

20/03/2012

PRIMEIRA TURMA

**AG.REG. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 658.491 GOIÁS**

**RELATOR** : **MIN. DIAS TOFFOLI**  
**AGTE.(S)** : **ESTADO DE GOIÁS**  
**PROC.(A/S)(ES)** : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE GOIÁS**  
**AGDO.(A/S)** : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS**  
**PROC.(A/S)(ES)** : **PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE GOIÁS**

### **EMENTA**

**Agravo regimental no agravo de instrumento. Acesso à educação. Direito fundamental. Controle judicial. Ato administrativo ilegal. Possibilidade. Precedentes.**

1. A educação é direito fundamental do cidadão, assegurada pela Constituição da República, e deve não apenas ser preservada, mas, também, fomentada pelo Poder Público e pela sociedade, configurando a omissão estatal no cumprimento desse mister um comportamento que deve ser repellido pelo Poder Judiciário.

2. O Poder Judiciário pode efetuar o controle judicial dos atos administrativos quando ilegais ou abusivos.

3. Agravo regimental não provido.

### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 20 de março de 2012.

**MINISTRO DIAS TOFFOLI**  
Relator

20/03/2012

PRIMEIRA TURMA

**AG.REG. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 658.491 GOIÁS**

**RELATOR** : **MIN. DIAS TOFFOLI**  
**AGTE.(S)** : **ESTADO DE GOIÁS**  
**PROC.(A/S)(ES)** : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE GOIÁS**  
**AGDO.(A/S)** : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS**  
**PROC.(A/S)(ES)** : **PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE GOIÁS**

### **RELATÓRIO**

#### **O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):**

Estado de Goiás interpõe tempestivo agravo regimental contra decisão em que se negou provimento ao agravo de instrumento (fls. 131 a 146), com a seguinte fundamentação:

“Vistos.

Estado de Goiás interpõe recurso extraordinário, com fundamento na alínea ‘a’ do permissivo constitucional, contra acórdão da Segunda Turma Julgadora da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, assim ementado:

‘DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO. APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO À EDUCAÇÃO. ARTIGO 205, ‘CAPUT’ DA CF/88. ENSINO FUNDAMENTAL. EJA-EDUCAÇÃO PARA JOVENS E ADULTOS. 1 - O administrador público deve assegurar aos cidadãos brasileiros o acesso ao ensino obrigatório, pois a educação é direito de todos e dever do Estado, conforme estatuído no art. 205, ‘caput’, da Constituição Federal. 2 – O ato de extinguir uma turma de 5ª série do ensino fundamental, na modalidade ‘EJA’ – (Ensino para jovens e adultos), em pleno funcionamento constitui lesão a direito líquido e certo dos beneficiários da impetração, mormente quando estes não tiveram oportunidade de dar

**AI 658.491 AGR / GO**

continuidade a seus estudos na idade apropriada. Remessa e apelo conhecidos mais improvidos. Sentença confirmada' (fl. 92).

Alega violação dos artigos 205 da Constituição Federal, consubstanciado pela imposição de ordem, ao recorrente, no sentido de manter em funcionamento turma de ensino fundamental para jovens e adultos, mesmo que inviável pelo quantitativo pequeno número de alunos matriculados.

O parecer da douta Procuradoria-Geral da República é pelo desprovimento do agravo (fls. 126 a 128).

Decido.

Anote-se, inicialmente, que o acórdão recorrido foi publicado em 16/11/06, conforme expresso na certidão de folha 94, não sendo exigível a demonstração da existência de repercussão geral das questões constitucionais trazidas no recurso extraordinário, conforme decidido na Questão de Ordem no Agravo de Instrumento nº 664.567/RS, Tribunal Pleno, Relator o Ministro **Sepúlveda Pertence**, DJ de 6/9/07.

A irresignação não merece prosperar.

O artigo 205 da Constituição Federal afirma a educação como direito de todos e, em complemento, o artigo 208, inciso I, da Constituição Federal estipula como dever do Estado efetivar a educação mediante a garantia de *'ensino fundamental obrigatório e gratuito, assegurada, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiverem acesso na idade própria'*.

Dessa forma, é patente que o Poder Público, incluídas todas as unidades federadas, inclusive os municípios, deve garantir a observância irrestrita da Constituição, não podendo se furtar dos deveres constitucionais sob fundamentos supostamente extraídos do próprio texto e da competência constitucional do ente federado.

A negativa ou simples inércia estatal no atendimento prioritário do ensino fundamental de modo a descumprir a política pública programática, apenas é plausível se não

**AI 658.491 AGR / GO**

inviabilizar o efetivo acesso a programa social já existente e positivado pelo Estado.

É ainda mais sério o caso dos autos, em que se extinguiu turma de ensino fundamental de jovens e adultos já existente sob a alegação de que apenas 6 (seis) alunos freqüentavam as aulas, tendo o acórdão consignado, ainda, que *'o ato coator obsta aos beneficiários do **mandamus** a continuidade e término do ano letivo já que desde agosto de 2005 eles freqüentavam as aulas normalmente'*.

Assim, cabe ao Poder Judiciário analisar a legalidade do ato administrativo, quando, como no caso dos autos, o ente político descumprir os encargos político-jurídicos que sobre ele incide de maneira a comprometer com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais assegurados pela Constituição Federal.

Sobre o tema, as seguintes decisões monocráticas proferidas em casos similares aos dos autos: AI nº 646.079/SP, Relator o Ministro **Marco Aurélio**, DJ de 28/11/08, AI nº 725.891/SC, Relator o Ministro **Celso de Mello**, DJ de 10/10/08, essa última, assim fundamentada:

**'CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE. ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA. 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

AI 658.491 AGR / GO

(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

**AI 658.491 AGR / GO**

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 recurso extraordinário a que se refere o presente agravo de instrumento foi interposto contra acórdão, que, **confirmado**, em sede de embargos de declaração (fls. 09) pelo E. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, **está assim ementado (fls. 09):**

'APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. SENTENÇA QUE CONCEDEU A ORDEM, DETERMINANDO AO MUNICÍPIO A INCLUSÃO DE CRIANÇA EM CRECHE. DIREITO FUNDAMENTAL. COMPETÊNCIA DO ESTADO. IMPOSSIBILIDADE DE O MUNICÍPIO EXIMIR-SE DO DEVER CONSTITUCIONAL, ATRIBUINDO-O À INICIATIVA PRIVADA. GARANTIA QUE TEM POR DESTINATÁRIO TODAS AS CRIANÇAS DE 0 (ZERO) A 5 (CINCO) ANOS DE IDADE, E NÃO SOMENTE AQUELAS QUE SÃO PORTADORAS DE DEFICIÊNCIA OU QUE SE ENCONTRAM EM SITUAÇÃO DE RISCO. ART. 23, INCISO V, ART. 205, 'CAPUT', ART. 206, INCISO I, ART. 208, INCISO IV, E ART. 227, 'CAPUT', TODOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ART. 4º, ART. 53, INCISOS I E V, E ART. 54, INCISO IV, DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ART. 1º, ART. 2º, ART. 3º, INCISO I, E ART. 4º, INCISO IV, DA LEI DE DIRETRIZES E BASES DA EDUCAÇÃO NACIONAL. ALEGAÇÃO DE LIMITAÇÃO FINANCEIRO-ORÇAMENTÁRIA IMPEDITIVA DA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO

**AI 658.491 AgR / GO**

FUNDAMENTAL QUE É REJEITADA. RECURSO DESPROVIDO. RESSALVA DO PONTO DE VISTA PESSOAL DO RELATOR.

1. Ressalvado o ponto de vista pessoal do relator, entende a Câmara que o direito à educação da criança - matrícula em creche próxima à residência da mãe - pode ser reclamado em sede de mandado de segurança.

2. 'CRECHE E PRÉ-ESCOLA - OBRIGAÇÃO DO ESTADO.

Cumpra ao Estado - gênero - proporcionar a creche e a pré-escola às crianças de zero a cinco anos de idade, observando a norma cogente do artigo 208, inciso IV, da Constituição Federal, com a redação decorrente da Emenda Constitucional n. 53/2006' (STF, agravo regimental no recurso extraordinário n. 384.201/SP, relator o ministro **Marco Aurélio**, j. Em 26.4.2007).

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

O **exame** desta causa, **considerada** jurisprudência que o Supremo Tribunal Federal **firmou** 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. . 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 Santa Catarina.

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

**AI 658.491 AGR / GO**

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

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



AI 658.491 AGR / GO

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 ento, 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 infantil em sua área de competência'** (WILSON DONIZETI LIBERATI,

AI 658.491 AGR / GO

'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

**AI 658.491 AGR / GO**

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

**AI 658.491 AGR / GO**

**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** quanto mediante **inércia**. A **situação de inconstitucionalidade** derivar de um **comportamento ativo** do Poder Público, **que age edita em desacordo** 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** medidas **necessárias à realização concreta** preceitos da Constituição, **em ordem** torná-los efetivos, operantes e exequíveis, **abstendo-se**, em consequência, **de cumprir o dever de prestação** a Constituição lhe impôs, **incidirá em violação negativado** texto constitucional. Deste **non facere** ou **non praestare**, resultará a inconstitucionalidade **por omissão**, que pode ser **total**, quando é **nenhumaa** providência

**AI 658.491 AGR / GO**

adotada, **ou parcial**, quando é **insuficiente** a medida efetivada pelo Poder Público.

(...)

- A **omissão** 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** 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/DE**, 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 mandatório, **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

**AI 658.491 AGR / GO**

*'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

**AI 658.491 AGR / GO**

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

**AI 658.491 AGR / GO**

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*



**AI 658.491 AGR / GO**

*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 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** pretensão recursal deduzida pelo Município de Criciúma, **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 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 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*

**AI 658.491 AGR / GO**

*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, 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).**

**Sendo assim, e pelas razões expostas, nego provimento ao presente agravo de instrumento, por revelar-se evidentemente incabível, na espécie, o recurso extraordinário a que ele se refere.'**

**AI 658.491 AGR / GO**

Ante o exposto, nego provimento ao agravo.  
Publique-se.”

Insiste o agravante que foi violado o art. 205 da Constituição Federal.  
Aduz, **in verbis**, que:

“A prática de atos administrativos, dentre os quais se inclui a ação de determinar ou não a abertura de turmas, implica que seja expendido pelo Administrador um juízo de conveniência e oportunidade, movido pela busca do bem-estar coletivo. Assim, ao se decidir pela não abertura da turma, com apenas 06 (seis) alunos, foi exercido o poder-dever de decidir a respeito da prática ou não do ato administrativo correspondente.

(...)

Portanto, ao decidir pelo fechamento de uma sala de aula a autoridade que determinou tal ação o faz em razão de uma escolha que importa decidir sobre o dispêndio de recursos públicos.

(...)

Não há direito líquido e certo a tratamento exclusivo. Educação é direito de todos e dever da família e do Estado, conforme a dicção do art. 205 da Constituição Federal, mas isto implica em oferecer ao cidadão o direito de realizar seus estudos na rede regular de ensino. Não há, portanto, descumprimento da obrigação do Estado de oferecer ensino se existe a possibilidade de se matricularem no ensino regular” (fls. 151/152).

É o relatório.

20/03/2012

PRIMEIRA TURMA

AG.REG. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 658.491 GOIÁS

**VOTO**

**O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):**

Não merece prosperar a irresignação.

Colhe-se do voto condutor do acórdão recorrido:

“Extrai-se dos autos que a autoridade impetrada extinguiu uma Turma do curso de ‘Ensino de Jovens e Adultos’, correspondente à quinta série do ensino fundamental, sob a alegação de que dos 22 alunos matriculados, apenas 06 estavam frequentando normalmente as aulas.

(...)

O apelante, em suas razões recursais, pretende a reforma da decisão fustigada por ausência de direito líquido e certo, uma vez que caracterizada a regularidade do ato inquinado como ilegal e abusivo, bem como porque existe a possibilidade de se matricularem os alunos motivadores da impetração em salas de aula do ensino regular.

Entretanto, perlustrando o todo processado, observo que a extinção da Turma de 5ª série do programa EJA - ‘Ensino de Jovens e Adultos’, sob o fundamento de que se revela inviável pelo quantitativo pequeno de alunos, não se mostra razoável, como bem entendeu o julgador singular.

**In casu**, o ato denominado coator viola direito público subjetivo assegurado à sociedade brasileira, qual seja o acesso ao ensino médio e fundamental obrigatórios.

À guisa de esclarecimento, convém ressaltar que a promoção da educação destinada a jovens e adultos que não tiveram acesso à educação ou lhes foram obstada a continuidade dos estudos no ensino fundamental e médio em idade apropriada, constitui uma das maiores premissas da Lei das Diretrizes Básicas da Educação Nacional – LDB, lei nº 9.394, de 20/12/1996 (artigos 37 e 38).

Ademais, o próprio legislador constituinte originário

**AI 658.491 AGR / GO**

cuidou de responsabilizar os administradores públicos, que por ato omissivo ou comissivo venham obstar o acesso ao ensino de 1º e 2º graus, conforme previsão legal contida no parágrafo segundo do artigo 208 da Lei Maior, a saber: ‘§ 2º O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente’.

Como bem salientou o nobre representante do Ministério Público de 1º Grau, Dr. Denis Augusto Bimbati Marques, às fls. 50/51, ‘(...) a garantia do ensino àqueles que não o tiveram na idade oportuna nada mais é do que o reconhecimento da própria ineficiência do Estado. Melhor seria se não houvesse tal tal necessidade. Como ainda não atingimos tal maturidade política, mister se faz a criação de cursos como o ‘EJA’. O que não se pode admitir, entretanto, é que indivíduos que demonstraram interesse no aprendizado, matriculando-se regularmente em curso oficial, rompendo as barreiras da idade e do cansaço, sejam punidos por uma decisão amadora e irresponsável.

Repise-se que há alunos mais do que suficientes para a manutenção da turma extinta. Cabe aos órgãos de ensino adotar providências para resgatar os alunos infrequentes. Gize-se, ainda, que não há outra turma neste município para que possa se cogitar em eventual transferência, ao contrário do afirmado nas razões de apelação (fls. 45). A classe em comento é a única 5ª série do EJA existente no município. Portanto, não se trata de ação visando à preservação do direito de escolha dos alunos, conforme mencionado a fls. 45.

(...)

A alegação de que a manutenção da referida turma importa sobre o dispêndio de recursos públicos não pode prosperar, tendo em vista que, como bem enfatizou o MM. juiz singular, ‘O EJA somente foi implantado porque havia recursos disponíveis para tanto, visto que o administrador só pode fazer o que a lei determina e o programa não seria criado sem prévia dotação orçamentária. A oferta do programa foi louvável e não é admissível que na primeira dificuldade a classe seja extinta. Como bem ponderou o i. representante ministerial, o poder público tem que incentivar os

**AI 658.491 AGR / GO**

*alunos que se matricularam, mas não frequentavam, a retornar às aulas e não desestimular aqueles que com dificuldade mantinham-se assíduos’.*

(...)

Desse modo, não há como prosperar o pleito do Apelante, porquanto restou cabalmente comprovada a ilegalidade do ato atacado via Mandado de Segurança, porquanto, a Carta Magna garante a todos, em seu art. 205, **caput**, o direito à educação” (fls.81 a 89).

O Tribunal de origem concluiu que, ao contrário do que alega o Poder Público, não havia, na rede regular de ensino, uma classe para a qual os alunos matriculados na turma extinta pudessem ser transferidos sem prejuízo do seu aprendizado. Asseverou-se, ainda, na ocasião, que não cabia falar em falta de verbas para a manutenção da turma, uma vez que para a criação do Programa “EJA – Ensino de Jovens e Adultos” houve previsão da necessária e prévia dotação orçamentária.

Desse modo, é certo que o Tribunal de Justiça, ao garantir aos beneficiários do programa o acesso à educação, não divergiu do entendimento adotado nesta Corte no sentido de que a educação é direito fundamental do cidadão, assegurada pela Constituição da República, e deve não apenas ser preservada, mas, também, fomentada pelo Poder Público e pela sociedade, configurando a omissão estatal no cumprimento desse mister um comportamento que deve ser repellido pelo Poder Judiciário. Nesse sentido, anote-se:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CARÊNCIA DE PROFESSORES. UNIDADES DE ENSINO PÚBLICO. OMISSÃO DA ADMINISTRAÇÃO. EDUCAÇÃO. DIREITO FUNDAMENTAL INDISPONÍVEL. DEVER DO ESTADO. ARTS. 205, 208, IV E 211, PARÁGRAFO 2º, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. A educação é um direito fundamental e indisponível dos indivíduos. É dever do Estado propiciar meios que viabilizem o seu exercício. Dever a ele

**AI 658.491 AGR / GO**

imposto pelo preceito veiculado pelo artigo 205 da Constituição do Brasil. A omissão da Administração importa afronta à Constituição. 2. O Supremo fixou entendimento no sentido de que '[a] educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental [...]. Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam essas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos políticos-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais impregnados de estatura constitucional'. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento" (RE nº 594.018/RJ-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro **Eros Grau**, DJe de 7/8/09).

"CONSTITUCIONAL. ATENDIMENTO EM CRECHE E PRÉ-ESCOLA. I. - Sendo a educação um direito fundamental assegurado em várias normas constitucionais e ordinárias, a sua não-observância pela administração pública enseja sua proteção pelo Poder Judiciário. II. - Agravo não provido" (RE nº 463.210/SP-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro **Carlos Velloso**, DJ de 3/2/06).

Por outro lado, uma vez que o ato de extinção da turma distanciou-se da finalidade pública, aplica-se ao caso a jurisprudência deste Tribunal no sentido de que o Poder Judiciário pode efetuar o controle judicial dos atos administrativos, ainda que discricionários, desde que sejam ilegais ou abusivos. Sobre o tema, os seguintes julgados:

**AI 658.491 AGR / GO**

“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO. POSSIBILIDADE DE CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS ABUSIVOS E ILEGAIS. DESIGNAÇÃO DE SERVIDOR PARA EXERCÍCIO DE CARGO DIVERSO DAQUELE DE QUE É TITULAR. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO. EXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 279 DO STF. AGRAVO IMPROVIDO. I – Esta Corte possui entendimento no sentido de que o exame pelo Poder Judiciário do ato administrativo tido por ilegal ou abusivo não viola o princípio da separação dos poderes. Precedentes. II – Consoante jurisprudência deste Tribunal, é inválido o enquadramento, sem concurso público, de servidor em cargo diverso daquele de que é titular. III - Para se chegar à conclusão contrária à adotada pelo acórdão recorrido, necessário seria o reexame do conjunto fático-probatório constante dos autos, o que atrai a incidência da Súmula 279 do STF. IV - Agravo regimental improvido” (RE nº 559.114/DF-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro **Ricardo Lewandowski**, DJe de 14/4/11).

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ATO ADMINISTRATIVO: POSSIBILIDADE DE CONTROLE DA LEGALIDADE PELO PODER JUDICIÁRIO. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO” (AI nº 796.832/CE-AgR, Primeira Turma, Relatora a Ministra **Cármem Lúcia**, DJe de 23/2/11).

“ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ART. 557 DO CPC. APLICABILIDADE. ALEGADA OFENSA AO ART. 2º DA CF.



**AI 658.491 AGR / GO**

ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO. ILEGALIDADE. CONTROLE JUDICIAL. POSSIBILIDADE. APRECIÇÃO DE FATOS E PROVAS. SÚMULA STF 279. 1. Matéria pacificada nesta Corte possibilita ao relator julgá-la monocraticamente, nos termos do art. 557 do Código de Processo Civil e da jurisprudência iterativa do Supremo Tribunal Federal. 2. A apreciação pelo Poder Judiciário do ato administrativo discricionário tido por ilegal e abusivo não ofende o Princípio da Separação dos Poderes. Precedentes. 3. É incabível o Recurso Extraordinário nos casos em que se impõe o reexame do quadro fático-probatório para apreciar a apontada ofensa à Constituição Federal. Incidência da Súmula STF 279. 4. Agravo regimental improvido” (AI nº 777.502/RS-AgR, Segunda Turma, Relatora a Ministra **Ellen Gracie**, DJe de 25/10/10).

“AGRAVOS REGIMENTAIS NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ATO ADMINISTRATIVO. CONTROLE JUDICIAL. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. SÚMULA 279 DO STF. 1. É legítima a verificação, pelo Poder Judiciário, de regularidade do ato discricionário quanto às suas causas, motivos e finalidade. 2. A hipótese dos autos impõe o reexame de fatos e provas. Inviabilidade do recurso extraordinário. Súmula n. 279 do STF. Agravos regimentais aos quais se nega provimento” (RE nº 505.439/MA-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro **Eros Grau**, DJe de 29/8/08).

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO - PRESSUPOSTO ESPECIFICO DE RECORRIBILIDADE. A parte sequiosa de ver o recurso extraordinário admitido e conhecido deve atentar não só para a observancia aos pressupostos gerais de recorribilidade como também para um dos especificos do permissivo constitucional. Longe fica de vulnerar o artigo 6., paragrafo único, da Constituição de 1969 acórdão em que afastado ato

**AI 658.491 AGR / GO**

administrativo praticado com abuso de poder, no que revelou remoção de funcionário sem a indicação dos motivos que estariam a respalda-la. Na dicção sempre oportuna de **Celso Antonio Bandeira de Mello**, mesmo nos atos discricionarios não há margem para que a administração atue com excessos ou desvios ao decidir, competindo ao Judiciario a glosa cabivel (Discricionariade e Controle judicial)” (RE nº 131.661/ES, Segunda Turma, Relator o Ministro **Marco Aurélio**, DJ de 17/11/95).

Nego provimento ao agravo regimental.



**PRIMEIRA TURMA**

**EXTRATO DE ATA**

**AG.REG. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 658.491**

PROCED. : GOIÁS

**RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI**

AGTE.(S) : ESTADO DE GOIÁS

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE GOIÁS

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

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

**Decisão:** A Turma negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator. Unânime. Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli. 1ª Turma, 20.3.2012.

Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Cármen Lúcia, Luiz Fux e Rosa Weber.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Paulo de Tarso Braz Lucas.

Carmen Lilian Oliveira de Souza  
Coordenadora