

UNIVERSIDADE DE RIBEIRÃO PRETO

LUCIANO DAL SASSO MASSON

**A JUDICIALIZAÇÃO DO ACESSO À EDUCAÇÃO INFANTIL: A  
DEFENSORIA PÚBLICA COMO PROMOVEDORA DA INCLUSÃO  
SOCIAL**

Ribeirão Preto

2015

LUCIANO DAL SASSO MASSON

**A JUDICIALIZAÇÃO DO ACESSO À EDUCAÇÃO INFANTIL: A  
DEFENSORIA PÚBLICA COMO PROMOVEDORA DA INCLUSÃO  
SOCIAL**

Dissertação apresentada à Universidade de  
Ribeirão Preto para a obtenção do título de  
Mestre em Direitos Coletivos e Cidadania,  
sob orientação do Professor Doutor  
Fernando da Fonseca Gajardoni.

RIBEIRÃO PRETO

2015

Ficha catalográfica preparada pelo Centro de Processamento  
Técnico da Biblioteca Central da UNAERP

- Universidade de Ribeirão Preto -

Masson, Luciano Dal Sasso, 1972-

M419j A judicialização do acesso à educação infantil: a defensoria  
pública como promotora da inclusão social / Luciano Dal Sasso  
Masson. - - Ribeirão Preto, 2015.  
101 f.

Orientador: Prof. Dr. Fernando da Fonseca Gajardoni.

Dissertação (mestrado) - Universidade de Ribeirão Preto,  
UNAERP, Direito. Ribeirão Preto, 2015.

1. Defensoria Pública. 2. Educação infantil. 3. Judicialização.  
4. Direito. I. Título.

CDD 340

LUCIANO DAL SASSO MASSON

**A JUDICIALIZAÇÃO DO ACESSO À EDUCAÇÃO INFANTIL: A  
DEFENSORIA PÚBLICA COMO PROMOVEDORA DA INCLUSÃO SOCIAL**

Dissertação apresentada à Universidade de Ribeirão Preto para a obtenção do título de Mestre em Direitos Coletivos e Cidadania, sob orientação do Professor Doutor Fernando da Fonseca Gajardoni.

Área de Concentração: Direitos Coletivos e Cidadania

Data da defesa: 21 de maio de 2015

Resultado: Aprovado

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Fernando da Fonseca Gajardoni  
Universidade de Ribeirão Preto - UNAERP

Prof. Dr. Paulo Eduardo Lépre  
Centro Universitário UNISEB

Prof. Dr. Lucas de Souza Lehfeld  
UNAERP – Universidade de Ribeirão Preto

Ribeirão Preto – SP

2015

Dedico esse trabalho à minha esposa Flávia e a nossa florzinha Maria Luísa, pela concretização da expressão amor em minha vida. Aos meus pais Luiz e Rita, pelo exemplo diário de honestidade e perseverança. Aos meus irmãos Denise, Leandro e Carolina, pelo amor incondicional.

Minhas singelas homenagens ainda ao meu orientador Dr. Fernando da Fonseca Gajardoni, pelo auxílio e incentivo incondicionais.

Por fim, dedico esse trabalho a todos os colegas Defensores Públicos do nosso país, sonhadores que somos de um amanhã mais justo e belo a todos os excluídos.

## RESUMO

O ordenamento jurídico posto, notadamente após a promulgação da Constituição Federal, foi pródigo na previsão de prestações sociais a serem cumpridas pelo Estado. A educação infantil, gratuita e de qualidade, nesse sentido, está expressamente prevista, como forma de nivelamento social e combate à pobreza e as desigualdades sociais. Assim, ao longo do presente trabalho, desenvolveram-se ideias, divididas em capítulos, que tratam da importância do tema. Inicialmente, trouxe-se o conceito e roupagem normativa do direito fundamental à educação infantil, sob o qual gravita a presente Dissertação Mestrado. Após, discorreu-se acerca da Defensoria Pública e seu papel emancipador no sistema de justiça, algo absolutamente consonante com o tema proposto pois, nos dizeres de Paulo Freire, “*Se a educação sozinha não transforma a sociedade, sem ela tampouco a sociedade muda*”. Ainda, numa clara intenção de junção dos temas já tratados, discorreu-se sobre os modelos judiciais e extrajudiciais para acesso à educação infantil, tendo como norte o bom trabalho desenvolvido pelo Poder Legislativo, o que, no entanto, não representava a correta concretização do direito à educação infantil (e os números apresentados assim comprovam) o acaba por desaguar, necessariamente, no Poder Judiciário. Pela sua grande importância, o acesso à educação, notadamente daqueles cidadãos de pouca idade, exige sua pronta concretização, com o Poder Judiciário, via Defensoria Pública, assumindo papel proativo nesse contexto, não havendo tempo hábil, nem argumentação contrária, que indiquem outro caminho a ser seguido. Já finalizando, o tema é deveras importante para a sociedade atual, notadamente para aqueles que vivem de pouca renda e possuem baixa idade e necessitam do serviço público educacional de qualidade na tentativa de obterem uma vida melhor, rompendo com o ciclo vicioso da pobreza e opressão.

**PALAVRA-CHAVE:** Educação. Infantil. Desigualdade Social. Defensoria Pública.

## **ABSTRACT**

The post legal system, especially after the promulgation of the Constitution, was lavish in predicting benefits to be met by the State. The child, free and quality education in this sense, is expressly provided for as a form of social leveling and combat poverty and social inequalities. Thus, throughout this work, we developed ideas, divided into chapters dealing with the importance of the issue. Initially brought to the normative concept and guise of the fundamental right to early childhood education, under which gravitates this Master Thesis. After, if talked-about of the Public Defender and its emancipatory role in the justice system, something absolutely consonant with the theme because, in the words of Paulo Freire, "If education alone does not transform society, without it neither society changes" . Still, a clear intention to join the themes already treated, it talked about the judicial and extrajudicial models for access to early childhood education, with the north the good work of the legislature, which, however, did not represent the correct implementation of the right to early childhood education (and the figures thus show) the ultimately emptying necessarily the judiciary. By its importance, access to education, especially those citizens young age, requires their prompt implementation, with the judiciary, via Public Defender, assuming proactive role in this context, there is no time, nor contrary argument, indicating another path to be followed. Already finalizing the theme is indeed important for today's society, especially for those living in low income and have low age and need of educational public service quality in an attempt to obtain a better life, breaking the vicious cycle of poverty and oppression

**KEYWORD:** Education. Childhood. Social inequality. Public defensor.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	05
CAPÍTULO I - A EDUCAÇÃO INFANTIL .....	09
1.1. Introdução .....	09
1.2. Da Educação e sua conceituação .....	14
1.3. A origem constitucional do direito a educação .....	15
1.4. Da normativa legal do direito à educação infantil .....	18
1.5. Do acesso à educação infantil como direito fundamental .....	23
CAPÍTULO II – A DEFENSORIA PÚBLICA NA DEFESA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS .....	26
2.1. Da Defensoria Pública .....	26
2.2. A evolução institucional da Defensoria Pública .....	30
2.3. A atuação da Defensoria Pública na seara infanto-juvenil .....	37
CAPÍTULO III – A JUDICIALIZAÇÃO DO ACESSO À EDUCAÇÃO INFANTIL E A NÃO OFENSA À INDEPENDÊNCIA DOS PODERES .....	41
3.1. Noções preliminares .....	41
3.2. Críticas ao controle jurisdicional das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais .....	42
3.3. Da inexistência da violação à independência dos Poderes .....	51
CAPÍTULO IV – A TUTELA PROCESSUAL E EXTRAPROCESSUAL DO DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO .....	55



4.1. Aspectos gerais .....	55
4.2. As vias processuais adequadas para o controle judicial em políticas públicas .....	57
4.2.1. Ação de obrigação de fazer .....	58
4.2.2. Ação civil pública.....	62
4.2.3. Mandado de Segurança .....	64
4.2.4. Ação Popular .....	67
4.2.5. Mandado de Injunção .....	73
4.2.6. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental .....	76
4.3. A solução extrajudicial dos conflitos em matéria de educação infantil .....	81
CONCLUSÃO .....	91
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	95

## INTRODUÇÃO

A frase do E. Ministro do Supremo Tribunal Federal Ayres Britto sintetiza, com maestria, o porquê do presente trabalho:

Como fazer da melhor normatividade em abstrato a melhor experiência?<sup>1</sup>

A atuação como Defensor Público perante a Vara da Infância e Juventude da Comarca de Franca, Estado de São Paulo, instiga sobremaneira a escrever sobre o acesso à educação infantil, um verdadeiro gargalo do sistema jurídico-político brasileiro.

O ordenamento jurídico posto, notadamente após a promulgação da Constituição Federal de 1988, foi pródigo na previsão de prestações sociais a serem cumpridas pelo Estado. A educação infantil, gratuita e de qualidade, nessa seara, também está contemplada (Capítulo III, Seção I, Da educação, artigos 205 *usque* 214), e deve ser lida como forma de nivelamento social e combate à pobreza e as desigualdades sociais.

Assim, a imensa quantidade de ações judiciais que pela Defensoria Pública são propostas em detrimento dos entes públicos Municipais em todo o país e que objetivam a matrícula de crianças em creches e pré-escolas comprovam, de forma irretorquível, quão distante é o caminho que separa a teoria da prática pública cotidiana.

E essa realidade vivenciada no interior do Estado de São Paulo não difere do restante do país. Reportagem jornalística datada de 28/07/2014 pinça o déficit gigantesco de vagas nas cidades de São Paulo, Campo Grande e Fortaleza e, lado outro, destaca a busca cada vez maior do cidadão pela Defensoria Pública na tentativa de resolução da questão<sup>2</sup>.

Mas onde está o erro? Como solucioná-lo? Busca-se enfrentar esses dilemas ao longo da presente dissertação para, ao final, serem propostos mecanismos de resolução

---

<sup>1</sup> BRITTO, Carlos Ayres. *O humanismo como categoria constitucional*, 2007, página 30. In: ROCHA, Amélia Soares da. *Defensoria Pública: fundamentos, organização e funcionamento*. São Paulo: Atlas, 2013, página XXIX.

<sup>2</sup> Acessível em <http://g1.globo.com/jornal-hoje/noticia/2014/07/falta-de-vagas-em-creches-publicas-gera-fila-de-espera-em-varios-estados.html>. Acesso aos 06/01/2015, às 18h45m.

desse divórcio legislativo-executivo, afinal, a previsão normativa é bem feita, mas não é executada a contento.

De mais a mais, conforme se observará no transcorrer do trabalho, enxerga-se na atuação conjunta da Defensoria Pública e do Poder Judiciário forma de superação ao não cumprimento do comando que emerge de nossa Carta Magna.

Afinal, políticas públicas nada mais são que atos concretos e políticos praticados por nossos governantes e tendentes a cumprir comandos constitucionais que digam respeito a prestações sociais, como na seara da educação infantil. O simples não agir estatal deve ser remediado.

Pela sua grande importância, o acesso à educação, principalmente daqueles cidadãos de pouca idade, exige pronta concretização pelo Poder Judiciário, não havendo tempo hábil, nem argumentação contrária, que indiquem outro caminho a ser seguido.

A atuação da Defensoria Pública, nesse contexto, não deve ser entendida com viés assistencialista, mas sim no sentido de acesso à justiça de todos aqueles que estão submetidos à própria sorte e que veem na educação pública infantil de qualidade algo inatingível, como no mito de suplício de Tântalo<sup>3</sup>. A Instituição funciona como verdadeira “ponte” na busca do direito vilipendiado, incluindo o cidadão, assim, como verdadeiro sujeito de direitos.

Como ensina Norberto Bobbio<sup>4</sup>, já se alcançou um nível de igualdade formal, de modo que não faltam normas, mas sim a adequação destas à realidade vivenciada naquilo que o intelecto não consegue enxergar sozinho.

Nesse diapasão, a presente dissertação foi dividida em 04 (quatro) capítulos, para melhor entendimento dos fenômenos jurídicos estudados.

---

<sup>3</sup> O mito grego do suplício de Tântalo reflete o sofrimento daquele que deseja algo aparentemente próximo, porém inalcançável.

<sup>4</sup> O problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata mais de saber quais e quantos são esses direitos (humanos), qual é sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados'. (Norberto Bobbio, 1992, citado por Dalmo de Abreu Dallari em prefácio do livro de Carlos Weis. *Direitos Humanos Contemporâneos*. São Paulo: Malheiros, 2010).

No capítulo I, intitulado *A Educação Infantil*, buscar-se-á definir todos os contornos técnicos que cercam o tema. Assim, educação infantil será inserida no contexto do Estado social brasileiro atual, e seu acesso efetivo às nossas crianças deverá ser entendido como mecanismo apto a diminuir a marginalização da população carente e difundir o conhecimento em toda a sociedade.

Ainda nesse capítulo primeiro haverá a conceituação do termo educação, pois nada melhor do que saber o significado da expressão para entender corretamente o tema. Ainda, far-se-á incursão histórica-constitucional na matéria, para, após, ser analisada a normativa pátria e internacional que rege esse direito social.

No capítulo II nos debruçaremos sobre o estudo da Defensoria Pública, Instituição integrante do sistema de justiça brasileiro e importante ente emancipador e facilitador de transformações sociais positivas. As noções preliminares acerca da Instituição, passando pela normativa internacional e interna serão debatidas, para, ao final, estudar-se a sua importante atuação na seara infanto-juvenil.

Já o capítulo III será dedicado ao tema: *Da concretização do acesso à educação infantil pelo Poder Judiciário e não ofensa à independência dos poderes*. Sem dúvida, trata-se de capítulo essencial ao deslinde do presente trabalho, pois ao mesmo tempo em que serão analisadas as teorias contrárias a essa atuação positiva do Poder Judiciário na seara das políticas públicas, serão traçados os principais argumentos, buscados na melhor doutrina e jurisprudência, a corroborarem essa atuação do Estado-juiz.

O capítulo IV, e que finalizará o presente trabalho, versará sobre a tutela processual e extraprocessual do direito fundamental à educação, e trará os principais mecanismos processuais aptos a defender em juízo esse importantíssimo direito fundamental. De forma objetiva, destacaremos os principais aspectos no manejo das diversas ações judiciais correlatas ao tema.

Ainda no último capítulo, dedicaremos espaço para a atuação extrajudicial como mecanismo de tutela do direito à educação infantil, alternativa para combater o verdadeiro esgotamento pelo qual passa o Poder Judiciário.

Conforme se observará, o trabalho desenvolvido buscará na Constituição Federal, nas leis ordinárias e complementares, na normativa internacional, bem como nos princípios que regem nosso ordenamento jurídico os substratos técnicos para as conclusões que serão alcançadas.

A complexidade do tema trazido à baila exigiram ampla análise doutrinária e jurisprudencial, com utilização de técnicas de análise textual, temática e interpretativa da doutrina. Procuramos fazer um *link* entre todos os capítulos para facilitar a compreensão e concatenamento das questões discutidas. Em alguns casos houve análise inclusive do direito alienígena, em comparação com as previsões no nosso ordenamento vigentes.

Sem dúvida, e já finalizando, o tema proposto é bastante instigante e está na pauta do dia<sup>5</sup>, e seu desenvolvimento, conforme dito alhures, é no sentido da ampliação do acesso ao Poder Judiciário de todos os cidadãos que, dia após dia, veem cerceado o acesso à educação infantil pública e de qualidade, por omissão estatal. Acesso esse importantíssimo para o caminho rumo a uma sociedade mais justa, democrática e igualitária, afinando, assim, essa experiência proposta aos comandos que emergem de nossa Constituição Federal.

---

<sup>5</sup> Impossível falar-se na inconstitucional proposta de redução da responsabilidade penal sem se entender as origens que levam os jovens a prática de atos infracionais, notadamente a ausência de oferecimento pelo Estado de direitos sociais básicos, como a educação pública de qualidade.

## CAPÍTULO I – A EDUCAÇÃO INFANTIL

### 1.1. Introdução

O Estado denominado Liberal, constituído durante o século XVIII por meio da Revolução Francesa (1789-1799), gerou intensa desigualdade na sociedade. No momento em que a atuação estatal se tornou mínima, surgiu um sistema de total indiferença à vida econômica e social dos governados. Apenas no campo político, de intromissão estatal na vida do indivíduo, era possível a visualização de um agir mais intenso por parte dos governantes. Era o denominado Estado do *laissez faire et laissez passer* (deixar fazer, deixar passar).

Os grandes beneficiados nesse sistema de “*deixar fazer*” foram os integrantes da burguesia. Todos aqueles que não pertencessem a essa verdadeira casta, como os artesãos, servos, camponeses ou quaisquer daqueles desamparados socialmente, viviam sob intensa exploração e desigualdade. Esse não agir, assim, relegou os direitos sociais a um segundo plano<sup>6</sup>.

E esse cenário de inércia somente mudou após a Primeira Guerra Mundial (1914-1918), com a Revolução Industrial que se impôs nesse período. A grande expansão da indústria, e a conseqüente produção massiva de bens, geraram extrema concentração de riqueza e, ao mesmo tempo, grandes bolsões de pobreza e exploração. Acentuou-se a desigualdade social já existente, surgindo assim os movimentos das classes trabalhadoras em prol de melhores condições de vida, não somente dos trabalhadores, mas também de toda aquela população à margem do Estado.

Nesse momento histórico, passa-se a dar importância, dentro muitos outros direitos prestacionais, ao direito à educação (outrora esquecido), pertencente ao rol dos chamados direitos de 2ª geração. Tratam-se estes daqueles direitos relacionados à

---

<sup>6</sup> Apesar dos ideais libertários pregados pela Revolução Francesa romperem com a noção de “reserva de conhecimento” para determinada minoria da população, passando a pregar o acesso à educação a todos, indistintamente, somente a burguesia dessas premissas se utilizou.

igualdade, no qual se encontram, além dos direitos culturais, os econômicos e os sociais. Tiveram eles origem nas chamadas ideologias socialistas e socialdemocratas.

De se destacar que ao lado dos direitos de 2ª geração, têm-se ainda os chamados direitos de 1ª geração, ligados à liberdade do homem, a exigir conduta absenteísta do Estado, e também os chamados direitos de 3ª geração, que são os direitos de solidariedade, como o direito à paz, ao desenvolvimento e à autodeterminação dos povos, a um meio ambiente saudável e ecologicamente equilibrado, à informática e à defesa da vida privada.

Pois bem. Esses direitos de 2ª geração exigem do Estado um agir, no sentido de concretizá-los e proporcionar ao cidadão um ideal de vida digno na sociedade. Fácil notar que o surgimento desses direitos deu-se na passagem do Estado liberal para o Estado social, conforme cronologia acima exposta, constituindo-se, assim, em exigências da Sociedade perante o Estado. São também reconhecidos como direitos prestacionais; o Estado Social é reconhecidamente prestacional.

A Constituição Federal de 1988 é notadamente social. Ela pode assim ser definida, pois se preocupou com uma gama ampla de direitos sociais que colocam o cidadão como titular de direitos (inúmeros) em detrimento do Estado-leviatã.

A própria posição topológica do artigo 5º da Constituição, logo na sua parte inicial, comprova a preocupação do constituinte em primeiro armar o cidadão contra ingerências estatais, munindo-o de uma série de direitos e garantias fundamentais. Certamente também por ter o país passado por um período negro de regime de exceção (Ditadura militar – 1964-1985) é que o constituinte não descurou em prevê-los.

De se destacar que já em 1932 estudiosos do tema no Brasil divulgaram o denominado “*Manifesto dos Pioneiros da Educação Nova*”<sup>7</sup>, reconhecendo no acesso à educação de qualidade uma função social e transformadora eminentemente pública. Pela importância, e por se enquadrar perfeitamente nos anseios sociais atuais, transcreve-se parte do documento:

(...) o que exige maior capacidade de dedicação e justiça e maior soma de sacrifícios; aquela com que não é possível transigir sem a perda irreparável de

---

<sup>7</sup> <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/me4707.pdf>, acesso aos 20/10/2014, às 19h30m.

algumas gerações; aquele em cujo cumprimento os erros praticados se projetam mais longe nas suas consequências, agravando-se à medida que recuam no tempo; o dever mais alto, mais penoso e mais grave é, de certo, o da educação que, dando ao povo consciência de si mesmo e de seus destinos e a força para afirmar-se e realizá-los, entretém, cultiva e perpetua a identidade da consciência nacional, na comunhão íntima com a consciência humana.

Os ideais do início do século e que deram origem aos direitos prestacionais face ao Estado mostram-se presentes nos dias atuais, pois o sistema capitalista imperante atribui riqueza e condições materiais a poucos em detrimento de muitos, ou seja, da mesmíssima forma do Estado Liberal Francês do século XVIII (não à toa nosso sistema econômico atual é adjetivado de neoliberal, numa nova roupagem de doutrina já conhecida). Os mesmos bolsões de pobreza e de exclusão ainda persistem, em detrimento dessa gama ampla de direitos e orientação constitucionais pós-1988.

Nosso país é composto de milhões de miseráveis que precisam se valer da rede pública para acesso a quase todos os serviços públicos básicos (dentre eles o acesso à educação), valendo destacar, nesse cenário, a atuação das *Defensorias Públicas*, ente integrante do sistema de justiça com competência para a atuação judicial e extrajudicial em total benefício das pessoas carentes<sup>8</sup>. A negativa no fornecimento, ou o fornecimento deficitário dos bens da vida que desses direitos saltam necessariamente levará à atuação da Defensoria Pública.

O Estado brasileiro, com a Constituição Federal de 1988, pelo menos no plano teórico, objetivou mudar seu eixo de atuação, da empresa, indústria e economia para o protagonismo nas prestações públicas, educação, saúde, justiça, bem estar. Infelizmente há um distanciamento grande entre o teórico e o prático, o que é previsto e o que é efetivamente colocado à disposição do cidadão.

Quis-se incluir socialmente o cidadão, tornando-o titular de direitos que garantam condições de vida mais digna, nos termos dos objetivos desenhados pela Constituição Federal.

---

<sup>8</sup> Bastante comum se mostra assim, no dia-a-dia de um Defensor Público, atendimento à população que necessita de vagas em creches e pré-escola, pois os genitores ou responsáveis pelas crianças necessitam dessa prestação para poderem exercer seu trabalho, pois não há com quem deixá-los.



A inclusão social que nada mais é que a inserção dos cidadãos no contexto político-constitucional do Estado, proporcionando-lhes melhores condições de vida dentro da sociedade, atenuando as condições socioeconômicas sofríveis a eles imposta.

Nesse cenário, e por configurar a educação gratuita direito social público subjetivo (CF, artigo 208, § 1º), a negativa no oferecimento ou oferecimento irregular do ensino obrigatório por parte do Estado, lido aqui como gênero que encampa todos os demais entes federados, ensejará a responsabilidade da autoridade competente. Reconhece-se, assim, o cidadão como sujeito de direitos em detrimento do ente político; a criança como titular do direito à educação gratuita e de qualidade, em relação regida pelo princípio de que *jus et obligatio sunt correlata*.

É preciso ter em mente que quando se fala em direito a educação se está a tratar de um direito com um espectro grande de perspectivas: persegue-se com o direito à educação de qualidade, vários objetivos, v.g., acesso ao ensino fundamental de qualidade, diminuição do abismo social, inclusão no mercado de trabalho. Deve-se empregar nessa área meios materiais e financeiros, e sua concretização exige a implementação de inúmeras situações (no que se refere à educação infantil, construção de creches e pré-escolas, contratação de profissionais, etc.).

No Brasil, a educação das crianças até 05 (cinco) anos de idade é denominada de educação infantil<sup>9</sup> (artigo 208, inciso IV, da Constituição Federal), a ser oferecida em creches e pré-escolas, ao passo que o ensino fundamental, atualmente de nove anos, abrange a faixa etária dos 06 (seis) aos 14 (quatorze) anos de idade.

A Lei Maior do Brasil garantiu a efetividade do direito à educação, universal e gratuito, garantindo o acesso e a permanência na Escola, fixando a obrigatoriedade e gratuidade do ensino fundamental, garantindo a oferta gratuita aos que não tiveram acesso a esse ensino na idade própria. E ao contrário dos demais direitos sociais, o direito a educação é compulsório (pelo menos nos níveis básicos), não havendo a opção do indivíduo, nessa fase, em exercê-lo ou não.

Tamanha foi a preocupação do constituinte originário com o direito aqui tratado (complexo de princípios e regras, políticas públicas, direitos e deveres, vínculos

---

<sup>9</sup> A Emenda Constitucional no. 53/06 reduziu o acesso à educação infantil de 06 para 05 anos de idade.

e limites), que o constitucionalista Jorge Miranda qualifica a nossa Constituição federal como “*Constituição da Educação*”<sup>10</sup>.

Forçoso reconhecer ainda que no cenário atual de transformações sociais, aliadas aos movimentos sociais e estudos acerca da infância, tem-se nítida a importância da educação das crianças para o pleno desenvolvimento de suas potencialidades. O direito à educação, em última análise, deve ser reconhecido como antídoto à marginalização social que encaminha as crianças, de forma precoce, a todo tipo de exploração e sevícia.

Ou seja, o reconhecimento do Estado social brasileiro pós 1988, pelo menos teoricamente, que traz como seus objetivos a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades (artigo 3º, inciso III), aliada à sua obrigatoriedade de fornecimento de educação gratuita, coloca luzes sobre o tema aqui discorrido, pois estão eles intimamente ligados: afinal, só se alcançará a plena erradicação da pobreza e a redução das desigualdades com a oferta de serviços públicos de qualidade, como a educação infantil.

O acesso efetivo à educação permite ainda não só a diminuição da marginalização que sofre a camada populacional mais pobre, mas também difunde o conhecimento sobre direitos humanos, democracia, proteção ao meio ambiente, etc.. Ou seja, a República brasileira, consolidada como é, também necessita da educação de qualidade e acessível a todos para sua própria subsistência.

A par de tudo isso, o Estado brasileiro deve ser visto não como um mero gestor de interesses, mas sim como um ator pleno com função reguladora intimamente ligada à objetivada redistribuição social. Inclusive é possível destacar a expectativa que o acesso à educação infantil gera no ente político, pois a instrução do indivíduo insere-o no contexto político do Estado. Não se está mais no cenário de inércia, de “deixar fazer” de outrora.

A relevância do direito à educação, notadamente a educação infantil – objeto presente- salta aos olhos. Intimamente ligada à ideia de justiça social e realizadora do princípio da igualdade, a educação é área do conhecimento multidisciplinar, com uma

---

<sup>10</sup> Expressão empregada por Jorge Miranda no prefácio da obra de Monica Sifuentes, *Direito fundamental à educação, a aplicabilidade dos dispositivos constitucionais*. Porto Alegre: Núria Fabril, 2009, p. 11.

série de conceitos e métodos. Assim, procuraremos abaixo, e sempre com os olhos voltados à disciplina jurídica, trazer os principais conceitos, previsões e a normativa legal que cercam essa importantíssima área do conhecimento, além de classificar o acesso à educação infantil como direito fundamental, conforme se verá, com as consequências desta última qualificação decorrentes.

## 1.2 - Da Educação e sua conceituação

O verbo educar deriva etimologicamente dos vocábulos latinos *educare* e *educere*. O primeiro traz implícito o ideal de desenvolvimento da capacidade física, intelectual e moral do indivíduo. Já o vocábulo *educere* refere-se às habilidades inatas do ser humano.

Trazemos à baila a conceituação dada por Regina Muniz, que melhor representa a faceta múltipla do termo educação:

Educação, em sentido estrito, está ligada à formação moral e ética do indivíduo. Têm por escopo transmitir valores como justiça, vontade, coragem e honestidade. A instrução, por outro lado, remete a conhecimentos técnicos, tais como matemática e escrita<sup>11</sup>.

Considerado o conceito supra, pode-se constatar a existência de um direito a educação *lato sensu*, responsável não só pelo desenvolvimento intelectual (instrução), mas também trazendo em si uma faceta garantidora da formação ético-moral do destinatário do conhecimento.

Há, assim, um paralelismo da formação intelectual e da formação moral do indivíduo, que adquire especial relevo quando se está a tratar da educação infantil<sup>12</sup>, pois é sabido que é mais fácil inculcar na criança valores positivos, em virtude de estar ela em estágio de formação de sua personalidade, do que posteriormente, quando já estará em

---

<sup>11</sup> MUNIZ, Maria Regina Fonseca. *O direito à Educação*. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2002, p. 8-9.

<sup>12</sup> Nesse sentido a CF de 1988 e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação representam um grande avanço conceitual, colocando a educação infantil como primeira etapa da educação básica, que tem por finalidade o desenvolvimento integral da criança de 0 a 5 anos de idade, com a promoção dos aspectos físicos, psicológicos, sociais, intelectuais e culturais.

idade adulta e tiver arraigados conceitos que possam ser deletérios à sua vivência em sociedade.

Quando se garante a alguém o direito fundamental à educação, não se está a garantir tão somente o direito à possibilidade de ler, escrever e fazer cálculos. Vai-se além, pois é pressuposto desta garantia que toda criança não só adquira conhecimento, mas também que tenha acesso ao desenvolvimento de valores morais e adaptação à vida em sociedade, dotando-a de autonomia moral e intelectual.

É no momento da frequência escolar que o indivíduo agrega ao seu conhecimento regras de convívio social e respeito ao próximo, moldando sua personalidade de forma positiva. Afinal:

(...) é na escola que crianças e adolescentes apreendem os valores culturais inculcados por seus antepassados, reúnem conhecimentos filosóficos e empíricos capazes de desenvolver as suas próprias virtudes e, finalmente, constroem os arcabouços materiais e imateriais necessários ao pleno desenvolvimento da humanidade<sup>13</sup>.

### 1.3 - A origem constitucional do direito a educação

Faz-se importante traçar, até para se entender o patamar constitucional alcançado atualmente, a evolução da normativa sobre a educação em nossas constituições.

Conforme se observará, a trajetória constitucional brasileira na garantia do acesso à educação é peculiar, pois nem sempre a realidade posta corresponde àquilo previsto no arcabouço jurídico pátrio.

A colonização brasileira é atribuída a Portugal, em momento em que o poder e a igreja eram quase indissociáveis, o que desaguou numa relação autoritária colonizadores-colonizados. Para índios e negros, estes trazidos à força para o serviço

---

<sup>13</sup> BARBOSA, Danielle Rinaldi. *Direito da Criança e do adolescente: proteção, punição e garantismo.*/ Danielle Rinaldi Barbosa, Thiago Santos de Souza./ Curitiba: Juruá, 2013, página 47.

braçal, a educação escolar sequer foi cogitada, sendo eles mero objeto de doutrinação católica.

Com a independência do país em 1822 vieram as expectativas de mudanças no cenário sombrio que vigorava, o que de fato e de forma paulatina ocorreu, partindo-se da Constituição de 1824.

A Constituição Imperial de 1824 fazia alusão ao direito à educação em seu artigo 179, ns. 32 e 33<sup>14</sup>. Conforme se depreende, desde os primórdios da organização constitucional do Estado brasileiro a gratuidade do ensino a educação infantil é expressa.

A nossa primeira Constituição trazia ainda em seu bojo a instrução primária gratuita a todos os cidadãos (art. 179, XXXII), considerando-a assim direitos civis e políticos.

A primeira lei geral da Educação no Brasil é datada de 15 de outubro de 1827, assinada pelo Imperador D. Pedro I; no entanto abrangia apenas os centros mais populosos, o que acabava por beneficiar tão somente as elites da época.

Em 1889, com a Proclamação da República, e com o surgimento do Federalismo, os Estados membros, agora entes federados, passam a ter autonomia legislativa para determinados assuntos, e dentre eles, a educação.

E nesse cenário de mudança organizacional na formação do Estado, a Constituição de 1891 deixou a cargo dos Estados a disposição acerca da gratuidade ou não do ensino, bem como a obrigatoriedade do ensino primário. Os Estados passaram a ter ainda autonomia para o financiamento da educação em seus respectivos territórios.

À União, nessa nova roupagem organizacional, coube apenas a previsão de que “*será leigo o ensino ministrado nos estabelecimentos públicos.*” (artigo 72, § 6º, Constituição Federal de 1891).

---

<sup>14</sup> Artigo 179. “A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte”.(...) XXXI. “A Constituição tambem garante os soccorros publicos”. XXXII. “A Instrucção primaria, e gratuita a todos os Cidadãos”.

Um ponto merece destaque: com essa previsão do Estado laico, e a retirada do ensino religioso dos currículos escolares, surgiu conflito entre o Estado e a Igreja Católica, que via assim esvaziar sua influência na catequização dos indivíduos. Forçoso concluir, num primeiro momento e dentro dessa evolução histórica que se pretende trazer, que a influência da Igreja Católica, desde a colonização até este momento histórico (Constituição de 1891), foi deletéria ao pleno desenvolvimento e acesso à educação.

Não obstante, foi com o surgimento do Estado Social que o direito à educação foi impulsionado, havendo inclusive posição doutrinária<sup>15</sup> que defende que somente a partir da Constituição de 1934 (Capítulo II, artigo 148 e ss.) que esse direito ganhou status constitucional.

Na carta política de 1934 dedicou-se um capítulo exclusivo para o tema educação e cultura, com regras de competência, estímulos fiscais, vinculação de despesas. Ainda nessa constituição novamente avançou-se no sentido da gratuidade e obrigatoriedade do ensino primário.

Na ordem constitucional de 1934 havia previsão do plano nacional de educação e a obrigatoriedade de destinação de um percentual dos impostos para a educação, diferenciados quanto ao montante para Estados, Municípios e União.

Vê-se assim a grande proximidade do texto de 1934 com a Constituição atualmente vigente, nos seguintes temas: gratuidade e obrigatoriedade do ensino, bem como na destinação de percentuais dos tributos especificamente para o tema educação.

A Constituição do Estado Novo (1937) manteve a maior parte das previsões constitucionais para a educação da constituição de 1934. No entanto, com o golpe de 1937 e sua consequente Constituição outorgada é possível enxergar um posicionamento subsidiário do Estado nesse tema, cujos principais atores passaram a ser a iniciativa privada e a família. Manteve-se o ensino primário obrigatório e gratuito.

A Constituição de 1946 também manteve o norte ditado pelas constituições anteriores (art. 169), cabendo destacar a inovação consistente na previsão de fundos específicos para o financiamento do direito à educação e que, na vigência desta

---

<sup>15</sup> FERREIRA, Pinto. *Educação e Constituinte*. Revista de informação legislativa, a. 23, n. 92, p. 171-172, out./dez., 1986.

Constituição, foi editada a primeira Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – Lei 4.024/61.

O regime constitucional de 1967 não operou alterações significativas em matéria educacional. Merecedoras de destaque nesse período são as previsões seguintes: a- ampliação da educação obrigatória para o período de 08 (oito) anos e b – retirada da vinculação obrigatória do percentual de tributos para aplicação específica em educação.

A Emenda Constitucional 1/1969 acresceu a hipótese de possibilidade de intervenção dos Estados nos Municípios em caso de atraso no repasse dos percentuais previstos para o custeio da educação.

Ou seja, é possível ver que mesmo em períodos de exceção, ou de ebulição social, o direito fundamental à educação sempre foi prestigiado pelos governantes – ora mais, ora menos, por certo.

Desse breve apanhado histórico observa-se ainda que essa área sensível dos direitos fundamentais sempre foi influenciada pelo cenário histórico-político vigente em sua respectiva época; não havia como se furtar aos dissabores políticos reinantes.

#### 1.4- Da normativa legal do direito à educação infantil

A Constituição Federal de 1988 foi fruto de uma necessidade que pairava em toda a sociedade de ruptura com o regime de exceção que vigorou no país por muitas décadas. Fácil identificar assim, em nossa carta, contornos de uma previsão educacional democrática, típica da cidadania querida pelo constituinte originário.

Como identificado na doutrina<sup>16</sup>, a nova ordem instituída objetivou atingir vários objetivos (v.g. universalização da educação fundamental, diminuição das desigualdades sociais, promoção de uma sociedade mais justa e isonômica), e lado outro,

---

<sup>16</sup> RANIERI, Nina Beatriz Stocco. O direito educacional no sistema jurídico brasileiro. In: *Justiça pela qualidade na educação/ABMP*, Todos pela educação (organização). – São Paulo: Saraiva, 2013.

atribuiu meios (disponibilidade orçamentária) e situações concretas (v.g. criação de vagas, contratação de professores) para que fossem alcançados esses anseios constituintes.

A Constituição Federal de 1988 traz em seu Capítulo III o título “*Da Educação, Da Cultura e Do Desporto*”, sendo dedicada sua seção I exclusivamente para o tema Educação, nos artigos 205 a 214. Conforme se vê o legislador constituinte previu de forma didática os temas centrais relacionados à educação.

O direito fundamental à educação também foi explicitamente reconhecido pela Constituição Federal, em seu artigo 6º, *caput*, como direito social.

Já o artigo 205 da mesma Carta determina ainda que cabe à família, sociedade e ao Estado assegurar a implementação do direito à educação, objetivando o pleno desenvolvimento da pessoa em desenvolvimento. Como corolário desse dever estatal, o artigo 208 da CF garante a concessão de ensino médio, fundamental e superior de forma gratuita a todos os indivíduos, sendo que o seu inciso IV dispõe a garantia de educação infantil, em creches e pré-escolas, às crianças até 05 (cinco) anos de idade.

Assim sendo, a nossa Carta política não tergiversa: o dever estatal nessa obrigação positiva é expresso e sem condicionamentos.

Merece destaque o fato de que a Constituição vigente reconheceu, originariamente, como obrigatório, apenas o Ensino Fundamental. Entretanto, a partir de 2009, por meio da Emenda Constitucional nº 59, todas as outras etapas da educação básica se tornaram direito público subjetivo (obrigatórias).

Nesse sentido afirmativo, ainda, o próprio sistema de proteção integral a crianças e adolescentes (artigo 227 da CF), reconhece-os como sujeitos de direitos e gozadores da absoluta prioridade no fornecimento de serviços públicos, desaguando, assim, na obrigatoriedade do fornecimento de acesso a creches e pré-escolas a crianças.

Uma das consequências desse sistema de proteção integral é a prioridade que goza a discussão, previsão e concretização de políticas públicas relacionadas à infância e juventude, o que abarca, necessariamente, a área da educação.



Transcreve-se acórdão da lavra do Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, que se debruçando sobre o tema reforça a obrigatoriedade no fornecimento, pelos entes municipais, de creches e pré-escolas para crianças até 05 (cinco) anos de idade:

Criança até cinco anos de idade – Atendimento em creche e pré-escola – Sentença que o obriga o Município de São Paulo a matricular crianças em unidades de ensino infantil próximas de sua residência ou do endereço de trabalho de seus responsáveis legais, sob pena de multa diária por criança não atendida – Legitimidade jurídica da utilização das “astreintes” contra o poder público – Doutrina – Jurisprudência – Obrigação estatal de respeitar os direitos das crianças – Direito assegurado pelo próprio texto constitucional (CF, art. 208, IV, na redação dada pela EC nº 53/2006) – Compreensão global do direito constitucional à educação – Dever jurídico cuja execução se impõem ao Poder Público, notadamente ao Município (CF, ART. 211, § 2º) – Legitimidade constitucional da intervenção do Poder Judiciário em caso de omissão estatal em implementação de políticas públicas previstas na Constituição – Inocorrência de transgressão ao postulado da separação do poderes – Proteção judicial de direitos sociais, escassez de recursos e a questão das “escolhas trágicas” – Reserva do possível, mínimo existencial, dignidade da pessoa humana e vedação do retrocesso social – Pretendida exoneração do encargo constitucional por efeito de superveniência de nova realidade fática. Políticas públicas, omissão estatal injustificável e intervenção concretizadora do Poder Judiciário em tema de educação infantil: possibilidade constitucional<sup>17</sup>.

Do corpo do acórdão referido extrai-se ser a educação infantil 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).

E como consequência de ser qualificada como prerrogativa jurídica, impõe à necessidade estatal no fornecimento de meios (atendimento em creches, pré-escolas, contratação de pessoal, merenda escolar) à realização desse direito, sob pena de configuração de omissão estatal inaceitável.

O artigo 7º, inciso XXV da Carta Maior destaca o direito dos trabalhadores de terem acesso gratuito a creches e pré-escolas, desde o nascimento da prole até que esta atinja a idade de cinco anos.

Na verdade, o que fez o constituinte originário, nessa gama de disposições sobre o tema educação e seu acesso, foi interiorizar direitos já previstos há tempos na ordem internacional através do *Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e*

---

<sup>17</sup> Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. ARE nº 639337 AgR/SP. Rel. Min. Celso de Mello. J. em 23/08/2011.

*Culturais*<sup>18</sup>, e ratificado pelo Brasil, que prevê em seu artigo 11/1 o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si própria e sua família.

De se destacar ainda a Declaração Universal dos Direitos do Homem (art. XXVI) e a Convenção sobre os direitos da criança (artigo 28), ambos ratificados pelo estado brasileiro e que também deram o norte ao constituinte pátrio.

Tudo demonstra, assim, que o direito constitucional vigente caminha no mesmo sentido da agenda de direito internacional de direitos humanos quando o tema refere-se ao direito à educação.

Essa obrigação é reforçada sobremaneira quando os interesses envolvidos referem-se às crianças e adolescentes. O legislador ordinário, sensível às diretrizes traçadas pelo constituinte originário e pela normativa internacional interiorizada, e também considerando que crianças e adolescentes passam por processo de formação de sua personalidade decorrente da pouca idade - o que indica a necessidade de proteção integral, conforme alhures referido, ampliou a magnitude do direito fundamental à educação.

Nesse sentido, o Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei 8069/90, em seu artigo 4º determina a absoluta prioridade do direito à educação. Já o seu artigo 53, afirma, por turno, que o direito à educação busca o pleno desenvolvimento das crianças e adolescentes, preparando-os para o exercício da cidadania e qualificando-os para o futuro.

O mesmo estatuto que repete quase literalmente o dispositivo constitucional em seu art. 54, IV: “É dever do Estado assegurar atendimento em creche ou entidades equivalentes e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade”.

A prioridade absoluta trazida pelo Estatuto, reflexo direito de nossa Constituição, está umbilicalmente ligada ao chamado eixo de promoção de direitos, onde se preveem políticas públicas cujos destinatários sejam as crianças e os adolescentes. Ao

---

<sup>18</sup> O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos foi adotado pela Resolução nº 2.200-A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 19 de dezembro de 1966. Logo, é um pacto de amplitude mundial. Entrou em vigor em 1976, quando foi atingido o número mínimo de adesões (35 Estados). O Congresso Brasileiro aprovou-o através do Decreto-Legislativo n. 226, de 12 de dezembro de 1991, depositando a Carta de Adesão na Secretaria Geral da Organização das Nações Unidas em 24 de janeiro de 1992, entrando em vigor em 24 de abril do mesmo ano. Desde então, o Brasil tornou-se responsável pela implementação e proteção dos direitos fundamentais previstos no Pacto.

lado desse eixo, prevê ainda o ECA o chamado eixo de defesa, com garantia de acesso à justiça, que por sua vez está relacionada à previsão das Defensorias Públicas como ator do sistema de justiça com competência constitucional para atuação jurídica em prol da população carente.

Ainda na normativa infraconstitucional que regulamente a matéria, têm-se a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei 9.394/96) que no seu art. 4º, inciso IV, dispõe: “O dever do Estado com educação escolar pública será efetivado mediante a garantia de atendimento gratuito em creche ou entidades equivalentes e pré-escolas às crianças de zero a seis anos de idade”. Essa mesma lei determina em seu artigo 11, inciso V, a obrigatoriedade do Município em oferecer e gerenciar a educação infantil.

No que se refere ainda à lei de diretrizes e bases da educação nacional (LDB), é de se consignar ser ela norma de âmbito nacional, que estabelece os princípios gerais da Educação escolar a todos os entes federados, alcançando a plenitude dos sistemas de ensino e não possuindo natureza exaustiva (artigo 22, XXIV, CF).

Merecem destaque ainda, dentro da normativa vigente afeta ao tema:

a – Emenda constitucional 56/06 e Lei 11.494/06 – instituição do FUNDEB (Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação);

b – Lei 7.210/84 – Lei de execuções criminais, que garante em seus artigos 17 a 21 o direito à educação do preso;

c – Lei 10.172/2001 – estipula o Plano Nacional de Educação;

d – Lei 7.347/85 – Lei da ação civil pública;

e – Lei 8.429/92 – Lei de improbidade administrativa, dentre outros.

De se destacar que alguns dos itens acima serão melhores analisados em capítulo próprio.

## 1.5 - Do acesso à educação infantil como direito fundamental

Inicialmente, para melhor compreensão do tema, cabe trazer o conceito do que seja direito fundamental, bem como as suas principais características.

Comumente confundido com a expressão direitos humanos, os direitos fundamentais são tidos como aqueles direitos que são reconhecidos e positivados no nosso ordenamento jurídico e relacionados a bens ou situações jurídicas que merecem especial tutela do Estado. Já a expressão direitos humanos é reconhecida como direitos da pessoa humana tutelados pela ordem jurídica internacional e com validade universal.

Mas qual a marca dessa fundamentalidade? Nossa doutrina<sup>19</sup> divide-a em fundamentalidade formal, tida como a instituição de um regime jurídico a partir da própria constituição, e ligada ao direito constitucional positivo, trazendo previsões como a preferência dos direitos fundamentais em relação a todos os demais, limitações a seu esvaziamento (cláusulas pétreas) e sua autoplicabilidade.

Lado outro, tem-se a chamada fundamentalidade material, que recai sobre a análise do conteúdo dos direitos, ou seja, se contém eles, ou não, o a previsão de proteção dos bens jurídicos mais caros ao cidadão (v.g., os direitos ligados à estrutura do Estado e à dignidade da pessoa humana).

Dessa divisão teórica emerge que não basta a mera previsão na Constituição Federal para que o direito seja reconhecido como fundamental. Cita-se, como exemplo, o artigo 242, § 2º da CF, que determina que o Colégio Pedro II será mantido na órbita federal. Apesar de formalmente previsto na Constituição, seu conteúdo não se revela materialmente apto a tutelar as posições jurídicas essenciais ao cidadão. De outro lado, reconhece-se também que o simples fato do direito não estar elencado na carta política não retira dele o caráter de fundamental, já que a própria constituição (artigo 5º, § 2º), admite a existência de outros direitos sem assento constitucional.

---

<sup>19</sup> CANOTILHO (1992, *apud* SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de Direito Constitucional*/ Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero – 2ª. edição – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 278-279).

A positivação dos direitos fundamentais possui como expoente a Magna Carta Inglesa de 1215, sendo ela um pacto firmado pelo Rei João Sem Terra e os barões e chefes da igreja católica à época. Dentre os direitos previstos nesse importante documento histórico inglês, destacam-se o *habeas corpus*, a garantia de proteção à propriedade privada e o devido processo legal.

O artigo 5º da nossa constituição traz um rol extenso de direitos e garantias fundamentais. Defende-se existirem outros direitos que podem ter essa mesma qualificação, ainda que espalhados por todo o texto constitucional. Sua identificação depende de dois fatores: deve-se ter o princípio da dignidade da pessoa humana como critério material para identificação do direito, e com ela deve o direito ter vínculo direto (nunca se perdendo de vista a presunção de fundamentalidade em sentido material dos direitos previstos na Constituição Federal).

Trazidos o modo de identificação do direito como fundamental, vê-se que o acesso à educação (e da educação infantil) é reconhecido como direito fundamental previsto na CF, estando ele umbilicalmente ligado à promoção da dignidade humana e à superação das desigualdades sociais; afinal a educação de qualidade é, sem dúvida, fator determinante para que o cidadão almeje melhor colocação no mercado de trabalho e alcance os objetivos por ele traçados, além de moldar sua personalidade de forma positiva, inculcando nele valores sadios ao seu desenvolvimento futuro.

O professor José Afonso da Silva, considera os direitos sociais como prestações positivas estatais,

(...) enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais<sup>20</sup>.

Ou seja, o acesso à educação infantil, de forma gratuita via creches e pré-escolas representa, em última análise, forma de realização da igualdade material dos cidadãos, pois a oportunidade será dada a todos indistintamente.

---

<sup>20</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. Malheiros: São Paulo, 1994, p. 258.

Além disso, é de se destacar que o artigo 6º, *caput*, da Carta Magna, como já destacado, reconheceu expressamente o direito à educação como direito social, sujeito ao mesmo regime jurídico dos direitos fundamentais.

Ao ser galgado à categoria de direito fundamental, o acesso à educação infantil passa a ser regulado pelas seguintes balizas: a possibilidade de ser exercido positivamente (liberdade positiva – a criança como sujeito de direito face ao Estado social- prestacional), bem como de se exigir omissões (não agir) dos poderes públicos, para evitar agressões lesivas ao seu direito (liberdade negativa); o direito à prestação social original (exigência de vagas em creche, por exemplo), e aquela tida como dela derivada (exigir do legislador normas concretizadoras e não-violadoras do direito à educação), e a políticas públicas que efetivem o direito; a função de proteção contra terceiros, obrigando o Estado a editar normas para regular a observância dos direitos fundamentais por terceiros e exercer a fiscalização.

O seu acesso está sujeito à aplicabilidade imediata decorrente do artigo 5º, § 1º da CF/88, o que afasta tratar-se ele de mera norma programática<sup>21</sup>. Ainda, não pode ser o direito a educação objeto de emenda constitucional tendente a aboli-lo ou restringi-lo (CF, artigo 60, § 4º, inciso IV).

Essa exigibilidade imediata dos direitos sociais é ponto especialmente sensível quando é o caso de se avaliar se o Poder Judiciário pode impor ao Poder Público uma prestação social com lastro direto na Constituição Federal. Entende-se que a resposta há de ser positiva pela própria natureza fundamental do direito e pelo fato de ser ele corolário da dignidade da pessoa humana. O deslinde para esse aparente nó será tratado em capítulo próprio.

Extraí-se, como conclusão importante, que os direitos sociais (acesso à educação) possuem dupla faceta: são ao mesmo tempo direitos de defesa e direitos à prestação, sendo ora prestações fáticas (exigíveis concretamente), ora direito a exigir do

---

<sup>21</sup> Tal linha argumentativa inclusive não resiste a uma análise mais precisa, pois se o direito à educação e sua previsão na Constituição Federal fossem tidos como meros programas a serem implementados futuramente, perderia ele sua condição de direito fundamental, transformando-o em direito *na medida* em que a legislação infraconstitucional fosse editada.

ente público a organização e proceduralização no seu fornecimento (caráter de exigência abstrato).

Vê-se na educação infantil uma categoria de direitos fundamentais subjetivos, que almejam assegurar interesses e necessidades vitais aos cidadãos de pouca idade.

## **CAPÍTULO II – A DEFENSORIA PÚBLICA NA DEFESA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

### 2.1 – Da Defensoria Pública

A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados e minorias, na forma dos artigos 5º, inciso LXXIV e 134, ambos da Constituição Federal. Ela representa a forma pela qual o Estado Democrático de Direito promove a ação afirmativa, ou discriminação positiva, visando à inclusão jurídica daqueles dela alijados.

Não se pode olvidar que a Defensoria Pública, como instrumento de ação afirmativa, ambiciona a concretização do princípio da isonomia ou igualdade, na medida em que o Estado, por meio dela, trata desigualmente os desiguais, almejando à igualdade de condições. Nas palavras de Carmen Lúcia Antunes<sup>22</sup>,

a definição jurídica objetiva e racional de desigualdade dos desiguais, histórica e culturalmente discriminados, é concebida como forma de promover a igualdade daqueles que foram e são marginalizados por preconceitos enraizados na cultura dominante da sociedade. Por esta desigualdade positiva promove a igualdade jurídica efetiva; por ela afirma-se uma fórmula jurídica para se provocar uma efetiva igualdade social, política e econômica no e segundo o Direito, tal como assegurado formal e materialmente no sistema constitucional democrático. A ação afirmativa é, então, uma forma jurídica para se superar o isolamento ou a diminuição social a que se acham sujeitas as minorias.

---

<sup>22</sup> ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Ação afirmativa – O conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica*. Revista de Direito Público, n.º 15/85.

Inquestionavelmente, quis a nossa Carta Magna colocar sob responsabilidade da Instituição a aproximação dos mais carentes ao Poder Judiciário, para uma efetiva resposta do Estado-juiz às violações por eles sofridas. Facilmente se enxerga na Defensoria Pública papel emancipador e transformador da realidade social vivida, tornando, em última análise, cidadãos aqueles historicamente vilipendiados em seus direitos.

Como ensina Pedro Demo:

O maior desafio da cidadania é a eliminação da pobreza política, que está na raiz da ignorância acerca da condição de massa de manobra. Não-cidadão é sobretudo quem, por estar coibido de tomar consciência crítica de marginalização que lhe é imposta, não atinge a oportunidade de conceber uma história alternativa e de organizar-se politicamente para tanto. Entende injustiça como destino. Faz a riqueza do outro, sem dela participar<sup>23</sup>.

Ao dedicar à Defensoria Pública uma seção própria dentro das funções essenciais à justiça<sup>24</sup>, distinta do Ministério Público e da Advocacia, passa a ser a Constituição pioneira na previsão das suas diretrizes organizacionais, indicando o caminho a ser percorrido para a necessária estruturação da Instituição, em busca do objetivo último de defesa, judicial e extrajudicial, das minorias e excluídos de toda sorte. O Min. Marco Aurélio de Melo<sup>25</sup> apregoa:

---

<sup>23</sup> DEMO, Pedro. *Cidadania tutelada e cidadania assistida*. São Paulo: Cortez, 1995, página 22.

<sup>24</sup> Art. 134. “A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 80, de 2014)

§ 1º Lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais. (Renumerado pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 2º Às Defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, § 2º. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 3º Aplica-se o disposto no § 2º às Defensorias Públicas da União e do Distrito Federal. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 74, de 2013)

§ 4º São princípios institucionais da Defensoria Pública a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional, aplicando-se também, no que couber, o disposto no art. 93 e no inciso II do art. 96 desta Constituição Federal”. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 80, de 2014)

Art. 135. “Os servidores integrantes das carreiras disciplinadas nas Seções II e III deste Capítulo serão remunerados na forma do art. 39, § 4º”. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

<sup>25</sup> Trecho do discurso de posse do Ministro Marco Aurélio de Melo, na posse da Defensora Geral do estado de São Paulo. Íntegra disponível em: [www.jusbrasil.com.br/noticias/2246377/leia-a-integra-do-discurso-de-homenagem-do-ministro-marco-aurelio-do-stf-aos-defensores-publicos-aprovados-no-i-concurso-de-ingresso-na-carreira](http://www.jusbrasil.com.br/noticias/2246377/leia-a-integra-do-discurso-de-homenagem-do-ministro-marco-aurelio-do-stf-aos-defensores-publicos-aprovados-no-i-concurso-de-ingresso-na-carreira), acesso aos 15/09/2014, às 11h30m.



A carência de meios econômicos dificulta o acesso à educação, ao emprego, à obtenção de dignas condições de moradia, terminando por minar a confiança do ser humano em si mesmo, reduzindo-lhe a autoestima e confinando ao círculo vicioso da pobreza e da ignorância. O desconhecimento dos direitos a que tem jus, ou os meios de auferi-los cega o homem, levando-o a caminhar cabisbaixo e inseguro, temeroso de tropeçar e cair.

Entretanto, a Defensoria Pública não é apenas um órgão patrocinador de causas judiciais. É muito mais. É a Instituição democrática que promove a inclusão social, cultural e jurídica das classes historicamente marginalizadas, em atendimento aos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, previstos no artigo 3º da Constituição Federal.

A erradicação da pobreza, um dos objetivos da República, está umbilicalmente ligada ao acesso pleno e efetivo de nossas crianças à educação pública e de qualidade, direito fundamental expresso em nossa Carta Magna. É sabido que essa realidade de miséria e exclusão social vivenciadas só podem ser atenuadas com a abertura desta gigantesca porta chamada educação – aqui mais um exemplo concreto da importância da emancipação social a ser custeada pela Defensoria Pública.

Nas palavras de Márcio Thomaz Bastos<sup>26</sup>,

as instituições sólidas são os instrumentos que as democracias têm para se realizar enquanto tais. E as democracias, para abandonarem o rótulo de democracias formais, se tornando verdadeiras democracias de massas, devem construir instituições que consigam garantir a todos, sem discriminações, os direitos previstos nas constituições democraticamente escritas. (...) Não mais podemos nos preocupar só com o Estado Julgador e com o Estado Acusador, em detrimento do Estado Defensor.

Sem dúvida as tensões entre o Estado e o mercado refletem-se nos modelos de estrutura estatais assumidos, mas também, por outro lado, desaguam na incorporação de direitos (*welfare state*), reaproximando o Estado das parcelas mais carentes da população.

Nesse diapasão, a atuação da Defensoria Pública se torna ainda mais relevante em um Estado como o Brasil, que possui uma Carta Magna de caráter nitidamente social – viés dessa reaproximação, como dito - mas que carece de efetividade, em razão das

---

<sup>26</sup> Bastos, Marcio Thomaz. *II Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil promovido pelo Ministério da Justiça e pelo Programa das Nações Unidas pelo Desenvolvimento*, 2006.

forças neoliberais que tentam forçar o aprimoramento do “*Estado mínimo*” e a entrega, à iniciativa privada, de obrigações tipicamente do Estado.

Nesse sentido ensina Alexandre Lobão Rocha:

Para uma parcela de pensadores de formação marxista ou de esquerda, o chamado modelo assistencial servira apenas para corrigir algumas das deformações típicas do modelo liberal-capitalista de mercado ao promover políticas de inclusão das classes menos favorecidas, que, assim, teriam conquistado alguns direitos básicos, inclusive de limitada participação política. Para esse corrente, os questionamentos sobre a capacidade gestora do Estado e a proposta do retorno ao chamado Estado mínimo constituem mera estratégia de sobrevivência do velho sistema capitalista sob nova roupagem, que teria dupla finalidade: 1. a reversão do movimento de ampliação de conquistas das classes menos favorecidas, incluindo direitos trabalhistas e de acesso a serviços públicos como, por exemplo, os de saúde, educação e previdenciário, por suas implicações mercadológicas; 2. a manutenção de privilégios e a hegemonia das classes dirigentes<sup>27</sup>.

Há quem diga, inclusive, ser a nossa Carta política, ao menos teoricamente, uma “Constituição de privilegiados”, tão grande foram as previsões de direitos sociais nela concentrados.

Deve-se buscar hoje, e a Defensoria Pública possui atuação nesse sentido, a concretização dos direitos postos; de nada adianta uma evolução constitucional social, com uma Constituição pródiga na previsão de direitos sociais, se estes permanecem tão somente no plano da retórica.

Como nos ensina Norberto Bobbio<sup>28</sup>, é de se consignar que já se alcançou o patamar da igualdade formal, de modo que não faltam normas, mas sim a adequação destas à realidade concreta, ao dia-a-dia de omissões à qual são submetidas as classe menos favorecidas do país.

Em suma, a Defensoria Pública apresenta-se como a Instituição garantidora do acesso à Justiça, não apenas no âmbito jurídico, mas também no social e cultural; enfraquecer ou esvaziar a Instituição é relegar aos excluídos e marginalizados papel de

---

<sup>27</sup> ROCHA, Alexandre Lobão. *A exclusão legal da população carente*. Brasília: Thesaurus, 2009, página 44.

<sup>28</sup> “O problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata mais de saber quais e quantos são esses direitos (humanos), qual é sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados”. (Norberto Bobbio, 1992, citado por Dalmo de Abreu Dallari em prefácio do livro de Carlos Weis. *Direitos Humanos Contemporâneos*. São Paulo: Malheiros, 2010).

somenos importância no nosso Estado Democrático, em que, ao menos teoricamente, todos são chamados cidadãos e convidados a participar dos rumos políticos do país.

Nesse sentido, adverte Cesar Barros Leal:

(...) impõe-se disseminar, em todos os segmentos da sociedade, a consciência de que a Defensoria enfraquecida repercute necessariamente na aplicação claudicante das leis, na fragilização das instituições, no declínio dos indicadores sociais, no menoscabo aos direitos fundamentais dos cidadãos e na conseqüente vulneração do Estado Constitucional e Democrático de Direito.  
29

Entretanto, para se entender como a instituição chegou ao status que goza hoje, é necessário a análise de toda a evolução, normativa e doutrinária, em âmbito nacional e internacional, e qual o caminho trilhado até o presente, e, principalmente, qual o rumo a ser percorrido para sua evolução e fortalecimento no nosso cenário jurídico-político, o que se fará abaixo, tratando-se, em tópico outro, da específica atuação da Defensoria Pública na área infanto-juvenil, e conseqüente atuação na judicialização do acesso à educação infantil<sup>30</sup>.

## 2.2 – A evolução institucional da Defensoria Pública

Não há como se falar em Defensoria Pública sem se fazer a conexão aos estudos de Mauro Cappelletti, Brian Garth e Boaventura de Sousa Santos. Cada um a seu tempo, trataram eles da delicada questão do acesso e democratização da justiça. Para não se distanciar do foco presente, pinçaremos os principais aspectos delineados por esses autores e que serviram de substrato à roupagem atual da Defensoria Pública.

---

<sup>29</sup> LEAL, Cesar Barros. Defensoria Pública como instrumento de efetivação dos direitos humanos. Disponível em: <http://www.defensoria.ce.gov.br>, acesso aos 20/11/2014 às 22h00m.

<sup>30</sup> Nessa linha emancipatória aqui defendida, deve-se entender o direito à educação de forma ampla, englobando ele a liberdade de aprender, ensinar, pesquisar, divulgar o pensamento e a arte, a defesa do pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas e a gestão democrática do ensino.

Cappelletti e Garth<sup>31</sup>, cujos estudos foram disseminados por meio do relatório ao Projeto de Florença<sup>32</sup> na segunda metade do século passado, dividiram a questão do acesso à justiça em três ondas. A primeira referia-se tão somente à capacidade postulatória individual e ao desconhecimento da capacidade opor-se juridicamente à violação de direitos. A segunda onde traçava os parâmetros para proteção dos chamados direitos metaindividuais, à época ainda em processo gestacional.

Por fim, a terceira onda debruçava-se sobre um novo enfoque de acesso à justiça e também de aplicação de técnicas extrajudiciais de solução dos conflitos.

Assim, para Cappelletti e Garth, a organização institucional - o litigante habitual agindo em economia de escala, com relações informais com os detentores do Poder e aplicação de estratégias aptas a um resultado mais satisfatório do processo - traz em si a perspectiva de superação dos obstáculos ao amplo e efetivo acesso à Justiça.

Importante destacar qual o cenário político à época dos estudos referidos, a Guerra Fria, e com a previsão dos direitos humanos em caráter incipiente, não tendo os autores, àquela altura, condições de nominar a instituição capaz de promover essa superação de obstáculos.

Já Boaventura, nessa mesma época, traçou críticas ao sistema de convênios então existentes na Inglaterra, pregando a necessidade de uma ação estratégica do Estado orientada a resolver o problema jurídico dos pobres, estratégia essa a privilegiar as ações coletivas, novas correntes jurisprudenciais e transformação ou reforma do direito substantivo.

Nesse sentido, destaca-se o artigo nominado “*O papel da Defensoria Pública na democratização do sistema de Justiça*”, no qual Boaventura reconhece na Defensoria Pública, tempos após seus primeiros estudos, a instituição por ele defendida, décadas atrás, como apta à superação do obstáculo do acesso à justiça aos mais carentes. Pela importância, transcreve-se:

---

<sup>31</sup> CAPPELLETI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução e revisão de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

<sup>32</sup> O Projeto de Florença, coordenado por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, em 1978, foi o primeiro projeto institucional que concentrou esforços no estudo e reflexão da situação do Poder Judiciário no mundo, seus principais problemas e obstáculos e as possíveis alternativas encontradas a esses problemas.

Tendo em conta a evolução dos mecanismos e concepções relativas o acesso à justiça, a construção de uma Defensoria Pública, nos moldes como está prevista sua actuação no Brasil a acumula diferentes vantagens potenciais: universalização do acesso através da assistência por profissionais formados e recrutados especialmente para este fim, assistência jurídica especializada para a defesa de interesses colectivos e difusos, diversificação do atendimento e da consulta jurídica para além da resolução judicial dos litígios, promovendo a conciliação e a resolução judicial dos conflitos e ainda actuando na educação para os direitos. A concepção de justiça democrática que tenho defendido tem em especial consideração o papel da Defensoria Pública na construção de uma nova cultura jurídica de consulta, assistência e patrocínio judiciário. (...) Estas particularidades distinguem a Defensoria, de entre outras instituições do sistema de justiça, como aquele que melhores condições tem de contribuir para desvelar a procura judicial suprimida.<sup>33</sup>

Assim, da conclusão extraída de forma concisa do pensamento de Boaventura, Cappelletti e Garth, vê-se, sem se demandar muito esforço, que aquilo que foi por eles escrito há décadas, num plano ideológico, é possível de concretização nos dias atuais por meio da Defensoria Pública.

A Defensoria Pública, com base naquilo que foi pensado há décadas e está sendo paulatinamente<sup>34</sup> colocado em prática, é instrumento de concretização dos direitos humanos e fundamentais, sendo Instituição com roupagem constitucional essencial para a salvaguarda dos direitos dos mais carentes, das minorias e das pessoas em situação de vulnerabilidade social.

### 2.2.1 – Da normativa internacional

Na busca por se encontrar os antecedentes à criação da Defensoria Pública, faremos agora uma digressão histórica para essa verificação, ainda que inicial e longe do produto final encontrado na nossa Carta política de 1988.

---

<sup>33</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. O papel da Defensoria Pública na democratização do sistema de Justiça. Revista Apadep em notícias, ano I, no. 07, 2009.

<sup>34</sup> Paulatinamente pois, na experiência paulista, constata-se que somente no ano de 2006 foi criada a Defensoria Pública, num déficit temporal de 18 anos pós Constituição Federal, e mesmo assim após o surgimento do Movimento pela Defensoria Pública, que agregou cerca de 400 entidades organizadas, que de acordo com o seu manifesto objetivava impulsionar a criação de uma Defensoria democrática, autônoma, descentralizada e transparente.

Os estudiosos definem a Carta de Direitos da Confederação norte-americana de 1789 como o primeiro instrumento formal a prever a assistência jurídica ao cidadão. Importante lembrar que os Estados Unidos, àquela época, com a independência de suas colônias, estavam em busca de uma sociedade livre, da liberdade religiosa, da propriedade, do livre comércio e da igualdade.

Assim, nesse contexto histórico-político norte-americano, editou-se o artigo 6º. da Carta de Direitos, que traz em seu bojo os princípios norteadores do processo penal moderno (julgamento rápido e público, juiz imparcial, reserva legal, direito à informação, direito a contraditório), e por fim, mas não menos importante, o direito de o acusado “*ser defendido por um advogado*”.

O artigo 6º da referida carta deve ser reconhecido como um verdadeiro divisor de águas, pois pela primeira vez um texto legal incorpora a obrigação do direito à defesa e de assistência como dever fundamental a ser respeitado.

Ainda fazendo-se um corte epistemológico, conceituando-se assim a Defensoria Pública como direito humano exigível, quer internamente, quer internacionalmente, é de se destacar que a Declaração Universal dos Direitos Humanos, da Organização das Nações Unidas, de 10 de dezembro de 1948, tratou apenas implicitamente da obrigação do Estado em prestar assistência jurídica integral e gratuita a pessoas em condição de vulnerabilidade (artigos 6, 7, 11.1<sup>35</sup>, 21.2<sup>36</sup> e 28<sup>37</sup>).

Se a Declaração supra faz referência tão somente implícita à previsão de assistência jurídica integral e gratuita, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 1966 o faz de forma direta, o que pela importância (por ser o marco internacional dessa normatização) transcreve-se:

Artigo 14. (...)

3. Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, a, pelo menos, as seguintes garantias. (...)

d) de estar presente no julgamento e defender-se pessoalmente ou por intermédio de defensor de sua escolha; de ser informado, caso não tenha

---

<sup>35</sup> Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente, até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

<sup>36</sup> Toda pessoa tem igual direito de acesso ao serviço público de seu país.

<sup>37</sup> Toda pessoa tem direito a uma ordem social e internacional em que os direitos e liberdades estabelecidos na presente Declaração possam ser plenamente realizados.

defensor, do direito que lhe assiste de tê-lo, e sempre que o interesse da justiça assim exija, de ter um defensor designado *ex officio* gratuitamente, se não tiver meios para remunerá-lo.

Prosseguindo-se nessa incursão no ordenamento internacional, é de se destacar que a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (Pacto de San José da Costa Rica), em seu artigo 8º, que trata das Garantias Judiciais, determina, na alínea “e”, o direito de toda pessoa ser assistida por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio, nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei.

Na órbita da normativa internacional, apenas recentemente é que se vê no âmbito dos direitos latino-americanos a identificação da Defensoria Pública como instrumento necessário à consolidação do acesso à Justiça às pessoas em condição de vulnerabilidade (Resoluções 2.656-OEA-2011, 2.714-OEA-2012 e 2.801-OEA-2013).

Em data recentíssima, nesse mesmo diapasão de fortalecimento da Instituição, a Organização dos Estados Americanos (OEA) se reuniu na cidade de Antigua, na Guatemala, para sua 43ª Assembleia Geral, quando foi aprovada, por unanimidade, a nova Resolução, no. AG/RES. 2801 (XLIII-O/13), sobre fortalecimento da Defensoria Pública no continente, objetivando ampliar a autonomia das Defensorias Públicas como garantia de acesso à justiça e estimular a troca de experiências e boas práticas entre as Instituições.

Entre as principais diretrizes da Resolução, estão: a obrigação de respeitar e garantir o exercício dos direitos reconhecidos nos tratados internacionais de que fazem parte, removendo os obstáculos que afetam ou limitam o acesso à Defensoria Pública para garantir o livre e pleno acesso à justiça; o incentivo aos Estados que ainda não possuem a Instituição de defesa pública; a defesa de independência e autonomia funcional dos Defensores Públicos; a promoção de oportunidades de cooperação internacional para o intercâmbio de experiências e boas práticas nesta área.

Assim observa-se a grandiosa evolução no âmbito internacional, objetivando não só o fortalecimento da Defensoria Pública, mas também, na mesma proporção, a obrigação estatal no investimento financeiro de pessoal, pois o modelo público de assistência judiciária foi aquele pelo qual se optou legislativamente.

### 2.2.2. Da normativa interna

No que tange ao direito pátrio, o primeiro registro à assistência jurídica remonta ao período colonial e às Ordenações Filipinas, aqui vigentes à época, de onde se extrai, no seu Livro III, Título XXVIII, a prerrogativa concedida aos membros da Igreja Católica e que admitia a possibilidade de assistência judiciária aos “*miseráveis*”.

Importante destacar o cenário político encontrado à época no Brasil colônia, onde imperava o absolutismo e a forte influencia eclesiástica nas decisões políticas (força política da classe religiosa); não por acaso tal prerrogativa de defesa era destacada ou em prol dos integrantes da igreja, ou dos miseráveis (profissão de fé cristã).

A criação dos cursos jurídicos em Olinda e São Paulo, em 1827, forçou a tomada de mudanças na seara político-jurídica, notadamente pela assunção dos bacharéis de direito aos principais cargos de poder. Só para se ter um exemplo, em 1843 é criado o Instituto dos advogados do Brasil, primeira entidade de classe dos advogados brasileiros.

Em 1870 foi criado um Conselho dentro do IAB com o objetivo de garantir assistência jurídica aos “*indigentes*” nas causas cíveis e criminais, inspirada em ditames éticos inerentes à profissão.

Esse conselho é considerado um marco no ordenamento jurídico brasileiro, pois não só garante o acesso à justiça de forma gratuita (modelo de advocacia “*pro bono*”), como também traz discussões quanto à necessidade do Estado avocar para si esse dever de assistência em prol dos necessitados.



O modelo público de assistência jurídica gratuita acabou por ser o adotado pelo Brasil com a proclamação da República e posterior edição do Decreto 1.030, de 14 de novembro de 1890, em seus artigos 175<sup>38</sup> e 176<sup>39</sup>.

No entanto, essa efetiva implantação do modelo público ocorreu tão somente anos mais tarde, com a publicação do Decreto 2.457 de 1897, onde foram mantidas as atribuições previstas aos curadores gerais e definhada a participação do IAB. De se destacar que o artigo 2<sup>o</sup><sup>40</sup> desse decreto trouxe critérios para definição do conceito de “pobre” que fazia jus à assistência gratuita pública.

De ser ressaltar que as Constituições de 1824 e a de 1891 foram absolutamente silentes quanto à matéria.

Com a revolução de 1930, Getúlio Vargas é alçado ao poder, ficando ele caracterizado como o líder político voltado à “questão social”, atraindo para si a simpatia das classes trabalhadoras, ávidas por mudanças no cenário político nacional.

Nesse cenário de ruptura capitaneado por Vargas, resultou a Carta de 1934, que em seu título III, Capítulo II, incorporou, em seu artigo 113<sup>41</sup>, a assistência judiciária dentre os direitos e garantias individuais. Assim, da Constituição de 1934 emerge toda a base normativa constitucional ao modelo público de assistência jurídica do país vigente atualmente.

A Constituição de 1946 também previu expressamente, em seu artigo 141, § 35, o direito à assistência jurídica e gratuita estatal, numa clara reafirmação do modelo

---

<sup>38</sup> Artigo 175 – “Os curadores geraes se encarregarão da defesa dos presos pobres, à requisição do presidente do Jury ou câmara criminal”.

<sup>39</sup> Artigo 176 – “O Ministro da Justiça é autorizado a organizar uma comissão de patrocínio gratuito aos pobres no crime ou cível, ouvindo o Instituto da Ordem dos Advogados, e dando os regimentos necessários”.

<sup>40</sup> Artigo 2<sup>o</sup>. – “Considera-se pobre, para os fins desta instituição, toda pessoa que ,tendo direitos a fazer valer em juízo, esti ver impossibilitada de pagar ou adeantar as custas ou despesas do processo sem privar-se de recursos pecuniários indispensáveis para as necessidades ordinárias da própria manutenção ou da família.”

<sup>41</sup> Artigo 113 – “A Constituição assegura a brasileiros e estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...). 32) A União e os Estados concederão aos necessitados assistência judiciária, creando, para esse efeito, órgãos especiaes, e assegurando a isenção de emolumentos, custas, taxas e sellos.”

público vigente, influenciando assim a edição da Lei 1.060/50, ainda em vigor e que estabelece as normas para concessão de assistência judiciária aos necessitados.

A Constituição de 1967 também adotou o modelo de assistência pública, em seu artigo 150, § 32, da mesma forma que a Constituição Federal de 1988, conforme minuciosamente descrito acima.

Assim, nessa evolução do fortalecimento da assistência jurídica no país, é possível destacar que a criação dos cursos jurídicos no Brasil, somada à chegada de Getúlio Vargas ao poder, são fatores preponderantes ao fortalecimento Institucional, que desaguou na Constituição Federal de 1988, fruto assim dessa evolução.

A Defensoria Pública, atualmente, pode ser conceituada como Instituição integrante do sistema jurídico responsável pela defesa, judicial e extrajudicialmente, dos mais pobres, das minorias e dos excluídos de toda sorte, além de ser importante ator na defesa do estado democrático e das liberdades.

### 2.3 – A atuação da Defensoria Pública na seara infanto-juvenil

O artigo 227 da Constituição Federal expressa o dever da família, da sociedade e do Estado em proteger os direitos básicos das crianças e adolescentes. Nesse mesmo norte, o artigo 4º do Estatuto da Criança e do adolescente (ECA - Lei 8.069/90) prevê a obrigação dos atores sociais em assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos das crianças e dos adolescentes.

Nesse diapasão, e lembrando o que foi trazido no Capítulo I do presente trabalho - dever constitucional de educação infantil pública e de qualidade às crianças como direito fundamental - é de se concluir que a educação é política pública de primeira necessidade no país. Até porque, de mais a mais, como se garantir a erradicação das desigualdades e a construção de uma sociedade mais justa e solidária senão através desse serviço público? Como emancipar socialmente esses pequenos seres, tornando-os cidadãos, sem oferecer-lhes as condições mínimas a tanto?

Respondendo a esses questionamentos, colacionam-se as palavras de Maria Tereza Aidar Sadek:

Defensoria Pública e cidadania são termos de uma mesma equação. O denominador comum é a supremacia da lei e a conseqüente possibilidade de se efetivar a igualdade – igualdade em direitos civis, políticos, sociais e supra-individuais. A real prevalência da lei é a manifestação da igualdade, é a imposição da lei sobre todos, não importando se rico ou pobre, homem ou mulher, poderoso ou humilde, jovem ou idoso, culto ou iletrado, governante ou governado<sup>42</sup>.

É de destacar ainda que o ECA, rompendo com a visão menorista e preconceituosa de outrora, define nossas crianças e adolescentes como sujeitos de direito, entendidas elas assim como partes processuais a serem representadas por seus responsáveis legais em juízo; não são elas mais vistas como “objetos” não mãos dos adultos.

Assim, nada mais natural e lógico que, como sujeitos de direitos e uma vez ofendidos, passem a ter as crianças e adolescentes legitimidade para, em juízo, exigir do Estado obrigações, positivas ou negativas, na busca dessa proteção integral.

A legislação que regula a proteção da infância e juventude no âmbito da Defensoria Pública também se preocupou em elegê-los como prioridade. Vejamos.

A Lei complementar no. 988/06 (no mesmo sentido da Lei complementar federal no. 80/94), que organiza a Defensoria Pública do Estado de São Paulo dispõe em seu artigo 5º, que pela importância transcreve-se:

Artigo 5º. São atribuições institucionais da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, dentre outras:  
(...)  
VI – promover:  
(...)  
c) a tutela individual e coletiva dos interesses e direitos da criança e do adolescente, do idoso, das pessoas com necessidades especiais e das minorias submetidas a tratamento discriminatório.

Ainda dentro da Defensoria Pública bandeirante cita-se a Deliberação nº 144, de 2009, do Conselho Superior da Defensoria Pública, que determina em seu artigo 1º que terão prioridade, no âmbito da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, os

---

<sup>42</sup> SADEK, Maria Tereza Aidar. Defensoria Pública: a conquista da cidadania. In: *Temas aprofundados da Defensoria Pública*. RÉ, Aluisio Nunes Monti Ruggeri: Editora Juspodivm, 2013, página, 19.

procedimentos judiciais de competência da Justiça da Infância e Juventude e extrajudiciais a eles relacionados.

Ou seja, todo o arcabouço normativo da DPE caminha lado-a-lado com os ditames constitucionais e estatutários definidores dessa prioridade de atendimento<sup>43</sup>.

Da análise conjunta das normas acima citadas com a legislação que prevê o direito à assistência jurídica integral e gratuita a pessoas com insuficiência de recursos ou em situação de vulnerabilidade, só há de se concluir que crianças e adolescentes, por constituírem grupo de seres humanos em situação de risco, possuem direito público subjetivo a terem seus direitos defendidos por um Defensor Público; afinal, como já dito, são elas sujeitos de direitos oponíveis a todos<sup>44</sup>.

Acerca da influência internacional em reconhecer crianças e adolescente como entes legítimos face ao Estado, cita-se:

O reconhecimento de cada criança e adolescente como sujeito de direito, deixando de ser objeto de direito, podendo invocar todos os direitos humanos de proteção que tocam a um adulto e outros direitos próprios das pessoas que estão nessa condição, somente ocorreu num período muito recente, tendo como marco internacional a Convenção dos Direitos da Criança de 1989<sup>45</sup>, e como marco jurídico interno, a Constituição de 1988, sendo que esta ao incluir conteúdo de proteção às crianças teve uma influência nas discussões preparatórias da citada Convenção, ocorridas na esfera internacional<sup>46</sup>.

Sobre a atuação da Defensoria na defesa de grupos vulneráveis, como crianças e adolescentes, doutrina Luciano Alves Rossato que:

Adotando-se uma interpretação que melhor protege o interesse de grupos sociais, no caso específico, aquele formado por crianças e adolescentes, a sujeição à assistência por parte da Defensoria Pública deve ser tomada no sentido mais amplo possível, para englobar não só aqueles desprovidos de condições financeiras para arcarem com os custos de um advogado privado, mas também os cidadãos que pertencem a minorias, ou seja, grupos sociais que permanecem marginalizados devido ao fato de ostentarem características especiais, com opor exemplo, os idosos, e as crianças e adolescentes. Nesse sentido, teria a Defensoria Pública legitimidade para atuar na defesa de direitos

---

<sup>43</sup> No âmbito internacional é possível destacar o artigo 3º, 1, da Convenção de Direitos da Criança, adotada pela Resolução no. XLIV da Assembleia Geral das Nações Unidas de 20 de novembro de 1989, e ratificada pelo Brasil em 2000, que prevê que todas as medidas relacionadas às crianças terão consideração primordial pelas instituições de bem estar social públicas ou privadas.

<sup>44</sup> Ainda nesse sentido é de se consignar que o artigo 3º do Estatuto da Criança e do adolescente determina que todas as crianças e adolescentes gozam de todos os direitos inerentes à pessoa humana, reafirmando assim sua posição como sujeito de direito.

<sup>45</sup> Internalizada pelo Decreto no. 99.710 de 21 de novembro de 1.990.

<sup>46</sup> PES, João Hélio Ferreira (Coordenador). *Direitos humanos: crianças e adolescentes*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 35.

de toda e qualquer pessoa em desenvolvimento, independente de sua condição econômica, em claro atendimento ao metaprincípio da proteção integral, insculpido no artigo 1º e no parágrafo único do artigo 100, ambos do Estatuto<sup>47</sup>.

Caminhando, é possível extrair do ECA, em seu artigo 213, que nas ações que tenham objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao adimplemento.

Imaginemos a seguinte hipótese: uma criança, que é vilipendiada em seu direito constitucional fundamental ao acesso em creche poderá valer-se, por intermédio de um Defensor Público, de uma ação específica para compelir o Município a fornecer-lhe a vaga<sup>48</sup>? A resposta só há de ser afirmativa. E nos termos do artigo 213 retro a tutela será efetiva se dada com urgência e nos exatos termos previstos na ordem jurídica.

E ainda, nos termos do artigo 212 do mesmo Estatuto, que diz aplicarem-se a ele as disposições do Código de Processo Civil, é possível, no exemplo dado, que o magistrado valha-se de seu poder geral de cautela (artigo 461 e 461-A do CPC) para, com rapidez, compelir o ente público ao fornecimento da vaga pleiteada.

Fácil concluir também o papel ativo conferido à Defensoria Pública nessa defesa do direito social à educação em prol de crianças em adolescentes, sendo essa judicialização (com faceta individual ou coletiva), realidade inerente à própria atuação da Instituição em prol da defesa intransigente desse grupo vulnerável.

Concluindo, o fortalecimento da Defensoria Pública, como corolário lógico, é o fortalecimento da própria garantia prioritária e integral de acesso efetivo a direitos das crianças e adolescentes, notadamente a uma educação pública de qualidade e acessível a

---

<sup>47</sup> ROSSATO, Luciano Alves e outros. *Estatuto da criança e do adolescente comentado: Lei 8.069/1990*: artigo por artigo, 3ª edição: Editora Revista dos Tribunais, 2012, página 491.

<sup>48</sup> O exemplo tanto faz parte do dia-a-dia forense que, para se citar um caso concreto, traz-se que o Tribunal de Justiça de São Paulo, em sessão de 16 de dezembro de 2013, por meio de sua Câmara Especial decidiu por unanimidade, na Apelação n.º 0150735-64.2008.8.26.0002, interposta em Ação civil pública, em que entidades ligadas à educação e aos direitos humanos requeriam por parte da Municipalidade de São Paulo a construção de unidades e disponibilização de vagas em número suficiente para atendimento da demanda, em condenar o Município de São Paulo a criar 150 mil novas vagas em educação infantil (creche e pré-escola) até 2016, sendo, no mínimo, 105 mil novas vagas em creche. Ainda acerca desse julgamento, é de se destacar que foi ele precedido de audiência pública com o governo municipal, Defensoria Pública, Ministério Público e entidades civis objetivando conciliação entre todos os envolvidos na referida ação civil pública.

todos; somente assim pode-se começar a pensar num porvir melhor a esses seres indefesos e renegados à própria sorte.

### **CAPÍTULO III - DA CONCRETIZAÇÃO DO ACESSO À EDUCAÇÃO INFANTIL PELO PODER JUDICIÁRIO E A NÃO OFENSA À INDEPENDÊNCIA DOS PODERES**

#### 3.1. Noções preliminares e definição de políticas públicas

Um dos grandes questionamentos do constitucionalismo atual está em delimitar precisamente as funções executiva, legislativa e judiciária, evitando-se, assim, ingerências, e ato contínuo, determinar até que ponto poderá o Poder Judiciário dizer o direito em questões relativas às políticas públicas estatais.

A separação dos poderes pode ser lida como forma necessária ao pleno exercício da democracia, que se tornaria impraticável com a concentração dos poderes estatais nas mãos de um mesmo órgão. Para entendê-la, nada melhor do que embebedar na fonte, conforme se verifica da transcrição de parte do texto do Barão de Montesquieu, em seu *O espírito das leis*, de 1748:

Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do poder executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria

arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares<sup>49</sup>. G.n.

Inicialmente, e para não se perder o foco do presente trabalho, é de se dizer que políticas públicas podem ser definidas como a “*coordenação dos meios à disposição do Estado, harmonizando as atividades estatais e privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados*”<sup>50</sup>.

Assim, a realização desses objetivos socialmente relevantes, aqui no presente trabalho, refere-se ao acesso à educação infantil em creches e pré-escolas a todas as crianças, como previsto na Constituição Federal de 1988, por intermédio da Defensoria Pública.

Nesse ponto, deve-se atentar que direito fundamental social (educação pública) não é sinônimo de política pública, devendo esta ser entendida como meio para realização concreta do direito.

Pois bem. E quando as vagas em creches e pré-escolas oferecidas pelo ente político são insuficientes ou de má qualidade? Poderá o Poder Judiciário, uma vez provocado<sup>51</sup>, determinar a efetivação desse direito constitucional? Eis os pontos nevrálgicos ao deslinde da questão, pois ao mesmo tempo em que é prevista a separação dos Poderes na Constituição, em seu artigo 2º (como bem previsto por Montesquieu), existem direitos fundamentais sociais pendentes de pronta efetivação.

Pronta efetivação essa, ressalta-se, que nada mais é que a realização de atos estatais concretos tendentes a alcançar os fins queridos pela Constituição Federal, nos exatos termos da definição do que são políticas públicas.

Na tentativa de resposta aos conflitos trazidos, existem algumas premissas, que ajudarão na resolução da questão: 1 - as disposições constitucionais são dotadas de normatividade, ou seja, estão aptas a produzir efeitos no mundo jurídico, gozando ainda

---

<sup>49</sup> O espírito das leis. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982, p. 75. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues.

<sup>50</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. *As políticas públicas e o direito administrativo*. Revista Trimestral de Direito Público 13: 135/6, 1996.

<sup>51</sup> Nesse ponto é de se destacar a atuação da Defensoria Pública como explicitado no capítulo II da presente dissertação.

de superioridade hierárquica; 2 – os direitos fundamentais gozam de centralidade, ou seja, tanto o Estado quanto o Direito existem para a promoção dos direitos fundamentais e 3 – os poderes públicos estão submetidos à Constituição (por isso comumente fala-se em estado de direito).

Assim, lançadas essas ideias, enfrentaremos abaixo os posicionamentos acerca do tema, para, ao final, na esteira da nossa melhor doutrina e jurisprudência, concluir pela possibilidade de efetivação dos direitos sociais por meio do Poder Judiciário, que quando o fizer estará, em última análise, a defender as opções brasileiras expostas na nossa Carta Magna.

### 3.2. Críticas ao controle jurisdicional das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais

Como já dito alhures, a questão do controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário está longe de ser aceita de forma unânime no cenário jurídico brasileiro.

Procuraremos aqui, de forma objetiva e em três grupos de ideias iniciais, compilar os principais argumentos daqueles que negam tal possibilidade de ingerência, *rebatendo-os*, a partir dos ensinamentos de Ana Paula de Barcellos, extraídos do texto: *Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político social e o controle jurídico no espaço democrático*<sup>52</sup>.

Ainda nesse tópico vamos além dos ensinamentos da Prof. Ana Paula de Barcellos, para trazer fundamentos outros à negativa de submissão de controle, e sempre, de forma concisa, refutando os pontos defendidos contrariamente à essa possibilidade de atuação do Judiciário.

---

<sup>52</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível* / org. Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Timm... (et al.). 2ª. ed. rev. e ampl. – 2ª. tiragem. Porto Alegre: Livraria do advogado Editora, 2013.



### 3.2.1 Crítica da teoria da Constituição

O primeiro grupo de ideias centraliza-se na chamada teoria da Constituição, partindo-se da afirmação de que não haveria substrato constitucional para a ingerência do Direito e do Poder Judiciário em campo de atuação reservado à deliberação majoritária representada pelos Poderes Executivo e Legislativo.

Assim, a definição e a execução de políticas públicas (v.g. educação infantil) já são submetidas ao controle político-social – oposição política e da população, sendo que esta manifestaria seu apoio ou dissenso através das eleições; qualquer invasão nesse espaço provocaria desequilíbrio democrático.

Esse posicionamento não deve prosperar. Embora se saiba que o âmbito político de decisões seja público e aberto a qualquer cidadão, e também sujeito a todas as discussões, também se tem conhecimento que tais assuntos não despertam interesse da maioria da população.

Seria preciso, antes de tudo, redefinir-se o modelo atual de administração pública, dos vetustos postulados da hierarquização e centralização, para um novo paradigma democrático, com ampla participação popular na tomada de decisões, e, principalmente, transparência na gestão da coisa pública, o que ainda não ocorreu concretamente.

E mais. A miséria da população, que acaba por desaguar na ausência de níveis básicos de educação e de informação, compromete sobremaneira o controle social sobre os rumos políticos do Estado, tornando prejudicado o processo democrático professado pelos defensores da teoria da constituição<sup>53</sup>.

Importante destacar que não se está a defender um “*messianismo judiciário*” desarrazoado e inconsequente<sup>54</sup>, mas sim a possibilidade do Poder Judiciário imiscuir-se

---

<sup>53</sup> Acerca desse controle social das ações e omissões da Administração Pública, destacamos que ele será melhor tratado no último tópico do presente capítulo.

<sup>54</sup> Segundo dados do ano de 2013 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, existe um espantoso total de 92,2 milhões de processos em tramitação no Brasil. Acessível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/26625-numero-de-processos-em-tramite-no-judiciario-cresce-10-em-quatro-ano>, acesso aos 20/06/2014, às 21h30m.

no trato da coisa pública, autorizado a isso não só pela densidade normativa e centralidade dos direitos fundamentais sociais como dito acima, mas também pela ausência de meios efetivos de “confrontação” entre o que é feito e o que é almejado pela população, notadamente a mais carente.

### 3.2.2 Crítica filosófica

Um segundo grupo de críticas resume-se ao seguinte questionamento: não seria presunçoso imaginar que os juízes tomariam melhores decisões em matéria de políticas públicas do que os agentes políticos encarregados dessa função?

Os que defendem esse posicionamento de cunho nitidamente filosófico dizem que a “*pós-modernidade*” é caracterizada pelo ceticismo e *relativismo dos conceitos*, sobretudo os morais, o que alcançaria, assim, as decisões tomadas pelo Poder Judiciário – que não poderiam ser consideradas como as mais corretas para aquele caso posto (até mesmo por ausência de consenso sobre o que seria correto).

Pois bem. Essa crítica também não prospera.

Esse relativismo moral defendido não é absoluto, ou seja, exigem padrões mínimos de conduta que são universalmente aceitos, sendo possível falar em decisões corretas tomadas pelo Estado-juiz em detrimento de outras erradas (omissões políticas).

É de se dizer ainda que o controle de políticas públicas pode ser “subdividido” em dois enfoques: um definido por questões morais e técnicas, e outro permeado por pontos puramente políticos.

O controle jurisdicional sobre os aspectos políticos submete-o a análise das normas jurídicas postas, ofício natural do magistrado, sem qualquer espaço para indagações filosóficas (quanto ao controle em si mesmo considerado).

Noutro giro, quando a questão não for analisada tão somente sobre o enfoque normativo, ainda sim haverá a possibilidade da análise pelo Poder Judiciário, pois, como

dito, é possível a definição de padrões definitivos de certo/errado em face das decisões dos entes políticos – mesmo em hipóteses de generalização de conceitos.

### 3.2.3 Crítica operacional

Uma terceira corrente doutrinária contrária apega-se a um viés mais operacional, ao dizer que ainda que fosse legítimo o controle jurisdicional das opções políticas em matéria de direitos fundamentais, faltariam ao julgador elementos para balizamento do atendimento às demandas globalmente consideradas (microjustiça X macrojustiça).

Segundo esse posicionamento, os indivíduos que batem às portas do Poder Judiciário, isoladamente considerados, nem sempre representarão as classes menos favorecidas da sociedade e que mais necessitariam do amparo judicial. Seriam, na verdade, aqueles detentores de maiores informações e capacidade de organização.

Assim como as demais, a crítica aqui referida deve ser repelida, pelo argumento de que ao juiz não é dado tempo, tampouco referenciais técnicos, para conhecer, antecipadamente, os reflexos que sua decisão pode desencadear.

Não cabe ao Poder Judiciário, nesse diapasão, levar a cabo um planejamento global da atuação dos poderes públicos, ainda mais em situações que exigem pronta intervenção judicial, sob pena de prejuízos irreparáveis à criança alijada do acesso à educação.

### 3.2.4 Críticas gerais

Discorreremos agora do que aqui denominamos de *críticas gerais*, comuns à argumentação de quem defende a proibição de atuação do Poder Judiciário em matéria

de implementação de políticas públicas, e que se centralizam em dois grandes focos: *representação popular* (que será melhor aqui destrinchado) e *limitação orçamentária*.

Parte da doutrina entende que a realização das opções políticas do Estado, com a conseqüente alocação de recursos decorrente deste ato, ficará a cargo, exclusivamente, dos Poderes Executivo e Legislativo, pois legitimados a tanto pela representação popular.

Nesse raciocínio, estaria implícita na atuação do administrador público aquilo que é querido pela população, de forma que eventuais omissões fariam parte do que presumidamente pensam os cidadãos.

O sistema de tripartição dos Poderes, como colocado, é ineficaz. É preciso uma redefinição dos próprios papéis das instituições, almejando uma aplicação efetiva das normas constitucionais, e não a invocação pura e simples dessa pretensa invasão de competências para tentar justificar omissão política na realização dos direitos sociais.

Como ensina Marco Aurélio Romagnoli Tavares:

Não há mais espaço para o alijamento das forças cidadãs em movimento na sociedade nacional, sejam elas centrais ou periféricas. Não existem soluções mágicas. Quando as instituições falham no seu papel constitucional é necessária a revisão de suas atuações, e dentro dessa revisão os excluído de qualquer benefício estatal não podem ser deixados de lado<sup>55</sup>.

Fácil concluir nesse primeiro momento que efetivamente há omissão dos agentes políticos executores das políticas públicas de acesso à educação infantil, o que necessariamente chama à atuação o Poder Judiciário. Comprova-se o que aqui se alega.

A Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura – UNESCO, debruçou-se sobre a situação deficitária da educação infantil no Brasil.

Segundo a UNESCO, as maiores desigualdades na frequência à escola na idade apropriada são encontradas quando se confrontam os segmentos populacionais mais pobres e mais ricos. *Na educação infantil, a taxa de escolarização dos 20% mais ricos é quase o dobro da apresentada pelos 20% mais pobres, em dados de 2006.* A situação

---

<sup>55</sup> TAVARES, Marco Aurélio Romagnoli. *Ativismo judicial e políticas públicas: direitos fundamentais*. Sérgio Antonio Fabris Editora, 2011, página 83.

mais grave é a das crianças de até três anos: *do segmento 20% mais pobre, apenas 9,7% estavam em creches; entre os 20% mais ricos, essa taxa era de 29,6%*<sup>56</sup>.

Ainda segundo a UNESCO, em dados do ano de 2008 e referentes ao Brasil, o número de crianças de 0 a 6 anos seria de 19.990.000 (10.958.000 até 3 anos e 9.032.000, de 4 a 6 anos). A média de atendimento em educação infantil, no país, no mesmo ano de 2008, era de 44,5% das crianças até 06 anos de idade, com grande disparidade entre a creche (17,1%) e a pré-escola (77,6%). A frequência à creche tem um viés socioeconômico: enquanto apenas 10,8% das crianças atendidas se situam na faixa de rendimento familiar mensal médio *per capita* de até meio salário-mínimo (s.m.), 18,7% estão na faixa de meio a um s.m., 28,7% com mais de um até dois s.m., 32% com mais de dois a três s.m., e 43,6% são filhos de famílias cuja renda mensal média *per capita* é maior do que três s.m.<sup>57</sup>.

Ou seja: quanto maior a renda familiar, maior o acesso à educação infantil por meio de creches e pré-escolas - sintomático que assim seja num país de infeliz distribuição de renda e omissões estatais das mais variadas.

Ainda pela impossibilidade de atuação proativa do Poder Judiciário em competência constitucional alheia, emerge outro forte argumento: o administrador público, notadamente após a edição da Lei de Responsabilidade Fiscal (LC 101/00), está submetido a rigoroso controle na aplicação do dinheiro público, sob pena de sua própria responsabilização pessoal. Assim, o destino de verbas públicas para a construção de creches e pré-escolas, contratação de pessoal e materiais, *v.g.*, é critério de conveniência e oportunidade do ente político, que responderá pela correta aplicação da *res publica*.

O próprio *Pacto de San José da Costa Rica*, de 1969 e promulgado no Brasil pelo Decreto 678, de 06-11-92, em seu artigo 26<sup>58</sup>, reconhecera a questão da

---

<sup>56</sup> *Relatório de monitoramento de educação para todos Brasil 2008: educação para todos em 2015; alcançaremos a meta?* – Brasília: UNESCO, 2008, página 26.

<sup>57</sup> NUNES, Maria Fernanda Rezende. *Educação infantil no Brasil: primeira etapa da educação básica* / Maria Fernanda Rezende Nunes, Patrícia Corsino e Vital Didonet. – Brasília: UNESCO, Ministério da Educação/Secretaria de Educação Básica, Fundação Orsa, 2011, p. 16.

<sup>58</sup> Artigo 26 - Desenvolvimento progressivo. “Os Estados-partes comprometem-se a adotar as providências, tanto no âmbito interno, como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados”.

disponibilidade dos recursos públicos como forma de progressiva efetividade do direito à educação, cultura e demais direitos econômicos e sociais.

Os argumentos obstativos aqui trazidos devem ser superados, sob pena de enxergar-se na Carta política de 1988 mera “carta de intenções”, sem qualquer densidade normativa, notadamente em matéria de direitos fundamentais.

Em posicionamento majoritário, há volumoso entendimento jurisprudencial e doutrinário reconhecendo a obrigação do Estado em oferecer o atendimento educacional para crianças de zero a seis anos. Tal obrigação não é meramente programática, tampouco a imposição judicial do dever de incluir criança imediatamente em equipamento dessa natureza viola o princípio da tripartição dos poderes, como já rebatido anteriormente.

O Judiciário, não obstante, regra geral, não possuir membros eleitos, não pode ser caracterizado como órgão antidemocrático, eis que o sistema de freios e contrapesos exige a pronta e integral fiscalização de um dos poderes sobre o outro.

O Estado, nessa leitura majoritária, e compartilhada por este subscritor, não deve ser visto como um mero gestor de interesses próprios, mas sim, e sobretudo, como um ator de pleno direito, cuja função reguladora tem conteúdos intimamente ligados com a *redistribuição social*.

O Egrégio Supremo Tribunal Federal já foi chamado a ser manifestar a respeito, e decidiu pela admissibilidade da correção, via Poder Judiciário, da omissão administrativa no fornecimento de educação infantil. Para tanto, valeu-se o Tribunal da técnica de ponderação que deve pautar a colisão de direitos fundamentais, sendo que essa reserva do “*financeiramente possível*” cederia face ao denominado “*mínimo social*”, usando o c. colegiado, nessa solução, os ensinamentos de Robert Alexy<sup>59</sup>.

Segundo Alexy:

Os direitos ligados ao mínimo existencial são aqueles que implicam deveres “definitivos” do Estado, contra os quais já não caberá invocar a reserva do

---

<sup>59</sup> O mesmo Alexy que, com base na constituição alemã, classifica os direitos fundamentais sociais em vinculantes e não vinculantes, sendo estes últimos normas meramente programáticas. E ainda afirma que uma norma há de ser tida como vinculante se for possível sua análise por meio do Tribunal Constitucional Federal, acabando por defender a justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais.

possível, pois a ponderação terá revelado não existirem razões suficientemente fortes, tampouco aquelas de ordem orçamentária, que justifique a recusa em cumpri-los.<sup>60</sup>

São inúmeros os precedentes que reconhecem que esse mínimo social (também reconhecido como mínimo existencial – AgRg na STA 175/CE, Min. Celso de Mello), prevalece sobre a higidez financeira na qual a administração se escora. Notadamente acerca da validade da determinação judicial que obrigou a uma entidade municipal ao atendimento de crianças em creche e pré-escola, cita-se o AgRg no RE 410.715/SP, julgado aos 22/11/2005.

Mas quais seriam esses direitos definidos como garantidores do mínimo existencial, uma vez já posta a sua definição? Esses direitos são aqueles que possibilitam as condições básicas de existência digna do ser humano e cuja inobservância possa ser judicialmente exigida. Fácil concluir ser a educação infantil exemplo típico de direito que objetiva a tutela desse mínimo de dignidade humana.

Pela importância e caráter pedagógico de que se reveste, pede-se vênua para transcrever voto do Ministro Celso de Mello no referido Recurso Extraordinário no 410.715/SP:

Embora resida, primeiramente, 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 jurídico-políticos que sobre eles incidem em caráter mandatório – mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade dos direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional.

E ainda, segue ele:

É preciso assinalar, neste ponto, por relevante, que o direito à educação – que representa prerrogativa constitucional deferida a todos (CF, art. 205), notadamente às crianças (CF, arts. 208, IV e 227, “caput”) – qualifica-se como um dos direitos sociais mais expressivos, subsumindo-se à noção dos direitos de segunda geração (RTJ 164/158-161), cujo adimplemento impõe, ao Poder Público, a satisfação de um dever de prestação positiva, consistente num “*facere*”, pois o Estado dele só se desincumbirá criando condições objetivas que propiciem, aos titulares desse mesmo direito, o acesso pleno ao sistema

---

<sup>60</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. 2. reimp. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2001, p. 482-500.

educacional, inclusive ao atendimento, em creche e pré-escola, “às crianças de zero a seis anos de idade<sup>61</sup>” (CF, art. 208, IV).

Por fim, e ainda na esteira do que vem decidindo o Supremo Tribunal Federal<sup>62</sup>, nos casos de urgência e violação ao mínimo existencial, o princípio da reserva do possível (limitação orçamentária invocada comumente pelo Administrador), não deverá constituir obstáculo para a imediata satisfação do direito. Pense-se no seguinte exemplo: uma criança sem acesso à creche e pré-escola em virtude da inexistência de vagas e o prejuízo imensurável ao seu desenvolvimento que essa omissão causa; nesse caso posto, a atuação do Poder Judiciário deverá ser rápida e implementadora do direito fundamental violado, pois há clara omissão de um dos Poderes da República.

### 3.3. Da inexistência da violação à independência dos Poderes

Uma vez rebatidas as principais teses contrárias à submissão ao Poder Judiciário de questões envolvendo educação infantil, procuraremos, nesse tópico final, destrinchar outros argumentos que encampam a tese que se está a defender, ou seja, de não haver violação à separação dos Poderes prevista no artigo 2º da Constituição Federal.

É de se reconhecer, nesse diapasão, que as opções políticas traçadas na Constituição Federal não são revestidas de uma camada “inquebrantável”, e que as tornariam insuscetíveis ao controle popular e judicial. Um Estado só poder ser considerado como verdadeiramente democrático quando as opções traçadas forem questionáveis e principalmente alcançáveis por todos – alcance esse umbilicalmente realizável pela judicialização do acesso à educação infantil e cujos meios de tutela processual serão traçados no próximo capítulo.

---

<sup>61</sup> No mesmo sentido caminha a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Nesse sentido: Recurso Especial no. 1.185.474 – SC, Rel. Min. Humberto Martins, julgado aos 20/04/2010, quando expressamente consignou-se que a reserva orçamentária não é óbice à realização do mínimo existencial.

<sup>62</sup> Recurso Extraordinário no. 482.611/Santa Catarina. Relator Min. Celso de Mello, julgado aos 23/03/10.



Como toda atividade política exercida pelos Poderes Executivo e Legislativo, deve a gestão pública compatibilizar-se com a Carta Magna, cabendo ao Poder Judiciário analisá-la, quando provocado, sob o prisma dos fins do Estado insculpidos no artigo 3<sup>o</sup><sup>63</sup>.

O trato das políticas públicas, não somente as relacionadas ao acesso à educação infantil, mas de uma forma geral, exigem uma redefinição entre o Estado e a sociedade civil, cabendo a esta *corresponsabilidade* pela construção e implementação das ações públicas, num efetivo exercício de cidadania.

Esse controle social das ações e omissões da Administração Pública necessitam de um projeto de educação em massa a longo prazo, além da implementação de outros mecanismos legais à tanto, como as audiências públicas e as consultas.

Infelizmente as “vozes da rua” ainda são poucas e tímidas, o que coloca sobre os ombros do Judiciário a importante tarefa de cotejar o que é feito, ou não, com os objetivos a serem alcançados por determinação constitucional.

Imperioso destacar ainda que o acesso efetivo à educação infantil, na esteira da posição defendida pelo Supremo Tribunal Federal, necessariamente desagua na melhoria da qualidade de vida da população, fenômeno este intimamente ligado, por sua vez, à erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais, objetivos fundamentais da República (artigo 3<sup>o</sup>, inciso III da CF).

E a efetivação desse direito fundamental não pode ficar ao desígnio de maiorias transitórias, por refletirem o desejo do Constituinte originário. Nesse sentido, ensina Daniel Sarmento:

(...) os direitos fundamentais protegem os bens jurídicos mais valiosos, e o dever do Estado não é só o de abster-se de ofendê-los, mas também o de promovê-los e salvaguardá-los das ameaças e ofensas provenientes de terceiros. E para um Estado que tem como tarefa mais fundamental, por imperativo constitucional, a proteção e a promoção dos direitos fundamentais

---

<sup>63</sup> Inclusive há o sancionamento à Administração Pública que desobedecer, por seus agentes, a ordem judicial: multa diária (medida de coerção estatal contra a Fazenda Pública), responsabilização por ato de improbidade administrativa (artigo 11, inciso II da Lei 8429/92), intervenção no Estado ou Município e crime de responsabilidade e de desobediência.

dos seus cidadãos, a garantia destes direitos torna-se também um autêntico interesse público<sup>64</sup>.

Certamente essa atuação exigível do Poder Judiciário, como já dito e reiterado, objetiva a proteção ao núcleo duro constitucional que assegura o mínimo existencial à dignidade humana.

Paralelamente a essa atuação judicial defendida, é inquestionável que deva ela ocorrer de forma razoável, nos limites que a garantia ao direito fundamental à educação infantil exija. O Judiciário, quando chamado a se manifestar, deve dar prevalência ao interesse de maior relevo (num juízo de ponderação entre os meios e os fins).

Ada Pellegrini Grinover ensina:

Conclui-se daí, com relação à intervenção do Judiciário nas políticas públicas, que, por meio da utilização de regras de proporcionalidade e razoabilidade, o juiz analisará a situação em concreto e dirá se o legislador ou administrador público pautou sua conduta de acordo com os interesses maiores do indivíduo ou da coletividade, estabelecidos pela Constituição. E assim estará apreciado, pelo lado do autor, a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público<sup>65</sup>.

Logo, o magistrado em suas funções só determina que seja cumprido o que a Constituição previu, almejando a tão sonhada dignidade do ser humano. Nesse sentido, ensina a doutrina:

(...) o Poder Judiciário não tem o condão de “*make public choices*”, mas deve assegurar aquelas escolhas públicas já tomadas por estes veículos, notadamente os insertos no Texto Político, demarcadoras dos objetivos e finalidades desta República Federativa. (...) quando não efetivadas (as políticas públicas), dão ensejo à legítima persecução republicana para atendê-las administrativa, legislativa e jurisdicionalmente<sup>66</sup>.

Colacionados os ensinamentos acima, vê-se que todos possuem uma origem comum, qual seja: a possibilidade de atuação do Poder Judiciário quando a Constituição determine a atuação estatal positiva em matéria de direitos fundamentais, não cabendo

---

<sup>64</sup> SARMENTO, Daniel. *Colisões entre direitos fundamentais e interesses públicos*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Coord). *Jurisdição e direitos fundamentais: anuário 2004/2005*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, AJURIS, 2005, p. 32 e 51-52.

<sup>65</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *O controle jurisdicional de políticas públicas / coordenadores Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe – 2ª. edição – Rio de Janeiro. Forense: 2013, página 137.*

<sup>66</sup> LEAL, Rogério Gesta. *O controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil: possibilidades materiais*. In: Sarlet, Ingo Wolfgang (Coord). *Jurisdição e direitos fundamentais: anuário 2004/2005*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, AJURIS, 2005. Pag. 173-174.

se falar em discricionariedade do administrador e ofensa à tripartição de Montesquieu nesses casos.

O Estado somente será efetivamente tido como de direito quando as normas deixarem de ser tão somente referenciais teóricos e forem plenamente implementadas. Somente assim as desigualdades no acesso à educação infantil, como bem indicadas pelo relatório da UNESCO citado supra, serão mitigadas, o que diminuirá a pobreza que assola grande parte das famílias. Até porque, segundo professora Isabel Guerra:

Sabemos pouco sobre a pobreza e não saberemos mais enquanto tivermos um discurso generalista e não avançarmos na pesquisa empírica. A compreensão dos fenômenos da pobreza exige a desmontagem dos conceitos do senso comum e um aprofundamento e recomposição analítica que não temos conseguido realizar<sup>67</sup>. g.n.

O discurso do que é pobreza e desigualdade deve ceder à concretização de direitos, saindo do teórico e deslocando-se para o prático, numa verdadeira redefinição de competências que realize os anseios constituintes bem postos em nossa Carta (a omissão latente em cumprir os comandos constitucionais deve gerar a desmontagem de conceitos tradicionais).

Os direitos sociais, tais como vastamente previstos na nossa Lei Maior, não querem dar ao povo tão somente o “mínimo”, mas, ao contrário, “(...) *reclamam um horizonte eficaz progressivamente mais vasto, dependendo isso apenas do comprometimento da sociedade e do governo e da riqueza produzida pelo país*<sup>68</sup>”, fazendo-os sujeitos de direito, incluindo-os concretamente na possibilidade de fruição dos bens sociais ofertados pelo Estado.

Mas afinal, qual a razão desse debate e exposição de ideias? Ives Gandra da Silva Martins, responde:

O ser humano é a única razão do Estado. O Estado está conformado para servi-lo, como instrumento por ele criado com tal finalidade. Nenhuma construção artificial, todavia, pode prevalecer sobre os seus inalienáveis direitos e liberdades, posto que o Estado é um meio de realização do ser humano e não um fim em si mesmo<sup>69</sup>. G.n.

---

<sup>67</sup> *Id.*, p. 63.

<sup>68</sup> CLÉVE, Clèmerson Merlin. *Direitos Fundamentais sociais*. Juruá Editora, 2008, página 324.

<sup>69</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Cadernos de Direito Natural*. Lei positiva e lei natural, n. 1, Centro de Estudos jurídicos do Pará, 1985, p. 27.

Assim sendo, ao se adotar a possibilidade do Poder Judiciário de determinar a construção de mais creches, escolas, contratações de professores, oferecimento de merenda escolar de qualidade, matrícula de crianças, enfim, de uma gama enorme de prestações intimamente ligadas à educação infantil, necessariamente estará a se cumprir um dos objetivos mais caros da República, e atenuando, por consequência, o abismo existente entre ricos e pobres, entre o ideal e o real.

## **CAPÍTULO IV – A TUTELA PROCESSUAL E EXTRAPROCESSUAL DO DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO**

### 4.1. Aspectos gerais

Fixadas as premissas do acesso à educação infantil nos capítulos anteriores, bem como o importante papel desenvolvido pela Defensoria Pública nessa área, discutiremos agora sobre os mecanismos de tutela judicial e extrajudicial do direito fundamental à educação infantil.

De nada valeria a normatização bem feita pelo legislador se não houvesse mecanismos aptos a torná-la efetiva. E aqui soa importantíssima a concretização do comando que emerge de nossa Carta Magna e legislação infraconstitucional, pois sendo o direito à educação infantil daqueles direitos que exigem um fazer do Estado, facilmente se enxerga que omissões não só estão presentes, como são bem comuns.

Na verdade, inegável é que muitos dos dispositivos constitucionais e legais que garantem o acesso à educação fundamental e à educação infantil são normas

definidoras de direitos, e não meramente programáticas, gerando assim direitos subjetivos que investem os jurisdicionados no poder de exigir do Estado-juiz que sejam concedidas as tutelas jurídicas a eles garantidas.

Nesse sentido, professa nossa doutrina:

Além disso, ainda que observada uma série de aspectos, não se deve perder de vista que aos direitos sociais se aplica o art. 5º, § 1º, da CF, o que, a despeito de uma possível – concomitante, mas não reciprocamente excludente – dimensão “programática” (no sentido de impositiva de tarefas e deveres vinculantes) dos direitos sociais, faz com que não se possa afastar a condição de um direito subjetivo a prestações, por mais que tal direito subjetivo esteja submetido a limites, decorrentes de outros princípios e direitos em nível constitucional e mesmo restrições (que sempre têm por base uma justificação constitucional) pelo legislador<sup>70</sup>.

Assim, o direito fundamental à educação infantil, como todo direito social, traz em si, ínsito, uma “carga programática”, no sentido da orientação do Estado para a realização futura desses direitos. Não pode tal carga, contudo, servir de empecilho e provocar o esvaziamento da norma.

Importante destacar, em tempo, que é possível enxergar na educação infantil uma dupla faceta: individualmente, está ela ligada à realização pessoal do indivíduo, objetivando, em *ultima ratio*, dar-lhe dignidade; já no plano dos direitos difusos, é a educação um direito reconhecido a pessoas indeterminadas ligadas entre si por uma dada situação fática<sup>71</sup> (no caso da educação infantil, que será ministrada em creches e pré-escolas a crianças de até 05<sup>72</sup> (cinco) anos de idade).

Por fim, a crise vivida pelo Poder Judiciário traz uma reflexão, qual seja, de que, dia após dia, deve-se pensar em soluções alternativas à resolução dos conflitos, e não a mera e simplista propositura de ações judiciais. A estrutura deficitária, a carência de materiais e pessoal, bem como a sobrecarga de trabalho indica o caminho para que as soluções das lides, inclusive na área da infância e juventude, sejam pensadas de forma responsável e alternativamente ao Poder Judiciário.

---

<sup>70</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de Direito Constitucional*/ Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero – 2ª. edição – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, página 573.

<sup>71</sup> Artigo 81, parágrafo único, inciso I, da Lei 8078/90.

<sup>72</sup> Artigo 208, inciso IV da Constituição Federal.

É hora de se incentivar a pacificação dos conflitos, mais racional e eficiente, onerando-se cada vez menos o Estado, deixando-se para o Poder Judiciário tão somente as decisões de maior importância ao corpo social.

Nesse contexto, em tópico próprio, faremos referência a dois mecanismos alternativos para resolução dos conflitos: o termo de ajustamento de conduta – TAC e as audiências públicas, e, por certo, suas implicações práticas em matéria de educação infantil.

Ainda no que se refere às audiências públicas, procuraremos descrever a legitimação das decisões nela tomadas, uma vez que o corpo social é chamado a discutir e participar democraticamente das decisões políticas.

#### 4.2. As vias processuais adequadas para o controle judicial em políticas públicas

O Código Civil revogado previa, no seu artigo 75, que *“a todo direito corresponde uma ação, que o assegura”*.

Como decorrência desse pensamento, é possível entender que o artigo 5º, inciso XXXV da CF segue essa mesma linha, pois ao afirmar que nenhuma lesão ou ameaça a direito poderá ser excluída da apreciação do Poder Judiciário, quis o constituinte originário deixar bem claro que, uma vez violado, ou em vias de violação, o titular do direito, com o manejo da ação cabível, poderá obter a satisfação judicial que o agasalhe.

O artigo 83 do Código de Defesa do Consumidor, também nesse viés de efetividade da prestação jurisdicional, dispõe que *“para a defesa dos direitos e interesses<sup>73</sup> protegidos por este Código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela”*.

---

<sup>73</sup> Para fins didáticos: interesse é qualquer pretensão em geral, é o desejo em determinado valor ou bem da vida; já o direito é a possibilidade de exigir-se, de maneira garantida, aquilo que as normas jurídicas atribuem a alguém como próprio (definição esta do i. professor Miguel Reale).

É de se destacar que em matéria de políticas públicas essas “*rotas processuais*” podem ser das mais diversas, uma vez que é grande o leque de opção de ações, legitimados e procedimentos próprios previstos no nosso ordenamento pátrio.

A doutrina classifica esses atos judiciais que dizem o direito em matéria de políticas públicas como “*sentenças aditivas*”, passando o Poder Judiciário, segundo eles, a ser taxado de “legislador positivo”, seja através de ações individuais, seja por ações coletivas. Para esses estudiosos (e essas críticas foram melhor analisadas no Capítulo III), o Judiciário e o Supremo Tribunal Federal são tidos como os verdadeiros “*ordenadores de despesas*”, o que dificulta o planejamento governamental<sup>74</sup>.

Esse ponto merece destaque aqui, pois embora não acolhidos pela melhor doutrina, e nem pelos nossos Tribunais Superiores, os argumentos lançados chocam-se com a possibilidade de judicialização efetiva de direitos sociais, por meio dessas “*rotas processuais*”, por nós assim batizadas.

A professora Ada Pellegrini Grinover, acerca desse princípio da efetiva e adequada tutela jurídica, detalha:

Disso tudo surge uma inarredável conclusão: qualquer tipo de ação, na jurisdição constitucional e na ordinária, pode ser utilizada para provocar o Poder Judiciário a exercer o controle e a possível intervenção em políticas públicas. Já a jurisdição constitucional, pelo mandado de injunção, inclusive coletivo, pela ação de descumprimento de preceito fundamental, pela ação de inconstitucionalidade por omissão. E, na jurisdição ordinária, por uma ação coletiva, individual com efeitos coletivos ou meramente individual, sendo certo que, neste último caso, mais cuidados deverão ser tomados para a observância dos limites postos à intervenção<sup>75</sup>.

Assim sendo, analisaremos abaixo, de forma objetiva, as principais vias processuais aptas à ampla efetivação da educação infantil, quer individual, quer coletivamente.

#### 4.2.1. Ação de obrigação de fazer

---

<sup>74</sup> Cf. SARLET, Ingo Wolfgang, Luciano Benetti Timm, Ob., cit., p. 135 e 145.

<sup>75</sup> Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini, Ob., cit., p. 149.

Analisando-se a efetividade da prestação jurisdicional, é possível concluir que os provimentos judiciais declaratórios e constitutivos possuem grau de alcance maior do que dos provimentos condenatórios, pois os primeiros independem da colaboração do vencido para que a tutela concedida seja realizada.

E a situação torna-se ainda mais delicada quando essa obrigação de fazer do sucumbente é classificada como do tipo infungível, ou seja, o ato só é possível de cumprimento pelo ente demandado, como no caso da prestação do serviço público de educação infantil pelo Estado, ou por aquele que lhe faça as vezes. Ninguém, diferente do integrante passivo da ação, poderá cumprir especificamente o que na decisão judicial é determinado.

Pensando nesse âmbito de alcance, e as dificuldades até então encontradas, editou-se a Lei 8.952/94, que ao alterar o artigo 461 do Código de Processo Civil procurou disciplinar de forma mais eficiente a tutela judicial a ser prestada nas ações que objetivassem uma obrigação de fazer.

Inicialmente, fácil concluir a utilização prática e comum desse tipo de ação para o direito aqui estudado – pense-se, *v. g.*, numa ação judicial manejada com o objetivo de compelir o ente público a matricular uma criança na rede pública de ensino, uma vez configurada a omissão do ente passivo.

Pois bem. De acordo com o *caput* do referido artigo 461, a regra é que o juiz deverá conceder a tutela específica requerida e ainda determinar providências concretas que assegurem o resultado prático daquela ação.

Assim sendo, a tutela genérica de perdas e danos somente poderá ocorrer com o pedido da parte expresso nesse sentido ou se impossível a obtenção do resultado prático equivalente. Nossa melhor doutrina, ao se debruçar sobre esse ponto, conclui que quis o legislador ordinário “*vedar a saída fácil para as condenações a perdas e danos*”<sup>76</sup>.

---

<sup>76</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 36ª. edição, volume I. Rio de Janeiro: Forense, 2001, página 449.



Certamente, no árduo caminho da judicialização do direito fundamental à educação, a redução do objeto da ação, simplistamente, a perdas e danos, acabaria por esvaziar, por completo, o comando que emerge da CF em matéria de educação infantil.

Digno de nota, ainda, mostra-se a possibilidade de antecipação dos efeitos da tutela, desde que relevante o fundamento da demanda (*fumus boni juris*) e houver receio de ineficácia do provimento final (*periculum in mora*). O cumprimento, quer da liminar, quer da sentença final, poderá ser reforçado com a imposição de multa diária impingida ao acionado.

Por estar intimamente ligado ao objeto do presente trabalho, é de suma importância o § 5º do referido artigo 461, que determina que para a obtenção da tutela específica ou do resultado prático equivalente poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, determinar uma série de medidas.

No caso de educação infantil, por envolver crianças de tenra idade, o § 5º supra se mostra de grande valia, pois arma o julgador de poderes para que a tutela almejada e submetida ao Poder Judiciário seja entregue sem delongas, atenuando as consequências deletérias que da omissão do Poder Público exsurtem.

#### 4.2.1.1. Cumprimento de sentença

Mecanismo de efetivação de decisões judiciais, o cumprimento de sentença está umbilicalmente ligado aos provimentos que determinam um *facere* do legitimado passivo, por isso será tratado dentro deste subtópico.

A Lei 11.232/05 completou o movimento reformista do Código de Processo Civil, sendo responsável pelo fim da execução de sentença como ação distinta da ação de conhecimento. Tudo, a partir de então, passa a ser decidido em um único processo, promovido por uma única ação.

De acordo com o artigo 475-I do Código de Processo Civil, não será mais por ação de execução de sentença que se cobrará o cumprimento de título judicial, mas sim por um simples incidente processual dentro da realização processual de conhecimento.

O objetivo do legislador reformista foi dar maior efetividade e agilidade à execução, eliminando-se aspectos que provocavam delongas e medidas inócuas na forma originária de execução de decisões judiciais.

Segundo nossa melhor doutrina:

A reforma que unifica o processo de condenação e execução, aliás, cumpre com propriedade a garantia de duração razoável e observância de medidas de aceleração da prestação jurisdicional, em boa hora incluída entre as garantias fundamentais pela Emenda Constitucional no. 45/2004, com a instituição do inciso LXXVIII adicionado ao artigo 5º da Constituição<sup>77</sup>.

Aqui há de ser feita uma observação: embora exista rito próprio de Execução contra a Fazenda Pública nos artigos 730 e 731 do Código de Processo Civil, esse somente será aplicado para hipóteses que envolvam *execução por quantia certa*. Assim, nas execuções que objetivem um fazer do ente público (v.g. matrícula de criança em pré-escola), o rito a ser observado é o comum a todos os procedimentos de cumprimento de sentença<sup>78</sup>.

Fixadas as linhas mestras do novo processo de cumprimento de título judicial, destaca-se sua importância para a efetivação daquilo que fora decidido nas ações de obrigação de fazer contra o ente público em matéria de educação infantil.

No cumprimento de título judicial em obrigação de fazer, o *caput* do artigo 461 do CPC impõe ao magistrado o dever de concessão da tutela específica, devendo o

---

<sup>77</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo de Execução e cumprimento de sentença*. 24a. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2007, página, 535.

<sup>78</sup> Nesse sentido: AGRADO REGIMENTAL. AGRADO DE INSTRUMENTO. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO POR OBRIGAÇÃO DE FAZER CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. RITO DO ART. 730 DO CPC. INAPLICABILIDADE. AGRADO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. 1. O entendimento esposado pelo Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que, na execução para o cumprimento de obrigação de fazer, ainda quando movida contra a Fazenda Pública, não se aplica o rito do art. 730 do CPC, limitado às execuções por quantia certa. 2. Agravo regimental ao qual se nega provimento. (Superior Tribunal de Justiça - AgRg no Ag: 1073258 DF 2008/0149288-6, Relator: Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), Data de Julgamento: 19/08/2010, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 06/09/2010)

devedor realizar a prestação *in natura*, competindo ao juiz, ainda, determinar “*providências que assegurem o resultado prático equivalente ao adimplemento*”.

Deve-se mencionar, no sentido da implementação efetiva da decisão, a possibilidade de aplicação pelo juiz, de ofício ou ao requerimento da parte, das chamadas medidas de apoio, que objetivam a realização rápida da tutela concedida no título judicial, evitando-se (ou punindo-se) o ente público leniente, sendo exemplo típico dessas medidas a multa diária (*astreinte*)<sup>79</sup>. A multa, nesse contexto, deve ser fixada em patamar razoável, apto a pressionar o acionado a cumprir o que fora decidido.

#### 4.2.2. Ação civil pública

Como dito na introdução do presente capítulo, além da possibilidade de propositura de ações individuais aptas a proteger o direito à educação, existe também a possibilidade de que tal defesa seja possível via manejo de ações coletivas, como, no caso presente, a ação civil pública (ACP), disposta na Lei 7.347/85.

Os pedidos cabíveis por meio da ACP estão elencados no seu artigo 1º, sendo que por força do inciso IV do referido artigo é possível a defesa de “*qualquer outro direito difuso ou coletivo*”, onde está englobado o acesso à educação infantil.

Assim sendo, a defesa da educação infantil mostra-se perfeitamente possível com base no referido inciso IV, devendo-se destacar, ainda nesse norte, a admissibilidade de ajuizamento de ACP objetivando o controle judicial de políticas públicas. Importante decisão do C. Superior Tribunal de Justiça, dentre inúmeras outras, agasalha a tese que se está a defender, pedindo-se *vênia* para, pela importância, transcrever parte da decisão:

---

<sup>79</sup> Acerca da possibilidade de fixação de multa diária contra a Fazenda Pública: PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. OBRIGAÇÃO DE FAZER. COMINAÇÃO DE MULTA DIÁRIA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. POSSIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ALEGAÇÕES DE OMISSÕES. AUSÊNCIA DE VÍCIOS E DE APLICAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. (Superior Tribunal de Justiça - EDcl no AgRg no REsp: 1367081 RS 2013/0034820-1, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Julgamento: 21/05/2013, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 28/05/2013)

(...) 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<sup>80</sup>.

Merece destaque outro aspecto da LACP: dentre o amplo rol de legitimados ativos (artigo 5º), destaca-se a Defensoria Pública (por força da alteração promovida pela Lei 11.448/07), o que objetiva dar densidade ao comando que emerge da nossa Carta Magna de tutela aos hipossuficientes (conforme destacado no Capítulo II), também matéria de direitos metaindividuais.

Aqui cabe um parênteses: note-se que mesmo antes da alteração do citado artigo 5º, que incluiu expressamente a Defensoria Pública como legitimada para ação civil pública, já era reconhecida tal legitimidade de agir à Instituição por nossos Tribunais Superiores<sup>81</sup>.

---

<sup>80</sup> Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial no. 1041197 MS 2008/0059830-7, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Julgamento: 25/08/2009, T2 - SEGUNDA TURMA.

<sup>81</sup> Nesse sentido decisão do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial no. 555.111/RJ; Relator(a): Ministro CASTRO FILHO; Terceira Turma, julgado aos 05/09/2006.

Acerca da importância dessa atribuição de legitimidade ativa à “*instituição cidadã*”, ensina Tiago Fensterseifer:

A ampliação da autonomia institucional (funcional, administrativa e financeira) conferida à Defensoria Pública pelo texto constitucional reflete justamente na tutela dos direitos sociais, pois permite a sua maior liberdade de atuação nas demandas contra o Estado, como é a praxe das demandas que reivindicam prestações sociais (medicamento e tratamento médico, moradia – quando envolve ocupação de áreas públicas ou mesmo construção de moradias populares pelo Estado -, vaga em creches e escolas, transporte gratuito, saneamento básico, etc.). E, nesse prisma, o reconhecimento da legitimidade da Defensoria Pública para a propositura de ação civil pública força ainda mais a abertura das portas do Poder Judiciário às demandas coletivas das pessoas necessitadas (no que tange aos seus interesses individuais homogêneos, coletivos em sentido estrito e difusos), ampliando e garantindo o seu acesso à justiça<sup>82</sup>.

Digno de referência mostra-se também o artigo 11 da LACP, que define que nas ações que tenham por objetivo obrigação de fazer (v.g. disponibilização de vagas em creches e pré-escola, aquisição de merenda, contratação de professores, etc.) o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida, sob pena de execução específica ou cominação de multa.

Nossa melhor doutrina enxerga nesse artigo 11 a forma embrionária do novo artigo 461 do Código de Processo Civil (estudado acima), contudo, “*com redação inferior*”<sup>83</sup>. Quis o doutrinador dizer com isso que, antes mesmo da alteração do CPC pela Lei 8.952/94, já previa a LACP mecanismos para que o magistrado entregasse a tutela jurisdicional de forma eficaz<sup>84</sup> e nos exatos termos pleiteados pelo autor da ação.

#### 4.2.3. Mandado de Segurança

---

<sup>82</sup> FENSTERSEIFER, Tiago. O papel constitucional da Defensoria Pública na tutela (individual e coletiva) e efetivação dos direitos fundamentais sociais. In: ORDACGY, André da Silva; FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. (orgs.). *Advocacia de estado e defensoria pública: funções públicas essenciais à justiça*. – Curitiba: Letra da Lei, 2009, p. 474 e 475.

<sup>83</sup> MEDINA, José Miguel Garcia. *Procedimentos cautelares e especiais: ações coletivas, ações constitucionais, jurisdição...*/ José Miguel Garcia Medina, Fábio Caldas de Araújo, Fernando da Fonseca Gajardoni. – 2. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, página 385.

<sup>84</sup> Nos termos do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, analisa-se o direito à tutela jurisdicional em três perspectivas: adequação, acesso à justiça e efetividade da tutela.

Previsto no ordenamento jurídico brasileiro originalmente na Constituição de 1.934, o Mandado de Segurança não foi previsto na Constituição de 1.937, embora continuasse em vigor pela Lei 191/1936. Posteriormente, foi disciplinado pelo Código de Processo Civil de 1.939, como um dos chamados “processos especiais”, voltando a ser previsto na Constituição Federal de 1946, bem como nas que a essa se seguiram.

Trata-se de ação que visa à tutela de direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público (artigo 5º, inciso LXIX, da Constituição Federal).

Regulamentado pela Lei 12.016/06 – conhecida como Nova Lei do Mandado de Segurança – que revogou a Lei 1.533/51, o entendimento dessa ação constitucional passa, necessariamente, pela definição do que seria direito líquido e certo.

Assim, o ato considerado abusivo deve ser daqueles que podem ser demonstrados de plano, mediante prova meramente documental. O direito líquido e certo é comprovável prontamente e acima de qualquer dúvida, e que esteja sendo violado, ou então em vias de violação (admite-se, aqui, a tutela inibitória, por meio de mandado de segurança preventivo).

Para a viabilização da tutela efetiva ao direito, ponto nevrálgico quando se está a falar em acesso à educação infantil (pense-se, *e.g.*, numa ação mandamental que objetive a obtenção de vaga em creche e que não for decidida em tempo razoável, causando assim prejuízo irreparável à criança), o mandado de segurança admite aquilo que parte da doutrina denomina de “*técnica antecipatória*”<sup>85</sup>, que, nos termos do artigo 7º, inciso III, da Lei 12.016/09, serve para satisfação imediata do direito, ou então, seu acautelamento.

Em inovação legislativa, o mandado de segurança poderá ser utilizado tanto pela via individual, quanto pela via coletiva<sup>86</sup> (artigo 21), esta última na tutela de direitos

---

<sup>85</sup> Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. Ob, cit., p. 778.

<sup>86</sup> Artigo 21. “O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária, ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, 1 (um) ano, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas

coletivos e individuais homogêneos, também em ponto de intersecção com a educação infantil, em sua faceta transindividual.

De se observar que, mesmo antes da alteração legislativa, sob a denominação de mandado de segurança individual, foi essa ação constitucional utilizada também para a defesa de interesses transindividuais pertencentes a classes de titulares indeterminados (nesse sentido: Supremo Tribunal Federal, Mandado de Segurança no. 18.428/DF, pleno, rel. Min. Barros Monteiro, julgado aos 10.12.1969).

Então, na verdade, têm-se aqui o típico caso em que a inovação legislativa, ao reconhecer a possibilidade do mandado coletivo, só veio a amparar aquilo que já era reconhecido pelo Poder Judiciário, embora de forma pontual.

Pois bem. Possuem o mandado de segurança individual e o coletivo a mesma disciplina procedimental, podendo assim ser definidos como gênero de uma mesma espécie. A diferença entre as duas espécies de ações pode ser definida primeiro no que se refere aos objetos das ações, pois o coletivo só pode ser proposto para a defesa de interesses metaindividuais. Outro ponto de diferenciação refere-se à legitimidade ativa, pois enquanto o individual pode ser proposto por qualquer pessoa física ou jurídica, o coletivo só pode ser proposto por determinados entes.

Nossa melhor doutrina<sup>87</sup> ensina alguns pressupostos para o uso do mandado de segurança, quais sejam:

a – Ato de autoridade: aquele com conteúdo decisório praticado por autoridade coatora (esta definida nos termos do artigo 6º, § 3º da Lei);

b – Ilegalidade ou abuso de poder: ato ilegal é aquele contrário à lei ou à Constituição Federal;

---

finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial. Parágrafo único. Os direitos protegidos pelo mandado de segurança coletivo podem ser: I - coletivos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica; II - individuais homogêneos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante". G.n.

<sup>87</sup> ANDRADE, Adriano. *Interesses difusos e coletivos esquematizado* / Adriano Andrade, Cleber Masson, Landolfo Andrade – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011, páginas 321 e 322.

c – Ocorrência de lesão (mandado repressivo) ou ameaça de lesão (mandado preventivo) e

d – Direito líquido e certo, nos termos da definição do início desse tópico.

Em total consonância com o presente trabalho, deve-se mencionar que o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente, nos termos do seu artigo 212, §2º, admite o uso do mandado de segurança em defesa dos direitos nele previstos, tanto na sua forma individual, como também para a defesa de interesses difusos e coletivos<sup>88</sup> (Capítulo VII).

Assim, ditos os pressupostos ao uso desse remédio constitucional, vê-se quão importante é sua utilização para a garantia do direito fundamental à educação, notadamente quando o Poder Público tentar desincumbir-se de seu ônus constitucional.

Por fim, o rito do mandando de segurança é abreviado e de cognição plena e exauriente *secundum eventum probationis*<sup>89</sup> para a tutela dos direitos. Ainda nos termos do artigo 7º, § 4º da lei, uma vez concedida a liminar o processo passará a ter prioridade para julgamento, o que indica a eficiência que se procurou impor à ação e a grande valia que pode ter a ação mandamental em matéria de direitos fundamentais.

#### 4.2.4. Ação Popular

Em 1965 surgiu a Lei nº 4.717, denominada lei da ação popular – LAP, dispondo, em seu art. 1º, que qualquer cidadão (pessoa que está em gozo dos seus direitos políticos) será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista, de sociedades mútuas de seguro

---

<sup>88</sup> A lei do mandando de segurança também deve ser reconhecida como integrante do microsistema de processo coletivo, ao lado da ação civil pública, código de defesa do consumidor, lei de ação popular e estatutos do idoso e da criança e adolescente. Nesse sentido: Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial no. 552.691-MG, Rel. Min. Luiz Fux, julgado aos 03.05.2005.

<sup>89</sup> A coisa julgada *secundum eventum probationis* é consagrada somente para os direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, e forma-se apenas com grau de certeza e com o esgotamento das provas, sendo que se a ação for julgada improcedente com lastro em provas insuficientes, não haverá a formação da coisa julgada.



nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos.

O art. 2º da mesma lei dispõe que são nulos os atos lesivos ao patrimônio público nos casos de: a) incompetência; b) vício de forma; c) ilegalidade do objeto; d) inexistência dos motivos; e e) desvio de finalidade.

Já a Constituição Federal de 1988<sup>90</sup>, em seu artigo 5º, inciso LXXIII, recepcionando a legislação referida, determinou que a ação popular visa anular ato lesivo ao patrimônio público ou entidade que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.

Observa-se assim que a Carta Magna seguiu o mesmo norte dado pela lei infraconstitucional que disciplinou primeiro a questão, qual seja, de atuação do cidadão em prol de interesses coletivos, o que também pode ser reconhecido como uma das facetas da democracia participativa, nos termos do artigo 1º, parágrafo único, da Constituição Federal.

A LAP, e posteriormente a CF, almejavam a proteção do interesse público *lato sensu*, atribuindo tal legitimidade aos cidadãos brasileiros, e tanto quiseram essa atuação popular que a nossa lei maior expressamente determinou a isenção de custas,

---

<sup>90</sup> No direito comparado, a Constituição da República Portuguesa prevê instituto semelhante, e com a mesma denominação: Artigo 52º. “1. Todos os cidadãos têm o direito de apresentar, individual ou colectivamente, aos órgãos de soberania, aos órgãos de governo próprio das regiões autónomas ou a quaisquer autoridades petições, representações, reclamações ou queixas para defesa dos seus direitos, da Constituição, das leis ou do interesse geral e, bem assim, o direito de serem informados, em prazo razoável, sobre o resultado da respectiva apreciação. 2. A lei fixa as condições em que as petições apresentadas colectivamente à Assembleia da República e às Assembleias Legislativas das regiões autónomas são apreciadas em reunião plenária. 3. É conferido a todos, pessoalmente ou através de associações de defesa dos interesses em causa, o direito de acção popular nos casos e termos previstos na lei, incluindo o direito de requerer para o lesado ou lesados a correspondente indemnização, nomeadamente para: a) Promover a prevenção, a cessação ou a perseguição judicial das infracções contra a saúde pública, os direitos dos consumidores, a qualidade de vida, a preservação do ambiente e do património cultural; b) Assegurar a defesa dos bens do Estado, das regiões autónomas e das autarquias locais.”

honorários advocatícios e verbas sucumbenciais ao autor da ação, salvo em casos de má-fé.

Na verdade, objetivou o constituinte originário alcançar um intento incentivador fiscalizatório, pois o cidadão, quando agir, o fará no interesse de toda a coletividade. Buscou-se, assim, a essência da denominação do Estado Brasileiro de República (*res publica*, significa coisa pública, de todos).

Ponto importante a se destacar é que a LAP é celebrada como o primeiro meio de tutela de direitos metaindividuais<sup>91</sup> do direito brasileiro, pois se preocupou, pioneiramente, com a proteção de interesses que estão dispersos por toda a nossa sociedade, e pertencem a todos, indistintamente.

Mas um questionamento importante deve ser enfrentado: como defender a possibilidade de manejo de ação popular em matéria de educação infantil, se a lei e a Constituição Federal são absolutamente silentes a respeito?

Para se destrinchar corretamente essa questão, imperiosa se mostra fixar a premissa de que, quer a doutrina, quer a jurisprudência<sup>92</sup>majoritária (embora não vinculante, diga-se), manifestam-se pela impossibilidade do uso da ação popular para discussões de questões que não sejam sobre patrimônio público, histórico e social, moralidade e meio ambiente.

---

<sup>91</sup> Em hipótese de legitimidade concorrente e disjuntiva: concorrente porque atribuível a todos os cidadãos, e disjuntiva porque não há a necessidade de formação de litisconsórcio para a propositura da ação.

<sup>92</sup> Dentre inúmeros julgados: PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO POPULAR. CONCESSÃO DE SERVIÇO. SUSPENSÃO DAS ATIVIDADES DE EMPRESA CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO DE GESTÃO DE ÁREAS DESTINADAS A ESTACIONAMENTO ROTATIVO. INOBSERVÂNCIA DE DIREITO CONSUMERISTA. INÉPCIA DA INICIAL. ILEGITIMIDADE ATIVA. AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. SÚMULA 211/STJ. 1. A Ação Popular não é servil à defesa dos consumidores, porquanto instrumento flagrantemente inadequado mercê de evidente *ilegitimatio ad causam* (art. 1º, da Lei 4717/65 c/c art. 5º, LXXIII, da Constituição Federal) do autor popular, o qual não pode atuar em prol da coletividade nessas hipóteses. 2. A ilegitimidade do autor popular, *in casu*, coadjuvada pela inadequação da via eleita *ab origine*, porquanto a ação popular é instrumento de defesa dos interesses da coletividade, utilizável por qualquer de seus membros, revela-se inequívoca, por isso que não é servil ao amparo de direitos individuais próprios, como sóem ser os direitos dos consumidores, que, consoante cediço, dispõem de meio processual adequado à sua defesa, mediante a propositura de ação civil pública, com supedâneo nos arts. 81 e 82 do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90). (...). Recurso especial provido. (Superior Tribunal de Justiça – Recurso Especial no. 818725 SP 2006/0030025-4, Relator: Ministro LUIZ FUX, Data de Julgamento: 13/05/2008, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 16.06.2008 p. 1)

*Data máxima vênia*, esse posicionamento restritivo não deve prosperar. Senão vejamos.

A resposta a ser dada é de que é possível sim a defesa de direitos fundamentais, como a educação infantil, no bojo de ação popular, numa interpretação que se afaste da análise meramente gramatical da norma. Assim, todos os direitos que possam ser válidos à tutela daqueles expressos na lei e na CF, em matéria de ação popular, podem ser defendidos por essa ação.

É possível enxergar a ação popular como partícula integrante do microsistema de processo coletivo, o que possibilitaria a defesa de direitos fundamentais, com o aqui posto. Essa aplicação intercambiante das normas (ação civil pública, código de defesa do consumidor e ação popular) deve ser ampla, de modo a aumentar o espectro de defesa dos interesses coletivos, corroborando a tese de se afastar qualquer interpretação restritiva aos objetivos da LAP. Sem dúvida, essa integração ampla emerge de forma clara dos artigos 21 da LACP e 90 do CDC.

No raciocínio que se propõe, além desse “núcleo duro” composto pelo CDC e pela Lei da Ação Civil Pública, outras leis gravitariam no entorno deles, como o estatuto da criança e do adolescente, o estatuto do idoso, a lei de improbidade administrativa e também a LAP.

Assim, a possibilidade de defesa de direitos coletivos (também de roupagem constitucional, como consumidor, meio ambiente e moralidade administrativa) via ação popular, nessa exegese ampliativa, denotaria a possibilidade de defesa também do direito fundamental à educação infantil pela mesma via processual, afinal, *ubi eadem ratio, ibi ius idem esse debet*<sup>93</sup>.

Pense-se, *e.g.*, numa ação popular inibitória que objetive impedir a demolição de uma creche (nos termos do artigo 7º da LAP, que expressamente autoriza a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil). Aqui, no exemplo dado, seria um típico caso em que se estaria a demandar a proteção, de uma só vez, do patrimônio público e do direito fundamental à educação infantil.

---

<sup>93</sup> Onde há a mesma razão, aí deve haver o mesmo direito.

Retumbante no exemplo dado estar presente o interesse de agir do cidadão, pois há a necessidade de intervenção do Poder Judiciário (presença de ato potencialmente lesivo ao patrimônio público, e reflexamente, ao direito fundamental à educação infantil) e há a utilidade da via escolhida, que é apta a proteção processual que se objetiva.

A jurisprudência, embora minoritária, existe e é no sentido do próprio exemplo dado: o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial 889.766-SP, de relatoria do E. Ministro Castro Meira, em julgado de 04.10.2007, admitiu o ajuizamento de ação popular ante a omissão do Estado em promover condições de melhoria do esgoto da Penitenciária de Presidente Bernardes, de modo a que, reflexamente, tutelasse-se o meio ambiente, evitando o acúmulo de dejetos.

Cotejando-se o exemplo hipotético com a ação citada têm-se a similitude entre ambos, pois é concretamente possível defender-se em juízo direitos outros que não aqueles delimitados estritamente na legislação que rege a ação popular.

Nossa doutrina também defende a tese que se está a expor. Nesse diapasão, ensina o Camilo Zufelato:

Na ampla possibilidade de espécies de ações de tutela jurisdicional coletiva de que os legitimados dispõem, todas elas podem ser utilizadas para proteger a violação de direitos coletivos pelo descumprimento de políticas públicas, como a ação civil pública, a ação coletiva, o mandado de segurança coletivo, a ação popular, a ação de improbidade administrativa, o mandado de injunção coletivo<sup>94</sup>.

De se destacar que Zufelato chega à mesma conclusão que aqui se defende, mas por caminho outro, qual seja, o da efetivação de políticas públicas, classificando estas como espécies de direitos coletivos. Assim, segundo ele, acertadamente, na defesa judicial de políticas públicas (e reflexamente de direitos fundamentais) é possível o uso da ação popular constitucional. Continua ele, mais à frente:

Cita-se também a ação popular, modalidade processual que desde 1965 – com importante alteração legislativa em 1977 – serve para que qualquer cidadão pleiteie a anulação de atos lesivos ao patrimônio público (artigo 1º da Lei 4.717/65); em outros termos, o ato administrativo poderá ser considerado lesivo ao patrimônio público quando desrespeitar política pública ou mesmo preteri-la, sob o ponto de vista dos gastos públicos, em relação a atos que não deveriam ser prioridade do administrador. Nessa espécie também se inserem

---

<sup>94</sup> ZUFELATO, Camilo. Controle judicial de políticas públicas in GRINOVER, Ada Pellegrini. *O controle jurisdicional de políticas públicas* / coordenadores Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe – 2ª. edição – Rio de Janeiro. Forense: 2013, páginas 317 e 318.

as ações populares de improbidade administrativa ou moralidade administrativa.

E os argumentos pela maximização da aplicação da ação popular persistem na doutrina. Colacionam-se outros doutrinadores que também encampam a tese que se está a defender:

Não conseguimos, ainda, fugir da questão meramente patrimonial e econômica. A sua função social na busca da proteção dos direitos fundamentais ainda não aflorou. Enraizados em um estado liberal, temos sempre por objetivo a proteção econômica. Se não há dano, não há que se falar em ação popular. Contudo, trata-se de um instrumento que pode e deve ser utilizado na proteção dos direitos fundamentais. Trata-se de uma ação de índole constitucional, cuja aplicação deve ser maximizada na concretização dos direitos protegidos por ela. Hoje, a concretização dos direitos fundamentais deve ser o objetivo de todos, da Administração ao cidadão. Ademais, a interpretação desses direitos (inclusive quanto aos instrumentos que os garantam) deve ser de tal sorte a obter a máxima efetividade. Interpretações literais, que fogem à realidade, merecem ser afastadas. O sistema jurídico deve ser interpretado sistematicamente sempre visando à proteção dos bens mais valiosos a uma dada sociedade em um determinado momento histórico<sup>95</sup>.

Os ideais pós-positivistas, segundo os autores colacionados acima, que objetivam uma nova hermenêutica constitucional, são importantíssimos vetores pela aplicação da ação popular de forma ampliativa na defesa daquilo que foi desejado pelo constituinte originário.

Fazoli e Rípoli continuam na mesma esteira da doutrina de Zufelato:

Desta feita, a partir de uma hermenêutica constitucional, fundada na supremacia dos princípios e na inserção do intérprete no mundo real, qualquer cidadão poderia utilizar-se da ação popular para garantir um direito fundamental de caráter coletivo. E mais, poderia beneficiar toda a sociedade dos efeitos da respectiva coisa julgada<sup>96</sup>.

Assim, e já finalizando, embora predomine no direito brasileiro o positivismo exacerbado, que acaba por restringir o alcance da ação popular, conforme dito alhures, a garantia da efetivação do direito fundamental à educação exige uma revisitação de conceitos.

---

<sup>95</sup> FAZOLI, Carlos Eduardo de Freitas. RÍPOLI, Danilo César Siviero. A ação popular como instrumento de proteção das pessoas portadoras de deficiência: uma crítica ao positivismo jurídico. Em: <[http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/carlos\\_eduardo\\_de\\_freitas\\_fazoli.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/carlos_eduardo_de_freitas_fazoli.pdf)>. Acesso em 08/12/2014, às 22h00m.

<sup>96</sup> FAZOLI, Carlos Eduardo de Freitas. RÍPOLI, Danilo César Siviero. Op., cit., p. 15.

O formalismo impede, muitas vezes, que direitos coletivos sejam protegidos com a máxima efetividade, o que soa gravíssimo em se tratando de direito tão caro à formação do cidadão e à sua dignidade, como a educação.

A interpretação que se julga aqui mais adequada e apta a proteger o ser humano em formação, inclusive com a aplicação das inovadoras disposições do Código de Defesa do Consumidor, dentro dos ideais de microsistema de processo coletivo e de democracia participativa, comporta sim a aplicação da ação popular na defesa do direito fundamental à educação.

#### 4.2.5. Mandado de Injunção

Durante o processo constituinte brasileiro emergiu a preocupação dos juristas em combater os casos de omissão constitucional, buscando-se assim soluções que fossem colocadas na novel Constituição. Nesse contexto, previu-se o mandado de injunção – MI como garantia fundamental, tida como antídoto para combater a omissão futura do legislador.

A doutrina, quando procura buscar no direito alienígena instituto similar ao MI, debruça-se sobre diversas correntes, sem, contudo, chegar a qualquer consenso; existem aqueles, inclusive, que defendem ser o instituto genuinamente brasileiro (Celso Barros, Ministro Luís Roberto Barroso).

Assim, nessa incursão histórica, têm-se doutrinadores que veem no MI influência do *writ of injunction*<sup>97</sup> do direito anglo-americano (pelo menos o nome assim indica). Nesse sentido: José Afonso da Silva, Helio Tornaghi e Vicente Greco Filho. Lado outro, há os que reconhecem no mandado de injunção uma derivação da ação de

---

<sup>97</sup> Remédio que tem por fundamento um juízo de equidade, visando formular a regra jurídica para um caso concreto não abrangido pela *common law* ou pela lei, também chamadas de “*vácuo legislativo*”.

inconstitucionalidade por omissão portuguesa<sup>98</sup> – por todos: J.J. Calmon de Passos, Ministro Carlos Velloso.

Seja como for, certo é que o MI revestiu-se de roupagem própria e é um dos institutos jurídicos mais complexos da nossa Magna Carta – a própria divisão acerca de sua origem histórica assim indica. Vejamos.

O mandado de injunção possui previsão no artigo 5º, inciso LXXI<sup>99</sup> da CF, e consiste numa ação constitucional que visa suprir omissão do Poder Público, e, concomitantemente, viabilizar o exercício de direito previsto na CF.

A doutrina define o mandado de injunção, juntamente com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (artigo 103, § 2º da CF), como os dois remédios constitucionais aptos a combater a chamada síndrome de ineficácia das normas por omissão em casos em que o Poder Público não age, quando deveria fazê-lo por imperativo constitucional.

Fácil concluir estar essa ação constitucional umbilicalmente ligada ao que é chamado doutrinariamente de “justiciabilidade dos direitos sociais” (tema aprofundado no Capítulo III), quando, conforme já dito e agora reforçado, o cidadão bate às portas do Poder Judiciário (aqui via MI) para ver concretizado o comando que da CF emerge e, no entanto, não é realizado pelo Poder Público.

Importante destacar que o E. Supremo Tribunal Federal, ao se debruçar sobre essa ação constitucional<sup>100</sup>, elencou dois pressupostos à sua propositura: existência de um direito constitucional e impossibilidade de seu exercício em virtude da ausência de norma regulamentadora.

Revela-se o mandando de injunção, assim, como forma concreta de controle da atuação pública, quando o legitimado individual, difusamente, se valerá do Poder

---

<sup>98</sup> O art. 283º/2 da Constituição Portuguesa, determina: “Quando o Tribunal Constitucional verificar a existência de inconstitucionalidade por omissão, dará disso conhecimento ao órgão legislativo competente”.

<sup>99</sup>Segue a previsão constitucional: “Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.”

<sup>100</sup> Mandado de Injunção 589/CE, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado aos 15.05.2003.

Judiciário para buscar a reparação a lesão de um direito subjetivo constitucionalmente assegurado.

Pode interpor a ação de mandado de injunção o indivíduo que comprove a inviabilidade de exercício de um direito constitucional pela ausência de norma regulamentadora de eficácia limitada. No polo passivo, como consectário lógico, só pode figurar o ente público encarregado de editar as normais constitucionais (jamais, portanto, o particular).

Quanto aos efeitos que emergem de decisão de procedência no mandado de injunção, surge outra das questões mais discutidas no cenário constitucional brasileiro, e que longe está de qualquer consenso.

Entende-se, majoritariamente, quer na doutrina, quer na jurisprudência, que caberá ao Poder Judiciário tão somente declarar a omissão do encarregado de elaborar a norma, forçando o legitimado ativo a, se tiver interesse, valer-se de ação indenizatória para reparação do dano decorrente desse não agir do Poder Público (teoria não concretista), em clara homenagem a Teoria da Tripartição dos Poderes da União.

No Mandado de Injunção nº 107, julgado pelo pleno do Supremo Tribunal Federal aos 21.09.1990, de relatoria do Ministro Moreira Alves, chegou-se a essa, bem como a outras conclusões, quais sejam: a) a norma que instituiu o MI é autoaplicável; b) a omissão combatida pode ser total ou parcial; c) o STF pode, no MI, determinar a suspensão de processos administrativos ou judiciais com o objetivo de assegurar que o autor valha-se da norma mais benéfica e d) o STF poderá determinar outras medidas a garantir o direito do autor até a expedição da norma.

Esse posicionamento tradicional, de tão somente cientificação do ente omissor, é alvo de críticas, pois é ineficaz frente ao caso concreto, e, na verdade, a impossibilidade de valer-se do direito constitucional subjugado ainda prevaleceria<sup>101</sup>.

Recentemente, no entanto, nossa Corte Maior, afastando-se da doutrina e jurisprudências majoritárias, entendeu por bem concretizar ela própria o direito faltante

---

<sup>101</sup> Nesse sentido: Supremo Tribunal Federal, Rel. Min. Celso de Mello, Mandado de Injunção 284, julgado aos 26.06.1992.



(Teoria Concretista<sup>102</sup>). Sem dúvida a mudança dos membros do STF acabou por oxigenar a questão e novamente trazer luzes ao debate.

Nesse novo cenário, têm-se o Mandado de Injunção nº 708, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado aos 31.10.2008, quando o Tribunal, ao enfrentar a omissão decorrente do artigo 37, VII, da CF (direito de greve do servidor público pendente de regulamentação), decidiu pela aplicação ao caso da Lei 7.783/89, que regula o direito de greve para a iniciativa privada.

Nesse caso citado, a mora legislativa já havia sido declarada inúmeras vezes, e nenhuma atuação do ente público ocorreu, o que exigiu que o STF não só reconhecesse a omissão como, ao mesmo tempo, em típico controle judicial sobre a atividade legislativa, desse a solução ao caso (pelo menos até a edição de lei pelo Poder Público, disciplinando referido direito social).

Pela importância, transcreve-se parte de decisão do Supremo Tribunal Federal, de relatoria do E. Ministro Celso de Mello, que bem sintetiza a importância do manejo dessa ação constitucional:

O Poder Público – quando se abstém de cumprir, total ou parcialmente, o dever de legislar, imposto em cláusula constitucional, de caráter mandatório – infringe, com esse comportamento negativo, a própria integridade da Lei Fundamental, estimulando, no âmbito do Estado, o preocupante fenômeno da erosão da consciência constitucional<sup>103</sup>.

Finalizando, e fazendo-se um link para o objetivo do presente trabalho, fácil perceber que o mandado de injunção também poderá ser utilizado em casos de educação infantil, pois esta é, por definição, direito fundamental, e, lado outro, é aferível que omissões públicas, como dito alhures, não só ocorrem como, infelizmente, são muitíssimo comuns.

---

<sup>102</sup> A questão é tão debatida e complexa que mesmo nessa linha concretista não existe unanimidade, dividindo-se ela em concretista geral, com a decisão produzindo efeito *erga omnes*, e em concretista individual, com a decisão manifestando seus efeitos somente *inter partes*. E os posicionamentos não se enceram aqui. A concepção concretista individual pode-se dividir em mais dois entendimentos distintos: a posição concretista individual direta (tão logo julgada a ação deve-se implementar a norma) e a concretista individual intermediária (ao ser declarada a mora do Legislativo, deve-lhe ser concedido um prazo para emissão da norma regulamentadora).

<sup>103</sup> Supremo Tribunal Federal. ADI 1.484-DF, Rel. Min. Celso de Mello, julgado aos 21/08/2001.

#### 4.2.6. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

Disposta no artigo 102, § 1º da Constituição Federal, e regulamentada pela Lei 9.882/99 (mais de dez anos após sua previsão constitucional), a arguição de descumprimento de preceito fundamental – ADPF é ação constitucional que tem por objetivo evitar ou reparar lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público.

Trata-se de ação que visa resguardar a competência do Supremo Tribunal Federal para analisar a constitucionalidade das leis e demais atos emanados dos entes públicos.

A respeito da origem da ADPF no ordenamento jurídico brasileiro, André Ramos Tavares<sup>104</sup> discorre que o instituto encontra raízes na ação interventiva prevista na Constituição de 1891, que possuía a seguinte redação:

Quando quaesquer leis de um dos Estados infringirem qualquer princípio cardeal da Constituição, ao Governo da União caberá suspender a respectiva execução na parte relativa a infração, competindo ao Supremo Tribunal a decisão do conflito.

Para melhor entendimento desse tipo de ação, deve-se fixar a premissa, já dita algumas vezes no presente trabalho, e que não soa repetitiva, de ser o direito social a educação infantil espécie do gênero direito fundamental.

Assim, e nesse diapasão, e também em decorrência de sua própria positivação pormenorizada na Carta Magna (Capítulo III, seção I, Da Educação), à educação infantil aplicam-se todas as características inerentes aos direitos fundamentais, como o objetivo a sua máxima eficácia, o dever de cumprimento dessas obrigações normatizadas por todos os entes públicos e a possibilidade de que também o Poder Judiciário imponha sua plena aplicação.

Mas o que seria preceito fundamental? Com base na doutrina, pode-se defini-lo como: os princípios fundamentais elencados no título I da Constituição Federal, os direitos e garantias fundamentais do título II da CF, bem como também todos aqueles

---

<sup>104</sup> TAVARES, André Ramos. *Tratado da Arguição de Preceito Fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 11.

espalhados pelo texto constitucional (como a educação infantil), os direitos e garantias decorrentes de Tratados Internacionais em que o Brasil seja parte (artigo 5º, § 2º, da CF), as normas de organização política do Estado (título III da CF), as normas de organização dos próprios Poderes constituídos (título IV da CF), as cláusulas pétreas (artigo 60, § 4º, incisos I a IV) e os princípios previstos no artigo 34, inciso II da CF.

A ADPF é ação constitucional originária, proposta diretamente no Supremo Tribunal Federal, podendo ser de duas espécies: a) autônoma ou direta, quando a ação é proposta diretamente no STF e b) incidental, também proposta no STF em virtude de processo judicial em curso, permitindo a discussão e decisão da mais alta corte acerca de questões constitucionalmente relevantes debatidas nas esferas ordinárias.

Assim, a ADPF tem por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de atos normativos ou não, o que denota, incontestemente, que, uma vez preenchidos os requisitos legais, é cabível a propositura dessa ação em matéria de direito fundamental-social à educação infantil.

Os legitimados ativos à sua propositura, nos termos do artigo 2º da Lei 9.882/99 podem ser qualquer daqueles aptos a propor a ação direta de inconstitucionalidade (artigo 103 da CF). O inciso II, que atribuía legitimidade a “qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público”, foi objeto de veto, o que não impede que qualquer interessado represente o abuso perante o Procurador Geral da República. Assim, acabou por ser relativizada a importância do veto ao inciso II, o que não substitui, por certo, a importância da participação direta do cidadão.

Numa visão crítica acerca desse veto, cita-se<sup>105</sup>:

Esse veto, em específico, sofreu severas críticas da doutrina. Argumenta-se que a Lei nº 9.882/99 não atendeu ao espírito da Constituição, de supremacia e proteção de suas normas por todos os seus destinatários, tendo fixado restrição não permitida expressamente pelo texto constitucional. Ainda, o veto presidencial teria retirado do cidadão direito assegurado constitucionalmente, de que lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito (art. 5º, XXV da CF). Argumenta-se, também, ter havido cerceamento da participação democrática do cidadão; concebido constitucionalmente como

---

<sup>105</sup> PEREIRA, Ana Lucia Pretto. HONÓRIO, Cláudia. KROL, Heloísa. Em: ADPF 130: A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À LIBERDADE DE IMPRENSA E DE EXPRESSÃO POR MEIO DO CONTROLE JURISDICIONAL DE NORMAS PRÉ-CONSTITUCIONAIS. Disponível em: [http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/ana\\_lucia\\_pretto\\_pereira-1.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/ana_lucia_pretto_pereira-1.pdf) . Acesso em 15/12/2014, às 22h00m, pág. 5.

co-participante no governo, o cidadão viu-se, em razão do veto, impedido de controlar atos do poder público que sejam flagrantemente atentatórios a preceito fundamental, e que podem arrastar-se eternamente inconstitucionais em virtude da inércia dos legitimados para propositura da ADPF.

Conforme se observa, o viés democrático-participativo imposto pela Constituição Federal foi deixado de lado, sob argumento utilitarista de não sobrecarga de trabalho no Supremo Tribunal Federal, órgão competente para julgar, com exclusividade, a ADPF.

O legitimado passivo da ação, por seu turno, será o ente público a quem se impute a ocorrência de lesão, ou ameaça desta, na prática do ato ou omissão.

No entanto, em virtude de ser de aplicação subsidiária (artigo 4º, § 1º, da Lei 9.882/99), o alcance da ação acabou por ser esvaziado. Reforçando esse posicionamento, manifestou-se o pleno do Supremo Tribunal Federal por meio da ADPF 172, rel. Ministro Marco Aurélio, j. aos 21.08.2009.

O objeto da ADPF mostra-se mais amplo se comparado com as outras ações que também são aptas à análise da constitucionalidade das leis, pois aqui o controle recai sobre atos do poder público de qualquer natureza (inclusive ato de administração, e não somente atos normativos), de lei ou ato normativo federal, estadual, ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição Federal de 1988.

A ação, nesse sentido, surge como importante instrumento uniformizador de controvérsias constitucional-judicial, que tenham sido decididas em casos concretos, mediante controle de constitucionalidade difuso. Esses casos são possíveis de serem alçados, diretamente ao STF via ADPF incidental, para que o Tribunal maior guardião de nossa Constituição pacifique a questão, julgando-a *erga omnes*.

A ADPF, na roupagem constitucional e infraconstitucional que lhe foi dada, pode ser reconhecida como uma das inúmeras vias judiciais postas a garantir não só o direito subjetivo em si mesmo considerado, mas também a gerar efeitos vinculantes e gerais por meio das decisões do STF, apaziguando controvérsias que envolvam os chamados preceitos fundamentais.

Dentre as milhares de ações que versam sobre acesso à educação infantil que tramitam nos Tribunais e Juízos monocráticos do país, sendo as decisões as mais diversas

possíveis, o uso da ADPF mostra-se importantíssimo a fim de resolver de forma uniforme a questão, indicando ainda qual o norte que deverá ser seguido nas futuras lides sobre a mesma matéria. Tudo na esteira do que é previsto no parágrafo único do artigo 1º da lei, que exige ser relevante o fundamento da controvérsia constitucional<sup>106</sup>, como no exemplo trazido.

Quanto ao uso da ADPF combatendo decisões judiciais, primeiro deve-se consignar que, teoricamente, é perfeitamente possível a sua propositura, já que a violação ao preceito fundamental pode decorrer de determinada interpretação judicial dada à norma.

Contudo, em face do caráter subsidiário da arguição, conforme visto acima, essas mesmas decisões judiciais, quando não transitadas em julgado, deverão ser impugnadas pelas vias processuais adequadas, o que praticamente afasta o uso da ADPF. Mesmo quando acobertada pelo manto da coisa julgada, entendeu-se pela impossibilidade do uso da ADPF, sob pena de mácula ao princípio constitucional da segurança jurídica das decisões (ADPF 134, Supremo Tribunal Federal, rel. Min. Ricardo Lewandowski, dje 07.08.2009).

Mesmo assim, é plenamente defensável que em determinadas situações urgentes, como em casos de reiteradas decisões judiciais desprovidas de conteúdo legal ou divorciadas do texto constitucional, o uso da ADPF, de forma rápida e vinculante, justifique-se.

Diretamente relacionada com o objeto do presente, têm-se a paradigmática ADPF nº 45, do Supremo Tribunal Federal, de relatoria do E. Ministro Celso de Mello (RTJ 172/1212-1213, julgada aos 04/05/2004), quando se decidiu que embora os encargos de implementação de políticas públicas recaiam originalmente sobre os Poderes Executivos e Legislativos, tal incumbência, excepcionalmente, poderá ser realizada pelo Poder Judiciário, se com suas condutas omissas os entes públicos comprometerem a eficácia de direitos individuais e/ou coletivos.

---

<sup>106</sup> Por controvérsia constitucional deve-se entender a discórdia, entre órgãos judiciais, acerca da constitucionalidade de lei ou ato normativo.

Em sua fundamentação, o Min. Relator Celso de Mello afirmou que o Poder Judiciário poderia, embora excepcionalmente, formular e implementar políticas públicas:

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. [...] 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 irreduzível 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.

A referida decisão foi um marco da atuação proativa do Poder Judiciário em matéria de políticas públicas, e foi melhor analisada no Capítulo III.

#### 4.3 - A solução extrajudicial dos conflitos em matéria de educação infantil

Quando o Brasil era colônia de Portugal, a solução amigável dos conflitos prevista nas Ordenações Filipinas (Livro 3º, T. 20, § 1º) aqui vigorou. Também a Constituição do Império já previa, em seu artigo 161, que “*sem se fazer constar que se tem intentado o meio da reconciliação, não se começará processo algum*”.

Passaram-se os anos e cresceram de forma assustadora a quantidade de ações propostas perante os Tribunais de Justiça e Juízos de todo o país. Paralelamente a isso, praticamente relegou-se ao esquecimento as formas extrajudiciais de solução das controvérsias jurídicas.

E dessa equação o resultado não poderia ser diverso: hoje vivenciamos o absoluto assoberbamento de trabalho na esfera judicial, o que, inexoravelmente, leva à demora das resoluções dos conflitos.

Só para se ter um parâmetro da dimensão do problema, segundo dados do ano de 2013 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ<sup>107</sup>, existe um espantoso total de 92,2 milhões de processos em tramitação no Brasil. Ou seja, 1 em cada 2 brasileiros está litigando judicialmente; o sistema público de prestação jurisdicional caminha a passos largos para a falência e o caos.

E como consequência desse acúmulo de processos e de audiências, não é permitido ao Juiz de Direito, muitas vezes e contra a sua vontade, desenvolver as discussões judiciais com calma e reflexão, o que não soa incomum e gera insatisfação ao jurisdicionado. O magistrado e demais atores do sistema de justiça são praticamente “atropelados” pelo cotidiano forense.

Cappelletti e Garth<sup>108</sup>, há décadas, indicaram a importância da solução conciliatória e informal dos conflitos, fugindo-se da sua estatização judicial:

Existem vantagens óbvias, tanto para as partes, quanto para o sistema jurídico, se o litígio é resolvido sem a necessidade de julgamento. A sobrecarga dos Tribunais e as despesas excessivamente altas com os litígios podem tornar particularmente benéficas para as partes as soluções rápidas e mediadas, tais como o juízo arbitral. Ademais, parece que tais decisões são mais facilmente aceitas do que decretos judiciais unilaterais, uma vez que eles se fundam em acordo já estabelecido entre as partes. É significativo que o processo dirigido para a conciliação – ao contrário do processo judicial, que geralmente declara uma parte “vencedora” e a outra “vencida” – ofereça possibilidade de que as causas mais profundas de um litígio sejam examinadas e restaurando um relacionamento complexo e prolongado.

Soluções ao problema de sobrecarga do Poder Judiciário foram e continuam sendo buscadas. Inicialmente, a criação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais pela Lei 9.099/95, objetivando julgamentos mais rápidos e desburocratizados e o estímulo à conciliação nos Tribunais, foram alguns dos meios que passaram a ser pensados como alternativas ao problema.

---

<sup>107</sup> Acessível em <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/26625-numero-de-processos-em-tramite-no-judiciario-cresce-10-em-quadro-anos>>. Acesso aos 16.12.2014, às 17h35m.

<sup>108</sup> CAPELLETTI, Mauro e Bryan Garth. *Acesso à justiça*. Ob. cit., página 84.

Editou-se também a Lei de Arbitragem<sup>109</sup> (Lei 9.307/96) que objetiva a solução dos conflitos por meio de árbitros, que são terceiros desinteressados ao deslinde da causa. Digno de nota é que foi reconhecida posteriormente a constitucionalidade dessa lei, que não ofenderia, assim, princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição (Supremo Tribunal Federal, Agravo regimental 5.206-7, Tribunal Pleno, Min. Sepúlveda Pertence, Dje 12.12.2001).

Visando a modificação desse paradigma, na esteira do movimento tímido até então posto, a Emenda Constitucional nº 45 de 2004 representou um marco, pois garantiu expressamente como princípio constitucional a razoável duração do processo administrativo e judicial, bem como meios que garantam a celeridade de sua tramitação (artigo 5º, inciso LXXVIII, da CF).

E a EC 45/04 foi mais a fundo nessa busca pela celeridade e desconcentração: trouxe a obrigatoriedade da criação da Justiça Itinerante no âmbito dos Tribunais de Justiça do Estado (artigo 125, § 7º), Tribunais Federais (artigo 107, § 2º) e Tribunais Regionais do Trabalho (artigo 115, § 1º). E ainda o artigo 98, § 2º da CF previu a vinculação dos recursos de custas e emolumentos exclusivamente para o custeio dos serviços afetos às atividades específicas da Justiça.

Importante destacar ainda a criação das súmulas vinculantes às decisões do Supremo Tribunal Federal, extensíveis, inclusive, a todas as já existentes (EC 45/04, art. 2º; CF/88, art. 103-A e parágrafos e EC 45/04, art. 8º). Com o mesmo sentido, a extensão do efeito vinculante às decisões definitivas de mérito em ações direta de inconstitucionalidade (com a confirmação do mesmo para as ações declaratórias de constitucionalidade), o que uniformizará julgamentos, garantindo maior segurança jurídica, e refletirá diretamente sobre as lides repetidas, que possuem sua parcela de “culpa” em relação à sobrecarga de trabalho do Poder Judiciário.

A novidade referida, que esteve suspensa após a promulgação da EC 45/04, face decisão do STF que determinou a necessidade de aprovação de lei regulamentadora

---

<sup>109</sup> Na Argentina, o método da mediação como forma de solução dos conflitos é disciplinado pela Lei de Mediação e Conciliação no. 24.573, de 1995.



do assunto, incorporou-se definitivamente ao ordenamento nacional com a Lei nº 11.417/06, que regulamentou o art. 103-A da CF/88, e alterou a Lei nº 9.784/99.

Importante fazer um parêntese aqui para destacar o papel de vanguarda da Defensoria Pública nesse incremento às soluções alternativas dos litigiosos, nos termos do artigo 4º, inciso II, da Lei Complementar Federal nº 132/09, que disciplina e traz como prioridade à Instituição a solução extrajudicial dos conflitos.

Dentro da Defensoria Pública paulista, nesse sentido, criou-se o CAM – Centro de Atendimento Multidisciplinar, formado por agentes de defensoria psicólogos, assistentes sociais e de diversas outras áreas do conhecimento, que objetivam a conciliação extrajudicial dos assistidos, nos termos do artigo 5º, inciso VIII, da Deliberação nº 187 do Conselho Superior da Defensoria Pública de São Paulo, que regulamenta a matéria. No dia a dia da Instituição, assim, questões como divórcio, alimentos, guarda de filhos, partilha de bens, etc. passam pela tentativa de solução amigável antes do ingresso com a respectiva ação judicial, o que contribui, sobremaneira, para evitar-se a judicialização do conflito.

Ainda, o próprio artigo 585, inciso II do Código de Processo Civil garante a eficácia de título executivo extrajudicial às transações referendadas pela Defensoria Pública, o que também vai ao encontro dos objetivos pregados pela legislação específica.

As Defensorias Públicas de todo o país tem primado, ainda nesse diapasão, pela atuação mediadora, conduzindo à solução mais célere e menos custosa dos litígios. Cita-se, como exemplo, o caso da instalação da Câmara de Indenização 3054 em São Paulo-SP, quando, com a participação do Ministério da Justiça, Defensoria Pública, Ministério Público e da Secretaria de Justiça e Cidadania do Estado de São Paulo, conduziu-se à mediação entre familiares das vítimas do Voo 3054, e representantes da TAM Linhas Aéreas S/A e suas Seguradoras, evitando-se que centenas de ações assoberbassem ainda mais o Poder Judiciário.

Pois bem. Trataremos agora de dois mecanismos aptos à solução dos conflitos extrajudicialmente, quais sejam, o compromisso de ajustamento de conduta e as audiências públicas, nunca perdendo o norte de que se está a debruçar sobre a proteção do direito fundamental à educação infantil.

#### 4.3.1. Compromisso de Ajustamento de Conduta

O compromisso de ajustamento de conduta, também conhecido como termo de ajustamento de conduta – TAC, pode ser definido como acordo extrajudicial por meio do qual determinados legitimados põem fim às questões envolvendo interesses metaindividuais.

Foi o Estatuto da Criança e Adolescente - ECA, quem primeiramente previu essa forma de resolução dos conflitos, por meio do seu artigo 211. Posteriormente, o Código de Defesa do Consumidor - CDC também incentivou a composição extrajudicial, em seu artigo 5º, § 6º. Importante destacar ainda que a Lei 8.884/94 prevê forma específica de compromisso, denominada “compromisso de cessação da prática sob investigação ou dos seus efeitos lesivos” (artigo 53).

Analisando-se o ECA e o CDC conjuntamente, conclui-se que apenas os órgãos públicos (entes públicos) legitimados à propositura da ação civil pública podem utilizar-se do TAC. Assim, Defensoria Pública, Ministério Público, autarquias e entes políticos podem dele se valer na solução extrajudicial de questões latentes; lado outro, pessoas jurídicas de direito privado, como sindicatos, associações e fundações estão impedidas de dele se valer.

Mas qual seria a natureza jurídica desse compromisso? Nossa melhor doutrina ensina:

O compromisso de ajustamento de conduta não é um contrato, a uma, porque seu objeto não são direitos patrimoniais de caráter privado; a duas, porque o órgão público que o toma não é titular do direito transindividual nele objetivado, e, como não pode dispor do direito material, não pode fazer concessões quanto ao conteúdo material da lide(...). É, pois, o compromisso de ajustamento de conduta um ato administrativo negocial por meio do qual só o causador do dano se compromete; o órgão público que o toma, a nada se

compromete, exceto, implicitamente, a não propor ação de conhecimento para pedir aquilo que está reconhecido no título<sup>110</sup>.

Quanto ao objeto a ser protegido no TAC, o compromissário não possui poderes de abdicar de determinados pontos, já que, conforme visto alhures, o compromisso visa resguardar interesses difusos *lato sensu*, como, *v.g.*, meio ambiente, consumidor, educação, saúde pública.

Embora não exista essa possibilidade de transigir, já que o ente público não pode dispor daquilo que não pertence a ele, mas sim a toda a coletividade, o Superior Tribunal de Justiça<sup>111</sup>, excepcionalmente, já entendeu cabível o transacionamento em matéria de interesses difusos. No caso concreto, no entanto, o acordo foi possível pela absoluta impossibilidade de retorno ao *status quo ante*, já que envolvia degradação ambiental já consumada.

As obrigações reduzidas a termo no TAC podem determinar um fazer pelo ente público (*v.g.* construção de mais creches), um não fazer (*v.g.* não demolição de escola pública), dar ou pagar quantia (*v.g.* reembolso de despesas com contratação de merenda escolar). Deve-se destacar que o instrumento da transação possui qualidade de título executivo extrajudicial em favor de todo o grupo lesado, e não em favor do ente público tomador; tanto assim que qualquer co-legitimado à propositura da ação civil poderá executá-lo, mesmo que não tendo participado da sua constituição.

Quanto às principais características que cercam o compromisso, ensina Mazzilli<sup>112</sup>, que são estas: a) é tomado por termo por órgãos públicos; b) não há concessões de direitos material pelo ente público, mas sim pelo ente causador do dano; c) dispensam-se testemunhas e, principalmente, a homologação em juízo; d) pode ser tomado mesmo que o causador do dano seja outro ente público (aqui, fácil concluir a possibilidade do Poder Público, com sua conduta omissiva, violar a implementação do

---

<sup>110</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 21ª. edição, rev., ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2008, página 404.

<sup>111</sup> Recurso Especial no. 299.400-RJ. 2ª. Turma. Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, rel. p/ ac. Eliana Calmon. Julgado aos 01.06.2006.

<sup>112</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. Op., cit., página 406.

direito social à educação); e) deve-se prever no título cominações para o seu descumprimento e f) deve o título conter obrigação certa e determinada.

A importância do TAC em matéria de educação infantil salta aos olhos, pois possibilitará solução mais ágil e apta a beneficiar grande quantidade de crianças, o que soa louvável no trato de direito fundamental tão caro ao desenvolvimento das futuras gerações e, ainda, evita o caminho, muitas vezes tortuoso, do ingresso com ações judiciais.

#### 4.3.2. Audiências Públicas

Inicialmente, para melhor entender o que são as audiências públicas, será preciso defini-las.

As audiências públicas são instrumentos colocados à disposição dos órgãos públicos para, dentro de sua área de atuação, promover um diálogo com os atores sociais, com o escopo de buscar alternativas para a solução de problemas que contenham interesse público relevante.

Vê-se que, através das audiências públicas, abre-se um canal de discussão e troca de experiências entre os entes públicos e a sociedade, atribuindo-se voz e poder de confrontação de ideias a toda a coletividade, num exemplo claro de obediência ao regime democrático que nos rege, bem como o do cidadão poder influenciar os destinos do Estado (artigo 1º, inciso II e § único, CF).

E a Constituição Federal foi pródiga na previsão de institutos participativos para a tomada de decisões. Citam-se alguns deles: artigo 10 (participação de trabalhadores e empregadores em órgãos públicos colegiados), artigo 194, inciso VII (participação da comunidade no sistema estatal de previdência social), artigo 29, inciso X (prevê a cooperação das associações representativas no planejamento municipal), artigo 187 (participação do setor de produção, produtores e trabalhadores rurais no planejamento da

política agrícola), artigo 198, inciso III (participação da sociedade nas ações, políticas e serviços públicos de saúde), dentre outros.

Especificamente para o tema do presente trabalho, imperioso mostra-se o destaque dado pelos artigos 205 e 206, inciso VI, ambos da nossa Carta Magna, determinando-se que a educação é atividade que será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade e que o serviço público de ensino contará com gestão democrática, na forma da lei. Nada mais natural, assim, que questões sobre educação infantil passem pelo crivo popular via audiências públicas.

As audiências públicas, nesse diapasão, constituem uma importante contribuição para a passagem de uma democracia representativa para uma democracia participativa, retirando a sociedade civil do ostracismo e da mera condição de passividade até então existente.

Acerca da importância dos movimentos sociais na tomada de decisões políticas, ensina Maria da Glória Gohn<sup>113</sup>:

Os sujeitos dos movimentos sociais saberão fazer leituras de mundo, identificar projetos diferentes ou convergentes se participarem integralmente das ações coletivas, desde seu início, geradas por uma demanda socioeconômica ou cultural relativa ao não reconhecimento no plano dos valores ou da moral. Infelizmente, no Brasil atual, pouquíssimos movimentos sociais podem ser colocados nesta categoria, de atuação com autonomia. A maioria dos que se autodenominam movimentos, ou pior, aos quais é atribuída a condição de ser ou representar um movimento, não tem um agir coletivo autônomo porque são monitorados, coordenados por normas, regras e escolhas externas presentes em projetos elaborados por terceiros.

Assim, nessa esteira, vê-se quão legítima é a tomada de decisões políticas uma vez ouvidos os atores sociais e, lado outro, infelizmente e ao arrepio da Constituição Federal, a timidez com que essas ações surgem concretamente no nosso dia a dia.

A ordem internacional já fomentava a ideia de diálogo entre os diferentes entes sociais há tempos. A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948<sup>114</sup>, que

---

<sup>113</sup> GOHN, Maria da Glória. *Novas abordagens teóricas sobre as ações coletivas na América Latina*. In Teoria dos movimentos sociais: paradigmas clássicos e contemporâneos, 4ª .ed. São Paulo: Loyola, página 63.

<sup>114</sup>No direito internacional é possível citar ainda, na vizinha Argentina, a existência de um direito constitucional implícito à audiência pública prévia, antes da adoção de medidas que possam afetar a coletividade, previsto na Constituição Nacional Argentina, nos arts. 42 e 43, e de forma explícita na Carta Constitucional de Buenos Aires.

foi assinada pelo Brasil em 1966, e ratificada em março de 1968, no seu artigo XXI reza: *“Todo homem tem direito de tomar parte no governo de seu país, diretamente ou por intermédio de representantes livremente escolhidos”*.

As audiências públicas, no âmbito do Poder Judiciário, foram previstas, inicialmente, pelas Leis 9.868/99 e 9.882/99, que disciplinam processo e julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade, ações declaratórias de constitucionalidade e arguições de descumprimento de preceito fundamental.

Já no âmbito do Supremo Tribunal Federal<sup>115</sup>, as audiências públicas foram regulamentadas pela Emenda Regimental 29/2009, que atribuiu competência ao Presidente ou ao Relator, nos termos dos arts. 13, XVII, e 21, XVII, do Regimento Interno, para “convocar audiência pública para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral e de interesse público relevante” debatidas no Tribunal. O procedimento a ser observado consta do art. 154, parágrafo único, do Regimento Interno.

No âmbito do processo administrativo, o art. 32 da Lei 9.784/99, também disciplinando o tema, estabelece que: *“Antes da tomada de decisão, a juízo da autoridade, diante da relevância da questão, poderá ser realizada audiência pública para debates sobre a matéria do processo”*.

Pois bem. Fixados o conceito e a previsão normativa nacional e estrangeira, fácil concluir que esse instrumento de solução dos conflitos é importantíssimo na seara da educação infantil.

Primeiro, pois propicia à sociedade civil organizada (associações, centros comunitários), ou mesmo ao cidadão, isoladamente, expor ao Poder Público quais são as necessidades sociais mais prementes na área de educação para aquele bairro ou comunidade específica, e também para, após, cobrar pelos resultados almejados, numa verdadeira prestação de contas.

---

<sup>115</sup> A primeira audiência pública realizada pelo Tribunal foi convocada pelo Min. Ayres Britto, Relator da ADI 3510, que impugnava dispositivos da Lei de Biossegurança (Lei 11.105/2005), e ocorreu no dia 20 de abril de 2007.

Segundo, porque as decisões tomadas, uma vez que são dialogadas, tendem a ser mais próximas das necessidades sociais. Não são meras decisões “de gabinete”.

Um exemplo concreto elucidará a importância do instituto aqui estudado: o Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, em sessão de 16 de dezembro de 2013, pioneiramente e de forma louvável, por meio de sua Câmara Especial decidiu, por unanimidade, na Apelação nº 0150735-64.2008.8.26.0002, interposta em ação civil pública, em que entidades ligadas à educação e aos direitos humanos requeriam por parte da Municipalidade de São Paulo a construção de unidades e disponibilização de vagas em número suficiente para atendimento da demanda, em condenar o Município de São Paulo a criar 150 mil novas vagas em educação infantil (creche e pré-escola) até 2016, sendo, no mínimo, 105 mil novas vagas em creche. Ainda acerca desse julgamento, é de se destacar que foi ele precedido de audiência pública com o governo municipal, Defensoria Pública, Ministério Público e entidades civis objetivando conciliação entre todos os envolvidos na referida ação civil pública.

As audiências públicas em matéria de educação infantil refletem, a um só tempo, a necessidade de gestão democrática no trato desse direito fundamental e, ainda, cumprem com a determinação expressa da nossa Carta Política, que, como visto alhures, exige a colaboração da sociedade nos nortes a serem ditados.

Acerca dessa cultura do diálogo entre o Estado e a sociedade, professa nossa doutrina:

Ora, é certo que a Administração Pública, na atualidade, passa a adotar novos métodos de atuação, baseados na cultura do diálogo e na oitiva das divergências sociais seguindo a tendência de não mais se afirmar contrapondo-se à atuação da sociedade civil (o papel principal da Administração Pública, nesta ótica, é o de favorecer o trabalho da sociedade sobre ela mesma). As relações entre a Administração Pública e a sociedade não mais se assemelham à tutela, pois a Administração depende da vitalidade das mediações sociais e do dinamismo dos atores sociais.<sup>116</sup>

O mesmo doutrinador, mais adiante no texto, fala em um novo modelo de atuação pública, de forma horizontal e mais oxigenada, que desaguará, além de todos os fatos favoráveis já ditos, em um agir estatal mais eficiente.

---

<sup>116</sup> PEREZ, Marcos Augusto. *A participação da sociedade na formulação, decisão e execução das políticas públicas*. In: BUCCI, Maria Paula (org). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, página 166.

Já finalizando, vê-se quão importante as audiências públicas podem ser em matéria de educação infantil, transformando-se em instrumento eficiente e democrático para concretização da *voluntas legislatoris* dispostas da Constituição Federal, com soluções negociadas e próximas à realidade social dos cidadãos envolvidos.

## CONCLUSÃO

É chegada a hora de concluir o presente trabalho, o que fazemos nos seguintes termos:

1. Historicamente, após a Primeira Guerra Mundial (1914-1918), com a Revolução Industrial que se impôs nesse período, passaram-se a se acentuar as necessidades de prestações estatais em prol das classes operárias e suas famílias, com o fortalecimento dos direitos de 2ª. geração (dentre estes, a educação).



2. A Constituição Federal de 1988 pode ser definida como do tipo social, pois prevê inúmeros direitos e garantias à população em detrimento do Estado. Esse caráter social garante aos cidadãos o direito ao Estado social mínimo, bem como a efetividade aos comandos normativos que saltam da Carta Política.

3. A negativa no fornecimento, ou o fornecimento deficitário dos bens da vida que dos direitos sociais emergem levam à atuação da Defensoria Pública em prol dos miseráveis e excluídos de toda sorte.

4. A inclusão social é conceituada como a inserção social dos cidadãos no contexto político-jurídico do Estado, tornando-os fruidores, de fato, dos bens sociais colocados à sua disposição pela Constituição Federal.

5. A educação pública e gratuita é direito social público subjetivo (Constituição Federal, artigo 208, § 1º), ou seja, o seu não fornecimento, ou fornecimento em má qualidade, automaticamente investe o cidadão, mesmo de pouca idade, no direito de exigir judicialmente essa prestação do Estado.

6. Perseguem-se vários objetivos com o direito à educação de qualidade, *v.g.*, acesso ao ensino fundamental de qualidade, diminuição do abismo social entre ricos e pobres, inclusão no mercado de trabalho, difuso do conhecimento *lato sensu*.

7. No Brasil, a educação das crianças até 05 (cinco) anos de idade é denominada de educação infantil<sup>117</sup> (artigo 208, inciso IV, da Constituição Federal), a ser oferecida em creches e pré-escolas, ao passo que o ensino fundamental, atualmente de 09 (nove) anos, abrange a faixa etária dos 06 (seis) aos 14 (quatorze) anos de idade.

8. Educação, em sentido estrito, está ligada à formação moral e ética do indivíduo. Têm por escopo transmitir valores como justiça, vontade, coragem e honestidade.

9. Historicamente, desde os primórdios da organização constitucional do Estado brasileiro a gratuidade do ensino da educação infantil é expressa.

10. A Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei 9.394/96) no seu art. 4º, inciso IV, dispõe que o dever do Estado com educação escolar pública será efetivado mediante a garantia de atendimento gratuito em creche ou entidades equivalentes e pré-escolas às crianças de zero a seis anos de idade. Essa mesma lei determina em seu artigo 11, inciso V, a obrigatoriedade do Município em oferecer e gerenciar a educação infantil.

---

<sup>117</sup> A Emenda Constitucional no. 53/06 reduziu o acesso à educação infantil de 06 para 05 anos de idade.

11. A educação infantil deve ser definida como direito fundamental previsto na Constituição Federal, estando umbilicalmente ligada à promoção da dignidade humana e à superação das desigualdades sociais.

12. A inclusão da Defensoria Pública na Constituição Federal de 1988, e seu posterior fortalecimento pela legislação infraconstitucional e Emenda Constitucional no. 80/14 delineiam o propósito de acesso à justiça e diminuição das desigualdades sociais existentes no nosso país o que, inexoravelmente, beneficia também crianças e adolescentes carentes.

13. É possível enxergar como expoentes doutrinários à criação da Defensoria Pública Mauro Cappelletti, Brian Garth e Boaventura de Sousa Santos.

14. A legislação e demais atos infralegais que regulam a Defensoria Pública expressamente determinam que todas as questões atinentes a crianças e adolescente sejam entendidas como prioridades institucionais.

15. O artigo 227, *caput*, da Constituição Federal expressa o dever da família, da sociedade e do Estado em proteger os direitos básicos das crianças e adolescentes. A Carta magna seguiu o parâmetro protetivo insculpido na Convenção sobre os direitos da criança de 1.989, internalizada pelo Decreto no. 99.710 de 21 de novembro de 1.990.

16. O artigo 4º, *caput*, do Estatuto da Criança e do adolescente (Lei 8.069/90) prevê a obrigação dos atores sociais em assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos das crianças e dos adolescentes, dentre eles, a educação.

17. A educação infantil pode ser qualificada como espécie de política pública de primeira necessidade, pois apta é à erradicação da pobreza.

18. Políticas públicas podem ser definidas como a coordenação dos meios à disposição do Estado, harmonizando as atividades estatais e privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.

19. As disposições constitucionais, como a que prevê a educação pública e de qualidade, por poderem ser qualificadas com direitos fundamentais, são dotadas de normatividade, gozando de superioridade e centralidade no sistema normativo.

20. Há a possibilidade do Poder Judiciário, uma vez provocando e versando a questão sobre omissão estatal que menoscaba direito fundamental, dizer o direito e velar pela sua correta e concreta aplicação.

21. O sistema constitucional da tripartição dos Poderes têm se mostrado ineficaz em matéria de políticas públicas, sendo necessária, dentro da ideia de ponderação

dos interesses, uma relativização que se mostre apta a ofertar ao cidadão aquilo que expressamente quis o Constituinte originário.

22. Segundo dados da UNESCO - Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura, quando maior a renda familiar brasileira, maior a possibilidade de acesso a creches e pré-escolas infantis.

23. A Constituição Federal de 1.988, pródiga em direitos fundamentais, não deve ser tida como mera “carta de intenções”, mas sim posta à prova para a correta concretude dos comandos que dela emergem.

24. Segundo a doutrina de Robert Alexy, existe uma gama de direitos ligados ao mínimo existencial do cidadão, sendo que, quanto a eles, não é possível invocar limitação orçamentária para descumprimento. Dentre estes destacamos o acesso à educação infantil. Inclusive inúmeros precedentes do E. Supremo Tribunal Federal, bem como manifestações da melhor doutrina, encampam o posicionamento de Alexy.

25. O Judiciário, quando chamado a se manifestar, deve dar prevalência ao interesse de maior relevo, no caso aqui traçado, o acesso à educação infantil, em detrimento da alegada higidez financeira do Estado.

26. As opções políticas traçadas por um Estado democrático de direito como o nosso devem ser alcançáveis por toda a população e, ainda, objeto de controle público.

27. O trato das políticas públicas, não somente as relacionadas ao acesso à educação infantil, mas de uma forma geral, exigem uma redefinição entre o Estado e a sociedade civil, cabendo a esta *corresponsabilidade* pela construção e implementação das ações públicas, num efetivo exercício de cidadania.

28. A efetivação dos direitos fundamentais, como a educação infantil, não podem ficar ao desígnio de maiorias transitórias.

29. O direito fundamental à educação infantil, como todo direito social, traz em si, ínsito, uma carga programática, no sentido da orientação do Estado para a realização futura desses direitos.

30. O Poder Judiciário pode ser classificado como legislador positivo quando chamado a se manifestar em matéria de políticas públicas, determinado ao ente público a satisfação do direito pretendido.

31. O direito fundamental à educação infantil possui faceta coletiva e também individual, e pode ser tutelado judicialmente por meio de diversos tipos de ações. De se consignar, ainda, que mesmo extrajudicialmente, é possível sua proteção.

32. A ação de obrigação de fazer, nos termos do artigo 461 do Código de Processo Civil é a forma processual mais comum de judicialização para acesso à educação infantil.

33. Também via cumprimento de sentença (artigo 475 I e seguintes do Código de Processo Civil) é possível alcançar, concretamente, o direito aqui estudado e que fora fixado anteriormente em título judicial pendente de concreção.

34. A Lei 7.347/85, conhecida como Lei da Ação Civil Pública, em seu artigo 1º, inciso IV, autoriza a proteção de qualquer interesse difuso ou coletivo, o que traz ínsita a ideia de tutela de direitos fundamentais por essa via processual.

35. O artigo 11 da mesma Lei 7.347/85 prevê que o juiz determinará o cumprimento da prestação devida sob pena de execução específica ou multa, operacionalizando o integral cumprimento do comando que emerge da decisão.

36. Pela via do mandado de segurança também é juridicamente possível questionar-se questões relacionadas a políticas públicas, assim como por meio do mandado de injunção e da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

37. Defende-se no presente trabalho, embora sabido ser posicionamento minoritário, a possibilidade de tutela da educação infantil também por meio da ação popular, numa leitura ampliativa e constitucional do instituto.

38. Por fim, dedicou-se espaço ao Compromisso de Ajustamento de Conduta e às Audiências Públicas como mecanismos extrajudiciais para resolução de conflitos na seara dos direitos fundamentais, numa clara intenção de desafogo do Poder Judiciário.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ANDRADE, Adriano. *Interesses difusos e coletivos esquematizado* / Adriano Andrade, Cleber Masson, Landolfo Andrade – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

BARBOSA, Danielle Rinaldi. *Direito da Criança e do adolescente: proteção, punição e garantismo.* / Danielle Rinaldi Barbosa, Thiago Santos de Souza. / Curitiba: Juruá, 2013.

BASTOS, Márcio Thomaz. *II Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil promovido pelo Ministério da Justiça e pelo Programa das Nações Unidas pelo Desenvolvimento.*

BRITTO, Carlos Ayres. *O humanismo como categoria constitucional*, 2007, página 30. In: ROCHA, Amélia Soares da. *Defensoria Pública: fundamentos, organização e funcionamento*. São Paulo: Atlas, 2013, página XXIX.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *As políticas públicas e o direito administrativo*. Revista Trimestral de Direito Público 13: 135/6, 1996.

CAPPELETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução e revisão de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Direitos Fundamentais sociais*. Juruá Editora, 2008, página 324.

DEMO, Pedro. *Cidadania tutelada e cidadania assistida*. São Paulo: Cortez, 1995.

FAZOLI, Carlos Eduardo de Freitas. RÍPOLI, Danilo César Siviero. *A ação popular como instrumento de proteção das pessoas portadoras de deficiência: uma crítica ao positivismo jurídico*. Em: [http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/carlos\\_eduardo\\_de\\_freitas\\_fazoli.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/carlos_eduardo_de_freitas_fazoli.pdf). Acesso em 08/12/2014, às 22h30m.

FERREIRA, Pinto. *Educação e Constituinte*. Revista de informação legislativa, a. 23, n. 92, p. 171-172, out./dez., 1986.

FENSTERSEIFER, Tiago. O papel constitucional da Defensoria Pública na tutela (individual e coletiva) e efetivação dos direitos fundamentais sociais. In: ORDACGY, André da Silva; FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. (orgs.). *Advocacia de estado e defensoria pública: funções públicas essenciais à justiça*. – Curitiba: Letra da Lei, 2009.

GOHN, Maria da Glória. *Novas abordagens teóricas sobre as ações coletivas na América Latina*. In Teoria dos movimentos sociais: paradigmas clássicos e contemporâneos, 4ª .ed. São Paulo: Loyola.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O controle jurisdicional de políticas públicas / coordenadores Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe – 2ª. edição – Rio de Janeiro. Forense: 2013.*

LEAL, Rogério Gesta. *O controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil: possibilidades materiais*. In: Sarlet, Ingo Wolfgang (Coord). *Jurisdição e direitos fundamentais: anuário 2004/2005*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, AJURIS, 2005.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Cadernos de Direito Natural*. Lei positiva e lei natural, n. 1, Centro de Estudos jurídicos do Pará, 1985.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 21ª. edição, rev., ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2008.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Procedimentos cautelares e especiais: ações coletivas, ações constitucionais, jurisdição...*/ MEDINA, José Miguel Garcia, ARAÚJO, Fábio Caldas de, GAJARDONI, Fernando da Fonseca. – 2. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MUNIZ, Maria Regina Fonseca. *O direito à Educação*. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2002.

NUNES, Maria Fernanda Rezende. *Educação infantil no Brasil: primeira etapa da educação básica* / Maria Fernanda Rezende Nunes, Patrícia Corsino e Vital Didonet. – Brasília: UNESCO, Ministério da Educação/Secretaria de Educação Básica, Fundação Orsa, 2011.

PEREIRA, Ana Lucia Pretto. HONÓRIO, Cláudia. KROL, Heloísa. Em: *ADPF 130: A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À LIBERDADE DE IMPRENSA E DE EXPRESSÃO POR MEIO DO CONTROLE JURISDICIONAL DE NORMAS PRÉ-CONSTITUCIONAIS*. Disponível em: [http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/ana\\_lucia\\_pretto\\_pereira-1.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/ana_lucia_pretto_pereira-1.pdf) . Acesso em 15/12/2014, às 21h30m.

PEREZ, Marcos Augusto. *A participação da sociedade na formulação, decisão e execução das políticas públicas*. In: BUCCI, Maria Paula (org). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

PES, João Hélio Ferreira (Coordenador). *Direitos humanos: crianças e adolescentes*. Curitiba: Juruá, 2010.

ROCHA, Alexandre Lobão. *A exclusão legal da população carente*. Brasília: Thesaurus, 2009.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Ação afirmativa – O conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica*. Revista de Direito Público, n.º 15/85.

ROSSATO, Luciano Alves e outros. *Estatuto da criança e do adolescente comentado: Lei 8.069/1990: artigo por artigo, 3ª edição*: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SADEK, Maria Tereza Aidar. Defensoria Pública: a conquista da cidadania. In: *Temas aprofundados da Defensoria Pública*. RÉ, Aluisio Nunes Monti Ruggeri: Editora Juspodivm, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível* / org. Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Timm... (et al.). 2ª. ed. rev. e ampl. – 2ª. tiragem. Porto Alegre: Livraria do advogado Editora, 2013.

\_\_\_\_\_ *Curso de Direito Constitucional*/ Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero – 2ª. edição – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SARMENTO, Daniel. *Colisões entre direitos fundamentais e interesses públicos*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Coord). *Jurisdição e direitos fundamentais: anuário 2004/2005*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, AJURIS, 2005, p. 32 e 51-52.

SANTOS, Boaventura de Sousa. O papel da Defensoria Pública na democratização do sistema de Justiça. Revista Apadep em notícias, ano I, no. 07, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. Malheiros: São Paulo, 1994.

TAVARES, André Ramos. *Tratado da Argüição de Preceito Fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2001.

TAVARES, Marco Aurélio Romagnoli. *Ativismo judicial e políticas públicas: direitos fundamentais*. Sérgio Antonio Fabris Editora, 2011.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 36ª. edição, volume I. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

\_\_\_\_\_. *Processo de Execução e cumprimento de sentença*. 24a. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2007.

ZUFELATO, Camilo. Controle judicial de políticas públicas *in* GRINOVER, Ada Pellegrini. *O controle jurisdicional de políticas públicas / coordenadores Ada Pelegrini Grinover, Kazuo Watanabe* – 2ª. edição – Rio de Janeiro. Forense: 2013.