta que esse é um direito constitucional fundamental e que, conseqüentemente, não depende das escolhas discricionárias do poder público. A Procuradoria-Geral da República, aqui representada pelo Doutor Augusto Aras, a quem igualmente cumprimento, manifestou-se pela negativa de provimento ao recurso extraordinário, na linha do que foi acatado pelo Relator.

Faço, Presidente, uma brevíssima reflexão sobre a educação básica no Brasil, pela importância que atribuo a esse tema, talvez o mais importante da vida nacional. Em 1960, o Brasil tinha duas vezes e meia o PIB *per capita* da Coreia do Sul; hoje, o PIB do Brasil é um terço do PIB *per capita* da Coreia do Sul. Há muitas razões para nós termos nos atrasado na história dessa forma, e a insuficiência ou a deficiência da educação básica é apontada como uma das principais causas. A deficiência na educação faz vidas menos iluminadas, trabalhadores menos produtivos e elites menos preparadas para enfrentar os problemas do país.

A educação básica no Brasil é uma falsa prioridade. Todo mundo anuncia tonitruantemente que a educação básica é a grande prioridade, mas a verdade é que, com exceção da permanência mais prolongada de Paulo Renato, no Governo Fernando Henrique, e de Fernando Haddad, no Governo Luiz Inácio Lula da Silva, período em que houve efetivos avanços na educação, nesses dois períodos, de lá pra cá, nós já tivemos bem mais do que uma dezena de Ministros da Educação, numa escancarada falta de continuidade dessas políticas públicas.

O interessante, Ministro Gilmar, quando muda o governo, discute-se intensamente quem vai ser o Ministro da Economia, quem vai ser o Presidente do Banco Central, quem vai ser o Presidente do BNDES, e são cargos muito importantes, mas ninguém discute verdadeiramente quem vai ser o Ministro da Educação, um nome institucional, como se postula para a Fazenda ou para a Presidência do Banco Central. E a educação, com as exceções que confirmam a regra, acaba entrando na divisão

RE 1008166 / SC

política ordinária, não no sentido pejorativo, mas comum, quando a educação é sempre alegada como uma grande prioridade.

Interessantemente, os problemas da educação, no Brasil - e eu tabulei num artigo que escrevi recentemente, e é um belo livro que também li com grande proveito chamado *O ponto a que chegamos*, do jornalista Antônio Góis, que escreve sobre educação -, os problemas da educação básica, no Brasil, diferente dos problemas em outras áreas, ele já foram bem mapeados e são três grandes problemas: não alfabetização da criança na idade certa; evasão escolar no ensino médio; e o que se chama de *deficit* de aprendizado, em que a criança conclui o fundamental, conclui o médio e não aprende o mínimo o que deveria ter aprendido. A esses problemas ainda se soma a baixa atratividade das carreiras do magistério, o que também precisa ser enfrentado.

Pois bem, uma das soluções consensuais sobre a questão da educação, além da escola em tempo integral, é precisamente a ênfase na educação infantil, o que, aliás, foi destacado pelo Ministro Luiz Fux, no seu voto, citando pesquisas relevantes que eu mesmo tive a oportunidade de ler, quando escrevi sobre esse assunto, de um vencedor do Prêmio Nobel da Economia, James Heckman, em que ele defende, com cálculos econômicos, a importância da educação na primeira idade.

Digo eu, portanto que documentos do Banco Mundial e pesquisadores reconhecidos internacionalmente atestam que o principal investimento a ser feito em educação básica é a partir das primeiras semanas de vida da criança. Nessa fase, escreveu Heckman, o cérebro é uma esponja que absorve todas as informações que lhe são transmitidas. Esse é o momento de se assegurar que a criança receba nutrição adequada, afeto, respeito, valores e conhecimentos básicos.

De modo que, embora o papel da família seja determinante na formação da criança, o Brasil, infelizmente, é um país de muitos lares

RE 1008166 / SC

desfeitos e, portanto, a creche é que muitas vezes vai poder suprir esses valores a que eu me referi anteriormente.

É claro que, quando se fala em universalizar creches, possivelmente não é para 100%, porque muitas famílias têm a possibilidade de dar nutrição, valores, respeito em casa. E, portanto, sorte a dessas famílias. Mas são muito os casos de lares desfeitos em que a creche, muitas vezes, é a proteção contra a violência doméstica, inclusive, quando não, em relação à desnutrição. Sem mencionar o fato, que conversávamos ainda agora a pouco, que para muitas mães não é só uma questão da criança, é uma questão da mãe que precisa trabalhar e ter onde poder deixar a criança.

Nós todos temos servidores e assessores aqui que podem usar a creche do Supremo e do Tribunal Superior Eleitoral, com a sua creche, e nós sabemos a diferença que faz na vida desses servidores a possibilidade de ter o filho numa creche. Portanto essas são as minhas breves considerações sobre o tema da educação básica.

E eu, agora, gostaria de enfrentar a questão do ponto de vista jurídico.

A Constituição cuida desse assunto em diversos dispositivos e são esses os dispositivos que nós estamos interpretando aqui. O art. 208 diz que o dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 aos 17 anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para os que não tenham tido acesso na idade própria. Portanto, o inciso I fala, de fato, como destacou o Ministro André Mendonça, em educação básica obrigatória e gratuita dos 4 aos 17 anos.

Mas, depois, no inciso IV, que tem uma nova redação dada pela Emenda nº 53, de 2006, a Constituição também prevê como dever do

RE 1008166 / SC

Estado a educação infantil em creche e pré-escola às crianças de até 5 anos de idade. Esse foi um acréscimo feito pela Emenda Constitucional nº 53.

Além desse dispositivo, o § 1º do art. 208 diz que o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.

De modo que a textualidade da Constituição afasta a ideia de ser uma norma programática. Não que eu ache que as normas programáticas são aquelas que não produzem efeitos jurídicos. As normas programáticas são as normas que contêm ou um princípio, ou um fim público a serem alcançados, sem definir qual a conduta que vai ser seguida, o que dá uma certa margem de discricionariedade ao intérprete e ao Poder Executivo. Mas, ainda assim, são normas de efeitos jurídicos. Mas quando se diz que há um direito subjetivo, está claro que há uma conduta a ser exigida, que, neste caso específico - nós vamos chegar lá -, é a oferta da educação básica.

A isso tudo se soma o art. 211, § 2º, que atribui aos municípios, prioritariamente, a atuação no ensino fundamental e na educação infantil. De modo que a decisão que nós estamos produzindo hoje impactará, antes e sobretudo, os quase 6 mil municípios da Federação brasileira.

O art. 214 prevê que a lei estabelecerá um Plano Nacional de Educação, que está em vigor desde 2014. E, por fim, o art. 227 diz:

"Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação (...)"

A Constituição não poderia ter sido mais exaustiva na importância que deu à educação básica na vida brasileira.

Veio o Plano Nacional de Educação, que é a Lei nº 13.005/2014, e

RE 1008166 / SC

incluiu, como Meta 1:

"Meta 1: universalizar, até 2016, a educação infantil na pré-escola para as crianças de 4 (quatro) a 5 (cinco) anos de idade e ampliar a oferta de educação infantil em creches de forma a atender, no mínimo, 50% (cinquenta por cento) das crianças de até 3 (três) anos até o final da vigência deste PNE".

Esse é, digamos, no primeiro capítulo, o quadro fático da educação do Brasil e essas são as normas jurídicas aplicáveis nessa matéria.

Passo, agora, então, a cuidar da solução para o problema.

Há claramente um direito reconhecido pela Constituição. Desde o início da vigência da Constituição, como destacou o Ministro Luiz Fux, na data de ontem, já se passaram 34 anos. A única forma de se dar efetiva prioridade à educação é tornar esse direito efetivo, inclusive por decisão judicial, se necessário, de modo que quem vier a postulá-lo, como no caso desse processo, não pode ter o direito negado.

Aqui, com todas as vênias ao entendimento contrário, não é uma interferência do Judiciário em atribuições discricionárias do Poder Executivo. É uma atuação do Judiciário cumprindo a sua principal missão que é fazer valer a Constituição e dar efetividade aos seus dispositivos.

É certo que os direitos fundamentais, muitas vezes, têm estrutura de princípios. Princípios, na feliz formulação do Robert Alexy, são mandados de otimização, ou seja, eles devem ser concretizados na maior medida possível, à luz da realidade fática e de outros princípios que podem ser considerados.

De modo que há direitos fundamentais que podem não ser efetivados, num primeiro momento, porque essa efetivação precisa ser ponderada com normas orçamentárias ou com outros princípios

RE 1008166 / SC

relevantes. Portanto, muitas vezes, um princípio ou um direito fundamental não consegue produzir eficácia imediata. Porém, passados 34 anos, já não é mais razoável dizer que a realidade fática ainda não permite essa implementação. Nós estamos aqui precisando empurrar um pouco a história para acelerar esse processo de universalização do ensino infantil.

Pelos dados disponíveis, o atendimento, nessa faixa, corresponde a cerca de 32% das crianças que potencialmente poderiam pretender acesso às creches. O Plano Nacional de Educação propõe que até 2024 esse atendimento chegue a 50% da população. Portanto, precisa-se passar de 3,6 milhões para 5,5 milhões de matrículas. Ainda é um aumento relevante. E a observação importante que apurei é que a média, nos países da OCDE, é de 62% de crianças matriculadas em creches. Ou seja, nós precisamos ir além dos 50% ainda.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Ministro Barroso, se Vossa Excelência me permite.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Muito prazer.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Só um dado que saiu hoje ainda. Tanto isso é possível que, no Estado de São Paulo, a lista de espera para inclusão em creche está em nível zero. Não há nenhuma pendência de inserção de criança em creche.

Então, isso é possível.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Pois bem! É verdade que São Paulo é o estado mais rico da Federação, mas é fato que, em 34 anos, os outros estados já poderiam ter se habilitado a fazer a mesma coisa.

RE 1008166 / SC

Essas são as minhas considerações gerais sobre a educação básica, sobre as regras aplicadas e sobre a conclusão de que nós estamos lidando com direitos fundamentais cuja efetivação já se retarda.

Por essa razão, Presidente, proporei três conclusões sobre as quais tive a oportunidade de conversar com os Colegas para tentarmos convergir nesse tema tão importante para uma solução consensual. Assim, ninguém fica totalmente aliado, e ninguém está totalmente satisfeito, como todas as soluções de compromisso.

As conclusões propostas, que, na realidade, não destoam das do eminente Relator Ministro Luiz Fux, são apenas verbalizadas de uma forma ligeiramente diferente, são as seguintes:

1. A educação básica, em todas as suas fases – educação infantil, ensino fundamental e ensino médio – constitui direito fundamental de todas as crianças e jovens, assegurado por normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade direta e imediata.

Portanto, direito subjetivo claro, e não norma programática.

2. A educação infantil compreende creche (de zero a três anos) e a pré-escola (de quatro a cinco anos). Sua oferta pelo poder público pode ser exigida individualmente, como no caso examinado neste processo.

3. O poder público tem o dever jurídico de dar efetividade integral às normas constitucionais sobre acesso à educação básica.

Eu, em *obiter dictum*, digo, no meu voto, que entre as obrigações do poder público está o cumprimento do Plano Nacional de Educação em vigor, que propõe que, até 2024, 50% das crianças estejam na escola.

RE 1008166 / SC

Desse modo, Presidente, como antecipei, estou votando no sentido de acompanhar o Ministro Luiz Fux na solução do caso concreto, negando provimento ao recurso extraordinário do Município de Criciúma, porque a decisão de origem assegurou a matrícula de uma criança menor de 4 anos em creche. Em rigor, este caso já está até prejudicado, pois pelo tempo que passou, essa criança já ultrapassou a fase da creche de longa data. Mas creio importante afirmar que a decisão foi correta na origem.

Então, acompanho o Ministro Relator no resultado do caso concreto e o acompanho também nas suas teses jurídicas que eu, apenas procurando o consenso entre os Colegas, procurei brevemente aqui reformular.

É como voto. E se vier a ser o caso, encaminharei a Vossa Excelência as teses tal como propostas.

22/09/2022

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.008.166 SANTA CATARINA

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Muito obrigada, Presidente! Senhores Ministros, que cumprimento na pessoa do Relator deste caso, Ministro Luiz Fux, Senhor Procurador-Geral da República, Senhores Advogados, Senhores Servidores, todos que nos acompanham.

Senhora Presidente, o caso está devidamente maduro, no sentido de que o Tribunal de Justiça de Santa Catarina negou provimento. Manteve sentença segundo a qual estava assegurado o direito constitucional subjetivo da criança à creche - isso está mantido. O recurso do município afirma, primeiro, não haver esse direito e não haver a obrigação integral da entidade local e que o Poder Judiciário não deveria "se imiscuir" nesses assuntos.

Os temas foram devidamente tratados desde o voto do eminente Ministro-Relator. Acho que estão todos de acordo no que se refere, nesse caso, ao Poder Judiciário, o qual atuou para dar cumprimento integral e eficácia plena, jurídica e social a um direito fundamental, principalmente, ao direito à creche para crianças de até cinco anos - direito constitucional fundamental expresso na Constituição, portanto, de cumprimento obrigatório.

Conforme exposto - estou fazendo a juntada de voto escrito -, o direito à creche é um direito público fundamental subjetivo, que corresponde ao dever objetivo da entidade a quem se entrega, a quem se confere essa competência.

O Supremo Tribunal, na esteira da jurisprudência prevalecente no Judiciário do país há muitas décadas, vem nesse mesmo sentido, assegurando esse direito. Logo, não se cuida de afirmar um direito novo,

RE 1008166 / SC

mas de reafirmar uma jurisprudência.

Na esteira do que afirmou o Ministro-Relator, estou negando provimento ao recurso e também considerando como direito fundamental não passível de requisitos ou condicionantes para esse exercício, mantendo, por conseguinte, a jurisprudência.

Senhora Presidente, Senhores Ministros, fazendo uma referência brevíssima - e a faço no voto -, a garantia desse direito não é exercício apenas - reiterado aqui desde o voto do Ministro Luiz Fux -, diz respeito à criança, a sua dignidade, à condição de alguém que tem o direito básico de se libertar de uma condição de não contato, de não conhecimento. Porém, isso interfere em outros direitos fundamentais da mulher - reafirmo, reiterado desde o voto do Ministro Luiz Fux -, de toda a sociedade, do grupo que se beneficia, cada vez mais, de relações saudáveis, do ponto de vista pessoal e do ponto de vista social, para a garantia desses direitos.

Senhora Presidente, se bem entendi, o Ministro Luiz Fux retira qualquer condicionante - não me ponho de acordo com condicionantes e nem com requisitos, conforme alertado pelo Ministro Edson, razão pela qual, em uma primeira visão, eu o acompanhava em seu voto -, como a da Administração ter que ir ao Judiciário.

Enfim, sem condicionantes, reconhecendo o direito subjetivo à creche, estou acompanhando o Ministro-Relator. Tenho dificuldade de acompanhar integralmente se houver condicionantes.

É como voto, Senhora Presidente.

Publicado sem revisão. Art. 95 do RISTF.

22/09/2022

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.008.166 SANTA CATARINA

VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (Vogal):

1. Recurso extraordinário interposto pelo Município de Criciúma/SC contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina na Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2008.054757-1:

“CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO - MATRÍCULA DE CRIANÇA - ESTABELECIMENTO MUNICIPAL PRÉ-ESCOLAR - DIREITO CONSTITUCIONAL SOCIAL E FUNDAMENTAL.

1 ‘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, I, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento dos 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 apto a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional’ (RE-AgR n. 410.715/SP, Min. Celso de Mello)” (fl. 17, e-doc. 1).

RE 1008166 / SC

2. O Município de Criciúma interpôs recurso extraordinário e apontou afronta ao art. 2º, ao inc. LXIX do art. 5º, ao inc. I do art. 167 e ao § 1º e inc. I do art. 208 da Constituição da República.

Argumentou que “o Poder Judiciário não pode imiscuir-se em tarefa típica da esfera de atribuições do Poder Executivo, impondo a destinação dos recursos a situações individuais e abandonando planos e metas administrativos traçados pelo Município, individualmente, ou em conjunto com o Estado”.

Salientou que “a disponibilização de vagas em estabelecimento pré-escolar é meta programática que o Poder Público tem o dever de implementar na medida de suas possibilidades”.

Ressaltou haver ofensa ao inc. I e ao § 1º do art. 208 da Constituição da República, pois “a Constituição Federal garantiu somente ao ensino fundamental a obrigatoriedade, conforme se depreende do seu art. 208, §1º. E tão-somente a este (ensino fundamental) a previsão de acesso como direito público subjetivo, nada fazendo referência quanto ao ensino infantil”.

Afirmou contrariedade ao inc. I do art. 167 e ponderou não caber ao Poder Judiciário “imiscuir-se nas questões orçamentárias da municipalidade, visto que não é possível impor aos órgãos públicos obrigação de fazer que importe gastos, sem que haja rubrica própria para atender à determinação”.

Asseverou não haver direito líquido e certo a justificar a concessão de mandado de segurança no caso, pelo que haveria ofensa ao inc. LXIX do art. 5º da Constituição da República.

Pediu o provimento do recurso extraordinário “para reformar o acórdão proferido pelo Tribunal a quo, em face da violação aos artigos 20; 50, inciso LXIX; 167, inciso I, e 208, inciso I e § 10, todos da Constituição da República, visto que a inclusão de criança em estabelecimento de educação infantil não é direito público subjetivo, a ser efetivado de forma imediata pelo

RE 1008166 / SC

Poder Público” (fl. 31, e-doc. 1).

3. Negado seguimento ao recurso extraordinário, o Município interpôs agravo de instrumento.

4. Em 24.5.2012, este Supremo Tribunal reconheceu a repercussão geral da matéria:

“AUTO-APLICABILIDADE DO ART. 208, IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DEVER DO ESTADO DE ASSEGURAR O ATENDIMENTO EM CRECHE E PRÉ-ESCOLA ÀS CRIANÇAS DE ZERO A SEIS ANOS DE IDADE” (e-doc. 3).

5. O Procurador-Geral da República opinou pelo desprovimento do recurso extraordinário:

“Direito a creche. Normas da Constituição que geram direito subjetivo de caráter fundamental a que crianças na idade própria recebam dos poderes públicos a educação infantil. Inexistência de ofensa a separação de poderes. Descabimento do argumento da reserva do possível orçamentário” (e-doc. 5).

6. Em 16.9.2016, o Ministro Luiz Fux deu provimento ao Agravo de Instrumento n. 761.908 e determinou sua conversão em recurso extraordinário (e-doc. 14).

7. Em 4.11.2016, o Agravo de Instrumento n. 761.908 foi reautuado como Recurso Extraordinário n. 100.8166 (e-doc. 26).

8. A Defensoria Pública da União – DPU, a Fundação ABRINQ pelos Direitos da Criança e do Adolescente, o Distrito Federal, os Municípios de São Paulo, Rio de Janeiro, Taboão da Serra, Porto Alegre e as Defensorias Públicas da Bahia, Tocantins, Ceará, Distrito Federal, Espírito Santo, Minas Gerais, Pernambuco, Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro e São Paulo foram admitidos como *amici curiae*.

RE 1008166 / SC

Na assentada anterior, o Ministro Relator, Luiz Fux, votou no sentido de negar provimento ao recurso. Na sequência, pediu vista o Ministro André Mendonça.

O Direito à educação como política pública de aplicação imediata

9. O direito à educação é prerrogativa constitucional indisponível prevista no art. 6º e no art. 205 da Constituição da República:

“Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

“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”.

A Constituição da República delineou políticas públicas voltadas à educação, as quais são de aplicação imediata, como a educação infantil, prevista no inc. IV do art. 208, a garantir o acesso de crianças até 5 anos de idade à creche ou à pré-escola:

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

(...)

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

No inc. IV do art. 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (Lei n. 8.069/1990), voltou-se a assentar o direito à creche para crianças de zero a cinco anos de idade.

É que a educação compõe o mínimo existencial sem o qual a

RE 1008166 / SC

dignidade da pessoa humana é confiscada.

José Afonso da Silva ensina que a educação é direito fundamental do homem que implica em dever estatal de aplicação de recursos específicos na área, a fim de se garantir, efetivamente, esse serviço público essencial:

“A Constituição de 1988 eleva a educação ao nível dos direitos fundamentais do homem, quando a concebe como um direito social (art. 6º) e direito de todos (art. 205), que, informado pelo princípio da universalidade, tem que ser comum a todos. A situação jurídica subjetiva completa-se com a cláusula que explicita o titular da obrigação contraposta àquele direito, constante do mesmo dispositivo, segundo a qual a educação ‘é dever do Estado e da família’. Vale dizer: todos têm o direito à educação, e o Estado tem o dever de prestá-la, assim como a família. Isso significa, em primeiro lugar, que o Estado tem que se aparelhar para fornecer, a todos, os serviços educacionais, oferecer ensino, de acordo com os princípios e objetivos estatuídos na Constituição. Essas normas constitucionais - repita-se - têm, ainda, o significado jurídico de eleva a educação à categoria de serviço público essencial, que ao Poder Público impende possibilitar a todos - de onde a preferência constitucional pelo ensino público, pelo quê a iniciativa privada, nesse campo, embora livre, é, no entanto, secundária e condicionada (arts. 209 e 213).

A consecução prática dos objetivos da educação, consoante o art. 205 - pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho requer que o Poder Público organize os sistemas de ensino público, para cumprir com seu dever constitucional para com a educação, mediante prestações estatais que garantam, no mínimo, os serviços consignados no art. 208. Esse dever estatal com a educação implica que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, cada qual com seu sistema de ensino, em regime de colaboração mútua e recíproca, destinem, anualmente, recursos específicos para o financiamento dos serviços educacionais, num mínimo não inferior às percentagens previstas no art. 212 da CF” (SILVA, José Afonso da. Comentário ao art. 205. In: Comentário Contextual à Constituição.

RE 1008166 / SC

6.ed. São Paulo:Malheiros, 6.ed., 2009, p. 785, grifos nossos).

10. No § 2º do art. 211 tem-se que os municípios *“atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil”*.

Assim, cuida a educação infantil, início da educação básica, de direito fundamental de atendimento obrigatório pelo município, dele não podendo se eximir.

Nem se argumente, como pretende o Município recorrente, que o Poder Judiciário não pode impor a destinação dos recursos municipais na área da educação, ou que *“a disponibilização de vagas em estabelecimento pré-escolar é meta programática que o Poder Público tem o dever de implementar na medida de suas possibilidades”*.

Ingo Wolfgang Sarlet, Daniel Mitidiero e Luiz Guilherme Marinoni lecionam que o limite da reserva do possível, quando se trata de direito à educação, não tem aplicação garantida:

“A habitual ponderação relativa à ausência de recursos (limite da reserva do possível), assim como a ausência de competência do tribunais para decidir sobre destinação de recursos públicos, aqui se revelam de ainda mais difícil aceitação. 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). Já considerada a alteração resultante da EC 14, de 12.09.1996, o art. 212, §5º, ressaltando igualmente a prioridade do ensino fundamental, prevê que este contará, como fonte adicional de financiamento, com os recursos decorrentes da contribuição social do

RE 1008166 / SC

salário-educação” (SARLET, Ingo Wolfgang; MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de Direito Constitucional. 9.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 696).

11. Ademais, ambas as Turmas deste Supremo Tribunal firmaram jurisprudência no sentido de que a educação infantil é prerrogativa constitucional indisponível, pelo que o direito de crianças de zero a seis anos à creche ou à pré-escola deve ser implementado por políticas públicas as quais podem ser determinadas pelo Poder Judiciário.

Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

12. Em 22.11.2005, a Segunda Turma deste Supremo Tribunal Federal julgou os Recursos Extraordinários ns. 410.715 e 436.996 e assentou que o atendimento em creche e em pré-escola é direito assegurado pela Constituição da República de execução obrigatória pelo Poder Público:

“E M E N T A: 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 consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das ‘crianças de zero a seis anos de idade’ (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e

RE 1008166 / SC

unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. - A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. - Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. - Embora 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' (RE n. 410.715-AgR/SP, Relator o Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, DJ 3.2.2006).

O Ministro Celso de Mello, Relator, salientou que a instalação de creches e pré-escolas deve ser implementada por meio de políticas públicas:

“O objetivo perseguido pelo legislador constituinte, em tema de educação infantil, especialmente se reconhecido que a Lei Fundamental da República delineou, nessa matéria, um nítido

RE 1008166 / SC

programa a ser implementado mediante adoção de políticas públicas conseqüentes e responsáveis - notadamente aquelas que visem a fazer cessar, em favor da infância carente, a injusta situação de exclusão social e de desigual acesso às oportunidades de atendimento em creche e pré-escola -, traduz meta cuja não-realização qualificar-se-á como uma censurável situação de inconstitucionalidade por omissão imputável ao Poder Público” (RE 410.715-AgR/SP, Relator o Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, DJ 3.2.2006).

13. Em 19.5.2009, o Supremo Tribunal Federal negou provimento ao agravo regimental interposto no Agravo de Instrumento n. 592.075 e afastou argumento do Município de Santo André/SP no sentido de que o Poder Judiciário não poderia impor ao Poder Executivo cumprir com o dever de assegurar creches municipais a crianças de zero a seis anos de idade:

“EMENTA: CONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. MATRÍCULA DE CRIANÇA DE ZERO A CINCO ANOS DE IDADE EM CRECHE E PRÉ-ESCOLAS MUNICIPAIS. DIREITO ASSEGURADO PELA CONSTITUIÇÃO (ART. 208, IV, DA CF).

I - O Estado tem o dever constitucional de assegurar a garantia de atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a cinco anos de idade (art. 208, IV, da CF).

II - Agravo regimental improvido” (AI n. 592.075-AGR, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, DJ 5.6.2009).

14. A Primeira Turma deste Supremo Tribunal Federal, em recurso extraordinário de minha relatoria, manteve esse entendimento:

“EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ART. 208, INC. IV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. ATENDIMENTO DE CRIANÇAS ATÉ CINCO ANOS DE IDADE EM CRECHES E PRÉ-ESCOLAS: DIREITO SUBJETIVO PÚBLICO. POSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. PRECEDENTES. AGRAVO

RE 1008166 / SC

REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO” (RE n. 554.075-AGR/SC, de minha relatoria, Primeira Turma, DJ 21.8.2009).

15. A Segunda Turma deste Supremo Tribunal, em 15.12.2009, voltou a assentar ser possível ao Poder Judiciário determinar a implementação, pelo Estado, de políticas públicas constitucionalmente previstas, como é o caso de creches e pré-escolas:

“DIREITO CONSTITUCIONAL E DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. GARANTIA ESTATAL DE VAGA EM CRECHE. PRERROGATIVA CONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE INGERÊNCIA NO PODER DISCRICIONÁRIO DO PODER EXECUTIVO. PRECEDENTES. 1. A educação infantil é prerrogativa constitucional indisponível, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a creches e unidades pré-escolares. 2. É possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo. 3. Agravo regimental improvido” (RE n. 464.143-AgR/SP, Relatora a Ministra Ellen Gracie, Segunda Turma, DJ 19.2.2010).

16. Em 22.6.2018, a Segunda Turma reiterou seu entendimento no Recurso Extraordinário n. 1.101.106/DF:

“E M E N T A: RECURSO EXTRAORDINÁRIO – CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE – ATENDIMENTO EM CRECHE – EDUCAÇÃO INFANTIL – DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV, NA REDAÇÃO DADA PELA EC Nº 53/2006) – COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO – DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO (CF, ART. 211, § 2º) – O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA

RE 1008166 / SC

IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO – A FÓRMULA DA RESERVA DO POSSÍVEL NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE DE SUA INVOCAÇÃO PARA LEGITIMAR O INJUSTO INADIMPLEMENTO DE DEVERES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTOS AO PODER PÚBLICO – SUCUMBÊNCIA RECURSAL – (CPC, ART. 85, § 11) – NÃO DECRETAÇÃO, NO CASO, ANTE A AUSÊNCIA DE CONDENAÇÃO EM VERBA HONORÁRIA NA ORIGEM – AGRAVO INTERNO IMPROVIDO” (Relator o Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, DJ 9.8.2018).

Voto no sentido de negar provimento ao recurso extraordinário.

Publicado sem revisão. Art. 95 do RISTF.

22/09/2022

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.008.166 SANTA CATARINA

VOTO

O Senhor Ministro **Ricardo Lewandowski**: Trata-se de Recurso Extraordinário com Repercussão Geral reconhecida, atinente à autoaplicabilidade do art. 208, IV, da Constituição, que dispõe, na redação dada pela Emenda Constitucional 53/2006:

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

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

Na origem, o Tribunal de Justiça local confirmou a concessão da ordem para assentar a obrigatoriedade de fornecimento de vaga, pelo Município, em estabelecimento educacional infantil. Assim, conforme constou do acórdão em que foi reconhecida a repercussão geral, debate-se a autoaplicabilidade do art. 208, IV, da Constituição Federal, referente ao dever do Poder Público de assegurar o atendimento em creche e pré-escola às crianças na idade própria.

O tema em julgamento é, de fato, da máxima relevância, seja pelo seu potencial impacto em termos de desenvolvimento infantil na primeira infância, seja sob a ótica da gestão judiciária, haja vista a intensa litigiosidade a esse respeito. Essa controvérsia judicial, bem como suas implicações para o acesso à justiça, tem sido objeto de inúmeros trabalhos acadêmicos.¹

1 Ver, *e.g.*, os seguintes: MARINHO, Carolina Martins, **Justiciabilidade dos Direitos Sociais: Análise de Julgados do Direito à Educação sob o Enfoque da Capacidade Institucional**, Dissertação de Mestrado, Universidade de São Paulo, 2009; SILVEIRA, Adriana Aparecida Dragone, **O Direito à Educação de Crianças e Adolescentes: Análise da Atuação do Tribunal de Justiça de São Paulo (1991-2008)**, Tese, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010; CORRÊA, Luiza Andrade, **Judicialização da Política Pública de Educação**

RE 1008166 / SC

Desde o julgamento do Recurso Extraordinário 436.996-SP (Rel. Min. Celso de Mello) e do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 410.715-SP (Rel. Min. Celso de Mello), a jurisprudência nacional sedimentou-se no sentido da autoaplicabilidade do art. 208, IV, da Constituição, reafirmando o dever do Estado de assegurar o atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade.

Como bem ressalta Nina Ranieri, Coordenadora da Cátedra UNESCO de Direito à Educação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP,

“O dever do Estado em relação à educação infantil esgotar-se-ia, portanto, com o atendimento das crianças de 4 a 5 anos? Não, segundo a jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal.

No regime jurídico do direito à educação, a obrigação do

Infantil no Tribunal de Justiça de São Paulo, Dissertação de Mestrado, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015; REFOSCO, Helena Campos, **Ação Coletiva e Democratização do Acesso à Justiça**, São Paulo: Quartier Latin, 2018; RIZZI, Ester; XIMENES, Salomão, *Litigância Estratégica para a Promoção de Políticas Públicas: as Ações em Defesa do Direito à Educação Infantil em São Paulo*, in **Justiça e Direitos Humanos: Experiências de Assessoria Jurídica Popular**, p. 105–128, 2010; COSTA, Susana Henriques da, *Acesso à Justiça: Promessa ou Realidade? Uma Análise do Litígio sobre Creche e Pré-Escola no Município de São Paulo*, in: PUOLI, José Carlos Baptista; BONIZZIO, Marcelo José Magalhães; LEONEL, Ricardo Barros (Orgs.), **Direito Processual Constitucional**, Brasília: Gazeta Jurídica, 2016; GOTTI, Alessandra; XIMENES, Salomão, **Opinião Legal: litígio estrutural- déficit de vagas em creches e pré-escolas no Município de São Paulo - multiplicidade de ações judiciais - estratégia de exigibilidade alternativa.**, 2012; XIMENES, Salomão; OLIVEIRA, Vanessa Elias de; SILVA, Mariana Pereira da, *Judicialização da educação infantil: efeitos da interação entre o Sistema de Justiça e a Administração Pública*, **Revista Brasileira de Ciência Política**, v. 29, 2019; GOTTI, Alessandra; ARAÚJO, Alexandra Fuchs de; MARCELINO, Jéssica Fernanda Luís Marcelino, *O Controle Judicial na Implementação e Gestão de Políticas Públicas: novas perspectivas*, **Sistema e-Revista CNJ**, v. 3, p. 8–18, 2019.

RE 1008166 / SC

Estado não se esgota com o atendimento material e administrativo das exigências constitucionais (universalização da educação básica, garantia das condições de acesso e permanência [material escolar, transporte, alimentação, saúde], formação de professores etc.). Daí decorre a conclusão – adotada pelo STF – segunda a qual os Poderes Públicos não podem promover retrocesso social, ou seja, uma evolução reacionária das posições já alcançadas. Essa é a perspectiva das normas internacionais de proteção aos direitos fundamentais diante do Estado social.

É o que vem ocorrendo em relação ao atendimento da educação infantil por parte dos municípios, direito em relação ao qual os Tribunais Superiores não têm admitido a existência de filas de espera ou de alocação de vagas na iniciativa privada.

Em verdade, a sua afirmação como prerrogativa indisponível da criança foi objeto de diversos recursos extraordinários levados à apreciação do STF, nos quais figurava pioneiramente o Município de Santo André como recorrente em virtude de decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo – TJSP, que conheceram e deram provimento à tutela requerida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, em benefício da garantia de atendimento de crianças de zero a seis anos em creches e escolas de educação infantil (ações interpostas antes da EC nº 53/06, que ampliou o ensino fundamental ao nele incluir as crianças de seis anos).

[...]

Ora, a absoluta prioridade, no caso da educação infantil, significa que o atendimento das crianças tem primazia nas políticas públicas e na atuação dos governantes, legisladores, família, comunidade e sociedade, com o objetivo de concretizar os direitos enumerados no próprio art. 227 da Constituição e no 4º do ECA (direito 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). Segue-se da previsão do art. 227 que o município também deverá assegurar, em suas creches e pré-escolas, programas

RE 1008166 / SC

suplementares de alimentação, pelo menos.

[...]

De tudo resulta a limitação do poder discricionário do administrador que, nesses casos, não tem possibilidade de deliberar acerca da oportunidade e conveniência de implementação de políticas públicas determinadas na ordem social constitucional”.²

Não tenho dúvidas de que essa é a orientação mais acertada. A privação da educação infantil, além das inaceitáveis consequências pessoais que provoca, prejudica a sociedade como um todo. Não se ignora, aliás, que, para se desenvolver plenamente, um País deve, antes de tudo, priorizar o bem-estar de suas crianças. Neste sentido, James Heckman, prêmio Nobel de Economia, ressalta que os menores que nascem em ambientes desvantajosos apresentam maiores riscos de não se desenvolverem adequadamente, além de enfrentarem mais problemas do que outras pessoas ao longo das respectivas vidas, sendo grande a possibilidade de virem a cometer crimes.³

Para ele, as principais habilidades cognitivas e socioemocionais das pessoas dependem do ambiente que encontram na primeira infância. Essa é a razão pela qual, acrescenta, políticas públicas voltadas à correção precoce desses problemas podem redundar em melhores oportunidades para as pessoas e no incremento de sua qualidade de vida. Disso resultará, finaliza, uma economia mais robusta e uma sociedade mais saudável.

A garantia da educação infantil atende, ainda, aos ideais de solidariedade social, redução da pobreza e promoção do

2 RANIERI, Nina Beatriz Stocco, *Educação obrigatória e gratuita no Brasil: um longo caminho, avanços e perspectivas*, in: RANIERI, Nina Beatriz Stocco; ALVES, Angela Limongi Alvarenga (Orgs.), **Direito à Educação e Direitos na Educação em Perspectiva Interdisciplinar**, São Paulo: Cátedra Unesco de Direito à Educação/Universidade de São Paulo (USP), 2018, p. 30-35.

3 HECKMAN, J. **Giving Kids a Fair Chance**. Cambridge: The MIT Press, 2013.

RE 1008166 / SC

desenvolvimento, todos norteadores da aplicação do direito, segundo dispõe a Carta Magna. Portanto, sem nenhuma ressalva, afirmo a autoaplicabilidade do art. 208, IV, da Constituição, reconhecendo o direito subjetivo da criança à educação infantil pública, gratuita e de qualidade. Ao assim decidir, confirmo o teor e o espírito das decisões emblemáticas de relatoria do Ministro Celso de Mello nos recursos citados acima.

Destaco, entretanto, que a complexidade inerente à intervenção judicial em políticas públicas demanda do Supremo Tribunal Federal uma palavra adicional sobre a forma como tais conflitos devem ser julgados.

Com efeito, as pesquisas acadêmicas supracitadas apontaram diferenças nos resultados das ações a depender da abrangência dos pedidos e, notadamente, do tipo de direito envolvido, i.e., se individual ou coletivo. Considero importante assinalar a precedência que devem ter as ações coletivas em detrimento das individuais, porque estas últimas tendem a provocar a subversão de listas de espera e a superlotação de unidades, com comprometimento de qualidade. Neste sentido, como bem observa David Kennedy, professor de Direito e Desenvolvimento da Faculdade de Direito de Harvard, emancipar as pessoas por meio do discurso individualista tende a enfatizar as relações jurídicas com o Estado, encorajando uma política de “furar a fila” e a formação de alianças que tornem improváveis as soluções compartilhadas.⁴

Tenho reiteradamente apontado a importância da priorização do processo coletivo para a garantia do acesso à justiça em nosso País. No julgamento do *Habeas Corpus* Coletivo 143.641/SP, afirmei o seguinte:

“Com efeito, segundo constatei no Recurso Extraordinário 612.043- PR, os distintos grupos sociais, atualmente, vêm se digladiando, em defesa de seus direitos e interesses, cada vez

4 KENNEDY, David, *The International Human Rights Regime: Still Part of the Problem?*, in *Examining Critical Perspectives on Human Rights*, org. Rob Dickinson et al. (Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2012).

RE 1008166 / SC

mais, com organizações burocráticas estatais e não estatais (Cf. FISS, O. Um Novo Processo Civil: Estudos Norte-Americanos sobre Jurisdição, Constituição e Sociedade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004). Dentro desse quadro, a ação coletiva emerge como sendo talvez a única solução viável para garantir o efetivo acesso destes à Justiça, em especial dos grupos mais vulneráveis do ponto de vista social e econômico.

De forma coerente com essa realidade, o Supremo Tribunal Federal tem admitido, com crescente generosidade, os mais diversos institutos que logram lidar mais adequadamente com situações em que os direitos e interesses de determinadas coletividades estão sob risco de sofrer lesões graves. A título de exemplo, vem permitindo a ampla utilização da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), assim como do Mandado de Injunção coletivo. Este último, convém lembrar, foi aceito corajosamente por esta Corte já em 1994, muito antes, portanto, de sua expressa previsão legal, valendo lembrar o Mandado de Injunção 20-4 DF, de relatoria do Ministro Celso de Mello, em que este afirmou:

‘A orientação jurisprudencial adotada pelo Supremo Tribunal Federal prestigia (...) a doutrina que considera irrelevante, para efeito de justificar a admissibilidade de ação injuncional coletiva, a circunstância de inexistir previsão constitucional a respeito (...)’.

Com maior razão, penso eu, deve-se autorizar o emprego do presente *writ* coletivo, dado o fato de que se trata de um instrumento que se presta a salvaguardar um dos bens mais preciosos do homem, que é a liberdade. Com isso, ademais, estar-se-á honrando a venerável tradição jurídica pátria, consubstanciada na doutrina brasileira do *habeas corpus*, a qual confere a maior amplitude possível ao remédio heroico, e que encontrou em Ruy Barbosa quiçá o seu maior defensor. Segundo essa doutrina, se existe um direito fundamental violado, há de existir no ordenamento jurídico um remédio processual à altura da lesão.

À toda a evidência, quando o bem jurídico ofendido é o

RE 1008166 / SC

direto de ir e vir, quer pessoal, quer de um grupo pessoas determinado, o instrumento processual para resgatá-lo é o *habeas corpus* individual ou coletivo.

É que, na sociedade contemporânea, burocratizada e massificada, as lesões a direitos, cada vez mais, assumem um caráter coletivo, sendo conveniente, inclusive por razões de política judiciária, disponibilizar-se um remédio expedito e efetivo para a proteção dos segmentos por elas atingidos, usualmente desprovidos de mecanismos de defesa céleres e adequados.

Como o processo de formação das demandas é complexo, já que composto por diversas fases - nomear, culpar e pleitear, na ilustrativa lição da doutrina norte-americana (Cf. FELSTINER, W. L. F.; ABEL, R. L.; SARAT, A. *The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming, Claiming*. **Law & Society Review**, v. 15, n. 3/4, 1980), é razoável supor que muitos direitos deixarão de ser pleiteados porque os grupos mais vulneráveis - dentre os quais estão os das pessoas presas - não saberão reconhecê-las nem tampouco vocalizá-las".

O processo coletivo está melhor aparelhado para solucionar tais dilemas. A par disso, também tende à maior eficiência e efetividade, sobretudo levando-se em consideração, como bem ressalta Carlos Alberto de Salles, critérios de adequação e tempestividade – os quais, segundo o Professor de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da USP, devem nortear a aplicação dos instrumentos processuais, para fins de promoção da tutela efetiva dos direitos.⁵

É bem verdade que ações coletivas podem configurar desafios institucionais sob a ótica da separação de poderes, mas isto apenas, no meu modo de ver, porque tal postulado não vem sendo adequadamente compreendido. Embora o dogma da separação de poderes seja relevante

5 SALLES, Carlos Alberto de, *Processo Civil de Interesse Público*, in: SALLES, Carlos Alberto de (Org.), **Processo Civil e Interesse Público: Processo como Instrumento de Defesa Social**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, v. 121, p. 39-77.

RE 1008166 / SC

para a tutela da democracia, do profissionalismo no trato da coisa pública e dos direitos humanos,⁶ o entendimento contemporâneo de tal princípio não mais reserva ao juiz um papel excessivamente tímido, pois reconhece que o Poder Judiciário nasceu ligado à defesa dos direitos fundamentais, conforme já sustentei em sede doutrinária.⁷

Também tenho defendido, de longa data, que a atuação do Poder Judiciário deve ser compatibilizada com a valorização da atividade política. Nesse sentido, já ressaltei anteriormente que o protagonismo do Supremo Tribunal Federal é, e deve ser, um fenômeno passageiro, sendo a atividade política “a verdadeira seiva que anima a vida da sociedade”.⁸ Entretanto, o Poder Judiciário apresenta vantagens institucionais em relação a outros Poderes na solução de determinadas questões relativas a grupos sistematicamente excluídos de direitos, devendo atuar sempre na consecução dos grandes objetivos constitucionais, sobretudo ante a constatação de omissões inconstitucionais.⁹ O exercício da função contramajoritária do Judiciário serve justamente para proteger os direitos de minorias incapazes de obter, no processo político – que é muito suscetível à interferência de grupos de interesse¹⁰ – a efetivação de seus direitos.

Destaco duas ações coletivas paradigmáticas, levadas a efeito no

6 ACKERMAN, Bruce, *The New Separation of Powers*, **Harvard Law Review** 113, no 3 (janeiro de 2000): 633–729.

7 LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo, *Revisão Constitucional e o Fortalecimento do Judiciário*, **Tribuna da Magistratura**, n. 47, p. 15, 1993.

8 LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo, *Protagonismo do STF é fenômeno passageiro*. [Entrevista], **Revista Diálogos sobre Justiça**, v. 1, n. 4, p. 9–13, 2014, p. 11.

9 PIOVESAN, Flávia, **Proteção Judicial contra Omissões Legislativas: Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e Mandado de Injunção**, 2a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

10 LOPES, José Reinaldo Lima, *Em Torno da Reserva do Possível*, in: SARLET, Ingo Wolfgang; BENETTI, Luciano (Orgs.), **Direitos Fundamentais: Orçamento e Reserva do Possível**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 155–173.

RE 1008166 / SC

Tribunal de Justiça de São Paulo, minha primeira casa desde que, com orgulho, abracei a magistratura.¹¹ No julgamento dessas ações, constatou-se a efetivação prática de diálogo interinstitucional de alto nível, mediante (i) a realização de audiências públicas e de conciliação, (ii) monitoramento da decisão condenatória, e (iii) celebração de acordo coletivo, em que estiveram envolvidos integrantes de movimentos sociais que lutam pela concretização do direito à educação infantil, do Ministério Público, da Defensoria Pública. Esse diálogo interinstitucional, que tem sido objeto de escrutínio e atenção por parte de diversos atores, resultou em efetivo aprimoramento da política pública relacionada à educação infantil na cidade de São Paulo, por meio do estabelecimento de um plano de expansão dos números de vagas de educação infantil, com qualidade, elaborado pelo próprio Município no curso do processo de monitoramento, a comprovar que “na democracia participativa, o processo, além de garantir as liberdades públicas, é instrumento político relevante de participação”.¹²

Esses casos são ilustrativos para o julgamento do presente Recurso Extraordinário porque, neles, o cerne da defesa jurídica do Município residiu no argumento da reserva do possível. Entretanto, foi possível constatar, pela prova produzida pelas autoras, notadamente por relatórios do Tribunal de Contas do Município que demonstravam a não utilização integral de recursos do FUNDEB, que má gestão, e não restrições orçamentárias, foram responsáveis pela falha na disponibilização de vagas de educação infantil em áreas carentes da cidade. O debate sofisticado sobre emprego de recursos financeiros somente poderia ter lugar, como teve, numa ação coletiva, não sendo viável nas ações individuais, em que não há espaço argumentativo para o questionamento incisivo da política pública. De toda forma, o caso ilustra o uso recorrente, e por vezes falacioso, do argumento da reserva do

11 Trata-se do julgamento das ações civis públicas 0150735-64.2008.8.26.0002 e 0018645-21.2010.8.26.0003.

12 GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo, **Participação e Processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 412.

RE 1008166 / SC

possível, que, em meu ponto de vista, não pode ser invocado pelos Poderes Públicos com a finalidade de esquivarem-se de deveres plasmados na Constituição.

Existe uma forte correlação entre as ações coletivas voltadas a efetivar o direito à educação infantil e os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável das Nações Unidas, da Agenda 2030, notadamente o Objetivo 4 (“Assegurar a educação inclusiva e equitativa e de qualidade, e promover oportunidades de aprendizagem ao longo da vida para todos”), o Objetivo 5 (“Alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas”) e o Objetivo 16 (“Promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis”).¹³ Como explica Helena Refosco, a intervenção judicial em políticas públicas relacionadas à educação infantil tem aptidão para engendrar consequências redistributivas relevantes, impactando tanto questões de classe, por assegurar educação para crianças pertencentes a grupos sistematicamente excluídos de direitos, quanto questões de gênero, que estão profundamente implicadas pela cultura brasileira, a qual atribui à mulher o papel de principal cuidadora nas residências. Segundo ela, para vencer o desafio de garantir o acesso à justiça em países marcados por severa desigualdade econômica e social, é crucial fortalecer a ação coletiva.¹⁴

Demais disso, uma leitura global e sistemática da Constituição cidadã não deixa dúvidas de que ela, atenta aos novos tempos de massificação das relações sociais, privilegiou a tutela coletiva de direitos. E o fez porque, sob a sua ótica, a garantia do acesso à Justiça é de primeira grandeza.

Reitero, como já afirmei em outras ocasiões, que o Supremo Tribunal

13 REFOCO, Helena Campos, *Law, Development and Access to Education: a Brazilian Case Study of Class Actions*, **Columbia Human Rights Law Review** (HRLR Online), p. 3; 23.

14 Idem.

RE 1008166 / SC

Federal não pode fechar os olhos à realidade de litigiosidade de massa que hoje dificulta o acesso à justiça da população, bem como ao poder dos litigantes habituais frente aos ocasionais.

A ênfase numa solução mais igualitária dos litígios massificados por meio da ação coletiva encontra ampla guarida em sofisticada literatura jurídica internacional, a qual, ao refletir um fenômeno que é global – a transmutação da litigiosidade interpessoal para aquela que contrapõe grupos a organizações –, leva-nos a pensar sobre o papel desta Suprema Corte na interpretação da Constituição no que tange à questão em julgamento.

Marc Galanter, no influente artigo que lhe deu notoriedade, já ressalta que a ação coletiva é uma das formas mais eficientes de se garantir que o sistema de justiça consiga garantir a equalização de vantagens entre os litigantes habituais (que ele chama de *repeat players*), e os ocasionais ou individuais (chamados por ele de *one-shooters*). Para que isso se concretize, os litigantes ocasionais devem formar grupos com capacidade de atuação coordenada e de desenvolvimento de estratégias de longo prazo, e de se beneficiar de serviços jurídicos de alta qualidade. Uma das formas de que podem se valer os litigantes ocasionais para ter acesso a vantagens estratégicas que tradicionalmente beneficiam apenas os litigantes habituais é por meio de associações civis. Desta forma, conseguem diluir os riscos do litígio, ou podem reunir prejuízos cujo ressarcimento isolado não justificaria a propositura de uma ação individual. Galanter enfatiza, ainda, que o monitoramento da execução pode ser feito, com muito mais facilidade, por grupos organizados.¹⁵

Similarmente, Abram Chayes, ao chamar a atenção para o novo tipo de litígio que se consagrou na sociedade contemporânea ao contrapor grupos sociais a grandes organizações, sublinha o papel da ação coletiva

15 GALANTER, Marc. *Why the 'haves' come out ahead: Speculations on the limits of legal change*. *Law & Society Review* 9, n 1 (1974): 95–160.

RE 1008166 / SC

como forma mais adequada de lidar com a litigiosidade.¹⁶ Para ele, a importância crescente da ação coletiva decorre da compreensão de que as relações sociais do cidadão são, atualmente, conduzidas de forma burocratizada por grandes atores.

À vista dessa nova realidade social em que vivemos, este Supremo Tribunal Federal, sob a presidência do Ministro Gilmar Mendes, aderiu ao Segundo Pacto Republicano de Estado por um Sistema de Justiça mais Acessível, Ágil e Efetivo, no qual, como forma de garantia do acesso à Justiça, previu-se:

“Item 3.2. Revisão da Lei da Ação Civil Pública, de forma a instituir um Sistema Único Coletivo que priorize e discipline a ação coletiva para tutela de interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, objetivando a racionalização do processo e julgamento dos conflitos de massa”.

Por tudo o que foi dito, peço vênica para insistir na tese de que as ações coletivas devem ter precedência sobre as ações individuais, e não podem ter seu trâmite coarctado em decorrência da incidência do princípio da separação de poderes ou da reserva do possível – limitações que as ações individuais praticamente nunca enfrentam. Considero inadequado exigir que cada cidadão tenha que promover individualmente sua ação, fechando-se os olhos para o contexto social descrito e para sua fragilidade diante da parte contrária.

Além disso, especificamente quando a litigiosidade em questão disser respeito a direitos sociais que se conectam com a promoção de valores democráticos, como no caso presente, vale rememorar a lição de Roberto Gargarella, para quem, sob a teoria da democracia deliberativa – segundo a qual decisões públicas são idealmente precedidas de debate

16 CHAYES, Abram. *The Role of the Judge in Public Law Litigation*. **Harvard Law Review** 89 (1976 de 1975) 1281-1316.

RE 1008166 / SC

público entre todos os interessados –, os juízes podem atuar como promotores do debate público, recebendo as reclamações dos grupos sistematicamente excluídos de direitos e ativando o diálogo entre os Poderes. A legitimidade do juiz, para o jurista argentino, deriva da relação entre direitos fundamentais, processo democrático, participação política e previsão constitucional de direitos sociais.¹⁷

Ao fim e ao cabo, deve este Supremo Tribunal Federal servir de farol para toda a magistratura, iluminando situações em que a “desestabilização” (utilizo aqui a expressão cunhada por Sabel e Simon, em texto clássico)¹⁸ promovida pelo Poder Judiciário pode promover *accountability* em instituições imunes aos controles políticos tradicionais, conclamando os Tribunais de Justiça a priorizarem efetivamente o processo coletivo, sobretudo no que diz respeito à efetivação de direitos fundamentais.

Devo ressaltar, por fim, importante divergência que guardo com o voto do Relator, Ministro Luiz Fux. Isto porque sua Excelência votou no sentido de acrescentar um requisito não previsto na Constituição ou nas leis para a concessão da vaga em creche: o requisito da incapacidade financeira, de forma que a criança pleiteando a vaga deverá comprovar incapacidade financeira para arcar com o custo correspondente.

Com a devida vênia, diante de comando expresso e fundamental do art. 206, I, da Constituição, no sentido de que o ensino será ministrado com base no princípio da “igualdade de condições para o acesso e permanência na escola”, não vejo espaço normativo para que tal condição de ingresso possa ser exigida sem ofensa direta ao teor do texto constitucional.

17 GARGARELLA, Roberto; DOMINGO, Pilar; ROUX, Theunis, **Courts and social transformation in new democracies: an institutional voice for the poor?**, Aldershot, Hampshire, England; Burlington, VT, USA: Ashgate, 2006.

18 SABEL, Charles F.; SIMON, William H., *Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds*, **Harvard Law Review**, p. 1015–1101, 2004.

RE 1008166 / SC

Se assim procedesse esta Corte, estar-se-ia criando, ainda, óbice indevido à garantia fundamental de acesso à justiça (art. 5º, XXXV), induzindo-se políticas públicas educacionais segregadas e contrariando-se, por conseguinte, os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º da Constituição), notadamente aqueles relacionados à construção de uma sociedade livre, justa e solidária, que garanta o desenvolvimento nacional e erradique a pobreza e a marginalização, apta a reduzir as desigualdades sociais e regionais e a promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Além disso, é importante lembrar que, por opção expressa, deliberada e salutar da Constituição de 1988, creches não são mais dispositivos de assistência social. As creches constituem, hoje, a primeira etapa de uma educação básica de perfil igualitário e universal, a cujo acesso todas as crianças, na idade própria e indistintamente, têm direito. Nesse sentido, a precisa argumentação de Salomão Barros Ximenes:

“A densificação do direito constitucional à creche operada pelo STF a partir de 2005 e a consequente pacificação dos conflitos interpretativos nos tribunais permitiu colocar o foco da ação pública onde realmente importa, ou seja, na construção de políticas públicas educacionais que em regime de cooperação federativa permitam expandir e manter o atendimento com parâmetros básicos de qualidade e equidade. Seguindo o desígnio do tribunal e a pressão social por direitos, foram construídas e aprimoradas políticas públicas e estipuladas metas de atendimento.

O STF deve evitar uma decisão que traga incerteza jurídica, que venha a retroceder o legado liderado por Celso de Mello induzindo à fragmentação da política pública e à discricionariedade na escolha da demanda a ser atendida, retornando a uma visão meramente assistencial da creche ao se exigir prova de pobreza para o acesso a um direito fundamental

RE 1008166 / SC

indisponível”.¹⁹

Assim, também a proibição retrocesso social deve ser invocada, aqui, para afastar o requisito sugerido pelo Relator.

Perde-se muito com uma educação segregada. Ganha-se democraticamente muito com inclusão e igualdade. Essa tem sido a *ratio* da eliminação de todas as formas de segregação escolar (*v.g.*, também para pessoas portadoras de deficiência), aliás recentemente confirmada pela Emenda Constitucional 108/2020, que, relativa ao Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (Fundeb), não criou nenhum tipo de diferenciação ou de desvantagem na inclusão de crianças na educação infantil.

Rememoro, ainda, a incidência direta do princípio republicano ao tema *sub judice*. No julgamento do RE 888.815/RS – em voto que, ainda hoje, reflete exatamente meu modo de pensar e meu compromisso com uma educação pública, inclusiva, democrática, afirmei o seguinte:

“Não obstante a respeitável argumentação do relator, de ousou discordar, por entender que o prisma mais adequado para analisar-se a questão é o do princípio republicano, o qual configura ‘o núcleo essencial da Constituição’, a lhe garantir certa identidade e estrutura, estando abrigado no art. 1º da Carta Magna.

Segundo já tive oportunidade de afirmar em sede doutrinária,

‘[...] A ideia moderna de república, a partir da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada pela Assembleia francesa em 1789, encontra-se indissolavelmente ligada à concepção de que os

19 XIMENES, Salomão Barros. “O julgamento que pode levar ao retrocesso do direito à creche.” Nexo Jornal, <https://www.nexojornal.com.br/ensaio/2022/09/20/O-julgamento-que-pode-levar-ao-retrocesso-do-direito-%C3%A0-creche>. Acesso 20/9/2022.

RE 1008166 / SC

indivíduos são titulares de direitos em face do Estado, em especial à vida, à liberdade, à propriedade e à participação política. [...] Mais tarde, com a Revolução Industrial e as lutas operárias desencadeadas em seu bojo, surgiram os chamados 'direitos sociais' [...], além de uma nova geração de direitos, desenvolvidos em meados do século passado, no contexto de um mundo globalizado, aos quais se denominou de 'direitos de solidariedade ou fraternidade' com destaque para a proteção do meio ambiente. Essas considerações, porém, não arredam a questão básica, sempre recorrente na teoria política, relativa à *political obligation*, quer dizer, aos deveres dos cidadãos em face do Estado e da sociedade. Com efeito, se as pessoas numa república são titulares de direitos, hão de ter também, em contrapartida, obrigações para com a comunidade, como ocorria em Roma antiga ou, mais recentemente, na Alemanha, sob a Constituição de Weimar, que enunciava um rol de deveres fundamentais. Mas ainda que hoje os textos constitucionais, como regra, não façam menção a obrigações, e possível deduzi-las a partir da multiseular tradição republicana, a exemplo do dever de tolerância, de solidariedade, de respeitar os outros, de superar o egoísmo pessoal, de defender a liberdade, de observar os direitos das pessoas e de servir o bem comum.'

O referido princípio foi invocado direta ou indiretamente nos debates relativos à temática em julgamento, sobretudo na menção que se fez a determinados dispositivos constitucionais e legais. Veja-se, neste sentido, o art. 205 da Constituição, que inaugura o capítulo relativo à educação:

'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'.

Trata-se de um dos raros artigos que, a meu ver, claramente impõe deveres à sociedade, à família e ao Estado, a

RE 1008166 / SC

saber, o de colaborar para a educação de todos, bem como o de preparar o indivíduo para o exercício da cidadania, a qual, de acordo com a tradição republicana, é sempre construída coletivamente.

Também a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei 9.394/1996) mostrou-se enfática quanto aos ideais republicanos que animam a educação básica em nosso país, como se pode constatar a partir da literalidade de suas disposições, in verbis :

‘Art. 2º A educação, dever da família e do Estado, inspirada nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana, tem por finalidade o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho’.

O legislador não poderia ser mais claro do que foi: a educação é simultaneamente um direito e um dever do Estado e da família - mas não exclusivamente desta -, mas que deve ser construída coletivamente, com a participação ativa da sociedade.

[...]

Isso porque o ensino público ou privado, autorizado pelas autoridades educacionais, não se restringe apenas ao lado puramente técnico, ou seja, de transmissão do saber, mas representa um importante fator de socialização e de integração do indivíduo na coletividade, aplainando diferenças de renda, cor, gênero, origem, dentre outras.

Penso que o Supremo Tribunal Federal não pode alinhar-se a uma postura individualista, ultraliberal, que reduz o Estado a um mero *gendarme*, como se cogitou no já longínquo passado, sob a influência do pensamento dos fisiocratas franceses, que esgrimiam o mote *laissez faire, laissez passer, le monde va de lui même*. Só que o mundo, como se sabe, jamais caminhou por si mesmo. Até mesmo o planeta Terra, humilde corpo celeste perdido na vastidão do universo, se move em razão das insondáveis forças gravitacionais.

[...]

Insisto em que essa solução não encontra guarida no

RE 1008166 / SC

princípio republicano, o qual reclama engajamento, e não exclusão ou o isolamento das pessoas com relação ao meio social, porque o interesse individual não é, nem pode ser, a única força a animar a vida em comunidade.

O republicanismo aponta para a primazia da política, significando a imersão do indivíduo na vida da coletividade, notadamente quando está em jogo o bem comum, devendo ficar em segundo plano os ideais de uma vida aprazível ou confortável, no âmbito pessoal. Não que tal desiderato deva ser desde logo atestado, mas é que se trata de um bem que só ser alcançado coletivamente.

Aqui, cumpre ressaltar a sabedoria do legislador quando se posiciona tão claramente em favor de uma empreitada coletiva no domínio educacional. Ao assim dispor, contribui para que sejam evitados os riscos de fragmentação social, impedindo, ademais, o desenvolvimento de verdadeiras ‘bolhas’ no tocante ao conhecimento, as quais contribuem ainda mais para a intensa clivagem que se observa hoje em nosso país, dividido por intolerâncias e incompreensões de toda a ordem.

[...]

Quando se formam ‘bolhas’ nas quais ecoam constantemente as mesmas ideias – de resto muito comuns hoje em dia, sobretudo nas mídias sociais - o entendimento mútuo se torna cada vez mais difícil, contribuindo para o aumento da fragmentação social, da polarização e do extremismo, males que, na maior parte das vezes, encontram-se atrelados a crenças sem qualquer lastro na verdade.

[...]

À luz do ideal republicano, a postura que a Constituição exige do cidadão é a de cobrança, de luta pelo aprimoramento do ensino oficial, e não o de privar os filhos do necessário e salutar convívio com seus semelhantes, onde serão expostos à diversidade. A alienação do indivíduo da sociedade, sobretudo daquilo que ela tem de comum a todos os seus membros, como demonstra a História, constitui uma ameaça ao progresso da coletividade e até mesmo à liberdade individual. Em outras

RE 1008166 / SC

palavras, numa democracia, a faculdade de indignar-se e de reivindicar integra o ideal de autogoverno, servindo de verdadeira vacina para garantir a liberdade de todos.

[...]

Dessa forma, afigura-se, a meu ver, que o desígnio dos legítimos representantes do povo brasileiro foi o de promover a integração de todos os cidadãos mediante a educação”.

Por fim, dedico algumas linhas à tese submetida à apreciação da Corte. Entendo que este caso, cuja repercussão geral foi reconhecida, consiste numa demanda individual, daí o cuidado e a autocontenção cabíveis na formulação da tese, que deverá repercutir exclusivamente no âmbito das ações individuais referentes ao tema. Por isso, não vislumbro nenhuma contraposição entre a tese proposta e o teor de meu voto, o qual enaltece a relevância das ações coletivas nessa seara. Em outras palavras, a tese tem aplicabilidade restrita aos processos individuais relativos à educação infantil. Para os coletivos, vigora a vetusta jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, legado inolvidável da passagem do Ministro Celso de Mello nesta Casa, que sempre conferiu a correta primazia ao princípio da absoluta prioridade na efetivação dos direitos de crianças e adolescentes, em meio aos quais o direito à educação infantil de qualidade destaca-se como essencial para evoluirmos a mais avançado patamar civilizatório.

Isso posto, voto por negar provimento ao Recurso Extraordinário.

É como voto.

22/09/2022**PLENÁRIO****RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.008.166 SANTA CATARINA****VOTO**

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES: Trata-se de recurso extraordinário interposto pelo Município de Criciúma-SC em demanda movida em face de si pelo Ministério Público, com fundamento no art. 102, III, alínea “a”, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, assim ementado:

“CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO - MATRÍCULA DE CRIANÇA - ESTABELECIMENTO MUNICIPALPRÉ-ESCOLAR - DIREITO CONSTITUCIONAL SOCIAL E FUNDAMENTAL 1 ‘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

RE 1008166 / SC

direitos sociais e Culturais impregnados de estatura constitucional' (RE-AgR n. 410.715/SP, Min. Celso de Mello)". (TJSC, Apelação em Mandado de Segurança 2008.054757-1, Rel. Des. Luiz César Medeiros, Terceira Câmara de Direito Público, eDOC 16, p. 19)

O Município de Criciúma, em seu apelo extremo, defende que "*o Poder Judiciário não pode imiscuir-se em tarefa típica da esfera de atribuições do Poder Executivo, impondo a destinação dos recursos a situações individuais e abandonando planos e metas administrativas traçados pelo Município*".

Argumenta que "*a disponibilidade de vagas em estabelecimento pré-escolar é meta programática que o Poder Público tem o dever de implementar na medida de suas possibilidades*."

Aduz, ainda, que "*a Constituição Federal garantiu somente ao ensino fundamental a obrigatoriedade, conforme se depreende do seu art. 208, § 1º. E tão somente a este (ensino fundamental) a previsão de acesso como direito público subjetivo, nada fazendo referência quanto ao ensino infantil*".

Ao fim, afirma que "*ao Poder Judiciário não cabe imiscuir-se nas questões orçamentárias da municipalidade, visto que não é possível impor aos órgãos públicos obrigações de fazer que importe gastos, sem que haja rubrica própria para atender à determinação*".

A Procuradoria-Geral da República manifestou-se pela negativa de provimento ao apelo extremo, em parecer a seguir ementado:

"Direito a creche. Normas da Constituição que geram direito subjetivo de caráter fundamental a que crianças na idade própria recebam dos poderes públicos a educação infantil. Inexistência de ofensa a separação de poderes. Descabimento do argumento da reserva do possível orçamentário". (eDOC 16, p. 139/147)

O Tribunal reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional no AI 761.908, em acórdão assim ementado:

RE 1008166 / SC

“Auto-aplicabilidade do art. 208, IV, da Constituição Federal. Dever do Estado de assegurar o atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade”. (AI 761.908 RG, Rel. Min. Luiz Fux, Pleno, DJe 8.8.2012 – eDOC 3)

Posteriormente, houve a subida do presente recurso extraordinário com a substituição daquele AI 761.908 pelo atual RE 1.008.166.

Foram admitidos, na condição de *amici curiae* (eDOC 11, 42 e 74), a Fundação ABRINQ pelos Direitos da Criança e do Adolescente (eDOC 7); o Município do Rio de Janeiro (eDOC 9); o Município de São Paulo (eDOC 16, p. 114/137); o Município de Taboão da Serra (eDOC 27); o Distrito Federal (eDOC 30); o Município de Porto Alegre (eDOC 33); a Defensoria Pública do Estado da Bahia; a Defensoria Pública do Estado de Tocantins; a Defensoria Pública do Ceará; a Defensoria Pública do Distrito Federal; a Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo; a Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais; a Defensoria Pública do Estado de Pernambuco; a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro; e a Defensoria Pública do Estado de São Paulo (eDOC 37 e 39), além da Defensoria Pública da União (eDOC 70). Os pedidos do Estado do Rio Grande do Sul (eDOC 48 e 62), do Instituto Alana (eDOC 94), do Município de Almirante Tamandaré (eDOC 103) e da Confederação Nacional dos Municípios (eDOC 108), permanecem sem apreciação judicial.

Em síntese, o debate dos autos perpassa em saber se existe direito público subjetivo de a criança ser matriculada em creche ou pré-escola, como corolário dos arts. 205 e 208 da CF, bem ainda se subsiste a possibilidade de o Poder Judiciário, sem violação aos postulados da separação de poderes e da reserva do possível, determinar ao gestor local a implementação da política pública educacional, consistente em assegurar o atendimento em creche e pré-escola às crianças de 0 (zero) a (seis) anos de idade incompletos (cinco completos).

É o que cumpria relatar. **Passo ao voto.**

RE 1008166 / SC

Esta Corte prestigiou ao longo de mais de uma década a determinação constitucional de propiciar acesso a creches e pré-escolas das crianças de zero a cinco anos, em detrimento da invocação da reserva do possível, além de ser permitido ao Poder Judiciário decidir pela implementação de tal política pública, em caso de grave omissão constitucional do Poder Público, sem que isso configure qualquer violação ao postulado da Separação de Poderes.

Os precedentes são numerosos e coesos. Há inequívoca jurisprudência sobre o tema que norteia a atuação de juízes e Tribunais, bem como orienta a própria formulação e execução de políticas públicas pelos Poderes Executivo e Legislativo dos entes federativos.

Desde o paradigmático julgamento do **RE 410.715 AgR, da relatoria do Min. Celso de Mello** (DJ 3.2.2006), este Tribunal assentou que *“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”*.

E concluiu ainda que *“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”*.

Esse precedente foi reafirmado e corroborado em inúmeras assentadas; a Corte, de modo remansoso, apontou a prioridade do comando constitucional relativo ao acesso à creche e à pré-escola. Transcrevo, para registro, os seguintes acórdãos:

“CONSTITUCIONAL. ATENDIMENTO EM CRECHE E PRÉ-ESCOLA. I. - Sendo a educação um direito fundamental assegurado em várias normas constitucionais e ordinárias, a sua não-observância pela administração pública enseja sua proteção pelo Poder Judiciário. II. - Agravo não provido”. (RE 463.210 AgR, Rel. Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ 3.2.2006)

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO - CRIANÇA DE ATÉ

RE 1008166 / SC

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

RE 1008166 / SC

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". (RE 410.715 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJ 3.2.2006, grifo nosso)

"CRECHE E PRÉ-ESCOLA - OBRIGAÇÃO DO ESTADO. Cumpre 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 384.201 AgR, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, DJe 3.8.2007)

"1. RECURSO. Extraordinário. Inadmissibilidade. Educação infantil. Criança de até seis anos de idade. Atendimento em creche e pré-escola. 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). Precedentes. Agravo regimental não provido. Nega-se provimento a agravo regimental tendente a impugnar, sem razões consistentes, decisão fundada em jurisprudência assente na Corte. 2. RECURSO. Agravo. Regimental. Jurisprudência assentada sobre a matéria. Caráter meramente abusivo. Litigância de má-fé. Imposição de multa. Aplicação do art. 557, § 2º, c.c. arts. 14, II e III, e 17, VII, do CPC.

RE 1008166 / SC

Quando abusiva a interposição de agravo, manifestamente inadmissível ou infundado, deve o Tribunal condenar o agravante a pagar multa ao agravado”. (RE 592.937 AgR, Rel. Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, DJe 5.6.2009, grifo nosso)

“CONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. MATRÍCULA DE CRIANÇA DE ZERO A CINCO ANOS DE IDADE EM CRECHE E PRÉ-ESCOLAS MUNICIPAIS. DIREITO ASSEGURADO PELA CONSTITUIÇÃO (ART. 208, IV, DA CF). I - O Estado tem o dever constitucional de assegurar a garantia de atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a cinco anos de idade (art. 208, IV, da CF). II - Agravo regimental improvido”. (AI 592.075 AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, DJe 5.6.2009)

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ART. 208, INC. IV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. ATENDIMENTO DE CRIANÇAS ATÉ CINCO ANOS DE IDADE EM CRECHES E PRÉ-ESCOLAS: DIREITO SUBJETIVO PÚBLICO. POSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO”. (RE 554.075 AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe 21.8.2009, grifo nosso)

“DIREITO CONSTITUCIONAL E DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. GARANTIA ESTATAL DE VAGA EM CRECHE. PRERROGATIVA CONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE INGERÊNCIA NO PODER DISCRICIONÁRIO DO PODER EXECUTIVO. PRECEDENTES. 1. A educação infantil é prerrogativa constitucional indisponível, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a creches e unidades pré-escolares. 2. É possível ao Poder

RE 1008166 / SC

Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo. 3. Agravo regimental improvido”. (RE 464.143 AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJe 19.2.2010, grifo nosso)

“CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - SENTENÇA QUE OBRIGA O MUNICÍPIO DE SÃO PAULO A MATRICULAR CRIANÇAS EM UNIDADES DE ENSINO INFANTIL PRÓXIMAS DE SUA RESIDÊNCIA OU DO ENDEREÇO DE TRABALHO DE SEUS RESPONSÁVEIS LEGAIS, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA POR CRIANÇA NÃO ATENDIDA - LEGITIMIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DAS ‘ASTREINTES’ CONTRA O PODER PÚBLICO - DOUTRINA - JURISPRUDÊNCIA - OBRIGAÇÃO ESTATAL DE RESPEITAR OS DIREITOS DAS CRIANÇAS - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV, NA REDAÇÃO DADA PELA EC Nº 53/2006) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM CASO DE OMISSÃO ESTATAL NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO - INOCORRÊNCIA DE TRANSGRESSÃO AO POSTULADO DA SEPARAÇÃO DE PODERES - PROTEÇÃO JUDICIAL DE DIREITOS SOCIAIS, ESCASSEZ DE RECURSOS E A QUESTÃO DAS ‘ESCOLHAS TRÁGICAS’ - RESERVA DO POSSÍVEL, MÍNIMO EXISTENCIAL, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL - PRETENDIDA EXONERAÇÃO DO ENCARGO CONSTITUCIONAL POR EFEITO DE SUPERVENIÊNCIA

RE 1008166 / SC

DE NOVA REALIDADE FÁTICA - QUESTÃO QUE SEQUER FOI SUSCITADA NAS RAZÕES DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO -PRINCÍPIO 'JURA NOVIT CURIA' - INVOCAÇÃO EM SEDE DE APELO EXTREMO - IMPOSSIBILIDADE - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. POLÍTICAS PÚBLICAS, OMISSÃO ESTATAL INJUSTIFICÁVEL E INTERVENÇÃO CONCRETIZADORA DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE EDUCAÇÃO INFANTIL: POSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL. - 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 consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das 'crianças até 5 (cinco) anos de idade' (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. - A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da 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

RE 1008166 / SC

juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. - Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político- jurídicos que sobre eles incidem em caráter impositivo, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. DESCUMPRIMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DEFINIDAS EM SEDE CONSTITUCIONAL: HIPÓTESE LEGITIMADORA DE INTERVENÇÃO JURISDICIONAL. - O Poder Público - quando se abstém de cumprir, total ou parcialmente, o dever de implementar políticas públicas definidas no próprio texto constitucional - transgride, com esse comportamento negativo, a própria integridade da Lei Fundamental, estimulando, no âmbito do Estado, o preocupante fenômeno da erosão da consciência constitucional. Precedentes: ADI 1.484/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.. - A inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado. É que nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem ajustados à conveniência e aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos. - A intervenção do Poder Judiciário, em tema de implementação de políticas governamentais previstas e determinadas no texto constitucional, notadamente na área da educação infantil (RTJ 199/1219-1220), objetiva neutralizar os efeitos lesivos e

RE 1008166 / SC

perversos, que, provocados pela omissão estatal, nada mais traduzem senão inaceitável insulto a direitos básicos que a própria Constituição da República assegura à generalidade das pessoas. Precedentes. A CONTROVÉRSIA PERTINENTE À ‘RESERVA DO POSSÍVEL’ E A INTANGIBILIDADE DO MÍNIMO EXISTENCIAL: A QUESTÃO DAS ‘ESCOLHAS TRÁGICAS’. - A destinação de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos, faz instaurar situações de conflito, quer com a execução de políticas públicas definidas no texto constitucional, quer, também, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República, daí resultando contextos de antagonismo que impõem, ao Estado, o encargo de superá-los mediante opções por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes, compelindo, o Poder Público, em face dessa relação dilemática, causada pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, a proceder a verdadeiras ‘escolhas trágicas’, em decisão governamental cujo parâmetro, fundado na dignidade da pessoa humana, deverá ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial, em ordem a conferir real efetividade às normas programáticas positivadas na própria Lei Fundamental. Magistério da doutrina. - A cláusula da reserva do possível - que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição - encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. Doutrina. Precedentes. - A noção de ‘mínimo existencial’, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da

RE 1008166 / SC

plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (Artigo XXV). A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTRAÇÃO E AO INADIMPLEMENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS. - O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. - A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstendo-se de frustrar - mediante supressão total ou parcial - os direitos sociais já concretizados.(...)”. (ARE 639.337 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, DJe 15.9.2011, grifo nosso)

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO – CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE – ATENDIMENTO EM CRECHE – EDUCAÇÃO INFANTIL – DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV, NA REDAÇÃO DADA PELA EC Nº 53/2006) – COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO – DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO (CF, ART. 211, § 2º) – O PAPEL DO PODER

RE 1008166 / SC

JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO – A FÓRMULA DA RESERVA DO POSSÍVEL NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE DE SUA INVOCAÇÃO PARA LEGITIMAR O INJUSTO INADIMPLEMENTO DE DEVERES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTOS AO PODER PÚBLICO – SUCUMBÊNCIA RECURSAL – (CPC, ART. 85, § 11) – NÃO DECRETAÇÃO, NO CASO, ANTE A AUSÊNCIA DE CONDENAÇÃO EM VERBA HONORÁRIA NA ORIGEM – AGRAVO INTERNO IMPROVIDO”. (RE 1.101.106 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 9.8.2018, grifo nosso)

“DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. **MATRÍCULA EM CRECHE.** RECURSO EXTRAORDINÁRIO INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DO CPC/2015. ALEGAÇÃO DE OFENSA AOS ARTS. 2º, 37 E 208, IV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. **CONSONÂNCIA DA DECISÃO RECORRIDA COM A JURISPRUDÊNCIA CRISTALIZADA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.** AGRAVO MANEJADO SOB A VIGÊNCIA DO CPC/2015. **1. O entendimento assinalado na decisão agravada não diverge da jurisprudência firmada no Supremo Tribunal Federal.** 2. As razões do agravo não se mostram aptas a infirmar os fundamentos que lastrearam a decisão agravada, mormente no que se refere à ausência de ofensa a preceito da Constituição da República. 3. Agravo interno conhecido e não provido”. (RE 1.074.618 AgR, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, DJe 25.9.2018, grifo nosso)

“AGRAVO INTERNO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ACÓRDÃO RECORRIDO EM DISSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STF. VAGA EM CRECHE OU PRÉ-ESCOLA. PROXIMIDADE DA RESIDÊNCIA.

RE 1008166 / SC

OBRIGAÇÃO ESTATAL. 1. O acórdão do Tribunal de origem revela-se em dissonância com a jurisprudência do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, que tem dado máxima efetividade ao disposto no art. 208 da Constituição Federal, assegurando à criança vaga em creche ou pré-escola próxima à sua residência. 2. Agravo interno a que se nega provimento”. (ARE 1.322.879 AgR, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Primeira Turma, DJe 19.10.2021)

Se inicio pela lembrança da jurisprudência desta Corte, faço-o por singelo motivo: para enfatizar que não estamos a enfrentar questão nova, tampouco julgamos no vácuo normativo. Há uma cadeia de precedentes que deve ser respeitada ou ao menos devidamente considerada nos argumentos em jogo neste recurso extraordinário.

Se inexistisse vácuo jurisprudencial, é forçoso reconhecer que tampouco há um vácuo constitucional. Pelo contrário, o comando é claro e aguarda desde 1988 seu integral cumprimento.

Com todas as vênias às posições em sentido contrário, perdem força argumentos concernentes à **reserva do possível** e à **escassez de recursos públicos** – mormente sua invocação em abstrato, descolada de qualquer evidência. Essas alegações já foram consideradas e afastadas pela Corte na formação da jurisprudência em referência.

Para além dessas ponderações relativas à estabilidade da jurisprudência do Tribunal, **penso ser necessário consignar que o direito à educação transcende a esfera de interesse das crianças. O direito à creche e à pré-escola pressupõe uma política pública com efeitos verdadeiramente transversais.**

Veja-se no impacto dessa política pública num âmbito como o do **direito das mulheres. As transformações sociais e das relações de gênero, marcadas sobretudo pelo ingresso em maior quantidade de mulheres com filhos no mercado de trabalho, impõem um novo olhar sobre a educação da primeira infância** (Regina Célia Dias, Fátima Pereira e José Alberto Correia. **Creche, Igualdade de Gênero e o Direito das Crianças à Educação**. Revista Portuguesa de Pedagogia, Ano 47-2, 2013,

RE 1008166 / SC

p. 21-42).

Os espaços públicos de educação de crianças de 0 a 5 anos tornaram-se fundamentais para assegurar o acesso e a permanência de mulheres no mercado formal de trabalho. Ou seja, trata-se de providência indispensável à plena realização da existência digna, em todas as suas vertentes e especialmente naquela que diz respeito à independência e à liberdade para conduzir seu projeto de vida.

Há vasta produção acadêmica – suportada por dados empíricos – a indicar que a oferta de vagas em creches e pré-escola revela-se fundamental para combater o nefasto ciclo de violência contra a mulher, muitas vezes pautado pela sua dependência econômica (Lúcia Vaz de Campos Moreira e Eulina da Rocha Lordelo. **Creche em ambiente urbano pobre: ressonâncias no ecossistema desenvolvimental**. Interação em Psicologia, 2002, 6(1), p. 19-30; e Daniel Cerqueira, Rodrigo Leandro de Moura e Wânia Pasinato Izumino. **Participação no mercado de trabalho e violência doméstica contra as mulheres no Brasil**. Texto para Discussão. N.º 2501. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). Brasília).

Assim, a questão posta neste recurso extraordinário dialoga também diretamente com o problema da **desigualdade de gênero**.

E mais, diz respeito à própria desigualdade social, uma vez que a parcela da população com menos recursos financeiros é a mais afetada pela falta de estrutura fornecida pelo Estado, sem a possibilidade de buscar alternativas no mercado. **Se é objetivo da República Federativa do Brasil aquele de “construir uma sociedade livre, justa e solidária” (art. 3º, I, CF), então é dever deste Tribunal considerar que a educação, inclusive da primeira infância, é um projeto de Estado, um projeto de Nação**. E como tal, afigura-se prioritário no planejamento e execução orçamentários, acima de contingências políticas e governos de momento.

Em vista disso, não vislumbro qualquer necessidade de reparo no acórdão recorrido, que fez a devida adequação da jurisprudência desta Corte ao caso concreto, ao obrigar o Ente Público a promover as medidas necessárias para garantir a realização de direitos fundamentais das

RE 1008166 / SC

crianças correlacionadas ao ensino infantil.

É claro que situações excepcionais devem ser tratadas como tais, sendo possível a adoção de medidas alternativas, a exemplo de fornecimento de transporte público, caso não seja possível matricular o menor em creche próxima ao local de trabalho ou à residência dos responsáveis legais, na linha do que decidido por esta Corte na **SL 770 AgR, que contou com a sempre segura Relatoria do Eminentíssimo Ministro Ricardo Lewandowski** (Tribunal Pleno, DJe 23.3.2015).

Ou seja, a imposição de matrícula em creche próxima ao local de labor ou residência dos responsáveis legais deve ser refletida à luz das variáveis e das possibilidades de solução envolvidas, tais como quantitativo máximo e capacidade de atenção de uma turma ou limite de acolhimento de uma creche/escola, a exemplo do número máximo de crianças/bebês por professor/cuidador, sendo imperiosa a requisição antecipada, pelo Poder Judiciário, de informações ao Poder Público sobre a capacidade operacional da unidade escolar ou berçário, tudo isso sem prejuízo da adoção de outras medidas (disponibilização de ônibus para levar as crianças para outra escola ou creche em outra localidade).

Em síntese, cabe ao Poder Judiciário determinar, com os olhos postos nas circunstâncias específicas do caso concreto, a partir de perspectiva sistêmica, o cumprimento dos deveres constitucionais impostos ao Estado brasileiro, sem permitir que, pela simples invocação *in abstracto* da reserva do possível, políticas públicas insuficientes ou ineficientes impeçam a plena fruição de direitos fundamentais.

É evidente que toda política pública traz ínsita a ideia de custeio operacional, de sorte que a criação de novas vagas ou creches depende de aporte de recursos públicos na área de educação, os quais são suportados por toda a sociedade (através dos impostos), com repasse financeiro-orçamentário (ônus financeiro) ao Estado brasileiro, de forma coordenada entre os Entes Federativos, incumbindo prioritariamente aos Municípios, o que não excluiu a União, por meio do FNDE (Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação).

Esse quadro reforça a necessidade de o magistrado, quando

RE 1008166 / SC

defrontado com questões alusivas à implementação do direito à educação, atentar para as repercussões financeiras e orçamentárias do desfecho da lide, que desbordam do próprio ente federativo integrado à relação processual.

Nessa linha, o recurso a métodos alternativos de resolução de conflitos – como a conciliação e a mediação – pode desempenhar papel decisivo no adequado deslinde da controvérsia, **contemplando não apenas o direito da criança à educação, mas também os entraves operacionais enfrentados pelo Poder Executivo**. Pode-se falar, seguramente, que a matéria em questão reclama exames de proporcionalidade *in concreto* (SCHNEIDER, Zur Verhältnismässigkeitskontrolle, In STARCK, Christian. **Bundesverfassungsgericht**, p. 403).

Ademais, a estruturação do contraditório, com o aprofundamento da instrução processual, viabilizará a coleta de informações que permitam a visualização do quadro geral do processo de materialização do direito fundamental, com as nuances que naturalmente cercam problemas com tamanha complexidade. A condução processual sob a **lógica estruturante**, em abandono àquela outra individual e atomizada, mostra-se mais do que promissora, porquanto os magistrados brasileiros já forneceram bons exemplos de soluções criativas e responsáveis quanto à questão.

O reconhecimento da **dimensão procedimental dos direitos fundamentais não implica a paralisia institucional**. Pelo contrário, impõe a abordagem criativa do problema, com a abertura para soluções inovadoras, para o experimentalismo institucional, a exemplo de gestões consorciadas entre entes federativos.

Nessa linha, e aqui caminho para o final do voto, reputo pertinentes algumas considerações quanto ao **federalismo cooperativo** e à **gestão orçamentária**. Como dito acima, estamos diante de problema que toca o cerne da Federação brasileira e impõe esforço conjunto na construção de condições financeiras para materialização do direito social à educação.

Sem coordenação e planejamento, é impossível superar a defasagem que atualmente marca a educação infantil. E a despeito disso, reportagem

RE 1008166 / SC

recente, veiculada no jornal **Estado de Minas**, noticiou que o Governo Federal:

“ (...) promoveu uma forte redução de investimentos para construção de creches e pré-escolas no país. A postura resultou em alta no número de imóveis abandonados e diminuição nas matrículas nesta etapa da educação infantil. A cada ano da atual gestão o gasto efetivo na educação infantil tem sido menor. O MEC (Ministério da Educação) terminou 2021 com R\$ 101 milhões pagos para obras de creches em prefeituras. Trata-se de uma redução de 80% com relação a 2018, último ano do governo Michel Temer (MDB), quando a cifra foi de R\$ 495 milhões, em valores atualizados a preços de 2021”. (https://www.em.com.br/app/noticia/politica/2022/09/10/interna_politica,1392736/governo-bolsonaro-tira-dinheiro-de-creches-e-gasto-com-obras-cai-80.shtml. Acesso em: 20.9.2022, às 11:48h)

Da mesma forma, reportagem do jornal **Metrópoles** informou que “Governo prevê 2.840% mais verba para colégio militar em SP do que creches no país”. Especificou ainda que “Na proposta orçamentária, o governo divide R\$ 2,5 milhões para “apoio à manutenção da educação infantil” em até três estados e R\$ 2,5 milhões para “apoio à implantação de escolas para educação infantil” em cinco projetos. Com esse dinheiro, é possível construir e equipar apenas uma única creche no país” (<https://www.metropoles.com/brasil/governo-preve-2-840-mais-verba-para-colegio-militar-em-sp-do-que-creches-no-pais>. Acesso em 22.9.2022, às 10:30).

É disso que se cuida. **Alocação de recursos desacompanhada de qualquer evidência quanto à explicitação de prioridades**. O quadro reforça a necessidade de se jogar luz sobre os impactos que a elevada reserva de recursos públicos destacada para custear **emendas parlamentares RP9 (orçamento secreto)** exerce em programas estruturantes como o que se tem em apreço. A função de alocação tipicamente conferida ao Congresso Nacional importa em deferir espaço de conformação para a escolha de prioridades do Estado, muitas delas

RE 1008166 / SC

assinaladas normativamente pela Constituição, mas nunca um cheque em branco para inviabilizar direitos fundamentais constitucionalmente assegurados e com impacto multidimensional (infância, igualdade de gênero, prevenção à violência doméstica) como é o caso do direito à creche. **O compromisso com a construção de uma Nação livre, justa e solidária é compromisso do qual este Supremo Tribunal Federal não pode, jamais, se afastar.**

Ante o exposto, voto pelo desprovimento do recurso extraordinário, assentando inexistir violação aos princípios da separação de poderes e da reserva do possível, na determinação do Poder Judiciário ao administrador público que implemente a matrícula de crianças na fase do ensino infantil (de 0 a 5 anos) em creche ou instituição correlata (pré-escola), na forma do art. 208, I e IV, da CF, podendo-se adotar, ainda, medidas alternativas, a depender das circunstâncias do caso concreto, ouvido antecipadamente o Poder Público.

É como voto.

22/09/2022

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.008.166 SANTA CATARINA

INCIDÊNCIAS AO VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - E acho que essa é uma questão, Presidente, muito sensível. E é curioso que esse tema, que é de grande relevância, ao longo dos anos, foi sendo expropriado dos juristas. São poucos, claro que são eminentes, mas são poucos os especialistas em finanças públicas, ou nós não prestamos atenção a eles. Até se criou, no jargão um pouco de assessoria e parlamentar, uma expressão que tem um certo grau talvez irônico dizendo: “Ah, esse é um orçamenteiro”! Como se fosse um técnico, um fazedor, que talvez não tivesse muita relevância, até porque, inclusive por conta da cultura inflacionária, o orçamento, em muitos tempos, foi peça de ficção. Mas a gente percebe que aqui, de fato, nós estamos diante de um debate que nos obriga a focar nessa questão como uma questão fundamental.

Os direitos, como todos nós sabemos (e hoje com o respaldo de clássicos) têm custos, e esses custos precisam ser orçados e avaliados.

RE 1008166 / SC

Como dito acima, estamos diante do problema que toca o cerne da Federação brasileira, e impõe esforço conjunto na construção de condições financeiras para a materialização do direito social à educação.

O Ministro Barroso fez referência a duas gestões do Ministério da Educação: a gestão do Ministro Paulo Renato e a gestão do Ministro Fernando Haddad. E ambos se preocuparam, inclusive, com normas de organização e procedimento, com o Fundeb e o Fundef, naquela ideia de que era preciso dar estrutura básica para que o sistema funcionasse, e, nesse contexto inclusive, discussões como, por exemplo, o piso salarial dos professores, o salário mínimo dos professores.

Então, essa é uma questão que ganha uma relevância ímpar, sob pena de nós apenas afirmarmos o direito, como vivemos reafirmando ao longo desses anos, sem que isso produza algum tipo de efeito; acabamos produzido acórdãos lítero-poético-recreativos. Não pode ser essa a nossa missão, por isso que é importante essa reflexão.

22/09/2022

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.008.166 SANTA CATARINA

INCIDÊNCIAS AO VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Portanto, quando a gente está a falar de custos, e isso foi discutido amplamente ontem, nós temos que também reparar nas dotações orçamentárias. Se, de fato, não se cuida dessa questão... Quando o Tribunal tinha a jurisprudência no sentido de não conhecer das ADIs contra lei orçamentária, eu me bati contrariamente dizendo que nós estamos a tratar, talvez, da norma principal de todo o sistema, porque ela é a norma pressuposto desse desenvolvimento. E é fundamental que nós possamos fazer, eventualmente, o controle de constitucionalidade de lei orçamentária num caso como este, sob pena de produzirmos decisões inefetivas.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Ministro Gilmar, a gente sabe se é prioridade ou não olhando para o orçamento.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - É claro.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Se não tiver a verba robusta necessária no orçamento, não é prioridade. Aliás, nós discutimos, no Brasil, mais judicialização, que é o momento posterior, do que o orçamento, que é o momento anterior, quando as escolhas são feitas. Eu não poderia concordar mais com essa ênfase na questão orçamentária.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Portanto, essa é uma questão muito sensível, e a gente vê isso de maneira muito transparente.

22/09/2022**PLENÁRIO****RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.008.166 SANTA CATARINA**

RELATOR	: MIN. LUIZ FUX
RECTE.(S)	: MUNICIPIO DE CRICIUMA
ADV.(A/S)	: PAULO ANTONIO CALIENDO VELLOSO DA SILVEIRA
ADV.(A/S)	: DIOGO LOPES DE BARBOSA LEITE
ADV.(A/S)	: PATRICIA TATIANA SCHMIDT
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE CRICIÚMA
RECDO.(A/S)	: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
AM. CURIAE.	: MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
AM. CURIAE.	: FUNDAÇÃO ABRINQ PELOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE
ADV.(A/S)	: GUILHERME AMORIM CAMPOS DA SILVA
ADV.(A/S)	: RUBENS NAVES E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	: MUNICIPIO DE RIO DE JANEIRO
ADV.(A/S)	: PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO
AM. CURIAE.	: MUNICIPIO DE TABOAO DA SERRA
ADV.(A/S)	: PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE TABOÃO DA SERRA
AM. CURIAE.	: DISTRITO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO DISTRITO FEDERAL
AM. CURIAE.	: MUNICIPIO DE PORTO ALEGRE
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE
AM. CURIAE.	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA
PROC.(A/S)(ES)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DA BAHIA
AM. CURIAE.	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO

RE 1008166 / SC

	TOCANTINS
PROC.(A/S)(ES)	:DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO TOCANTINS
AM. CURIAE.	:DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO CEARÁ
PROC.(A/S)(ES)	:DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO CEARÁ
AM. CURIAE.	:DEFENSORIA PUBLICA DO DISTRITO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES)	:DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO DISTRITO FEDERAL
AM. CURIAE.	:DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PROC.(A/S)(ES)	:DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
AM. CURIAE.	:DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PROC.(A/S)(ES)	:DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS
AM. CURIAE.	:DEFENSORIA PUBLICA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
PROC.(A/S)(ES)	:DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE PERNAMBUCO
AM. CURIAE.	:DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROC.(A/S)(ES)	:DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
AM. CURIAE.	:DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADV.(A/S)	:DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
AM. CURIAE.	:DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES)	:DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO
AM. CURIAE.	:DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
PROC.(A/S)(ES)	:DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

RE 1008166 / SC

VOTO VOGAL

A Senhora Presidente Ministra Rosa Weber: 1. Trata-se de **recurso extraordinário** no qual se discute, à luz dos **arts. 2º; 5º, inciso LXIX; 37; 167, I; e 208, I; e §1º da Constituição da República**, acerca do dever estatal de assegurar o atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a 5 (cinco) anos de idade.

2. O presente recurso extraordinário foi interposto em face de acórdão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina assim ementado:

“CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO - MATRÍCULA DE CRIANÇA - ESTABELECIMENTO MUNICIPAL PRÉ-ESCOLAR - DIREITO CONSTITUCIONAL SOCIAL E FUNDAMENTAL 1 "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

RE 1008166 / SC

direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional" (RE-AgR n. 410.715/SP, Min. Celso de Mello)". (TJSC, **Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2008.054757-1**, de Criciúma, rel. Luiz César Medeiros, Terceira Câmara de Direito Público, j. 18-11-2008).

O acórdão da **Terceira Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina**, ao julgamento da **Apelação Cível em Mandado de Segurança nº 2008.054757-1**, manteve a **obrigatoriedade** de fornecimento de vaga, pelo Município de Criciúma, em estabelecimento educacional infantil, a crianças com idade entre zero e seis anos.

Da fundamentação do acórdão consta que *"os direitos fundamentais - como à educação - expressam a vontade maior dos cidadãos, que os erigiram a esta qualidade almejando uma satisfação ao interesse social"*, e que *"estes direitos constituem um leque de garantias que impõem limitações ao poder concedido pelo povo a seu governante"*, os quais *"não podem se sujeitar à discricionariedade dos agentes políticos, nem sequer à razões de disponibilidade dos governantes"*.

O Tribunal *a quo* acrescenta, ainda, que a não observância do direito à educação, *"ou até mesmo a oferta insuficiente e irregular pelo Poder Público, importa responsabilidade da autoridade competente"*.

3. Neste recurso extraordinário, o **Município de Criciúma** sustenta preliminar de repercussão geral e, no mérito, aponta violação dos **arts. 2º; 5º, inciso LXIX; 37; 167, I; e 208, I; e §1º da Constituição da República**, ao argumento de que *"a inclusão de criança em estabelecimento de educação infantil não é direito público subjetivo, a ser efetivado de forma imediata pelo Poder Público"*.

Alega que *"o poder judiciário não pode imiscuir-se em tarefa típica da esfera de atribuições do Poder Executivo, impondo a destinação dos recursos a situações individuais e abandonando planos e metas administrativas traçados pelo Município"*. Segue afirmando que *"a disponibilidade de vagas em estabelecimento pré-escolar é meta programática que o Poder Público tem o dever*

RE 1008166 / SC

de implementar na medida de suas possibilidades”.

Nessa linha de raciocínio jurídico, assevera que *“a Constituição Federal garantiu somente ao ensino fundamental a obrigatoriedade, conforme se depreende do seu art. 208, § 1º. E tão somente a este (ensino fundamental) a previsão de acesso como direito público subjetivo, nada fazendo referência quanto ao ensino infantil”.*

Por fim, aduz que *“ao Poder Judiciário não cabe imiscuir-se nas questões orçamentárias da municipalidade, visto que não é possível impor aos órgãos públicos obrigações de fazer que importe gastos, sem que haja rubrica própria para atender à determinação”.*

Sustenta a relevância da matéria em questão sob o ponto de vista econômico e jurídico, a ultrapassar o interesse subjetivo das partes, em afronta ao texto constitucional.

4. A irresignação recursal lastreia-se na violação dos arts. 2º; 5º, LXIX; 37; 167, I, e 208, I e § 1º, da Constituição Federal, in verbis:

“Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

(...)

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público.

(...)

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de

RE 1008166 / SC

legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

Art. 167. São vedados:

I - o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual;

(...)

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

I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria;

(...)

§ 1º O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo”.

5. O tema em debate envolve o **direito social à educação** e, mais precisamente, o **direito à creche e à pré-escola como direito público subjetivo e dever jurídico do Estado**.

Sem razão o recorrente.

Entendo **escorreito o entendimento a quo**, uma vez que **incumbe ao Estado assegurar** o atendimento educacional em creche e pré-escola às crianças de até cinco anos de idade, nos termos do texto constitucional.

Aplicável ao caso em exame, em verdade, a norma constitucional inserida pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006, que **prescreve a obrigação estatal** de garantir a educação infantil às crianças até cinco anos de idade:

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

(...)

IV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006)”

Na mesma linha é o quanto disposto na **Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei nº. 9.394/96)** quanto à educação infantil:

I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, organizada da seguinte forma: (Redação dada pela Lei nº 12.796, de 2013)

a) pré-escola; (Incluído pela Lei nº 12.796, de 2013)
b) ensino fundamental; (Incluído pela Lei nº 12.796, de 2013)

c) ensino médio; (Incluído pela Lei nº 12.796, de 2013)

II - educação infantil gratuita às crianças de até 5 (cinco) anos de idade; (Redação dada pela Lei nº 12.796, de 2013)

$$(\dots)$$

Art. 29. A educação infantil, primeira etapa da educação básica, tem como finalidade o desenvolvimento integral da criança de até 5 (cinco) anos, em seus aspectos físico, psicológico, intelectual e social, complementando a ação da família e da comunidade. (Redação dada pela Lei nº 12.796, de 2013)

Art. 30. A educação infantil será oferecida em:

I - creches, ou entidades equivalentes, para crianças de até três anos de idade;

II - pré-escolas, para as crianças de 4 (quatro) a 5 (cinco) anos de idade.

(Redação dada pela Lei nº 12.796, de 2013)
(Redação dada pela Lei nº 12.796, de 2013)(Redação dada pela
Lei nº 12.796, de 2013)(Redação dada pela Lei nº 12.796, de
2013)(Redação dada pela Lei nº 12.796, de 2013)(Redação dada
pela Lei nº 12.796, de 2013)(Redação dada pela Lei nº 12.796, de
2013)(Redação dada pela Lei nº 12.796, de 2013)(Redação dada
pela Lei nº 12.796, de 2013)(Redação dada pela Lei nº 12.796, de
2013)(Redação dada pela Lei nº 12.796, de 2013)(Redação dada
pela Lei nº 12.796, de 2013)(Redação dada pela Lei nº 12.796, de
2013)(Redação dada pela Lei nº 12.796, de 2013)”

RE 1008166 / SC

Colho, também, a disciplina estabelecida pelo **Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA – Lei nº. 8.069/90)** – quanto ao tema:

“Art. 53. A criança e o adolescente têm direito à educação, visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho, assegurando-se-lhes:

I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;

(...)

V - acesso à escola pública e gratuita, próxima de sua residência, garantindo-se vagas no mesmo estabelecimento a irmãos que frequentem a mesma etapa ou ciclo de ensino da educação básica. [\(Redação dada pela Lei nº 13.845, de 2019\)](#)

Parágrafo único. É direito dos pais ou responsáveis ter ciência do processo pedagógico, bem como participar da definição das propostas educacionais.

(...)

Art. 54. É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente:

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

II - progressiva extensão da obrigatoriedade e gratuidade ao ensino médio;

(...)

IV – atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a cinco anos de idade; [\(Redação dada pela Lei nº 13.306, de 2016\)](#)

Na seara do sistema regional de proteção dos direitos humanos, destaco o **artigo 26 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos**, assim redigido:

“CAPÍTULO III
DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS

RE 1008166 / SC

Artigo 26. Desenvolvimento progressivo

Os Estados Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados”.

Desse modo, todo o **complexo normativo** supratranscrito foi erigido para a **concretização progressiva do direito social à educação**, que, em razão da sua inserção na denominada segunda dimensão de direitos, requer uma prestação estatal.

A sua implementação impõe, portanto, um *agir*, um *fazer*, um *realizar*, um *prestar*, a fim de que seja oferecida a sua forma plena e amplamente acessível, com o atendimento de crianças de zero a cinco anos, tal como previsto pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006.

Cabe a esta Casa zelar pelo equilíbrio na promoção e na efetivação progressiva dos direitos fundamentais das crianças. Permanecem, assim, de todo verdadeiras as afirmações feitas por Ana Paula de Barcellos:

“(...) em primeiro lugar, a promoção dos direitos fundamentais envolve uma complexidade estrutural que demanda tempo e continuidade de esforços, de modo que a promoção sustentável dos direitos deve ter em conta essa dimensão.

(...) a sustentabilidade envolve também a permanente construção, na esfera democrática, de um equilíbrio inevitavelmente dinâmico entre vários elementos. Em primeiro lugar, há as diferentes pretensões fundadas em direitos: suas perspectivas individuais e coletivas, os direitos particularmente caros para grupos distintos, os direitos das diferentes gerações vivas (crianças, jovens, adultos e idosos) e os direitos das

RE 1008166 / SC

gerações futuras em face das várias demandas das gerações atuais e suas repercussões ambientais”¹.

Uma vez dada a baliza constitucional, não é permitido ao Poder Público permanecer **inerte nem reduzir o espectro de proteção** do direito fundamental em tela. Tampouco é tolerável que se estabeleçam obstáculos à construção de um ambiente de amplitude da educação, sob pena de fragilização **da proteção à dignidade humana**.

O presente caso versa, sim, sobre uma expressão da **dignidade humana** e da **garantia do mínimo existencial**, uma vez que a **educação infantil** insere-se no **momento primeiro da formação do ser humano**. Essencial, portanto, à formação da existência digna. Como direito básico que é, proporciona o desenvolvimento integral da criança em condições adequadas.

Sobre a dignidade humana, preleciona Ingo Wolfgang Sarlet:

“(...) o princípio da dignidade da pessoa impõe limites à atuação estatal, objetivando impedir que o poder público venha a violar a dignidade pessoal, mas também implica (numa perspectiva que se poderia designar de programática ou impositiva, mas nem por isso destituída de plena eficácia) que o estado deverá ter como meta permanente, proteção, promoção e realização concreta de uma vida com dignidade para todos”².

Aplicando-se a lição doutrinária ao caso em exame, há, portanto, a **imposição** ou a **obrigatoriedade** de o Poder Público oferecer o efetivo atendimento em creche e pré-escola, por meio da formulação de políticas públicas que revelem a **absoluta prioridade da educação da criança**, como preceitua o **art. 227 da Carta Magna**: “*É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta*

1 BARCELLOS, Ana Paula de. **Direitos Fundamentais e Direito à Justificativa. Devido procedimento na elaboração normativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 38.

2 SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade de Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 114.

RE 1008166 / SC

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”.

A fixação de um **dever** da família e do Estado revela nítido vínculo entre a *sociedade fraterna* e a dignidade humana, que estão em relação de estruturação mútua, tal como afirma Reynaldo Soares da Fonseca:

“Observa-se, então, que a dignidade assume capacidade estruturadora da fraternidade e é por ela estruturada, seja na criação do direito objetivo, seja em função integrativa na hermenêutica constitucional, haja vista que se pressupõe o reconhecimento da condição humana a todo o raciocínio em conformidade com a fraternidade. Assim, o conteúdo de dignidade representa condição de possibilidade e limites de significados a todo o projeto político pensado a partir da tríade liberdade-igualdade-fraternidade”³.

Quanto ao **mínimo existencial**, saliento o **direito à educação infantil pública** como basilar e imprescindível para a aplicação da **isonomia à formação cultural** do ser humano, oportunizando-se **igualdade de acesso**. Assinalo, ainda, a estreita **relação de complementaridade** deste direito social com a **liberdade e a igualdade** que devem ser conferidas sob a **perspectiva de gênero**, a fim de proporcionar, sobretudo à mulher – considerando a sociedade brasileira de gênese e desenvolvimento ainda marcadamente **patriarcal** –, a possibilidade de ter a liberdade de se inserir ou retornar ao mercado de trabalho de forma isonômica. Em razão da **histórica divisão assimétrica** da tarefa familiar de *cuidar* de filhos e filhas, o tema, assim, insere-se também na abordagem do **constitucionalismo feminista**.

Especificamente no âmbito da relação de emprego, ressalto a **maior vulnerabilidade da trabalhadora-mãe** durante o período da

3 FONSECA, Reynaldo Soares da. **O Princípio Constitucional da Fraternidade: Seu Resgate no Sistema de Justiça**. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019, p. 84.

RE 1008166 / SC

maternidade, devido às contingências próprias de conciliação dos projetos de vida pessoal, familiar e laboral.

Dessa forma, na perspectiva axiológica de **valorização da maternidade em sua função social**, os direitos fundamentais elencados no art. 7º da Constituição de 1988 - entre eles a licença à gestante sem prejuízo do emprego e do salário (inciso XVIII), a redução dos riscos inerentes ao trabalho (inciso XXII), a estabilidade da gestante garantida no art. 10, II, “b” do ADCT – entrelaçam-se ao **imprescindível abraço estatal à proteção da maternidade** também na esfera da **imprescindível oferta de creche e pré-escola**, de forma a concretizar para a mãe uma merecida segurança no exercício do **direito ao equilíbrio entre trabalho e família**.

Interpretar a implementação do direito fundamental à educação como **discrecionabilidade** estatal **subverte a força normativa da Constituição** e, *in casu*, por se tratar de creche e pré-escola, desequilibra ainda mais a constitucionalmente prevista **igualdade de gênero**, cuja real concretização ainda é de árdua batalha a ser conquistada.

Em síntese quanto ao mínimo existencial, ensina Gustavo Binbenbojm:

“O mínimo existencial consiste na medida necessária e suficiente das condições materiais, intelectuais e psicológicas para que todos os indivíduos tenham igual acesso às diferentes dimensões da liberdade. Sem essas condições mínimas, as liberdades se convertem em proclamações formais destituídas de efeito prático. A liberdade igual, para ser real, deve englobar, portanto, essa parcela equalizadora de direitos sociais e econômicos, que representam, por assim dizer, as condições mínimas da dignidade humana”⁴.

Nessa linha de raciocínio jurídico, há de ser oferecida condição seja material, à mulher, seja intelectual/cultural, à criança, como parcela

4 BINENBOJM, Gustavo. *Liberdade igual: o que é e por que importa*. Rio de Janeiro: História Real, 2020, p. 102.

RE 1008166 / SC

componente do mínimo existencial.

A isso acresce que da **prioridade à criança** e da **igualdade entre homens e mulheres** (art. 5º, I, CF), constitucionalmente erigidas, deflui a necessidade de se conceder **primazia à destinação orçamentária** relativa à **educação**, inclusive a infantil em creches e pré-escolas, cuja efetivação foi imposta ao Estado pelo texto constitucional sem condicionamentos.

Os recursos públicos devem, pois, ser **bem geridos** e, consequentemente, utilizados na **implementação do direito à educação**⁵, decorrente de políticas públicas que proporcionem o **completo aparelhamento estatal** mediante a instalação, a estruturação, o fornecimento e a manutenção das creches e pré-escolas, **sob pena de delineamento de crassa omissão inconstitucional**.

Ressalto que os recursos públicos voltados à educação possuem especial proteção constitucional, na linha jurisprudencial deste Supremo Tribunal Federal:

“ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. INTERPRETAÇÃO JUDICIAL COMO OBJETO DE CONTROLE. POSSIBILIDADE. SUBSIDIARIEDADE. INEXISTÊNCIA DE OUTRO MEIO PARA SANAR A LESÃO OU AMEAÇA EM CARÁTER AMPLO. DECISÕES JUDICIAIS QUE RESULTARAM NO BLOQUEIO, PENHORA OU SEQUESTRO, PARA O FIM DE PAGAMENTO DE DÍVIDAS TRABALHISTAS, DE VERBAS DO ESTADO DO AMAPÁ, DAS CAIXAS ESCOLARES E DAS UNIDADES DESCENTRALIZADAS DE EXECUÇÃO DA EDUCAÇÃO – UDEs, DESTINADAS À MERENDA, AO TRANSPORTE DE ALUNOS E À MANUTENÇÃO DAS ESCOLAS PÚBLICAS. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA SEPARAÇÕES DOS PODERES E DO FOMENTO À EDUCAÇÃO. NATUREZA PRIVADA DAS UNIDADES EXECUTORAS. REPASSE DE VERBAS. DESCENTRALIZAÇÃO DA GESTÃO FINANCEIRA. NÃO CARACTERIZAÇÃO DAS PRERROGATIVAS DA FAZENDA

5 Cf. HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. R. **O custo dos direitos: por que a liberdade depende dos impostos**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019, p. 181.

RE 1008166 / SC

PÚBLICA. NÃO SUJEIÇÃO AO REGIME DE PRECATÓRIO ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL CONHECIDA E JULGADO PARCIALMENTE PROCEDENTE O PEDIDO. 1. O **direito social à educação (artigos 6º e 205 e seguintes da Constituição), bem como a prioridade absoluta de proteção às crianças e aos adolescentes, em respeito à condição peculiar de pessoas em desenvolvimento que são (artigo 227 da Constituição), justificam a especial proteção constitucional dos valores necessários à aplicação efetiva dos recursos públicos destinados à concretização dos efetivos direitos.** 2. Os princípios da separação dos poderes e do fomento à educação são violados por decisões judiciais que gerem bloqueio, penhora ou sequestro, para fins de quitação de débitos trabalhistas, de verbas públicas destinadas à merenda, ao transporte de alunos e à manutenção das escolas públicas. 3. A proteção constitucional a direitos individuais e a garantias fundamentais, inclusive de ordem trabalhista, convive com a impenhorabilidade, *in casu*, sob a ratio de que estão afetados a finalidades públicas e à realização das atividades e serviços públicos decorrentes do exercício obrigatório da função administrativa. 4. O **artigo 167, VI, da Constituição proíbe a transposição, o remanejamento ou a transferência de recursos de uma categoria de programação para outra ou de um órgão para outro, sem prévia autorização legislativa, mandamento esse que também vincula o Judiciário. Isso porque as regras sobre aprovação e gestão orçamentárias consagram mecanismos de freios e contrapesos essenciais ao regular funcionamento das instituições republicanas e democráticas e à concretização do princípio da separação dos poderes.** 5. As Unidades Executoras funcionam por meio de repasses de verbas para associações privadas sem fins lucrativos. Essa medida de descentralização da gestão financeira na prestação de serviços educacionais configura escolha de alocação de recursos plenamente legítima, inserida na margem de conformação das decisões de agentes políticos. No entanto, a

RE 1008166 / SC

transferência não descaracteriza a natureza eminentemente privada das Caixas Escolares, razão pela qual não lhes é aplicável o regime jurídico da Fazenda Pública. Se a associação privada conta com a agilidade do setor privado para posicionar-se como credora, que o faça para posicionar-se como devedora. 6. A arguição de descumprimento de preceito fundamental para evitar ou reparar lesão a preceito fundamental decorrente de atos judiciais é via processual que atende ao requisito da subsidiariedade, mercê de não existir outro instrumento para sanar a controvérsia com caráter abrangente e imediato, ou com a mesma eficácia e celeridade. 7. Arguição de descumprimento de preceito fundamental conhecida e julgada PARCIALMENTE PROCEDENTE o pedido, para declarar a inconstitucionalidade de quaisquer medidas de constrição judicial proferidas pelo Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região, pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região e pelo Tribunal de Justiça do Estado do Amapá, em desfavor do Estado do Amapá, das Caixas Escolares ou das Unidades Descentralizadas de Execução da Educação – UDEs, que recaiam sobre verbas destinadas à educação, confirmando os termos da medida cautelar anteriormente concedida, bem como para afastar a submissão ao regime de precatório das Caixas Escolares ou Unidades Descentralizadas de Educação, em razão da sua natureza jurídica de direito privado, de não integrar a Administração Pública, de não compor o orçamento público e da ratio que inspira a gestão descentralizada da coisa pública”. (ADPF 484, Relator: Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, DJe 10.11.2020, destaquei)

Finalmente, destaco que a **gradualidade da implementação dos direitos sociais** tem como corolário a **vedação do retrocesso social** e, por consequência, da impossibilidade **nulificação de direitos advinda da alegação da reserva do possível**, inaplicável ao caso, portanto.

6. O tema foi objeto de profícua jurisprudência desta Suprema Corte.

RE 1008166 / SC

Colho precedentes ilustrativos:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO – CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE – ATENDIMENTO EM CRECHE – EDUCAÇÃO INFANTIL – DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV, NA REDAÇÃO DADA PELA EC Nº 53/2006) – COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO – DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO (CF, ART. 211, § 2º) – O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO – A FÓRMULA DA RESERVA DO POSSÍVEL NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE DE SUA INVOCAÇÃO PARA LEGITIMAR O INJUSTO INADIMPLEMENTO DE DEVERES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTOS AO PODER PÚBLICO – SUCUMBÊNCIA RECURSAL – (CPC, ART. 85, § 11) – NÃO DECRETAÇÃO, NO CASO, ANTE A AUSÊNCIA DE CONDENAÇÃO EM VERBA HONORÁRIA NA ORIGEM – AGRAVO INTERNO IMPROVIDO”. (RE 1101106 AgR, Relator: Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 09.08.2018, destaquei)

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO – CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE – ATENDIMENTO EM CRECHE – EDUCAÇÃO INFANTIL – DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV, NA REDAÇÃO DADA PELA EC Nº 53/2006) – COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO – DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO (CF, ART. 211, § 2º) – O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO – A FÓRMULA DA

RE 1008166 / SC

RESERVA DO POSSÍVEL NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE DE SUA INVOCAÇÃO PARA LEGITIMAR O INJUSTO INADIMPLEMENTO DE DEVERES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTOS AO PODER PÚBLICO – SUCUMBÊNCIA RECURSAL – MAJORAÇÃO DA VERBA HONORÁRIA – PRECEDENTE (PLENO) – NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA DOS LIMITES ESTABELECIDOS NO ART. 85, §§ 2º E 3º DO CPC – AGRAVO INTERNO IMPROVIDO”. (RE 1076911 AgR, Relator: Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 11.04.2018, destaquei)

“CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - SENTENÇA QUE OBRIGA O MUNICÍPIO DE SÃO PAULO A MATRICULAR CRIANÇAS EM UNIDADES DE ENSINO INFANTIL PRÓXIMAS DE SUA RESIDÊNCIA OU DO ENDEREÇO DE TRABALHO DE SEUS RESPONSÁVEIS LEGAIS, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA POR CRIANÇA NÃO ATENDIDA - LEGITIMIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DAS “ASTREINTES” CONTRA O PODER PÚBLICO - DOUTRINA - JURISPRUDÊNCIA - OBRIGAÇÃO ESTATAL DE RESPEITAR OS DIREITOS DAS CRIANÇAS - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV, NA REDAÇÃO DADA PELA EC Nº 53/2006) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM CASO DE OMISSÃO ESTATAL NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO - INOCORRÊNCIA DE TRANSGRESSÃO AO POSTULADO DA SEPARAÇÃO DE PODERES - PROTEÇÃO JUDICIAL DE DIREITOS SOCIAIS, ESCASSEZ DE RECURSOS E A

RE 1008166 / SC

QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS” - RESERVA DO POSSÍVEL, MÍNIMO EXISTENCIAL, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL - PRETENDIDA EXONERAÇÃO DO ENCARGO CONSTITUCIONAL POR EFEITO DE SUPERVENIÊNCIA DE NOVA REALIDADE FÁTICA - QUESTÃO QUE SEQUER FOI SUSCITADA NAS RAZÕES DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO -PRINCÍPIO “JURA NOVIT CURIA” - INVOCAÇÃO EM SEDE DE APELO EXTREMO - IMPOSSIBILIDADE - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. POLÍTICAS PÚBLICAS, OMISSÃO ESTATAL INJUSTIFICÁVEL E INTERVENÇÃO CONCRETIZADORA DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE EDUCAÇÃO INFANTIL: POSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL. - **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 consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das “crianças até 5 (cinco) anos de idade” (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. - A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da 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**

RE 1008166 / SC

outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. - Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político- jurídicos que sobre eles incidem em caráter impositivo, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. **DESCUMPRIMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DEFINIDAS EM SEDE CONSTITUCIONAL: HIPÓTESE LEGITIMADORA DE INTERVENÇÃO JURISDICIONAL.** - O Poder Público - quando se abstém de cumprir, total ou parcialmente, o dever de implementar políticas públicas definidas no próprio texto constitucional - transgride, com esse comportamento negativo, a própria integridade da Lei Fundamental, estimulando, no âmbito do Estado, o preocupante fenômeno da erosão da consciência constitucional. Precedentes: ADI 1.484/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.. - A inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado. É que nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem ajustados à conveniência e aos desígnios dos governantes, em detrimento

RE 1008166 / SC

dos interesses maiores dos cidadãos. - A intervenção do Poder Judiciário, em tema de implementação de políticas governamentais previstas e determinadas no texto constitucional, notadamente na área da educação infantil (RTJ 199/1219-1220), objetiva neutralizar os efeitos lesivos e perversos, que, provocados pela omissão estatal, nada mais traduzem senão inaceitável insulto a direitos básicos que a própria Constituição da República assegura à generalidade das pessoas. Precedentes. **A CONTROVÉRSIA PERTINENTE À “RESERVA DO POSSÍVEL” E A INTANGIBILIDADE DO MÍNIMO EXISTENCIAL: A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS”**. - A destinação de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos, faz instaurar situações de conflito, quer com a execução de políticas públicas definidas no texto constitucional, quer, também, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República, daí resultando contextos de antagonismo que impõem, ao Estado, o encargo de superá-los mediante opções por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes, compelindo, o Poder Público, em face dessa relação dilemática, causada pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, a proceder a verdadeiras “escolhas trágicas”, em decisão governamental cujo parâmetro, fundado na dignidade da pessoa humana, deverá ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial, em ordem a conferir real efetividade às normas programáticas positivadas na própria Lei Fundamental. Magistério da doutrina. - A cláusula da reserva do possível - que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição - encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. Doutrina. Precedentes. - A noção de “mínimo existencial”, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art.

RE 1008166 / SC

1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (Artigo XXV). **A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTRAÇÃO E AO INADIMPLEMENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS.** - O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. - A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstendo-se de frustrar - mediante supressão total ou parcial - os direitos sociais já concretizados. **LEGITIMIDADE JURÍDICA DA IMPOSIÇÃO, AO PODER PÚBLICO, DAS “ASTREINTES”.** - Inexiste obstáculo jurídico-processual à utilização, contra entidades de direito público, da multa cominatória prevista no § 5º do art. 461 do CPC. A “astreinte” - que se reveste de função coercitiva - tem por finalidade específica compelir, legitimamente, o

RE 1008166 / SC

devedor, mesmo que se cuide do Poder Público, a cumprir o preceito, tal como definido no ato sentencial. Doutrina. Jurisprudência”. (ARE 639337 AgR, Relator: CMin. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 15.09.2011, destaquei)

Confirmam-se, ainda: **RE 1074618 AgR**, Relatora: Min. Rosa Weber, Primeira Turma, DJe 25.09.2018; **RE 554075 AgR**, Relatora: Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, DJe 21.08.2009 e **AI 592075 AgR**, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, DJe 05.06.2009.

Na esteira da jurisprudência consolidada, não verifico, *in casu*, qualquer espécie de desarmonia entre os Poderes. Isso porque a decisão recorrida, ao determinar a **correção da omissão inconstitucional** do Município de Criciúma, buscou, acertadamente, dar força ao conteúdo normativo **da Carta Política**.

Nenhum reproche ao acórdão *a quo*, portanto.

7. Ante o exposto, conheço do recurso extraordinário e **nego-lhe provimento**.

É como voto.

22/09/2022

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.008.166 SANTA CATARINA

**PROPOSTA
(TESE)**

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (PRESIDENTE) - Chegamos, então, à tese. Passo a palavra ao eminente Ministro Luiz Fux.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Senhora Presidente, egrégia Corte, ilustre representante do Ministério Público, Senhores Advogados.

Este foi um caso muito importante que decidimos, Senhora Presidente, porque não é um caso para o presente, é um caso para o futuro. O desenvolvimento do país passa por essa educação, que deve começar nessa idade infantil.

Minha preocupação era exatamente essa que a Corte dissipou: não estamos diante de uma norma programática que não tem eficácia, mas sim diante de um direito subjetivo público.

O que foi afetado à repercussão geral foi exatamente saber se havia esse direito subjetivo público oponível ao Estado. Creio que respondemos à tese submetida à repercussão geral.

Entretanto, para que nossa decisão não se resumisse a uma divagação acadêmica, houve esse debate sobre a efetivação. Eu até coloco em meu voto: o problema não é "se", o problema é "como"; inclusive eu incluo isso.

Eu me satisfiz em não reconhecermos isso como norma programática. Logo, sugeri, em um primeiro momento - depois, tive a oportunidade de dialogar com o Ministro Luís Roberto Barroso -, que a norma do art. 208, IV, da Constituição Federal não tem natureza programática, razão pela qual as crianças de zero a cinco anos têm direito subjetivo à educação infantil em creche e pré-escola.

Todavia, debatendo, como deve ser um caso assim, terei que incluir no voto uma série de opiniões aqui também exteriorizadas - essa é a

RE 1008166 / SC

função do Relator do recurso. Aliás, um dos grandes comentaristas, vamos dizer assim, dos precedentes, o professor Richard Posner, afirma que um Judiciário da *Civil-Law*, que tem as suas balizes, é o melhor Judiciário para fazer implementar políticas públicas, porque, na *Common-Law*, eles julgam casos particulares segundo a criação judicial deles.

Deste modo, estamos fazendo a nossa parte. Ministro Gilmar agora lembrou vários casos em que determinamos a implementação de política pública, como o Marco Legal do Saneamento, que daqui a alguns anos vai fazer com que todos os brasileiros tenham água potável e esgoto.

Então, minha redação é praticamente idêntica à do Ministro Barroso, de sorte que não teria nenhum problema em acompanhá-lo nessa redação, porque ele faz, digamos assim, uma subdivisão não só da tese fixada. Os precedentes, não específicos, gerais, são muito mais lentamente defasados. Os precedentes específicos são rapidamente defasados. Esse não: a criança tem direito subjetivo à creche. Enquanto vigorar a Constituição Federal brasileira, esse precedente vigorará.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Ministro Fux, Vossa Excelência me permite, antes de concluir e também de ouvirmos a manifestação?

Vossa Excelência referiu-se à proposição que vem da sugestão do Ministro Barroso. Apenas para deixar bem assentado, no voto inicial de Vossa Excelência havia duas condicionantes. Vossa Excelência as está excluindo?

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Excluí, acompanhando a observação feita por Vossa Excelência.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Perfeito.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (PRESIDENTE) - Ministro Barroso, o Ministro Fux está, digamos, aderindo à tese construída...

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Nós já dialogamos.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - A tese dele foi exposta de forma mais analítica.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (PRESIDENTE) - Vossa

RE 1008166 / SC

Excelência, por favor, pode enunciá-la?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Com muito prazer.

Apenas para explicitar, retiramos as preocupações manifestadas pelos Ministros Luiz Edson Fachin e Ricardo Lewandowski, quanto à questão de hipossuficiência e prévio requerimento, porque não havia consenso em relação a esse ponto. Portanto, as condicionantes estão fora.

Presidente, são três proposições objetivas:

1. A educação básica, em todas as suas fases (educação infantil, ensino fundamental e ensino médio), constitui direito fundamental de todas as crianças e jovens, assegurado por normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade direta e imediata.

2. A educação infantil compreende creche, de zero a três anos, e a pré-escola, de quatro a cinco anos. Sua oferta pelo poder público pode ser exigida individualmente, como o caso examinado nesse processo.

3. O poder público tem o dever jurídico de dar efetividade integral às normas constitucionais sobre acesso à educação básica.

Essa é a proposta.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Nesse meu diálogo com o Ministro Barroso, trouxe a seguinte observação: esse último item fica bastante aberto. Hoje, há uma programação para a implementação desse direito à creche. O ideal seria que fizéssemos uma menção a essa promessa, que existe hoje, de implementar essa política até o ano tal. Se deixarmos em aberto, minha preocupação é que surja outro plano, dizendo que implementará agora até o último ano.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - O acordo é que veríamos em *obiter dictum* e não na tese.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Então Vossa Excelência colocará em *obiter dictum*. Não me havia lembrado desse detalhe.

22/09/2022

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.008.166 SANTA CATARINA

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA:

Senhora Presidente, minhas saudações a todos. Renovo os cumprimentos, em especial ao Relator, Ministro Luiz Fux.

Em esclarecimento, indago ao Ministro Barroso: o que fica em *obiter dictum* exatamente?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO: O dever jurídico do Poder Público, em geral, e dos municípios, em particular, em dar execução ao plano nacional de educação - lei aprovada e que está em vigor.

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA:

Estou de acordo, Senhora Presidente.

22/09/2022

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.008.166 SANTA CATARINA

VOTO SOBRE PROPOSTA

O SENHOR MINISTRO NUNES MARQUES – Senhora Presidente,
Ministra Cármen Lúcia; Senhores Ministros, boa tarde!

Estou de acordo com a tese da forma como foi posta.

22/09/2022

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.008.166 SANTA CATARINA

VOTO S/ PROPOSTA

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Boa tarde,
Presidente, Ministra Cármen, Ministros, Doutor Aras.

Acompanho também, Presidente.

22/09/2022

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.008.166 SANTA CATARINA

VOTO SOBRE PROPOSTA

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Senhora Presidente, também renovo meus cumprimentos e reitero, se Vossa Excelência me permitir, os cumprimentos aos eminentes Pares, eminentes Ministros pelo consenso construído em torno de tema tão sensível, de índole constitucional inequívoca e também pelo zelo da redação do eminente Ministro-Relator, que acolheu a proposição de tese feita pelo Ministro Luís Roberto Barroso, com a qual também me ponho de acordo.

22/09/2022

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.008.166 SANTA CATARINA

OBSERVAÇÃO

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (PRESIDENTE) - Ministro Luís Roberto e Ministro Fux, houve essa construção coletiva. O Ministro Dias Toffoli...

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Já mandou mensagem aderindo, Presidente. Ele precisou sair do ar.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (PRESIDENTE) - Isso. Ele estava aqui no telepresencial, mas já havia aderido, e também ontem, pela manifestação de Sua Excelência...

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Ele me mandou uma mensagem pessoal aqui dizendo que estava de acordo.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (PRESIDENTE) - Agora? Obrigada, Ministro Luís Roberto.

22/09/2022

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.008.166 SANTA CATARINA

VOTO S/ PROPOSTA

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - De acordo,
Presidente.

Publicado sem revisão. Art. 95 do RISTF.

22/09/2022

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.008.166 SANTA CATARINA

VOTO S/ PROPOSTA

A Senhora Ministra Rosa Weber (Presidente): Eu também acompanho e confesso a Vossas Excelências que me sinto abençoada, porque nessas sessões conseguimos, num primeiro momento, na assentada anterior, em processo sob relatoria do Ministro Gilmar Mendes relativo a proteção de dados, a unanimidade, e agora, neste processo, fazer essa construção coletiva. Isso fortalece o Supremo Tribunal Federal em temas tão relevantes e de tanta sensibilidade.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.008.166

PROCED. : SANTA CATARINA

RELATOR : MIN. LUIZ FUX

RECTE.(S) : MUNICIPIO DE CRICIUMA

ADV.(A/S) : PAULO ANTONIO CALIENDO VELLOSO DA SILVEIRA (52673/DF, 33940/RS, 49777/SC)

ADV.(A/S) : DIOGO LOPES DE BARBOSA LEITE (168945/RJ)

ADV.(A/S) : PATRICIA TATIANA SCHMIDT (15034/SC)

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE CRICIÚMA

RECDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

AM. CURIAE. : MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

AM. CURIAE. : FUNDACAO ABRINQ PELOS DIREITOS DA CRIANCA E DO ADOLESCENTE

ADV.(A/S) : GUILHERME AMORIM CAMPOS DA SILVA (109737/RJ, 130183/SP)

ADV.(A/S) : RUBENS NAVES (212674/RJ, 19379/SP) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : MUNICIPIO DE RIO DE JANEIRO

ADV.(A/S) : PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO

AM. CURIAE. : MUNICIPIO DE TABOAO DA SERRA

ADV.(A/S) : PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE TABOÃO DA SERRA

AM. CURIAE. : DISTRITO FEDERAL

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO DISTRITO FEDERAL

AM. CURIAE. : MUNICIPIO DE PORTO ALEGRE

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE

AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA

PROC.(A/S) (ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DA BAHIA

AM. CURIAE. : DEFENSORIA PUBLICA DO ESTADO DO TOCANTINS

PROC.(A/S) (ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO TOCANTINS

AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO CEARÁ

PROC.(A/S) (ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO CEARÁ

AM. CURIAE. : DEFENSORIA PUBLICA DO DISTRITO FEDERAL

PROC.(A/S) (ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO DISTRITO FEDERAL

AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

PROC.(A/S) (ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

PROC.(A/S) (ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS

AM. CURIAE. : DEFENSORIA PUBLICA DO ESTADO DE PERNAMBUCO

PROC.(A/S) (ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE PERNAMBUCO

AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

PROC.(A/S) (ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ADV.(A/S) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S) (ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO
AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
PROC.(A/S) (ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

Decisão: Após o voto do Ministro Luiz Fux (Presidente e Relator), que negava provimento ao recurso extraordinário, pediu vista dos autos o Ministro André Mendonça. Falaram: pelo recorrente, o Dr. Paulo Antônio Caliendo Velloso da Silva; pelo recorrido, o Dr. Davi do Espírito Santo, Procurador de Justiça do Estado de Santa Catarina; pelo *amicus curiae* Município de São Paulo, a Dra. Simone Andréa Barcelos Coutinho, Procuradora do Município; pelo *amicus curiae* Município do Rio de Janeiro, o Dr. Diogo Lopes de Barbosa Leite, Procurador do Município; pelo *amicus curiae* Distrito Federal, o Dr. Jorge Octávio Lavocat Galvão, Procurador do Distrito Federal; pelo *amicus curiae* Defensoria Pública do Estado da Bahia, o Dr. Hélio Soares Júnior, Defensor Público do Estado; pelo *amicus curiae* Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, o Dr. Pedro Carriello, Defensor Público do Estado; pelo *amicus curiae* Defensoria Pública da União, o Dr. Daniel de Macedo Alves Pereira, Defensor Público-Geral Federal; e, pela Procuradoria-Geral da República, o Dr. Antônio Augusto Brandão de Aras, Procurador-Geral da República. Ausentes, justificadamente, os Ministros Gilmar Mendes e Cármen Lúcia. Plenário, 8.9.2022.

Decisão: Após o voto do Ministro Luiz Fux (Relator), que negava provimento ao recurso extraordinário interposto pelo Município de Criciúma, para, confirmando o acórdão lavrado pela Terceira Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, assentar o dever do Município de Criciúma de efetuar a matrícula da criança em estabelecimento de educação infantil, próximo de sua residência, propondo a fixação da seguinte tese de repercussão geral (tema 548): "A Administração Pública por força de decisão judicial deve matricular criança de zero a cinco anos de idade em creche ou pré-escola públicas desde que haja a comprovação de pedido administrativo prévio não atendido em prazo razoável e de incapacidade financeira do requerente de arcar com o custo correspondente"; do voto-vista do Ministro André Mendonça, que conhecia do recurso extraordinário para, nos termos do art. 1.040, II, do CPC/2.015, promover a devolução dos autos ao Tribunal a quo, para reexame do feito, propondo a seguinte tese: "É dever estatal, constitucionalmente obrigatório, assegurar o acesso universal à educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade. Esta obrigação deve ser cumprida: a) de forma imediata, para todas as crianças a partir de 04 anos; b) de forma gradual, de acordo com o Plano Nacional de Educação - PNE, garantindo-se a oferta de vagas

equivalentes à, no mínimo, 50% da demanda até 2024, para as crianças de até 03 anos; Constatada a não aplicação do percentual mínimo orçamentário em educação, bem como o descumprimento de qualquer outra obrigação constitucional ou legal relacionada à política pública educacional pelo ente, a obrigatoriedade de universalização do atendimento à educação infantil passa a ser imediata"; dos votos dos Ministros Nunes Marques e Alexandre de Moraes, que negavam provimento ao recurso extraordinário; do voto do Ministro Edson Fachin, que também negava provimento ao extraordinário, propondo a seguinte tese: "É direito subjetivo e simultaneamente dever do Estado o atendimento em pré-escolas e creches às crianças de 0 a 5 anos", no que foi acompanhado pelo Ministro Dias Toffoli, o julgamento foi suspenso. Presidência da Ministra Rosa Weber. Plenário, 21.9.2022.

Decisão: O Tribunal, por maioria, apreciando o tema 548 da repercussão geral, negou provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do Relator, vencido, em parte, o Ministro André Mendonça, que conhecia do recurso extraordinário e dava-lhe parcial provimento para determinar o retorno dos autos à origem para que reexaminasse o feito. Na sequência, por unanimidade, foi fixada a seguinte tese: "1. A educação básica em todas as suas fases - educação infantil, ensino fundamental e ensino médio - constitui direito fundamental de todas as crianças e jovens, assegurado por normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade direta e imediata. 2. A educação infantil compreende creche (de zero a 3 anos) e a pré-escola (de 4 a 5 anos). Sua oferta pelo Poder Público pode ser exigida individualmente, como no caso examinado neste processo. 3. O Poder Público tem o dever jurídico de dar efetividade integral às normas constitucionais sobre acesso à educação básica". Presidência da Ministra Rosa Weber. Plenário, 22.9.2022.

Presidência da Senhora Ministra Rosa Weber. Presentes à sessão os Senhores Ministros Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Roberto Barroso, Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Nunes Marques e André Mendonça.

Procurador-Geral da República, Dr. Antônio Augusto Brandão de Aras.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário