

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 463.210 – SP

Relator: O Sr. Ministro Carlos Velloso

Agravante: Município de Santo André

Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Constitucional Atendimento em creche e pré-escola.

I - Sendo a educação um direito fundamental assegurado em várias normas constitucionais e ordinárias, a sua não-observância pela Administração Pública enseja sua proteção pelo Poder Judiciário.

II - Agravo não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a Presidência do Ministro Celso de Mello, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso de agravo, nos termos do voto do Relator. Ausente, justificadamente, neste julgamento, a Ministra Ellen Gracie.

Brasília, 6 de dezembro de 2005 — Carlos Velloso, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Velloso: Trata-se de agravo regimental, interposto pelo Município de Santo André, da decisão que negou seguimento ao recurso extraordinário (fls. 194-200), ao entendimento de ser responsabilidade do Município disponibilizar vagas em creches para crianças de zero a seis anos de idade.

Sustenta o agravante, em síntese, o seguinte:

a) indevida ingerência do Judiciário no poder discricionário do Executivo, ao obrigar as matrículas das crianças em creches;

b) a questão em debate envolve aspectos de orçamento e disponibilidade de Erário.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Velloso (Relator): Assim a decisão agravada, por mim proferida:

“(…)

Em caso semelhante, RE 402.024/SP, proferi a seguinte decisão:

‘O acórdão recorrido decidiu:

‘(…)

A matéria debatida nestes autos diz respeito à obrigação da municipalidade em disponibilizar ou não vagas em creches para crianças de zero a seis anos de idade.

Sustenta a apelante que tal obrigação não existe para ela, pois a Constituição Federal, em seus arts. 208 e 211, lhe impôs apenas a entrega do ensino fundamental e não a da educação infantil.

A tese da municipalidade-apelante, a partir da Emenda Constitucional n. 14/96, perdeu todo o seu sabor acadêmico, já que, com sua promulgação, ficou assentado no § 2º do art. 211 da CF, que **‘os municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil.’**

Então, se a CF impôs ao Município prover com prioridade o ensino fundamental e a educação infantil é porque lhe ordenou o dever de observar com primazia essas áreas educacionais, sendo que, por educação infantil, há de se entender o ensino de crianças de zero a seis anos de idade, quer com o rótulo de creche ou de pré-escola.

Aliás, isso é o que está expresso no inciso IV do art. 54 do ECA, que acentuou o dever do Estado em assegurar às crianças de zero a seis anos de idade **‘atendimento em creche e pré-escola.’**

(…)’ (Fls. 93/94)

Nos embargos de declaração, pretendeu o Município o prequestionamento dos artigos 2º; 206, *caput* e inciso VII; 208, I e VII, e seus parágrafos; e 249; todos da CF (fls. 97-98).

Sustenta-se, no RE, ofensa aos arts. 2º; 165; 169; 206, I, VI e VII; 208, I e II, redação da EC 14; e 211, § 2º, primeira parte; todos da CF.

Primeiro que tudo, verifica-se o não-prequestionamento das questões constitucionais dos arts. 165 e 169 e dos incisos I e VI do art. 206. Esclareça-se que a interposição dos embargos de declaração, vale dizer, a sua simples interposição, realiza o prequestionamento de questões que vinham sendo debatidas e que o acórdão se omitiu. É o que deflui das Súmulas 282 e 356, do Supremo Tribunal.

Examinemos o recurso.

Destaco do parecer do ilustre Subprocurador-Geral Prof. Geraldo Brindeiro:

‘(…)

11. Conquanto tenha entendido o E. Desembargador Denser de Sá que a admissibilidade do apelo extremo se restringiria ao art.

211, § 2º é forçoso reconhecer que também o art. 208 foi prequestionado, como se verifica do *decisum* do Tribunal a quo: 'Sustenta a apelante que tal obrigação não existe para ela, pois a Constituição Federal, em seus arts. 208 e 211, lhe impôs apenas a entrega do ensino fundamental e não o de educação infantil. A tese da municipalidade-apelante, a partir da Emenda Constitucional n. 14/96, perdeu todo o seu saber acadêmico, já que com sua promulgação, ficou assentado no § 2º, do art. 211, da Constituição Federal que 'os municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil.'

12. É indubioso que a questão em tela é normatizada por normas infraconstitucionais, como a Lei 9.424, de 24 de dezembro de 1996 e a Lei 9.394 de 20-12-96, cujo desrespeito não enseja recurso extraordinário, uma vez que a ofensa porventura ocorrente dar-se-ia de maneira reflexa à Constituição Federal, o que inviabiliza o conhecimento do recurso extraordinário, como assentado em pacífica jurisprudência do E. Supremo Tribunal Federal:

Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 347.205-São Paulo, Relator Ministro *Maurício Corrêa*, DJ de 11-4-2003.

'Agravo regimental em recurso extraordinário matéria afeta à norma infraconstitucional. Ofensa indireta à Constituição e reexame de provas. Impossibilidade de conhecimento do extraordinário. Para que o recurso extraordinário possa ser conhecido a vulneração à norma constitucional há de ser direta e frontal e não a que exige o prévio exame da legislação ordinária e reexame de provas. Agravo regimental não provido.'

13. No mérito, improcedente afigura-se a alegação de ofensa ao art. 208 da Constituição, porque somente o ensino fundamental seria de observância obrigatória pelo Estado; bem como a apontada vulneração ao art. 211, § 2º, da Constituição, ao argumento de que seria atuação do Município prioritária quanto ao ensino fundamental, que viria em primeiro lugar no texto, e em segundo plano estaria a educação infantil.

14. Ora, o acórdão recorrido não contrariou tais disposições e sim acolheu-as, uma vez que o art. 208, IV, da Constituição expressamente estabelece que 'o dever do Estado com a Educação será efetivado mediante a garantia de atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade'.

15. Por sua vez, o art. 211 determina que 'a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão em regime de colaboração seus sistemas de ensino' e em seu parágrafo 2º esclarece que a atuação dos municípios dá-se prioritariamente no ensino

fundamental e na educação infantil. Como visto, não houve violação a esse dispositivo, mas sua concretização.

16. Quanto à alegada ofensa ao princípio da separação de poderes, entendo não haver restado configurada, uma vez que a educação, nos termos do art. 205, *caput*, da Constituição da República 'é direito de todos e dever do Estado e da família'. Prescreve, ainda, o art. 227 da Constituição que '*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.*'

17. Nesse passo, sendo a educação um direito fundamental assegurado em várias normas constitucionais e ordinárias, a sua não-observância pela administração pública enseja sua proteção pelo Poder Judiciário.

18. Ante o exposto, e pelas razões aduzidas, o parecer é pelo não-conhecimento do presente recurso extraordinário.

(...)' (Fls. 164-166)

O RE é, na verdade, inviável.

A uma, porque, com a edição da EC 14, de 1996, ficou estabelecido que 'os municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil' (CF, art. 211, § 2º, com a EC 14/96).

A duas, não há falar haja o acórdão contrariado o disposto no art. 2º da CF. É que cabe ao Judiciário fazer valer, no conflito de interesses, a vontade concreta da lei e da Constituição. Se assim procede, estando num dos pólos da ação o Estado, o fato de o Judiciário decidir contra a pretensão deste não implica, evidentemente, ofensa ao princípio da separação dos Poderes, convindo esclarecer que, conforme lição de Balladore Palieri, constitui característica do Estado de Direito sujeitar-se o Estado à Jurisdição.

Finalmente, esclareça-se que o acórdão, para julgar procedente a ação, utilizou-se de mais de um fundamento suficiente. E que o acórdão invocou, também, o art. 54, IV, do ECA. Trata-se de disposição infraconstitucional, que não autoriza a interposição do recurso extraordinário, porque integra o contencioso de direito comum, certo que o recorrente não atacou o fundamento infraconstitucional mediante recurso especial. No recurso especial, que não foi admitido, limitou-se o recorrente a alegar ofensa ao art. 535, II, CPC.

Incide, no caso, portanto, a Súmula 283-STF.

Aliás, em caso similar, AI 410.646-AgR/SP, agravante o Município de Santo André, Relator o Ministro Nelson Jobim, decidiu o Supremo Tribunal Federal:

‘Ementa: Ação civil pública. Garantia de vaga em creche para menor. Ausência de prequestionamento (Súmula 282 e 356). Fundamento do acórdão recorrido não afastado (Súmula 283). Regimental não provido.’ (DJ de 19-9-2003)

Em outros casos similares, RE 411.518/SP e RE 401.673/SP, recorrente o Município de Santo André, Relator o Ministro Marco Aurélio, aos recursos foi negado seguimento, em 3-3-2004 e 26-3-2004, respectivamente.

Do exposto, nego seguimento ao recurso.’

Do exposto, reportando-me ao precedente mencionado, **nego seguimento ao recurso.**

(...)” (Fls. 195-200)

A decisão, está-se a ver, é de ser mantida, por seus próprios fundamentos. Nego provimento ao agravo.

EXTRATO DA ATA

RE 463.210-AgR/SP - Relator: Ministro Carlos Velloso. Agravante: Município de Santo André (Advogada: Monica Maria Hernandez de Abreu Vicente). Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo.

Decisão: A Turma, por votação unânime, *negou* provimento ao recurso de agravo, nos termos do voto do Relator. Ausente, justificadamente, neste julgamento, a Ministra Ellen Gracie.

Presidência do Ministro Celso de Mello. Presentes à sessão os Ministros Carlos Velloso, Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa. Ausente, justificadamente, a Ministra Ellen Gracie. Subprocuradora-Geral da República, Dra. Maria Caetana Cintra Santos.

Brasília, 6 de dezembro de 2005 — Carlos Alberto Cantanhede, Coordenador.