

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

PUC-SP

Marcos Neri de Almeida

O Direito à Educação Infantil e a Discricionariedade Administrativa

MESTRADO EM DIREITO

SÃO PAULO

2008

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

PUC-SP

Marcos Neri de Almeida

O Direito à Educação Infantil e a Discricionariedade Administrativa

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob a orientação da Professora Doutora Sílvia Carlos da Silva Pimentel.

SÃO PAULO

2008

BANCA EXAMINADORA

AGRADECIMENTOS

À minha esposa, Nelisa, e ao meu pequeno filho Marcelo, por tudo que conquistamos juntos nesses anos de convivência e, especialmente, pela constante ajuda e paciência com que acompanharam todas as etapas deste trabalho, colaborando de maneira decisiva para o meu crescimento pessoal e profissional.

Aos meus pais, que sempre estiveram presentes quando precisei e que moram no fundo do meu coração.

Aos meus irmãos e familiares, pelo apoio em todos os momentos da minha vida.

À Professora Sílvia Pimentel, pelo incentivo e colaboração constantes no decorrer da orientação deste trabalho; pela disponibilidade, confiança, dedicação, amizade e, principalmente, por me ajudar na construção da minha vida profissional e pessoal.

Aos professores doutores da Banca Examinadora, por procederem à análise deste trabalho de pesquisa.

RESUMO

O Direito à Educação Infantil e a Discricionariedade Administrativa.

A presente tese de mestrado tem por objetivo demonstrar que a educação infantil, direito fundamental das crianças, é uma obrigação do Estado, que não tem a faculdade de deixar de oferecê-la sob qualquer pretexto, ainda mais para crianças, que têm prioridade absoluta no atendimento de suas demandas em virtude do respeito à condição de pessoa em processo de desenvolvimento, bem como em virtude da indisponibilidade que marca os seus direitos.

A Educação infantil é um direito público subjetivo das crianças e tem seu fundamento tanto na Constituição Federal quanto no Estatuto da Criança e do Adolescente, que são os principais diplomas que tratam do Direito da Infância e da Juventude, de onde delineamos e identificamos os seus dois princípios fundamentais: da prioridade absoluta e do respeito à condição de pessoa em processo de desenvolvimento.

Entretanto, apesar da Constituição Federal já ter sido promulgada há mais de 19 anos, milhares de crianças ainda não freqüentam creches ou pré-escolas em virtude da falta de vagas, como na cidade de São Paulo, onde a carência é de, aproximadamente, 90 mil vagas.

Assim, com a evolução do conceito de discricionariedade administrativa, cabe ao Poder Judiciário efetivar esse direito à educação infantil quando não implementado voluntariamente pela Administração Pública.

Palavras-chave: educação infantil, direito público subjetivo e discricionariedade administrativa.

ABSTRACT

The Right to Childhood Education and the Administrative Discretionarity

This current master degree dissertation aims at showing that childhood education, fundamental children's right, is a State's obligation, who does not have the faculty to refrain from offering it under any circumstances, chiefly for children, that has absolute priority on caring their demands due to the respect to person's condition in development process, as well as in virtue of indisponibility that regards their rights.

Childhood education is a subjective public right to children and it has its foundations even in Federal Constitution as in Child and Teenage Status, that are the main diplomas that treat this autonomous Law subject from where we outlined and identified the two fundamental principles: the absolute priority and the respect to the person condition in development process.

Meanwhile, although the Federal Constitution have already been promulgated 19 years before, thousands of children still do not attend daycare or pre-schools in virtue of not enough vacancies, as on the city of São Paulo, where the lack is of, approximately, 90 thousand vacancies.

With the evolution of concept of administrative discretionarity, it is up to the Judicial Power to effective this right to childhood education when it is not voluntarily by Public Administration.

Key-words: Childhood Education, subjective public right and administrative discretionarity

SUMÁRIO

Introdução	09
------------	-----------

CAPÍTULO I

Direitos fundamentais do homem

1.1 Formação histórica das declarações de direitos	14
1.2. Teoria dos direitos fundamentais da pessoa humana	17
1.3. Direitos fundamentais da criança e do adolescente	24
1.4. Direito à educação infantil	31
1.5. Disciplina geral da educação infantil	38
1.5.1. Da Obrigatoriedade da Educação Infantil em Creches e Pré-Escolas	41

CAPÍTULO II

Princípios que regem os direitos da Criança e do Adolescente

2.1. Noção de princípio	51
2.2. Princípios jurídicos	53
2.3. O Direito da Infância e da Juventude e outros interesses difusos	56
2.4. Os Princípios Fundamentais do Direito da Infância e da Juventude	60
2.5. O Respeito à condição peculiar de pessoa em processo de desenvolvimento	63
2.6. A Prioridade Absoluta	68
2.7. Ensaio de conclusão	71

CAPÍTULO III

A Discricionariedade administrativa

3.1. Evolução do conceito de discricionariedade administrativa	77
3.2. A discricionariedade administrativa vista como dever jurídico	82
3.3. Controle Jurisdicional da discricionariedade administrativa	89
3.4. Ensaio de conclusão	94

CAPÍTULO IV

A Visão do Ministério Público e do Poder Judiciário em relação ao oferecimento de vagas em creches e pré-escolas

6.1. Introdução	97
6.2. A atuação do Ministério Público	98
6.3. Comportamento do Judiciário frente às demandas por Educação	107
6.4. Ensaio de conclusão	112
Conclusões Gerais	116
Bibliografia	122

INTRODUÇÃO

A Educação, como direito e bem fundamental da vida, é um dos atributos da própria cidadania, fazendo parte de sua própria essência.

Em sentido amplo educação compreende o domínio do instrumental necessário para o enfrentamento dos desafios do cotidiano em condições dignas, de licitude e de paz. Representa para todos a capacitação para a felicidade, estado de êxito da pessoa humana.

Para grande parte da população brasileira mais do que isso: representa instrumento de transposição da marginalidade para a cidadania, significa a porta da inclusão social.

Educação expressa domínio no sentido exato do assenhoreamento, de poder sobre mecanismos que permitem, no mundo civilizado, a atualização das potencialidades e a capacitação como domínio de conhecimentos e habilidades capazes uma existência digna e feliz.

Em sentido estrito, abrange o atendimento em creches e pré-escola às crianças de zero a cinco anos de idade, o ensino fundamental, inclusive àqueles que a ele não tiveram acesso na idade própria, o ensino médio e o ensino em seus níveis mais elevados, inclusive aqueles relacionados à pesquisa e a educação artística. Contempla, ainda, o atendimento educacional especializado às pessoas com deficiência, prestado, preferencialmente, na rede regular de ensino.

Ao se referir à educação de forma específica o legislador constituinte, no artigo 205 da Lei Maior, prescreveu regra consoante a qual *“A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”*.

Juridicamente podemos conceber a educação como um direito social público subjetivo. Deve ser materializado através de política social básica, porquanto indiscutivelmente relacionado aos fundamentos constitucionais da República Federativa do Brasil (CF, art. 1º), bem como se relaciona aos objetivos primordiais e permanentes do Estado brasileiro (CF, art. 3º), notadamente o referente à erradicação da marginalidade.

Direito de todos e dever do Estado constitui-se em expressão designativa de direito social a que correspondem obrigações do Poder Público, materializadas em ações governamentais previamente definidas e priorizadas, reunidas em um conjunto integrado pela busca da mesma finalidade.

Se o ***dever do Estado*** conduz à definição de políticas sociais básicas, o ***direito de todos*** leva à existência de direito público subjetivo, exercitável, portanto, contra o Poder Público. Assim, reconhece-se que o interesse tutelado pelo direito social tem força subordinante, isto é, subordina o Estado ao atendimento das necessidades humanas protegidas pela lei.

Atender ao direito social protegido pela lei significa cumprir, qualitativa e quantitativamente, as obrigações que dele decorrem, produzindo ações e serviços que satisfaçam os titulares daquele direito. Existindo oferta irregular dessas ações e serviços por parte do Estado, a força subordinante do direito social violado conduz à necessidade de prestação jurisdicional, de modo que a ordem social violada pelo Poder Público, notadamente através de seu Poder Executivo, possa ser restaurada pelo Poder Judiciário.

Assim, deflui do direito público subjetivo força subordinante em relação ao Estado, não só no que diz respeito ao cumprimento voluntário das obrigações, mas também na garantia de acesso ao Judiciário para o suprimento coercitivo das omissões governamentais.

A educação, como dever do Estado, importa desenvolvimento de ações governamentais que conduzam ao atendimento das pessoas na creche e pré-escola, no ensino fundamental, no ensino médio e superior, além do atendimento

educacional especializado às pessoas portadoras de deficiência. Além disso, consoante consignado no artigo 208 da Constituição Federal, o Estado, aqui e na Lei Maior utilizado como designativo de Poder Público, deve promover a progressiva extensão da obrigatoriedade e gratuidade ao ensino médio, ofertar ensino noturno regular e atender ao educando, no ensino fundamental, através de programas suplementares e de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.

O acesso gratuito, contudo, somente encontra-se assegurado ao ensino fundamental (CF, art. 208, § 1º). Nos demais níveis contentou-se o legislador constituinte em garantir a gratuidade em estabelecimentos oficiais (art. 206, inciso IV), ou seja, não ficou obrigado a garantir o acesso de todos ao ensino médio e superior.

Isto não significa que o Estado só tenha obrigações relacionadas ao ensino fundamental. Quis o legislador apenas excluir, dos demais níveis de ensino, a obrigatoriedade e garantia de acesso, ficando, contudo, responsável pelo implemento de tudo àquilo que se encontra elencado no art. 208 da Constituição Federal.

Prevê a Constituição Federal um sistema integrado de ensino público (art. 211), ficando a União responsável pela organização e financiamento do sistema federal de ensino, bem como pela prestação de assistência técnica e financeira aos Estados, Distrito Federal e Municípios, sendo que estes devem atuar prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil.

Quanto aos recursos relacionados à manutenção deste sistema estabeleceu a Constituição Federal a obrigatoriedade de aplicação de parte da receita resultante de impostos, estabelecendo para a União limite mínimo de dezoito e para os Estados, Distrito Federal e Municípios, percentual nunca inferior a vinte e cinco por cento (art. 212).

Além desses deveres do Estado, relacionados ao ensino público, tem a obrigação, pois o ensino é livre à iniciativa privada, de estabelecer e fiscalizar o

cumprimento de normas gerais da educação nacional, bem como autorizar o funcionamento de instituições privadas e avaliar sua qualidade (CF, art. 209).

Em outras palavras, considerando a relação entre Educação e os fundamentos e objetivos do Estado, seu conteúdo formal e as ações consideradas essenciais, podemos concebê-la como da própria essência da cidadania. Povo cidadão é povo educado.

Não obstante constituir um direito da criança e ter sua importância reconhecida, a universalização do atendimento àqueles que necessitam da educação infantil representa uma meta distante, posto que, segundo dados da Pesquisa Nacional de Amostra Domiciliar (PNAD) do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) de 2003, somente 11,7% das crianças têm assegurado este direito. O Plano Nacional de Educação informa que o Brasil possui 12 milhões de crianças a serem atendidas na faixa etária de 0 a 3 anos.

E quem são essas crianças excluídas desse direito? É fácil constatar que as maiores prejudicadas são as crianças pobres, visto que as ricas ou as de classe média alta têm acesso a creches privadas ou a babás. Estão excluídos os filhos de mulheres trabalhadoras, que saem cedo de casa como diaristas, empregadas domésticas, funcionárias de empresas de transporte, de indústrias, faxina, comércio e daquelas que nem essas oportunidades de emprego têm e que são mais pobres ainda.

A inserção da mulher no mercado de trabalho e a conscientização sobre a importância e a necessidade da educação da criança para o seu desenvolvimento têm proporcionado um aumento significativo da demanda. No entanto, embora a média anual de crescimento no atendimento em creche tenha sido de 6,4% no período de 2001 a 2003¹, e de 1% no período de 2005 a

¹ Em consonância com o papel do Ministério da Educação – MEC de indutor de políticas educacionais e de proponente de diretrizes para a educação, a Secretaria de Educação Básica – SEB do MEC, por meio da Coordenação Geral de Educação Infantil – COEDI do Departamento de Políticas de Educação Infantil e Ensino Fundamental – DPE, elaborou, no ano de 2003, em parceria com o Comitê Nacional de Educação Infantil, um documento preliminar de Política Nacional de Educação Infantil, contendo diretrizes, objetivos, metas e estratégias para a área, que constatou esse crescimento anual.

2006², constata-se que a exclusão ainda é a regra.

E essa exclusão decorre primordialmente em virtude da falta de vagas em escolas de educação infantil, sendo que a alegação do Poder Público é a falta de recursos financeiros, que impede a implementação de novas vagas para essas crianças e, quando questionado perante o Poder Judiciário, alega que não tem o dever jurídico de atender a universalização, pois tem o poder discricionário de atendê-lo ou não, principalmente em virtude dos inúmeros deveres que a Constituição Federal e outras leis lhe impõem.

Porém, em virtude do princípio da prioridade absoluta, inserto na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente e considerando que a discricionariedade administrativa foi instituída para o bom funcionamento da Administração Pública, conclui-se que a universalização do ensino infantil não pode ficar ao alvedrio do administrador segundo as suas conveniências políticas, de modo que deve ter ao menos um plano para todas as crianças que necessitem de creche ou pré-escola, a fim de que esse direito público subjetivo seja satisfeito da forma mais ampla possível.

Assim, a presente tese tem por objetivo demonstrar que o oferecimento de vagas em creches e pré-escola não pode conferir ao Estado a liberdade de escolher se satisfaz ou não esse direito público subjetivo de todas as crianças que se encontram na idade de 0 (zero) a 05 (cinco) anos que necessitam do atendimento educacional.

² Nesse sentido, o Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira, Inep, que todos os anos realiza o mais abrangente levantamento estatístico sobre o sistema educacional brasileiro, que é o Censo Escolar da Educação Básica, revelou essa taxa de crescimento.

CAPÍTULO 1

DIREITOS FUNDAMENTAIS DO HOMEM

1.1. Formação histórica das declarações de direitos

O art. 6º da Constituição Federal dispôs que a educação é um direito social, incluindo-a no Título II de nossa Magna Carta, *locus* dos assim chamados Direitos Fundamentais.

Assim, com o *status* constitucional que lhe foi conferido, o direito à educação é uma norma de conformação do sistema, ditando o conteúdo de toda normatização infra-constitucional e, enquanto direito fundamental, deve ser objeto da máxima efetividade, concretizada através de leis, atos normativos e posturas administrativas que lhe dêem a maior efetividade possível. Além disso, é um comando de aplicabilidade imediata, constituindo-se, por consequência, em direito subjetivo dos indivíduos.

Portanto, antes de se passar a discorrer sobre o tema específico da educação, necessário se faz um estudo sobre os direitos fundamentais humanos, que constituem elemento basilar do constitucionalismo hodierno.

Um breve apanhado histórico dos direitos fundamentais confunde-se com a própria construção do constitucionalismo.

Muitos autores apontam a inglesa Carta Magna de 1215 como inauguradora do capítulo dos direitos fundamentais na história dos direitos.

Subscrita pelo Rei João Sem-Terra, bispos e barões, ficou caracterizada pela concessão de privilégio a esses segmentos de classe e pelo conseqüente estabelecimento de obrigações reais, sendo que alguns autores entendem que a Carta Magna não seria mais do que uma concessão mútua entre

grupos privilegiados, afastando-se diametralmente de qualquer pretensão de universalidade.

A primeira declaração de direitos fundamentais, em sentido moderno, foi a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, que era uma das treze colônias inglesas na América, de 1776, anterior, portanto, à Declaração de Independência dos Estados Unidos.

As liberdades constituídas na Inglaterra ao longo do Séc. XVII – *Petition of Rights* de 1628, Lei do *Habeas Corpus* de 1679 e o *Bill of Rights* de 1689 – foram incorporadas à sistemática jurídica dos Estados Unidos, agora em sede constitucional, na Declaração de Virgínia, que tem nota distintiva em sua supremacia normativa e a posterior garantia de sua justiciabilidade por intermédio da Suprema Corte e do controle judicial da constitucionalidade, conforme ensinamentos de Ingo Wolfgang Sarlet.³

Em seguida, tem-se a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que é mais abstrata e mais universalizante e que, em dezessete artigos, proclama os princípios da liberdade, igualdade, da propriedade e da legalidade e as garantias individuais liberais que ainda se encontram nas declarações contemporâneas, com exceção das liberdades de reunião e de associação que ela desconhecera.

Assim, o que diferenciou a Declaração de 1789 das proclamações na América do Norte foi sua vocação universalizante, que constituiu uma de suas características marcantes, com seu significado de mundialismo, que se repete expressamente na Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, da Revolução Soviética.

O sentido universalizante das declarações de direitos, de caráter estatal, passou a ser objeto de reconhecimento supra-estatal em documentos

³ Ingo Wolfgang Sarlet. “A eficácia dos direitos fundamentais”. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1998, pág. 45

declaratórios com característica multinacional, com o objetivo de estender a defesa dos direitos humanos a todos os países e a todas as pessoas de todas as nacionalidades, motivo pelo qual foi criada, na ONU, uma comissão dos Direitos Humanos para elaboração desse texto, que culminou com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada em 10 de dezembro de 1948.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos contém trinta artigos, precedidos de um Preâmbulo, sendo que, do art. 1º ao art. 21 encontram-se os chamados direitos e garantias fundamentais, com conotação mais moderna; do art. 22 até o art. 28 estão consubstanciados os direitos sociais do homem; o art. 29 proclama os deveres da pessoa para com a comunidade, e o art. 30 estabelece o princípio de interpretação da Declaração sempre em benefício dos direitos e liberdades nela proclamados.

A Declaração Universal teve como principal mérito inaugurar a concepção contemporânea de direitos humanos que, segundo Flávia Piovesan, é caracterizada pela universalidade e indivisibilidade:

*“Universalidade porque clama pela extensão universal dos direitos humanos, sob a crença de que a condição da pessoa é o requisito único para a dignidade e titularidade de direitos. Indivisibilidade porque a garantia dos direitos civis e políticos é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa. Quando um deles é violado, os demais também o são. Os direitos humanos compõem assim uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, capaz de conjugar o catálogo de direitos civis e políticos ao catálogo dos direitos sociais, econômicos e culturais.”*⁴

Nas declarações de direitos do século XX predominaram o universalismo, influência da Declaração francesa de 1789, e o socialismo, com a extensão do número dos direitos reconhecidos, refletindo no Direito Constitucional

⁴ Flávia Piovesan, Direitos Humanos, o princípio da dignidade humana e a Constituição brasileira de 1988. Revista dos Tribunais, ano 94, n. 833, mar. 2005.

contemporâneo e, também, inaugurando um novo sistema político, como também, uma nova forma de pensar os direitos fundamentais.

Já a declaração de direitos nas constituições contemporâneas utilizou-se de um conjunto de meios e recursos jurídicos, que genericamente passaram a se chamar garantias fundamentais dos direitos humanos, mediante sua inscrição no texto das constituições, tendo em vista que as declarações de direitos careciam de força e de mecanismos jurídicos que lhe dessem eficácia suficiente.

São de capital importância duas constituições do início do séc. XX: a mexicana de 17 e a de Weimar de 19, as quais primaram pelo intento de conjugar em um único sistema direitos de cunho individual e econômico-social. Mais especialmente a Constituição de Weimar serviu como modelo para as constituições européias do pós-guerra que implantaram o regime do Estado de bem-estar social

1.2. Teoria dos direitos fundamentais da pessoa humana

De acordo com José Afonso da Silva,

*“Direitos fundamentais do Homem constitui a expressão reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados”.*⁵

⁵ José Afonso Da Silva. “Curso de Direito Constitucional Positivo”. São Paulo: Malheiros, 2000, págs. 182.

Esses direitos têm natureza constitucional, o que já era uma posição expressa no art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, a ponto de, segundo este autor, sua adoção ser um dos elementos essenciais do próprio conceito de constituição, embora haja autores, como Duguit e Pontes de Miranda, que entendam que são normas de valor supraconstitucionais ou de natureza supra-estatal.

São direitos constitucionais na medida em que se inserem no texto de uma constituição ou mesmo constem de simples declaração solenemente estabelecida pelo poder constituinte. São direitos que nascem e se fundamentam, portanto, no princípio da soberania popular.

Nosso Texto possui, entre os direitos fundamentais, uma composição dos direitos individuais, políticos, sociais, econômicos, culturais, ambientais.

Modernamente, parte da doutrina apresenta a classificação de direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira gerações, critério este estabelecido em virtude da evolução histórica em que estes direitos passaram a ser constitucionalmente reconhecidos.

Celso de Mello ressalta que:

“enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio de igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos

*humanos, caracterizados enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade”.*⁶

Portanto, os direitos fundamentais de primeira geração são os direitos e garantias individuais e políticos clássicos (liberdades públicas), surgidos institucionalmente a partir da Magna Carta.

Em relação aos direitos fundamentais de segunda geração, Themistocles Brandão Cavalcanti, ressaltou que:

*“o começo do nosso século viu a inclusão de uma nova categoria de direitos nas declarações e, ainda mais recentemente, nos princípios garantidores da liberdade das nações e das normas da convivência internacional. Entre os direitos chamados sociais, incluem-se aqueles relacionados com o trabalho, o seguro social, a subsistência, o amparo à doença, à velhice, etc.”.*⁷

Ainda segundo Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior, os direitos de segunda geração

*“Traduzem uma etapa de evolução na proteção da dignidade humana. Se os direitos fundamentais de primeira geração tinham como preocupação a liberdade contra o arbítrio estatal, os de segunda partem de um patamar mais evoluído; o homem, liberto do jugo do Poder Público, reclama agora uma nova forma de proteção de sua dignidade, como seja, a satisfação das necessidades mínimas para que se tenha dignidade e sentido na vida humana”.*⁸

⁶ STF – Pleno – MS nº 22.164/SP – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 17 de novembro de 1995, p. 39.206.

⁷ Princípios Gerais de Direito Público. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966. p.202

⁸ Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior, Curso de Direito Constitucional, Editora Saraiva, 11ª edição, pág.117.

Por derradeiro, há os direitos de terceira geração, também chamados de direitos de solidariedade ou fraternidade, que englobam o direito a um meio ambiente equilibrado, uma saudável qualidade de vida, ao progresso, a paz, a autodeterminação dos povos e a outros direitos difusos.

Segundo o festejado constitucionalista André Ramos Tavares:

“Os direitos de terceira dimensão denominam-se direitos ou interesses metaindividuais.

*Fala-se em interesses metaindividuais ou transindividuais para significar aquela parcela de interesses que pertencem a um grupo razoavelmente externo de pessoas, que os titularizam e que possuem uma característica em comum, que as une, ainda que se trate de um laço de união extremamente débil”.*⁹

Como conclui Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “a primeira geração seria a dos direitos de liberdade, a segunda, dos direitos de igualdade, a terceira, assim, complementar o lema da Revolução Francesa: liberdade, igualdade, fraternidade”.¹⁰

Mas há alguns autores, como Paulo Bonavides, que falam ainda de uma quarta geração, traduzida em direitos como à democracia, à informação e ao pluralismo, como conseqüência de um mundo globalizado, cujas relações entre os povos fariam nascer esses interesses fundamentais como um axioma das atuais necessidades mundiais.¹¹

Por outro lado, Flávia Piovesan critica a divisão dos direitos humanos em gerações, entendendo que, a partir da Declaração de 1948, os direitos humanos passam a ser concebidos como uma unidade interdependente, inter-relacionada e indivisível, de modo que não há sentido nessa divisão, pois

⁹ André Ramos Tavares, Curso de Direito Constitucional, 5ª Edição, Editora Saraiva, pág. 78/79.

¹⁰ Direitos Humanos Fundamentais. São Paulo : Saraiva, 1995. p. 57.

¹¹ Paulo Bonavides, Curso de Direito Constitucional, 10ª edição, São Paulo, Malheiros, 2000, p.523.

“[...] partindo-se do critério metodológico, que classifica os direitos humanos em gerações, adota-se o entendimento de que uma geração de direitos não substitui a outra, mas com ela interage. Isto é, afasta a idéia da sucessão ‘geracional’ de direitos, na medida em que se acolhe a idéia da expansão, cumulação e fortalecimento dos direitos humanos consagrados, todos essencialmente complementares e em constante dinâmica de interação. Logo, apresentando os direitos humanos uma unidade indivisível, revela-se esvaziado o direito à liberdade, quando não assegurado o direito à igualdade e, por sua vez, esvaziado revela-se o direito à igualdade, quando não assegurada a liberdade.

Vale dizer, sem a efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais, os direitos civis e políticos se reduzem a meras categorias formais, enquanto que, sem a realização dos direitos civis e políticos, ou seja, sem a efetividade da liberdade entendida em seu mais amplo sentido, os direitos econômicos e sociais carecem de verdadeira significação. Não há mais como cogitar da liberdade divorciada da justiça social, como também infrutífero pensar na justiça social divorciada da liberdade. Em suma, todos os direitos humanos constituem um complexo integral, único e indivisível, em que diferentes direitos estão necessariamente inter-relacionados e interdependentes entre si.”¹²

Na doutrina brasileira, o constitucionalista José Afonso da Silva sugere as seguintes características dos direitos fundamentais:

- a) “Historicidade – são históricos como qualquer direito. Nascem, modificam-se e desaparecem (...);*
- b) Inalienabilidade – são direitos intransferíveis, inegociáveis, porque não são de conteúdo econômico-patrimonial (...);*

¹² Temas de direitos humanos, 2ª ed. rev., ampl. e atual., São Paulo: Max Limonad, 2003, pág.36/37.

c) *Imprescritibilidade* – (...) não se verificam requisitos que importem em sua prescrição. Vale dizer, nunca deixam de ser exigíveis (...); e

d) *Irrenunciabilidade* – não se renunciavam direitos fundamentais. Alguns deles podem até não ser exercidos, pode-se deixar de exercê-los, mas não se admite sejam renunciados”.¹³

Os direitos fundamentais também constituem “*direitos jurídico-positivamente vigentes numa ordem constitucional*”.¹⁴ A breve afirmativa de J. J. Gomes Canotilho, constitucionalista português, encerra duas considerações de extrema relevância. Primeiramente, seu caráter positivo, enquanto incorporação no ordenamento escrito. Em segundo lugar, esta positivação deve ocorrer do bojo do mais importante diploma jurídico: a Constituição. Derivam assim quatro conseqüências de extrema relevância:

1) *“as normas consagradoras de direitos fundamentais, enquanto normas fundamentais, são normas colocadas no grau superior da ordem jurídica;*

2) *como normas constitucionais encontram-se submetidas aos procedimentos agravados de revisão;*

3) *como normas incorporadoras de direitos fundamentais passam, muitas vezes, a constituir limites materiais da própria revisão; e*

4) *como normas dotadas de vinculatividade imediata dos poderes públicos constituem parâmetros materiais de escolha, decisões, ações e controle, dos órgãos legislativos, administrativos e jurisdicionais.”*¹⁵

Ainda de acordo com Canotilho, os direitos fundamentais não são passíveis de reforma, pois constituem limites materiais ao poder de emenda.

¹³ José Afonso da Silva. “Curso de Direito Constitucional Positivo”. São Paulo: Malheiros, 1996, págs. 179-180.

¹⁴ J. J. Gomes Canotilho. “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”. Lisboa: Almedina, 1999, pág. 353.

¹⁵ J. J. Gomes Canotilho. *Op. cit.*, pág. 355.

Pode-se ainda complementar o conceito de direitos fundamentais com a afirmativa de Vieira de Andrade, constitucionalista português, de que estes possuem juridicidade específica por constarem desse instrumento de direito interno denominado Constituição; e ainda complementa que *“seu valor jurídico, a sua força de conformação não foram sempre os mesmos, mas não há dúvida hoje que comandam todo o ordenamento jurídico, impondo-se à própria função legislativa por força do princípio da constitucionalidade.”*¹⁶

Em relação à nossa Constituição, pode-se afirmar que os direitos fundamentais eleitos pelo constituinte estão inscritos no art. 5º, em seus 77 incisos. No entanto, de acordo com o seu § 2º, *in verbis*:

“os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por elas adotados ou dos Tratados Internacionais em que a República Federativa do Brasil é parte”, de modo que se conclui que há outros direitos fundamentais em outras partes da Constituição.

Assim, o constituinte não teve a intenção de restringir os direitos fundamentais àqueles enumerados no artigo em tela. Não o teria redigido se não tivesse o nítido desejo de possibilitar a expansão e atualização destes direitos ao longo da ‘vida’ constitucional.

Considerando nossa cláusula aberta, este parágrafo encerra o princípio da não tipicidade dos direitos fundamentais, de forma a confirmar o não congelamento destes direitos naqueles determinados no processo constituinte.

Realmente, ao referir-se aos direitos e garantias expressos nesta Constituição, o legislador teve a intenção de não fazer qualquer menção à posição a ser ocupada por eles no Texto, de forma que são considerados direitos e garantias fundamentais com a mesma hierarquia àqueles que ocupam diversas posições na Constituição Federal de 1988.

¹⁶ José Carlos Vieira De Andrade. “Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976”. Coimbra: Livraria Almedina. 1998, pág. 33.

Com base na Constituição, podemos classificar os direitos fundamentais em cinco grupos:

- 1) Direitos individuais (art. 5º);
- 2) Direitos coletivos (art. 5º);
- 3) Direitos sociais (art. 6º e 193 e ss.)
- 4) Direitos à nacionalidade (art.12);
- 5) Direitos políticos (arts.14 a 17)

1.3. Direitos fundamentais da criança e do adolescente

Há algum tempo atrás as crianças não eram titulares de direitos, mas apenas se sujeitavam ao poder familiar e figuravam, em regra, como meros objetos de intervenção do mundo adulto, havendo casos em que a defesa de sua vida e de sua condição humana precisou ser feita com fundamento em leis existentes para a proteção dos animais, sob o argumento de que, assim como os animais, as crianças eram seres vivos pertencentes ao reino animal.

Um dos casos simbólicos ocorreu em Nova Iorque, em 1874, quando uma assistente social, ao visitar uma família, encontrou acorrentada à cama uma menina, doente, maltratada e em péssimas condições de saúde. Porém, como não havia nenhuma lei que amparasse a proteção da criança contra os abusos do poder familiar, foi com base na lei de proteção aos animais que se encontrou o fundamento para a sua defesa, haja vista que, se a lei proibia os maus-tratos contra quaisquer seres vivos do reino animal, também proibia contra crianças.

Assim, com a repetição de casos como esses, a humanidade percebeu que crianças e adolescentes mereciam um tratamento diferenciado para proteção de seus direitos.

Dessa forma, a Organização Internacional do Trabalho foi a primeira instituição a aprovar uma convenção, em 1919, que limitava a idade para o início da vida economicamente ativa dos jovens. De uma forma mais abrangente, a

Sociedade das Nações, em 1924, aprovou a Carta da Liga sobre a Criança, mais conhecida como *Declaração de Genebra*, em que coloca a criança em uma situação claramente passiva, como mero objeto de proteção que deve receber algo.

Somente em 1959, depois de algumas revisões da Declaração de Genebra e quase dez anos depois da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, na qual teve inspiração, a Organização das Nações Unidas proferiu uma nova declaração, na qual a criança passa a ser vista como sujeito de direito e não mais como mero receptor passivo das ações realizadas em seu favor, e com o início da aplicação do princípio do melhor interesse da criança, que seria inserido 30 anos depois na convenção subsequente.

Em comemoração aos 20 anos da Declaração de 1959, e como forma de chamar a atenção da sociedade internacional, a Assembléia Geral da ONU proclamou o ano de 1979 o Ano da Criança, quando se começou a discutir uma proposta de elaboração da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, que acabou sendo aprovada somente dez anos mais tarde, no dia 20 de novembro de 1989, entrando em vigor internacional em setembro de 1990.

Em relação aos direitos fundamentais da criança e do adolescente, embora não constantes do rol do artigo 5º da Magna Carta, eles têm mesma hierarquia constitucional, podendo ser considerado direitos fundamentais de duas formas.

Primeiramente, o artigo 227, *caput*, da Constituição Federal, e outros aos mesmos alinhados, enumeram com clareza quais os direitos fundamentais que devem ser assegurados a estes sujeitos de direito com absoluta prioridade. Em segundo lugar, o Brasil é signatário da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança de 1989, que pode ser considerada parte dos “Tratados Internacionais em que a República Federativa do Brasil é parte”. Os fundamentos da Convenção estão refletidos no Estatuto da Criança e do Adolescente, os quais, ao terem sido recebidos pelo § 2º do artigo 5º, da Constituição Federal, têm o *status* de direito fundamental em nosso sistema constitucional.

Para assegurar a posição proposta, indica-se o mesmo art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, ao referir-se aos “Tratados Internacionais em que a República Federativa do Brasil seja Parte” como receptor em sede constitucional de todos os diplomas referentes aos direitos humanos.

O conceito utilizado pelo constituinte engloba diversos instrumentos internacionais referindo-se a “Tratados” como gênero em cuja espécie se encontram convenções e pactos e, ainda, os tratados propriamente ditos. Reporta-se à própria Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados¹⁷, a qual os considera como termo genérico determinante de um acordo internacional independentemente de sua designação particular. Apenas esta interpretação é capaz de evitar um considerável estreitamento da abertura constitucional referente ao direito internacional.

Entendida a extensão do termo tratado, destaque-se a importância da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, aprovada pela ONU em 20 de novembro de 1989 e ratificada pelo Brasil através do Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. Nascida de um árduo trabalho de dez anos por parte de representantes de 43 países-membros da Comissão de Direitos Humanos daquele organismo internacional, representou a comemoração dos 30 anos da Declaração Universal dos Direitos da Criança.

¹⁷ A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (CVDT), adotada em 22 de maio de 1969, codificou o direito internacional consuetudinário referente aos tratados e entrou em vigor em 27 de janeiro de 1980. O projeto de Convenção foi preparado pela Comissão de Direito Internacional (CDI) das Nações Unidas e submetido pela Assembleia Geral da ONU à apreciação da Conferência de Viena sobre o Direito dos Tratados, que celebrou a Convenção em 1969. Essa Convenção foi um marco importante para a codificação do direito internacional público, pois, em seu art. 2. 1, “a”, define o tratado como sendo “um acordo internacional celebrado por escrito entre Estados e regido pelo direito internacional, quer conste de um documento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação particular”. Apesar da Convenção de Viena de 1969 ter previsto apenas os acordos entre Estados, a lacuna foi suprida pela Convenção de 1986 sobre o Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais, cujo objetivo foi reconhecer as Organizações Internacionais como pessoas jurídicas de direito internacional público, capacitando-as, portanto, a firmar tratados e convenções internacionais. Até o momento, 101 Estados ratificaram a CVDT. Alguns juristas entendem que os termos da Convenção seriam aplicáveis até mesmo aos Estados que dela não fazem parte, devido ao fato de a CVDT coligir, na essência, o direito internacional consuetudinário vigente sobre a matéria. O governo brasileiro enviou, em 1992, o texto da CVDT para o Congresso Nacional, mas, até o momento, o Brasil não é Parte da Convenção.

Segundo Michel Bonnet, na fase de elaboração da Convenção, a principal questão debatida “*era definir direitos universais para as crianças, considerando a diversidade de percepções religiosas, sócio-econômicas e culturais da infância nas diversas nações*”.¹⁸

Fruto de compromisso e negociação, tal Convenção representa o mínimo que toda a sociedade deve garantir às suas crianças, reconhecendo em um único documento as normas que os países signatários devem adotar e incorporar a sua ordem interna. A Convenção exige, por parte de cada Estado que a subscreva e ratifique, uma tomada de decisão, incluindo-se os mecanismos necessários à fiscalização do cumprimento de suas disposições (e obrigações).

Deve, inclusive, servir de instrumento básico para todos aqueles que direta ou indiretamente trabalham em prol da população infanto-juvenil.

Flávia Piovesan assim nos ensina:

“A Convenção acolhe a concepção do desenvolvimento integral da criança, reconhecendo-a como verdadeiro sujeito de direito, a exigir proteção especial e absoluta prioridade. Os direitos previstos na Convenção incluem: o direito à vida e à proteção contra a pena capital; o direito a ter uma nacionalidade; a proteção ante a separação dos pais; o direito a deixar a qualquer país e de entrar em seu próprio país; o direito de entrar e sair de qualquer Estado-parte para fins de reunificação familiar; a proteção para não ser levada ilicitamente ao exterior; a proteção de seus interesses no caso de adoção; a liberdade de pensamento, consciência e religião; o direito ao acesso a serviços de saúde, devendo o Estado reduzir a mortalidade infantil e abolir práticas tradicionais prejudiciais à saúde; o direito a um nível adequado de vida e segurança social; o direito à educação, devendo os Estados

¹⁸ Michel Bonnet. “Convention on the Rights of the Child”, In “Second Asian Regional Conference on child abuse and neglect”, pág. 71.

oferecerem educação primária compulsória e gratuita; a proteção contra a exploração econômica, com a fixação da idade mínima para admissão em emprego; a proteção contra o envolvimento na produção, tráfico e uso de drogas psicotrópicas; a proteção contra a exploração e o abuso sexual.”¹⁹

No entanto, a preocupação no tocante à infância não tem origem apenas nesta data. Destacam-se, ainda, neste século, outros documentos internacionais de proteção à infância e à juventude:

A proteção especial já aparece na Declaração de Genebra de 1924, em que foi declarada a necessidade de proclamar à criança uma proteção especial.

A Declaração Universal de Direitos Humanos aprovada no seio das Nações Unidas em 1948 reconheceu que a “infância tem direito a cuidados e assistência especiais e que todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozam da mesma proteção social” (art. XXV, 2).

Coube à já mencionada Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959 determinar, no seu segundo princípio, que “*a criança gozará de proteção especial e disporá de oportunidade e serviços, a serem estabelecidos em lei por outros meios, de modo que possa desenvolver-se física, mental, moral, espiritual e socialmente de forma saudável e normal, assim como em condições de liberdade e dignidade*”. Ao promulgar leis com este fim, a consideração fundamental a que se atenderá será o interesse superior da criança.

Tomando como modelo a Convenção Européia de Direitos Humanos, destaque-se, em nosso continente, a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica de 1969), que estabelece no seu art. 19 que “*toda criança tem direito às medidas de proteção que sua condição de menor requer por parte da família, da sociedade e do Estado*”. O Brasil veio a ratificar esta

¹⁹ Flávia Piovesan, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, 4ª edição. São Paulo. Max Limonad. 2000. pág. 196/197.

Convenção mais de vinte anos depois, através do Decreto nº 678 de novembro de 1992.

Também tem especial importância as Regras de Beijing (Resolução nº 40.33 da Assembleia Geral da ONU de 29 de novembro de 1985), que estabeleceram normas mínimas para a administração da Justiça da Infância e da Juventude. Da mesma forma, as Diretrizes de Riad para a “prevenção da delinquência juvenil” e as Regras mínimas das Nações Unidas para a proteção de jovens privados de liberdade foram aprovadas pela Assembleia Geral da ONU de 1990, as quais se somaram aos demais documentos internacionais de proteção à infância deste século. Estes dois documentos, embora ainda não ratificados pelo Brasil, tiveram seus princípios incorporados ao Estatuto da Criança e do Adolescente.

Os direitos fundamentais oriundos das regras internacionais aglutinam-se à Constituição por meio do § 2º do art. 5º. Adquirem, outrossim, junto ao sistema constitucional *status* igual ao concedido aos demais direitos fundamentais, sendo que, àqueles referentes à criança e ao adolescente celebrados nos diplomas internacionais dos quais o Brasil é parte pertencem à Constituição Federal de acordo com o princípio da não tipicidade dos direitos fundamentais.

Conclui-se, por fim, que tanto por constituírem direitos assinalados no texto constitucional, os denominados direitos fundamentais dispersos, ou por terem sido celebrados em acordos internacionais, os direitos da criança e do adolescente constituem direitos duplamente fundamentados no sistema constitucional oriundo de 1988.

Os direitos fundamentais da criança e do adolescente estão previstos no art. 4º, *caput*, do Estatuto da Criança e do Adolescente, cujos titulares são, por óbvio, os infantes e os jovens. Já os sujeitos que deverão respeitá-los serão não apenas os órgãos direta ou indiretamente ligados ao Estado, mas todos os que circundam as crianças e os adolescentes com titularidade sobre esses direitos (família e sociedade), como consequência de responsabilidade de zelar por eles de forma mais abrangente possível.

Nos termos da lei 8.069/90, os direitos fundamentais da criança e do adolescente estão assim divididos:²⁰

- a) direito à vida e à saúde – arts. 7º a 14;
- b) direito à liberdade, ao respeito e à dignidade – arts. 15 a 18;
- c) direito à convivência familiar e comunitária, arts. 19 a 52;
- d) direito à educação, à cultura, ao esporte e ao lazer, arts. 53 a 59;
- e) direitos à profissionalização e à proteção no trabalho – arts. 60 a 69.

Os direitos fundamentais de primeira geração estão previstos nos artigos 7º (direito à vida), 15 e 16 (direito à liberdade) e 17 (respeito a crenças, idéias e valores); já os de segunda geração estão nos artigos 7º (direito à saúde), 53 (direito à educação), 59 (direito à cultura, ao esporte e ao lazer) e 61 e 69 (direito à proteção no trabalho) e 65, que assegura todos os direitos trabalhistas e previdenciários.

Todos esses direitos da criança e do adolescente são indisponíveis, pois são compostos de uma parte individual e de uma outra pública, que os caracterizam como insuscetíveis de qualquer forma de renúncia ou transação.

Essa indisponibilidade decorre da condição especial de seus titulares e da proteção integral a eles devida, abrangendo a totalidade de seus direitos, estabelecidos também em razão do interesse social em garantir o efetivo atendimento às necessidades básicas da infância e da juventude.

O Estatuto também assegura que a criança e o adolescente gozem de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade (art. 3º).

²⁰ Sobre o tema, o eminente Procurador de Justiça Roberto João Elias, em sua obra Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente (São Paulo, Saraiva, 2ª edição, 2004, pág.02) explica que, “com o Estatuto, o menor tornou-se sujeito de muitos direitos que não lhe eram conferidos por nosso ordenamento jurídico”.

Roberto João Elias indica claramente a necessidade de defesa desses direitos fundamentais, reconhecendo-se crianças e adolescentes como seus titulares, na qualidade de sujeitos, e não mero objetos.²¹

Para tanto, invoca o escopo do Direito da Infância e da Juventude, que é a proteção integral, ao declarar a impossibilidade de existência de qualquer tratamento discriminatório, negligente, explorador, violento, cruel ou opressor a crianças e adolescentes por parte da família, da sociedade ou do Estado.²²

Esse dispositivo aparece como uma solene declaração de princípios, semelhante a outras, contidas em Cartas Constitucionais e convenções internacionais, como o Preâmbulo da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, adotada pela Assembléia-Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989.

Neste trabalho trataremos especificamente do direito à educação infantil, que será abordado no tópico a seguir.

1.4. Direito à educação infantil

O direito fundamental à educação é tema que é abordado tanto na Constituição Federal, Estadual, Leis Orgânicas dos Municípios, Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei de Diretrizes e Bases como em outros diplomas legais.

De fato, a Constituição Federal dispõe que a educação é um direito social (art. 6º), dever do Estado e da família e que será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho (art.205).

²¹ Roberto João Elias, Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente, São Paulo, Ed. Saraiva, 2ª edição, 2004, pág. 05.

²² Roberto João Elias, Direitos fundamentais da criança e do adolescente, São Paulo, Ed. Saraiva, 2005, pág. 05.

A Magna Carta igualmente dispôs que o dever do Estado com a educação será efetivada mediante a garantia de atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a cinco anos de idade (art. 208, inciso IV), dispositivo este que foi repetido tanto na Constituição Estadual (art. 247), na Lei Orgânica do Município de São Paulo (art. 203, inciso II), no Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 54, inciso VI) e na Lei de Diretrizes e Bases, lei 9.394/96, (art. 4º, inciso IV), sendo que todos esses diplomas legais também ressaltaram que o Município atuará prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil.

Realmente, a Constituição Federal, em seu art. 211, § 3º, dispôs que os Estados e o Distrito Federal atuarão prioritariamente no ensino fundamental e médio e, no § 2º deste artigo dispôs que os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil.

Portanto, não há dúvida de que a responsabilidade primordial do Município é com a educação infantil, pois, em que pese a Lei Orgânica do Município de São Paulo dispor ser dever do Município, através da rede própria, com a cooperação do estudo, o provimento em todo o território municipal de vagas, em número suficiente para atender à demanda quantitativa e qualitativa do ensino fundamental obrigatório e progressivamente (grifei) à da educação infantil (art. 201, § 6º), a Constituição Federal não fez nenhuma distinção entre o ensino fundamental e o ensino infantil, de modo que Lei Orgânica Municipal não poderia fazê-la.²³

Todos esses diplomas legais fazem uma abordagem detalhada do direito à educação, mas aqui ainda é necessário registrar que, devido à importância do tema, a Constituição Federal estipulou, como uma das exceções à vedação de

²³ Nesse sentido, o Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira, Inep, que todos os anos realiza o mais abrangente levantamento estatístico sobre o sistema educacional brasileiro, que é o Censo Escolar da Educação Básica, revelou, nos resultados do levantamento de 2006, um universo de, aproximadamente, 55,9 milhões de matrículas e 203,9 mil estabelecimentos educacionais, distribuídos nas diferentes etapas e modalidades de ensino da educação básica. Esse Instituto ainda constatou que a oferta de vagas em creche encontra-se, basicamente, em escolas públicas municipais. Em 2006, o sistema municipal de ensino respondeu por 62,9% das matrículas e o sistema privado por 35,8%, enquanto que em 2005 esses percentuais eram de 60,9% e 37,8%, respectivamente. Em relação à pré-escola, a oferta é também bastante municipalizada: a rede de municipal responde por 70,1% do atendimento, índice que se manteve nos últimos dois anos (2005 e 2006), enquanto que a rede privada respondeu por 26,1% das matrículas em 2005 e decresceu levemente para 25,77% em 2006.

vinculação de receita de impostos (art. 76 da ADCT), que a União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino (art.212).

A não observância da aplicação do mínimo exigido de recursos no desenvolvimento e na manutenção do ensino dá ensejo à intervenção por parte dos Estados nos Municípios (art. 35, III, da C. F.) e da União nos Estados e no Distrito Federal (art. 34, VII, e, da C.F.).

Por sua vez, a Constituição do Estado de São Paulo e a Lei Orgânica do Município de São Paulo foram além, ao dispor que o Estado e o Município aplicarão, anualmente, na manutenção e no desenvolvimento do ensino público, no mínimo, trinta por cento da receita resultante de impostos, incluindo recursos provenientes de transferências (art. 255 da Constituição Estadual e art. 208 da Lei Orgânica Municipal).

Outrossim, tem que ser ressaltado que a Emenda Constitucional nº 53/2006 alterou o art. 208, IV, da Constituição Federal, reduzindo para cinco anos o atendimento de crianças na educação infantil.

Por sua vez, o Estatuto da Criança e do Adolescente, lei 8.069, de 13 de julho de 1990, que disciplina em grande parte todo o Direito da Infância e da Juventude, em inúmeros de seus dispositivos registra o dever do Poder Público para com a educação, com ênfase no ensino fundamental e na educação infantil, premissas maiores de intervenção do Município na condução da gestão educacional. Destaca-se, nesse contexto, o próprio art. 4º do Estatuto, que dispõe ser dever do Poder Público assegurar, **com absoluta prioridade**, a efetivação do direito à educação.

Realmente, o Estatuto da Criança e do Adolescente, repetindo regra da Constituição Federal (artigos 227 e seus parágrafos), que dispõe que criança deve ser tratada com prioridade absoluta, quis dizer que o apoio e a proteção à

infância e à juventude devem figurar, obrigatoriamente, entre as prioridades dos governantes, assinalando, ainda, que não ficou por conta de cada governante decidir se dará ou não apoio prioritário às crianças e aos adolescentes.

Mas essa prioridade não abrange somente os governantes, mas também à família, à comunidade e à sociedade, que devem colocar entre os seus objetivos primordiais o cuidado das crianças e dos adolescentes, especialmente com a educação.

Com efeito, o art. 18 do Estatuto da Criança e do Adolescente diz que é dever de todos zelar pela dignidade da criança e do adolescente, de modo que nos ensina o Procurador de Justiça Roberto João Elias:

*“De um modo geral, os direitos da personalidade são oponíveis a todos, erga omnes. No caso do art. 18, a responsabilidade de velar pela dignidade do menor é atribuída a todos. Não se trata apenas de respeitar o direito da criança e do adolescente, mas também de agir em sua defesa. É o que se subentende da expressão ‘pondo-os a salvo’. Assim, todas as pessoas são responsáveis como se lhes tivesse sido atribuídas uma paternidade abrangente. Quem se omitir será responsabilizado”.*²⁴

Assim, em vez de gastar o dinheiro público com construções de obras não relacionadas com a criança ou o adolescente, com publicidade, com o aumento da despesa em virtude da contratação de novos funcionários públicos, principalmente aqueles comissionados, o governante deve priorizar a criança e o adolescente, dando preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas e também destinando, de forma privilegiada, recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

Segundo o Promotor de Justiça Wilson Donizete Liberatti, especialista na área dos direitos da criança,

²⁴ Roberto João Elias, Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente, São Paulo, Ed. Saraiva, 2ª edição, 2004, pág. 19.

*“Por absoluta prioridade, devemos entender que a criança e o adolescente deverão estar em primeiro lugar na escala de preocupação dos governantes; devemos entender que, primeiro, devem ser atendidas todas as necessidades das crianças e adolescentes (...). Por absoluta prioridade, entende-se que, na área administrativa, enquanto não existirem creches, escolas, postos de saúde, atendimento preventivo e emergencial às gestantes, dignas moradias e trabalho, não se deveria asfaltar ruas, construir praças, sambódromos, monumentos artísticos etc, porque a vida, a saúde, o lar, a prevenção de doenças são mais importantes que as obras de concreto que ficam para demonstrar o poder do governante”.*²⁵

Da mesma forma, afirma, com muita propriedade, Paulo Afonso Garrido de Paula que

*“Na área da infância e juventude, considerando que os direitos da criança ou adolescente contam a garantia constitucional da prioridade absoluta – aliás a única categoria de direitos distinguida com tal seguro no texto da Lei Maior - , é de se reconhecer, mais ainda, atuação política vinculada do governante, de modo que a discricionariedade administrativa não serve como obstáculo ao implemento compulsório, mediante ordem judicial, das obrigações derivadas dos direitos da criança ou adolescente”.*²⁶

O tema da educação é de tal transcendência que há lei federal com quase uma centena de artigos estabelecendo apenas as diretrizes e bases para a educação. Esse diploma, a Lei 9.394, de 20 de dezembro de 1996, no que se refere ao dever do Estado para com a educação, destaca que o acesso ao ensino fundamental é direito público subjetivo, podendo qualquer cidadão, grupo de cidadãos, associação comunitária, organização sindical, entidade de classe ou outra legalmente constituída, e, ainda, o Ministério Público, acionar o Poder Público para

²⁵ O Estatuto da Criança e do Adolescente – Comentários. São Paulo : IBPS. P. 4-5.

²⁶ Funções Institucionais do Ministério Público, Organizadores Airton Buzzo Alves e outros, Editora Saraiva, pág. 334.

exigi-lo (art.5º), destacando assim um mecanismo que regula a forma de participação popular no que tange à questão da educação.

A educação escolar como processo de formação integral do cidadão compõe-se de educação básica e de educação superior, de acordo com o art. 21 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação.

A educação infantil é elo integrante da corrente denominada *educação básica*, que compreende a educação infantil, o ensino fundamental e o ensino médio.

Segundo os artigos 29 e 30 da referida lei, a educação infantil é a primeira etapa da educação básica, sendo oferecida em creches para as crianças de zero a 3 (três) anos e em pré-escolas para as crianças de 4 (quatro) a 6 (seis) anos de idade. A diferença entre as idades máximas de permanência na educação infantil estabelecidas na Lei de Diretrizes e Bases e na Constituição é fruto da recente modificação provocada pela Emenda Constitucional nº 53/2006, prevalecendo o texto constitucional, que reduziu o limite para 5 (cinco) anos de idade, uma vez que o ensino fundamental passou a durar 9 (nove) anos.

A Lei nº 11.274/2006, que alterou a Lei de Diretrizes e Bases, reduzindo a idade de ingresso obrigatório no ensino fundamental de 7 (sete) para 6 (seis) anos, deveria ter ajustado a idade de saída da pré-escola para (5) cinco anos, dando coerência ao texto.

Expressa o art. 22 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação apenas duas finalidades da educação básica: a) fornecer ao aluno a formação comum indispensável para o exercício da cidadania; b) fornecer-lhes meios para progredir no trabalho e em estudos posteriores.

Já o art. 2º desta mesma Lei prevê que a educação tem por finalidade o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. Assim, parece primordial que o objetivo

primeiro da educação básica seja alcançar o pleno desenvolvimento do educando, em que pese o art. 22 ter disposto apenas duas finalidades da educação básica.

Cada ramo da educação básica, por sua vez, tem seus objetivos próprios, assim definidos nos artigos 29, 32 e 35 da lei 9.394/96:

a) a educação infantil tem como finalidade o desenvolvimento integral da criança até seis anos de idade, em seus aspectos físico, psicológico, intelectual e social, complementando a ação da família e da comunidade (art.29); b) o ensino fundamental terá por objetivo a formação básica do cidadão, mediante: 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; (art.32); c) o ensino médio terá como finalidade: I - a consolidação e o aprofundamento dos conhecimentos adquiridos no ensino fundamental, possibilitando o prosseguimento de estudos; II - a preparação básica para o trabalho e a cidadania do educando, para continuar aprendendo, de modo a ser capaz de se adaptar com flexibilidade a novas condições de ocupação ou aperfeiçoamento posteriores; III - o aprimoramento do educando como pessoa humana, incluindo a formação ética e o desenvolvimento da autonomia intelectual e do pensamento crítico; IV - a compreensão dos fundamentos científico-tecnológicos dos processos produtivos, relacionando a teoria com a prática, no ensino de cada disciplina (art.35).

A fim de garantir o direito à educação infantil, o governo federal criou o ProInfância por considerar que a construção de creches e escolas de educação

infantil, em muitos municípios e, em outros, a reestruturação e aquisição de equipamentos para a rede física escolar desse nível educacional são indispensáveis à melhoria da qualidade da educação. O programa foi instituído pela Resolução nº 6, de 24 de abril de 2007, e é parte das ações do Plano de Desenvolvimento da Educação (PDE) do Ministério da Educação.

Seu principal objetivo é prestar assistência financeira, em caráter suplementar, ao Distrito Federal e aos Municípios definidos como prioritários conforme os critérios estabelecidos pelo Anexo 1 da resolução que criou o programa. Os recursos são destinados à construção, reforma, pequenos reparos e aquisição de equipamentos e mobiliário para creches e pré-escolas públicas da educação infantil.

Para se beneficiar do ProInfância, é indispensável que o Distrito Federal e os municípios prioritários estejam com seus dados orçamentários relativos à educação atualizados no Sistema de Informações sobre Orçamentos Públicos em Educação (Siope) do Ministério da Educação. É indispensável, também, que detenham título de dominialidade do terreno onde haverá a edificação.

As escolas construídas ou reformadas no âmbito do programa devem adequar a edificação a fim de permitir seu uso por pessoas com necessidades especiais, criando e sinalizando rotas acessíveis ligando os ambientes de uso pedagógico, administrativo, recreativo, esportivo e de alimentação.

O orçamento do programa para 2007 é de R\$ 200 milhões, mas até outubro de 2007 o investimento havia sido de R\$ 28 milhões, bem abaixo do desejado. A classificação dos municípios leva em conta aspectos populacionais, educacionais e de vulnerabilidade social.

1.5. Disciplina geral da educação infantil

As creches, ou entidades equivalentes, destinam-se às crianças de até três anos de idade (art. 30, inc. I, da LDB), mas o atendimento segue até os três

anos e onze meses, pois somente a partir dos quatro anos é que poderia ingressar na pré-escola ou nas escolas infantis.

A transição da educação infantil para o ensino fundamental tem gerado algumas questões que precisam ser esclarecidas. Afinal, a criança que completa 6 (seis) anos durante o ano letivo deve ser matriculada em qual etapa da educação básica? Aos 6 (seis) anos é obrigatório transferi-la para o ensino fundamental?

Primeiramente, qualquer que seja a solução a ser dada para tais questões, deve prevalecer o interesse superior da criança (CF/88, art.227 e ECA), ou seja, nenhuma medida de natureza administrativa pode limitar o exercício de seus direitos e o seu pleno desenvolvimento. Além disso, tem que ser ressaltado o princípio da permanência na escola (CF/88, art.206, I), o qual implica na garantia de continuidade dos estudos, não podendo haver vacância no atendimento escolar. Observados esses princípios fundamentais, os sistemas de ensino devem regulamentar a referida transição, de modo a assegurar que as crianças exerçam o direito à educação até o último dia do ano letivo anterior ao seu ingresso no ensino fundamental. Pode-se determinar, por exemplo, que ingressam no ensino fundamental as crianças que completem 6 (seis) anos até o dia de início das aulas, devendo as demais serem matriculadas na pré-escola.

Outra questão de grande interesse que se põe em relevo neste ponto diz respeito à natureza desse atendimento educacional prestado em creches e pré-escola, pois pelo que se infere sistematicamente do disposto no art. 30 desta Lei, a educação infantil não integra propriamente o domínio fundamental do ensino, face ao caráter não obrigatório e também porque na educação infantil a avaliação far-se-á mediante acompanhamento e registro do seu desenvolvimento, sem o objetivo de promoção, mesmo para o acesso ao ensino fundamental.

Por outro lado, a educação infantil, primeira etapa da educação básica, tem como finalidade o desenvolvimento integral da criança até seis anos de idade, em seus aspectos físico, psicológico, intelectual e social, complementando a ação da família e da comunidade (art. 29), servindo assim como etapa básica para adequado aproveitamento do ensino fundamental. Ademais disso, por figurar como

princípio a igualdade de condições para o acesso e a permanência na escola (art. 3º, inc. I), as crianças que puderam desfrutar, sobretudo, de pré-escola, tendem a ingressar em condições mais evoluídas no processo de alfabetização e desenvolvimento intelectual. Assim, diante do sistema de direitos e garantias preconizado pela Constituição Federal e pela Lei 9.394/96, 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, tornando-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 público subjetivo, regendo-se pelas disposições tanto do Estatuto da Criança e do Adolescente, quanto da lei de diretrizes e bases, 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 nº 8.069/90 e art. 5º da Lei nº 9.394/96).

Disposições análogas a essa disciplina jurídica da educação pré-escolar e infantil estão dispostas nos arts. 208, inc. IV, da Constituição Federal e 54, inc. VI, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A Lei 9.394/96 estendeu a garantia da gratuidade para a educação em creche infantil, assim como para o ensino fundamental. Ocorre que para o ensino fundamental há prática de crime de abandono intelectual pelos pais se deixarem de prover a educação de filho em idade escolar. Apenas para os pais existe essa obrigatoriedade especial, porque a obrigação genérica do Estado existe não apenas para o ensino fundamental, mas para todos aqueles previstos no art. 4º, no âmbito de sua competência. O art. 5º, § 2º, indica apenas uma ordem de preferência na formulação das políticas de atendimento, mas todas as modalidades de ensino sendo deveres do Poder Público são de prestação obrigatória.

1.5.1. Da Obrigatoriedade da Educação Infantil em Creches e Pré-Escolas

As Constituições do fim do século XVIII não resolveram o problema técnico da obrigatoriedade, nem o problema técnico da generalização da escola. Nem mesmo da escola primária. Institui-se o ensino gratuito, mas os dirigentes ficaram como os únicos juízes do número de postos escolares e das lotações. A escola única não veio à tona. Todavia, somente era do ensino primário que se cogitava. Ao lado do direito à educação deveria estar a obrigação de educação.

A partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 e o que nela contém a respeito de educação e, especialmente quanto à educação infantil, inúmeras inovações, em termos legais, têm sido verificadas. Dentre estas inovações o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8069/90) e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei nº 9.394/96) merecem destaque em virtude de seu caráter nacional e abrangente.

Tendo em vista a intrínseca relação jurídica que há entre as normas citadas e a correlação lógica existente entre elas, cumpre citar o art. 208 da Constituição Federal a fim de que seja possível demonstrar a evolução e a sua importância, principalmente no que tange à educação infantil.

Com efeito, o art. 208 da Constituição Federal estatui que o dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a cinco anos de idade (inciso IV) e que o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo (§ 1º).

Desde já é possível verificar a dimensão da responsabilidade estatal no tocante ao tema da educação, sendo caracterizado como seu **dever** o oferecimento do ensino básico, ou seja, do ensino infantil, fundamental e médio, segundo definição proposta pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação. E aqui cabe adiantar que o texto constitucional, como se vê, não traça qualquer hierarquia ao enumerar as diversas áreas de atuação do Estado no universo da educação,

limitando-se a defini-las como “deveres” a serem, obviamente, cumpridos, na medida em que a demanda da sociedade assim o exigir.

De acordo com este preceito constitucional, o Estatuto da Criança e do Adolescente consagrou novamente, em seu art. 54²⁷, o dever do Estado em propiciar a educação básica, salientando os mesmos pontos tratados pela Carta Magna.

E por fim, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional retoma a questão da responsabilidade do Estado em tema de educação, conforme disposto em seu art. 4º. Esta Lei, por sua vez, define a composição dos níveis escolares, já tratado de maneira genérica na Constituição Federal. Deste modo, em seu artigo 21 fica definida a estrutura da educação escolar em educação básica e superior.

E aqui cumpre fazer algumas considerações. O legislador ao estipular o que comporia a educação básica, agrupou aqueles níveis escolares que, como diz o próprio nome, são básicos à formação do indivíduo e assim, indispensáveis ao seu desenvolvimento como ser humano e como cidadão. Tanto o é que não incluiu neste rol o ensino superior que, apesar de muito importante, não assume como objetivo primordial a formação da personalidade do aluno.

Deste modo, da mesma forma que o ensino fundamental e o ensino médio, o ensino infantil encontra-se em posição privilegiada no rol de deveres do Estado. E tal privilégio encontra respaldo não somente na esfera jurídica como, e principalmente, no campo da pedagogia e da psicologia. Qualquer profissional da área, ao ser inquirido 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 1ª série do primeiro grau do que aqueles que não cursaram.

²⁷ Art. 54 do Estatuto: “É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente: I- ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria; ...”

Como informa com muita propriedade Motauri Ciocchetti de Souza:

“Nesse sentido, notícia veiculada pelo jornal O Estado de São Paulo, em sua edição de 04.04.2002, com o título Criança pobre sai perdendo desde a primeira infância, O texto respectivo, após afirmar que o ‘acesso à educação infantil é não só direito como determinante na aprendizagem’ expõe o resultado de estudo feito com base na pesquisa sobre padrões de vida, o qual anota que dois anos de pré-escola aumentam a escolaridade em um, sendo certo que a criança que teve o acesso a creche e pré-escola tem mais chance de completar o ensino fundamental, seu nível de repetência diminui de 3% a 5% a cada ano de educação infantil cursado e sua renda tende a ser maior.”

“Isso porque – segundo o mesmo artigo – os primeiros seis anos de vida são decisivos para o desenvolvimento de habilidades lógicas, musicais, emocionais, motoras e de convívio social, predicamentos indispensáveis para que o ensino fundamental possa vir a ser mais bem aproveitado pelo infante.”²⁸

Diante do exposto, chega-se a uma conclusão lógica: não há nenhum tipo de preferência prevista pela Lei entre o fornecimento de educação fundamental e o de educação infantil. Isto significa, portanto, que o Estado será responsabilizado da mesma forma se deixar de prover adequadamente o ensino infantil, assim como o será se deixar de prover o ensino fundamental.

E neste ponto cabe uma indagação: qual então o sentido do termo obrigatório atribuído à educação fundamental no § 1º do art. 208 da Constituição Federal e conseqüentemente da responsabilidade pelo seu não-oferecimento prevista no § 2º do mesmo artigo?

²⁸ Motauri Ciocchetti de Souza. Defesa dos Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência, Coord. Luiz Alberto David Araújo, pág. 268.

Ora, claro é que quando a Lei determina a obrigatoriedade do ensino fundamental, fica evidenciada a intenção do legislador em enfatizar o caráter indispensável desta etapa educativa, o que não significa colocá-la acima, em termos de importância, à educação infantil. Significa, por seu turno, que o legislador foi atento ao tema da educação fundamental, visando frisar aos administradores do Estado que o seu não fornecimento adequado pode gerar consequências várias no que tange à responsabilidade jurídica. Claro que o não fornecimento do ensino infantil também gera responsabilização estatal, mas que, como se verá adiante, apresenta aspectos diferentes da responsabilidade suscitada nos casos do não cumprimento da demanda do ensino fundamental.

Assim, enquanto a obrigatoriedade do ensino fundamental caracteriza-se como um dever de duas vias, ou seja, dever do Estado em propiciar e dever dos pais em garantir a matrícula do filho menor, a obrigatoriedade do ensino infantil caracteriza-se somente pelo dever do Estado em propiciá-la. Neste segundo caso, este caráter obrigatório não se encontra expresso na lei, como no caso da educação fundamental, mas implícito no “caput” do art. 208 da Constituição Federal, que determina: “O dever do Estado com a educação...”

Moutari ainda complementa com o seguinte fundamento:

“Nessa quadra, quando o § 1º do art. 208 da CF afiança que ‘o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo’, certamente não está restringindo sua dicção ao ensino fundamental: quando o legislador constituinte pretendeu restringir determinada regra a mencionado nível de educação, ele fez utilizando o vocábulo fundamental –e não obrigatório.”

29

Ambos os ciclos educacionais, portanto, têm caráter obrigatório, restando a diferença entre eles o fato de no caso do ensino infantil não estarem os

²⁹ Motauri Ciocetti de Souza. Defesa dos Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência, Coord. Luiz Alberto David Araújo, pág. 274.

pais compelidos pela lei a matricular suas crianças nas creches e pré-escolas. No caso do ensino fundamental, determina o Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 55: “Os pais ou responsável têm a obrigação de matricular seus filhos ou pupilos na rede regular de ensino”

Tal obrigação é elemento integrante daquele rol de deveres que incumbe aos pais cumprirem, sob pena, inclusive de destituição de pátrio poder. Assim, dispõe novamente a referida Lei:

Art. 22: “Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.”

E quanto à sanção prevista por este Estatuto Legal:

Art. 24: “A perda e a suspensão do pátrio poder serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22”

E, por fim, cumpre ressaltar que também incorrem em prática de crime os pais que não provêm ao filho a educação adequada, sendo este fato criminoso intitulado como “abandono intelectual”, previsto no art. 246 do Código Penal.³⁰

O objetivo da citação destes dispositivos legais é exatamente demonstrar qual o tipo de vínculo obrigacional que existe entre o particular e o ensino fundamental, pois, em relação ao Estado, a obrigação se caracteriza seja quanto ao ensino fundamental, seja quanto ao ensino infantil.

³⁰ Abandono intelectual Art. 246 - Deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar: Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa.

A educação é obrigatória para o Estado como serviço público que deve ser posto em quantidade e qualidade necessárias para atendimento universal da população em condições de igualdade de conteúdo e aproveitamento àquele posto à disposição pela iniciativa privada.

Ora, se o ensino infantil é obrigatório, também pode se dizer que é direito público subjetivo, assim como o ensino fundamental. Tal conclusão, ainda que óbvia, é baseada em estudos científicos e no bom senso, pois afinal está se falando de uma etapa importantíssima na educação da criança, que merece especial atenção.

Segundo o eminente professor Rodolfo de Camargo Mancuso, “os direitos subjetivos compreendem posições de vantagem, privilégios, prerrogativas, que, uma vez integradas ao patrimônio de seu titular, passam a beneficiar de uma tutela especial do Estado.” E complementa: “quando tais prerrogativas se estabelecem em forma de créditos formados contra ou em face do Estado, tomam a designação de direitos subjetivos públicos”.³¹

Mais uma vez, o brilhante Promotor de Justiça Motauri Ciocchetti de Souza ensina que:

“Mais do que isso até: antes de ser um dever do Estado, a educação trata-se de um direito público subjetivo da pessoa humana, exatamente porque de sua definição como direito (e direito fundamental, que se mostra insuscetível a restrições quanto a sua incidência, sendo-lhe perfeitamente adequada a extensão da aplicabilidade imediata prevista no art. 5º, § 1º, da Constituição Federal) é que surge o correlato dever do Poder Público.”³²

O ilustre autor cita ainda Luis Roberto Barroso, que ensina que:

³¹ Rodolfo de Camargo Mancuso - *Ação Popular*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1998, pág. 121.

³² Motauri Ciocchetti de Souza. *Defesa dos Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência*, Coord. Luiz Alberto David Araújo, pág. 272.

“Quando o legislador constituinte dedicou especial atenção ao ensino fundamental, o fez para não se sujeitar a risco de interpretação, fato que, contudo, não deve induzir ao equívoco de uma leitura restritiva, pois 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. Com isso evita que a autoridade pública se furte ao dever que lhe é imposto, atribuindo ao comando constitucional, indevidamente, caráter programático e, pois, insuscetível de ensejar a exigibilidade de prestação positiva.”³³

De acordo com tal definição, fica claro visualizar o direito à educação infantil como um direito subjetivo, já que, integrando o rol de direitos sob titularidade da criança, passam, necessariamente, a serem tutelados pelo Estado. E mais, patente é constatar que também se trata de um direito público subjetivo haja vista que figura como crédito em face do Estado.

Ora, se é a educação infantil direito público subjetivo e de caráter obrigatório, qual a motivação do legislador em expressar tais condições apenas para o ensino fundamental?

A resposta é simples. Ao se proceder à análise dos textos legais pertinentes à educação, uma conclusão somente é cabível: não há hierarquia alguma entre o ensino fundamental e o infantil. Optou, porém, o legislador em ressaltar aos administradores do Estado que o ensino fundamental é tão importante para a criança a ponto de estarem os pais obrigados a matricular seus filhos, sob pena de sofrerem todas as sanções acima expostas. E se os pais estão obrigados a cumprir este dever, o Estado, logicamente, deve prover a escola de toda a infraestrutura necessária, pois, caso contrário, as normas mencionadas teriam seu conteúdo esvaziado.

³³ Luís Roberto Barroso, O direito constitucional e a efetividade de suas normas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. pág.115.

No caso do ensino infantil, tal obrigação legal dos pais em relação à matrícula dos filhos não existe, o que, em tese, abrandaria a urgência do fornecimento. O que não significa que não seja o ensino infantil obrigatório ou consistente em um direito público subjetivo, ou seja, passível de ser objeto de responsabilização estatal em função de seu não fornecimento adequado.

Ademais disso, por figurar como princípio a igualdade de condições para o acesso e a permanência na escola (art. 3º, inc. I, da lei de diretrizes e bases), as crianças que puderam desfrutar, sobretudo, de pré-escola, tendem a ingressar em condições mais evoluídas no processo de alfabetização e desenvolvimento intelectual. Assim, diante do sistema de direitos e garantias preconizados pela Carta Magna e pela Lei 9.394/96, mesmo sem o caráter obrigatório para os pais ou responsáveis, a pré-escola, correspondendo a deveres do Estado para com a educação, são etapas do ensino fundamental, tornando-se secundário o disposto no art. 30 da lei de diretrizes e bases.

Assim, o acesso à pré-escola também, e igualmente ao ensino fundamental propriamente dito, é direito público subjetivo, regendo-se pelas disposições tanto do ECA, 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 cinco anos de idade. (art. 208, III, da Lei nº 8.069/90 e art. 5º da Lei nº 9.394/96).

Disposições análogas a essa disciplina jurídica da educação pré-escolar e infantil estão dispostas, como visto, nos arts. 208, inc. IV, da Constituição Federal e 54, inc. VI, do ECA.

Por fim, a Constituição Federal assegura educação infantil às crianças com deficiência, sobre a qual Roberto João Elias faz o seguinte comentário:

“o atendimento especial aos deficientes na rede regular de ensino está em consonância com o preceito constitucional do art. 227, §1º, II, que se refere ao atendimento especializado

para os portadores de deficiência física, sensorial ou mental. Isso é desejável dentro do princípio básico da proteção integral, uma vez que cada menor deverá ser atendido de acordo com suas necessidades, tendo em vista o desenvolvimento pleno de sua personalidade”³⁴.

³⁴ Roberto João Elias, Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente, São Paulo, Ed. Saraiva, 2ª edição, 2004, pág. 53.

CAPÍTULO 2

PRINCÍPIOS QUE REGEM OS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

A fim de se demonstrar que o oferecimento de vagas em creches e pré-escola não se insere dentro da competência discricionária da Administração, mas constitui um dever do Estado, é necessário discorrer sobre os princípios fundamentais do Direito da Criança e do Adolescente, pois daí vem a conclusão que o governante não tem o direito de escolher se satisfaz esse direito à educação infantil.

Realmente, com a análise dos princípios fundamentais do Direito da Criança e do Adolescente, que se encontram não só na lei 8.069/90, mas também na Constituição Federal, é que se verá que o governante se encontra vinculado, pela lei, a realizar algumas ações, independentemente de sua vontade, mormente na educação infantil.

Assim, pode-se dizer que o Direito da Criança e do Adolescente sob o aspecto objetivo e formal representa a disciplina das relações jurídicas entre crianças e adolescentes, de um lado, e de outro, família, sociedade e Estado.

Porém, antes de ingressarmos na seara deste ramo do Direito, é preciso uma noção do conceito de princípio para limitarmos o seu campo de atuação.

Nesse sentido, podemos dizer que as normas jurídicas de mais alto grau encontram-se na Constituição Federal. Tais normas, porém, não possuem a mesma relevância, já que algumas veiculam simples regras, ao passo que outras, verdadeiros princípios. Podemos afirmar que a Constituição é um conjunto de normas e princípios jurídicos, atuais e vinculantes. É com estes que agora nos ocuparemos.

2.1. Noção de princípio

Etimologicamente, o termo "princípio" (do latim *principium, principili*) guarda a idéia de começo, origem e base. Em linguagem leiga é o ponto de partida e o fundamento de um processo qualquer.

Introduzida na Filosofia por Anaximandro, a palavra foi utilizada por Platão no sentido de fundamento e raciocínio e, por Aristóteles, como a premissa maior de uma demonstração. No mesmo sentido, Kant deixou consignado que "*princípio é toda proposição geral que pode servir como premissa maior num silogismo*"³⁵

Da mesma forma, em qualquer Ciência, *princípio* é começo, alicerce, ponto de partida. Pressupõe, sempre, a figura de um patamar privilegiado, que torna mais fácil a compreensão ou a demonstração de algo. Nesta medida, é, ainda, a pedra angular de qualquer sistema.

Convém aqui invocarmos Geraldo Ataliba que, com precisão, observa que:

“O caráter orgânico das realidades componentes do mundo que nos cerca e o caráter lógico do pensamento humano conduzem o homem a abordar as realidades que pretende estudar, sob critérios unitários, de alta utilidade científica e conveniência pedagógica, em tentativa de reconhecimento coerente e harmônico da composição de diversos elementos em um todo unitário, integrado em uma realidade maior”.

*A esta composição de elementos, sob perspectiva unitária, denomina-se sistema.”*³⁶

Assim, conclui Roque Antônio Carraza que “*Sistema, pois, é a reunião ordenada das várias partes que formam um todo, de tal sorte que elas se*

³⁵ Crítica da Razão Pura, Dialética, II, A.

³⁶ Sistema Constitucional Tributário, 1 ed., São Paulo, Ed. RT, 1966, p.4.

sustentam mutuamente e as últimas explicam-se pelas primeiras. As que dão razão às outras chamam-se princípios, e o sistema é tanto mais perfeito, quanto em menor número existam.”³⁷

Todas as ciências possuem princípios. Assim é na história, na geografia, na matemática e assim é no Direito. As ciências, sem exceção, têm princípios e institutos. Se não tiverem princípios e institutos próprios, não podem ser, sequer, chamadas de ciências. Se não podem ser tratadas como ciências, pois lhe faltam os princípios e os institutos, também não se pode afirmar que gozam de autonomia didática e científica. Portanto, a noção de princípio é extremamente relevante em todo o estudo, seja desta ou daquela ciência. Naturalmente, neste trabalho, só interessam-nos os princípios jurídicos. O importante é saber que toda a ciência tem princípios que lhe dão a estrutura, lhe dão a definição, lhe dão a autonomia didática e científica. O importante, também, é saber como utilizar esses princípios, tirando de sua doutrina o máximo aproveitamento prático. Em outras palavras, podemos dizer que princípio é uma idéia central, uma noção nuclear de um sistema e que lhe dá um sentido lógico, um sentido harmônico e racional, de forma a permitir a sua compreensão e o modo de se organizar.

Especificamente sobre os princípios constitucionais, André Ramos Tavares assim se manifesta:

*“Os princípios constitucionais são normas presentes na Constituição que se aplicam às demais normas constitucionais. Isso porque são dotadas de grande abstratividade e têm por objetivo justamente imprimir determinado significado às demais normas. Daí resulta o que se denomina sistema constitucional, que impõe a consideração da Constituição como um todo coeso de normas que se relacionam entre si (unidade da Constituição). Os princípios constitucionais, portanto, servem de vetores para a interpretação válida da Constituição.”*³⁸

³⁷ Roque Antônio Carraza. Curso de Direito Constitucional Tributário, 11^a ed., Editora Malheiros, 1998.

³⁸ André Ramos Tavares, Curso de Direito Constitucional, Editora Saraiva, 5^a Edição, pág. 100.

*Sendo o princípio, pois, a pedra de fecho do sistema ao qual pertence, despezá-lo equivale, no mais das vezes, a incidir em erronia inafastável e de efeitos bem previsíveis: o completo esboroamento da construção intelectual.”*³⁹

2.2. Princípios jurídicos

Novamente citando o ilustre professor Roque Antônio Carraza, no seu Curso de Direito Constitucional Tributário:

*"A fim de melhor entender o conceito de princípio jurídico, utilizaremos de uma analogia que sempre é feita por Geraldo Ataliba e Celso Antônio Bandeira de Mello, pois diziam que o sistema jurídico ergue-se como um vasto edifício, onde tudo está disposto em sábia arquitetura. Contemplando-o, o jurista não só encontra a ordem na aparente complicação, como identifica, imediatamente, alicerces e vigas mestras. Ora, num edifício tudo tem importância: as portas, as janelas, as luminárias, as paredes, os alicerces, etc. No entanto, não é preciso termos conhecimentos aprofundados de Engenharia para sabermos que muito mais importante que as portas e janelas (facilmente substituíveis) são os alicerces e vigas mestras. Tanto que, se de um edifício retirarmos ou destruirmos uma porta, uma janela ou até mesmo uma parede, ele não sofrerá nenhum abalo mais sério em sua estrutura, podendo ser separado. Já, se dele subtrairmos os alicerces, fatalmente cairá por terra. De nada valerá que portas, janelas, luminárias, paredes, etc, estejam intactas e em seus devidos lugares. Com o inevitável desabamento, não ficará pedra sobre pedra. Pois bem, tomadas as cautelas que as comparações impõem, estes "alicerces" e estas "vigas mestras" são os princípios jurídicos, ora objeto de nossa atenção".*⁴⁰

³⁹ Curso de Direito Constitucional Tributário, 11^a ed., Editora Malheiros, 1998, p.30

⁴⁰ Roque Antônio Carraza. Curso de Direito Constitucional Tributário, 11^a ed., Editora Malheiros, 1998.

Em termos técnicos, podemos seguir a definição de Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem:

"Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo".⁴¹

Assim, concluímos que um princípio jurídico é inconcebível em estado de isolamento. Ele apresenta-se sempre relacionado com outros princípios e normas, que lhe dão equilíbrio, proporção e reafirmam-lhe a importância.

O jurista, ao examinar o Direito, deve considerar as idéias que mais se aproximam da universalidade dos princípios maiores; com isso, formará proposições e terá verdades menos gerais. Em seguida, tomará as idéias que mais se aproximem, por sua universalidade, das descobertas que acabou de fazer, concebendo novas proposições e continuando, desta maneira, sem nunca deixar de aplicar os princípios a cada proposição que descobrir. Descerá, então, pouco a pouco, dos princípios gerais às normas jurídicas mais particulares, caminhando, na medida do possível, do conhecido para o desconhecido.⁴²

De fato, nota-se que o Direito, longe de ser um mero conglomerado de normas, é um conjunto bem estruturado de disposições que, interligando-se por coordenação e subordinação, ocupam, cada qual, um lugar próprio no ordenamento jurídico (Ferrara). É nessa enorme estrutura, onde sobrepõem os princípios, que as normas jurídicas devem ser consideradas.

⁴¹ Elementos de Direito Administrativo, 1. ed. São Paulo, Ed. RT, 1980, p.230.

⁴² Cf. Étienne Bonnot de Condillac, Tratado dos Sistemas, 2. ed. Trad. de Luiz Roberto Monzani, in Os Pensadores, S. Paulo, Ed. Abril, 1980, p.3.

Evidentemente, os princípios são encontráveis em todos os escalões da "pirâmide jurídica". De fato, há princípios constitucionais, legais e até infralegais. Dentre eles, os constitucionais, sem dúvida alguma, são os mais importantes, já que estão em um nível superior aos outros princípios e regras (inclusive às contidas na Lei Máxima).

São os princípios do Direito da Infância e da Juventude, que têm seu fundamento de validade na Constituição, que estudaremos no presente capítulo.

Assim, na análise de qualquer problema jurídico, por mais óbvio que seja, o estudioso do Direito deve, antes de mais nada, situar-se no âmbito dos princípios constitucionais, a fim de verificar em que sentido apontam. Nenhuma interpretação poderá ser havida por boa e, portanto, por jurídica, se, direta ou indiretamente, vier a afrontar um princípio jurídico constitucional.

Realmente, de acordo com Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior:

*“Os princípios são regras-mestras dentro do sistema positivo. Devem ser identificadas dentro da Constituição de cada Estado as estruturas básicas, os fundamentos e os alicerces desse sistema. Fazendo isso estaremos identificando os princípios constitucionais”*⁴³

Nesse ponto, é particularmente interessante a lição do grande constitucionalista André Ramos Tavares, para o qual:

“É viável admitir uma prática de hermenêutica especificamente constitucional. Isso ocorre por força da presença de uma série de ocorrências particulares que exigem uma consideração específica e própria no trato da norma constitucional.

⁴³ Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior, Curso de Direito Constitucional, Editora Saraiva, 11ª edição, pág.66.

A postura exigida do intérprete é diferenciada, já que a Constituição ocupa o grau último da ordem jurídica. Assim, a supremacia da Constituição quanto às demais normas do Direito é uma especificação própria da qual decorre uma série de limitações a seu intérprete, podendo-se citar a denominada interpretação conforme a Constituição.

*Justifica-se, ainda, a existência de uma hermenêutica constitucional pela presença da denominada jurisdição constitucional, determinada a aplicar, a fazer valer a Constituição como norma suprema. O controle abstrato concentrado é, pois, um dos maiores indicadores de que a hermenêutica jurídica merece destaque aquela dedicada à questão constitucional".*⁴⁴

2.3. O Direito da Infância e da Juventude e outros interesses difusos

Antes, ainda, de identificarmos e delineararmos os princípios do Direito da Infância e da Juventude, importante destacar a sua natureza e fazer uma comparação com os Direitos do Consumidor e do Meio Ambiente.

Com o advento da Constituição Federal de 1998, nosso sistema de direito positivo traduziu a necessidade de criar um novo subsistema jurídico orientado para a realidade do século XXI, tendo como pressuposto a moderna sociedade de massas dentro de um contexto de tutela de direitos e interesses adaptados às necessidades, principalmente, metaindividuais. Foi assim que, em 1990, surgiu o Código de Defesa do Consumidor, que, além de estabelecer uma nova visão vinculada aos direitos das relações de consumo, criou a estrutura que fundamenta a natureza jurídica de um novo bem, que não é público nem privado: o *bem difuso*.

⁴⁴ André Ramos Tavares, Curso de Direito Constitucional, Editora Saraiva, 5ª Edição, pág. 78/79.

Definidos como transindividuais e tendo como titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato, os denominados interesses difusos (art.81, parágrafo único, I, da Lei nº 8.070/90) pressupõem, sob a ótica normativa, a existência de um bem "de natureza indivisível", ou seja, que não pode ser fracionado por sua natureza, por determinação de lei ou por vontade das partes, conforme ensinamento de Maria Helena Diniz.⁴⁵ Criado pela Constituição Federal de 1988, conforme estabelece o art.129, III,⁴⁶ o direito difuso passou, a partir de 1990, a possuir definição legal, com evidente reflexo na própria Carta Magna, configurando nova realidade para o intérprete do direito positivo.

Assim, podemos indicar na atual Constituição Federal do Brasil uma série de normas que assumem claramente a característica de direito transindividual, de natureza indivisível, de que são titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato. Como exemplo, podemos citar o direito à moradia, o direito das pessoas idosas, o direito à saúde e à educação, e a própria concepção vinculada à proteção da família, da criança e do adolescente.

Como bem nos ensina Celso Antônio Pacheco Fiorillo:

"Em relação ao bem ambiental, a Constituição Federal, em seu art.225, estabeleceu a existência jurídica de um bem que se estrutura como sendo de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, configurando, assim, uma nova realidade jurídica, disciplinando bem que não é público nem, muito menos, particular.

O art. 225 estabelece, por via de consequência, a existência de uma norma constitucional vinculada ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, assim como reafirma que todos, e não tão somente as pessoas naturais, as pessoas jurídicas de direito privado ou mesmo as pessoas jurídicas de direito público interno, são titulares desse direito, não se reportando,

⁴⁵ Maria Helena Diniz, Dicionário Jurídico, Editora Saraiva, São Paulo, 1998, v.1, p.394.

⁴⁶ Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

por conseguinte, a uma pessoa individualmente concebida, mas sim a uma coletividade de pessoas indefinidas, no sentido de destacar uma posição para além da visão individual, demarcando critério nitidamente transindividual, em que não se pode determinar, de forma rigorosa, seus titulares. O povo, portanto, é quem exerce a titularidade do bem ambiental dentro de um critério, adaptado à visão da existência de um bem que não está na disponibilidade particular de ninguém, nem de pessoa privada nem de pessoa pública".⁴⁷

O bem ambiental criado pela Constituição Federal de 1998 é, pois, um bem de *uso comum*, a saber, um bem que pode ser desfrutado por toda e qualquer pessoa dentro dos limites constitucionais.

Já em relação ao Direito do Consumidor, podemos dizer que também é de natureza difusa, pois não protege somente o consumidor individualmente considerado, mas também "a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo" (Lei 8.078/90, art.2º, parágrafo único).

No mesmo sentido são os direitos da infância e da juventude, pois sua natureza difusa decorre da doutrina da proteção integral, que é a síntese do pensamento do legislador constituinte, expresso na consagração do preceito de que "os direitos de todas as crianças e adolescentes devem ser universalmente reconhecidos. São direitos especiais e específicos, pela condição de pessoas em desenvolvimento. Assim, as leis internas e o direito de cada sistema nacional devem garantir a satisfação de todas as necessidades das pessoas até 18 anos, não incluindo apenas o aspecto penal do ato praticado pela ou contra a criança, mas o seu direito à vida, saúde, educação, convivência, lazer, profissionalização, liberdade e outros".⁴⁸

⁴⁷ Celso Antônio Pacheco Fiorillo, O Direito de Antena em face do Direito Ambiental no Brasil, p.114-117.

⁴⁸ João Gilberto Lucas COELHO, Criança e Adolescente: A convenção da ONU e a Constituição Brasileira, UNICEF, p.3.

O art. 19 da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (Pacto de São José, 1969) reforça a natureza de direito difuso dos Direitos da Criança e do Adolescente, ao estabelecer, em seu art. 19, que "**Toda** criança tem direito às medidas de proteção que na sua condição de menor requer, por parte da família, da sociedade e do Estado".

Mas não é só. Ainda mais recentemente, as *Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude - Regras de Beijing*; as *Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinqüência Juvenil - Diretrizes de Riad*; bem como *As Regras Mínimas das Nações Unidas para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade* possibilitaram a formação de um novo ordenamento no campo do Direito e da Justiça, para todos os países, em quaisquer condições em que se encontrem, cuja característica fundamental é a *nobreza e a dignidade do ser humano criança*.

A *proteção integral* dispensada à criança e ao adolescente encontra suas origens mais próximas na Convenção sobre o Direito da Criança, aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 20.11.89 e pelo Congresso Nacional Brasileiro em 14.09.90, através do Dec. Legislativo 28. A ratificação ocorreu com a publicação do Dec. 99.710, em 21.11.90, através do qual o Presidente da República promulgou a Convenção, transformando-o em lei interna.

O espírito e a letra desses documentos revelam a natureza difusa dos Direitos da Criança e do Adolescente, pois não se referem a uma criança individualmente considerada, mas sim a uma coletividade de pessoas indefinidas, no sentido de destacar uma posição além da visão individual, demarcando critério nitidamente transindividual, em que não se pretende determinar, de forma rigorosa, seus titulares.

Entretanto, é possível identificar um direito individual em relação à criança, quando, por exemplo, esta se encontra em uma família que a maltrate fisicamente. Neste caso particular, o que está sendo lesado é o direito individual desta criança e não o de todas as outras. O mesmo raciocínio vale para o consumidor, que pode ser lesado individualmente.

Assim, podemos dizer que o bem ambiental é essencialmente difuso, não podendo ser associado a uma pessoa em particular, ao passo que os direitos da infância e da juventude, bem como os do consumidor, podem.

E nesse sentido, valiosa é a lição de Paulo Afonso Garrido de Paulo:

"Mas, como interessa a todos nós, sociedade, o continuar evolutivo, a perene atualização de potencialidades, a melhoria da Nação e o Direito da Criança e do Adolescente alcançaram o coletivo, tutelando ao mesmo tempo, através de norma única, tanto o interesse pessoal como o social.

*Direito sócio-individual: esta é a essência das regras atinentes ao Direito da Criança e do Adolescente. Seu cerne repousa em titularidade dual complementar, de modo que é possível afirmar que a efetivação da norma jurídica especial interessa igualmente à criança ou adolescente e à sociedade."*⁴⁹

Mais à frente, ainda em sua excelente obra, conclui que "O Direito da Criança e do Adolescente, como normas de titularidade dual, como direito sócio-individual, abriga-se sob o manto do Direito misto, figurando entre o público e o privado".⁵⁰

2.4. Os Princípios Fundamentais do Direito da Infância e da Juventude

O Direito da Criança e do Adolescente, sob o aspecto objetivo e formal, representa a disciplina das relações jurídicas entre crianças e adolescentes, de um lado, e, de outro, família, sociedade e Estado.

No Brasil, além do Estatuto da Criança e do Adolescente, há outros diplomas legais que também disciplinam, ainda que de forma não tão completa,

⁴⁹ Paulo Afonso Garrido de Paula, *Direito da Criança e do Adolescente e Tutela Jurisdicional Diferenciada*, Ed. RT, p.25.

⁵⁰ *idem*, p.125.

relações jurídicas envolvendo crianças e adolescentes, como o próprio Direito Civil, Penal, Previdenciário, Administrativo e do Trabalho. Tais ramos são informados pelos seus respectivos princípios, bem como revelam uma atenção secundária com que a lei distinguiu crianças e adolescentes ao longo de sua construção histórica.

Podemos, hoje, considerar que esses ramos do Direito possuem dispositivos pontuais, subordinados aos magnos enunciados do Direito da Criança e do Adolescente. Assim, em qualquer processo de separação judicial ou divórcio dos pais de uma criança, jungido às regras do Direito da Família e tramitando perante o respectivo juízo especializado, ante a possibilidade de alteração da guarda, a criança, em sendo possível, deverá ser ouvida e sua opinião devidamente considerada, nos termos do art.161, parágrafo 2º, do ECA.

Essas relações são disciplinadas desse modo em virtude da pretensão política de proteger juridicamente criança e adolescente. Resumem-se na utilização da expressão *proteção integral*, como faz o Estatuto da Criança e do Adolescente em seu art. 1º, *verbis*: "Esta lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente".

Assim, proteção integral constitui uma expressão que dá a idéia de um sistema onde crianças e adolescentes figuram como titulares de interesses subordinantes frente à família, à sociedade e ao Estado.

O nobre professor Roberto João Elias assim se pronuncia:

*"A proteção integral há de ser entendida como aquela que abranja todas as necessidades de um ser humano para o pleno desenvolvimento de sua personalidade."*⁵¹

O Estatuto da Criança e do Adolescente, de certa forma, confunde-se com próprio Direito da Criança e do Adolescente, uma vez que o Direito Positivo

⁵¹ Roberto João Elias, Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente, São Paulo, Ed. Saraiva, 2ª edição, 2004, pág. 02.

acabou por sistematizar seus princípios, materializando na lei a sua própria concepção.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, muito mais que novos conceitos e idéias, trouxe normas jurídicas assentadas na participação popular, à luz da premissa da prevalência dos interesses de seus destinatários principais: crianças e adolescentes.⁵²

Essa participação popular está expressamente consignada no art. 88, inciso II, do Estatuto⁵³, que reflete os mandamentos constitucionais do art. 204 da Lei Maior, que estabelecem dois princípios fundamentais: 1) o princípio da descentralização político-administrativa; 2) o princípio da participação da população, por meio das organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis.

Feitas essas considerações iniciais, podemos, então, identificar dois princípios que norteiam o Direito da Criança e do Adolescente: **a)** Respeito à condição peculiar de pessoa em processo de desenvolvimento e **b)** prioridade absoluta, que constitui um ramo do Direito cuja disciplina aspira à proteção integral da infância e da adolescência.

Entretanto, é importante observar que esses princípios se referem aos dispositivos de natureza material do Estatuto da Criança e do Adolescente, ou seja, que digam respeito aos direitos fundamentais da criança e do adolescente (arts.7º a 69); da prevenção (art.70 a 85), da política de atendimento (arts.86 a 97);

⁵² A tentativa básica dos idealizadores do Estatuto da Criança e do Adolescente consistiu em criar uma disciplina jurídica que, a par de proteger interesses afetos à infância e à juventude, criasse também mecanismos que efetivassem tais direitos e garantias, impedindo que o mundo adulto desconsiderasse tais conquistas, sendo que uma das premissas consignadas foi a necessidade de criar mecanismos que regulassem a forma de participação popular no que tange às questões atinentes à infância e à juventude. Não bastando as normas constitucionais programáticas que indicam a democracia participativa, era imprescindível concretizar parcerias, de modo que a comunidade pudesse agir conjuntamente na definição de objetivos e no encetar de iniciativas potencialmente eficazes como forma de levar respeito a crianças e adolescentes.

⁵³ Art. 88 do ECA: São diretrizes da política de atendimento: I- municipalização do atendimento; II- criação de conselhos municipais, estaduais e nacional dos direitos da criança e do adolescente, órgãos deliberativos e controladores das ações em todos os níveis, assegurada a participação popular paritária por meio de organizações representativas, segundo leis federal, estaduais e municipais; ...

das medidas de proteção (arts.98 a 102); da prática de ato infracional (arts.103 a 128) e das medidas pertinentes aos pais ou responsável (arts.129 e 130).

Essa observação se faz necessária porque o Estatuto contém regras procedimentais as quais se aplicam os princípios constitucionais do processo, como do contraditório e da ampla defesa, porém, neste breve estudo, somente serão analisados os princípios materiais do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Assim de relevância sócioindividual surgem seus princípios fundamentais, constituindo-se em verdadeiras garantias, instrumentos para a realização dos direitos reconhecidos pelo legislador, afirmação nos termos da lição de José Afonso da Silva: "*Os direitos são bens ou vantagens conferidas pela norma, enquanto garantias são meios destinados a fazer valer esses direitos, são instrumentos pelos quais se asseguram o exercício e gozo daqueles bens e vantagens.*"⁵⁴

2.5. O Respeito à condição peculiar de pessoa em processo de desenvolvimento

Este princípio é muito claro e evidente. Percebe-se por intuição que a especialidade da criança ou do adolescente impõe a consideração permanente de seus atributos individualizados, em constante transformação e em seus múltiplos aspectos: físico, mental, moral, espiritual e social.

Sob o enfoque do Direito da Criança e do Adolescente, os seus destinatários principais são vistos sempre em constantes mudanças, na ótica de seus movimentos ascendentes, na marcha da sucessão de mudanças e ao longo das constantes evoluções.

Novamente, Paulo Afonso Garrido de Paula leciona que:

⁵⁴ Curso de direito constitucional positivo, 6. ed. São Paulo: RT, 1990. P.354.

"Objetivamente, leva-se em consideração o critério etário, os anos de vivência do ser humano, porquanto indicativo de determinadas necessidades ou sinal da presença de certas habilidades ou da existência de dificuldades que peculiarizam o sujeito de uma relação jurídica específica.

*O paradigma da norma jurídica especial distingue-se daquela que regula relações interpessoais do mundo adulto exatamente em razão da inconstância de um dos sujeitos, envolvido por rápidas e constantes modificações, relevadas pelo Direito como forma de atentar para as desigualdades de um dos partícipes da relação jurídica."*⁵⁵

De fato, a condição peculiar de pessoa em processo de desenvolvimento implica o reconhecimento de que a criança e o adolescente não conhecem inteiramente os seus direitos, não tem condições de defendê-los e fazê-los valer de modo pleno, não sendo ainda capazes, principalmente as crianças, de suprir, por si mesmas, as suas necessidades básicas.

Cada fase do desenvolvimento dessas pessoas deve ser reconhecida como revestida de singularidade e de completude relativa, ou seja, a criança e o adolescente estão a caminho de uma plenitude a ser consumada na idade adulta, sendo que cada etapa deve ser compreendida e acatada pela família, pela sociedade e pelo Estado.

Paulo Afonso continua nos ensinando que:

"Em outras palavras, a criança e o adolescente é considerada(o) por aquilo que é, pondo-se como existente na atualidade com todos os seus atributos modificáveis, mas que não lhe tiram a essência. Ao invés, a consideração de seus caracteres mutáveis confirma sua própria natureza, a de criança ou adolescente.

O respeito à condição peculiar de pessoa em processo de desenvolvimento indica um estado que necessariamente deve

⁵⁵ Direito da Criança e do Adolescente e Tutela Jurisdicional Diferenciada, Ed. RT, p. 38-40.

ser levado em conta, sob pena de conceber, aquilo que é, por aquilo que pode ser, um adulto. A criança ou adolescente não é um projeto, um empreendimento esquemático; é uma realidade caracterizada por atributos da idade, em constante modificação.”⁵⁶

Com efeito, é bom enfatizar que a criança não é um adulto em miniatura e que o adolescente não logrou, ainda, a maturidade adulta, razão pela qual deve se respeitar a sua condição peculiar de pessoa em processo de desenvolvimento.

Paulo Afonso conclui que:

“O direito de brincar, expresso no ECA, em seu art. 16, inc. IV, é dos mais claros exemplos do respeito à condição peculiar de pessoa em processo de desenvolvimento. Trata-se de um interesse juridicamente protegido, porquanto o Direito valora um fato da infância com o grau da importância que o lúdico tem no desenvolvimento infantil e que vai decrescendo ao longo dos anos, substituído por outras formas de entendimento, comunicação, prazer ou superação das adversidades. Ainda que saudável o brincar na idade adulta, não é um interesse erigido à categoria de direito, não tendo, via de consequência, força subordinante na vida da relação. Um parque de diversões, ainda exemplificando, deve colocar à disposição de seus usuários preferenciais – crianças e adolescentes – brinquedos que permitam o entretenimento em condições de segurança, fazendo as necessárias distinções relacionadas à faixa etária, compleição física, maior ou menor coordenação motora, respeitando, exatamente, o estado peculiar de pessoa em processo de desenvolvimento.”⁵⁷

⁵⁶ Direito da Criança e do Adolescente e Tutela Jurisdicional Diferenciada, Ed. RT, p. 38-40.

⁵⁷ Direito da Criança e do Adolescente e Tutela Jurisdicional Diferenciada, Ed. RT, p. 38-40.

De acordo com nossa legislação, infere-se que é um dever social, expresso na regra do art. 71 do Estatuto da Criança e do Adolescente, assim redigido: *"A criança e o adolescente têm direito à informação, cultura, lazer, esportes, diversões, espetáculos e produtos e serviços que respeitem sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento"*.

No mesmo sentido é o mandamento expresso no art. 227, § 1º, inc. V, da Carta Magna, e do art. 121 do Estatuto, que dispõe que a internação constitui medida privativa de liberdade sujeita aos princípios da brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

Apesar de ser um tema controverso a responsabilidade penal do adolescente, o Estatuto da Criança dispôs que a privação de sua liberdade deverá ser aplicada somente quando o ato infracional for praticado mediante violência ou grave ameaça, quando houver reiteração no cometimento de outras infrações graves ou ainda por descumprimento reiterado e injustificado de medida anteriormente imposta. Mesmo nestas hipóteses, a internação somente será possível se não houver nenhuma outra medida mais adequada.

Esses requisitos da internação decorrem justamente do princípio do respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

Martha de Toledo Machado diz que:

"crianças e adolescentes merecem, e receberam, do ordenamento brasileiro esse tratamento mais abrangente e efetivo porque, à sua condição de seres diversos dos adultos, soma-se a maior vulnerabilidade deles em relação aos seres humanos adultos.

É esta vulnerabilidade que é a noção distintiva fundamental, sob a ótica do estabelecimento de um sistema especial de proteção, eis que distingue crianças e adolescentes de outros grupos de seres humanos simplesmente diversos da noção do homo médio.

*É ela, outrossim, que autoriza a aparente quebra do princípio da igualdade porque são portadores de uma desigualdade inerente, intrínseca, o ordenamento confere-lhes tratamento mais abrangente como forma de equilibrar a desigualdade de fato e atingir a igualdade jurídica material e não meramente formal."*⁵⁸

A própria Constituição Federal estabelece um tratamento diferenciado para os direitos da criança e do adolescente, permitindo uma tutela diferenciada, em que o juiz deve julgar relevando a importância da validação desses direitos na construção do Estado Democrático de Direito, pois crianças e adolescentes não são mais pessoas *capitis deminutae*, mas sujeitos de direitos plenos, com direitos específicos que lhes asseguram o desenvolvimento, o crescimento e o cumprimento de suas potencialidades

Martha Toledo continua, dizendo que:

"Em suma, porque a personalidade de crianças e adolescentes ainda não está formada, porque a possibilidade de desenvolver as potencialidades do ser humano adulto é pré-requisito da própria conceituação jurídica de personalidade e porque crianças e adolescentes são mais vulneráveis que os seres humanos adultos, há necessidade de que seus direitos fundamentais, sob o ângulo do próprio direito material, sejam conformados, estruturados, de maneira diversa daquela pela qual se conformam os direitos fundamentais dos adultos. E assim fez a Constituição de 1998, podendo-se dizer que os direitos fundamentais de crianças e adolescentes são especiais, no sentido de distintos do direito dos adultos, sob dois aspectos: um de natureza quantitativa – ligada à maior gama de direitos fundamentais a eles reconhecidos – e outro

⁵⁸ Martha de Toledo Machado, A Proteção Constitucional de Crianças e Adolescentes e os Direitos Humanos, Ed. Manole, 2003, p.119-121.

*de natureza qualitativa – presa à estruturação especial desses direitos."*⁵⁹

2.6. A Prioridade Absoluta

A prioridade absoluta constitui o segundo princípio informador do Direito da Criança e do Adolescente, que, assim como o anterior, tem fundamento constitucional no art. 227, *caput*, que assim está redigido:

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

O Estatuto repete o dispositivo constitucional, acrescentando, no parágrafo único do art. 4º, que a garantia de prioridade compreende: *"a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas; d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude."*

Assim, em nosso ordenamento jurídico, o apoio e a proteção à infância e à juventude devem figurar, necessariamente, entre as prioridades dos governantes. Essa exigência constitucional demonstra o reconhecimento da obrigatoriedade de cuidar de uma forma especial das pessoas que, por sua fragilidade natural ou por estar numa fase em que se completa sua formação, correm maiores riscos. Nesse sentido, é importante assinalar que não cabe a cada governante decidir se dará ou não apoio prioritário às crianças ou aos adolescentes.

⁵⁹ Martha de Toledo Machado, A Proteção Constitucional de Crianças e Adolescentes e os Direitos Humanos, Ed. Manole, 2003, p.119-121.

Mas essa exigência também se aplica à família, à comunidade e à sociedade. Cada uma dessas entidades, no âmbito de suas respectivas atribuições e no uso de seus recursos, tem o dever de colocar entre seus objetivos preferenciais o cuidado das crianças e dos adolescentes. A prioridade aí estabelecida tem um objetivo prático, que é a efetivação de direitos mencionados no próprio art. 4º do Estatuto.

O princípio da prioridade absoluta está intimamente ligado com o anterior, pois é um meio de equilibrar a desigualdade decorrente da peculiar condição de pessoa em processo de desenvolvimento e de obter a redução das desigualdades sociais a que alude o art. 3º da Constituição Federal.

A prioridade absoluta significa que o interesse juridicamente protegido da criança ou adolescente está em primeiro lugar, devendo ocupar espaço primordial na escala de realizações do mundo jurídico, ser prioridade número um da Nação.

Significa que vem antes de quaisquer outros interesses do mundo adulto, uma vez que a rapidez das transformações que lhe são próprias impõe a realização imediata de seus direitos.

Os direitos da criança e do adolescente são essencialmente transitórios e passageiros.

Mais uma vez seguindo a lição de Paulo Afonso Garrido de Paula:

"A infância e a adolescência atravessam a vida com a rapidez da luz, iluminando os caminhos que conduzem à consolidação de uma existência madura e saudável. Aquisições e perdas, privações e satisfações, alegrias e tristezas, prazeres e desgostos, êxitos e fracassos e tantos outros experimentos materiais e emocionais sucedem-se em intensidade e velocidade estonteantes. Não raras vezes não podem ser repetidos, constituindo-se em experiências únicas e íngenes.

Esse complexo viver a infância e a adolescência têm como pressuposto material a existência de condições fundamentais, entre as quais a alimentação, saúde, educação, liberdade, cultura, lazer, etc. Emocionalmente reclama amor e acolhimento.⁶⁰

Nesse sentido, o artigo 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente⁶¹ aparece como uma solene declaração de princípios, análoga a outras, contidas em Cartas Constitucionais e convenções internacionais, como o preâmbulo da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, adotada pela Assembléia-Geral das Nações Unidas em 20.11.89.

Paulo Afonso continua sua lição:

“Desenvolvimento saudável em condições de liberdade e dignidade, aferido, além das condições materiais, pela ausência de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Juridicamente podemos considerar esses requisitos como bens tutelados, inclusive aqueles de natureza emocional.

Os direitos da criança e do adolescente devem ser tutelados com a presteza necessária para que sirvam, no tempo certo, como alicerces do desenvolvimento pessoal e garantias da integridade.

Depois é tarde, as necessidades foram embora, ficando apenas as conseqüências irreparáveis da invalidação dos direitos, representada muitas vezes pela morte, debilidade física ou mental, ignorância, ausência de instrumental para enfrentar os desafios do cotidiano, doenças, etc.”⁶²

⁶⁰ Direito da Criança e do Adolescente e Tutela Jurisdicional Diferenciada, Ed. RT, p.39-40.

⁶¹ Art. 3º do ECA: A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

⁶² Direito da Criança e do Adolescente e Tutela Jurisdicional Diferenciada, Ed. RT, p.39-40.

Por fim, em decorrência do princípio da prioridade absoluta, as decisões proferidas nos processos que versam sobre direitos da infância e da juventude são executáveis de plano, independentemente da consumação da preclusão ou da ocorrência do trânsito em julgado.

2.7. Ensaio de conclusão

Os princípios constitucionais são normas que consagram valores que servem de fundamento para todo o ordenamento jurídico, e irradiam sobre este para transformá-lo em verdadeiro sistema, conferindo-lhe a necessária harmonia. Não seria exagero dizer que os *“princípios são compreendidos e equiparados e até mesmo confundidos com os valores”*.⁶³

A Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente são os principais diplomas que tratam desse ramo autônomo do Direito, de onde delineamos e identificamos os seus dois princípios fundamentais, da prioridade absoluta e do respeito à condição de pessoa em processo de desenvolvimento.

A prioridade absoluta, como o próprio nome diz, significa que a criança e o adolescente devem vir em primeiro lugar, em detrimento da satisfação de direitos de outras pessoas, a fim de que os infantes e os jovens sejam inseridos na ordem do dia com primazia sobre quaisquer outros.

Já o princípio do respeito à condição de pessoa em processo de desenvolvimento significa que a criança não é um adulto em miniatura e o adolescente ainda não logrou a maturidade adulta, de modo que todos – sociedade em geral – devem estar muito atentos às fases inerentes ao desenvolvimento infanto-juvenil para que ofereçam informação, cultura, lazer, esportes, diversões, espetáculos, produtos e serviços adequados e compatíveis à faixa etária de seus destinatários.

⁶³ Paulo Bonavides, Curso de Direito Constitucional, pág.259

Esses dois princípios não têm conteúdos meramente retóricos, mas se confundem com uma regra direcionada, especificamente, ao Administrador Público, que não pode denegar direitos fundamentais às crianças e aos adolescentes sob o argumento de ter outras prioridades.

Há autores que identificam outros princípios do Direito da Infância e da Juventude, como faz com maestria, por exemplo, Martha de Toledo Machado, acrescentando o da proteção integral, o da igualdade de crianças e adolescentes e o da participação popular, além dos princípios constitucionais especiais do sistema de responsabilização criminal.

Entretanto, identificamos somente os dois princípios acima estudados, porque entendemos que são os mandamentos nucleares do Estatuto da Criança e do Adolescente e seus verdadeiros alicerces, disposições fundamentais que se irradiam sobre os seus dispositivos, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.

CAPÍTULO 3

A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

Para consecução imediata das necessidades coletivas, a Administração Pública é dotada de poderes administrativos, que são verdadeiros instrumentos de trabalho adequados à realização das tarefas administrativas. Esses poderes nascem com a Administração e se apresentam diversificados segundo as exigências do serviço público, o interesse da coletividade e os objetivos a que se dirigem, sendo que, quando se refere a liberdade da Administração para a prática de seus atos, se classificam em poder vinculado e poder discricionário.

Poder vinculado ou regrado é aquele que o Direito Positivo – a lei – confere à Administração Pública para a prática de ato de sua competência, determinando os elementos e requisitos necessários a sua formalização. Em tais atos, o agente fica inteiramente preso ao enunciado da lei, em todas as suas especificações, com uma mínima liberdade de ação, pois terá que obedecer a todos os comandos da lei.

Já o Poder Discricionário é a margem relativa de liberdade conferida pelo ordenamento jurídico ao agente público para que este escolha, dentre alternativas oferecidas e possíveis, àquela que melhor atenda ao interesse público específico, tendo, por conseguinte, espaço livre na apreciação da oportunidade e conveniência da edição de um determinado ato, embora devendo sempre observar a lei e a finalidade que esta pretende atingir.

Os limites à discricionariedade são delineados pelo próprio ordenamento jurídico: são regras, princípios ou teorias que delimitam o campo de atuação do administrador público, de modo a impedir que este se desvie da lei (princípio da legalidade), da finalidade específica prevista no comando normativo (desvio de poder), que fundamente sua conduta com motivos inexistentes ou incompatíveis com a decisão adotada (motivos determinantes) ou que utilize via

jurídica incompatível com os pressupostos fáticos ou jurídicos justificadores de sua decisão (causa do ato administrativo).

O controle jurisdicional exercido pelo Judiciário sobre os atos administrativos discricionários não é realizado indistintamente, está adstrito à legalidade, à finalidade específica do ato, à sua causa e aos motivos determinantes, ou seja, aos limites à discricionariedade, não podendo adentrar no mérito administrativo caracterizado pelo juízo de oportunidade e conveniência aferido subjetivamente pelo administrador.

Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello:

*“Discricionariedade, portanto, é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação.”*⁶⁴

A discricionariedade administrativa, na visão de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, é a: *“faculdade que a lei confere à Administração para apreciar o caso concreto, segundo critérios de oportunidade e conveniência, e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas perante o Direito”*.⁶⁵

Ainda nas brilhantes palavras dessa ilustre Professora *“A discricionariedade constitui a chave de equilíbrio entre as prerrogativas públicas e os direitos individuais. Quanto maior a extensão da discricionariedade, mais riscos correm as liberdades do cidadão.”*⁶⁶

⁶⁴ Celso Antônio Bandeira De Mello, *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*, Malheiros Editores, São Paulo, 1992, pp. 41.

⁶⁵ Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *A Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*, Ed. Atlas, 2ª edição, 2001, pág. 67.

⁶⁶ *Idem*, pág. 14.

A natureza jurídica da discricionariedade administrativa é a vontade própria do administrador erigida pela norma, ou seja, o legislador, ao conferir ao agente público o dever de integrar o conteúdo específico, porém abstrato, do comando normativo com sua determinação volitiva, o fez de modo que a vontade do administrador fosse considerada antecipadamente como a vontade legal, sendo inaceitável considerá-la meramente um processo interpretativo.

A atividade discricionária justifica-se pelo fato de o legislador não poder prever todas as ocorrências que possam vir a acontecer no mundo dos fatos, pela impossibilidade de o mesmo fixar o alcance dos conceitos utilizados na linguagem normativa, diante da realidade polifacética das relações humanas e, principalmente por que a discricionariedade é indispensável para permitir o poder de iniciativa da Administração, necessário para atender às infinitas, complexas e sempre crescentes necessidades coletivas.

Tais considerações evidenciam a necessidade de controle sobre a administração pública. Suscita rígido e enérgico controle jurisdicional para se fazer cumprir a Constituição Federal, a Constituição Estadual e o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Há, pois, redução do nível de discricionariedade que se tolera em tema de políticas públicas direcionadas à infância e à adolescência, em especial quanto à educação.

São lições da doutrina que a Administração tem liberdade para decidir o que convém e o que não convém ao interesse coletivo, devendo executar a lei vinculadamente, quanto aos elementos que ela discrimina, e discricionariamente, quanto aos aspectos em que ela admite opção. Mas o fato de a lei conferir ao Poder Público certa margem de discricção significa que lhe deferiu o encargo de adotar a providência mais adequada à espécie, podendo examinar o momento e a forma de fazê-lo, mas não ficar inerte, pois os comandos legais não se subordinam à vontade do administrado.

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, principalmente quando se trata de direitos envolvendo crianças e adolescentes, que trazem consigo uma carga imensa de interesse público e de indisponibilidade decorrente da condição especial de seus titulares e da proteção integral a eles devida.

Em conhecida passagem, Fritz Fleiner adverte que, no exercício de um poder discricionário, a autoridade administrativa está autorizada a escolher *“entre as várias possibilidades de solução, aquela que melhor corresponda, no caso concreto, ao desejo da lei”*.⁶⁷

Essa característica fundamental do poder discricionário, associada ao dever de eficiência que toca a Administração, evidencia que a existência de norma autorizadora de um determinado ato, embora requisito indispensável, não é suficiente para concluir pela sua legalidade em um caso concreto.

Celso Antônio Bandeira de Mello explica, a respeito, que, ao permitir alternativas de conduta, a lei não autoriza o administrador a fazer o que bem entenda, antes o encarrega *“de adotar o comportamento ideal: aquele que seja apto, no caso concreto, a atender com perfeição a finalidade da norma”*.⁶⁸

O mesmo autor identifica em todas as normas (vinculadas ou discricionárias), o dever de adotar a melhor solução, praticando os atos logicamente idôneos ao atendimento das finalidades colimadas. Nas suas expressivas palavras, *“o dever jurídico de praticar, não qualquer ato dentre os comportados pela regra, mas, única e exclusivamente, aquele que atenda com absoluta perfeição à finalidade da lei, para que sempre seja adotada a decisão pertinente, adequada à fisionomia própria de cada situação”*.

⁶⁷ Instituciones de Derecho Administrativo, 1ª ed., Madrid, p. 117, citado por Hely Lopes Meirelles, Direito Administrativo Brasileiro, p. 152.

⁶⁸ Celso Antônio Bandeira De Mello, Discricionariedade e Controle Jurisdicional, Malheiros Editores, São Paulo, 1992, pp. 32 e 33.

Porque existe um dever jurídico de boa administração, entende-se que o ordenamento só quer a solução excelente e “*se não for esta a adotada, haverá pura e simplesmente violação da norma de Direito, o que enseja correção jurisdicional, dado que ter havido vício de legitimidade*”. Assim, “*em despeito da discricção presumida na regra de direito, se o administrador houver praticado ato discrepante do único cabível, ou se tiver eleito algum sumamente impróprio ante o confronto com a finalidade da norma, o Judiciário deverá prestar a adequada revisão jurisdicional*”.⁶⁹

Portanto, o administrador só é livre, verdadeiramente, para, no caso concreto, decidir entre duas ou mais soluções igualmente aptas a atender a finalidade legal, na sua plenitude.

3.1. Evolução do conceito de discricionariade administrativa

A Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro nos ensina, com muita maestria que:

*“Estudando-se a evolução da Administração Pública a partir do Estado de Polícia, verifica-se que se partiu de uma idéia de discricionariade ampla – sinônimo de arbítrio e própria das monarquias absolutas, em que os atos da Administração não eram sindicáveis perante o Judiciário – para passar-se a uma fase, já no Estado de Direito, em que a discricionariade, assim entendida, ficou reduzida a certo tipo de atos; e chegou-se a uma terceira fase em que praticamente desapareceu essa idéia de discricionariade e esta surgiu como poder jurídico, ou seja, limitado pela lei.”*⁷⁰

No Estado de Polícia, a Administração Pública não estava vinculada a qualquer tipo de norma que limitasse a sua atividade, senão aquela que proviesse

⁶⁹ Celso Antônio Bandeira De Mello *Discricionariade e Controle Jurisdicional*, Malheiros Editores, São Paulo, 1992, pág. 37 e 38.

⁷⁰ Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *A Discricionariade Administrativa na Constituição de 1988*, Ed. Atlas, 2ª edição, 2001, pág. 14.

do monarca, pois o direito estava estruturado sobre os princípios como o da *regis voluntas suprema lex* (a vontade do rei é a lei suprema), do *quod principi placuit legis habet vigorem* (aquilo que agrada ao príncipe tem força de lei) e do *the king can do no wrong* (o rei não pode errar).

Era o império do arbítrio, não no sentido de injusto, mas no sentido de ausência de limitações legais.

Já no Estado Liberal de Direito, ainda segundo a Professora Maria Sylvia Zanella di Pietro,

“substituiu-se a vontade do rei como fonte de todo o Direito pela idéia da lei como resultante da vontade geral, pois, com o princípio da separação de poderes, tirou-se do Executivo a capacidade de ditar leis gerais, haja vista que estas constituem expressão da vontade geral representada pelo Legislativo, pois ao Executivo compete apenas editar atos singulares previamente disciplinados em lei.”⁷¹

Havia prevalência do individualismo em todos os seus aspectos: econômico, político, filosófico e jurídico. Sob este último aspecto, a regra de direito só tem valor na medida em que tem por objeto proteger os direitos subjetivos; ao direito positivo cabe garantir os direitos naturais do homem.

Nesse período o Direito Administrativo caracterizou-se pelo duplo aspecto, de um lado voltado para a manutenção da autoridade do poder público e, de outro, para o respeito pelas liberdades do cidadão, mas, dentro do binômio direitos individuais e prerrogativas públicas, preocupava-se especialmente o Direito com o primeiro aspecto.

Nessa fase, a discricionariedade era vista como um tipo de atividade que não admitia controle judicial, ainda com resquício do período anterior, das

⁷¹ Maria Sylvia Zanella Di Pietro, A Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988, Ed. Atlas, 2ª edição, 2001, pág. 21.

monarquias absolutas. Assim, continuou-se reconhecer à Administração Pública uma esfera de atuação livre de vinculação à lei e livre de qualquer controle judicial.

Com o início das reações contra o liberalismo, por volta do século XIX, consolidou-se, após a Segunda Guerra Mundial, o Estado Social, também chamado do Bem-Estar, Estado Providência, Estado de Desenvolvimento, Estado Social de Direito, em que o Estado tem a missão de buscar essa igualdade; para atingir essa finalidade, o Estado deve intervir na atividade econômica e social para ajudar os menos favorecidos; a preocupação maior desloca-se da liberdade para a igualdade, de modo que as duas principais tendências verificadas a partir da instauração do chamado Estado Social foram a de socialização e a de fortalecimento do Poder Executivo.

O Estado Social foi chamado a agir nos campos social e econômico a fim de assegurar a justiça social, mas, por outro lado, passou a pôr em perigo a liberdade individual, pela crescente intervenção que vai desde a simples limitação ao exercício de direitos até a atuação direta no setor da atividade privada.

No Estado Social a vinculação à lei passou a abranger toda a atividade administrativa; o princípio da legalidade ganhou sentido novo, significando que a Administração só pode fazer o que a lei permite, ou seja, substituiu-se a anterior doutrina da vinculação negativa pela da vinculação positiva da Administração à lei, de modo que a discricionariedade tem que ser compreendida como um poder limitado pela lei, pois deixou de existir aquela esfera de ação em que a Administração Pública age livremente e a discricionariedade passou a ser vista como um poder jurídico.

Dessa forma, continua a nobre Professora acima citada

“O Estado Social de Direito, sob determinado aspecto, representa um avanço, porque coloca toda a atividade da Administração Pública sob a égide da lei.

Mas, sob o enfoque da evolução sofrida pela própria idéia da lei, houve um retrocesso, pois ela deixou de ser manifestação

*da vontade geral do povo e instrumento de garantia dos direitos fundamentais, na medida em que o Poder Legislativo deixou de ser o único a editar normas legais, assumindo uma posição de dependência em relação ao Executivo, além de passar a promulgar lei em sentido apenas formal, desvinculadas da idéia de justiça”.*⁷²

Assim, no Estado Social de Direito, houve um fortalecimento do Poder Executivo, que recebeu função normativa a ser exercida por meio de regulamentos autônomos, leis delegadas, decretos-leis e medidas provisórias, de modo que o princípio da legalidade passou a abranger não só a lei, mas também os atos normativos do Poder Executivo e passou a vincular toda a atividade da Administração Pública.

Entretanto, como os atos normativos, tanto do Legislativo como do Executivo, eram vistos em seu aspecto puramente formal, sem qualquer preocupação com seu conteúdo de justiça, o controle judicial também era puramente formal, limitando-se, em regra, a apreciar os vícios de competência, forma e objeto.

Desse modo, com o insucesso do Estado Social na conquista dos valores apregoados pelo liberalismo, viu-se a necessidade de participação popular no processo político, nas decisões do Governo e no controle da Administração Pública, surgindo assim o Estado Democrático de Direito, que foi adotado pela Constituição Federal de 1988 e que tem como fundamento a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.

Ainda de acordo com as brilhantes lições da Professora de Direito Administrativo da Universidade de São Paulo,

“No Estado Democrático de Direito, o Direito Administrativo tem um papel socializador, pois é por meio dele que se

⁷² Maria Sylvia Zanella Di Pietro, A Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988, Ed. Atlas, 2ª edição, 2001, pág. 38.

*desenvolvem os princípios constitucionais consagradores dos direitos sociais e econômicos, e também democrático, na medida em que a participação popular se torna elemento obrigatório nas decisões e no controle da Administração Pública.”*⁷³

E mais a frente, conclui:

*“Nesse Estado preocupam-se os doutrinadores em realçar os princípios gerais de direito como fonte do direito administrativo e até o preâmbulo da Constituição passa a ser visto como tal, precisamente pelo fato de consagrar valores por tanto tempo desvinculado do direito e que são dirigidos ao legislador, ao magistrado e ao administrador público. A lei que os contrarie será inconstitucional. Esses valores atuam como limites à discricionariedade administrativa, os quais, se ultrapassados, configuram ato ilícito da Administração, passível de revisão pelo Poder Judiciário. A discricionariedade administrativa não é limitada só pela lei, em sentido formal, mas pela idéia de justiça, com todos os valores que lhe são inerentes, declarados a partir do preâmbulo da Constituição”.*⁷⁴

Com o Estado Democrático de Direito, à lei formal se acrescentam considerações axiológicas e assim amplia-se a possibilidade de controle judicial, de forma que poderão ser corrigidos os atos administrativos praticados com inobservância de certos valores adotados como dogmas em cada ordenamento jurídico. Portanto, quando se fala, hoje, em princípio da legalidade, significa abranger não só a lei, em sentido formal, mas todos os valores e princípios contidos implícita e explicitamente no ordenamento jurídico.

Portanto, a discricionariedade administrativa sofre maiores limitações, ficando muito mais complexa a atividade de controle, haja vista que a lei foi

⁷³ Maria Sylvania Zanella Di Pietro, A Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988, Ed. Atlas, 2ª edição, 2001, pág. 49.

⁷⁴ Idem, pág. 46.

reconquistando o seu sentido axiológico perdida por influência do positivismo jurídico e novos princípios foram sendo elaborados como formas de limitar a discricionariedade administrativa, além de ampliar a esfera de controle do Poder Judiciário.

E, na Constituição Federal, a criança tem um destaque especial, pois, em virtude do princípio da prioridade absoluta, seus direitos devem ser satisfeitos em primeiro lugar, de modo que a discricionariedade em relação a essas pessoas sofrem uma limitação ainda maior.

3.2. A discricionariedade administrativa vista como dever jurídico

A Revolução Francesa de 1789, ao soterrar a monarquia, fez eclodir profundas mudanças em nível de infra e superestrutura, numa linguagem marxista.

Na ordem jurídica, as alterações foram notórias, marcando a passagem do Estado de Polícia ou Absolutista para o Estado de Direito.

A concepção de Estado de Direito, gestada no início do Século XVIII e influenciada, decisivamente, por nomes como os de Rousseau e de Montesquieu, tem como aspecto nuclear a submissão do Executivo à lei, a legalidade cede ao arbítrio que imperava na estrutura monarca-despótica rompida pela burguesia emergente.

Para Jean Jacques Rousseau, o Estado é resultado de um acordo de vontades, de um contrato social, concluindo que apenas o Estado é fonte de direito. Ele acreditava que a justificação do poder residiria na vontade direta dos vários indivíduos que compõem o todo social.

O pensamento de Montesquieu, o qual deixou sua confortável posição na magistratura francesa para refletir sobre a acelerada evolução política de

seu tempo, vem resumido em sua principal obra, “O Espírito das Leis”, na qual expressa, com a ironia que lhe é peculiar:

“A liberdade política somente existe nos governos moderados. Mas nem sempre ela existe nos governos moderados. Só existe quando não se abusa do poder, pois é uma experiência eterna que todo homem que detém o poder é levado a dele abusar; e vai até onde encontra limites. Quem diria? A própria virtude precisa de limites. Para que não abusar do poder, precisa que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder.”⁷⁵

É na França que o direito administrativo ganha foros de disciplina, inclusive no âmbito acadêmico, país pioneiro na formulação de seus princípios basilares, dentre eles o do chamado poder discricionário.

Com efeito, costuma-se dizer que a “Certidão de Nascimento” do Direito Administrativo está materializada numa lei francesa de 1800, conhecida por Lei de 28 do pluvioso ano VII (calendário da Revolução Francesa).

Sem embargo da pertinência desse marco, de inegável valia do ponto de vista da organização histórica dos acontecimentos, é mister salientar que a função Administrativa sempre existiu, desde a Antigüidade, sem solução de continuidade, ao contrário das demais funções do Estado (Legislativa e Judicante), que sofreram algumas interrupções, principalmente em períodos de arbítrio e de hipertrofia do Executivo.

A escola de administrativistas franceses, que construiu o arcabouço doutrinário e principiológico sobre o qual nós, hoje, ainda, comodamente, trabalhamos, estruturou o conceito de discricionariedade administrativa em torno da idéia de poder, colocando-a como atributo imprescindível ao seu exercício.

⁷⁵ O Espírito das Leis, livro XI, capítulo VI

Nesse sentido, vale traduzir trecho da obra de Maurice Hauriou, vazado nos seguintes termos:

“A administração não é animada, naquilo que ela faz, por uma vontade interior, mas sim, por vontade executiva livre submetida à lei como um poder exterior. Segue-se que, de um lado, nas matérias de sua competência, enquanto seu poder não está ligado por disposições legais, ele é inteiramente autônomo e, por outro lado, nas matérias em que seu poder parece ligado pela lei, ele se conforma sempre a uma certa escolha de meios que lhe permite conformar-se voluntariamente à lei.”⁷⁶

Esta faculdade de se conformar voluntariamente à lei é tanto mais reservada à administração das leis quanto ela goza constitucionalmente de uma certa liberdade na escolha dos momentos e das circunstâncias em que assegura esta aplicação.

Conforme este ponto de vista, convém mostrar novamente que o poder discricionário da administração consiste na faculdade de apreciar a *oportunidade* que pode ter de tomar ou não tomar uma decisão executória, ou de não tomá-la imediatamente, mesmo que seja prescrita pela lei.

Do escrito por Hauriou, no início do século, emerge a tônica da discricionariedade, segunda sua ótica: poder do administrador que, nas matérias de

⁷⁶ No original, transcreve-se: L'administration n'est pas animée, dans ce qu'elle fait, d'une volonté intérieure légale: elle animée d'une volonté exécutive libre assujettie à la loi comme à un pouvoir extérieur. Il suit de là, d'une part, que, dans les matières de sa compétence, lorsque son pouvoir n'est pas lié par des dispositions légales, il est entièrement autonome, et, d'autre part, que dans les matières où son pouvoir paraît lié par la loi, il lui se conforme toujours à un certain choix des moyens qui lui permet de se conformer volontairement à la loi.

“Cette faculté de se conformer volontairement à la loi est d'autant plus réservée à l'administration des lois et qu'elle jouit constitutionnellement d'une certaine latitude dans le choix des moments et des circonstances où elle assure cette application”.

“A ce point de vue, il convient d'indiquer à nouveau que le pouvoir discrétionnaire de l'administration consiste en la faculté d'apprécier l'opportunité qu'il peut y avoir à prendre ou à ne pas prendre une décision exécutoire, ou à ne pas la prendre immédiatement, même lorsqu'elle est prescrite par la loi” (Précis Élémentaire de Droit Administratif, Librairie du Recueil Sirey, 1938, p. 229).

sua competência, não delimitadas pela lei, estaria livre para agir de acordo com critérios de conveniência e oportunidade.

Fiorini critica essa visão inicial do problema, por acabar deixando ao arbítrio do administrador (o que não se coaduna com o Estado de Direito) a forma de atuação quando a lei seja omissa quanto a ela.

São dele as seguintes palavras:

“Para a velha tese da legalidade, donde o poder administrador devia executar a lei, resultava difícil justificar a existência da denominada discricionariedade da administração pública. Esta se apresentava como um poder que tinha a administração quando a lei não havia disposto como devia atuar ante certas circunstâncias. Este reconhecimento da existência da discricionariedade administrativa era a falência do caráter absoluto da legalidade, que sustentava o dogma de que a administração só executava a lei. A falência se salvava distinguindo-se a discricionariedade como um poder dentro da administração, criador de normas particulares, que não tinham a consistência jurídica das que executava a administração”.⁷⁷

O mestre português André Gonçalves Pereira faz questão de distingui-lo do poder arbitrário, “in verbis”:

“O poder discricionário não resulta da ausência de regulamentação legal de dada matéria, mas sim de uma forma possível de sua regulamentação: através de um poder, ou seja, do estabelecimento por lei de uma competência, cuja suscetibilidade de produzir efeitos jurídicos compreende a de dar validade a uma decisão a uma escolha, que decorre da vontade psicológica do agente. Discricionariedade e vinculação são assim formas diversas de regulamentação por lei de certa matéria; mas quando a lei não contemple determinada

⁷⁷ Bartolome Fiorini. Erro de Ilegalidade no Acto Administrativo, Lisboa, Ed. Ática, pp. 222-223.

*situação de vida, e não o integre pelo menos genericamente na sua previsão, nenhum poder tem em relação a ela o agente, - e sustentar o contrário seria pôr em dúvida o valor do princípio da legalidade”.*⁷⁸

Michel Stassinopoulos, citado por Themístocles Brandão Cavalcanti, fez um apanhado das teorias acerca da natureza do ato discricionário que, no início do nosso século, encontravam guarida doutrinária. Dentre elas, destaca-se a encampada pelo próprio Stassinopoulos, segundo a qual a discricionariedade coincide com a determinação ou a capacidade de determinação do sentido de uma noção deixada imprecisa pela lei, havendo nisso a possibilidade de escolher entre as diversas soluções, a melhor, ou a que for julgada melhor, por motivos de conveniência, de oportunidade, de interesse público.

Essa noção, a nosso ver superada pela melhor doutrina da atualidade, ainda vem sendo reconhecida em diversos arestos de nossos tribunais, receosos de ousarem interferir no intangível “mérito” do ato administrativo.

Outra corrente, criticada pela falta de consistência científica, pois confunde a natureza do ato discricionário com uma de suas conseqüências, qualifica de discricionário o poder não sujeito ao controle jurisdicional (Strassinopoulos debita essa abordagem a Laun, Jellinek e Gegotz).

Essa teoria, em virtude da falta de seu rigor técnico, também não mais encontra respaldo na doutrina hodierna, que vem, paulatinamente, admitindo serem todos os atos administrativos, mesmo os de cunho discricionário, sujeitos ao crivo do Poder Judiciário.

Lamentavelmente, na jurisprudência, ainda há algum receio de invasão na esfera de atuação do Poder Executivo, a despeito de ter nossa vigente Carta Magna ampliado a noção de universalidade da jurisdição: “a lei não excluirá da

⁷⁸ Tratado de Direito Administrativo, vol. V, p. 11. Ed. Freitas Bastos.

apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito"; (inc. XXXV do art. 5º), aderindo a uma verdadeira tendência mundial de abertura do Poder Judiciário.

A vigente Carta Magna avançou no tocante ao acesso à Justiça, pois, além de ter suprimido a expressão individual, o que franqueia a tutela dos interesses metaindividuais, acrescentou a expressão "ameaça a direito", se comparada com o art. 153, § 4º, da Emenda constitucional nº 1/69.

Da ênfase que era dada à atividade discricionária enquanto vinculada à idéia de poder evoluiu-se, face ao fortalecimento do princípio da legalidade para a idéia de poder-dever (grifos do autor).

Diogo de Figueiredo Moreira Neto, comentando o assunto, conclui ser preferível conceber a discricionariedade administrativa como uma competência para definir, no caso, o interesse público, atribuindo-lhe a natureza jurídica de poder-dever.⁷⁹

Essa trajetória está associada ao acréscimo de funções sofrido pelo Estado que passou a ser de cunho social.

Consoante os adjetivos que as Constituições foram acrescentando a idéia de Estado, conclusão essa diagnosticada com precisão por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, esse passou de mero Estado de Direito para um Estado Social, que, hoje, ainda, se almeja seja democrático, atributo esse que virá a delimitar ainda mais a abrangência da discricionariedade administrativa.⁸⁰

Não por outra razão, a doutrina moderna passa a identificar a discricionariedade mais com a idéia de dever do que com a de poder, acentuando sua condição de serviente, caracterizador de função pública.

⁷⁹ Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Legitimidade e discricionariedade, Rio de Janeiro: Forense, 1989, pág. 122.

⁸⁰ Maria Sylvia Zanella Di Pietro, A Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988, Ed. Atlas, 2ª edição, 2001, pág. 15.

Celso Antônio Bandeira de Mello é categórico ao analisar:

“Na ciência do Direito Administrativo, erradamente e até de modo paradoxal, quer-se articular os institutos do direito administrativo – não obstante ramo do direito público - em torno da idéia de poder, quando o correto seria articulá-lo em torno da idéia de dever, de finalidade a ser cumprida. Em face da finalidade, alguém - a Administração Pública - está posta numa situação que os italianos chamam de doverosità, isto é, sujeição a esse dever de atingir a finalidade. Como não há outro meio para se atingir esta finalidade, para obter-se o cumprimento deste dever, senão irrogar a alguém certo poder instrumental, ancilar ao cumprimento do dever, surge o poder, como mera decorrência, como mero instrumento impostergável para que se cumpra o dever. Mas é o dever que comanda toda a lógica do Direito Público. Assim, o dever assinalado pela lei, a finalidade nela estampada, propõe-se, para qualquer agente público, como um ímã, como uma força atrativa inexorável do ponto de vista jurídico.”⁸¹

Outros doutrinadores pátrios não chegam a situar a discricionariedade na pauta dos deveres, mas questionam o porquê da nomenclatura usualmente empregada - *poder discricionário* -, bem como apontam os diversos limites constitucionais e legais a esse poder, face à marcha dos acontecimentos históricos que têm levado uma democratização do Estado de Direito, com sua tendência, inexorável, de passar a ser mais participativo, menos representativo.

Numa linha própria de pensamento, não menos vanguardista e científica, Lúcia Valle de Figueiredo afirma consistir a discricionariedade numa *competência-dever* atribuída ao administrador para agir no caso concreto, de acordo com o critério da razoabilidade geral.⁸²

⁸¹ Curso de Direito Administrativo, p. 123, 1ª ed., Malheiros

⁸² Lúcia Valle Figueiredo, Discricionariedade: poder ou dever? In: Mello, Celso Antônio Bandeira de Mello (Coord). Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986. p.120-135.

Para nós, razão assiste ao preclaro publicista Celso Antônio Bandeira de Mello quando desloca o eixo metodológico do conceito de discricionariedade da noção de poder para a de dever, que está muito mais afinada ao Direito Público e à situação jurídica de função.

3.4. Controle Jurisdicional da discricionariedade administrativa

O dever discricionário do administrador público está, inegavelmente, cingido por diversos princípios trazidos à lume pela Constituição de 1988 (inclusive em seu preâmbulo) e por normas de hierarquia inferior.

Por outro lado, o princípio da legalidade, norte maior do Administrador Público, foi ampliado de tal sorte a contemplar não mais somente a lei, formalmente considerada, mas o Direito como um todo, com toda a sua carga valorativa.

Não podemos conviver mais com a marca da democracia meramente representativa, segundo a qual os cidadãos limitam-se a eleger seus representantes e, após depositarem seu voto na urna, aguardam passivamente a sucessão de atos de governo, sem qualquer participação na tomada de decisões. Se, desconformes com o modo de governar dos eleitos, resta aos eleitores a possibilidade de, no próximo pleito, não tornar a elegê-los.

Esse modelo político não serve ao terceiro milênio.

Dotados dessa visão prospectiva, nossos constituintes de 1988 engendraram e inscreveram no texto Constitucional diversos mecanismos de participação popular nos atos de governo, em perfeita consonância com o princípio gravado no parágrafo único do art. 1º da CF: *“Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”*(grifos do autor).

Sabedores de que a mobilização popular, máxime em um país de dimensões continentais como o Brasil, é de difícil ou impraticável influência direta junto aos governantes, nossos legisladores (no âmbito Constitucional e Infraconstitucional), acolhendo soluções do Direito alienígena e criando algumas genuinamente brasileiras, outorgaram legitimação a certas entidades ou instituições, reconhecendo-lhes representatividade para levar à análise de um outro segmento do poder, o Judiciário, anseios e pretensões que transcendem à esfera individual.

Essa multiplicidade de remédios processuais alinhados na CF de 1988 (“habeas data”; mandado de injunção; ação popular; mandado de segurança individual e coletivo; ação civil pública, ação direta de inconstitucionalidade; ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão e quejandos) aliada aos inúmeros legitimados ativos para suas proposituras, consubstanciaria verdadeira letra-morta se mantido o dogma da inatacabilidade do mérito do ato administrativo.

Quando se aborda o tema da discricionariedade como reduto privativo do administrador, geralmente se leva em conta a clássica teoria da separação de poderes, cuja base teórica remonta aos séculos XVII e XVIII, tendo em Montesquieu seu mais prolífico ideólogo.

Realmente, não se pode olvidar o contexto social e político que levou Montesquieu a construir tal estrutura: o absolutismo monárquico que imperava no mundo ocidental antes da Revolução Burguesa de 1789, cuja característica marcante era, sem dúvida, a hipertrofia do Executivo sobre as demais expressões de poder.

Naquele cenário se tornava mais fácil compreender porque o nobre, conquanto partidário da repartição tricotômica do poder, idealizava um Judiciário amorfo, ao ponto de afirmar que, dos três Poderes, o de julgar é de certo modo nulo e não restam senão dois.

A pouca relevância política dada ao Judiciário era contraposta pelo teórico à força do Legislativo, único poder capaz de, na sua ótica, neutralizar os abusos do Executivo e mitigar as desigualdades.

Esse Judiciário, definido por Montesquieu como “*a boca que pronuncia as palavras da lei*”, evoluiu graças à plena superação da idéia de um poder ilimitado e ganhou, na prática, *status* de Poder, compreendido, politicamente, como a capacidade de decidir imperativamente e impor decisões.

O juiz de hoje deve ter presente, quando conduz um processo e julga uma causa, que suas ações são manifestações do poder estatal. Portanto, qualquer posição que adote tem conotação política, que deve se pautar, não em seus gostos pessoais, em suas idiossincrasias, mas nos valores dominantes do seu tempo, pois como afirma Cândido Dinamarco, o juiz “*é, afinal de contas, um legítimo canal de comunicação entre o mundo axiológico da sociedade e os casos que é chamado a julgar*”.⁸³

José Afonso da Silva define, com inequívoco bom senso, o que seja harmonia entre os poderes:

“...cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito. De outro lado, cabe assinalar que a divisão de funções entre os órgãos do poder nem sua independência são absolutas. Há interferências que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados”.⁸⁴

Essa real harmonia leva o Judiciário, quando provocado, a ser o responsável pela identificação do interesse público, não podendo se furtar a fazê-lo. Discorrendo sobre o tema, o insigne Mauro Capelletti, após acentuar a possibilidade de o Judiciário atuar para coibir incorreções praticadas pelos membros dos outros poderes, afirma a relevância da atuação desse Poder para colaborar com

⁸³ Cândido Rangel Dinamarco. A instrumentalidade do processo. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001. pág.113.

⁸⁴ José Afonso da Silva, Curso de Direito Constitucional Positivo, Ed. Malheiros, 18ª edição, pág. 114.

identificação do interesse público e garantia de que esse seja realmente alcançado.⁸⁵

Partindo-se da premissa de que nenhuma lesão ou ameaça de lesão a direito (individual, coletivo, difuso, público ou privado) não seja passível de apreciação pelo Poder Judiciário, resta concluir que também a discricionariedade administrativa está sujeita ao controle jurisdicional, que deve considerá-la não mais como a liberdade de atuação limitada pela *lei*, mas a liberdade de atuação limitada pelo *Direito*.

Nessa linha de raciocínio, é digno de transcrição parte do aresto da lavra do Des. Nery da Silva, do Tribunal de Justiça de Goiás, onde, após trazer à lume lições exemplares da magistrada Federal Lúcia Valle Figueiredo, infere:

“Não há imunidade legal para quem infringe direito. O poder discricionário não está situado além das fronteiras dos princípios legais norteados de toda iniciativa da administração e se sujeita a regular apreciação pela autoridade judicante”.⁸⁶

Extrai-se das afirmações acima a exata dimensão que o Relator daquela apelação interposta nos autos de uma ação civil pública tem de sua função de fazer uma lei para o caso concreto: do caráter indeclinável da Jurisdição e da legalidade que deve inspirar todos os atos administrativos.

Decisão da sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Relator o Des. Sérgio Gischow Pereira), entendeu ser passível de apreciação pelo Poder Judiciário obrigação de fazer demandada do Executivo Estadual, por ser respaldada em princípio constitucional e em lei infraconstitucional, sem que com isso estivesse havendo qualquer tipo de intromissão do Judiciário na

⁸⁵ A essa conclusão já chegara, aliás, o administrativista Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (em seus “Princípios Gerais de Direito Administrativo”, vol. 1/417), quando se posicionou a favor da sindicalidade do mérito do ato administrativo com respaldo no art. 153, parág. 4º, da antiga Carta Constitucional (hoje art. 5º, inc. XXXV).

⁸⁶ RT 721/212

discricionariedade do Administrador Público. Na ementa do acórdão, afirma o insigne Relator:

*“Valores hierarquizados em nível elevadíssimo, aqueles atinentes à vida e à vida digna dos menores. Discricionariedade, conveniência e oportunidade não permitem ao administrador que se afaste dos parâmetros principiológicos e normativos da Constituição Federal e de todo o sistema legal”.*⁸⁷

Mas não foi somente com a mudança e ampliação do significado do princípio da legalidade, com todo o conteúdo axiológico inspirador do preâmbulo da Constituição de 1988, bem como pela incorporação de elementos de moralidade administrativa à idéia de moralidade, que possibilitou a invalidação de atos praticados com finalidade diversa daquela que justificou a regra de competência, que houve a possibilidade de controle da discricionariedade administrativa.

De fato, hoje o controle judicial amplia-se pelo acolhimento de vários princípios de origem pretoriana.

O princípio da razoabilidade permite ao Judiciário invalidar, por meio de inconstitucionalidade, lei e atos administrativos cujo conteúdo contenha discriminações sem justificativas ou medidas que não guardem relação ou proporção com os fins objetivados pelo legislador. Com base nesse princípio, aumenta a tarefa do Poder Judiciário, que tem que apreciar o conteúdo valorativo das normas constitucionais e legais e invalidar os atos administrativos que estejam em desconformidade com ele.

O princípio da moralidade administrativa, por sua vez, exige da Administração Pública comportamento compatível com o interesse público que lhe cumpre tutelar, voltados para os ideais expressos, agora, de forma muito mais clara, no preâmbulo da Constituição.

⁸⁷ Apel. Cível nº 596017897, 12.03.97.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro “*A moralidade tem que estar não só na intenção do agente, mas também e principalmente no próprio objeto do ato e na interpretação que da lei faça o Administrador para aplicá-la aos casos concretos.*”⁸⁸

Também os princípios gerais de direito constituem limites à discricionariedade administrativa, pois ainda que a norma, abstratamente considerada, possa aparentemente deixar larga margem de opções para a Administração Pública, as alternativas podem reduzir-se consideravelmente pela aplicação de princípios como os do Direito da Criança e do Adolescente, quais sejam, da prioridade absoluta e do respeito à condição de pessoa em processo de desenvolvimento.

Por fim, o princípio da supremacia do interesse público exige da Administração comportamentos que atendam às necessidades emergentes da vida em comunidade, de modo que o atendimento ao direito à educação infantil se torna uma obrigação primordial dos governantes.

Portanto, de todos os ensinamentos supraexpostos, resulta de meridiana clareza a possibilidade e até a necessidade de controle judicial dos atos administrativos, mesmo aqueles praticados dentro da chamada esfera de atuação discricionária, porque somente esse controle, a par de outros previstos na Lei Magna, é capaz de garantir que a Administração atue sempre pautada pelos valores estabelecidos na Constituição Federal, jamais desbordando eventuais opções que o vazio da norma lhe deixe (já que o legislador não tem como prever todas as situações concretas da vida) para uso arbitrário do Poder.

3.4. Ensaio de Conclusão

A República Federativa do Brasil, que tem como objetivos construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar

⁸⁸ Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *A Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*, Ed. Atlas, 2ª edição, 2001, pág. 234.

a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º da Constituição Federal), atua com verdadeira deficiência no atendimento das demandas educacionais infantis, de modo que merece o necessário controle para correção dos rumos sob o enfoque de atividade administrativa, pois não tem a liberdade de escolher se satisfaz esse direito fundamental das crianças.

Hoje, a discricionariedade administrativa é vista como uma liberdade de escolha entre duas ou mais alternativas válidas perante o direito, e não apenas perante a lei (grifos do autor).

Portanto, quando o sistema adota princípios jurídicos como aqueles do Direito da Criança e da Juventude, quais sejam, da prioridade absoluta e do respeito à condição peculiar de pessoa em processo de desenvolvimento, a consequência inevitável é que a discricionariedade sofre limitações decorrentes da aplicação desses princípios. Em uma hipótese na qual, perante a lei, a Administração teria duas opções, uma delas pode ser excluída pela aplicação desse princípio do direito da infância e da juventude, de tal forma que a discricionariedade desaparece porque uma única solução resulta válida perante o Direito. Reduzindo-se a discricionariedade, amplia-se a possibilidade de controle judicial, tendo em vista que os valores e princípios constitucionais se impõem aos três Poderes do Estado.

Por outro lado, a discricionariedade administrativa é vista, hoje, muito mais como um dever do que um poder, de modo que não pode o Administrador Público se furtar às suas obrigações constitucionais alegando que está agindo dentro da margem de liberdade que a lei lhe concedeu, pois os princípios jurídicos constitucionais devem ser cumpridos a fim de garantir a dignidade da pessoa humana.

E a educação infantil, como direito fundamental da criança, deve ser implementada da forma mais ampla possível, pois os preceitos espelhados nos arts. 6º e 205 da Constituição Federal não podem ter tidos por meras peças de figuração, pois, quando se trata de direitos sociais, como o direito à educação, não se pode

falar em discricionarieidade para justificar a omissão do Poder Público em relação à determinada situação. Isso porque, ao administrador não foi dada liberdade para decidir se irá efetivar ou não tais direitos. O que lhe cabe decidir é *como* irá concretiza-los, ou seja, quais políticas públicas são mais adequadas para tal fim.

CAPÍTULO 4

A VISÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DO PODER JUDICIÁRIO EM RELAÇÃO AO OFERECIMENTO DE VAGAS EM CRECHES E PRÉ-ESCOLAS

4.1. Introdução

O Ministério Público e o Poder Judiciário podem e devem ser utilizados pela sociedade civil brasileira para a efetivação dos direitos sociais, entre eles, o direito à educação.

Ainda que a Legislação nacional garanta a universalidade do direito educacional, na prática ainda há milhares de pessoas – crianças, jovens e adultos – fora da escola, e outras milhares freqüentando escolas de qualidade ruim, seja do ponto de vista pedagógico ou estrutural, situações que configuram violações de direitos. No entanto, tais situações não são amplamente contestadas judicialmente, como acontece com as violações de direitos individuais ou ainda de direitos políticos – se o Estado deixasse de organizar eleições como deixa de ofertar escolas de boa qualidade, certamente haveria maior indignação e reação por parte da sociedade.

De um lado, não há a cultura de acessar a Justiça para a garantia de direitos coletivos, que deveriam ser concretizados por meio de ações positivas do Estado. Isto porque a organização social e política do País está fortemente influenciada pelo pensamento liberal, que considera como verdadeiros direitos apenas os individuais – civis e políticos –, classificando os coletivos – econômicos, sociais e culturais –, como pertencentes a uma categoria diferente, não passíveis de universalidade e concretude, não se constituindo, portanto, em direitos humanos.

De outro, a exclusão social da maioria da população resulta não apenas em seu alijamento de bens materiais, mas também de bens culturais, entre eles, a informação. Dessa forma, milhares de pessoas desconhecem que têm direitos, ou desconhecem os mecanismos e instâncias existentes para assegurá-los.

4.2. A atuação do Ministério Público

O Ministério Público, como instituição do Estado brasileiro encarregada por zelar pelos direitos coletivos e individuais indisponíveis, tem a obrigação de monitorar as políticas públicas que visam concretizar os direitos humanos e, entre estes, o da educação. Precisa atentar para as distorções existentes e exigir dos Poderes Públicos as medidas adequadas para que os objetivos consignados nas convenções internacionais de direitos humanos e na Constituição sejam efetivados.

O Ministério Público, na Constituição Federal de 1988, conquistou posição em Capítulo próprio – *Das funções essenciais à Justiça*, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, nos termos do art. 127, *caput*, da Constituição Federal, caracterizando-o como verdadeiro guardião das liberdades públicas e do Estado Democrático de Direito, na medida em que o exercício de suas atribuições visa, em essência, o respeito aos fundamentos do modelo social pretendido e a promoção dos objetivos fundamentais do País.

De acordo com o art. 127, § 1º, da Constituição Federal, o Ministério Público assenta-se em três princípios fundamentais: unidade, indivisibilidade e independência funcional, que significa que se trata de instituição única, cujas funções são privativas e exercidas por representantes que atuam em nome do Ministério Público, gozando seus membros de plena liberdade no que tange à formação da convicção jurídica e de ampla autonomia de atuação nos casos que lhes são afetos, sendo tal independência assegurada pelas garantias de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos, conforme dispõe o art. 128, § 5º, inciso I, da Constituição Federal.

Na defesa dos direitos da criança e do adolescente, o Ministério Público é defensor constitucional de seus direitos na exata medida da indisponibilidade desses interesses juridicamente protegidos e também em virtude da condição peculiar de seus titulares e da proteção integral que lhes é devida.

O Estatuto da Criança e do Adolescente conferiu atribuições ao Ministério Público que visam, substancialmente, a proteção integral da criança e do adolescente, principalmente por meio da promoção, judicial ou extrajudicial, de seus direitos indisponíveis e fundamentais, sendo que, para isso, possibilitou o acesso de toda a criança ou adolescente ao Ministério Público, nos termos do art. 141 do ECA.

Esse acesso ao Ministério Público se torna possível graças ao serviço de atendimento ao público que é realizado, tornando o Promotor de Justiça um verdadeiro ouvidor, o qual deve tornar realidade a efetivação da precedência de atendimento, um dos aspectos da prioridade pública a que se refere o art. 227, *caput*, da Constituição Federal.

A atuação do Ministério Público em relação aos direitos da criança e do adolescente é realizada através da intervenção judicial e da intervenção administrativa.

A primeira compreende: a) intervenção civil na defesa dos interesses individuais da criança ou adolescente; b) intervenção civil na defesa dos interesses coletivos ou difusos afetos à infância e à juventude; c) intervenção civil na defesa da regularidade de entidades e programas; e d) intervenção na área infracional.

Já a atuação extrajudicial ou administrativa compreende: a) a instauração de procedimentos administrativos; b) instauração de sindicâncias, requisição de diligências investigatórias e determinação de instauração de inquérito policial; c) o exercício da função de *ombudsman* na área da infância e da juventude; d) fiscalização do processo de escolha dos membros do Conselho Tutelar; e) fiscalização do ingresso no cadastro de adoções; e f) fiscalização de entidades e programas de atendimento.

A intervenção do Ministério Público é sempre obrigatória na defesa do interesses individuais da criança e do adolescente, ante a indisponibilidade que os caracteriza, de modo que intervirá no processo civil como parte ou como *custos legis*, tendo, qualquer que seja a qualidade de intervenção, o dever de zelar pela

efetivação dos direitos da criança e do adolescente na exata medida em que a lei os protege.

Como parte, encontra-se extraordinariamente legitimado pelo disposto no art. 201, inciso V, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Substitui a criança ou adolescente no pólo ativo da relação processual. Assim, pode impetrar mandado de segurança visando assegurar vaga em creche ou pré-escola a uma criança especificamente.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (art.201, inciso V) possibilitou ao Ministério Público a instauração de inquérito civil bem como o ajuizamento de ação civil pública para a defesa de direitos individuais dessas pessoas, ao contrário da Lei da Ação Civil Pública (lei 7.347/85) e do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), que os vinculou somente aos direitos individuais homogêneos.

Entretanto, apesar dessa expressa permissão legal, há algumas decisões, sobretudo no Superior Tribunal de Justiça, entendendo que o Ministério Público não tem legitimidade para postular direitos individuais, ainda que indisponíveis, de crianças. Nesse sentido, no Recurso Especial nº 664139/RS, de 20 de junho de 2005, assim se decidiu:

“Ação Civil Pública. Ministério Público. Legitimidade. Fornecimento de Medicamentos. Menor Carente.

“1. Na esteira do artigo 129 da Constituição Federal, a legislação infraconstitucional, inclusive a própria Lei Orgânica, preconiza que o Ministério Público tem legitimidade ativa ad causam para propor ação civil pública para a proteção de interesses difusos e coletivos, como regra. Em relação aos interesses individuais, exige que também sejam indisponíveis e homogêneos. No caso em exame, pretende-se que seja reconhecida a sua legitimidade para agir como representante da pessoa individualizada, suprimindo-se o requisito da homogeneidade.

2. *O interesse do menor carente deve ser postulado pela Defensoria Pública, a quem foi outorgada a 'competência funcional para a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados na forma do art. 5º, LXXIV'. Não tem o Ministério Público legitimidade para propor ação civil pública, objetivando resguardar interesses individuais, no caso de menor carente."*

3. *Recurso especial improvido"*

O legislador, ao adotar a teoria da proteção integral, demonstrou que conferiu ao Ministério Público todos os instrumentos conhecidos para a efetivação dos direitos próprios da infância e da juventude.

Como *custos legis*, o Ministério Público deve intervir em todos os procedimentos nos quais estejam em discussão direitos menores de 18 anos de idade (Código de Processo Civil, art. 82, inciso I), notadamente direitos da criança e do adolescente cuja aferição integre a competência da Justiça da Infância e da Juventude, nos termos do arts. 201, inciso III, última figura, e art. 202.

Entretanto, no acesso à educação infantil, os principais instrumentos de trabalho do Ministério Público são o inquérito civil e ação civil pública para a defesa dos interesses difusos da criança e do adolescente.

O inquérito civil, segundo Hugo Nigro Mazzili, é "*uma investigação administrativa prévia a cargo do Ministério Público, que se destina basicamente a colher elementos de convicção para que o próprio órgão ministerial possa identificar se ocorre circunstância que enseje eventual propositura de ação civil pública ou coletiva*".⁸⁹

É um procedimento investigatório não contraditório, por meio do qual são realizadas diligências, requisitados documentos, informações, exames e perícias, expedidas notificações, tomados depoimentos, procedidas vistorias e

⁸⁹ Hugo Nigro Mazzili, *O Inquérito Civil*, Editora Saraiva, 1999, pág. 46.

inspeções. Somente o membro do Ministério Público pode instaurar o inquérito civil, de modo que é uma investigação exclusiva desta Instituição.

Caso o Promotor de Justiça se convença que não há elementos para a propositura da ação civil pública, ele promoverá o arquivamento do inquérito civil, submetendo-o à análise do Conselho Superior do Ministério Público.

Durante o trâmite do inquérito civil, pode surgir a possibilidade de o causador da lesão a um dos interesses difusos propor-se a reparar o dano, ou a evitar que este ocorra ou persista; pode ainda o investigado aceitar a fixação de um prazo de implantação das providências necessárias à correção das irregularidades, razão pela qual o Ministério Público pode tomar dos interessados compromisso de ajustamento de conduta às exigências legais, o qual passaria a ter eficácia de título executivo extrajudicial.⁹⁰

Os Termos de Ajustamento de Conduta (TAC) são, assim, atuações extrajudiciais nas quais o poder público é convidado a firmar compromissos para a superação de situações de violação de direitos coletivos. Em geral estes termos apontam prazos para a implementação de ações públicas e, caso não respeitados, o poder público é acionado judicialmente. O impacto e alcance de tal mecanismo na efetivação dos direitos sociais constituem-se em importante campo para futura investigação, possibilitando a compreensão ampla das possibilidades de justiciabilidade dos direitos sociais em geral, e dos direitos educativos em particular.

Porém, caso não haja solução do problema através do inquérito civil, poderá o Ministério Público ingressar com a ação civil pública, que poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, nos termos do art. 3º da lei 7.345/85.

É lógico que, no caso específico da educação infantil, em que a satisfação do direito difuso é o que mais importa, o ideal seria a execução

⁹⁰ Lei 8.069/90, art. 211; Lei 8.078/90, art. 113 e art. 5º, § 6º, da lei 7.345/85.

específica, com o Poder Público providenciando vagas em creche ou pré-escola para todas as crianças que delas necessitassem.

A ação civil pública tem importante papel no controle das chamadas políticas públicas, motivo pelo qual é um dos principais meios de que se vale o Ministério Público para tornar efetivo o acesso da criança à educação infantil.

De fato, no tocante à política pública de infância e juventude, decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, relator o desembargador Sérgio Gischkow Pereira, em acórdão assim ementado:

*“A Constituição Federal, em seu artigo 227, define como prioridade absoluta as questões de interesse da criança e do adolescente; assim, não pode o Estado-membro, alegando insuficiência orçamentária, desobrigar-se da implantação de programa de internação e semiliberdade para adolescentes infratores, podendo o Ministério Público ajuizar ação civil pública para que a Administração Estadual cumpra tal previsão legal, não se tratando, na hipótese, de afronta ao poder discricionário do administrador público, mas de exigir-lhe a observância de mandamento constitucional”.*⁹¹

Pelo julgado acima transcrito, observa-se que, onde e quando a Constituição Federal estabelece um fazer, automaticamente fica assegurada a possibilidade de cobrança dessa conduta em face da autoridade ou órgão competente.

Nesse sentido, Rodolfo de Camargo Mancuso ensina que:

“É preciso ter em mente, de um lado, que a regra é a sindicabilidade judicial dos danos sofridos ou temidos por pessoas físicas ou jurídicas, privadas ou públicas (CF, art. 5º, XXXV), respondendo o Estado “pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito

⁹¹ Apelação 596.017, 7ª Câmara, j. 12.03.1997, v.u., RT 743/132.

de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa” (CF, art. 37, § 6º); de outro lado, o interesse de agir, que pavimenta o acesso à Justiça, é como se sabe, abstrato e autônomo, e, pois, independe para ser exercitado, que a pretensão material seja efetivamente fundada. De conseguinte, os atos e fatos de gestão pública que se apresentam judicialmente insindicáveis apresentam-se como excepcionais dentro do sistema, até porque, como aduz Celso Antônio Bandeira de Mello, invocando Afonso Rodrigues de Queirós, ‘em certos casos não será possível dizer qual o comportamento único obrigatório para atender o interesse público, mas será possível dizer que aquele comportamento específico adotado não é o que atende’^{92,93}.

Entre o Ministério Público Estadual e o Federal, o campo de atuação mais extenso na área de educação pertence ao primeiro porque a implementação desse serviço cabe preponderantemente aos Estados e Municípios. Quanto ao segundo, sua atuação se circunscreve às situações em que há prejuízo real ou potencial a bens, interesses ou serviços da União.

Não temos indicadores para avaliar o grau de efetividade da atuação do Ministério Público brasileiro em prol da implementação do direito à educação. A metodologia de avaliação no plano do processo e do resultado precisa ser discutida e elaborada. Todavia, temos algumas pistas.

Assim, por exemplo, as decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que reconhecem a legitimidade do Ministério Público para atuar na defesa dos direitos relativos à educação (REsp 108577/PI, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 26.05.97, p. 22532 e REsp 718203/SP, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 13.02.2006, p. 694). E a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), sobre a possibilidade do Ministério Público formular pedido para que seja incluída na lei orçamentária o percentual previsto na Constituição para manutenção e

⁹² Controle Judicial dos atos administrativos, Revista de Direito Público, vol. 65, jan./mar.1983,p.36.

⁹³ Rodolfo de Camargo Mancuso. Ação Civil Pública, Lei 7.345/1985 – 15 anos, Coordenador Edis Milaré, Editora Revista dos Tribunais, A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas.

desenvolvimento do ensino (RE 190938/MG, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 24.03.2006).

Por sua vez, por meio de reiteradas ações civis públicas, o Ministério Público logrou estabelecer jurisprudência em favor da educação infantil em creche e pré-escola.

Os termos de ajustamento de conduta e as recomendações acolhidas igualmente mostram que a ação dos membros do Ministério Público provoca mudança de comportamento de agentes públicos e privados.

O projeto Ação na Justiça, da Ação Educativa, realizou, no período entre setembro de 2004 e maio de 2005, um levantamento de informações na Promotoria de Justiça de Defesa dos Interesses Difusos e Coletivos da Infância e Juventude, da cidade de São Paulo, para saber quantas ações civis públicas (coletivas) foram propostas no município para garantir o direito à educação. Identificou-se que, entre 1996 e 2005, das 188 ações civis públicas apresentadas por aquele órgão, 115 referem-se à educação (61,2 % do total).

A seguir serão apresentadas informações sobre as ações civis públicas relacionadas ao acesso à educação infantil. São 18 processos nesta condição, todos eles pedindo vagas em creches ou pré-escolas. Os 47 restantes ainda aguardavam decisão de 1ª ou 2ª instância. Em 17 ações o Município foi réu e em apenas uma o réu foi o Estado de São Paulo.

Dessas 18 ações, 12 foram propostas na mesma data (20/05/1999) e em diferentes fóruns da cidade – Santo Amaro (2), Itaquera (2), Ipiranga (2), Jabaquara (2), Centro (1), Pinheiros (2), Tatuapé (1) e Penha (1), pedindo que a Prefeitura fosse obrigada a atender a demanda na região em que foram ajuizadas.

De acordo com a Promotoria de Justiça de Defesa dos Interesses Difusos e Coletivos da Infância e Juventude, a estratégia de propor ações em diferentes fóruns foi organizada em parceria com Conselhos Tutelares da cidade de

São Paulo, que registravam várias solicitações por vagas em creche, feitas por mães e pais.

Nas varas onde foram apresentadas duas ações, uma delas era dirigida à demanda de vagas em creche, para crianças de até 3 anos e 11 meses, e a outra, vagas em estabelecimento de ensino pré-escolar, para crianças a partir dos 4 anos de idade. Nos fóruns de Pinheiros e Central a demanda foi por vagas na pré-escola.

Todas as petições tinham o mesmo pedido: condenar a Prefeitura de São Paulo a oferecer creche ou pré-escola, em condições de igualdade a todas as crianças, respeitando os princípios de universalidade e gratuidade. Se esse pedido não fosse atendido, pedia-se, subsidiariamente, que a Prefeitura pagasse mensalidades escolares em unidades particulares. As ações foram movidas contra a Prefeitura porque a Constituição de 1988 afirma que a educação infantil é, prioritariamente, de responsabilidade dos municípios.

Dentre essas ações, três obtiveram decisão favorável ao MP, em primeira instância. No entanto, algumas foram julgadas a favor do Município pelo Tribunal de Justiça – segunda instância.

De maneira geral, os argumentos para decidir favoravelmente ao Município, não o obrigando a cumprir o que foi pedido pelo autor, desqualificavam a petição do Ministério Público e não tocavam no fato do pedido – vagas em estabelecimentos de educação infantil, direito garantido na Constituição – ser justo ou injusto.

Em linhas gerais, os argumentos utilizados na decisão final foram os seguintes:

- O pedido não informava o número de vagas solicitadas (pedido genérico e indeterminado);
- As ações propostas em 1999 pediam a criação de vagas para o ano 2000. A Justiça entendeu que não poderia julgar sobre evento a acontecer no

futuro (pedido futuro), por se tratar se “suposição de descumprimento futuro”, o que configuraria um pedido juridicamente impossível;

- A educação infantil é norma programática, isto é, algumas pessoas consideram que são necessárias outras leis para regulamentar e dar efetividade ao que está previsto na Constituição.

- Por último, a Justiça afirmou que o Poder Executivo tem discricionariedade, ou seja, o governo tem o poder/liberdade de decidir em que áreas aplicará o dinheiro público, não sendo competência do Poder Judiciário decidir sobre essa matéria.

Por fim, o programa de Reorganização das Escolas da Rede Pública Estadual, determinado pelo Decreto 473/95, motivou uma ação civil pública (processo nº 385-5) que reivindicava a manutenção da pré-escola num estabelecimento de ensino da zona oeste. É a única ação relativa à educação infantil que tem o Estado de São Paulo como réu. O Tribunal de Justiça entendeu que o direito a estudar em uma escola ou pré-escola não se confunde com o direito a estudar em determinada escola, frustrando assim o pedido do Ministério Público tendo, inclusive, suspenso a liminar concedida inicialmente.

4.3. Comportamento do Judiciário frente às demandas por educação

O comportamento do Poder Judiciário, representado pelas Varas de Infância e Juventude, Fazenda Pública e Tribunal de Justiça do Estado, frente às demandas por Educação pareceu, à primeira vista, oscilante e, em alguns casos, até mesmo contraditório, posicionando-se diferentemente diante de solicitações idênticas.

De fato, quando se trata de interesses difusos e coletivos, ainda há uma certa resistência do Poder Judiciário de encarar a efetivação do direito à educação infantil, garantindo esse direito fundamental, sob a alegação de que esse Poder não pode se imiscuir nas atribuições do Poder Executivo, pois os atos

discricionários para as políticas públicas não estariam sujeitos a modificações por decisões judiciais

No seguinte acórdão, a Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, que tem competência para julgamento dos recursos interpostos perante as Varas da Infância e da Juventude, decidiu:

“É inegável que o deferimento do pedido formulado consistiria em intromissão indevida do Judiciário no Executivo, ferindo sua exclusividade de escolha do momento oportuno e conveniente para a ampliação do número de creches municipais, com toda a infra-estrutura necessária a permitir o funcionamento (equipamentos, funcionários, fornecimento de alimentação apropriada etc.) para atender a demanda das crianças de seis anos de idade, como no caso em apreço” (TJ – Apelação Cível nº 102.112-0/5 – Câmara Especial – Rel. Dês. Mohamed Amaro)

No mesmo sentido:

APELAÇÃO CÍVEL – Inconformismo do Ministério Público, contra decisão que julgou improcedente a ação civil pública de obrigação de fazer, para que fosse determinada a matrícula das crianças em creche municipal ou que a Municipalidade fosse compelida a arcar com o custo da manutenção das crianças em creche particular. Impossibilidade. Ato discricionário da Administração. A conveniência e a oportunidade de o Poder Público realizar atos físicos de administração cabe, com exclusividade, ao Poder Executivo, não sendo possível ao Judiciário, sob o argumento de estar protegendo direitos coletivos, ordenar sejam efetivados. Apelação improvida. (Apelação Cível nº. 118.252-0/5-00 – TJSP Câmara Especial).

Entretanto, na decisão a seguir, posicionou-se o Poder Judiciário de outra forma, ao afirmar que poderia invadir a discricionariedade do Estado, desde que para velar pelos interesses basilares de crianças e de adolescentes:

Ação civil pública – Apelação contra sentença que garantiu aos menores o direito a vaga em creches municipais – Direito à pré-escola assegurado pela Constituição Federal e pela legislação ordinária – Constitui dever do Estado, a disponibilização de vagas independentes da discricionariedade da administração municipal – Inteligência do artigo 208 da Constituição Federal – Recurso “ex officio” – recursos não providos. (Apelação Cível nº. 63.951.0/0 – Comarca de Campinas – TJSP – Rel. Des. Nigro Conceição – j. 23/08/01 – v.u.).

As ações pleiteando vagas no ensino infantil, interpostas em diferentes Varas de Infância e Juventude, exemplificam como a interpretação do chamado “perigo na demora” e “fumaça do bom direito”, condições para conceder a antecipação de tutela, são muito discrepantes, concedidas por alguns pela urgência e verossimilhança das alegações, e denegada por outros, pela ausência destes critérios, que eram idênticos, apresentados em varas diferentes.

A análise das condições da ação (legitimidade, interesse e possibilidade), bem como as conflitantes questões invocadas nas ações acima: discricionariedade do poder público e princípio da Separação dos Poderes *versus* análise da legalidade e da constitucionalidade do ato ou norma do Poder Executivo pelo Judiciário; direito à educação como norma programática *versus* direito à educação como um direito público subjetivo; questões orçamentárias, entre outras, ilustram bem como a cultura jurídica brasileira ainda é carente de estudos sobre direitos sociais e direitos humanos.

Contudo, decisões recentes do Superior Tribunal de Justiça e até do Supremo Tribunal Federal mostraram que a visão do Poder Judiciário está mudando, possibilitando o controle das chamadas políticas públicas por esse Poder.

Nesse sentido, é a seguinte decisão do Superior Tribunal de Justiça, do dia 27 de março de 2007,

Administrativo. Constitucional. Art. 127 da cf/88. Art. 7. Da lei n.º 8.069/90. Direito ao ensino fundamental aos menores de seis anos "incompletos". Norma constitucional reproduzida no art. 54 do estatuto da criança e do adolescente. Norma definidora de direitos não programática. Exigibilidade em juízo. Interesse transindividual atinente às crianças situadas nessa faixa etária. Cabimento e procedência. (REsp.753565/MS, Relator Ministro Luiz Fux, D.J. 28.05.2007, pág.290)

No voto, o relator entendeu que:

“.....7. A determinação judicial desse dever pelo Estado, não encerra suposta ingerência do judiciário na esfera da administração. Deveras, não há discricionariedade do administrador frente aos direitos consagrados, quiçá constitucionalmente. Nesse campo a atividade é vinculada sem admissão de qualquer exegese que vise afastar a garantia pétrea.

*8. Um país cujo preâmbulo constitucional promete a erradicação das desigualdades e a proteção à dignidade humana, alçadas ao mesmo patamar da defesa da Federação e da República, não pode relegar o direito à **educação** das crianças a um plano diverso daquele que o coloca, como uma das mais belas e justas garantias constitucionais.*

9. Afastada a tese descabida da discricionariedade, a única dúvida que se poderia suscitar resvalaria na natureza da norma ora sob enfoque, se programática ou definidora de direitos. Muito embora a matéria seja, somente nesse particular, constitucional, porém sem importância revela-se essa categorização, tendo em vista a explicitude do ECA, inequívoca se revela a normatividade suficiente à promessa constitucional, a ensejar a acionabilidade do direito consagrado no preceito educacional.

10. *As meras diretrizes traçadas pelas políticas públicas não são ainda direitos senão promessas de lege ferenda, encartando-se na esfera insindicável pelo Poder Judiciário, qual a da oportunidade de sua implementação.*

11. *Diversa é a hipótese segundo a qual a Constituição Federal consagra um direito e a norma infraconstitucional o explicita, impondo-se ao judiciário torná-lo realidade, ainda que para isso, resulte obrigação de fazer, com repercussão na esfera orçamentária.*

12. *Ressoa evidente que toda imposição jurisdicional à Fazenda Pública implica em dispêndio e atuar, sem que isso infrinja a harmonia dos poderes, porquanto no regime democrático e no estado de direito o Estado soberano submete-se à própria justiça que instituiu. Afastada, assim, a ingerência entre os poderes, o judiciário, alegado o malferimento da lei, nada mais fez do que cumpri-la ao determinar a realização prática da promessa constitucional.”*

Da mesma forma, é exemplo a seguinte ementa do Supremo Tribunal Federal:

“A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art, 208, IV). Essa prerrogativa jurídica, em conseqüência, impõe ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das “crianças de zero a seis anos de idade” (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o

próprio texto da Constituição Federal. A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. Os Municípios – que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, §2º) – não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208,IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social” (RE-AgR 410715/SP, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 93.02.2006, p. 76).

Assim, com o exemplo dessas duas decisões, uma do Superior Tribunal de Justiça e outra do Supremo Tribunal Federal, espera-se uma mudança no comportamento de alguns magistrados no tocante à análise de situações envolvendo direitos fundamentais da criança e do adolescente, colocando-os a salvo ao afastar a alegação do Poder Público de que seus atos administrativos são dotados de conveniência e oportunidade, não tolerando intromissão do Poder Judiciário.

4.4. Ensaio de conclusão

O Ministério Público tem o dever constitucional de defender todos os direitos da criança e do adolescente ante a indisponibilidade que lhes foi conferida em razão da condição peculiar de seus titulares e da proteção que lhes é devida, sendo que, para isso, ingressa com um sem-número de ações civis públicas, instaura inquéritos civis, promove termos de ajustamento de conduta, realiza

audiências públicas, bem como atende ao povo para saber quais são as principais deficiências na área da infância e da juventude.

Todas essas atribuições são realizadas pela Promotoria de Justiça da Infância e da Juventude, especializada também para atender as demandas por educação infantil. Há comarcas que não há Promotoria especializada, o que dificulta o trabalho do Promotor de Justiça, que tem que dar atenção para outras áreas, como o meio ambiente, a criminal, o consumidor, etc.

Apesar do número absoluto de ações ser reduzido frente às violações dos direitos educativos, e que os resultados muitas vezes tenham sido frustrantes, inclusive com argumentos pouco convincentes, pautados em aspectos processuais e até burocráticos, verifica-se que a prática de buscar o Judiciário para a efetivação do direito à educação pode ser bastante eficaz, pois houve uma mudança de entendimento de expressivo setor do Poder Judiciário, principalmente com decisões recentes da mais alta corte brasileira, com primoroso voto do Ministro Celso de Mello, assim como também do Superior Tribunal de Justiça.

A própria Colenda Câmara Especial do Egrégio Tribunal de Justiça bandeirante vem mudando o seu posicionamento, pois entre os anos de 2005 e 2006, com alguns de seus integrantes, em votações minoritárias, reconhecia a discricionariedade estatal como prevalecendo sobre o direito de crianças e adolescentes à inclusão em creches e pré-escolas. Atualmente, o entendimento vem passando por reformulações em razão da substituição dos magistrados componentes daquele órgão colegiado, com a quase totalidade de decisões sendo tomada em favor do público infanto-juvenil.

Outrossim, há casos em que o poder público se antecipa ao julgamento, atendendo ao pedido, provocando o arquivamento da ação, antes mesmo que seja julgada em seu mérito.

Outro aspecto relevante neste processo de constituição das ações civis públicas é a oportunidade de atuação conjunta entre Ministério Público e sociedade civil organizada, como revela a estratégia utilizada para o registro de

demanda nos Conselhos Tutelares. Também neste caso, para além da sentença, tal aproximação contribui para a disseminação da noção de justiciabilidade dos direitos educativos, por meio de espaços já constituídos de participação e intervenção social nas políticas públicas.

Cabe ainda destacar que, apesar de ser um promissor instrumento na mobilização pela concretização do direito à educação, esta prática guarda enormes desafios, como a superação da falta de preparo do Sistema de Justiça para lidar com a temática da educação.

Em relação ao poder judiciário, há ainda que se sensibilizar – e formar – juízes para lidar com as especificidades da educação. Se de um lado há um claro elemento de ordem política – evitar interferir nas atribuições consideradas do poder executivo – de outro há evidente desconhecimento do funcionamento do sistema educacional e de suas particularidades.

A busca pela efetivação dos direitos sociais, em especial o direito à educação, implica em estudos de como lidar com estes direitos humanos positivados na forma de princípios. Como lidar com a efetivação de direitos que implicam modificações nos gastos orçamentários do poder público. Em breves linhas, conforme já apontado por José Reinaldo de Lima Lopes:

“Nós somos treinados a falar simplesmente e a pensar na justiça comutativa ou na justiça da retribuição, ou seja, a justiça dos contratos de um lado e a justiça das penas do outro lado, são dois lados exatamente da mesma idéia de justiça que é a de retribuição, comutação, troca. (...) Ora, os direitos sociais têm um objeto diferente, têm uma lógica diferente: o bem é coletivo e a lógica é a lógica da justiça distributiva”.⁹⁴

⁹⁴ José Reinaldo de Lima Lopes, *Direitos Sociais, Teoria e prática*, 1ª. edição, Editora Método, 2006, pág.91

Sob esta ótica, o que é concedido para um, deve ser concedido para todos. O que, portanto, implica em uma análise jurídica conjunta, em que se leve em consideração questões orçamentárias e educacionais.

Assim como a atuação judicial, a possibilidade de exigir direitos por meio de acordos extrajudiciais guarda desafios cuja superação compete aos mais diversos atores que se propõem a trabalhar com os direitos sociais. De órgãos públicos às organizações da sociedade civil que atuam na defesa dos direitos educativos, todos devem somar esforços para que o direito à educação seja garantido e efetivado universalmente. E o caminho, certamente, é a aproximação e até mesmo a provocação do sistema de justiça para agir sobre esta matéria. Só o exercício contínuo de buscar o Sistema de Justiça tornará efetiva a própria judicialização do direito à educação.

CONCLUSÕES GERAIS

A presente tese teve por objetivo demonstrar que a educação infantil, direito fundamental das crianças, é uma obrigação do Estado, que não tem a faculdade de deixar de oferecê-la sob qualquer pretexto, ainda mais para crianças, que tem prioridade absoluta no atendimento de suas demandas em virtude do respeito à condição de pessoa em processo de desenvolvimento bem como em virtude da indisponibilidade que marca os seus direitos.

Conforme asseverou Ulysses Guimarães, a Constituição da República de 1988, "*diferentemente das sete Constituições anteriores, começa com o homem. Graficamente testemunha a primazia do homem, que o homem é seu fim e sua esperança. É a Constituição cidadã [...] " o homem é problema da sociedade brasileira: sem salário, analfabeto, sem saúde, sem casa, portanto sem cidadania"*⁹⁵

De fato, a Constituição Federal de 1988, elaborou, dentre os seus princípios fundamentais e como alicerce do Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana e cidadania (art. 1º, incisos II e III), determinando, ainda, como um de seus objetivos fundamentais, a construção de uma sociedade justa, livre e solidária.

E, com vistas ao pleno exercício da cidadania, a Carta Constitucional prevê, como seu instrumento fundamental, a universalização da **educação** básica, pois a instituição educativa, a serviço do bem estar social, complementa, ao lado da família, o desenvolvimento pessoal e social das crianças e dos adolescentes e contribui decisivamente para a melhoria de vida de cada cidadão.

É efetivamente o que dispõe seu artigo 227, também repetido pelo art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente, no que atinge em especial à educação da criança e do adolescente, enquanto direito público subjetivo a ser garantido com absoluta prioridade, nos seguintes termos:

⁹⁵ *in* Anais da Assembléia Nacional constituinte, Centro Gráfico do Senado Federal, Brasília – DF, 1988

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

Como se observa, a Constituição Federal e a legislação infraconstitucional não tratam a educação como um fim em si mesmo, ou mero aparato de enriquecimento cultural, mas um verdadeiro caminho ou instrumento para construção de uma sociedade que se pretende justa, livre e solidária, a ser garantido à criança e ao adolescente com prioridade absoluta. E não deixa de prever também que o dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a cinco anos de idade, preceito normativa reforçado no artigo 54, inciso IV, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A educação infantil é de responsabilidade do Município, uma vez que o artigo 211, § 2º da CF, e artigo 88, inciso I, do ECA, indicam-no como ator prioritário no ensino fundamental e pré-escolar e estabelecem a **municipalização** do atendimento como primeira diretriz da política da infância e juventude.

Como se vê, a Magna Carta deu um valor especial ao capítulo da educação, pois mesmo vedando a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvou, no artigo 212, a destinação de recursos para a manutenção do ensino, determinando que os Municípios aplicarão, anualmente, nunca menos de vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino.

Resta irrefutável, pois, que para o Poder Público o atendimento em creche e pré-escola às crianças e pré-escolas às crianças de zero a cinco anos de

idade constitui-se em um poder-dever indeclinável, não se tratado de mera discricionariedade do Poder local.

A garantia de prioridade absoluta e o respeito à condição de pessoa em processo de desenvolvimento, que são os dois princípios fundamentais do Direito da Criança e do Adolescente, não têm conteúdos meramente retóricos, mas se confundem com uma regra direcionada, especificamente, ao Administrador Público, que não pode denegar direitos fundamentais às crianças e aos adolescentes, especialmente a educação, sob o argumento de ter outras prioridades.

Entretanto, apesar da Constituição Federal já ter sido promulgada há 19 anos, milhares de crianças ainda não freqüentam creches ou pré-escolas em virtude da falta de vagas, como na cidade em São Paulo, onde a carência é de, aproximadamente, 90 mil vagas.⁹⁶

O argumento principal utilizado pelos Municípios para não satisfazer esse direito fundamental tem sido que o Poder Judiciário não pode controlar atos discricionários do Poder Executivo, em virtude da cláusula pétrea de separação de poderes do Estado.

Porém, com o Estado Democrático de Direito, à lei formal se acrescentam considerações axiológicas e assim amplia-se a possibilidade de controle judicial, de forma que poderão ser corrigidos os atos administrativos praticados com inobservância de certos valores adotados como dogmas em cada ordenamento jurídico, de modo que, quando se fala, hoje, em princípio da legalidade, significa abranger não só a lei, em sentido formal, mas todos os valores e princípios contidos implícita e explicitamente no ordenamento jurídico.

Portanto, a discricionariedade administrativa sofre maiores limitações, ficando muito mais complexa a atividade de controle, haja vista que a lei foi reconquistando o seu sentido axiológico perdido por influência do positivismo jurídico

⁹⁶ Informação obtida no site prefeitura.sp.gov.br

e novos princípios foram sendo elaborados como formas de limitar a discricionariedade administrativa, além de ampliar a esfera de controle do Poder Judiciário.

E, na Constituição Federal, a criança tem um destaque especial, pois, em virtude do princípio da prioridade absoluta e do respeito à condição de pessoa em processo de desenvolvimento, seus direitos devem ser satisfeitos em primeiro lugar, de modo que a discricionariedade em relação a essas pessoas sofrem uma limitação ainda maior.

Outrossim, hoje já se questiona a existência de uma verdadeira discricionariedade administrativa na Administração Pública, porque, ao contrário do que se passa entre os particulares, aos quais é dado fazer tudo que não seja proibido, o agente público, dada a indisponibilidade dos valores e interesses que lhe são afetos, só pode fazer o que vem prescrito de acordo com os mandamentos constitucionais, principalmente na política de educação infantil, que não se trata de um conceito vago ou indeterminado, nem tampouco de valores sujeitos a manejo discricionário, e, menos ainda, de norma programática, a ser implementada ou não, segundo as contingências do momento.

Dessa forma, não basta atender em creche e pré-escola somente parcela das crianças, pois outro imperativo constitucional que envolve a questão é a **igualdade de condições** de acesso e permanência na escola, prevista no artigo do 206, inciso I.

Mas como isso não ocorre em diversos Municípios brasileiros, o Ministério Público é chamado a cumprir o seu dever, cuja legitimação decorre de mandamento constitucional, uma vez que lhe incumbe "a defesa da ordem jurídica, do regime democrático, e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, "caput"); preceituando, também, a Lei das Leis (art.129) que são funções institucionais do Ministério Público, entre outras, "zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos aos direitos consagrados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias à sua garantia" (inciso II) e "promover o inquérito civil e a ação

civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos" (inciso III).

Assim, principalmente por meio desses dois instrumentos, o inquérito civil e a ação civil pública, o Ministério Público tem contribuído para minimizar essa deficiência, tentando resolver, primeiramente, a falta de vagas em creches pela via administrativa, formulando termos de ajustamento de conduta para implementação desse direito fundamental.

Entretanto, nos casos em que não é possível viabilizar um acordo com o Município, a solução que resta é a ação civil pública, a fim de que o Poder Judiciário decida, de forma definitiva, efetivar o direito à educação infantil.

Nesse aspecto, o Poder Judiciário apresentou uma evolução no seu entendimento, pois, quanto aos direitos difusos e coletivos, houve, inicialmente, uma resistência muito grande quando havia o confronto com a afirmação de discricionariedade administrativa na fixação e execução de políticas públicas, com a afirmação de que se tratava de ato discricionário da Administração, de modo que a conveniência e a oportunidade de o Poder Público realizar atos físicos de administração cabe, com exclusividade, ao Poder Executivo, não sendo possível ao Judiciário, sob o argumento de estar protegendo direitos coletivos, ordenar sejam efetivados.

Entretanto, a posição atual do Tribunal de Justiça de São Paulo, através de sua Câmara Especial, mudou e se pacificou no sentido de que o administrador está vinculado às políticas públicas estabelecidas na Constituição Federal, de forma que sua omissão é passível de responsabilização e a sua margem de discricionariedade é mínima, não contemplando o não fazer.

Essa mudança de entendimento aconteceu em virtude de decisões do Supremo Tribunal Federal e também do Superior Tribunal de Justiça, os quais igualmente entendem que, como os Municípios atuam prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil, não podem se demitir do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da

Constituição Federal, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se de atendimento das crianças em creches, não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social.

Dessa forma, esperamos que essa mudança de visão dos Tribunais Superiores e também da Colenda Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, se irradie para todo o Poder Judiciário, a fim de que a Administração Pública se conscientize e se curve, elaborando e executando, por iniciativa própria, políticas voltadas para a área da educação infantil, pois, caso contrário, restará a via judicial para suprimento de deficiências nas atividades administrativas resultantes de uma inação ou de uma ação excessiva ou desviada de sua finalidade original.

E essa conscientização da Administração Pública é necessária para que ofereça uma educação infantil de qualidade, pois só assim possibilitará que as crianças mais carentes saiam da miséria, pois não há pior discriminação do que a miséria. O estado de direito conseqüente da igualdade não pode conviver com estado de miséria. Mais miserável do que os miseráveis é a sociedade que não acaba com a miséria e a educação também é responsabilidade da nossa sociedade.

BIBLIOGRAFIA

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *“Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976”*. Coimbra: Livraria Almedina. 1998.

ARAÚJO, Luiz Alberto David, e JÚNIOR, Vidal Serrano Nunes. *Curso de Direito Constitucional*. Editora Saraiva, 11ª edição.

ATALIBA, Geraldo. *Sistema Constitucional Tributário*. 1 ed., São Paulo, Ed. RT, 1966.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 10ª edição, São Paulo, Malheiros, 2000.

BONNET, Michel. *“Convention on the Rights of the Child”*, In *“Second Asian Regional Conference on child abuse and neglect”*.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *“Direito Constitucional e Teoria da Constituição”*. Lisboa: Almedina, 1999.

CARRAZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 11ª ed., Editora Malheiros, 1998.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Princípios Gerais de Direito Público*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966.

COELHO, João Gilberto Lucas. *Criança e Adolescente: A convenção da ONU e a Constituição Brasileira*. UNICEF.

CONDILLAC, Étienne Bonnot. *Tratado dos Sistemas*. 2. ed. Trad. de Luiz Roberto Monzani, in Os Pensadores, S. Paulo, Ed. Abril, 1980.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *A Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. Ed. Atlas, 2ª edição, 2001.

_____ *Discricionariedade Administrativa e Discricionariedade Técnica*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo, número 9, fev./abril 2007.

_____ *Direito Administrativo*. 14ª edição. Editora Atlas.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

ELIAS, Roberto João. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo, Ed. Saraiva, 2ª edição, 2004.

_____ *Direitos fundamentais da criança e do adolescente*. São Paulo, Ed. Saraiva, 2005

FERREIRA, Luiz Antônio Miguel Ferreira. *As creches no Fundeb*. Publicação eletrônica no site do Ministério Público do Estado de São Paulo.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Discricionariedade: poder ou dever?* In: Mello, Celso Antônio Bandeira de Mello (Coord). Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo : Saraiva, 1995.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *O Direito de Antena em face do Direito Ambiental no Brasil*.

FIORINI, Bartolome. *Erro de Ilegalidade no Acto Administrativo*. Lisboa, Ed. Ática.

FRONTINI, Paulo Salvador. *Ação Civil Pública – 15 anos*. Ed. Revista dos Tribunais. 2ª edição. Coordenador Edis Milaré.

FLEINER, Fritz. *Instituciones de Derecho Administrativo*. 1ª ed., Madrid, p. 117, citado por HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*.

HAURIOU, Maurice. *Précis Élémentaire de Droit Administratif*, Librairie du Recueil Sirey. 1938.

HELENA DINIZ, MARIA. *Dicionário Jurídico*. São Paulo, 1998, v.1.

JUNIOR, Wallace Paiva Martins. *A discricionariade administrativa à luz do princípio da eficiência*. Revista dos Tribunais, Ano 90, v.789, jul.2001.

LAMENZA, Francismar. *Os Direitos Fundamentais da Criança e do Adolescente e a discricionariade do Estado*. Tese de doutorado apresentada na Faculdade de Direito na Universidade de São Paulo, 2006.

LIBERATTI, Wilson Donizete. *O Estatuto da Criança e do Adolescente – Comentários*. São Paulo : IBPS.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos Sociais, Teoria e prática*. 1ª edição, Editora Método, 2006.

MACHADO, Martha de Toledo. *A Proteção Constitucional de Crianças e Adolescentes e os Direitos Humanos*. Ed. Manole, 2003.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Popular*. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1998.

_____ *Ação Civil Pública – 15 anos*. Ed. Revista dos Tribunais. 2ª edição. Coordenador Edis Milaré.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira. *O princípio da prioridade absoluta aos direitos da criança e do adolescente e a discricionariedade administrativa*. Revista dos Tribunais, Ano 87, v.749, mar.1998.

MAZZILI, Hugo Nigro. *O inquérito civil*. Ed. Saraiva, 1999.

_____ *A defesa dos interesses difusos em juízo*. Ed. Saraiva, 1997, 9ª edição.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. Ed. Malheiros. 24ª edição.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*. 1. ed. São Paulo, Ed. RT, 1980.

_____ *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. Malheiros Editores, São Paulo, 1992.

_____ *Curso de Direito Administrativo*, p. 123, 1ª ed., Malheiros.

MELLO, Celso de. STF – Pleno – MS nº 22.164/SP – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*. Seção I, 17 de novembro de 1995.

MÔNACO, Gustavo Ferraz de Campos. *O décimo-quinze aniversário da convenção sobre os direitos da criança – contributo para o aprofundamento e implementação do direito internacional dos direitos humanos*. Revista dos Tribunais, ano 94, v. 831, jan. 2005.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, Editora Atlas, 7ª edição.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Legitimidade e discricionariedade*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

PAULA, Paulo Afonso Garrido de. *Funções Institucionais do Ministério Público*. Organizadores Airton Buzzo Alves e outros, Editora Saraiva.

_____ *Direito da Criança e do Adolescente e Tutela Jurisdicional Diferenciada*. Ed. RT.

_____ *Justiça e Educação como Instrumento de Inclusão Social*. Publicação eletrônica.

_____ *Cadernos de Direito da Criança e do Adolescente*. Editora Malheiros.

PEREIRA, André Gonçalves. *Tratado de Direito Administrativo*. Ed. Freitas Bastos.

PEREIRA, Tânia da Silva, e MELO, Carolina de Campos. *Infância e Juventude: os direitos fundamentais e os princípios constitucionais consolidados na Constituição de 1988*. Site do Ministério Público do Estado de São Paulo (www.mp.sp.gov.br)

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos, o princípio da dignidade humana e a Constituição brasileira de 1988*. Revista dos Tribunais, ano 94, n. 833, mar. 2005.

_____ *Temas de direitos humanos*, 2 edição, São Paulo: Max Limonad, 2003.

SARLET, Wolfgang Ingo. *"A eficácia dos direitos fundamentais"*. Porto Alegre: Livraria.

SILVA, José Afonso da. *"Curso de Direito Constitucional Positivo"*. São Paulo: Malheiros, 2000.

SOUZA, Motauri Ciocetti de. *Defesa dos Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência*. Coord. Luiz Alberto David Araújo, Editora Saraiva.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª Edição, Editora Saraiva.