

DIREITO SUBJETIVO À EDUCAÇÃO INFANTIL e RESPONSABILIDADE PÚBLICA

Richard P. Pae Kim*

Muito se tem discutido a respeito da aplicabilidade das normas constitucionais no tocante aos direitos à educação infantil e fundamental, mormente em razão das dificuldades que os administrados vêm enfrentando na obtenção de vagas para as suas crianças e adolescentes. As políticas públicas, nesta área, ainda são insipientes e a omissão do Estado na execução daquelas já fixadas, ainda não satisfazem, suficientemente, a demanda da sociedade.

Deixaremos, neste trabalho, de tratar sobre os direitos ao ensino médio e superior, posto que nestes casos existem maiores controvérsias na doutrina e na jurisprudência, motivo pelo qual necessitaríamos de um maior estudo, com fundamentos jurídicos diversos e que não poderiam ser desenvolvidos em poucas linhas.

Voltando ao tema ora proposto, é sabido que, com regularidade, o Poder Público, seja estadual ou municipal, vem negando as vagas, sustentando que esses direitos não poderiam ser plenamente buscados, seja pela existência de limites de gastos públicos, seja pela impossibilidade da aplicação imediata das normas que os garantiriam. Outrossim, fundamentam tais negativas, inclusive em processos judiciais, alegando que as matrículas só poderiam ser feitas quando preenchidas regras estabelecidas por meio de atos normativos (Decretos, Resoluções, Portarias, etc) emitidos por autoridades competentes, e que a violação a estes atos implicaria em violação aos princípios da legalidade, da discricionariedade administrativa e da igualdade formal (isonomia).

* Juiz de Direito no Estado de São Paulo. Mestre e Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo. Professor de pós-graduação no curso de mestrado da Universidade Paulista. Professor da Escola Paulista da Magistratura do Estado de São Paulo. Professor palestrante do Curso Veredicto de Campinas/SP.

No entanto, não há como se acolher tais teses tendo em vista que, como será examinada, a presente norma definidora dos direitos e garantias sociais, e, portanto, fundamentais, são de aplicabilidade imediata.

Dispõe o artigo 208, incisos I, IV, § 1º e artigo 6º da Constituição Federal, respectivamente:

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

I – ensino fundamental obrigatório e gratuito, assegurada, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiveram acesso na idade própria.

(...)

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

(...)

§ 1º - O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.

Art. 6º da CF: São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Como se sabe, a educação escolar, como processo de formação integral do cidadão, compõe-se de educação básica, formada pela educação infantil, o ensino fundamental e o ensino médio, de acordo com o art. 21 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação.

Cada ramo da educação básica, por sua vez, tem seus objetivos próprios, assim definidos na Lei 9.394, de 20 de dezembro de 1996, com alterações da Lei no. 9.475, de 22 de julho de 1997: a) a educação infantil tem como finalidade o

desenvolvimento integral da criança até seis anos de idade, em seus aspectos físicos, psicológicos, intelectual e social, complementando as ações da família e da comunidade (art. 29); b) o ensino fundamental, por sua vez, com duração mínima de 08 (oito) anos, deve ter por objetivo a formação básica do cidadão, mediante (art. 32): I - o desenvolvimento da capacidade de aprender, tendo como meios básicos o pleno domínio da leitura, da escrita e do cálculo; II - a compreensão do ambiente natural e social, do sistema político, da tecnologia, das artes e dos valores em que se fundamenta a sociedade; III - o desenvolvimento da capacidade de aprendizagem, tendo em vista a aquisição de conhecimentos e habilidades e a formação de atitudes e valores; IV - o fortalecimento dos vínculos de família, dos laços de solidariedade humana e de tolerância recíproca em que se assenta a vida social.

Da mesma forma que o ensino fundamental, o ensino infantil se encontra em posição privilegiada no rol de deveres do Estado. E, tal privilégio, encontra respaldo não somente na esfera jurídica, mas também, principalmente, no campo da pedagogia e da psicologia. Qualquer profissional da área, ao ser questionado a respeito, fornecerá resposta sempre no mesmo sentido: a imprescindibilidade do ensino infantil, ministrado em creches e pré-escolas, desde estudos realizados, livros, artigos e outras publicações, até os índices estatísticos, indicam que as crianças que freqüentam creches e pré-escolas apresentam condições infinitamente superiores de ingressarem na primeira série do primeiro grau do que aqueles que não cursaram.

A obrigatoriedade do ensino fundamental caracteriza-se como um dever de dupla mão, ou seja, o dever do Estado (conforme determinações constitucionais) em propiciar os estudos às crianças e adolescentes e o dever dos pais em garantir a matrícula do filho menor, como dispõe também o art. 55 do Estatuto da Criança e do Adolescente. No entanto, a obrigatoriedade do ensino infantil caracteriza-se somente pelo dever do Estado em propiciá-la. Nesse segundo caso, esse caráter obrigatório não se encontra expresso na lei, como no caso da educação fundamental, mas implícito no *caput* e inciso IV, do art. 208 da Constituição Federal. Em ambos os casos, trata-se de direito público subjetivo, que hoje é considerado fundamental e de aplicabilidade efetiva e imediata. Vejamos.

Não há dúvidas de que o direito à educação é um dos direitos sociais, previstos genericamente no art. 6º da Constituição Federal, que são de formação mais recente, remontando à Constituição mexicana de 1917 e à de Weimar, de 1919. Os direitos sociais, conforme já assentado na doutrina, são aqueles que visam melhorar as condições de vida do indivíduo e dos hipossuficientes, visando a concretização da igualdade social, para que a sociedade possa se tornar mais justa, democrática e tolerante, tudo na busca do bem comum.

José Afonso da Silva considera os direitos sociais como prestações positivas estatais, “enunciadas em normas consitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais”¹.

Com o estabelecimento dos direitos sociais, a Constituição não só passou a assinalar ao Poder Público os limites do permitido, com a fixação de funções negativas ou defensivas, como também veio a fixar obrigações, objetivando criar uma ordem, um programa.

Inexiste, no entanto, qualquer regra ou posicionamento doutrinário pacífico que nos faça inferir, com tranqüilidade, que as normas que dispõem sobre os direitos sociais possam ser classificadas apenas como normas programáticas ou definidoras de direitos. Daí a divergência na doutrina e nos julgados quanto a efetividade de tais normas constitucionais.

Críticos ferrenhos ao entendimento de que os direitos sociais estariam incluídos dentro do rol de normas meramente programáticas, sem eficácia, como a professora Flávia Piovesan, denunciam, por exemplo, a postura de Karl Loewenstein, sustentada na obra *Teoría de la Constitución*, trad. Alfredo Gallego Anabitarte, Barcelona, Ariel, 1986, p. 401-402, onde ele preconiza que “os direitos fundamentais não são direitos no sentido jurídico, visto que não podem ser exigidos judicialmente do Estado senão quando tenham sido

1. Curso de Direito Constitucional Positivo. Malheiros: São Paulo, 1994, p. 258.

institucionalizados por uma ação estatal (...) Nos Estados avançados tecnicamente, uma grande parte da filosofia dos direitos sociais e econômicos se tornou concreta na legislação positiva. De outra parte, estes direitos permanecem, freqüentemente, em muitos países desenvolvidos – e permanecem durante longo tempo - , como meros planos nominais para o futuro, até que as condições sócioeconômicas permitam sua aplicação. Mais ainda, ali onde os direitos sociais têm que esperar até que ocorram os requisitos de sua realização, cumprem um objetivo: para os detentores do poder são o estímulo que os impedirá a sua realização e para os destinatários do poder significarão a esperança de que um dia venham a ser realizados”².

Outros autores, no entanto, entendem que apenas alguns dos direitos sociais seriam de natureza programática, como seria o caso do direito ao trabalho, à moradia, ao meio ambiente equilibrado, à saúde e à educação secundária e superior. É o caso de Ricardo Lobo Torres, que divide os direitos sociais em fundamentais, onde há o estabelecimento do *status positivus libertatis*, “próprio do mínimo existencial” e, em direitos que constituem aprimoramento do próprio Estado Democrático de Direito, em que haveria um *status positivus socialis*, dependente de um desenvolvimento social e econômico de determinado país³.. E, nesta mesma linha de raciocínio, temos a posição de Gustavo Amaral, que afirma existirem diferentes contornos e extensões aos direitos fundamentais, com hierarquia e prevalência de uns direitos sobre os outros. Para este autor, alguns direitos podem ser aplicados, independentemente das questões orçamentárias e financeiras, enquanto que outros dependem delas para que o cidadão possa exercer diretamente o seu direito⁴.

As dificuldades no manejo destes posicionamentos é saber qual seria o conceito de “mínimo social” e quais as hipóteses legislativas em que a Administração e o Poder Judiciário deveriam entender como sendo normas de aplicação

2. Proteção Judicial Contra Omissões Legislativas. RT: São Paulo, p. 72.

3. “A cidadania multidimensional na era dos direitos”. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Renovar: Rio de Janeiro, 1999, p. 251.

4. “Interpretação dos direitos fundamentais e o conflito entre poderes”. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Renovar: Rio de Janeiro, 1999, p. 103.

imediate e efetiva ou que para a sua efetividade dependeriam da capacidade orçamentária do Estado.

As dificuldades no manejo destes posicionamentos é saber qual seria o conceito de “mínimo social” e quais as hipóteses legislativas em que a Administração e o Poder Judiciário deveriam entender como sendo normas de aplicação imediata e efetiva ou que para a sua efetividade dependeriam da capacidade orçamentária do Estado.

Luís Roberto Barroso, por sua vez, acompanhado os autores que sustentam serem os direitos sociais espécies de direitos fundamentais, como Norberto Bobbio, J. J. Canotilho, Flávia Piovesan, Celso de Albuquerque Mello e Luiza Cristina Fonseca Frischeisen (vide obra desta última que faz referência ao posicionamento dos demais defensores dos direitos humanos)⁵, nos chama a atenção quanto à complexidade da efetivação dos direitos sociais, sustentando não ser possível dar um mesmo tratamento quanto à sua aplicabilidade e efetividade e, por isso, os divide em três grupos: a) os direitos que geram situações prontamente desfrutáveis, dependentes apenas de uma abstenção, como é o caso do direito de greve; b) normas atributivas de direitos sociais que ensejam a exigibilidade de prestações positivas ao Estado, como os direitos à proteção da saúde, nos termos do art. 196 da CF, à previdência social e à aposentadoria quando preenchidos os requisitos constitucionais; c) e, as normas constitucionais atributivas de direitos sociais que contemplam interesses cuja realização depende da edição de norma infraconstitucional integradora, como é o caso do direito à participação dos lucros ou dos resultados, desvinculada da remuneração, nos termos do art. 7º, inciso XI, e o direito ao trabalho, com proteção em face da automação, nos termos do art. 7º, inciso XXVII, ambos da CF, bem como o direito a um meio ambiente equilibrado⁶.

5. Políticas Públicas – A responsabilidade do administrador e o Ministério Público. Max Limonad: São Paulo, 2000, p. 70.

6. O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas. Renovar: Rio de Janeiro, 6ª. Ed, pp. 108/114.

Embora o autor tenha feito esta divisão e, em seguida, tenha salientado que todas essas categorias de direito seriam subjetivos, ou seja, o Poder Judiciário não poderia, em hipótese alguma, negar ao seu titular a tutela jurisdicional, sob o fundamento de que não seria exigível o direito, o nobre publicista deixou bem claro que dentre o rol de direitos sociais existem aqueles em que não há qualquer dúvida quanto à imperatividade da norma e a exigibilidade do bem jurídico tutelado, como é o caso do direito ao ensino fundamental, nos termos do art. 208, inciso I, da CF, bem como ao atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, nos termos do inciso III da norma mencionada, tanto é que “o constituinte preferiu não sujeitar-se a riscos de interpretação em matéria à qual dedicou especial atenção, fez incluir no § 1º do art. 208 a declaração de que ‘o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo’”. E, avisa: “o dispositivo, todavia, não deve induzir ao equívoco de uma leitura restritiva: todas as outras situações jurídicas constitucionais que sejam redutíveis ao esquema direito individual – dever do Estado configuram, na mesma sorte, direitos públicos subjetivos. Não pretendeu o constituinte limitar outras posições jurídicas de vantagem, mas, tão-somente, ser meridianamente claro em relação a esta posição específica”⁷.

Não há que se olvidar que direito subjetivo é uma situação jurídica subjetiva pela qual o ordenamento tutela um interesse individual mediante o reconhecimento ao titular de um poder da vontade respeitante às relações em prevalência do Direito Público. E, tal direito, na lição de Enrico Spagna Musso, é mais de caráter individual do que coletivo, motivo pelo qual a tutela jurisdicional deverá ser efetiva quando o ordenamento jurídico diz que a pessoa é merecedora de determinada proteção, seja ela positiva ou negativa⁸.

No presente caso, os direitos à educação fundamental e infantil, não podem ser considerados quaisquer direitos subjetivos, mas sim, como direitos públicos subjetivos, que no escólio de Vicente Ráo são direitos que, “por inerentes e essenciais à personalidade humana, individual ou coletiva, sistema político algum pode denegar sob pena de

7. op. cit. pp. 115/116.

8. *.Diritto Costituzionale*. Padova: CEDAM, 1986, p. 68.

ilegitimidade, são reconhecidos pelos princípios fundamentais da ordem jurídica interna e externa e proclamados e disciplinados por atos internacionais, por preceitos constitucionais e pelas normas comuns (...) É da mais alta importância considerar-se que os direitos públicos subjetivos das pessoas e dos grupos, ou entes sociais, não se esgotam na categoria dos direitos cívicos ou políticos; antes, compreendem todos os poderes erigidos em direitos essenciais da personalidade, que a todos os poderes do Estado, ou dos Estados, se sobrepõem”⁹.

O fato é que hoje, não há como se negar que pelo menos os direitos à educação fundamental e à educação infantil são normas constitucionais definidoras de direitos, ou seja, geram direitos subjetivos, investindo os jurisdicionados do poder de exigir do Estado – ou de qualquer outro destinatário da norma – que sejam concedidas tais tutelas jurídicas.

No tocante ao direito de receber o serviço público consistente na educação fundamental, conforme salienta a nobre Juíza Federal Mônica Jacqueline Sifuentes Pacheco de Medeiros, em sua excelente obra, o art. 208, inciso I, combinado com o art. 1º da Constituição vigente, “não deixa a menor dúvida a respeito de ter qualquer brasileiro o direito subjetivo de acesso ao ensino obrigatório e gratuito, oponível ao Estado, não tendo este nenhuma possibilidade de negar a solicitação protegida por expressa norma jurídica constitucional”¹⁰.

No tocante ao ensino infantil, entendemos que também há o descumprimento de normas constitucionais pelo Estado nas situações em que não há um atendimento proporcional à demanda nas creches e pré-escolas municipais, posto que neste caso implicará em violação a este direito líquido e certo, sendo que inexistente discricionariedade administrativa do Poder Público no sentido de promover ou não a educação infantil. E sobre a

9. O Direito e a Vida dos Direitos. Vol. 2. , RT: São Paulo, 3ª. Ed, p. 853.

10. Acesso ao ensino fundamental no Brasil: um direito ao desenvolvimento. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2000, p.54.

ausência de violação da discricionariedade administrativa pelo Poder Judiciário e entendendo pela vinculação da atuação da Administração em se conceder vagas para todas as creches, já se pronunciou o eminente magistrado Flávio Cunha da Silva, na r. sentença proferida nos autos do Processo no. 006.0.900669-4, em ação civil pública promovida contra o Município de São Paulo, perante o Foro Regional da Penha, datada de 11.10.00, que ora se transcreve pela forma contundente com que foi elaborada, e fundada em adequados argumentos sustentados pelo Ministério Público do Estado de São Paulo:

"De fato, o dever de agir é um dos princípios da Administração, para quem a execução, a continuidade e a eficácia dos serviços públicos constituem imperativos absolutos. Por isso se diz que, sendo outorgado para satisfazer interesses indisponíveis, todo poder administrativo tem para a autoridade um caráter impositivo, convertendo-se , assim, em verdadeiro dever de agir. O professor Celso Antônio Bandeira de Melo que ao permitir alternativa de conduta, a lei não autoriza o administrador a fazer o que bem entenda, antes o encarrega 'de adotar comportamento ideal: aquele que seja apto, no caso concreto, a tender com perfeição a finalidade da norma. O mestre citado tem razão quando desloca o eixo metodológico do conceito de discricionariedade da noção de poder para a de DEVER, noção essa muito mais afinada ao direito público e à situação jurídica de função'. O autor transcreve o art. 1º da Carta Magna, especifica os remédios processuais previstos na Constituição Federal e tece considerações sobre a repartição tricotômica do poder. Menciona a lição de José Afonso da Silva sobre harmonia entre os poderes e o entendimento do professor Mauro Cappelletti sobre a identificação do interesse público pelo Judiciário. Cita decisão do Egrégio Tribunal de Justiça de Goiás sobre o poder discricionário, além de decisão do Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul acerca do princípio constitucional que gere obrigação ao executivo Estadual. Nos termos do art. 227 da Constituição Federal, firmou-se o princípio da prioridade

absoluta à criança e ao adolescente. Igualmente o art. 4º da Lei 8069/90, bem assim o art. 6º do ECA que traça os rumos da hermenêutica. Transcreve trecho do acórdão do Egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal sobre a prioridade absoluta prevista no art. 227 da Lei Maior, com determinação de inclusão de recursos no orçamento para construção de estabelecimentos aludidos. Refuta o entendimento de que os princípios constitucionais seriam meramente programáticos e critica decisão do Colendo Superior Tribunal de Justiça baseada nestes fundamentos. Observa sobre o perigo de converter-se a Constituição em mera carta de intenções, apontado pelo Professor Konrad Hesse em sua monografia 'A força normativa da Constituição'. Oprimir a eficácia do princípio da prioridade absoluta é condenar seus destinatários à marginalidade, à opressão, ao descaso”.

(...)

"Cabe ao Município oferecer vagas suficientes para os alunos que necessitem freqüentar a creche e a pré-escola. A existência do prazo de 3 anos para a integração das creches e pré-escolas ao sistema de ensino, previsto no art. 89da Lei de Diretrizes e Bases da educação, não autoriza a desatenção aos direitos dos alunos aptos a freqüentarem a pré-escola" (mesmo porque já se expirou o prazo concedido pela lei)”.

(...)

"Assim, diante do sistema de direitos e garantias preconizado pela Constituição Federal e pela Lei 9394/96, somos inclinados a registrar a opinião no sentido de que, mesmo sem o caráter obrigatório para os pais ou responsáveis, a creche e a pré-escola, correspondendo a deveres do Estado para com a educação, são etapas do ensino fundamental, tomando-se secundário o disposto no art. 30. Assim, o acesso à creche e à pré-escola também, e igualmente ao ensino fundamental propriamente dito, é direito subjetivo, regendo-se pelas disposições tanto do Estatuto da Criança e do Adolescente, quanto desta Lei, as ações de responsabilidade por ofensa aos direitos assegurados à criança e ao adolescente, referentes ao não oferecimento ou oferta irregular de atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade (art. 208 , III, da Lei 8069/90 e art. 5º da Lei 9394/96). A possibilidade de existir cooperação entre os entes públicos (União, Estado e Município) não libera a municipalidade de cumprir a sua parte, oferecendo as vagas indispensáveis aos alunos que necessitam freqüentar a creche e a pré-escola.

Nossa Carta Magna erigiu o direito à educação, a partir da creche e pré-escola (art. 208, IV). No mesmo diapasão o Estatuto da Criança e do Adolescente prescreveu em seu art. 54, IV, estabelecendo o dever do Estado de assegurar à criança atendimento em creche e pré-escola dentre a faixa etária de zero a seis anos de idade".

(...)

"Nem se alegue que o Poder Judiciário estaria substituindo o Poder Executivo, visto que há Lei fundamental e Lei complementar statuindo o direito das crianças à pré-escola. Não se trata de norma programática, visto que é objetivo nacional a erradicação do analfabetismo e a frequência à pré-escola é pressuposto inafastável do bom aproveitamento do ensino fundamental . A alegação sobre a realidade orçamentária que deve nortear a expansão da rede de ensino, não é argumento acolhível diante dos sucessivos orçamentos com valores abaixo do previsto legalmente. A propósito até existe discussão e medidas judiciais referentes ao investimento insuficiente em educação. Ante à previsão legal, não está o Poder Judiciário invadindo seara específica do Poder Executivo, já que existe lei que deve ser cumprida".

Esses direitos são sociais e fundamentais, e as normas suso mencionadas são de aplicação imediata, não necessitando de outras leis para que possam ser eficazes. Assim sendo, basta que se comprove que a criança vive na área de atuação da creche e que preenche os requisitos da idade e das exigências da Lei de Diretrizes, para que venha a ser admitida a receber o serviço público.

Caso o atendimento venha a ser negado ao administrado, mesmo havendo o devido enquadramento da hipótese nas especificações legais já previstas, estará a autoridade educacional praticando uma ilegalidade, posto que deveria ter admitido a criança na creche ou na pré-escola. Aliás, não há que se olvidar que a **admissão** é ato administrativo vinculado. E, assim sendo, tendo sido preenchidos os requisitos da lei (no caso, de dispositivo constitucional), o ato deve ser praticado, não havendo que se falar em quebra do princípio da igualdade formal (ou seja, do princípio da isonomia), pois a garantia desse direito a todos, inclusive àqueles que aguardam em lista de espera é que deveria estar sendo resguardado pelo Poder Público municipal.

Na Comarca de Campinas, no Estado de São Paulo, já veio a ser definitivamente julgada ação civil pública (processo no. 2809/98), promovida pelo Ministério Público, onde acabou por se fixar obrigação ao Município de se abrir pelo menos nove mil e quinhentas vagas em estabelecimento de educação infantil (de 0 a 06 anos de idade), e ainda, restou determinada a seguinte obrigação: “na fase da execução verificar-se-á a quantidade de vagas oferecidas e/ou o número de crianças em fase de escolarização que não tiveram suas matrículas efetivadas, para que se avalie corretamente a graduação da multa diária que foi imposta”. Até a presente data a sentença e a liminar, mantidas pelo E. Tribunal de Justiça na Ap. Cível no. 063.951-0/0-00, ainda não foram efetivamente cumpridas, estando o feito em fase de execução de sentença.

Nem se diga que tal direito sofreria restrição pelo princípio da possibilidade, ou seja, diante da teoria do possível, sustentado por alguns juristas e administradores públicos que pretendem se livrar da obrigação constitucionalmente estabelecida para afirmar que diante dos limites financeiros e orçamentários, tal obrigação deveria ser cumprida de acordo com as possibilidades econômicas da Administração. Aliás, há que se salientar que a Constituição fixou uma gama de prioridades, dentre os vários direitos e, com certeza, o direito à educação, seja fundamental ou infantil, acabou por ser priorizado, assim como o direito à saúde, o que não há como se contestar. E, assim sendo, não cabe à hipótese a aplicação da teoria suso mencionada.

O Estado possui o dever legal, nesta hipótese. E, como observa José Reinaldo de Lima Lopes, o direito à educação “é mais do que o direito de não ser excluído de uma escola; é, de fato, o interesse de conseguir uma vaga e as condições para estudar (ou seja, tempo livre, material escolar, etc). Ora, se a vaga não existe, se não existe o tempo livre, se não há material escolar a baixo custo, como garantir juridicamente tal direito?”¹¹. Essas situações precisam ser obrigatoriamente criadas pelo Estado. E, como bem acentua Flávia Piovesan, o Estado não pode se recusar a tal prestação, “independentemente da disponibilidade de recursos previstos em orçamento. O mesmo artigo, em seu § 2º (artigo 208 da Constituição

11. Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça. Malheiros: São Paulo, 1ª ed., 3ª tiragem, p. 127.

Federal, prevê que o não oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente. Tal previsão é reforçada no ECA”¹².

Aliás, há que se salientar que no acórdão da ação civil pública suso mencionada, o culto magistrado, Desembargador Relator Sérgio Augusto Nigro Conceição, rechaçou a questão orçamentária como elemento impeditivo para o exercício do direito fundamental dos administrados, tendo salientado com absoluta propriedade que:

“Quanto ao problema orçamentário do Município, também levantado, não é motivo para que se possa eximir de uma responsabilidade prevista na Lei Maior. A nossa sociedade, cada dia mais carente, deve ter acolhida especialmente em suas necessidades básicas de saúde e educação devendo o Município prover tais situações, não podendo se eximir com a simples alegação de que não possui condições para ampliar o número de vagas disponíveis por impossibilidade de seu orçamento, pois a Emenda Constitucional 14/96, em seu art. 3º, § 2º, dispôs que aos Municípios cabe a incumbência de providenciar o ensino fundamental e a educação infantil”.

“Está evidenciada a preocupação do legislador em proteger os interesses das crianças e adolescentes, tendo dedicado um capítulo inteiro à educação, à cultura, ao esporte e ao lazer na Lei no. 8.069/90, sem contar com o art. 227 da Carta Magna”.

“Cabe aos nossos governantes cumprir a Constituição, em especial no que concerne aos direitos fundamentais, pois seria impraticável aos pais, sem melhores condições financeiras, zelar por seus filhos, se não lhes for disponibilizado pelo Estado

um mínimo, que deve ser entendido como a possibilidade de sair para trabalhar, permanecendo as crianças em creches mantidas pela Municipalidade”.

12. Temas de Direitos Humanos. Max Limonad: 2003, p. 293.

Há que se salientar que, recentemente, o Supremo Tribunal Federal já decidiu neste sentido, conforme se verifica do brilhante voto do Ministro Marco Aurélio no Agravo de Instrumento no. 480.004-9/SP, de 23.03.04., *in verbis*:

“EMENTA: CRECHE E PRÉ-ESCOLA – OBRIGAÇÃO DO ESTADO – IMPOSIÇÃO – INCONSTITUCIONALIDADE NÃO VERIFICADA. Conforme preceitua o artigo 208, inciso IV, da Carta Federal, consubstancia dever do Estado a educação, garantindo o atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade. O Estado – União, Estados propriamente ditos, ou seja, unidades federadas, e Municípios – deve aparelhar-se para a observância irrestrita dos ditames constitucionais, não cabendo tergiversar mediante escusas relacionadas com a deficiência de caixa. Eis a enorme carga tributária suportada no Brasil a contrariar essa eterna lengalenga”.

“O recurso não merece prosperar, lamentando-se a insistência do Município em ver preservada prática, a todos os títulos nefasta, de menosprezo àqueles que não tem como prover as despesas necessárias a uma vida em sociedade que se mostre consentânea com a natureza humana”.

“Pelas razões acima, conheço deste agravo, mas a ele nego acolhida, ressaltando que o acórdão proferido pela Corte de origem limitou-se a ferir o tema à luz do artigo 227 da Constituição Federal, reportando-se, mais, a compromissos reiterados no Estatuto da Criança e do Adolescente, artigos 54, inciso I e 53, inciso V”.

Esta obrigação do Poder Público não pode deixar de ser cumprida, sob pena de restar configurada a sua mora. O questionamento que fica, entretanto, é quanto ao momento em que ela ocorreria. Com o eventual indeferimento administrativo ao

pedido de vaga feito pela criança, devidamente representada, ou com o eventual descumprimento de decisão judicial.

Em se tratando de direito fundamental e, portanto, subjetivo e individual, parece correto afirmarmos que a mora ocorre com a decisão administrativa, tanto é que nos mandados de segurança individuais propostos pelos menores impetrantes, ou ainda, pelo Ministério Público, têm-se reconhecido o direito líquido e certo violado pelo despacho da autoridade municipal.

O descumprimento de preceito constitucional pode, eventualmente, acarretar danos ao menor, e nestes casos, vislumbra-se a possibilidade de se reconhecer a responsabilidade do Poder Público pela ocorrência da omissão abusiva e, com isto, o Poder Judiciário poderá fixar condenação adequada, inclusive para o ressarcimento de danos materiais e morais. Este direito é da criança, e não seus genitores. Entretanto, caso os pais ou um dos genitores ou, ainda, o responsável, venham a perder seus respectivos empregos por esta omissão específica e abusiva do Estado, eventuais reflexos patrimoniais poderão ser apurados e fixados na sentença condenatória.

Mostra-se imperiosa esta distinção entre simples omissão e omissão abusiva, na medida em que só neste último caso é que restará presente a ilicitude, já que a inatividade danosa viola ou descumpre um dever jurídico, possibilitando a aplicação do disposto no art. 186 do Código Civil. No caso, seja pela omissão dolosa (voluntária), seja pela culposa (que não se discute no presente caso, diante da responsabilidade objetiva do Estado pela disposição constitucional), em sendo abusiva, implicará o dever do Estado de indenizar os danos sofridos pela vítima.

Em esplêndido trabalho de Maria Glória F. P. D. Garcia, professora da Universidade Católica Portuguesa, a autora assevera que “na verdade, a existência de um dever de agir, imposto pela melhor prossecução do interesse público, e, ao mesmo tempo, a previsão legal da responsabilidade civil da Administração, que a obriga a indemnizar os prejuízos surgidos de omissões ilícitas, não faz nascer uma opção legal para a Administração do

gênero: <<actua ou paga os danos pela não actuação>>. Num Estado Social de Direito, esta alternativa não é legítima, até porque os elementos que a compõem não são susceptíveis de ponderação relativa. O primeiro termo da alternativa – “actua” – decorre de uma exigência colectiva, imposta por lei, de realização de um fim de interesse público, único que move ou pode fazer mover a Administração; o outro elemento da alternativa - <<paga os danos pela não actuação>> - resulta de uma exigência individualista dirigida à Administração por quem foi lesado pela inactividade ilícita”¹³.

Não há dúvidas, hoje, de que o Estado, diante da sua descentralização política, é um sujeito de direitos e obrigações. E, ainda que divergentes as correntes filosóficas, elas são unânimes em afirmar que o Estado é o mecanismo regulador da vida social, conferindo direitos e deveres aos cidadãos e a si próprio, tudo no intuito de proteger e garantir a comunidade da ação de quem quer que seja, inclusive do próprio Estado. E, nesta linha de raciocínio, conclui Amaro Cavalcanti:

“O Estado não pode esquivar-se ao cumprimento da norma jurídica. O direito é a regra de conduta e proceder, tanto dos indivíduos como do Estado, conseqüentemente, assim como sucede com os indivíduos, assim também deve o Estado, em princípio, responder pelos próprios atos — salvo se uma razão jurídica superior fizer cessar ocasionalmente a sua responsabilidade”¹⁴.

A evolução da responsabilidade do Estado foi conseqüência da evolução do princípio da legalidade, da teoria filosófica organicista e da própria evolução do Estado de Direito, tudo para que pudesse haver uma melhor proteção aos direitos do administrado em face das lesões ocasionadas pelo próprio Estado.

E, assim é que deve ser, posto que não existe outra saída para se garantir um futuro, com o mínimo de dignidade, aos nossos filhos.

13. Responsabilidade civil da administração pública pela inatividade. *La Responsabilidad Patrimonial de los Poderes Públicos*. Madrid: Marcial Pons, 1999, p. 348.

14. CAVALCANTI, Amaro. Responsabilidade Civil do Estado. Rio de Janeiro : Borsoi, 1957, 11.

BIBLIOGRAFIA

AMARAL, Gustavo. Interpretação dos direitos fundamentais e o conflito entre poderes. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____ Interpretação e Aplicação da Constituição. São Paulo: Saraiva, 2003.

BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico. Brasília: UNB, 1994.

CAVALCANTI, Amaro. Responsabilidade Civil do Estado. Rio de Janeiro : Borsoi, 1957.

CURY, Munir; SILVA, Antônio Fernando do Amaral e; MENDEZ, Emílio Garcia (Coord.). Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

DINIZ, Maria Helena. Norma Constitucional e seus efeitos. São Paulo: Saraiva, 2003.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Conceito de princípios constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FARIA, José Eduardo (Org.). Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça. São Paulo: Malheiros, 2002.

FRICHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. Políticas Públicas – A responsabilidade do administrador e o Ministério Público. São Paulo: Max Limonad, 2000.

GARCIA, Maria Glória F. P. D. *La Responsabilidad Patrimonial de los Poderes Públicos*. Madrid: Marcial Pons, 1999.

MUSSO, Enrico Spagna. *Diritto Costituzionale*. Padova: CEDAM, 1986.

PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____ *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2003.

RÁO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos*. Vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SIFUENTES, Mônica. *Acesso ao ensino fundamental no Brasil: um direito ao desenvolvimento*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

_____ *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1994.

TORRES, Ricardo Lobo. *A cidadania multidimensional na era dos direitos. Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.