



# Câmara de Vereadores de Pindamonhangaba

## Estado de São Paulo

### REQUERIMENTO

**EMENTA:** Ao Executivo Municipal, com cópia ao Departamento competente e com cópia ao Ministério Público do Estado de São Paulo, solicitando providências sobre a falta de vagas junto à creche municipal, para as crianças que moram no Residencial Bem Viver.

#### REQUERIMENTO Nº 830/2018

**Autor:** RAFAEL GOFFI MOREIRA

**Ementa:** AO EXECUTIVO MUNICIPAL, COM CÓPIA AO DEPARTAMENTO COMPETENTE, E COM CÓPIA AO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, SOLICITANDO PROVIDÊNCIAS SOBRE A FALTA DE VAGAS JUNTO A CRECHE MUNICIPAL, PARA AS CRIANÇAS QUE MORAM NO RESIDENCIAL BEM VIVER.

#### PROTOCOLO GERAL Nº 984/2018

Data: 09/04/2018 - Horário: 13:49



Senhor Presidente,

**Considerando que** é um pedido dos moradores locais.

**Considerando este** Vereador recebeu algumas denúncias de mães, afirmando a falta de vagas para seus filhos junto à creche municipal.

**Considerando que** o artigo 208, IV da Magna Carta assim dispõe:

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;

**Considerando que** o Excelentíssimo Senhor Doutor Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Melo já se posicionou sobre a obrigatoriedade de oferta de vagas junto à educação infantil, conforme



## Câmara de Vereadores de Pindamonhangaba Estado de São Paulo

acórdão anexo.

**REQUEIRO** à Mesa, consultando o Egrégio Plenário desta Casa de Leis, que se officie ao Executivo Municipal, com cópia ao Departamento competente e com cópia ao Ministério Público do Estado de São Paulo, solicitando providências sobre a falta de vagas junto à creche municipal, para as crianças que moram no Residencial Bem Viver.

Plenário “Dr. Francisco Romano de Oliveira”, 09 de abril de 2018.

Vereador **RAFAEL GOFFI MOREIRA**



DIREITO À EDUCAÇÃO

## Estado tem de garantir creche para crianças de até 6 anos

10 de novembro de 2005, 7h00

É dever do Estado garantir à criança de até seis anos de idade o acesso à creche e ao ensino fundamental, independentemente da oportunidade e conveniência do Poder Público. Com esse entendimento, o ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, assegurou a um menino, hoje com quatro anos de idade, a matrícula em creche pública administrada pela Prefeitura Municipal de Santo André (SP).

Celso de Mello deu provimento ao Recurso Extraordinário apresentado pelo Ministério Público de São Paulo contra o município de Santo André, que se recusava a matricular a criança. Desde que o menino tinha nove meses de idade, os pais tentavam obter vaga em uma das creches municipais onde pudessem deixar o filho enquanto trabalhavam.

A ação foi proposta na Justiça paulista em nome do menino, que ganhou a causa em primeira instância. O município recorreu e a determinação foi suspensa. Agora, a decisão do ministro Celso de Mello restabelece a sentença de primeiro grau, que obriga o município a garantir a vaga em creche próxima à residência do menino.

Embora o município tenha argumentado que não tem recursos financeiros para assegurar a matrícula de milhares de crianças em cerca de 15 creches municipais, o ministro do STF ressaltou que o artigo 208, inciso IV da Constituição obriga o Estado a criar condições objetivas para o acesso e atendimento a essas crianças.

Segundo Celso de Mello, a Constituição delineou um “nítido 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”. Na avaliação do ministro, a não-realização dessa meta deverá ser qualificada como uma censurável situação de inconstitucionalidade por omissão imputável ao poder público.

Em sua decisão, Celso de Mello ressaltou ainda que a formulação e a implementação de políticas públicas não estão entre as funções institucionais do Poder Judiciário. No entanto, o Judiciário poderá incumbir-se excepcionalmente dessa tarefa quando

os órgãos estatais competentes vierem a comprometer a eficácia e integridade de direitos individuais e/ou coletivos amparados pelo texto constitucional.

### Leia a íntegra da decisão

## RECURSO EXTRAORDINÁRIO 436.996-6 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. CELSO DE MELLO

RECORRENTE(S) : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

RECORRIDO(A/S) : MUNICÍPIO DE SANTO ANDRÉ

ADVOGADO(A/S) : JOÃO LUIZ DE SIQUEIRA QUEIROZ E OUTRO(A/S)

**<B>EMENTA: CRIANÇA</B> 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).

- **Essa prerrogativa jurídica**, em conseqüência, **impõe**, ao Estado, **por efeito** da alta significação social de que se reveste a educação infantil, **a obrigação constitucional** de criar condições objetivas **que possibilitem**, de maneira concreta, **em favor** das “crianças de zero a seis anos de idade” (CF, art. 208, IV), **o efetivo acesso e atendimento** em creches **e unidades** de pré-escola, **sob pena de** configurar-se inaceitável omissão governamental, **apta a frustrar**, injustamente, **por inércia**, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal **que lhe impôs** o próprio texto da Constituição Federal.

- 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.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 436.996-6 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. CELSO DE MELLO  
RECORRENTE(S) : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO  
RECORRIDO(A/S) : MUNICÍPIO DE SANTO ANDRÉ  
ADVOGADO(A/S) : JOÃO LUIZ DE SIQUEIRA QUEIROZ E OUTRO(A/S)

**EMENTA: 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).

- Essa prerrogativa jurídica, em conseqüência, **impõe**, ao Estado, **por efeito** da alta significação social de que se reveste a educação infantil, **a obrigação constitucional** de criar condições objetivas **que possibilitem**, de maneira concreta, **em favor** das "crianças de zero a seis anos de idade" (CF, art. 208, IV), **o efetivo** acesso **e atendimento** em creches **e unidades** de pré-escola, **sob pena** de configurar-se inaceitável omissão governamental, **apta a frustrar**, injustamente, **por**

**inércia**, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal **que lhe impôs** o próprio texto da Constituição Federal.

- 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 discricionariiedade 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 mandatório, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à "reserva do possível". Doutrina.

**DECISÃO:** O presente recurso extraordinário foi interposto contra decisão, que, proferida pelo E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, **acha-se consubstanciada** em acórdão assim ementado (fls. 189):

*"EMBARGOS INFRINGENTES - Ação civil pública, objetivando matrícula de criança em creche municipal. Conveniência e oportunidade do Poder Público. Ato discricionário da Administração. Embargos rejeitados." (grifei)*

A parte recorrente **sustenta** que o acórdão ora impugnado **teria transgredido** os preceitos **inscritos** nos arts. 208, IV, 211, § 2º, e 227, **todos** da Constituição da República.

O **exame da presente causa convence-me da inteira correção** dos fundamentos, que, **invocados** pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, **informam e dão consistência** ao recurso extraordinário ora em julgamento.

É preciso assinalar, neste ponto, por relevante, que o **direito à educação** - que representa **prerrogativa constitucional** deferida a todos (CF, art. 205), **notadamente** às crianças (CF, arts. 208, IV e 227, "caput") - **qualifica-se** como um dos direitos sociais mais expressivos, **subsumindo-se** à noção dos direitos de **segunda** geração (RTJ 164/158-161), **cujo adimplemento impõe, ao Poder Público, a satisfação de um dever** de prestação positiva, **consistente** num "facere", **pois** o Estado dele **só se desincumbirá** criando condições objetivas **que propiciem**, aos titulares desse mesmo direito, **o acesso pleno** ao sistema educacional, **inclusive ao atendimento**, em creche e pré-escola, "às crianças de zero a seis anos de idade" (CF, art. 208, IV).

O eminente PINTO FERREIRA ("**Educação e Constituinte**", "in" Revista de Informação Legislativa, vol. 92, p. 171/173), ao analisar esse tema, **expende** magistério irrepreensível:

"O **Direito à educação** surgiu recentemente nos textos constitucionais. Os títulos sobre ordem econômica e social, educação e cultura revelam a tendência das Constituições **em favor** de um Estado social. Esta clara opção constitucional faz deste ordenamento econômico e cultural um dos mais importantes títulos das novas Constituições, **assinalando** o advento de um novo modelo de Estado, **tendo como valor-fim** a justiça social e a cultura, numa democracia pluralista exigida pela sociedade de massas do século XX." (grifei)

Para CELSO LAFER ("**A Reconstrução dos Direitos Humanos**", p. 127 e 130/131, 1988, Companhia de Letras), que também exterioriza a sua preocupação acadêmica sobre o tema, o **direito à educação** - que se mostra redutível à noção **dos direitos de segunda geração** - **exprime**, de um lado, no plano do sistema jurídico-normativo, a exigência de solidariedade social, e **pressupõe**, de outro, a asserção de que a dignidade humana, **enquanto** valor impregnado de centralidade em nosso ordenamento político, **só se afirmará** com a expansão das liberdades públicas, **quaisquer** que sejam as dimensões em que estas se projetem:

"(...) **É por essa razão** que os assim chamados **direitos de segunda geração**, previstos pelo 'welfare state', são **direitos de crédito** do indivíduo **em relação** à coletividade. **Tais direitos** - como o direito ao trabalho, à saúde, à educação - **têm como sujeito passivo o Estado** porque, na interação entre governantes e governados, foi a coletividade que assumiu a responsabilidade de atendê-los. O titular desse direito, no entanto, continua sendo, como nos direitos de primeira geração, o homem na sua individualidade. **Daí a complementaridade**, na perspectiva 'ex parte populi', entre os direitos de primeira e de segunda geração, pois estes últimos buscam assegurar as condições para o pleno exercício dos primeiros, eliminando ou atenuando os impedimentos ao pleno uso das capacidades humanas. **Por isso, os direitos de crédito**, denominados direitos econômico-sociais e culturais, **podem ser encarados** como direitos que tornam reais direitos formais: **procuraram garantir a todos o acesso** aos meios de vida e de trabalho num sentido amplo (...)." (grifei)

O alto significado social e o irrecusável valor constitucional de que se reveste o direito à educação infantil - ainda mais se considerado em face do dever que incumbe, ao Poder Público, de torná-lo real, mediante concreta efetivação da garantia de "atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade" (CF, art. 208, IV) - não podem ser menosprezados pelo Estado, "obrigado a proporcionar a concretização da educação infantil em sua área de competência" (WILSON DONIZETI LIBERATI, "Conteúdo Material do Direito à Educação Escolar", "in" "Direito à Educação: Uma Questão de Justiça", p. 236/238, item n. 3.5, 2004, Malheiros), sob pena de grave e injusta frustração de um inafastável compromisso constitucional, que tem, no aparelho estatal, o seu precípua destinatário.

Cabe referir, neste ponto, a observação de PINTO FERREIRA ("Educação e Constituinte" "in" Revista de Informação Legislativa, vol. 92, p. 171/173), quando adverte - considerada a ilusão que o caráter meramente retórico das proclamações constitucionais muitas vezes encerra - sobre a necessidade de se conferir efetiva concretização a esse direito essencial, cuja eficácia não pode ser comprometida pela inação do Poder Público:

"O direito à educação necessita ter eficácia. Sendo considerado como um direito público subjetivo do particular, ele consiste na faculdade que tem o particular de exigir do Estado o cumprimento de determinadas prestações. Para que fosse cumprido o direito à educação, seria necessário que ele fosse dotado de eficácia e acionabilidade (...)." (grifei)

O objetivo perseguido pelo legislador constituinte, em tema de educação infantil, especialmente se reconhecido que a Lei Fundamental da República delineou, nessa matéria, um nítido programa a ser implementado mediante adoção de políticas públicas 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.

Ao julgar a ADPF 45/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, proferi decisão assim ementada (Informativo/STF nº 345/2004):

"ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO

DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA 'RESERVA DO POSSÍVEL'. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO 'MÍNIMO EXISTENCIAL'. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO)."

Salientei, então, em tal decisão, que o Supremo Tribunal Federal, considerada a dimensão política da jurisdição constitucional outorgada a esta Corte, não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais, que se identificam - enquanto direitos de segunda geração (como o direito à educação, p. ex.) - com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

É que, se assim não for, restarão comprometidas a integridade e a eficácia da própria Constituição, por efeito de violação negativa do estatuto constitucional motivada por inaceitável inércia governamental no adimplemento de prestações positivas impostas ao Poder Público, consoante já advertiu, em tema de inconstitucionalidade por omissão, por mais de uma vez (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO), o Supremo Tribunal Federal:

**"DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO - MODALIDADES DE COMPORTAMENTOS INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO.**

- O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um facere (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação.

- Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do

texto constitucional. Desse **non facere** ou **non praestare**, resultará a inconstitucionalidade **por omissão**, que pode ser **total**, quando é **nenhuma** a providência adotada, **ou parcial**, quando é **insuficiente** a medida efetivada pelo Poder Público.

.....  
- A **omissão do Estado - que deixa de cumprir**, em maior ou em menor extensão, a **imposição** ditada pelo texto constitucional - **qualifica-se** como comportamento **revestido** da maior gravidade político-jurídica, eis que, **mediante inércia**, o Poder Público **também desrespeita** a Constituição, **também ofende** direitos que nela se fundam e **também impede**, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental."

(RTJ 185/794-796, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno)

É certo - tal como observei no exame da **ADPF 45/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO (**Informativo/STF** nº 345/2004) - **que não se inclui**, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, "Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976", p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), **pois**, nesse domínio, o encargo reside, **primariamente**, nos Poderes Legislativo e Executivo.

**Impende assinalar**, no entanto, que tal incumbência **poderá** atribuir-se, **embora** excepcionalmente, ao Poder Judiciário, **se e quando** os órgãos estatais competentes, **por descumprirem** os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário, **vierem a comprometer**, com tal comportamento, a **eficácia e a integridade** de direitos individuais e/ou coletivos **impregnados** de estatura constitucional, **como sucede** na espécie ora em exame.

**Não deixo de conferir**, no entanto, **assentadas** tais premissas, **significativo relevo** ao tema pertinente à "**reserva do possível**" (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), **notadamente em sede 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.

**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).

**Cumpre advertir**, desse modo, que a cláusula da "reserva do possível" - **ressalvada** a ocorrência de **justo** motivo objetivamente aferível - **não pode** ser invocada, pelo Estado, **com a finalidade** de exonerar-se, **dolosamente**, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, **notadamente** quando, dessa conduta governamental negativa, **puder resultar** nulificação **ou**, até mesmo, **aniquilação** de direitos constitucionais **impregnados** de um sentido de essencial fundamentalidade.

**Daí a correta observação** de REGINA MARIA FONSECA MUNIZ ("O Direito à Educação", p. 92, item n. 3, 2002, Renovar), cuja abordagem do tema - **após qualificar** a educação como um dos direitos fundamentais da pessoa humana - **põe em destaque a imprescindibilidade** de sua implementação, **em ordem a promover** o bem-estar social **e** a melhoria da qualidade de vida de todos, **notadamente** das classes **menos** favorecidas, **assinalando**, com particular ênfase, **a propósito** de obstáculos governamentais que possam ser eventualmente opostos **ao adimplemento** dessa obrigação constitucional, que "o Estado **não pode se furtar de tal dever sob alegação** de inviabilidade econômica **ou** de falta de normas de regulamentação" (grifei).

**Tratando-se** de típico direito de prestação positiva, **que se subsume** ao conceito de liberdade real ou concreta, **a educação infantil** - que compreende **todas** as prerrogativas, individuais ou coletivas, **referidas** na Constituição da República (**notadamente** em seu art. 208, IV) - **tem por fundamento** regra constitucional cuja densidade normativa **não permite** que, **em torno** da efetiva realização de tal comando, o Poder Público, **especialmente o Município** (CF,

art. 211, § 2º), **disponha** de um amplo espaço de discricionariedade que lhe enseje maior grau de liberdade de conformação, e de cujo **exercício** possa resultar, paradoxalmente, **com base em simples alegação** de mera conveniência e/ou oportunidade, a nulificação mesma dessa prerrogativa essencial, **como adverte**, em ponderadas reflexões, a ilustre magistrada MARIA CRISTINA DE BRITO LIMA, em obra **monográfica** dedicada ao tema ora em exame ("A Educação como Direito Fundamental", 2003, Lumen Juris).

**Cabe referir**, ainda, neste ponto, **ante a extrema pertinência** de suas observações, a **advertência** de LUIZA CRISTINA FONSECA FRISCHEISEN, ilustre Procuradora Regional da República ("Políticas Públicas - A Responsabilidade do Administrador e o Ministério Público", p. 59, 95 e 97, 2000, Max Limonad), **cujo magistério**, a propósito da **limitada** discricionariedade governamental em tema de **concretização** das políticas públicas constitucionais, **assinala**:

*"Nesse contexto constitucional, que implica também na renovação das práticas políticas, o administrador está vinculado às políticas públicas estabelecidas na Constituição Federal; a sua omissão é passível de responsabilização e a sua margem de discricionariedade é mínima, não contemplando o não fazer.*

*.....  
Como demonstrado no item anterior, o administrador público está vinculado à Constituição e às normas infraconstitucionais para a implementação das políticas públicas relativas à ordem social constitucional, ou seja, própria à finalidade da mesma: o bem-estar e a justiça social.*

*.....  
Conclui-se, portanto, que o administrador não tem discricionariedade para deliberar sobre a oportunidade e conveniência de implementação de políticas públicas discriminadas na ordem social constitucional, pois tal restou deliberado pelo Constituinte e pelo legislador que elaborou as normas de integração.*

*.....  
As dúvidas sobre essa margem de discricionariedade devem ser dirimidas pelo Judiciário, cabendo ao Juiz dar sentido concreto à norma e controlar a legitimidade do ato administrativo (omissivo ou comissivo), verificando se o mesmo não contraria sua finalidade constitucional, no caso, a concretização da ordem social constitucional."  
(grifei)*

**Tenho para mim, desse modo, presente tal contexto, que os Municípios - que atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Constituição, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se de 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.**

**As razões ora expostas convencem-me da inteira procedência da pretensão recursal deduzida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, seja em face das considerações que expendeu no presente recurso extraordinário, seja, ainda, em virtude dos próprios fundamentos que dão suporte a diversas decisões, sobre o tema em análise, já proferidas no âmbito desta Suprema Corte (AI 455.802/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO - AI 475.571/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO - RE 401.673/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO - RE 411.518/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO).**

**Cumprе destacar, neste ponto, por oportuno, ante a inquestionável procedência de suas observações, a decisão proferida pelo eminente Ministro MARCO AURÉLIO (RE 431.773/SP), no sentido de que, "Conforme preceitua o artigo 208, inciso IV, da Carta Federal, consubstancia dever do Estado a educação, garantindo o atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade. O Estado - União, Estados propriamente ditos, ou seja, unidades federadas, e Municípios - deve aparelhar-se para a observância irrestrita dos ditames constitucionais, não cabendo tergiversar mediante escusas relacionadas com a deficiência de caixa" (grifei).**

**Isso significa, portanto, considerada a indiscutível primazia reconhecida aos direitos da criança e do adolescente (ANA MARIA MOREIRA MARCHESAN, "O princípio da prioridade absoluta aos direitos da criança e do adolescente e a discricionariedade administrativa", "in" RT 749/82-103), que a ineficiência administrativa, o descaso governamental com direitos básicos do cidadão, a incapacidade de gerir os recursos públicos, a incompetência na adequada implementação da programação orçamentária em tema de educação pública, a falta de visão política na justa percepção, pelo administrador, do enorme significado social de que se reveste a educação infantil, a inoperância funcional dos gestores públicos na concretização das imposições constitucionais estabelecidas em favor das pessoas carentes não podem nem devem representar obstáculos à execução, pelo Poder Público, notadamente pelo Município (CF, art. 211, § 2º), da norma inscrita no art. 208,**

RE 436.996 / SP

IV, da Constituição da República, **que traduz e impõe**, ao Estado, um dever inafastável, **sob pena** de a ilegitimidade **dessa inaceitável** omissão governamental **importar** em grave vulneração a um direito fundamental da cidadania **e que é**, no contexto que ora se examina, **o direito à educação**, cuja amplitude conceitual **abrange**, na globalidade de seu alcance, o fornecimento de creches públicas **e** de ensino pré-primário "às crianças de zero a seis anos de idade" (CF, art. 208, IV).

**Sendo assim**, e pelas razões expostas, **conheço** do presente recurso extraordinário, **para dar-lhe provimento** (CPC, art. 557, § 1º - A), **em ordem a restabelecer** a sentença proferida pelo magistrado **de primeira** instância (fls. 73 a 76).

Publique-se.

Brasília, 26 de outubro de 2005.

Ministro CELSO DE MELLO  
Relator