

RECURSO ESPECIAL N. 1.185.474-SC (2010/0048628-4)

Relator: Ministro Humberto Martins

Recorrente: Município de Criciúma

Procurador: Patricia Tatiana Schmidt e outro(s)

Recorrido: Ministério Público do Estado de Santa Catarina

EMENTA

Administrativo e Constitucional. Acesso à creche aos menores de zero a seis anos. Direito subjetivo. Reserva do possível. Teorização e cabimento. Impossibilidade de arguição como tese abstrata de defesa. Escassez de recursos como o resultado de uma decisão política. Prioridade dos direitos fundamentais. Conteúdo do mínimo existencial. Essencialidade do direito à educação. Precedentes do STF e STJ.

1. A tese da reserva do possível assenta-se em ideia que, desde os romanos, está incorporada na tradição ocidental, no sentido de que a obrigação impossível não pode ser exigida (*Impossibillum nulla obligatio est* - Celso, D. 50, 17, 185). Por tal motivo, a insuficiência de recursos orçamentários não pode ser considerada uma mera falácia.

2. Todavia, observa-se que a dimensão fática da reserva do possível é questão intrinsecamente vinculada ao problema da escassez. Esta pode ser compreendida como "sinônimo" de desigualdade. Bens escassos são bens que não podem ser usufruídos por todos e, justamente por isso, devem ser distribuídos segundo regras que pressupõe o direito igual ao bem e a impossibilidade do uso igual e simultâneo.

3. Esse estado de escassez, muitas vezes, é resultado de um processo de escolha, de uma decisão. Quando não há recursos suficientes para prover todas as necessidades, a decisão do administrador de investir em determinada área implica escassez de recursos para outra que não foi contemplada. A título de exemplo, o gasto com festividades ou propagandas governamentais pode ser traduzido na ausência de dinheiro para a prestação de uma educação de qualidade.

4. É por esse motivo que, em um primeiro momento, a reserva do possível não pode ser oposta à efetivação dos Direitos Fundamentais, já que, quanto a estes, não cabe ao administrador público preterir-los em suas escolhas. Nem mesmo a vontade da maioria pode tratar tais direitos como secundários. Isso, porque a democracia não se restringe na vontade da maioria. O princípio do majoritário é apenas um instrumento no processo democrático, mas este não se resume àquele. Democracia é, além da vontade da maioria, a realização dos direitos fundamentais. Só haverá democracia real onde houver liberdade de expressão, pluralismo político, acesso à informação, à educação, inviolabilidade da intimidade, o respeito às minorias e às idéias minoritárias etc. Tais valores não podem ser malferidos, ainda que seja a vontade da maioria. Caso contrário, se estará usando da "democracia" para extinguir a Democracia.

5. Com isso, observa-se que a realização dos Direitos Fundamentais não é opção do governante, não é resultado de um juízo discricionário nem pode ser encarada como tema que depende unicamente da vontade política. Aqueles direitos que estão intimamente ligados à dignidade humana não podem ser limitados em razão da escassez quando esta é fruto das escolhas do administrador. Não é por outra razão que se afirma que a reserva do possível não é oponível à realização do mínimo existencial.

6. O mínimo existencial não se resume ao mínimo vital, ou seja, o mínimo para se viver. O conteúdo daquilo que seja o mínimo existencial abrange também as condições socioculturais, que, para além da questão da mera sobrevivência, asseguram ao indivíduo um mínimo de inserção na "vida" social.

7. Sendo assim, não fica difícil perceber que dentre os direitos considerados prioritários encontra-se o direito à educação. O que distingue o homem dos demais seres vivos não é a sua condição de animal social, mas sim de ser um animal político. É a sua capacidade de relacionar-se com os demais e, através da ação e do discurso, programar a vida em sociedade.

8. A consciência de que é da essência do ser humano, inclusive sendo o seu traço característico, o relacionamento com os demais em um espaço público - onde todos são, *in abstracto*, iguais, e cuja diferenciação se dá mais em razão da capacidade para a ação e o discurso do que em virtude de atributos biológicos - é que torna a educação um valor ímpar. No espaço público - onde se travam as relações comerciais, profissionais, trabalhistas, bem como onde se exerce a cidadania - a ausência de educação, de conhecimento, em regra, relega o indivíduo a posições subalternas, o torna dependente das forças físicas para continuar a sobreviver e, ainda assim, em condições precárias.

9. Eis a razão pela qual o art. 227 da CF e o art. 4º da Lei n. 8.069/1990 dispõem que a educação deve ser tratada pelo Estado com absoluta prioridade. No mesmo sentido, o art. 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente prescreve que é dever do Estado assegurar às crianças de zero a seis anos de idade o atendimento em creche e pré-escola. Portanto, o pleito do Ministério Público encontra respaldo legal e jurisprudencial. Precedentes: REsp n. 511.645-SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 18.08.2009, DJe 27.08.2009; RE n. 410.715 AgR-SP - Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 22.11.2005, DJ 03.02.2006, p. 76.

10. Porém é preciso fazer uma ressalva no sentido de que mesmo com a alocação dos recursos no atendimento do mínimo existencial persista a carência orçamentária para atender a todas as demandas. Nesse caso, a escassez não seria fruto da escolha de atividades não prioritárias, mas sim da real insuficiência orçamentária. Em situações limítrofes como essa, não há como o Poder Judiciário imiscuir-se nos planos governamentais, pois estes, dentro do que é possível, estão de acordo com a Constituição, não havendo omissão injustificável.

11. Todavia, a real insuficiência de recursos deve ser demonstrada pelo Poder Público, não sendo admitido que a tese seja utilizada como uma desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, principalmente os de cunho social. No caso dos autos, não houve essa demonstração. Precedente: REsp n. 764.085-PR, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 1º.12.2009, DJe 10.12.2009.

Recurso especial improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: "A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a), com a ressalva do ponto de vista da Sra. Ministra Eliana Calmon."

Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Eliana Calmon e Castro Meira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 20 de abril de 2010 (data do julgamento).

Ministro Humberto Martins, Relator

DJe 29.04.2010

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Humberto Martins: Cuida-se de recurso especial interposto pelo Município de Criciúma, com fundamento no art. 105, III, a, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, assim ementado:

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 o 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 Constitucional 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 assegurará, sendo certo que todas as crianças nas condições estipuladas pela lei encartam-se 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 ensinar 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 insidicável 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 em dispêndio e atuar, sem que isso infrija 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 (REsp n. 575.280-SP, rel. Min. Luiz Fux). (fls. 199-201-e)

Aduz o recorrente que o acórdão estadual contrariou as disposições contidas nos arts. 32 e 87 da Lei n. 9.394/1996, bem como o princípio da separação dos poderes e a regra que veda o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual.

Sustenta, outrossim, que “a forma com que o Estado deve garantir o direito à educação infantil está condicionada às políticas sociais e econômicas, o que faz cer que qualquer atuação deve ser realizada na medida das suas possibilidades estruturais e financeiras”. (fl. 218-e)

Apresentadas as contrarrazões às fls. 271-277-e, sobreveio o juízo de admissibilidade negativo da instância de origem (fls. 289-291-e).

Este Relator houve por bem dar provimento ao agravo de instrumento, para determinar a subida do presente recurso especial. (fl. 299-e)

É, no essencial, o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Humberto Martins (Relator):

DO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE

O recurso especial comporta conhecimento, porquanto atende aos pressupostos recursais.

DA ALEGADA VIOLAÇÃO DA LEGISLAÇÃO FEDERAL

Aduz o recorrente que o acórdão estadual contrariou as disposições contidas nos arts. 32 e 87 da Lei n. 9.394/1996, bem como o princípio da separação dos poderes e a regra que veda o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual.

Sustenta, outrossim, que “a forma com que o Estado deve garantir o direito à educação infantil está condicionada às políticas sociais e econômicas, o que faz crer que qualquer atuação deve ser realizada na medida das suas possibilidades estruturais e financeiras”. (fl. 218-e)

Alega que o atendimento educacional das crianças e dos adolescentes será efetivado na medida das possibilidades e de acordo com as políticas públicas formuladas pelo Poder Executivo, no exercício do seu poder discricionário.

Em suma, as razões recursais apóiam-se na tese da reserva do possível, na alegação de violação ao princípio da separação dos poderes e dos limites impostos pela legislação orçamentária.

Com efeito, observa-se que o cerne da questão diz respeito à possibilidade de efetivação, por meio de determinação judicial, de direitos fundamentais que implicam dispêndio de altos custos orçamentários.

DA RESERVA DO POSSÍVEL

De início, é de se deixar claro que a insuficiência de recursos orçamentários não pode ser considerada uma mera falácia. Tanto é assim que a doutrina e jurisprudência germânica, conscientes da existência de limitações financeiras, elaboraram a teoria da “reserva do possível” (*Der Vorbehalt des Möglichen*), segundo a qual os direitos sociais a prestações materiais dependem da real disponibilidade de recursos financeiros por parte do Estado.

Na verdade, a tese da reserva do possível assenta-se em ideia que, desde os romanos, está incorporada na tradição ocidental, no sentido de que a obrigação impossível não pode ser exigida (*Impossibilium nulla obligatio est* - Celso, D. 50, 17, 185).

Não se pode exigir da ação humana a feitura de algo impossível. O problema central é que as limitações orçamentárias vão de encontro à necessidade de efetivação dos direitos fundamentais, principalmente aqueles que, em regra, realizam-se com a implementação de prestações positivas pelo Estado.

É justamente nesse ponto, da efetividade, que surge o principal desafio em matéria de direitos sociais, pois, sendo eminentemente prestacionais, demandam um conjunto de medidas positivas por parte do Poder Público, e que sempre abrangem a alocação significativa de recursos materiais e humanos para sua proteção e efetivação de uma maneira geral.

Assim, é necessário buscar uma conciliação entre a existência de limitações fáticas e a imperiosidade de efetivação dos direitos fundamentais.

Por esse motivo, é necessário analisar o que seja a reserva do possível, qual o seu alcance e em que condições a tese pode ser alegada.

Nesta tarefa, recorro-me ao direito germânico para constatar que o Tribunal Constitucional Federal Alemão, ao buscar desenvolver a noção da “reserva do possível”, firmou o entendimento de que esta apresenta, pelo menos, uma dimensão tríplice:

a) uma dimensão fática, que diz respeito à efetiva disponibilidade dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais;

b) uma dimensão jurídica, que guarda conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias; e

c) por fim, na perspectiva de um eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade e razoabilidade da prestação, ou seja, aquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade.

Feitas essas considerações, observa-se que a dimensão fática da reserva do possível é questão intrinsecamente vinculada ao problema da escassez, que deve ser analisada com mais proficuidade.

A escassez é “sinônimo” de desigualdade. Bens escassos são bens que não podem ser usufruídos por todos e, justamente por isso, devem ser distribuídos segundo regras que pressupõe o direito igual ao bem e a impossibilidade do uso igual e simultâneo.

Esse estado de escassez, muitas vezes, é resultado de um processo de escolha, de uma decisão. Quando não há recursos suficientes para prover todas as necessidades, a decisão do administrador de investir em determinada área implica escassez de recursos para outra que não foi contemplada. A título de exemplo, o gasto com festividades ou propagandas governamentais pode ser traduzido na ausência de dinheiro para a prestação de uma educação de qualidade.

DA PRIORIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A pergunta que se deve fazer neste momento é: o administrador público possui, em todos os casos, carta branca para escolher as prioridades, ou seja, para decidir quais valores serão contemplados e, conseqüentemente, quais serão postergados em face da escassez dos recursos públicos? Tal pergunta deve ser respondida com cautela.

A regra é que, por atribuição constitucional, cabe ao Poder Executivo definir os programas de governo que serão tratados com prioridade; boa parte deles, referendados pela vontade manifestada nas urnas. Todavia, há um núcleo de direitos que não pode, em hipótese alguma, ser preterido, pois constitui o objetivo e fundamento primeiro do Estado Democrático de Direito.

O termo “em hipótese alguma” frisa que nem mesmo a vontade da maioria pode tratar tais direitos como secundários. Isso, porque a democracia não se restringe na vontade da maioria. O princípio do majoritário é apenas um instrumento no processo democrático, mas este não se resume àquele. Democracia é, além da vontade da maioria, a realização dos direitos fundamentais.

Explica-se. Só haverá democracia real onde houver liberdade de expressão, pluralismo político, acesso à informação, à educação, inviolabilidade da intimidade, o respeito às minorias e às ideias minoritárias etc. Tais valores não podem ser malferidos, ainda que seja a vontade da maioria. Caso contrário, se estará usando da “democracia” para extinguir a Democracia.

Com isso, observa-se que a realização dos Direitos Fundamentais não é opção do governante, não é resultado de um juízo discricionário nem pode ser encarada como tema que depende unicamente da vontade política.

A não priorização de direitos essenciais implica o destrato da vida humana como um fim em si mesmo, ofende, às claras, o sobreprincípio da dignidade da pessoa humana.

A Constituição Federal reforça esse entendimento ao declarar, em seu art. 1º, III, que a dignidade da pessoa humana é fundamento da República Federativa

do Brasil, a Carta Cidadã de 1988 escolhe, ela própria, algumas prioridades que devem ser respeitadas pelo Poder Constituído.

Assim, aqueles direitos que estão intimamente ligados à dignidade humana, dentre os quais os relacionados às liberdades civis e aos direitos prestacionais essenciais como a educação e a saúde, não podem ser limitados em razão da escassez quando esta é fruto das escolhas do administrador.

DO MÍNIMO EXISTENCIAL

A argumentação até aqui apresentada expõe a existência de duas questões que precisam ser conciliadas. De um lado, tem-se o real problema da ausência de recursos orçamentário; do outro, a necessidade de realização dos Direitos Fundamentais.

Entrincheirado nesse imbróglio, o Tribunal Constitucional Federal Alemão desenvolveu a tese do “mínimo existencial”, segundo a qual, a impossibilidade de concretização de todos os direitos sociais não impede que as pessoas possam pleitear, no mínimo, o acesso a condições mínimas para uma vida digna.

A tese não deixa de ser uma decorrência do reconhecimento da reserva do possível. Por não haver recursos para tudo, é que se deve garantir, ao menos, o suficiente para que se possa viver com dignidade. Esse mínimo existencial não pode ser postergado e deve ser a prioridade do Poder Público.

Somente depois de atendido é que se abre a possibilidade para a efetivação de outros gastos, não entendidos, num juízo de razoabilidade, como essenciais. Por esse motivo, pelo menos *a priori*, a teoria da reserva do possível não pode ser oposta ao mínimo existencial.

Esse foi o entendimento adotado por esta Turma no julgamento do REsp n. 1.041.197-MS, de minha relatoria, cuja ementa se transcreve:

Administrativo. Ação civil pública. Controle judicial de políticas públicas. Possibilidade em casos excepcionais. Direito à saúde. Fornecimento de equipamentos a hospital universitário. Manifesta necessidade. Obrigação do Estado. Ausência de violação do princípio da separação dos poderes. Não oponibilidade da reserva do possível ao mínimo existencial.

1. Não comporta conhecimento a discussão a respeito da legitimidade do Ministério Público para figurar no pólo ativo da presente ação civil pública, em vista de que o Tribunal de origem decidiu a questão unicamente sob o prisma constitucional.

2. Não há como conhecer de recurso especial fundado em dissídio jurisprudencial ante a não-realização do devido cotejo analítico.

3. A partir da consolidação constitucional dos direitos sociais, a função estatal foi profundamente modificada, deixando de ser eminentemente legisladora em pró das liberdades públicas, para se tornar mais ativa com a missão de transformar a realidade social. Em decorrência, não só a administração pública recebeu a incumbência de criar e implementar políticas públicas necessárias à satisfação dos fins constitucionalmente delineados,

como também, o Poder Judiciário teve sua margem de atuação ampliada, como forma de fiscalizar e velar pelo fiel cumprimento dos objetivos constitucionais.

4. Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais. Com efeito, a correta interpretação do referido princípio, em matéria de políticas públicas, deve ser a de utilizá-lo apenas para limitar a atuação do judiciário quando a administração pública atua dentro dos limites concedidos pela lei. Em casos excepcionais, quando a administração extrapola os limites da competência que lhe fora atribuída e age sem razão, ou fugindo da finalidade a qual estava vinculada, autorizado se encontra o Poder Judiciário a corrigir tal distorção restaurando a ordem jurídica violada.

5. O indivíduo não pode exigir do estado prestações supérfluas, pois isto escaparia do limite do razoável, não sendo exigível que a sociedade arque com esse ônus. Eis a correta compreensão do princípio da reserva do possível, tal como foi formulado pela jurisprudência germânica. Por outro lado, qualquer pleito que vise a fomentar uma existência minimamente decente não pode ser encarado como sem motivos, pois garantir a dignidade humana é um dos objetivos principais do Estado Democrático de Direito. Por este motivo, o princípio da reserva do possível não pode ser oposto ao princípio do mínimo existencial.

6. Assegurar um mínimo de dignidade humana por meio de serviços públicos essenciais, dentre os quais a educação e a saúde, é escopo da República Federativa do Brasil que não pode ser condicionado à conveniência política do administrador público. A omissão injustificada da administração em efetivar as políticas públicas constitucionalmente definidas e essenciais para a promoção da dignidade humana não deve ser assistida passivamente pelo Poder Judiciário.

Recurso especial parcialmente conhecido e improvido.

(REsp n. 1.041.197-MS, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 25.08.2009, DJe 16.09.2009, grifei)

Feitas essas considerações, analisa-se, no caso concreto, o direito objeto do litígio está incluído no rol daqueles cuja observância é imprescindível para a existência digna.

Antes, mais uma consideração. O mínimo existencial não se resume ao mínimo vital, ou seja, o mínimo para se viver. Não deixar alguém morrer de fome é, certamente, o primeiro passo, mas não é, nem de longe, o suficiente para fazê-lo viver com dignidade.

O conteúdo daquilo que seja o mínimo existencial abrange também as condições socioculturais, que, para além da questão da mera sobrevivência, asseguram ao indivíduo um mínimo de inserção na "vida" social.

DA ESSENCIALIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO

Definido o conteúdo do mínimo existencial, não fica difícil perceber que dentre os direitos considerados prioritários encontra-se o direito à educação.

O que distingue o homem dos demais seres vivos não é a sua condição de animal social. Animal social a abelha é, a formiga é, inúmeros outros são. O traço diferencial do homem é a sua condição de ser um animal político; a sua capacidade de relacionar-se com os demais e, através da ação e do discurso, programar a vida em sociedade.

A distinção é importante, pois denota a existência de uma dupla dimensão da vida humana. Há a vida natural, biológica, que faz do homem um animal como qualquer outro. Há, também, uma espécie de segunda vida, a que é exercida na esfera pública, nas relações intersubjetivas e políticas que o indivíduo realiza com os demais integrantes da sociedade.

Em Hannah Ardent, a distinção é explicada com maior maestria:

Segundo o pensamento grego, a capacidade humana de organização política não apenas difere mas é diretamente oposta a essa associação natural cujo centro é constituído pela casa (*oikia*) e pela família. O surgimento da cidade estado significava que o homem recebera, além da vida privada, uma espécie de segunda vida, o seu *bios politikos*. Agora cada cidadão pertence a duas ordens de existência; e há uma grande diferença em sua vida entre aquilo que lhe é próprio (*idion*) e o que é comum (*koinon*). (ARENDDT, Hannah. A Condição Humana. 10ª Edição. Forense Universitária, Rio de Janeiro, 2008, p. 33)

A consciência de que é da essência do ser humano, inclusive sendo o seu traço característico, o relacionamento com os demais em um espaço público - onde todos são, *in abstracto*, iguais, e cuja diferenciação se dá mais em razão da capacidade para a ação e o discurso do que em virtude de atributos biológicos - é que torna a educação um valor ímpar.

Em outras palavras, no espaço público - onde se travam as relações comerciais, profissionais, trabalhistas, bem como onde se exerce a cidadania - a ausência de educação, de conhecimento, em regra, relega o indivíduo a posições subalternas, o torna dependente das forças físicas para continuar a sobreviver e, ainda assim, em condições precárias.

Eis a razão pela qual o art. 205 da Constituição Federal estabelece que:

Art. 205 - A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

No caso concreto, a matéria é ainda mais importante, pois trata do direito à educação de crianças, que, nos termos da própria Constituição Federal, possuem prioridade absoluta.

Art. 227. *É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária*, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Grifei)

Observa-se, nesse ponto, que a priorização dos investimentos na educação infantil, devido a sua essencialidade, não é resultado de opções políticas dos ocupantes momentâneos do cargo chefe do Poder Executivo, mas sim uma imposição da própria Carta Federal.

No mesmo sentido, encontra-se a legislação infraconstitucional:

Art. 4º da Lei n. 8.069/1990 - *É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária*.

O Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de apreciar a questão em caso semelhante. No julgamento do RE n. 436.996-SP, o Rel. Min. Celso de Mello asseverou que a educação infantil não se expõe a avaliações meramente discricionárias da administração pública. Pela importância da decisão, transcrevo a ementa:

Recurso extraordinário. Criança de até seis anos de idade. Atendimento em creche e em pré-escola. Educação infantil. Direito assegurado pelo próprio texto constitucional (CF, art. 208, IV). Compreensão global do direito constitucional à educação. Dever jurídico cuja execução se impõe ao Poder Público, notadamente ao Município (CF, art. 211, § 2º). Recurso improvido.

- A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV).

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

- A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental.

- Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social.

- Embora 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 estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à "reserva do possível". Doutrina.

(RE n. 410.715 AgR-SP - Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 22.11.2005, DJ 03.02.2006, p. 76, grifei)

Com efeito, o princípio da reserva do possível não pode ser oposto - quando a escassez é resultado de um processo de escolha das atividades que serão atendidas - ao mínimo existencial, aos direitos que a própria Constituição Federal elege como prioritários, como é o caso do direito à educação infantil.

No caso concreto, há ainda, disposição legal específica, contida no art. 54, IV, do Estatuto da Criança e do Adolescente, obrigando o Poder Público a prestar atendimento em creche à crianças de zero a seis anos de idade. Vejamos:

Art. 54. É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente:

(...)

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

Por fim, há ainda uma última questão a ser enfrentada. A atuação do Poder Judiciário deve ser excepcional, só sendo permitida nos casos em que as prioridades estabelecidas pela própria constituição, essenciais à efetivação da dignidade humana, estejam sendo preteridas em razão de programas governamentais cuja ausência de relevância seja incontestável.

Pensar diferente seria transformar o Poder Judiciário em órgão planejador de políticas públicas, em substituição à função constitucionalmente atribuída ao

Poder Executivo, o que configuraria uma clara violação do princípio da Separação dos Poderes.

Portanto, é possível que, mesmo com a alocação dos recursos no atendimento do mínimo existencial, persista a carência orçamentária para atender a todas as demandas.

Nesse caso, a escassez não seria fruto da escolha de atividades não prioritárias, mas sim da real insuficiência de recursos. Em situações limítrofes como essa, não há como o Poder Judiciário imiscuir-se nos planos governamentais, pois estes, dentro do que é possível, estão de acordo com a Constituição, não havendo omissão injustificável.

Todavia, não se pode olvidar que a real insuficiência de recursos, mesmo quando estes estão alocados em atividades essenciais, deve ser demonstrada pelo Poder Público, não sendo admitido que a tese seja utilizada como uma desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, principalmente os de cunho social.

Neste sentido:

Administrativo e Processual Civil. Pretensão resistida. Interesse de agir. Contrato de televisão por assinatura (TV a cabo). Lesão a direitos dos usuários. Ausência de fiscalização. Inexistência de discricionariedade. Vinculação à finalidade legal. Reserva do possível. Necessidade de demonstração.

1. Os fatos consignados pelo acórdão recorrido, noticiam que a ré resistiu à pretensão do autor da ação civil pública, motivo pelo qual, não há que se falar em ausência do interesse de agir do Ministério Público.

2. Nos termos do art. 19 da Lei n. 9.472/1997, compete à Anatel a obrigação de fiscalizar os serviços públicos concedidos, bem como, de reprimir as infrações aos direitos dos usuários. Com efeito, não há discricionariedade para o administrador público em realizar, ou não, a fiscalização.

3. A discricionariedade, porventura existente, circunscrever-se-ia na escolha do meio pelo qual a fiscalização será exercida. Todavia, ainda assim, o administrador está vinculado à finalidade legal, de modo que, o meio escolhido deve ser necessariamente o mais eficiente no desempenho da atribuição fiscalizadora.

4. Isto ocorre porque a discricionariedade administrativa é, antes de mais nada, um dever posto à Administração para que, diante do caso concreto, encontre dentre as diversas soluções possíveis, a que melhor atenda à finalidade legal.

5. *A reserva do possível não pode ser apresentada como alegação genérica, destituída de provas da inexistência de recursos financeiros. Requer, ademais, considerações sobre a situação orçamentária do ente público envolvido, o que esbarra na Súmula n. 7 desta Corte Superior.*

Recurso especial improvido.

(REsp n. 764.085-PR, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 1º.12.2009, DJe 10.12.2009, grifei)

No caso concreto, não houve essa demonstração por parte do recorrente. O acórdão recorrido não traz um único dado a respeito da execução orçamentária da municipalidade.

Cabe ressaltar ainda que há precedentes deste Tribunal Superior entendendo como procedente o pleito para assegurar o acesso ao atendimento público educacional em creche e pré-escola.

Nesse sentido:

Recurso especial. Ação civil pública. Matrícula e frequência de menores de zero a seis anos em creche da rede pública municipal. Dever do Estado.

1. Hipótese em que o Ministério Público do Estado de São Paulo ajuizou Ação Civil Pública com o fito de assegurar a matrícula de duas crianças em creche municipal. O pedido foi julgado procedente pelo Juízo de 1º grau, porém a sentença foi reformada pelo Tribunal de origem.

2. Os arts. 54, IV, 208, III, e 213 da Lei n. 8.069/1990 impõem que o Estado propicie às crianças de até 6 (seis) anos de idade o acesso ao atendimento público educacional em creche e pré-escola.

3. É legítima a determinação da obrigação de fazer pelo Judiciário para tutelar o direito subjetivo do menor a tal assistência educacional, não havendo falar em discricionariedade da Administração Pública, que tem o dever legal de assegurá-lo. Precedentes do STJ e do STF.

4. Recurso Especial provido.

(REsp n. 511.645-SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 18.08.2009, DJe 27.08.2009.)

Ante o exposto, com fundamento no art. 557, *caput*, do CPC, nego provimento ao recurso especial.

É como penso. É como voto.