

**DIREITO CONSTITUCIONAL A CRECHE EXTENSIVO AOS MENORES DE ZERO A SEIS ANOS -  
NORMA CONSTITUCIONAL REPRODUZIDA NO ART. 54 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO  
ADOLESCENTE - NORMA DEFINIDORA DE DIREITOS NÃO PROGRAMÁTICA - EXIGIBILIDADE  
EM JUÍZO - INTERESSE TRANSINDIVIDUAL ATINENTE ÀS CRIANÇAS SITUADAS NESSA  
FAIXA ETÁRIA - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - CABIMENTO E PROCEDÊNCIA**

- 1. O direito constitucional a creche extensivo aos menores de zero a seis anos é consagrado em norma constitucional reproduzida no art. 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Violação de lei federal.**

- “É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente: I - ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria; II - progressiva extensão da obrigatoriedade e gratuidade ao ensino médio; III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência preferencialmente na rede regular de ensino; IV - atendimento em creche e pré-escola às crianças de (zero) a 6 (seis) anos de idade”.

- 2. Releva notar que uma Constituição Federal é fruto da vontade política nacional, erigida mediante consulta das expectativas e das possibilidades do que se vai consagrar, por isso que cogentes e eficazes suas promessas, sob pena de restarem vãs e frias enquanto letras mortas no papel. Ressoa inconcebível que direitos consagrados em normas menores como circulares, portarias, medidas provisórias, leis ordinárias tenham eficácia imediata e os direitos consagrados constitucionalmente, inspirados nos mais altos valores éticos e morais da Nação sejam relegados a segundo plano. Prometendo o Estado o direito à creche, cumpre adimpli-lo, porquanto a vontade política e constitucional, para utilizarmos a expressão de Konrad Hesse, foi no sentido da erradicação da miséria intelectual que assola o País. O direito à creche é consagrado em regra com normatividade mais do que suficiente, porquanto se define pelo dever, indicando o sujeito passivo, *in casu* o Estado.

- 3. Consagrado por um lado o dever do Estado, revela-se, pelo outro ângulo, o direito subjetivo da criança. Consectariamente, em função do princípio da inafastabilidade da jurisdição consagrado constitucionalmente, a todo direito corresponde uma ação que o assegura, sendo certo que todas as crianças nas condições estipuladas pela lei se encartam na esfera desse direito e podem exigí-lo em juízo. A homogeneidade e transindividualidade do direito em foco enseja a propositura da ação civil pública.

- 4. A determinação judicial desse dever pelo Estado não encerra suposta ingerência do Judiciário na esfera da Administração. Deveras, não há discricionariedade do administrador frente aos direitos consagrados, quiçá constitucionalmente. Nesse campo a atividade é vinculada sem admissão de qualquer exegese que vise afastar a garantia pétrea.

- 5. Um país cujo preâmbulo constitucional promete a disseminação das desigualdades e a proteção à dignidade humana, alçadas ao mesmo patamar da defesa da Federação e da República, não pode relegar o direito à educação das crianças a um plano diverso daquele que o coloca como uma das mais belas e justas garantias constitucionais.

- 6. Afastada a tese descabida da discricionariedade, a única dúvida que se poderia suscitar resvalaria na natureza da norma ora sob enfoque, se programática ou definidora de direitos. Muito embora a matéria seja, somente nesse particular, constitucional, porém sem importância revela-se essa categorização, tendo em vista a explicitude do ECA, inequívoca se revela a normatividade suficiente à promessa constitucional, a ensejar a acionabilidade do direito consagrado no preceito educacional.

- 7. As meras diretrizes traçadas pelas políticas públicas não são ainda direitos, senão promessas de *lege ferenda*, encartando-se na esfera insindicável pelo Poder Judiciário, qual a da oportunidade de sua implementação.

- 8. Diversa é a hipótese segundo a qual a Constituição Federal consagra um direito e a norma infraconstitucional o explicita, impondo-se ao Judiciário torná-lo realidade, ainda que, para isso, resulte obrigação de fazer, com repercussão na esfera orçamentária.

- 9. Ressoa evidente que toda imposição jurisdicional à Fazenda Pública implica dispêndio e atuar sem que isso infrinja a harmonia dos Poderes, porquanto, no regime democrático e no estado de direito, o Estado soberano submete-se à própria Justiça que instituiu. Afastada, assim, a ingerência entre os Poderes, o Judiciário, alegado o malferimento da lei, nada mais fez do que cumpri-la ao determinar a realização prática da promessa constitucional.

- 10. O direito do menor à freqüência em creche insta o Estado a desincumbir-se do mesmo através da sua rede própria. Deveras, colocar um menor na fila de espera e atender a outros é o mesmo que tentar legalizar a mais violenta afronta ao princípio da isonomia, pilar não só da sociedade democrática anunciada pela Carta Magna, mercê de ferir de morte a cláusula de defesa da dignidade humana.

- 11. O Estado não tem o dever de inserir a criança numa escola particular, porquanto as relações privadas se subsumem a burocracias nem sequer previstas na Constituição. O que o Estado soberano promete por si ou por seus delegatários é cumprir o dever de educação mediante o oferecimento de creche para crianças de zero a seis anos. Visando ao cumprimento de seus desígnios, o Estado tem domínio iminente sobre bens, podendo valer-se da propriedade privada, etc. O que não ressoa lícito é repassar o seu encargo para o particular, quer incluindo o menor numa “fila de espera”, quer sugerindo uma medida que tangencia a legalidade, porquanto a inserção numa creche particular somente poderia ser realizada sob o pálio da licitação ou delegação legalizada, acaso a entidade fosse uma *longa manu* do Estado ou anuisse, voluntariamente, fazer-lhe as vezes.

- 12. Recurso especial provido.

RECURSO ESPECIAL Nº 575.280-SP - Relator: Ministro JOSÉ DELGADO

Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Procuradores: Jurandir Norberto Marçura e outros. Recorrido: Município de Santo André. Procuradores: Mônica M. Hernandez de Abreu Vicente e outros.

Brasília-DF, 02 de setembro de 2004 (data do julgamento). - *Ministro Luiz Fux* - Presidente e Relator p/ o acórdão.

#### Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, após o voto-vista do Sr. Ministro Teori Albino Zavascki, por maioria, vencido o Sr. Ministro Relator, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto-vista do Sr. Ministro Luiz Fux, que lavrará o acórdão. Votaram com o Sr. Ministro Luiz Fux (voto-vista) os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki (voto-vista) e Denise Arruda.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros José Delgado e Francisco Falcão.

#### Relatório

O Sr. Ministro José Delgado (Relator) - O Ministério Público do Estado de São Paulo interpõe recurso especial para modificar acórdão com fundamentos sintetizados na ementa do teor que transcrevo (fl. 145):

Embargos infringentes. - Ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público em favor de menor - Sentença que julgou procedente pedido voltado à obrigação de fazer, consistente na criação e manutenção de vagas em creches municipais para crianças, menores de seis anos, sob pena de multa diária. Recurso voluntário visando a reforma integral da sentença, sob o fundamento de ingerência no Poder Executivo, concedido, por maioria de votos, pelo v. acórdão embargado.

Inadmissibilidade da substituição da vontade da Administração Pública - Inviabilidade de exame do mérito administrativo - Os critérios governamentais, conveniência e oportunidade, são próprios do Executivo, não podendo o Judiciário, sob qualquer pretexto, ir além do estrito exame da legalidade e da legitimidade, par e passo dos princípios informadores de cada qual, pena de ingerência no Executivo, se imiscuindo em terreno discricionário específico - Desobediência ao orçamento municipal que sequer foi alegada na petição inicial da ação civil pública ajuizada, o que torna a matéria impossível de conhecimento em face da omissão da causa de pedir. Embargos infringentes rejeitados.

Alega no Especial violação dos arts. 54, IV, 208, III, e 213 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Aduz que o oferecimento de ensino infantil, por meio de creches e pré-escolas, constitui, de um lado, um dever do Município (que poderá requerer, mediante ação própria, a colaboração técnica e financeira da União e do Estado-membro respectivo - cf. art. 211, *caput* e § 1º, da CF/88) e, de outro, um direito, líquido e certo, de toda criança brasileira na faixa de 0 a 6 anos de idade.

Contra-razões oferecidas pela manutenção do *decisum a quo*.

Admitido o recurso especial, subiram os autos a esta Casa de Justiça, com sua inclusão em pauta para julgamento, o que faço agora.

É o relatório.

Administrativo e Processo Civil - Ação civil pública para obrigar município a criar e manter vagas em creches para crianças menores de 06 anos - Intrometimento do Judiciário em função específica da municipalidade. Impossibilidade - Precedentes.

- 1. O Ministério Público está legitimado para propor ação civil pública para proteger interesses coletivos.
- 2. Impossibilidade de o juiz substituir a Administração Pública, estabelecendo que determinado Município crie e mantenha vagas em creches para menores de 06 anos de idade.
- 3. Ao Poder Executivo cabe a conveniência e a oportunidade de realizar atos físicos de adminis-

tração (construção de conjuntos habitacionais, escolas públicas, creches etc.). O Judiciário não pode, sob o argumento de que está protegendo direitos coletivos, ordenar que tais realizações sejam consumadas.

- 4. As obrigações de fazer permitidas pela ação civil pública não têm força de quebrar a harmonia e independência dos Poderes.
- 5. O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário está vinculado a perseguir a atuação do agente público em campo de obediência aos princípios da legalidade, da moralidade, da eficiência, da impessoalidade, da finalidade e, em algumas situações, o controle do mérito.
- 6. As atividades de realização dos fatos concretos pela administração depende de dotações orçamentárias prévias e do programa de prioridades estabelecido pelo governante. Não cabe ao Poder Judiciário, portanto, determinar as obras que deve edificar, mesmo que seja para proteger o meio ambiente.
- 7. Precedentes desta Corte Superior.
- 8. Recurso não provido.

#### Voto-vencido

O Sr. Ministro José Delgado (Relator) - Conheço do recurso. A matéria jurídica enfrentada pelo recorrente foi amplamente discutida no acórdão.

O voto condutor do acórdão objurgado encontra-se em perfeita harmonia com o posicionamento deste Relator, pelo que o transcrevo como razão de decidir (fls. 146/154):

2. Como de há muito se adianta, a Lei nº 8.069/90, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, não primou pela melhor técnica normativa e nem vernacular, gerando dúvidas na aplicação de vários de seus dispositivos, os quais ora guardam contradição lógica entre si, ora malferem o plexo normativo, pois o legislador procurou tudo lançar no Estatuto, que foi retalhado, sem dúvida com a melhor das intenções, buscando o aprimoramento do tratamento ora destinado à infância e à juventude.

No entanto, não se pode, a pretexto de salvaguardar direitos, ferir normas válidas e eficazes do universo jurídico vigente, o que obriga o intérprete, em árdua tarefa, a adequar a aplicação do Estatuto à realidade jurídica.

A sanação de irregularidades, posta nos artigos 191 e seguintes do Estatuto, há de ser vista com reservas, porquanto, em se tratando de entidade governamental, que é regrada por princípios reguladores próprios, a atividade do Poder Judiciário encontra-se genuinamente restrita ao controle dos atos administrativos, sob a vertente dos preceitos de regência da atuação do agente público, de maneira que qualquer determinação de fazer ou de não fazer encontra como parâmetros os princípios administrativos atinentes, não se podendo, por exemplo, invadir o mérito do ato administrativo, em especial no que concerne a conveniência e oportunidade, assim como defeso é olvidar da legalidade estrita, pois a Administração Pública, diferentemente do particular, tem sua conduta pautada pela ordem legal, o que, em matéria de gastos públicos, revolve a diretriz orçamentária, lei de licitações e concurso público para contratação de funcionários.

Em assuntos assemelhados, este Tribunal e o colendo Superior Tribunal de Justiça já proclamaram a impertinência de determinações judiciais que atinjam o âmbito discricionário da Administração Pública, o que se pode observar pela ementa dos venerandos arestos relatados, respectivamente, pelos Desembargadores Alves Braga e Scarance Fernandes, assim como pelo Ministro José Delgado:

'Pretensão a obrigar a Municipalidade a fornecer abrigo a famílias despejadas de área de proteção aos mananciais por força de outra ação civil pública, igualmente movida pelo Ministério Público. Impossibilidade de o Judiciário se imiscuir em assuntos de esfera discricionária específica do Executivo. Interesse de agir inócua. Recursos improvidos' (TJSP - Câm. Esp., Ap. Cív. nº 41.369-0-SP, Rel. Des. Alves Braga, j. em 15.1.1998, v.u., *JTJ*, 219/14).

'Agravado de instrumento. Ação civil pública. Remoção de presos com condenações definitivas, transitadas em julgado, das cadeias públicas e delegacias de polícia. Liminar concedida. Inadmissibilidade. Recurso provido' (Al nº 078.977-5/5-SP, Rel. Des. Scarance Fernandes, j. em 10.11.1998, v.u.).

'1. O Ministério Público está legitimado para propor ação civil pública para proteger interesses coletivos. - 2. Impossibilidade de o juiz substituir a Administração Pública determinando que obras de infra-estrutura sejam realizadas em conjunto habitacional. Do mesmo modo, que desfaça construções já realizadas para atender a projetos de proteção ao parcelamento do solo urbano. - 3. Ao Poder Executivo cabe a con-

veniência e a oportunidade de realizar atos físicos de administração (construção de conjuntos habitacionais, etc.). O Judiciário não pode, sob o argumento de que está protegendo direitos coletivos, ordenar que tais realizações sejam consumadas. - 4. As obrigações de fazer permitidas pela ação civil pública não têm força de quebrar a harmonia e independência dos Poderes. - 5. O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário está vinculado a perseguir a atuação do agente público em campo de obediência aos princípios da legalidade, da moralidade, da eficiência, da impessoalidade, da finalidade e, em algumas situações, o controle do mérito. - 6. As atividades de realização dos fatos concretos pela Administração dependem de dotações orçamentárias prévias e do programa de prioridade estabelecidos pelo governante. Não cabe ao Poder Judiciário, portanto, determinar as obras que deve edificar, mesmo que seja para proteger o meio ambiente. - 7. Recurso provido' (STJ - 1ª T., REsp nº 169.876, Rel. Min. José Delgado, j. em 16.6.1998, v.u., *RSTJ*, 114/98). Oportuno, ainda, transcrever o entendimento esposado pela 6ª Turma do colendo Superior Tribunal de Justiça em caso semelhante:

'Constitucional e Administrativo. Constituição dirigente e programática. Estatuto da Criança e do Adolescente. Ação civil pública para obrigar o governo a construir um centro de recuperação e triagem. Impossibilidade jurídica. Recurso especial não conhecido.

- I. O Ministério Público do Estado de Goiás, com base nas Constituições Federal e Estadual e no art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente, ajuizou ação civil pública para compelir o Governo estadual a construir um Centro de Recuperação e Triagem, em face da prioridade genericamente estabelecida. O TJGO, em apelação, decretou a carência da ação por impossibilidade jurídica.

- II. A Constituição Federal e em suas águas a Constituição de Goiás são 'dirigentes' e 'programáticas'. Têm, no particular, preceitos impositivos para o Legislativo (elaborar leis infraconstitucionais de acordo com as 'tarefas' e 'programas' preestabelecidos) e para o Judiciário ('atualização constitucional'). Mas, no caso dos autos, as normas invocadas não estabelecem, de modo concreto, a obrigação do Executivo de construir, no momento, o Centro. Assim, haveria uma intromissão indébita do Poder Judiciário no Executivo, único em condições de escolher o momento oportuno e conveniente para a execução da obra reclamada.

- III. Recurso especial não conhecido. Decisão recorrida mantida' (STJ - 6ª T., REsp nº 63.128-9, Rel. Min. Adhemar Maciel, j. em 11.03.96, v. u., DO de 20.05.96, RSTJ, 85/385).

Lê-se no bojo deste v. acórdão da lavra do eminente Ministro Adhemar Maciel:

'Acontece que no caso dos autos as normas maiores não estabeleceram, de modo concreto, a escalada de prioridade. Assim, não se tem como obrigar o Executivo a construir o Centro de Recuperação e Triagem para a recepção de adolescentes submetidos ao regime compulsório de internamento. Haveria uma verdadeira intrusão do Judiciário no Executivo. O Relator *a quo*, o eminente Des. Noé Gonçalves Ferreira, bem apreendeu em seu voto: 'Analisando o caso sob enfoque nestes autos em face do estudo ora produzido, tem-se, sem dúvida, que a sentença vergastada impôs ao Poder Executivo estadual obrigação de executar obra inserida na sua discricionariedade, o que, evidentemente, não é possível. Sim, porque o Executivo, constitucionalmente autônomo, goza de total liberdade para eleger as obras prioritárias a serem construídas'.

Com efeito, a imposição de obrigação de fazer vertente à criação e manutenção de vagas em creches municipais para crianças menores de seis anos constitui invasão de ato de gestão governamental, que toca, com vivas cores, a conveniência e oportunidade da Administração Pública, de tal arte que a determinação almejada caracteriza ingerência indevida, uma vez que constitui adoção de critério administrativo vinculado, próprio do Executivo estadual, malferindo a norma constitucional que atribui ao Executivo a assinação de suas prioridades administrativas e realizações, as quais se sujeitam às limitações legais, razão pela qual não se pode emitir juízo de verdadeiro mérito administrativo, como se administração fosse.

Do mesmo modo, a sanção de irregularidade que importa em dispêndio ao erário envolve questões afetas às diretrizes orçamentárias, publicação de edital de licitação e concurso público, de maneira que só seria possível a determinação para implantação se houvesse dotação orçamentária específica, alinhavada à omissão da Administração no cumprimento da realização e, mesmo assim, inviável a restrição temporal para efetivação, porquanto ao administrador, que só pode fazer o que a lei determina, como já consignado, deve cumprir o *iter* legal.

Na hipótese em exame, ademais, a matéria ativamente ao orçamento municipal não foi objeto da

petição inicial, jamais tendo havido afirmação de desobediência àquele, com desvio de verba, o que, em tese, levaria à responsabilidade do administrador. Havendo omissão na causa de pedir, defeso é o conhecimento da matéria relativa à existência de verba orçamentária não utilizada para os fins descritos na exordial, pois não é dado ao julgador apreciar fatos não descritos pela parte, que estariam afastados do contraditório, pois o réu, como sabido, tem apenas o ônus da impugnação específica dos fatos narrados na petição inicial (artigo 302 do Código de Processo Civil), não se lhe podendo atribuir o ônus de impugnar fatos outros, ainda que conexos à matéria argüida, não indicados de forma precisa pela parte adversa.

Tudo não bastasse, não se pode olvidar os limites rigorosos e conseqüências ao administrador impostas pela Lei Complementar 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), de sorte que não faria sentido determinar o Poder Judiciário, que, em última análise, deverá julgar eventuais sanções à norma indicada, seu descumprimento pelo administrado.

Daí que - e ainda que não se desconheça que tal posicionamento foi vencedor outrora nesta Câmara Especial e respeitado o posicionamento da douta maioria - devem os embargos ser rejeitados para o fim de julgar improcedente a ação.

Ainda que tenha o legislador pretendido, realmente, trazer aprimoramento das instituições, assim o fez olvidando todo o universo jurídico, como se fosse possível desenhar a realidade por força da escrita, como inúmeras vezes já se tentou neste País, como se tal possível fosse.

- 3. À vista do exposto, recebo os embargos infringentes, rejeitando-os integralmente.

A respeito da questão debatida no presente feito, no REsp nº 169.876/SP, DJ de 21.09.1998, ao apreciar matéria a esta idêntica, externei os seguintes fundamentos, *verbis*:

A compreensão dos temas jurídicos desenvolvidos no curso da ação ora examinada, em sede de recurso especial, exige que se tome conhecimento dos termos do relatório da sentença monocrática, fls. 616/618, do teor seguinte:

'O Ministério Público do Estado de São Paulo aforou contra o Município de São Paulo esta ação civil pública pedindo condenação da ré no cumprimento da obrigação de fazer, no prazo máximo de dois anos (art. 18, inc. V, da L. 6.766/79), consistente na regularização do

parcelamento, das edificações, do uso e da ocupação do solo, relativos ao empreendimento indicado na inicial, na seguinte ordem sucessiva:

a) em caráter principal, mediante apresentação de 'projeto' a ser submetido à aprovação dos órgãos competentes e do registro imobiliário, bem como posterior execução das obras de infra-estrutura pertinentes, tudo para sua alteração e integral adequação aos requisitos definidos nas leis municipais, estaduais e federal de regência;

b) em caráter alternativo, caso não acolhido o pedido antecedente, mediante apresentação de 'alteração no empreendimento', naquilo que for necessário, segundo as exigências técnicas feitas pelos órgãos públicos para a regularização, inclusive com o desfazimento de todo o conjunto ou de parte inaproveitável, caso absolutamente impossível o aproveitamento das construções e parcelamento já efetuados, por força de restrições urbanísticas e administrativas invencíveis, indenizando os danos ambientais e urbanísticos;

c) em ambos os pedidos antecedentes, caso qualquer mutirante cadastrado tenha participado do mutirão e não seja contemplado em razão de alteração do projeto original, seja a ré condenada na indenização por perdas e danos, consistentes na quantificação da mão-de-obra dispendida para a execução do mutirão (em liquidação de sentença), ou na entrega da unidade habitacional semelhante à que lhe foi reservada no convênio, tudo na forma da condenação genérica dos arts. 95 e segs. do CPC, c/c art. 117 e art. 21 da LACP;

d) para a hipótese de descumprimento do prazo da obrigação de fazer fixado na sentença, seja estabelecida a obrigação de pagar multa diária no valor estimado de CR\$ 1.000.000,00, mais correção monetária, destinada à conta corrente do Fundo de Reparação de Interesses Difusos Lesados (DE, 7.070/87 e art. 13 da L. 7.347/85). Em prol de suas pretensões, o autor alegou, basicamente, os motivos abaixo resumidos:

- Em 21.02.90, o Funaps e a Associação dos Trabalhadores Sem Terra do Conjunto Habitacional Movimento Unido celebraram convênio para construção de 164 unidades residenciais, pelo sistema de mutirão.

- Para a realização do empreendimento a ré utilizou a área aproximada de 21.929,10m<sup>2</sup>, tendo aquela associação por possuidora, situada na Estrada dos Taipas, s/nº, J. Rincão, Distrito de Perus, Capital/SP.

- Após efetuado o parcelamento do solo, para fins urbanos, no loteamento denominado

'Conjunto Habitacional Movimento Unido', mediante o material adquirido pela associação, os próprios associados mutirantes edificaram 155 casas, residindo no local 115 famílias mutirantes, porém há casas inacabadas e não há infra-estrutura pública e a canalização de esgoto está incompleta, as verbas da Funaps estão suspensas desde março/92 e as obras estão paralisadas, com risco de deterioração e dispêndio de mais dinheiro público para os reparos.

- De acordo com o convênio (cláusulas 8ª e 9ª), a ré se responsabilizou pelas obras de infra-estrutura e projetos complementares, porém referido conjunto habitacional pelos órgãos municipais competentes, não houve prévia anuência do Estado, não houve licença da Cetesb e não houve registro imobiliário no Cartório Imobiliário.

- Portanto o conjunto habitacional está em desacordo com a LF 6.766/79 (arts. 12, 13, II, 18 e 37); com as normas estaduais (em especial L. 997/76 - arts. 2/5; D. 8.468/76 - arts. 57, X, 58, I; D. 13.069/78 - arts. 1, 3, 4, 11, 12, 17, 19 e 20); e normas municipais (Ls. 9.412/81, 9.413/81 e 11.228/92, Ds. 31.601/92 e 32.329/92 e seus anexos).

A ré foi citada e apresentou contestação de fls. 532/553, acompanhada dos documentos de fls. 554/556, consistente na defesa abaixo resumida.

1. Em primeira preliminar, a ré argüiu impossibilidade jurídica do pedido com base no art. 30, incs. I e VIII, da Carta Federal, alegando que a Municipalidade, no âmbito dos limites de sua competência constitucional, editou regras específicas para tratar da matéria estritamente de interesse local, relativa à implantação de conjuntos habitacionais populares. Portanto, em face do cumprimento da legislação municipal pelas entidades conveniadas, inexistente regularização a ser promovida no parcelamento.

2. Em segunda preliminar, a ré argüiu impossibilidade jurídica do pedido com base no art. 40 da LF 6.766/79, alegando que, em face do dispositivo legal, a Municipalidade não tem o dever, mas, sim, a faculdade de regularizar o loteamento, de acordo com a conveniência e oportunidade, cujo ato discricionário não pode ser objeto de condenação judicial.

3. Em terceira preliminar, a ré argüiu a ilegitimidade ativa do Ministério Público alegando inexistência de interesse difuso no presente ação. Para tanto, argumenta que um dos requisitos da configuração do interesse difuso é a indeterminação dos sujeitos, cuja característica

essencial é a inexistência de vínculo jurídico entre os beneficiários. Portanto, os interesses discutidos nesta ação civil pública não se caracterizam com interesses difusos, porque os seus beneficiários são pessoas determináveis, os quais estão inscritos junto à Associação.

4. Quanto ao mérito, a ré pediu improcedência da ação alegando, em síntese, que:

- A Municipalidade não pode ser equiparada ao loteador particular, no tocante ao parcelamento do solo, para fins de cumprimento da Lei 6.766/79, porque os interesses de um e do outro são diversos, pena de ofensa ao princípio da isonomia, que exige tratamento desigual aos desiguais.

- A legislação federal não previu o parcelamento do solo pela própria Municipalidade, portanto a LF 6.766/79 não pode ser aplicada aos programas de mutirão, porque se trata de hipótese não prevista em lei, pena de ofensa ao princípio da legalidade.

- Inexiste prejuízo aos participantes e à coletividade pelo programa de mutirão, o qual beneficia os mutirantes que deixam de habitar lugares impróprios e adquirem imóvel em local equipado com todos os melhoramentos urbanos, cujo benefício atinge toda coletividade, a qual passa a conviver com um centro urbano humano e digno.

- A Municipalidade mantém fiscalização permanente na implantação dos mutirões, os quais obedecem rigorosamente às normas contidas no DM 31.601/92, além do que as obras de infra-estrutura são realizadas por empresas contratadas pelo Poder Público, as quais respeitam as exigências dos órgãos técnicos municipais para sua aceitação técnica.

- O pedido de indenização de danos ambientais e aos mutirantes, na hipótese de impossibilidade de regularização do loteamento, é descabido porque colide com o espírito da criação do Funaps.

- Para a responsabilização da Municipalidade por qualquer dano ao meio ambiente e aos mutirantes, há necessidade de demonstração da culpa, pela incúria, desmazelo ou recusa em impedir evento danoso que poderia ser por ela impedido, o que incorreu no presente caso.

Na réplica de fls. 558, acompanhados documentos de fls. 575/596, o autor rebateu as preliminares e insistiu no pedido, sobrevivendo novas manifestações das partes.

Nesta fase, na forma do art. 330, nº I, do CPC, o processo comporta julgamento antecipado. Necessário se faz, também, complementar o referido relatório com o que compõe o acórdão

recorrido apresentado do modo que passo a transcrever (fls. 714/715):

'O Ministério Público do Estado de São Paulo ajuizou ação civil pública contra Municipalidade de São Paulo. Visando condená-la em obrigação de fazer, no prazo máximo de dois anos (art. 18, V, da Lei 6.766/79, consistente na regularização do parcelamento, das edificações, do uso e da ocupação do solo, relativamente ao loteamento descrito na inicial, conforme a ordem ali constante.

Ao relatório de fls. 616/618, adotado, acrescento que a r. sentença, afastando as preliminares da contestação, julgou a ação inteiramente procedente.

Houve determinação de reexame necessário. Apela a ré (fls. 624/639), visando integral reforma da decisão de primeiro grau, com o acolhimento das preliminares de sua contestação e improcedência da ação.

Recurso tempestivo, contrariado (fls. 654/660) e isento de preparo.

A manifestação do Ministério Público, nesta instância, é pelo improvimento do recurso (fls. 703/708).

É o relatório'.

Conhecido os debates desenvolvidos até o julgamento da apelação, investigo, agora, o teor do voto condutor do acórdão recorrido (fls. 715/719):

'O ilustre Magistrado prolator da sentença recorrida, como sempre faz, deu correta solução à lide, tendo decidido brilhantemente, à forma de seu costumeiro proceder.

As preliminares foram muito bem afastadas na r. sentença recorrida.

Com efeito, não há falar-se em ilegitimidade de parte do Ministério Público para a propositura da presente ação, nem em falta de interesse de agir, e menos ainda em impossibilidade jurídica do pedido, consoante bem decidido na decisão de primeiro grau, e à forma sustentada pelo douto Procurador de Justiça oficiante.

Evidentemente, o parcelamento e o uso do solo constituem-se em interesses difusos, a serem defendidos pelo Ministério Público, na forma de ação civil pública. Cabe aqui ser transcrito o que afirma o autor em contra-razões recursais (fls. 657/658): 'Vale lembrar da legislação já devidamente prequestionada, que dá suporte às alegações do autor: art. 129, III, Constituição Federal; arts. 1º, inciso IV, 5º e 21 da Lei 7.347/85 - Lei da Ação Civil Pública; arts. 81, 82, 110 e 117 da Lei 8.078/90 - Código de Defesa do Consumidor; art. 25, IV, a, da Lei 8.625/93 - Lei Orgânica do Ministério Público.

Compete ao Ministério Público a defesa dos interesses difusos, coletivos e dos individuais homogêneos (os direitos dos mutirantes), inclusive em face do Poder Público, pois o legislador não o isentou da responsabilidade pelos danos por ele causados (art. 37, § 6º, da Constituição Federal; art. 15, Código Civil), nem da recuperação do meio ambiente urbano e natural (Constituição Estadual, arts. 180, III, 191; Lei Orgânica do Município de São Paulo, art. 148, IV), atribuindo ao *Parquet* função institucional específica, inclusive para fazer o Poder Público respeitar os direitos eleitos pela Constituição Federal (art. 129, II)'.  
Da falta de interesse jurídico do autor, também não se pode cogitar, porquanto, se a lei atribui ao Ministério Público a defesa de interesses difusos, na ação civil pública em que o autor isto postula, presente se encontra o seu interesse de agir.

Ademais, não se pode acoimar de impossível o pedido que a lei expressamente prevê, como acima bem esclarecido.

No mérito, a decisão de primeiro grau só pode ser mantida.

Foi a presente ação civil pública julgada procedente em sua integralidade, em razão do que a Municipalidade-ré restou condenada 'no cumprimento de obrigação de fazer, no prazo máximo de dois anos (art. 18, inciso V, da Lei 6.766/79), constante da regularização do parcelamento, das edificações, do uso e da ocupação do solo, relativos ao empreendimento indicado na inicial, na seguinte ordem sucessiva: a) em caráter principal, mediante apresentação de 'projeto' a ser submetido à aprovação dos órgãos competentes e do registro imobiliário, bem como posterior execução das obras de infra-estrutura pertinentes, tudo para sua alteração e integral adequação aos requisitos definidos nas leis municipais, estaduais e federal de regência;

b) em caráter alternativo, caso impossível a referida regularização, mediante apresentação de 'alterações no empreendimento', naquilo que for necessário, segundo as exigências técnicas feitas pelos órgãos públicos para a regularização, inclusive com o desfazimento de todo o conjunto ou de parte inaproveitável, caso absolutamente impossível o aproveitamento das construções e parcelamento já efetuados, por força de restrições urbanísticas e administrativas invencíveis, indenizando os danos ambientais e urbanísticos;

c) em ambas obrigações antecedentes, caso qualquer mutirante cadastrado tenha participado do mutirão e não seja contemplado em

razão de alteração do projeto original, condenado a ré ao pagamento de indenização por perdas e danos, consistentes na quantificação da mão-de-obra despendida para a execução de mutirão (em liquidação de sentença), ou na entrega da unidade habitacional semelhante à que lhe foi reservada no convênio, tudo na forma da condenação genérica dos arts. 95 e segs. do CPC, c/c art. 117 e art. 21 da LACP; d) para a hipótese de descumprimento do prazo da obrigação de fazer, fixo multa diária no valor estimado de CR\$ 1.000.000,00, válido para a data do ajuizamento mais correção monetária, até a fase de liquidação, destinada ao Fundo Estadual de Reparação de Interesses Difusos Lesados (DE, 7.070/87 e art. 13 da Lei 7.347/85)'.  
Bate-se a Municipalidade, primordialmente, por não estar submetida às obrigações previstas na Lei de Parcelamento do Solo Urbano (Lei 6.766/79). Todavia, seus argumentos não prosperam.

Provado nos autos que o empreendimento 'Conjunto Habitacional Movimento Unido' foi promovido pela Municipalidade, através do sistema de mutirão, com recursos do Funaps (Fundo de Atendimento à População Moradora em Habitação Subnormal), daí decorrendo o conseqüente parcelamento da gleba onde se iniciou (mas não se concluiu) a construção de casas populares, não pode a apelante - por mais sedutores que sejam os argumentos - deixar de cumprir o que determina a Lei 6.766/79.

Não logrou a apelante, em momento algum, demonstrar que está desobrigada de cumprir a lei federal em tela, assente nos autos em que se posta ela na condição de loteadora ou empreendedora e, como tal, sujeita ao cumprimento da Lei de Parcelamento do Solo, em especial artigos 6º e seguintes, relativamente ao projeto de loteamento, de desmembramento, e ao registro de ambos, evidentemente sem as exigências próprias de pessoas físicas ou jurídicas de direito privado (certidões negativas de protestos, ações penais, etc.).

É claro que o legislador, atento às peculiaridades dos loteamentos destinados a conjuntos habitacionais rotulados como de 'interesse social', como o de que trata esta ação, em seu art. 4º, II, permitiu que os lotes tivessem área menor do que a prevista para outro loteamento (125m<sup>2</sup>), mas, ainda assim, devem ser os mesmos 'previamente aprovados pelos órgãos públicos competentes'.

Doutra parte, o artigo 40 da Lei 6.766/79, realmente, encerra uma faculdade para a Prefeitura

Municipal regularizar o loteamento ou desmembramento. Todavia, tal faculdade diz respeito ao não-cumprimento das exigências legais pelo loteador. No caso em julgamento, o loteador é a própria Municipalidade, que não pode invocar a faculdade ora referida.

E o reconhecimento administrativo de que deve submeter-se às exigências da legislação específica foi feito pela Secretaria de Habitação e Desenvolvimento, através da Portaria 722/SEHAB-0/93 (fls. 497), que constitui Grupo Trabalho com a incumbência de equacionar os problemas, propor soluções e estabelecer os procedimentos administrativos visando à regularização, inclusive junto aos demais órgãos públicos envolvidos, dos empreendimentos habitacionais de interesse social implantados no âmbito do Programa Funaps Comunitário.

E, se os estudos se destinavam a regularizar, depreende-se que irregulares se encontravam, e encontram-se, os loteamentos, como não nega a Municipalidade, apenas argumentando não estar sujeita à legislação específica, como se a Administração Pública não devesse pautar seu procedimento pelo princípio da legalidade, assim como de impessoalidade, moralidade e publicidade (Constituição Federal, art. 37, *caput*).

Não se nega a importância social do empreendimento, mas é no próprio interesse dos mutirantes que a lei deve ser cumprida, sob pena de nunca adquirirem o domínio da sonhada casa própria. Ou pior, sem que a Municipalidade cumpra as normas legais, relativamente ao saneamento básico, vias públicas, áreas de lazer, acesso a vias públicas já existentes, condições de salubridade das habitações, etc., é bem provável que os beneficiários do empreendimento - cujo interesse social é inegável - continuem morando em residências subnormais.

E não há como se afastar a responsabilidade indenizatória da Municipalidade, caso os mutirantes não tenham à sua disposição as unidades residenciais que lhes foram prometidas, e para as quais trabalharam, acreditando no projeto, o que parece não ter acontecido com a Secretaria de Habitação, porquanto, como alegado na inicial, e não contestado (fls. 5), as obras estão paralisadas desde março/92. A indenização a que se refere a r. sentença decorre do previsto no Código Civil (art. 159) e na Constituição Federal (art. 37, § 6º), visto que evidente a culpa da Municipalidade, por haver-se omitido na regularização do loteamento.

No que diz respeito à multa, é bem de ver-se que a mesma não tem o sentido indenizatório, como

insinua a apelante, mas sim o de penalidade, somente aplicável na hipótese de não-cumprimento da obrigação de fazer estabelecida em sentença. E, na medida em que destinada ao Fundo Especial de Reparação de Interesses Difusos Lesados (Dec. Est. 7.070/87 c/c art. 13, da Lei 7.347/85), não se pode cogitar de enriquecimento ilícito de quem quer que seja.

Quanto ao seu valor, nada apresenta de excessivo. Considerando-se a cotação do dólar americano a CR\$ 755,52 no dia do ajuizamento (07.03.96), conforme publicado no *Boletim AASP* - nº 1.920, página 5, 11 a 17.10.95, Suplemento, a multa diária de CR\$ 1.000.000,00 corresponde a aproximadamente US\$ 1.323,60. Portanto, de bom tamanho, tendo-se em vista a importância da obrigação a ser cumprida e a presunção de que a Municipalidade não se furtará ao cumprimento de decisão judicial.

No mais, a r. sentença deve ser mantida integralmente.

Na verdade, o decidido em primeiro grau não comporta modificação, devendo ser mantido por seus próprios e jurídicos fundamentos, daí por que deve ser negado provimento ao recurso da apelante e também ao recurso oficial, mantida íntegra a r. sentença.'

Aprecio, por ser preferencial, a preliminar de ilegitimidade do Ministério Público para promover a presente ação.

O recorrente afirma que o Ministério Público é parte ilegítima para promover a presente ação, por não existir, no caso em espécie, interesse difuso a ser protegido pelo caminho da ação civil pública.

Atento ao conceito de interesses difusos e ao de interesses coletivos, rejeito a preliminar.

No caso em apreciação, embora não estejam caracterizados interesses difusos, entendo que estão presentes interesses coletivos representados pelos mutirantes.

Aceitando a corrente que defende haver a Lei da Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor aplicado as expressões direito e interesses como sinônimo, acosto-me aos entendimentos dos que afirmam ser direito difuso o de natureza transindividual, indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e indetermináveis, ligadas entre si por circunstâncias de fato (Código de Defesa do Consumidor, art. 81, parágrafo único: Direitos coletivos são os transindividuais, de natureza indivisível de que sejam titulares grupo, categoria ou classe de pessoas, ligados entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base).

Penso que, em conseqüência, ocorre a legitimidade do Ministério Público para promover a presente ação civil pública, visando a proteger os interesses coletivos dos titulares da categoria de mutirantes convocados para participar do empreendimento.

Rejeito a preliminar.

Em face do panorama processual acima revelado, tem-se como configurada uma ordem emanada do Poder Judiciário, consubstanciada em uma obrigação de fazer, em prazo certo, para que o Poder Executivo, às suas expensas, pratique atividades de natureza administrativa no sentido de promover a regularização de parcelamento do solo referente ao conjunto habitacional identificado nos autos e implantado em sistema de mutirão.

Em síntese, o Poder Judiciário está a determinar ao Poder Executivo que, com prazo de (2) dois anos para conclusão, sob pena de multa diária, realize as seguintes atividades administrativas:

a) regularização do parcelamento, das edificações, de uso e da ocupação do solo, tudo relativo ao conjunto habitacional descrito na inicial;

b) presente, em conseqüência, projeto a ser submetido à aprovação dos órgãos competentes e do registro imobiliário, para que, posteriormente, após a aprovação de tais projetos, execute obras de infra-estrutura necessárias ao funcionamento do conjunto habitacional;

c) ou, se impossível regularizar a ocupação do solo com a aprovação de tais projetos, apresente outros projetos alterando o empreendimento naquilo que for necessário, segundo as exigências técnicas dos órgãos públicos, procedendo ao desfazimento de todo o conjunto habitacional ou de parte inaproveitável, caso seja absolutamente impossível o aproveitamento das construções já realizadas;

d) em ambas as obrigações antecedentes determinadas, caso o mutirante tenha participado do mutirão e não tenha sido contemplado com um imóvel, deve a Prefeitura indenizá-lo por perdas e danos, consistentes na quantificação da mão-de-obra despendida para a execução do mutirão.

Determinou, ainda, o acórdão que, se o recorrente, Município de São Paulo, não cumprir as obrigações de fazer acima mencionadas, pagará multa diária de CR\$ 1.000.000,00, valor válido para a data de ajuizamento da ação, mais correção monetária, tudo destinado ao Fundo Estadual de Reparação de Interesses Difusos Lesados.

Sou do entendimento de que o recurso merece ser provido. Tenho em consideração,

na formação do meu convencimento, a manifestação recursal de fls. 727/732:

‘Ademais, admitindo-se, por hipótese de argumentação, fosse mesmo necessária a providência de se regularizar o mutirão aqui tratado, tal pedido também estaria eivado de impossibilidade.

Pleiteia-se, no âmbito deste feito, que a Municipalidade seja condenada a promover a regularização do parcelamento do solo, referente ao conjunto habitacional implantado em sistema de mutirão.

Entretanto, se provida a pretensão, estar-se-ia ofendendo o *Princípio da Separação dos Poderes*, preceituado no art. 2º da Constituição Federal.

Como é sabido, o Poder Público só pode fazer o que a lei manda (Poder Vinculado) ou autoriza (Poder Discricionário). Os atos que se classificam como vinculados têm seus contornos quase que totalmente delineados pela lei, que deve fielmente ser observada pelo agente público, sob pena de nulidade do ato. Sendo a prática de tais atos um dever da Administração, a “*contrario sensu*”, constituem um direito dos administrados. Assim, a omissão do agente público na prática de tais atos ou a sua prática sem a fiel observância do enunciado da lei, em todas as suas especificações, traria ofensa a direito do administrado que, no primeiro caso, poderia, através do Poder Judiciário, compelir a Administração à prática do ato e, no segundo, a declarar a sua nulidade. O mesmo não ocorre, porém, com relação aos atos discricionários. Nesta categoria de atos, embora o agente público esteja vinculado à forma legal para a realização do ato, à sua finalidade, que é, sempre, o interesse público, e deva ser competente para praticá-lo, tem liberdade de escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo. Cabe, pois, ao agente público escolher sobre a conveniência e oportunidade para prática dos atos discricionários. Nisso não pode o Poder Judiciário substituí-lo.

Nesse sentido, oportunas são as palavras de Hely Lopes Meirelles:

‘O que o Judiciário não pode é, no ato discricionário, substituir o discricionarismo do administrador pelo do Juiz. Mas, pode sempre proclamar as nulidades e coibir os abusos da Administração’ (*in Direito Administrativo Brasileiro*, 18ª edição, p. 105).

O Judiciário pode, sim, rever o ato discricionário e, se for o caso, declará-lo nulo, pois nenhuma lesão de direito pode ser excluída da apreciação do Poder Judiciário; o que não pode, repita-se, é determinar que o agente público pratique um ato

discricionário cuja escolha de conveniência e oportunidade lhe pertence.

No caso específico destes autos, a Municipalidade teria, naturalmente, a *faculdade*, mas não o dever, de regularizar o loteamento segundo critério de conveniência e oportunidade, fundamentada na regra do art. 40 da Lei Federal 6.766/79.

A Municipalidade, consoante os interesses da coletividade e os ditames da lei, *poderá* entender conveniente proceder à regularização desta área específica, destinando, para tanto, receita própria; mas jamais poderá ser condenada a fazê-lo de forma compulsória.

A propósito do art. 40 da mencionada lei federal, Diógenes Gasparini comenta:

‘É o que indica o dispositivo ao enunciar, nas hipóteses que mencionou, que o Município poderá. Esse verbo indica uma faculdade. Destarte, não está o Município obrigado a regularizar. A regularização será feita se for conveniente e oportuno para o Município. Não seria, ainda, correto entender nessa outorga uma obrigação, já que as entidades políticas, por legislação ordinária, não impõem deveres ou obrigações’ (in *O Município e o Parcelamento do Solo*, Editora Saraiva, 2ª edição, p.145/146).

Daí que não pode a pretensão condenatória, no presente feito, ser instrumentalizada, sem que se transforme o juiz em administrador das finanças, obras e prioridades públicas, ferindo o Princípio da Independência entre os Poderes.

Neste sentido, Cândido Rangel Dinamarco esclarece:

‘Outro exemplo muito expressivo e vigorante (da impossibilidade jurídica do pedido) é a incensurabilidade do mérito de ato administrativo em via jurisdicional: chocar-se-ia com o princípio da independência entre os ‘Poderes’ do Estado a intromissão de um deles nos critérios de oportunidade e conveniência dos negócios de outro (...)’ (A *Execução Civil*, 2ª edição, Editora RT, p. 214).

Assim, inclusive, já decidiu o próprio egrégio Tribunal de Justiça, pela Sétima Câmara Civil, que, por votação unânime, deu provimento ao recurso de apelação nº 236.882-1/4 da Municipalidade. Pede-se vênia para efetuar a transcrição de alguns trechos importantes.

‘Ademais, se se chegasse à questão de fundo, seria preciso lembrar que o Poder Judiciário não pode substituir o Executivo na determinação das políticas administrativas a cargo deste, pena de se suprimir a administração à luz das diretrizes hauridas na eleição popular em prol de diretrizes

*judiciárias formadas à margem da interpretação de lei inexistente.*

*Não há como interferir, o Judiciário, no âmbito da discricionariedade administrativa, salvo, é claro, o caso de ilegalidade, marcada pelo abuso ou desvio de poder de que não se cogita, no caso’. Portanto, resulta que o pedido de condenação consistente na regularização do mutirão, nos parâmetros fixados na Lei Federal 6.766/79, desconsiderando a legislação municipal específica, é juridicamente impossível, impondo-se, por conseguinte, a decretação da carência da ação.’*

O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, em nosso ordenamento jurídico, não permite que o Executivo seja substituído, na execução das atividades de administração, pelo Poder Judiciário. Este, no exercício de sua função constitucional, exerce, apenas, controle sobre a competência, forma, finalidade, motivo e objeto do ato administrativo. Nunca, porém, na concernente à execução de atos de administração, haja vista que, no particular, deve ser respeitada a autonomia do Executivo em definir, no uso de sua atividade discricionária, da conveniência e oportunidade de atuar, tudo vinculado à previsão orçamentária e ao programa de governo.

O controle exercido pelo Poder Judiciário sobre tais atos e sobre seu conteúdo, isto é, se, ao serem executados, os princípios da legalidade, moralidade, transparência, impessoalidade, formalidade foram obedecidos. Poderá suspendê-las se ofensas aos mencionados princípios forem detectadas. Diferente, porém, é, em substituição à atividade administrativa do Poder Executivo, determinar que sejam executados.

A função administrativa, no seu sentido objetivo, material ou funcional, exercida pelo Poder Executivo, só se submete ao controle do Poder Judiciário quando inicia o seu ciclo para alcançar a consumação. Em outras palavras, o controle exercido pelo Poder Judiciário é sobre o atuar do Poder Executivo, fazendo com que ele obedeça, no exercício de tal ação, aos princípios impostos pelo ordenamento jurídico: legalidade, moralidade, finalidade pública, publicidade, motivação, impessoalidade e, em determinadas situações, o controle do mérito.

Além do precedente deste Relator acima transcrito, a matéria discutida já foi apreciada por este Sodalício, conforme as ementas que reproduzo:

Constitucional - Administrativo - Ação civil pública - Poder discricionário da Administração - Exercício pelo juiz - Impossibilidade - Princípio da harmonia entre os Poderes.

- O juiz não pode substituir a Administração Pública no exercício do poder discricionário. Assim, fica a cargo do Executivo a verificação da conveniência e da oportunidade de serem realizados atos de administração, tais como, a compra de ambulâncias e de obras de reforma de hospital público.

- O princípio da harmonia e independência entre os Poderes há de ser observado, ainda que, em tese, em ação civil pública, possa o Município ser condenado à obrigação de fazer.

- Agravo a que se nega provimento (AgReg no REsp nº 252.083/RJ, 2ª Turma, DJ de 26.03.2001, Rel.ª Min.ª Nancy Andrighi).

Constitucional e Administrativo. Constituição dirigente e programática. Estatuto da Criança e do Adolescente. Ação civil pública para obrigar o Governo goiano a construir um centro de recuperação e triagem. Impossibilidade jurídica. Recurso especial não conhecido.

- I - O Ministério Público do Estado de Goiás, com base nas Constituições Federal e Estadual e no art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente, ajuizou ação civil pública para compelir o Governo Estadual a construir um centro de recuperação e triagem, em face de prioridade genericamente estabelecida. O TJGO, em apelação, decretou a carência da ação por impossibilidade jurídica.

- II - A Constituição Federal e em suas águas a Constituição do Estado de Goiás são 'dirigentes' e 'programáticas'. Têm, no particular, preceitos impositivos para o Legislativo (elaborar leis infraconstitucionais de acordo com as 'tarefas' e 'programas' preestabelecidos) e para o Judiciário ('atualização constitucional'). Mas, no caso dos autos, as normas invocadas não estabelecem, de modo concreto, a obrigação do Executivo de construir, no momento, o centro. Assim, haveria uma intromissão indébita do Poder Judiciário no Executivo, único em condições de escolher o momento oportuno e conveniente para a execução da obra reclamada.

- III - Recurso especial não conhecido. Decisão recorrida mantida (REsp nº 63.128/GO, 6ª Turma, DJ de 20.05.1996, Rel. Min. Adhemar Maciel).

De todo o exposto acima, podemos firmar as seguintes conclusões:

a) há impossibilidade de o juiz substituir a Administração Pública estabelecendo que determinado município crie e mantenha vagas em creches para menores de 06 anos de idade;

b) ao Poder Executivo cabe a conveniência e a oportunidade de realizar atos físicos de administração (construção de conjuntos habitacionais, escolas públicas, creches etc.). O Judiciário não pode, sob o argumento de que está protegendo direitos coletivos, ordenar que tais realizações sejam consumadas;

c) as obrigações de fazer permitidas pela ação civil pública não têm força de quebrar a harmonia e independência dos Poderes;

d) o controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário está vinculado a perseguir a atuação do agente público em campo de obediência aos princípios da legalidade, da moralidade, da eficiência, da impessoalidade, da finalidade e, em algumas situações, o controle do mérito;

e) as atividades de realização dos fatos concretos pela Administração dependem de dotações orçamentárias prévias e do programa de prioridades estabelecido pelo governante. Não cabe ao Poder Judiciário, portanto, determinar as obras que deve edificar, mesmo que seja para proteger o meio ambiente.

Esse é o posicionamento que sigo, por entender ser o mais coerente.

Por tais fundamentos, nego provimento ao recurso.

É como voto.

#### Certidão

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

Após o voto do Sr. Ministro Relator negando provimento ao recurso, pediu vista o Sr. Ministro Luiz Fux. Aguardam os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki e Denise Arruda.

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília-DF, 09 de dezembro de 2003. -  
*Maria do Socorro Melo* - Secretária.

### Voto-vista

Processual Civil - Ação civil pública - Ministério Público x Município de Santo André - Direito à educação - Atendimento em creche - CF, art. 208, IV - ECA, art. 54, V.

- 1. A tutela jurídico-constitucional dos direitos fundamentais sociais é, em regra, menos intensa do que aquela à que se sujeitam os direitos, liberdades e garantias, em função de sua qualidade típica de direitos a prestações, isto é, a atuações positivas do Estado, que dependem, na maioria das vezes, de conformações de natureza política ou administrativa e, em muitos casos, da existência ou da disponibilidade de recursos materiais escassos. Presentes tais circunstâncias, não se configura a existência de direitos subjetivos imediatamente tuteláveis pelo Poder Judiciário.

- 2. No que se refere ao dever do Estado de prestar educação, apenas o acesso ao ensino fundamental gratuito foi considerado, pela Constituição, desde logo como direito público subjetivo (CF, art. 208, § 1º). O atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade está entre os deveres estatais fundamentais (CF, art. 208, IV; Lei 8.069/90, art. 54, V), sujeitos à conformação legislativa e administrativa, nomeadamente pelos municípios, a quem cumpre, prioritariamente, dar-lhes efetividade (CF, art. 211, § 2º). Não se pode afirmar, conseqüentemente, que a norma, prevista na Constituição e em lei federal, segundo a qual 'é dever do Estado assegurar (...) atendimento em creche e pré-escola às crianças de 0 (zero) a seis anos de idade' (Lei 8.069/90, art. 54, V), garanta, imediatamente, um direito subjetivo universal e incondicional de obter essa prestação perante os municípios.

- 3. Todavia, isso não significa dizer que ditos preceitos sejam absolutamente destituídos de eficácia. O poder de conformação não é carta de alforria ao ente estatal para descumprir o dever constitucional. Os municípios devem aplicar pelo menos vinte e cinco por cento das suas receitas em impostos na manutenção e desenvolvimento do ensino (CF, art. 212). A educação às crianças

deve ser prestada 'com absoluta prioridade' (CF, art. 227), ainda mais em se tratando de criança carente, já que a erradicação da pobreza e das desigualdades constitui objetivo fundamental da República (CF, art. 3º, III).

- 4. Assim, por mais elástico que possa ser o campo da atuação conformadora do município em matéria de educação, é razoável identificar a presença, no conjunto normativo, de um mínimo essencial que escapa a qualquer poder de discricção administrativa ou política. Há um núcleo mínimo essencial de densidade normativa apto a assegurar, desde logo, o cumprimento do dever de atendimento em creche, senão a todas, ao menos às crianças completamente carentes, desprovidas de qualquer outra espécie de proteção, financeira ou social.

5. Recurso a que se dá provimento.

*O Exmo. Sr. Ministro Teori Albino Zavascki -*

1. Trata-se de ação civil pública movida pelo MP do Estado de São Paulo em face do Município de Santo André, visando à matrícula de crianças em creche. O Tribunal de Justiça daquele Estado rejeitou os embargos infringentes, confirmando o acórdão da apelação e do reexame necessário, que julgara improcedente o pedido, alinhando as seguintes razões: (a) as decisões judiciais não podem atingir o âmbito discricionário da Administração Pública; (b) "a imposição de ato de fazer vertente à criação e manutenção de vagas em creches municipais para crianças menores de seis anos constitui invasão de ato de gestão governamental, (...) malferindo a norma constitucional que atribui ao Executivo a assinação de suas prioridades administrativas e realizações" (fl. 152); (c) a determinação da prática de ato que importe despesa envolve questões atinentes às diretrizes orçamentárias, que possuem procedimento próprio, e não se cogita, no caso concreto, de desvio de recursos. Foram rejeitados os embargos de declaração opostos pelo ora recorrente, registrando-se ter sido reconhecido o 'dever do Estado de assegurar à criança atendimento em creche (art. 54, IV, do ECA)', acrescendo-se apenas 'que esse entendimento deveria ser feito conforme as condições municipais sem invasão das atribuições reservadas ao Sr. Prefeito' (fl. 167). Interpostos novos embargos, restaram novamente desacolhidos, mencionando-se explicitamente os arts. 208, III, e 213 do ECA (fl. 188).

No especial, o recorrente, amparado na alínea a do permissivo constitucional, aponta ofensa aos arts. 54, IV, 208, III, e 213 do ECA, sustentando, em suma, que: (a) os argumentos expendidos no acórdão recorrido não podem ter o condão de afastar a incidência das regras contidas nos dispositivos mencionados, 'mormente porque referida legislação ordinária encontra-se em perfeita sintonia com os princípios norteadores contidos na Constituição Federal' (fl. 196); (b) a atuação dos Municípios na educação infantil é prioritária e exclusiva, sendo a oferta de ensino em creches e pré-escolas 'direito, líquido e certo, de toda criança brasileira na faixa de 0 a 6 anos de idade' (fl. 197); (c) a legislação prevê os meios processuais para assegurar a efetividade do direito, sendo que 'em se tratando de obrigação legalmente imposta, a liberdade de atuação do administrador diz respeito tão-somente à forma como será cumprido o ditame legal, não havendo invocar-se a discricionariedade administrativa para furtar-se ao cumprimento da lei' (fls. 198-199).

O Relator, Min. José Delgado, negou provimento ao recurso, em acórdão assim ementado:

Administrativo e Processo Civil - Ação civil pública para obrigar município a criar e manter vagas em creches para crianças menores de 06 anos - Intrometimento do judiciário em função específica da municipalidade - Impossibilidade - Precedentes

- 1. O Ministério Público está legitimado para propor ação civil pública para proteger interesses coletivos.
- 2. Impossibilidade de o juiz substituir a Administração Pública estabelecendo que determinado município crie e mantenha vagas em creches para menores de 06 anos de idade.
- 3. Ao Poder Executivo cabe a conveniência e a oportunidade de realizar atos físicos de administração (construção de conjuntos habitacionais, escolas públicas, creches, etc.). O Judiciário não pode, sob o argumento de que está protegendo direitos coletivos, ordenar que tais realizações sejam consumadas.
- 4. As obrigações de fazer permitidas pela ação civil pública não têm força de quebrar a harmonia e independência dos Poderes.
- 5. O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário está vinculado a perseguir a atuação do agente público em campo de obe-

diência aos princípios da legalidade, da moralidade, da eficiência, da impessoalidade, da finalidade e, em algumas situações, o controle do mérito.

- 6. As atividades de realização dos fatos concretos pela administração depende de dotações orçamentárias prévias e do programa de prioridades estabelecido pelo governante. Não cabe ao Poder Judiciário, portanto, determinar as obras que deve edificar, mesmo que seja para proteger o meio ambiente.
- 7. Precedentes desta Corte Superior.
- 8. Recurso não provido.

O Min. Luiz Fux, em voto-vista, deu provimento ao recurso especial, por entender, essencialmente, que: (a) o dever do Estado expresso no art. 54 do ECA consubstancia direito subjetivo das crianças que estejam nas condições ali descritas; (b) "quando a norma constitucional consagra um direito e norma infraconstitucional o explicita, impõe-se ao Judiciário torná-lo realidade, ainda que isso implique, resulte obrigação de fazer, com repercussão na esfera orçamentária".

Pedi vista

2. Tem-se presente, aqui, um conflito de difícil solução. De um lado, a norma do art. 208, IV, da Constituição, reproduzida no art. 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069, de 13.07.90), segundo a qual "é dever do Estado assegurar (...) atendimento em creche e pré-escola às crianças de 0 (zero) a seis anos de idade". E, de outro, a situação financeira do ente estatal, Município de Santo André (SP), a braços com limitações fiscais para dar cumprimento a esse dever, inclusive em face de outras demandas sociais de igual relevância. Diz o Município, em sua contestação:

Em nosso Município, em janeiro de 1997, contávamos com 41 EMEIs, 12 Creches, 24 Núcleos de EJA (Educação de Jovens e Adultos), 78 crianças atendidas em Educação Especial, além de inúmeros cursos profissionalizantes.

Havia ainda 11 creches construídas ou em construção, sendo que contavam com a matrícula de 891 crianças, sem que pudéssemos colocá-las em funcionamento por três razões básicas:

- a) impossibilidade de contratação de pessoal (monitores, diretores, pessoal de limpeza, etc.), uma vez que tal procedimento ultrapassaria o

limite estipulado na Lei Complementar nº 82, de 27.03.95;

b) obras inconclusas ou recebidas pelo governo anterior em condições inadequadas e apresentando falta de equipamentos;

c) a abertura dessas creches representaria um acréscimo de custeio da rede municipal de ensino, fato que se tornaria insustentável a partir deste ano (1998), uma vez que teríamos já implantado o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério (Lei 9.424/96).

Diante das mudanças introduzidas na legislação educacional, ao longo de 1996 (Leis 9.424/96 e 9.394/96), a municipalidade e a SEFP adotaram, e vêm implantando, um conjunto de medidas no sentido de superar as dificuldades da nova situação. Entre elas estão:

a) adequação da folha de pagamento aos preceitos legais, com a redução em 6,25% dos salários e da jornada de trabalho dos profissionais da educação e do conjunto do funcionalismo;

b) realização de ajustes na rede educacional existente no município, em especial no tocante ao custo-aluno, excessivamente elevado no início da atual gestão.

Esses ajustes, efetuados ao longo de 1997, permitiram a redução significativa desses custos sem o comprometimento da qualidade.

Intensa articulação, com as demais prefeituras do ABC e do Estado, visando construir alternativas de financiamento para a educação infantil e de jovens, junto aos Governos Federal e Estadual.

Garantimos a manutenção do atendimento às crianças em 12 creches já existentes e, nas 41 EMEIs, criamos a MOVA - SA (Movimento de Alfabetização de Jovens e Adultos e diversos cursos de profissionalização e qualificação profissional).

Também foram criados mais 1.000 (hum mil) novas vagas em 1998, com a abertura de 7 novas creches, construídas na administração anterior. Essa ação foi possível com o estabelecimento de parceria entre as entidades assistenciais da cidade, a FEASA - Federação das Entidades Assistenciais de Santo André e a Prefeitura Municipal de Santo André, através da SEFP.

Por fim, essas medidas permitiram que criássemos, em 1998, 3.092 vagas para a 1ª série do 1º grau, iniciando assim o processo de implantação do Ensino Fundamental nas escolas da rede municipal de ensino. Isso é a última referência a ser feita.

Diante do quadro exposto acima - limitações legais, com a obrigatoriedade de atender ao Ensino Fundamental e da ausência de novos mecanismos de financiamento da educação infantil -, a Municipalidade, impossibilitada de atender toda a demanda de crianças que necessitam de creches no município, se vê obrigada como afirmamos acima a estabelecer critérios para suas matrículas nas creches municipais.

Os critérios, válidos para todos aqueles que se inscrevem nas creches municipais, visam garantir o atendimento às crianças cujas famílias tenham piores condições socioeconômicas de recursos e, por isso mesmo, são as que mais necessitam de políticas sociais públicas para que se garantam a proteção e o desenvolvimento integral das mesmas.

Assim, todas as famílias que necessitavam de creches na cidade tiveram a oportunidade de candidatar-se à vaga.

Posteriormente, estas foram avaliadas através de ficha qualificativa pontuada, para apuração das condições sócio-econômicas familiares.

Essa ficha, elaborada com base em critérios científicos, é indicada pela ABIPEME - Associação Brasileira dos Institutos de Pesquisa de Mercado e foi amplamente utilizada pelos institutos de pesquisas do País.

Resultou desse processo a lista final de classificação das crianças que foram matriculadas nas creches municipais, por ordem crescente da pontuação obtida pela apuração da condição sócio-econômica da família das crianças candidatas a vaga em creches.

Assim sendo, a Municipalidade encontra-se com as escolas municipais de educação infantil no limite da capacidade de seu atendimento, e a concessão da ordem poderá acarretar sérios prejuízos para os menores, não podendo nesse caso responsabilizar-se pelas conseqüências advindas desse ato.

3. É sabido que a tutela jurídico-constitucional dos direitos fundamentais sociais é, em regra, menos intensa do que aquela a que se sujeitam os direitos, liberdades e garantias, quer no que respeita à proteção institucional, quer no que respeita aos remédios disponíveis, o que se deve à sua qualidade típica de direitos a prestações, isto é, a atuações positivas do Estado, e, mais ainda, a atuações que dependem, em regra, da perspectiva autônoma de conformação politicamente assumida pelo legislador e, em muitos casos, da existência ou da disponibilidade

de recursos materiais escassos. É o que se colhe da doutrina, entre outros, de JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE (*Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 2ª edição, Livraria Almedina, Coimbra, 2001, p. 395-398). Essa conformação político-administrativa não cabe ao Judiciário estabelecer. É função reservada ao legislador e ao administrador, que detém a faculdade de estabelecer os modos e as condições de atendimento do dever estatal, de acordo com a capacidade orçamentária e as demais prioridades de gastos. Nessa perspectiva, em regra, o dever estatal a prestações não faz resultar, como contrapartida necessária e imediata, um direito subjetivo universal e incondicionado por parte do Estado.

4. No que se refere ao dever do Estado de prestar educação, apenas o acesso ao ensino fundamental gratuito foi considerado, pela Constituição, desde logo como direito público subjetivo (CF, art. 208, § 1º). O atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade está entre os deveres estatais fundamentais (CF, art. 208, IV; Lei 8.069/90, art. 54, V) sujeitos à conformação legislativa e administrativa, nomeadamente pelos municípios, a quem cumpre, prioritariamente, dar-lhes efetividade (CF, art. 211, § 2º). Assim, não se pode afirmar que a norma, prevista na Constituição e em lei federal, segundo a qual “é dever do Estado assegurar (...) atendimento em creche e pré-escola às crianças de 0 (zero) a seis anos de idade” (Lei 8.069/90, art. 54, V), garante, imediatamente, um direito subjetivo universal e incondicional de obter essa prestação por parte dos municípios.

5. Todavia, isso não significa dizer que ditos preceitos sejam absolutamente destituídos de eficácia. O poder de conformação não é carta de alforria ao ente estatal para descumprir o dever constitucional. Os municípios devem aplicar pelo menos vinte e cinco por cento das suas receitas em impostos na manutenção e desenvolvimento do ensino (CF, art. 212). A educação às crianças deve ser prestada “com absoluta prioridade” (CF, art. 227), ainda mais em se tratando de criança carente, já que a erradicação da pobreza e das desigualdades constitui objetivo fundamental da República (CF, art. 3º, III). Nessas circunstâncias,

qualquer que seja a conformação a ser dada ao referido dever estatal, é imperioso concluir que a norma possui, desde logo, um mínimo de efetividade. Por mais elástico que possa ser o campo de atuação discricionária do município, é inafastável a presença, no conjunto normativo, de um mínimo essencial que escape ao poder de discricionariedade administrativa ou política. Pode-se concluir que esse núcleo mínimo essencial de densidade normativa é apto a assegurar, desde logo, o cumprimento do dever de atendimento em creche, senão a todas, ao menos às crianças carentes, desprovidas de qualquer outra espécie de proteção, financeira ou social.

6. A hipótese dos autos enquadra-se no núcleo mínimo essencial. Quem vem buscar o cumprimento do dever estatal de assistência a seus filhos é mãe necessitada e desassistida pelo Estado, conforme se constata do relatório elaborado pela Assistente Social Judiciário, de fls. 27/28:

#### *Situação Habitacional*

A Sr.<sup>a</sup> Miriam e as filhas Elisia, Ana Carolina e Suelem residem em casa alugada por R\$ 80,00, feita de madeira, composta de 02 cômodos, oferecendo pouco conforto aos habitantes, porém, recebendo cuidados satisfatórios em relação a organização e higiene.

#### *Situação Econômica*

A Sr.<sup>a</sup> Miriam não tem emprego fixo porque não tem com quem deixar as filhas menores, Elisia e Ana Carolina.

Ela faz bicos de manicure e faxineira, recebe 01 cesta básica da Prefeitura, auxílios da Igreja Evangélica que frequenta e apoio financeiro do ex-companheiro.

#### *Grupo Familiar*

A Sr.<sup>a</sup> Maria reside na companhia das 02 filhas, todas de pais diferentes.

Destes não recebe apoio ou ajuda financeira, arcando com todos os cuidados e necessidades do cotidiano.

Referem não poupar esforços para garantir às filhas as condições básicas para as suas necessidades.

Alega necessitar colocação na creche João de Deus, próxima à sua casa, para providenciar trabalho fixo e que lhe garanta melhor suprimento e conforto às filhas.

#### *As crianças*

Elisia conta com 01 ano de idade e Ana Carolina com 02 anos e 07 meses, ambas com boa saúde

e desenvolvimento pertinente às respectivas idades, a carteira de vacinação encontra-se em ordem, através do Posto de Saúde.

A filha Suelem, 07 anos, cursa a 1ª série escolar, nas mesmas condições, apresenta-se integrada ao grupo familiar e, segundo a genitora, poderia permanecer sozinha quando estiver fora a trabalho.

Sendo assim, parece que a genitora tem enfrentado dificuldades para completa manutenção da família, porém, buscando recursos mínimos e próprios para mantê-las sob cuidados adequados.

7. Com essas considerações, no caso concreto, acompanho o voto do Min. Luiz Fux, dando provimento ao recurso especial. É o voto.

### **Certidão**

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

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Luiz Fux dando provimento ao recurso especial, divergindo do voto do Sr. Ministro Relator que lhe negara provimento, pediu vista o Sr. Ministro Teori Albino Zavascki. Aguarda a Sr.<sup>a</sup> Ministra Denise Arruda.

Ausente, quando do início do julgamento, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília-DF, 08 de junho de 2004. - *Maria do Socorro Melo* - Secretária.

### **Voto-vista (vencedor)**

Direito constitucional à creche extensivo aos menores de zero a seis anos - Norma constitucional reproduzida no art. 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente - Norma definidora de direitos não programática - Exigibilidade em juízo - Interesse transindividual atinente às crianças situadas nessa faixa etária - Ação civil pública - Cabimento e procedência.

- 1 - O direito constitucional à creche extensivo aos menores de zero a seis anos é consagrado em norma constitucional reproduzida no art. 54

do Estatuto da Criança e do Adolescente. Violação de lei federal.

'É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente: I - ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria; II - progressiva extensão da obrigatoriedade e gratuidade ao ensino médio; III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência preferencialmente na rede regular de ensino; IV - atendimento em creche e pré-escola às crianças de (zero) a 6 (seis) anos de idade'.

- 2 - Releva notar que uma Constituição Federal é fruto da vontade política nacional, erigida mediante consulta das expectativas e das possibilidades do que se vai consagrar, por isso que cogentes e eficazes suas promessas, sob pena de restarem vãs e frias enquanto letras mortas no papel. Ressoa inconcebível que direitos consagrados em normas menores como circulares, portarias, medidas provisórias, leis ordinárias tenham eficácia imediata e os direitos consagrados constitucionalmente, inspirados nos mais altos valores éticos e morais da Nação sejam relegados a segundo plano. Prometendo o Estado o direito à creche, cumpre adimpli-lo, porquanto a vontade política e constitucional, para utilizarmos a expressão de Konrad Hesse, foi no sentido da erradicação da miséria intelectual que assola o País. O direito à creche é consagrado em regra com normatividade mais do que suficiente, porquanto se define pelo dever, indicando o sujeito passivo, *in casu*, o Estado.

- 3 - Consagrado por um lado o dever do Estado, revela-se, pelo outro ângulo, o direito subjetivo da criança. Conseqüentemente, em função do princípio da inafastabilidade da jurisdição consagrado constitucionalmente, a todo direito corresponde uma ação que o assegura, sendo certo que todas as crianças nas condições estipuladas pela lei se encartam na esfera desse direito e podem exigi-lo em juízo. A homogeneidade e transindividualidade do direito em foco enseja a propositura da ação civil pública.

- 4 - A determinação judicial desse dever pelo Estado não encerra suposta ingerência do Judiciário na esfera da Administração. Deveras, não há discricionariedade do administrador frente aos direitos consagrados, quiçá constitucionalmente. Nesse campo, a atividade é vinculada sem admissão de qualquer exegese que vise afastar a garantia pética.

- 5 - Um país cujo preâmbulo constitucional promete a disseminação das desigualdades e a proteção à dignidade humana, alçadas ao mesmo patamar da defesa da Federação e da

República, não pode relegar o direito à educação das crianças a um plano diverso daquele que o coloca, como uma das mais belas e justas garantias constitucionais.

- 6 - Afastada a tese descabida da discricionariedade, a única dúvida que se poderia suscitar resvalaria na natureza da norma ora sob enfoque, se programática ou definidora de direitos. Muito embora a matéria seja, somente nesse particular, constitucional, porém sem importância revela-se essa categorização, tendo em vista a explicitude do ECA, inequívoca se revela a normatividade suficiente à promessa constitucional, a ensejar a acionabilidade do direito consagrado no preceito educacional.

- 7 - As meras diretrizes traçadas pelas políticas públicas não são ainda direitos senão promessas de *lege ferenda*, encartando-se na esfera insindicável pelo Poder Judiciário, qual a da oportunidade de sua implementação.

- 8 - Diversa é a hipótese segundo a qual a Constituição Federal consagra um direito e a norma infraconstitucional o explicita, impondo-se ao Judiciário torná-lo realidade, ainda que para isso resulte obrigação de fazer, com repercussão na esfera orçamentária.

- 9 - Ressoa evidente que toda imposição jurisdicional à Fazenda Pública implica dispêndio e atuar sem que isso infrinja a harmonia dos Poderes, porquanto no regime democrático e no estado de direito o Estado soberano se submete à própria justiça que instituiu. Afastada, assim, a ingerência entre os Poderes, o Judiciário, alegado o malferimento da lei, nada mais fez do que cumpri-la ao determinar a realização prática da promessa constitucional.

- 10 - O direito do menor à freqüência em creche insta o Estado a desincumbir-se do mesmo através da sua rede própria. Deveras, colocar um menor na fila de espera e atender a outros é o mesmo que tentar legalizar a mais violenta afronta ao princípio da isonomia, pilar não só da sociedade democrática anunciada pela Carta Magna, mercê de ferir de morte a cláusula de defesa da dignidade humana.

- 11 - O Estado não tem o dever de inserir a criança numa escola particular, porquanto as relações privadas se subsumem a burocracias nem sequer previstas na Constituição. O que o Estado soberano promete por si ou por seus delegatários é cumprir o dever de educação mediante o oferecimento de creche para crianças de zero a seis anos. Visando ao cumprimento de seus desígnios, o Estado tem domínio iminente sobre bens, podendo valer-se da propriedade privada, etc. O que não ressoa lícito é

repassar o seu encargo para o particular, quer incluindo o menor numa 'fila de espera', quer sugerindo uma medida que tangencia a legalidade, porquanto a inserção numa creche particular somente poderia ser realizada sob o pálio da licitação ou delegação legalizada, acaso a entidade fosse uma *longa manu* do Estado ou anuísse, voluntariamente, fazer-lhe as vezes.

- 12 - Recurso especial provido.

*O Exmo. Sr. Ministro Luiz Fux* - Noticiam os autos tratar-se, originariamente, de ação civil pública para cumprimento de obrigação de fazer proposta pelo Ministério Público do estado de São Paulo, visando compelir o Município de Santo André a matricular criança, menor de 06 anos, em estabelecimento infantil público.

No presente recurso especial, interposto com base na alínea *a*, o *Parquet* estadual alega, em suas razões, que o acórdão recorrido violou os arts. 54, IV, 208, III, 212 e 213 do ECA (Lei nº 8.069/90).

O voto do e. Ministro Relator foi no sentido de negar provimento ao recurso, tendo em vista a impossibilidade de o juiz substituir-se à Administração Pública, estabelecendo que determinado município crie e mantenha vagas em creches para menores de 06 anos.

Com efeito, pedi vista dos autos porque entendo que a matéria merece ser tratada com menos rigor.

O art. 208 da CF/88 garante o atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade, senão vejamos:

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

(...)

IV - atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade.

Por seu turno, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (9.394/96), no art. 4º, IV, repetiu a garantia constitucional no afã de assegurar creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos, nos seguintes termos:

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

(...)

IV - atendimento educacional especializado gratuito aos educandos com necessidades especiais, preferencialmente na rede regular de ensino.

Muito embora a matéria pareça gravitar única e exclusivamente em sede constitucional, o que retiraria a competência do STJ para aferir a legitimidade da decisão recorrida no âmbito do recurso especial, a realidade é que a questão vem traçada no ECA (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990), em seu art. 54, que assim dispõe:

É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente:

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

II - progressiva extensão da obrigatoriedade e gratuidade ao ensino médio;

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

IV - atendimento em creche e pré-escola às crianças de (zero) a 6 (seis) anos de idade; (*omissis*).

Ora, se é dever do Estado, é direito subjetivo da criança.

Deveras, em função do princípio da inafastabilidade consagrado constitucionalmente, a todo direito corresponde uma ação que o assegura, sendo certo que todas as crianças nas condições estipuladas pela lei se encartam na esfera desse direito, por isso a homogeneidade e transindividualidade do mesmo a ensejar a bem-manejada ação civil pública.

De tudo quanto se alegou, revela notável seriedade a questão da suposta ingerência do Judiciário na esfera da Administração.

Sob esse ângulo, não nos parece correta a alegada discricionariedade do administrador diante de direitos consagrados, quiçá constitucionalmente. Nesse campo, a atividade é vincu-

lada, inadmitindo-se qualquer exegese que vise afastar a garantia pétreia.

Evidentemente que num país cujo preâmbulo constitucional promete a disseminação das desigualdades e a proteção à dignidade humana, promessas constitucionais alçadas ao mesmo patamar da defesa da Federação e da República, não se poderia imaginar fosse o direito à educação das crianças relegado a um plano diverso daquele que o coloca na eminência das mais belas garantias constitucionais.

Afastada a tese descabida da discricionariedade, a única dúvida que se poderia suscitar resvalaria na natureza da norma ora sob enfoque, se programática ou definidora de direitos.

Muito embora a matéria seja, somente nesse particular, constitucional, porém sem importância a categorização, tendo em vista a explicitude do ECA, inequívoca se revela a normatividade suficiente da promessa constitucional a ensejar a acionabilidade do direito consagrado no preceito educacional.

Realmente, meras diretrizes traçadas pelas políticas públicas não são ainda direitos senão promessas de *lege ferenda*, encartando-se na esfera insindivável pelo Poder Judiciário, qual a da oportunidade de sua implementação.

A doutrina do tema assim se posiciona:

A Constituição de 1988 reiterou ser a educação direito de todos e dever do Estado (art. 205), e detalhou, no art. 208, que tal dever será efetivado mediante a garantia de 'ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria' (inciso I), bem como pelo 'atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência...' (inciso III). Também aqui não parece haver dúvida quanto à imperatividade da norma e à exigibilidade do bem jurídico tutelado em ambos os casos.

É bem de ver, no entanto, que o constituinte preferiu não sujeitar-se a riscos de interpretação em matéria à qual dedicou especial atenção: o ensino fundamental. Desse modo, interpretando assim mesmo, fez incluir no § 1º do art. 208 a declaração de que 'o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público

subjetivo'. O dispositivo, todavia, não deve induzir ao equívoco de uma leitura restritiva: todas as outras situações jurídicas constitucionais que sejam redutíveis ao esquema direito individual-dever do Estado configuram, na mesma sorte direitos públicos subjetivos. Não pretendeu o constituinte limitar outras posições jurídicas de vantagem, mas tão-somente ser meridianamente claro em relação a esta posição específica. Com isto evita que a autoridade pública se furte ao dever que lhe é imposto, atribuindo ao comando constitucional, indevidamente, caráter programático e, pois, insusceptível de ensejar a exigibilidade de prestação positiva (*O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*, LUÍS ROBERTO BARROSO, p. 115, 5ª edição).

Entretanto, quando a Constituição consagra um direito e a norma infraconstitucional o explicita, impõe-se ao Judiciário torná-lo realidade, ainda que isso resulte obrigação de fazer, com repercussão na esfera orçamentária.

É evidente que toda imposição jurisdicional à Fazenda Pública implica dispêndio e atuar sem que isso infrinja a harmonia dos Poderes, porquanto, no regime democrático e no estado de direito, o Estado soberano se submete à própria justiça que instituiu.

Afastada assim a ingerência entre os Poderes, o Judiciário atacado de malferimento da lei nada mais fez do que cumpri-la ao determinar a realização prática da promessa legal.

Assim, se é direito do menor a frequência em creche, o Estado, num sentido *lato*, deve desincumbir-se desse dever através da sua rede própria.

Releva notar que uma Constituição Federal é fruto da vontade política nacional, erigida mediante consulta das expectativas e das possibilidades do que se vai consagrar, por isso cogentes e eficazes suas promessas, sob pena de restarem vãs e frias enquanto letras mortas no papel.

Ressoa inconcebível que direitos consagrados em normas menores como circulares, portarias, medidas provisórias, leis ordinárias tenham eficácia imediata e os direitos con-

sagrados constitucionalmente, inspirados nos mais altos valores éticos e morais da Nação, sejam relegados a segundo plano.

Ora, o Estado prometeu o direito à creche e cumpre adimpli-lo, porquanto a vontade política e constitucional, para utilizarmos a expressão de Konrad Hesse, foi essa, no sentido da erradicação da miséria intelectual que assola o País.

Trata-se de direito com normatividade mais do que suficiente, porquanto se define pelo dever, indicando o sujeito passivo, *in casu*, o Estado.

Versando tema análogo, o STF legou princípio a que se deve manter vigília em hipóteses como essa, em que se exige o cumprimento dos deveres constitucionais, mercê do respeito e harmonia entre os Poderes:

Mandado de segurança - Sanção disciplinar imposta pelo Presidente da República - Demissão qualificada - Admissibilidade do mandado de segurança - Preliminar rejeitada - Processo administrativo-disciplinar - Garantia do contraditório e da plenitude de defesa - Inexistência de situação configuradora de ilegalidade do ato presidencial - Validade do ato demissório - Segurança denegada.

- 1. A Constituição Brasileira de 1988 prestigiou os instrumentos de tutela jurisdicional das liberdades individuais ou coletivas e submeteu o exercício do Poder estatal - como convém a uma sociedade democrática e livre - ao controle do Poder Judiciário. Inobstante estruturalmente desiguais, as relações entre o Estado e os indivíduos processam-se, no plano de nossa organização constitucional, sob o império estrito da lei. A *rule of law*, mais do que um simples legado histórico-cultural, constitui, no âmbito do sistema jurídico vigente no Brasil, pressuposto conceitual do estado democrático de direito e fator de contenção do arbítrio daqueles que exercem o poder. É preciso evoluir, cada vez mais, no sentido da completa justiciabilidade da atividade estatal e fortalecer o postulado da inafastabilidade de toda e qualquer fiscalização judicial. A progressiva redução e eliminação dos círculos de imunidade do poder há de gerar, como expressivo efeito consequencial, a interdição de seu exercício abusivo.

(*omissis*) (MS 20.999, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 25.05.90).

Deveras, colocar um menor numa fila de espera e atender a outros significa o mesmo que tentar legalizar a mais violenta afronta ao princípio da isonomia, pilar não só da sociedade democrática anunciada pela Carta Magna, mas também ferir de morte a dignidade humana.

O que o Estado soberano promete por si ou por seus delegatários é cumprir o dever de educação mediante o oferecimento de creche a crianças entre zero e seis anos.

Assim, divergindo do e. Ministro Relator, voto no sentido de dar provimento ao presente recurso especial.

É o voto.

### **Certidão**

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

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Teori Albino Zavascki, a Turma, por maioria, vencido o Sr. Ministro Relator, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto-vista do Sr. Ministro Luiz Fux, que lavrará o acórdão.

Votaram com o Sr. Ministro Luiz Fux (voto-vista) os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki (voto-vista) e Denise Arruda.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros José Delgado e Francisco Falcão.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília-DF, 02 de setembro de 2004 -  
*Maria do Socorro Melo* - Secretária.

(Publicado no *DJ* de 25.10.2004.)

-:-:-