

**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 594.018 — RJ**

Relator: O Sr. Ministro Eros Grau

Agravante: Estado do Rio de Janeiro — Agravado: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

**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, § 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 imposto pelo preceito veiculado pelo art. 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.**

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência da Ministra Ellen Gracie, 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, 23 de junho de 2009 — Eros Grau, Relator.

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Eros Grau: A decisão agravada tem o seguinte teor:

**Decisão:** Trata-se de recurso extraordinário interposto contra acórdão que negou provimento à ação civil pública, ajuizada pelo Ministério Público estadual, objetivando compelir o Estado a suprir a carência de professores em unidades de ensino público localizadas no Município de São Gonçalo.

2. O Tribunal *a quo* entendeu que o “Poder Judiciário não está autorizado a invadir indevidamente na seara do Executivo, imiscuindo-se no mérito administrativo e compelindo o Estado a contratar professores para a rede estadual de ensino, sob pena de violação ao Princípio Constitucional da Separação de Poderes” (fl. 716).

3. O Ministério Público estadual alega, no extraordinário, violação do disposto nos arts. 5º, XXXV; 6º; 37, *caput*; 205; 206; 208; 211; e 227 da Constituição do Brasil.

4. Sustenta que “diante da lesão ao sagrado e preponderante direito de infantes e jovens à proteção integral e à Educação – direito fundamental garantido pela Constituição Federal e à Educação – direito fundamental garantido pela Constituição Federal – o Poder Judiciário, na forma autorizada pelo art. 5º, XXXV, da CF, tem o poder e o dever de corrigir os desvios da Administração Pública, cabendo-lhe determinar ao Poder Executivo as medidas cabíveis à espécie (...)” (fl. 735).

5. Assiste razão ao recorrente. A educação é um **direito fundamental e indisponível** dos indivíduos. É dever do Estado propiciar meios que viabilizem o seu exercício. A omissão administrativa impede que o poder público cumpra integralmente dever a ele imposto pela própria Constituição do Brasil.

6. O Supremo, no julgamento do RE 436.996, Relator o Ministro Celso de Mello, DJ de 3 2 06, 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”. Assim, “[o]s Municípios – que aturarão 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”.

7. Ressaltou ainda que, “[e]mbora 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 mandatário – mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais impregnados de estatura constitucional.”

Dou provimento ao recurso com fundamento no disposto no art. 557, § 1º-A, do CPC.

2. O agravante alega que há óbices quanto à admissibilidade do recurso extraordinário e sustenta que “deve ser reformado o r. despacho ora agravado, tendo em vista que o mesmo aplicou precedente do STF relativo ao RE 436.996, de Relatoria do Ministro Celso de Mello, sem que o mesmo se ajuste ao caso dos autos, onde não há qualquer comportamento inconstitucional do Poder Público Estatal, com relação à Educação” (fl. 814).

3. Requer o provimento deste agravo regimental.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Eros Grau (Relator): Os argumentos deduzidos pelo agravante são insuficientes para desconstituir os fundamentos da decisão agravada.

2. Tal e qual demonstrado na decisão que se pretende reformar, a educação é um **direito fundamental e indisponível** dos indivíduos. É dever do Estado propiciar meios que viabilizem o seu exercício. Dever a ele imposto pelo preceito veiculado pelo art. 205 da Constituição do Brasil. A omissão da administração importa afronta à Constituição.

3. O Supremo, no julgamento do RE 436.996, Relator o Ministro Celso de Mello, DJ de 3 2 06, 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”. Assim, “[o]s Municípios – que aturarão 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”.

4. Ressaltou ainda que, “[e]mbora 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”.

5. Nesse sentido, cito parte do voto do Ministro Celso de Mello proferido na ADPF 45-MC, DJ de 4 5 04:

**Ementa: Arguição 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 arguição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração).**

(...)

**Essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais – que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. Celso de Mello) –, sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional:**

**“DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO – MODALIDADES DE COMPORTAMENTOS INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO.**

**– O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do**

Poder Público, que **age** ou **edita** normas em **desacordo** com o que dispõe a Constituição, **ofendendo-lhe**, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um **facere** (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade **por ação**.

– Se o Estado **deixar de adotar** as medidas **necessárias** à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, **abstendo-se**, em consequência, de **cumprir** o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em **violação negativa** do texto constitucional. Desse **non facere** ou **non praestare**, resultará a inconstitucionalidade **por omissão**, que pode ser **total**, quando é **nenhuma** a providência adotada, ou **parcial**, quando é **insuficiente** a medida efetivada pelo Poder Público.

(...)

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

(RTJ 185/794-796, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno.)

É certo 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.

Tal **incumbência**, no entanto, **embora em bases excepcionais**, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, **se e quando** os órgãos estatais competentes, **por descumprirem** os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, **vierem a comprometer**, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais **e/ou** coletivos **impregnados** de estatura constitucional, **ainda** que derivados de cláusulas **revestidas** de conteúdo programático.

**Cabe assinalar, presente** esse contexto – **consoante já proclamou** esta Suprema Corte – **que o caráter programático** das regras inscritas no texto da Carta Política “**não pode converter-se** em promessa constitucional inconsequente, **sob pena** de o poder público, **fraudando** justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, **de maneira ilegítima**, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto **irresponsável** de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado” (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. Celso de Mello).

**Não deixo de conferir**, no entanto, **assentadas** tais premissas, **significativo relevo** ao tema pertinente à “**reserva do possível**” (Stephen Holmes/Cass R.

Sunstein, "The Cost of Rights", 1999, Norton, New York), **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.

É 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 incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, **desta não se poderá** razoavelmente exigir, **considerada** a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.

**Não se mostrará lícito**, no entanto, ao poder público, **em tal hipótese** – mediante **indevida** manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – **criar obstáculo artificial que revele** 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.

**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 **do cumprimento** de suas obrigações constitucionais, **notadamente** quando, dessa conduta governamental negativa, **puder resultar** nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais **impregnados** de um sentido de essencial fundamentalidade.

Daí a **correta ponderação** de Ana Paula de Barcellos ("A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais", p. 245-246, 2002, Renovar):

**"Em resumo: a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar.** O intérprete **deverá levá-la em conta** ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar

seu fornecimento pelo Estado. **Por outro lado**, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, **é exatamente realizar** os objetivos fundamentais da Constituição.

A **meta central** das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, **pode ser resumida**, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, **cujo ponto de partida está em assegurar** as condições de sua própria dignidade, **que inclui**, além da proteção dos direitos individuais, **condições materiais mínimas de existência**. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (**o mínimo existencial**), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. **Apenas depois** de atingi-los é que se poderá discutir, **relativamente** aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. **O mínimo existencial**, como se vê,

**associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível."**

**(Grifei.)**

**Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da "reserva do possível", ao processo de concretização dos direitos de segunda geração – de implantação sempre onerosa –, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas.**

**Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizase-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos.**

**Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo.**

**É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado – e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico –, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado.**

**Extremamente pertinentes, a tal propósito, as observações de Andreas Joachim Krell ("Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha", p. 22-23, 2002, Fabris):**

**"A constituição confere ao legislador uma margem substancial de autonomia na definição da forma e medida em que o direito social deve ser assegurado, o chamado 'livre espaço de conformação' (...). Num sistema político pluralista, as normas constitucionais sobre direitos sociais devem ser abertas para receber diversas concretizações consoante as alternativas periodicamente escolhidas pelo eleitorado. A apreciação dos fatores econômicos para uma tomada de decisão quanto às possibilidades e aos meios de efetivação desses direitos cabe, principalmente, aos governos e parlamentos.**

**Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional.**

No entanto, parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais.

A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais a prestações materiais depende, naturalmente, dos recursos públicos disponíveis; normalmente, há uma delegação constitucional para o legislador concretizar o conteúdo desses direitos. Muitos autores entendem que seria ilegítima a conformação desse conteúdo pelo Poder Judiciário, por atentar contra o princípio da Separação dos Poderes (...).

Muitos autores e juízes não aceitam, até hoje, uma obrigação do Estado de prover diretamente uma prestação a cada pessoa necessitada de alguma atividade de atendimento médico, ensino, de moradia ou alimentação. Nem a doutrina nem a jurisprudência têm percebido o alcance das normas constitucionais programáticas sobre direitos sociais, nem lhes dado aplicação adequada como princípios-condição da justiça social.

A negação de qualquer tipo de obrigação a ser cumprida na base dos Direitos Fundamentais Sociais tem como consequência a renúncia de reconhecê-los como verdadeiros direitos. (...) Em geral, está crescendo o grupo daqueles que consideram os princípios constitucionais e as normas sobre direitos sociais como fonte de direitos e obrigações e admitem a intervenção do Judiciário em caso de omissões inconstitucionais."

(Grifei.)

(Grifos no original).

Nego provimento ao agravo regimental.

#### EXTRATO DA ATA

RE 594.018-AgR/RJ — Relator: Ministro Eros Grau. Agravante: Estado do Rio de Janeiro (Advogada: PGE-RJ – Christina Aires Corrêa Lima). Agravado: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Ministro Joaquim Barbosa.



