

23/08/2011

SEGUNDA TURMA

AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 639.337 SÃO PAULO

RELATOR : **MIN. CELSO DE MELLO**
AGTE.(S) : MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
AGDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
INTDO.(A/S) : PROMOTOR DE JUSTIÇA DA VARA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE DO FORO REGIONAL DE SANTO AMARO
INTDO.(A/S) : A C C E OUTRO(A/S)

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" - INVOCÇÃO EM SEDE DE APELO EXTREMO - IMPOSSIBILIDADE - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.

ARE 639.337 AgR / SP

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 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 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 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

ARE 639.337 AgR / SP

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 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

ARE 639.337 AgR / SP

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, emanação 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

ARE 639.337 AgR / SP

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.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **acordam** os Ministros do Supremo Tribunal Federal, **em Segunda Turma**, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, **por unanimidade** de votos, **em negar provimento** ao recurso de agravo, **nos termos** do voto do Relator. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Ayres Britto e, licenciado, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. **Presidiu**, este julgamento, o Senhor Ministro Celso de Mello.

Brasília, 23 de agosto de 2011.

CELSO DE MELLO - RELATOR

23/08/2011

SEGUNDA TURMA

AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 639.337 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. CELSO DE MELLO
 AGTE.(S) : MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
 PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
 AGDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
 PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 INTDO.(A/S) : PROMOTOR DE JUSTIÇA DA VARA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE DO FORO REGIONAL DE SANTO AMARO
 INTDO.(A/S) : A C C E OUTRO(A/S)

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO - (Relator): Trata-se de recurso de agravo, tempestivamente interposto, contra decisão que conheceu do agravo (previsto e disciplinado na Lei nº 12.322/2010), para negar seguimento ao recurso extraordinário, manifestamente inadmissível, deduzido pela parte ora recorrente.

A decisão, por mim proferida, está assim ementada (fls. 1.763/1.765):

"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. PLENA LEGITIMIDADE DESSA DETERMINAÇÃO JUDICIAL. INOCORRÊNCIA

ARE 639.337 AgR / SP

DE TRANSGRESSÃO AO POSTULADO DA SEPARAÇÃO DE PODERES. **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). AGRAVO 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 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.

ARE 639.337 AgR / SP

- **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 mandatário, **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.**"

Inconformada com essa decisão, a parte ora agravante **interpõe** o presente recurso, **postulando** o provimento do agravo que deduziu (fls. 1.779/1.807).

Por **não** me convencer das razões expostas, **submeto**, à apreciação desta colenda Turma, **o presente** recurso de agravo.

É o relatório.

ARE 639.337 AgR / SP

V O T O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO - (Relator): Não assiste razão à parte ora recorrente, eis que a decisão agravada ajusta-se, com integral fidelidade, à diretriz jurisprudencial firmada pelo Supremo Tribunal Federal na matéria ora em exame.

Com efeito, tal como ressaltado na decisão ora agravada, o recurso extraordinário a que se refere este agravo foi interposto contra acórdão, que, proferido pelo E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, está assim ementado (fls. 1.697):

"APELAÇÃO - Reexame Necessário - Ação Civil Pública - Sentença que obriga o Município de São Paulo a matricular crianças em unidades de ensino infantil próximas de sua residência - Cabimento - Direito Fundamental, líquido e certo - Aplicação dos artigos 208 da Constituição da República e 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente - Inocorrência de violação aos princípios constitucionais da Separação e Independência dos Poderes da República - Necessidade de harmonia como o princípio da legalidade e da inafastabilidade do controle judicial (arts. 5º, XXXV, e 37 da Constituição Federal) - Princípio da Isonomia que impõe o respeito ao direito de todas as crianças - Normas constitucionais de eficácia plena - Direito universal a ser assegurado a qualquer criança que dele necessite - Obrigação do Município reconhecida no artigo 211 da Constituição Federal - Prova suficiente a autorizar o acolhimento do pedido - Multa cabível e proporcional - Não provimento do recurso e do reexame necessário." (grifei)

ARE 639.337 AgR / SP

A parte ora agravante **sustenta** que o acórdão impugnado em sede recursal extraordinária **teria transgredido** preceitos **inscritos** na Constituição da República.

Ao **proferir** a decisão ora agravada, **observei**, *então*, **que o exame** desta causa, **considerada** a jurisprudência que o Supremo Tribunal Federal **firmou** na matéria ora em análise (AI 474.444-AgR/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO - RE 410.715-AgR/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO - RE 436.996-AgR/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), **convence-me da inteira correção** dos fundamentos **que apóiam e dão consistência** ao acórdão emanado do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

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 e categoria dos direitos de **segunda** geração **ou** dimensão (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

ARE 639.337 AgR / SP

educacional, **inclusive ao atendimento**, em creche e pré-escola, "às crianças até 5 (cinco) anos de idade" (CF, art. 208, IV, na redação dada pela EC nº 53/2006).

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

ARE 639.337 AgR / SP

impregnado de centralidade em nosso ordenamento político, **só se afirmar** 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 até cinco anos de idade (CF, art. 208, IV) - **não podem ser menosprezados** pelo Estado, **"obrigado** a proporcionar a concretização da educação

ARE 639.337 AgR / SP

*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 **precípuo** 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** *pode sugerir* - **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**

ARE 639.337 AgR / SP

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 **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

ARE 639.337 AgR / SP

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 ou dimensão (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**

ARE 639.337 AgR / SP

Constituição, **em ordem** a torná-los efetivos, operantes e exeqüíveis, **abstendo-se**, em conseqüência, **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, contudo, que tal incumbência **poderá** atribuir-se, embora excepcionalmente, **ao Poder Judiciário**, se e

ARE 639.337 AgR / SP

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, como sucede na espécie ora em exame.

Tenho para mim, desse modo, **presente** tal contexto, que os Municípios (à semelhança das demais entidades políticas) não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208 da Constituição, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa do Poder Público, cujas opções, tratando-se de proteção à criança e ao adolescente, 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.

Entendo, por isso mesmo, que se revela inacolhível a pretensão recursal **deduzida** pelo Município de São Paulo, notadamente em face da jurisprudência que se formou, no *Supremo Tribunal Federal*, sobre a matéria ora em análise.

ARE 639.337 AgR / SP

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

ARE 639.337 AgR / SP

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 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,

ARE 639.337 AgR / SP

pelo valor e pelo alto significado **de que se reveste** a Constituição da República.

Nada 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 **convenientes** aos desígnios dos governantes, **em detrimento** dos interesses maiores dos cidadãos.

A percepção da gravidade e das conseqüências lesivas **derivadas** do gesto infiel do Poder Público **que transgride**, *por omissão* **ou por insatisfatória concretização**, **os encargos** de que se tornou depositário, **por efeito** de expressa determinação constitucional, **foi revelada**, *entre nós*, **já** no período monárquico, **em lúcido magistério**, por PIMENTA BUENO ("**Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império**", p. 45, reedição do Ministério da Justiça, 1958) **e reafirmada** por eminentes autores contemporâneos *em lições que acentuam o desvalor jurídico do comportamento estatal omissivo* (JOSÉ AFONSO DA SILVA, "**Aplicabilidade das Normas Constitucionais**", p. 226, item n. 4, 3ª ed., 1998, Malheiros; ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ, "**Processos Informais de Mudança da Constituição**", p. 217/218, 1986, Max Limonad; PONTES DE MIRANDA,

ARE 639.337 AgR / SP

"Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1, de 1969", tomo I/15-16, 2ª ed., 1970, RT, v.g.).

O desprestígio da Constituição - por *inércia* de órgãos meramente constituídos - representa um dos mais graves aspectos da patologia constitucional, pois reflete inaceitável desprezo, por parte das instituições governamentais, da autoridade suprema da Lei Fundamental do Estado.

Essa constatação, feita por KARL LOEWENSTEIN ("Teoria de la Constitución", p. 222, 1983, Ariel, Barcelona), coloca em pauta o fenômeno da erosão da consciência constitucional, motivado pela instauração, no âmbito do Estado, de um preocupante processo de desvalorização funcional da Constituição escrita, como já ressaltado, pelo Supremo Tribunal Federal, em diversos julgamentos, como resulta da seguinte decisão consubstanciada em acórdão assim ementado:

"(...) DESCUMPRIMENTO DE IMPOSIÇÃO CONSTITUCIONAL LEGIFERANTE E DESVALORIZAÇÃO FUNCIONAL DA CONSTITUIÇÃO ESCRITA.

- O Poder Público - quando se abstém de cumprir, total ou parcialmente, o dever de legislar, imposto em cláusula constitucional, de caráter mandatório - infringe, com esse comportamento negativo, a própria integridade da Lei Fundamental, estimulando, no âmbito do Estado, o preocupante fenômeno da erosão da

ARE 639.337 AgR / SP

consciência constitucional (ADI 1.484-DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

- 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.

DIREITO SUBJETIVO À LEGISLAÇÃO E DEVER CONSTITUCIONAL DE LEGISLAR: A NECESSÁRIA EXISTÊNCIA DO PERTINENTE NEXO DE CAUSALIDADE.

- O direito à legislação só pode ser invocado pelo interessado, quando também existir - simultaneamente imposta pelo próprio texto constitucional - a previsão do dever estatal de emanar normas legais. Isso significa que o direito individual à atividade legislativa do Estado apenas se evidenciará naquelas estritas hipóteses em que o desempenho da função de legislar refletir, por efeito de exclusiva determinação constitucional, uma obrigação jurídica indeclinável imposta ao Poder Público. (...)."

(RTJ 183/818-819, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno)

Em tema de implementação de políticas governamentais, previstas e determinadas no texto constitucional, notadamente nas áreas de educação infantil (RTJ 199/1219-1220) e de saúde pública (RTJ 174/687 - RTJ 175/1212-1213), a Corte Suprema brasileira tem proferido decisões que neutralizam os efeitos nocivos, lesivos e perversos resultantes da inatividade governamental, em situações nas quais a omissão do Poder Público representava um inaceitável insulto

ARE 639.337 AgR / SP

a direitos básicos **assegurados** pela própria Constituição da República, mas cujo exercício estava sendo inviabilizado por contumaz (e irresponsável) inércia do aparelho estatal.

O Supremo Tribunal Federal, em referidos julgamentos, colmatou a omissão governamental e conferiu real efetividade a direitos essenciais, dando-lhes concreção e, desse modo, viabilizando o acesso das pessoas à plena fruição de direitos fundamentais, cuja realização prática lhes estava sendo negada, *injustamente*, por arbitrária abstenção do Poder Público.

O **fato** que tenho por relevante consiste no reconhecimento de que a interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconseqüente.

O caráter programático da regra **inscrita** no art. 208, IV, da Carta Política - **que tem** por destinatários **todos** os entes políticos **que compõem**, no plano institucional, a **organização federativa** do Estado brasileiro - impõe o reconhecimento de que as normas constitucionais veiculadoras de um programa de ação revestem-se de eficácia jurídica e dispõem de caráter cogente.

ARE 639.337 AgR / SP

Ao contrário do que pretende o Município ora recorrente, as normas programáticas vinculam e obrigam os seus destinatários, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.

Extremamente oportunas, além de precisas, as observações que a eminente Ministra CÁRMEN LÚCIA fez constar da decisão que proferiu, como Relatora, no julgamento do AI 583.136/SC:

"Ao contrário do que decidido pelo Tribunal 'a quo', no sentido de que a manutenção da sentença provocaria ingerência de um em outro poder, a norma do art. 227 da Constituição da República impõe aos órgãos estatais competentes - no caso integrantes da estrutura do Poder Executivo - a implementação de medidas que lhes foram legalmente atribuídas. Na espécie em pauta, compete ao Estado, por meio daqueles órgãos, o atendimento social às crianças e aos adolescentes vítimas de violência ou exploração sexual. Tanto configura dever legal do Estado e direito das vítimas de receber tal atendimento.

.....
É competência do Poder Judiciário, vale dizer, dever que lhe cumpre honrar, julgar as causas que lhe sejam submetidas, determinando as providências necessárias à efetividade dos direitos inscritos na Constituição e em normas legais. (...)." (grifei)

ARE 639.337 AgR / SP

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.

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

ARE 639.337 AgR / SP

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** n° 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

ARE 639.337 AgR / SP

constitucional, sobre o que não mais pende 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 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

ARE 639.337 AgR / SP

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 por essa razão que DANIEL SARMENTO, ao versar o tema **pertinente ao controle judicial de políticas públicas** ("**Reserva do Possível e Mínimo Existencial**", "in" "Comentários à Constituição Federal de 1988", p. 371/388, **371/375**, 2009, Gen/Forense), **expendeu** considerações **que vale reproduzir**:

"Até então, o discurso predominante na nossa doutrina e jurisprudência era o de que os direitos sociais constitucionalmente consagrados não passavam de normas programáticas, o que impedia que servissem de fundamento para a exigência em juízo de prestações positivas do Estado. As intervenções judiciais neste campo eram raríssimas, prevalecendo uma leitura mais ortodoxa do princípio da separação de poderes, que via como intromissões indevidas do Judiciário na seara própria do Legislativo e do Executivo as decisões que implicassem controle sobre as políticas públicas voltadas à efetivação dos direitos sociais.

Hoje, no entanto, este panorama se inverteu. Em todo o país, tornaram-se freqüentes as decisões judiciais determinando a entrega de prestações materiais aos jurisdicionados relacionadas a direitos sociais constitucionalmente positivados. Trata-se de uma mudança altamente positiva, que deve ser celebrada. Atualmente, pode-se dizer que o Poder Judiciário brasileiro 'leva a sério' os direitos sociais, tratando-os como autênticos direitos fundamentais, e a via judicial parece ter sido definitivamente incorporada ao arsenal dos instrumentos à disposição

ARE 639.337 AgR / SP

dos cidadãos **para a luta** em prol da inclusão social e da garantia da vida digna.

Sem embargo, este fenômeno **também suscita** algumas questões complexas e delicadas, **que não podem ser ignoradas**. **Sabe-se**, em primeiro lugar, **que os recursos existentes na sociedade são escassos e que o atendimento** aos direitos sociais **envolve custos**. (...).

.....
 Neste quadro de escassez, **não há como realizar**, 'hic et nunc', **todos os direitos sociais em seu grau máximo**. O grau de desenvolvimento socioeconômico de cada país **impõe limites**, que o mero voluntarismo de bacharéis **não tem** como superar. **E a escassez obriga o Estado** em muitos casos **a confrontar-se com verdadeiras 'escolhas trágicas'**, pois, diante da **limitação de recursos, vê-se forçado** a **eleger prioridades dentre várias demandas igualmente legítimas**. (...).

.....
 As **complexidades suscitadas são**, contudo, **insuficientes para afastar a atuação do Poder Judiciário na concretização dos direitos sociais**. Com a **consolidação da nova cultura constitucional que emergiu no país em 1988, a jurisprudência brasileira deu um passo importante, ao reconhecer a plena justiciabilidade dos direitos sociais**. No entanto, **essas dificuldades devem ser levadas em conta**. **Vencido, com sucesso, o momento inicial de afirmação da sindicabilidade dos direitos prestacionais, é chegada a hora de racionalizar esse processo**. Para este fim, **cumprem importante papel, como parâmetros a orientar a intervenção judicial nesta seara, duas categorias que vêm sendo muito discutidas na dogmática jurídica: a reserva do possível e o mínimo existencial, que serão analisadas abaixo**. Há outras, todavia, **que também têm importância capital neste campo, como o princípio da proporcionalidade, na sua dimensão de vedação à proteção deficiente, e o princípio da proibição do retrocesso social**." (grifei)

Cabe ter presente, bem por isso, **consideradas as dificuldades que podem derivar da escassez de recursos - com a resultante necessidade** de o Poder Público ter de realizar as

ARE 639.337 AgR / SP

denominadas "escolhas trágicas" (em virtude das quais **alguns** direitos, interesses e valores **serão priorizados** "com sacrifício" de outros) -, o fato de que, embora invocável como parâmetro a ser observado pela decisão judicial, **a cláusula da reserva do possível encontrará, sempre, insuperável limitação** na exigência constitucional de preservação do mínimo existencial, **que representa**, no contexto de nosso ordenamento positivo, **emanação direta** do postulado da essencial dignidade da pessoa humana, **tal como tem sido reconhecido pela jurisprudência constitucional** desta Suprema Corte:

"CRIANÇAS E ADOLESCENTES VÍTIMAS DE ABUSO E/OU EXPLORAÇÃO SEXUAL. DEVER DE PROTEÇÃO INTEGRAL À INFÂNCIA E À JUVENTUDE. OBRIGAÇÃO CONSTITUCIONAL QUE SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO. PROGRAMA SENTINELA-PROJETO ACORDE. INEXECUÇÃO, PELO MUNICÍPIO DE FLORIANÓPOLIS/SC, DE REFERIDO PROGRAMA DE AÇÃO SOCIAL CUJO ADIMPLEMENTO TRADUZ EXIGÊNCIA DE ORDEM CONSTITUCIONAL. CONFIGURAÇÃO, NO CASO, DE TÍPICA HIPÓTESE DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL IMPUTÁVEL AO MUNICÍPIO. DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO PROVOCADO POR INÉRCIA ESTATAL (RTJ 183/818-819). COMPORTAMENTO QUE TRANSGRIDE A AUTORIDADE DA LEI FUNDAMENTAL (RTJ 185/794-796). IMPOSSIBILIDADE DE INVOCÇÃO, PELO PODER PÚBLICO, DA CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL SEMPRE QUE PUDER RESULTAR, DE SUA APLICAÇÃO, COMPROMETIMENTO DO NÚCLEO BÁSICO QUE QUALIFICA O MÍNIMO EXISTENCIAL (RTJ 200/191-197). CARÁTER COGENTE E VINCULANTE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS, INCLUSIVE DAQUELAS DE CONTEÚDO PROGRAMÁTICO, QUE VEICULAM DIRETRIZES DE POLÍTICAS PÚBLICAS. PLENA LEGITIMIDADE JURÍDICA DO CONTROLE DAS OMISSÕES ESTATAIS PELO PODER JUDICIÁRIO. A COLMATAÇÃO DE OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS COMO NECESSIDADE INSTITUCIONAL FUNDADA EM COMPORTAMENTO AFIRMATIVO DOS JUÍZES E TRIBUNAIS E DE QUE RESULTA UMA POSITIVA CRIAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO DIREITO. PRECEDENTES DO SUPREMO

ARE 639.337 AgR / SP

TRIBUNAL FEDERAL EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DELINEADAS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (RTJ 174/687 - RTJ 175/1212-1213 - RTJ 199/1219-1220). RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL CONHECIDO E PROVIDO."
(AI 583.553/SC, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Não constitui demasia acentuar, por oportuno, que o princípio da dignidade da pessoa humana representa - considerada a centralidade desse postulado essencial (CF, art. 1º, III) - significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo, tal como tem reconhecido a jurisprudência desta Suprema Corte, cujas decisões, no ponto, refletem, com precisão, o próprio magistério da doutrina (JOSÉ AFONSO DA SILVA, "Poder Constituinte e Poder Popular", p. 146, 2000, Malheiros; RODRIGO DA CUNHA PEREIRA, "Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil Brasileiro", p. 106, 2006, Del Rey; INGO WOLFANG SARLET, "Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988", p. 45, 2002, Livraria dos Advogados; IMMANUEL KANT, "Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos", 2004, Martin Claret; LUIZ ANTONIO RIZZATTO NUNES, "O Princípio Constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência", 2002, Saraiva; LUIZ EDSON

ARE 639.337 AgR / SP

FACHIN, "Questões do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo", 2008, Renovar, v.g.).

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.

Orienta-se, nesse mesmo sentido, a própria Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, **promulgada**, em Paris, em 10/12/1948, **pela Terceira Assembléia Geral** das Nações Unidas, **cujo Artigo XXV** assim proclama:

"1. **Todo homem tem direito** a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, **inclusive** alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença,

ARE 639.337 AgR / SP

invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

2. A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social." (grifei)

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

ARE 639.337 AgR / SP

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

ARE 639.337 AgR / SP

("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

ARE 639.337 AgR / SP

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 e na pré-escola (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.

Entendo, por isso mesmo, que se revela inacolhível a pretensão recursal **deduzida** pelo Município de São Paulo, **notadamente** em face da jurisprudência **que se formou**, no Supremo Tribunal Federal, **sobre a questão ora em exame** (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 410.715-AgR/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO - RE 411.518-AgR/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO - RE 595.595-AgR/SC, Rel. Min. EROS GRAU - RE 436.996/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

Cumpre 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**

ARE 639.337 AgR / SP

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 (...)**. **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).

Para além de todas as considerações que venho de fazer, **há**, ainda, Senhores Ministros, **um outro parâmetro constitucional** que merece ser invocado.

Refiro-me ao princípio da proibição do retrocesso, que, **em tema de direitos fundamentais de caráter social, impede que sejam desconstituídas** as conquistas **já alcançadas** pelo cidadão **ou** pela formação social em que ele vive, **consoante adverte** autorizado magistério doutrinário (GILMAR FERREIRA MENDES, INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO e PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, "Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais", 1ª ed./2ª tir., p. 127/128, 2002, Brasília Jurídica; J. J. GOMES CANOTILHO, "Direito Constitucional e Teoria da Constituição", p. 320/322, item n. 03, 1998, Almedina; ANDREAS JOACHIM KRELL, "Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha",

ARE 639.337 AgR / SP

p. 40, 2002, Fabris Editor; INGO W. SARLET, "Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988").

Na realidade, a cláusula que proíbe o retrocesso em matéria social traduz, no processo de sua concretização, verdadeira dimensão negativa pertinente aos direitos sociais de natureza prestacional (como o direito à educação e à saúde, p. ex.), impedindo, em conseqüência, que os níveis de concretização dessas prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado, exceto na hipótese - de todo inócua na espécie - em que políticas compensatórias venham a ser implementadas pelas instâncias governamentais.

Lapidar, sob todos os aspectos, o magistério de J. J. GOMES CANOTILHO, cuja lição, a propósito do tema, estimula reflexões por ele a seguir expostas ("Direito Constitucional e Teoria da Constituição", p. 320/321, item n. 3, 1998, Almedina):

"O princípio da democracia econômica e social aponta para a proibição de retrocesso social.

A idéia aqui expressa também sido designada como proibição de 'contra-revolução social' ou da 'evolução reaccionária'. Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e econômicos (ex.: direito dos

ARE 639.337 AgR / SP

trabalhadores, direito à assistência, **direito à educação**), **uma vez obtido** um determinado grau de realização, **passam a constituir**, simultaneamente, **uma garantia institucional e um direito subjectivo**. **A 'proibição de retrocesso social'** nada pode fazer contra as recessões e crises econômicas (reversibilidade fáctica), **mas o princípio em análise limita a reversibilidade dos direitos adquiridos** (ex.: segurança social, subsídio de desemprego, prestações de saúde), **em clara violação** do princípio da protecção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito económico, social e cultural, **e do núcleo essencial da existência mínima** inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana. **O reconhecimento desta protecção de direitos prestacionais** de propriedade, subjectivamente adquiridos, **constitui um limite jurídico** do legislador e, ao mesmo tempo, **uma obrigação de prossecução** de uma política congruente com os direitos concretos e as expectativas subjectivamente alicerçadas. **A violação no núcleo essencial efectivado justificará** a sanção de inconstitucionalidade **relativamente** a normas **manifestamente aniquiladoras** da chamada justiça social. **Assim, por ex., será inconstitucional** uma lei que extinga o direito a subsídio de desemprego ou pretenda alargar desproporcionadamente o tempo de serviço necessário para a aquisição do direito à reforma (...). **De qualquer modo**, mesmo que se afirme sem reservas a liberdade de conformação do legislador nas leis sociais, **as eventuais modificações** destas leis **devem observar** os princípios do Estado de direito vinculativos da actividade legislativa **e o núcleo essencial** dos direitos sociais. **O princípio da proibição de retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efectivado** através de medidas legislativas ('lei da segurança social', 'lei do subsídio de desemprego', 'lei do serviço de saúde') **deve considerar-se constitucionalmente garantido**, sendo inconstitucionais **quaisquer** medidas estaduais que, **sem a criação de outros** esquemas alternativos ou compensatórios, **se traduzam**, na prática, numa '**anulação**', '**revogação**' ou '**aniquilação**' pura e simples **desse núcleo essencial**. **A liberdade de conformação** do legislador **e inerente** auto-reversibilidade **têm como limite** o núcleo essencial já realizado." (grifei)

ARE 639.337 AgR / SP

Bem por isso, o Tribunal Constitucional português (Acórdão n° 39/84), ao invocar a cláusula da proibição do retrocesso, reconheceu a inconstitucionalidade de ato estatal que revogara garantias já conquistadas em tema de direitos prestacionais de natureza social, vindo a proferir decisão assim resumida pelo ilustre Relator da causa, **Conselheiro VITAL MOREIRA**, em douto voto de que extraio o seguinte fragmento ("Acórdãos do Tribunal Constitucional", vol. 3/95-131, 117-118, 1984, Imprensa Nacional, Lisboa):

"Que o Estado não dê a devida realização às tarefas constitucionais, concretas e determinadas, que lhe estão cometidas, isso só poderá ser objecto de censura constitucional em sede de inconstitucionalidade por omissão. Mas quando desfaz o que já havia sido realizado para cumprir essa tarefa, e com isso atinge uma garantia de um direito fundamental, então a censura constitucional já se coloca no plano da própria inconstitucionalidade por acção.

Se a Constituição impõe ao Estado a realização de uma determinada tarefa - a criação de uma certa instituição, uma determinada alteração na ordem jurídica -, então, quando ela seja levada a cabo, o resultado passa a ter a protecção directa da Constituição. O Estado não pode voltar atrás, não pode descumprir o que cumpriu, não pode tornar a colocar-se na situação de devedor. (...) Se o fizesse, incorreria em violação positiva (...) da Constituição.

.....
Em grande medida, os direitos sociais traduzem-se para o Estado em obrigação de fazer, sobretudo de criar certas instituições públicas (sistema escolar, sistema de segurança social, etc.). Enquanto elas não forem criadas, a Constituição só pode fundamentar exigências para que se criem; mas após terem sido criadas, a

ARE 639.337 AgR / SP

Constituição passa a proteger **a sua existência**, como se já existissem à data da Constituição. As tarefas constitucionais impostas ao Estado em sede de direitos fundamentais no sentido de criar certas instituições ou serviços não o obrigam apenas a criá-los, **obrigam-no também a não aboli-los uma vez criados**.

Quer isto dizer que, **a partir** do momento em que o Estado **cumpre** (total ou parcialmente) **as tarefas constitucionalmente impostas** para realizar um direito social, **o respeito constitucional** deste deixa de consistir (ou deixar de consistir apenas) numa obrigação **positiva**, **para se transformar** (ou passar também a ser) numa **obrigação negativa**. **O Estado**, que estava obrigado a **actuar** para dar satisfação ao direito social, **passa a estar obrigado a abster-se de atentar contra a realização dada ao direito social**.

Este enfoque dos direitos sociais faz hoje parte integrante da concepção deles a teoria constitucional, **mesmo lá onde é escasso** o elenco constitucional de direitos sociais e onde, portanto, eles têm de ser extraídos de cláusulas gerais, como a cláusula do 'Estado social'." (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

ARE 639.337 AgR / SP

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, 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 até 5 (cinco) anos de idade" (CF, art. 208, IV, **na redação** dada pela EC nº 53/2006).

Cabe observar, de outro lado, **que a multa diária** imposta ao Município de São Paulo **reveste-se de plena legitimidade**, pois objetiva compeli-lo a **cumprir, de modo efetivo e integral**, o comando emergente da sentença e do acórdão que a confirmou.

Vale salientar **que inexistente** qualquer obstáculo jurídico-processual **à utilização, contra entidades de direito público (como** o Município de São Paulo), **da multa cominatória prevista** no § 5º do art. 461 do CPC.

ARE 639.337 AgR / SP

É de ressaltar, por isso mesmo, que as "astreintes" podem ser legitimamente impostas às pessoas jurídicas de direito público, consoante adverte autorizado magistério doutrinário (LEONARDO JOSÉ CARNEIRO DA CUNHA, "Algumas Questões sobre as Astreintes (Multa Cominatória)", "in" "Revista Dialética de Direito Processual n° 15", p. 95/104, item n. 7, junho-2004; GUILHERME RIZZO AMARAL, "As Astreintes e o Processo Civil Brasileiro: multa do artigo 461 do CPC e outras", p. 99/103, item n. 3.5.4, 2004, Livraria do Advogado Editora; EDUARDO TALAMINI, "Tutela Relativa aos Deveres de Fazer e de não Fazer: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A; CDC, art. 84)", p. 246/247, item n. 9.3.4, 2ª ed., 2003, Editora Revista dos Tribunais, v.g.).

Esse entendimento doutrinário, por sua vez, reflete-se na jurisprudência firmada pelos Tribunais, cujas decisões (RT 808/253-256 - RF 370/297-299 - RE 495.740-TAR/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO - REsp n° 201.378/SP, Rel. Min. FERNANDO GONÇALVES - REsp n° 784.188/RS, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI - REsp n° 810.017/RS, Rel. Min. FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, v.g.) já reconheceram a possibilidade jurídico-processual de condenação da Fazenda Pública ao pagamento da multa cominatória prevista no § 5º do art. 461 do CPC.

ARE 639.337 AgR / SP

Na realidade, a "astreinte" - que se reveste de função coercitiva - tem por finalidade específica compelir, validamente, o devedor, mesmo que se cuide do Poder Público, a cumprir o preceito, tal como definido no ato sentencial.

Inquestionável, dessa maneira, por ser juridicamente válida, a imposição, no caso ora em exame, pelo Poder Judiciário paulista, de multa diária por criança não atendida pelo Município de São Paulo.

O Município de São Paulo **sustenta**, ainda, nesta sede recursal, a **necessidade** de este Tribunal **analisar os novos fundamentos** apresentados pelo ora agravante, **bem assim examinar a nova realidade fática e a adoção**, por referido Município, de medidas **destinadas** a implementar projetos e programas de realização de políticas públicas **concernentes** à educação (fls. 1.781).

Essa pretensão, **nos termos** em que exposta pela parte recorrente, **não se revela** suscetível de conhecimento, **pois** a matéria em questão constitui tema estranho ao objeto da controvérsia suscitada em sede recursal extraordinária.

ARE 639.337 AgR / SP

Impende advertir, neste ponto, na linha da orientação jurisprudencial firmada pelo Supremo Tribunal Federal, que o recurso extraordinário deve ser apreciado, unicamente, nos estritos limites temáticos em que a controvérsia constitucional tenha sido examinada pelo Tribunal "a quo", sem possibilidade de aplicação do princípio "jura novit curia" (RTJ 173/335, Rel. Min. CELSO DE MELLO):

"Não se aplica ao julgamento do recurso extraordinário, pelo Supremo Tribunal Federal, o princípio 'jura novit curia'." (RTJ 147/994-995, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

"No exame do recurso extraordinário, no Supremo Tribunal Federal, não é aplicável o princípio 'jura novit curia' (...)." (RE 99.978-ED/PR, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO - grifei)

Isso significa, portanto, que a atividade jurisdicional desenvolvida pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de recurso extraordinário, apresenta-se essencialmente limitada pela matéria constitucional, desde que esta, além de suscitada nas razões recursais deduzidas pela parte recorrente (RTJ 90/516, v.g.), tenha sido explicitamente prequestionada (debatida, portanto, de modo expresso, pelo acórdão recorrido).

Somente os temas de direito constitucional efetivamente versados no acórdão impugnado (e igualmente veiculados no recurso

ARE 639.337 AgR / SP

extraordinário interposto) revelar-se-ão suscetíveis de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal, **cujo julgamento, no entanto, não poderá** "exceder os limites da devolução, **apreciando questões não ventiladas na decisão recorrida (...)**" (ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO E ANTONIO SCARANCA FERNANDES, "Recursos no Processo Penal", p. 298, item n. 196, 1996, RT).

Sem razão, finalmente, o Município de São Paulo, **quando busca** dar suporte a esses "novos fundamentos", **invocando**, para tanto, uma "nova realidade fática" (**grifei**).

É que, como se sabe, o E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, **ao julgar** a presente causa, **o fez com apoio** em pressupostos fáticos por ele soberanamente reconhecidos no acórdão objeto do recurso extraordinário em questão.

Esse dado **assume** relevo processual, **pois a discussão suscitada** pelo Município de São Paulo, **com fundamento** em "nova realidade fática", **revela-se incabível** em sede de recurso extraordinário, por depender do exame de matéria de fato, de todo inadmissível na via do apelo extremo.

ARE 639.337 AgR / SP

Sabemos que o recurso extraordinário não permite que se reexaminem, nele, em face de seu estrito âmbito temático, questões de fato ou aspectos de índole probatória (RTJ 161/992 - RTJ 186/703). É que o pronunciamento do Tribunal "a quo" sobre matéria de fato reveste-se de inteira soberania (RTJ 152/612 - RTJ 153/1019 - RTJ 158/693, v.g.).

Sendo assim, e tendo em consideração as razões expostas, nego provimento ao presente recurso de agravo, mantendo, em conseqüência, por seus próprios fundamentos, a decisão ora agravada.

É o meu voto.

SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA**AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 639.337**

PROCED. : SÃO PAULO

RELATOR : MIN. CELSO DE MELLO

AGTE.(S) : MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

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

AGDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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

INTDO.(A/S) : PROMOTOR DE JUSTIÇA DA VARA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE DO FORO REGIONAL DE SANTO AMARO

INTDO.(A/S) : A C C E OUTRO(A/S)

Decisão: A Turma, por votação unânime, **negou** provimento ao recurso de agravo, **nos termos** do voto do Relator. Presidiu, este julgamento, o Senhor Ministro Celso de Mello. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Ayres Britto e, licenciado, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. **2ª Turma**, 23.08.2011.

Presidência do Senhor Ministro Ayres Britto. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski. Ausente, licenciado, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Francisco de Assis Vieira Sanseverino.

Karima Batista Kassab
Coordenadora