

A FORÇA NORMATIVA DOS PRECEITOS DA EDUCAÇÃO INFANTIL

Luciene Auxiliadora Rodrigues

Conforme distinção realizada por José Afonso da Silva, a questão da eficácia do direito deve ser entendida em dois sentidos: social e jurídico. O primeiro sentido diz respeito ao reflexo real que a norma produz na sociedade, refere-se à questão de a norma ser efetivamente aplicada e obedecida no meio social. Tecnicamente é traduzida pela expressão “efetividade”, compreendida como o alcance dos objetivos da norma no ambiente social. Enquanto a eficácia jurídica refere-se à aplicabilidade da norma, à capacidade da norma, *de per si*, produzir efeitos jurídicos, ainda que em grau reduzido.

Em sua obra *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, José Afonso da Silva assim dispõe:

Por isso é que, tratando-se de normas jurídicas, se fala em eficácia social em relação à efetividade, porque o produto final objetivado pela norma se consubstancia no controle social que ela pretende, enquanto a eficácia jurídica é apenas a possibilidade de que isso venha a acontecer.

Os dois sentidos da palavra eficácia, acima apontados, são, pois, diversos. Uma norma pode ter eficácia jurídica sem ser socialmente eficaz, isto é, pode gerar certos efeitos jurídicos, como, por exemplo, o de revogar normas anteriores, e não ser efetivamente cumprida no plano social.¹

Partindo do pressuposto de que não existe norma constitucional destituída de eficácia jurídica, e que a distinção entre tais normais dá-se apenas quanto ao grau dessa eficácia, José Afonso da Silva apresenta uma classificação tripartite quanto à eficácia das normas constitucionais, a saber: I) normas constitucionais de eficácia plena; II) normas constitucionais de eficácia contida; III) normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida. Tais categorias foram definidas pelo autor, nos seguintes termos:

Na primeira categoria incluem-se todas as normas que, desde a entrada em vigor da constituição, produzem todos os seus efeitos essenciais (ou têm a possibilidade de produzi-los), todos os objetivos visados pelo legislador constituinte, porque este criou, desde logo, uma normatividade para isso suficiente, incidindo direta e imediatamente sobre a matéria que lhes constitui objeto. O segundo grupo também se constitui de normas que incidem imediatamente e produzem (ou podem produzir) todos os efeitos queridos, mas prevêem meios ou conceitos que permitem manter sua eficácia contida em certos limites, dadas certas circunstâncias. Ao contrário, as normas do terceiro grupo são todas as que não produzem, com a simples entrada em vigor, todos os seus efeitos essenciais, porque o legislador constituinte, por qualquer motivo, não estabeleceu, sobre a matéria, uma normatividade para isso bastante, deixando essa tarefa ao legislador ordinário ou a outro órgão do Estado.²

Já o sentido social de eficácia refere-se à questão de a norma ser efetivamente aplicada e obedecida no meio social. Ao tratar do desafio da efetividade das normas constitucionais, José Luiz Borges Horta assim escreve:

1 SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, p. 66.

2 Ibid., p. 82-83.

A verdadeira e maior temática do constitucionalismo democrático, ademais nos países em desenvolvimento, é a intrincada questão da efetividade constitucional. Efetivar a Constituição dirigente é sempre um desafio que os juristas, e a comunidade acadêmica e política de uma Nação, precisam enfrentar com galhardia.³

E acrescenta:

Compreender as normas constitucionais e as diferentes funções que elas possuem dentro da sistemática constitucional, impõe-se como pré-requisito para que, um dia, a constituição material venha a coincidir com a constituição formal, e que a idealidade dos sonhos constituintes possa se tornar realidade na práxis das nossas instituições político-jurídicas. O desafio da efetividade constitucional, assim, é o grande obstáculo a ser enfrentado por aqueles que pretendem, de algum modo, construir para o nosso país uma verdadeira democracia fundada nos direitos fundamentais.⁴

No capítulo dedicado ao Constitucionalismo Democrático, José Luiz Borges Horta ressalta a existência de lacunas que se estendem da Constituição formal à realidade material do Estado Democrático de Direito e critica o posicionamento de alguns juristas perante esse contexto. Nas suas palavras:

É fato que, até aqui, os juristas que vêm se debruçando sobre o tema acabam perdendo-se em divagações nada jurídicas, comportando-se como sociólogos enfadonhos ao justificarem o Estado Democrático de Direito em bases fáticas de graves conseqüências, na medida em que, ao descreverem-no a partir de manifestações tais como aumento de mecanismos de participação popular na democracia, gradual fortalecimento de associações civis e comunitárias, e sobretudo da redução do espaço estatal em relação ao “espaço público”, acabam caindo no “canto da sereia” da ideologia neo-liberal.

Um caminho possível, e antevisto por JOAQUIM CARLOS SALGADO, é o de aliar a legitimidade formal (e daí a expressão “estado democrático”) à material (daí, “estado de direito”), perspectiva que pode suprir uma evidente carência da doutrina jurídica: propiciar contornos precisos para o Estado Democrático de Direito, embasados não em leituras sociologizantes ou concepções ideológicas, mas no consagrado cânone da tradição filosófica ocidental.

O constitucionalismo deste fim-de-século, assim, é assinalado substancialmente por conflitos e angústias. Na virada de milênio, as instituições passam por detido reexame, e o saber avança de modo sem par.

A Constituição Federal de 1988 formaliza sua adesão ao Estado Democrático de Direito já em seu primeiro artigo. Urge, então, que proporcionemos, os juristas, respostas à altura do Texto, que preencham as inofismáveis lacunas que vão da Constituição formal à vivência material do Estado Democrático de Direito.⁵

No campo do direito fundamental à educação, esta questão fica evidente, é o que nos aponta José Luiz Borges Horta:

3 HORTA, José Luiz Borges. *A Educação nas Constituições Brasileiras*, f. 13.

4 Ibid., p. 14-15.

5 Ibid., p. 139-140.

Há profundas controvérsias entre o que se pensa, o que se diz, o que se propõe e o que efetivamente se conquista em matéria educacional. A Carta Constitucional de 1988 consagrou inúmeros princípios, inúmeros valores, inúmeros direitos em matéria educacional no seu texto formal.

Mas não basta apenas formalizar os direitos. A consecução prática dos objetivos da educação, anota JOSÉ AFONSO DA SILVA, só se realizará num sistema educacional democrático, em que a organização da educação formal via escola concretize o direito ao ensino, informado por princípios com ele coerentes, que realmente foram acolhidos pela Constituição.⁶

A Constituição da República de 1988 traz os lineamentos normativos para a concretização de um Estado Democrático de Direito, persiste o nobre e complexo desafio de tornar isso real. Nesse sentido, as palavras de Paulo Bonavides:

Se concentrarmos nossas reflexões sobre o Brasil, veremos que o grande problema do momento constitucional brasileiro é o de como aplicar a Constituição. [...] Concretizar o texto, introduzi-lo na realidade nacional, eis em verdade o desafio das Constituições brasileiras, desde os primórdios da República.⁷

Infelizmente, o direito à educação não é exceção a esta regra, vastamente defendido pela Constituição, ainda não alcançou na prática a desejável efetividade. Enquanto esta situação persistir, o idealizado respeito aos demais direitos fundamentais permanecerá comprometido.

Restringindo-se a análise à educação infantil, não há dúvida de que esta é um dever do Estado. No entanto, existe um contingente enorme – e injustificável – de crianças pequenas sem acesso a creches e instituições de pré-escola. Por qualificar-se como direito fundamental, a educação infantil não se expõe a avaliações meramente discricionárias, nem se subordina a razões de pragmatismo governamental, sob pena de configurar-se inaceitável omissão, apta a frustrar o integral adimplemento de prestação estatal constitucionalmente imposta.

A título exemplificativo, é interessante o caso da Região Metropolitana de Belo Horizonte (RMBH), onde ocorreu importante evolução no acesso à educação infantil na última década.

No ano de 2007, apenas 6,9% dos infantes de zero a três anos tinham acesso à creche. Em 2014, o percentual evoluiu para 22,2%. Em relação às crianças em idade pré-escolar (4 e 5 anos), 33,7% estavam matriculadas em escolas no ano de 2007, percentual que atingiu 67,3% em 2014.⁸

Embora constatado o progresso, infere-se também o desafio consubstanciado na necessidade de aumento de vagas em creches para crianças de 0 a 3 anos - faixa etária com menor cobertura de toda educação básica - e na universalização da pré-escola para os que possuem 4 e 5 anos de idade. Conforme Rina Passos Oliveira Ferreira:

Esse cenário de privação do ensino às crianças de 0 a 5 anos com menor renda, principalmente aquelas que poderiam frequentar a etapa de creche mostra que o direito conquistado através da lei ainda não se efetivou por completo na vida desses pequenos cidadãos. A necessidade de tratar a educação infantil enquanto

política pública geradora de benefícios individuais e coletivos, mais ainda, garantidora de consecução de direitos inerentes às crianças, se mostra como evidente e imediata.⁹

A inexistência de vagas em creches e pré-escolas que atenda à demanda dos municípios integrantes da RMBH atenta contra o exercício do direito à educação escolar. E, diante desta realidade, é importante destacar que o legislador infraconstitucional, por intermédio da Lei n. 9.394/96 – Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB) –, dispõe, no art. 5º c/c o §3º do mesmo dispositivo, que qualquer indivíduo que se sentir lesionado em seu direito à educação básica, ou grupo de cidadãos, associação comunitária, organização sindical, entidades legalmente constituídas, bem como o Ministério Público, podem dirigir-se ao Poder Judiciário para efeito de reparação, sendo a ação gratuita e de rito sumário.

A partir da promulgação da Emenda Constitucional nº 59/2009, a educação básica dos 4 aos 17 anos de idade passou a integrar o ensino obrigatório, o que deveria ter sido concretizado no plano fático até o ano de 2016. Portanto, desde o referido ano, a pré-escola é expressamente obrigatória e direito público subjetivo. Isto significa que o seu não oferecimento, ou sua oferta irregular, são considerados crime de responsabilidade da autoridade competente.

Antes da aludida Emenda Constitucional, o Poder Judiciário já entendia que o direito à educação é indisponível e não comporta julgamento de conveniência e oportunidade, não sendo cabível a teoria da reserva do possível para justificar o inadimplemento da obrigação constitucional ao argumento da indisponibilidade financeira da administração pública.

A expressão reserva do possível procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades a serem por eles supridas. Consoante as palavras de Paulo Caliendo:

A reserva do possível (Vorbehalt des Möglichen) é entendida como limite ao poder do Estado de concretizar efetivamente direitos fundamentais a prestações, tendo por origem a doutrina constitucionalista alemã da limitação de acesso ao ensino universitário de um estudante (numerus-clausus Entscheidung). Nesse caso, a Corte Constitucional alemã (Bundesverfassungsgericht) entendeu existirem limitações fáticas para o atendimento de todas as demandas de acesso a um direito.¹⁰

José Joaquim Gomes Canotilho é um crítico da concepção:

Rapidamente se aderiu à construção dogmática da reserva do possível (Vorbehalt des Möglichen) para traduzir a ideia de que os direitos sociais só existem quando e enquanto existir dinheiro nos cofres públicos. Um direito social sob “reserva dos cofres cheios” equivale, na prática, a nenhuma vinculação jurídica.¹¹

Esta confusão entre a reserva do possível e a denominada reserva do financeiramente possível, conforme crítica de José Joaquim Gomes Canotilho, demonstra uma deturpação no sentido originário da expressão quando de sua importação ao Brasil. Nesse sentido é a lição de Dirley da Cunha Júnior:

A chamada reserva do possível foi desenvolvida na Alemanha, num contexto jurídico e social totalmente distinto da realidade

6 Ibid., p. 219-220.

7 BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 27. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2012, f. 394.

8 FERREIRA, Rina Passos Oliveira. Educação Infantil Pública e Privada na RMBH: Uma análise a partir do Censo Escolar 2014. 2016. Dissertação (Mestrado) - Programa de Mestrado em Administração Pública da Fundação João Pinheiro - Escola de Governo Professor Paulo Neves de Carvalho, Belo Horizonte, 2016.

9 Ibid., p.17-18.

10 CALIENDO, Paulo. Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). Direitos Fundamentais, orçamento e reserva do possível. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. P. 200.

11 CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2004. P. 481.

histórico-concreta brasileira. Apesar das grandes contribuições que a doutrina estrangeira tem dado ao direito brasileiro, proporcionando indiscutivelmente consideráveis avanços na literatura jurídica nacional, é preciso deixar bem claro, contudo, que é extremamente discutível e de duvidosa pertinência o traslado de teorias jurídicas desenvolvidas em países de bases cultural, econômica, social e histórica próprias, para outros países cujos modelos jurídicos estão sujeitos a condicionamentos socioeconômicos e políticos completamente diferentes.¹²

Neste contexto, a tese de que a educação infantil antes dos 4 anos de idade não faz parte da educação obrigatória não se sustenta, ante a indisponibilidade do direito à educação básica, o que tem gerado inúmeras condenações dos entes públicos – a atender a demanda em creches – pelo Poder Judiciário.

O STF, no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 410.715-5 SP e do Recurso Extraordinário nº 436.996-6 SP manifestou-se no sentido de que é dever dos Municípios concretizar o direito à educação infantil, ao fundamento de que este direito representa prerrogativa constitucional indisponível, que, direcionado às crianças, lhes garante, para efeito de desenvolvimento integral, e como etapa inicial do processo de educação, o acesso a creches e pré-escolas.¹³

No julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 410.715-5 SP, o STF reafirmou o direito público subjetivo à educação e o dever jurídico-social atribuído especialmente ao Município (artigo 211, §2º da CRFB/88) de viabilizar, em favor das crianças, o efetivo atendimento em creches e unidades de pré-escola.¹⁴

Enquanto o Poder Executivo competente se mantiver omissivo, o Judiciário deve – quando acionado, pelos legitimados – implementar políticas públicas educacionais, com o escopo de efetivar o direito à educação. Com efeito, a teoria alemã da reserva do possível não pode ser utilizada pelo Estado com o propósito de descumprir obrigações constitucionais, em especial quando da omissão decorrer eventual nulificação ou aniquilação de direitos fundamentais.¹⁵

No ano de 2011, no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 639.337-SP, o STF reiterou que a educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental, não se expõe a avaliações discricionárias do Poder Executivo. Ademais, o STF manifestou-se no sentido de que o princípio da proibição do retrocesso social impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que, uma vez concretizados, venham a ser reduzidos ou suprimidos pelo Estado, total ou parcialmente.¹⁶

12 CUNHA JR, Dirley da. Curso de Direito Constitucional. 5 ed. Salvador: Juspodivm, 2011. P. 761.

13 Brasil – STF – 2ª Turma – Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 410.715-5 SP e Recurso Extraordinário nº 436.996-6 – Agravante: Município de Santo André – Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo – Relator: Ministro Celso de Mello – j. 22.11.2005.

14 Brasil – STF – 2ª Turma – Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 410.715-5 SP e Recurso Extraordinário nº 436.996-6 – Agravante: Município de Santo André – Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo – Relator: Ministro Celso de Mello – j. 22.11.2005.

15 GOTTI, Alessandra. A Qualidade Social da Educação Brasileira nos Referenciais de Compromisso do Plano e do Sistema Nacional de Educação. São Paulo, 2016. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=41851-estudo-processos-judicializacao-temas-tratados-normas-da-ceb-cnepdf&category_slug=maio-2016-pdf&Itemid=30192> Acesso em: 21 ago. 2016.

16 Brasil – STF – 2ª Turma – Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 639.337 SP – Agravante:

Em 24.05.2012, foi reconhecido pelo Plenário do STF, a Repercussão Geral no Agravo de Instrumento n.º 761.908, relatado pelo Ministro Luiz Fux (Agravante o Município de Criciúma-SC e Agravado o Ministério Público do Estado de Santa Catarina). Encontra-se, portanto, pendente de julgamento o exame, em sede de Repercussão Geral, da auto-aplicabilidade do artigo 208, IV, da CRFB/88, no que se refere ao dever do Estado de assegurar o atendimento em creches e pré-escolas às crianças.¹⁷

O STJ, por intermédio da 1ª e 2ª Turmas, entende que o poder público é obrigado a efetivar o direito à creche e à pré-escola, com escopo no artigo 54, IV, do ECA (assegurar atendimento em creche e pré-escolas); no artigo 11, V, da LDB (educação infantil como incumbência municipal); no artigo 208, IV da CRFB/88 (atendimento de infantes em creches e instituições de pré-escola); e no art. 211, §2º, da CRFB/88 (educação infantil e ensino fundamental como níveis de ensino de atuação prioritária dos municípios).

Como visto, o acesso de crianças a creches e pré-escolas é objeto de demandas judiciais crescentes, as quais são ajuizadas notadamente por parte dos Ministérios Públicos Estaduais, Defensorias Públicas e pelos pais, representando as crianças.

Os autores tendem a argumentar que o direito à educação infantil é direito indisponível (art. 208, IV e art. 211, §2º, CRFB/88; art. 54, I e §1º do ECA; art. 4º, I, artigo 5º e artigo 29 da LDB), não sendo cabível a teoria da reserva do possível como defesa, uma vez que a implementação de um direito fundamental integrante do conceito de mínimo existencial não está na seara da discricionariedade da administração pública.

O ente público, parte ré da ação, normalmente aduz que a educação infantil não integra o conceito de direito público subjetivo, ao fundamento de que esta etapa da educação não é obrigatória (art. 208, I, §§1º e 2º e art. 211, §2º, CRFB/88; art. 54, IV, §§1º e 2º do ECA; art. 4º, II, art. 5º, §§2º e 4º, art. 11, V, da LDB). Ademais, sustenta-se que viola o princípio da separação dos poderes o Judiciário adentrar no campo da discricionariedade do Poder Executivo. Outrossim, fala-se da inexistência de previsão orçamentária para a efetivação do direito, destacando-se o elevado custo financeiro da manutenção das crianças em creches e pré-escolas.

Em que pesem os argumentos de ambas as partes, os Tribunais de Justiça dos Estados membros da federação brasileira têm assegurado o direito à matrícula em creches e pré-escolas, notadamente em ações individuais e coletivas de direitos individuais homogêneos (com listas de crianças).

Em Minas Gerais, merece destaque recente decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais - TJMG, em ação civil pública proposta pela Defensoria Pública, em que determinada a matrícula de 173 crianças residentes em Belo Horizonte, em Unidades Municipais de Educação Infantil próximas às suas respectivas residências, oferecendo-lhes, de imediato, pleno acesso à educação pública e gratuita.¹⁸

Município de São Paulo – Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo – Relator: Ministro Celso de Mello – j. 23/08/2011.

17 Brasil – STF – Repercussão Geral no Agravo de Instrumento n. 761908 RG, Relator: Min. Luiz Fux, julgado em 24/05/2012, Acórdão Eletrônico DJe-155 Divulg. 07-08-2012 Public. 08-08-2012.

18 MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. Processo - Ap Cível/Rem Necessária 1.0024.13.293347-4/002. Relator(a): Des.(a) Armando Freire, Belo Horizonte, 27 abril 2017. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0024.13.293347-4%2F002&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>> Acesso em: 30 set. 2017.

Mas também há decisões no sentido de que a matrícula decorrente de ordem judicial viola o princípio da isonomia, uma vez que consubstancia tratamento diferenciado em relação àqueles que procuram o Poder Judiciário, com consequente preterição das crianças que permanecem nas listas de espera por vagas em creches e pré-escolas.¹⁹

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT), diante da inexistência de vagas em número suficiente a atender todas as crianças, entende possível a observância de critérios de prioridade de atendimento – formulados pelo Poder Executivo –, como o grau de risco pessoal, social e nutricional, a renda familiar e o fato de a criança ser filha de mãe inserida no mercado de trabalho.²⁰

Segundo o TJDFT, à luz do princípio da reserva do possível, o art. 208, IV, da CRFB/88, não deve ser interpretado como direito subjetivo de exigir a matrícula em escola determinada, que atenda em período integral e se situe próximo ao local de trabalho dos genitores da criança, sendo necessária a demonstração, por prova documental, de existência de vagas na instituição em que se pretende matricular o infante.²¹

Constata-se maior resistência dos juízos e tribunais pátrios a dar provimento às ações civis públicas referentes a direitos educacionais difusos, das quais são exemplos as que contêm pleito de ampliação da rede, matrícula de futuros demandantes, planejamento da política pública de educação infantil e previsão orçamentária adequada.

Para a efetivação de direitos sociais, existe um custo elevado e, diante da importância do direito à educação, é essencial sua defesa com realismo. Este realismo deve considerar a necessidade de planejamento e eleição de prioridades. Por isso, as ações civis públicas que tenham por objeto direitos educacionais difusos (planejamento da política pública de educação infantil e previsão orçamentária adequada) são mais apropriadas à solução do problema em comparação àqueles que, simplesmente, visam a matrícula de determinadas crianças na educação infantil, sem preocupação com a ampliação da rede, o que, na maioria das vezes, reflete em uma superlotação das instituições públicas de educação infantil, em prejuízo da qualidade da educação e do consequente desenvolvimento das crianças.

Verifica-se a evolução do padrão decisório referente a essas demandas que envolvem direitos difusos, sendo relevante o exemplo da decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul - TJRS - que determinou a realização de medidas para acréscimo do número de vagas nas escolas municipais de educação infantil, com o escopo de que fossem contempladas as crianças inseridas na lista de espera, assim como para os infantes que fossem posteriormente inscritos. A referida decisão ainda previa o bloqueio de valores públicos necessários para a manutenção das crianças em instituições particulares, até que

houvesse a realocação na rede pública, em estabelecimento educacional próximo à residência da criança.²²

Ademais, precedente do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul determinou a abertura de vagas de educação infantil na rede municipal de Guaporé ou, subsidiariamente, a matrícula das crianças em instituições privadas localizadas próximas às respectivas residências ou o custeio público do transporte.²³

É importante citar, sobretudo por seu ineditismo, a paradigmática decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, em Ação Civil Pública que previu:

1. Obrigar o Município de São Paulo a criar, entre os anos de 2014 e 2016, no mínimo, 150 (cento e cinquenta) mil novas vagas em creches e em pré-escolas para crianças de zero a cinco anos de idade, disponibilizando 50% (cinquenta por cento) nos primeiros 18 (dezoito) meses, das quais 105 (cento e cinco mil) em tempo integral em creche para crianças de zero a 3 (três) anos idade, de forma a eliminar a lista de espera, garantida a qualidade da educação ofertada, observando-se para tanto, quer quanto as unidades de ensino já existentes na rede escolar, quer referentemente àqueles que vierem a ser criada, as normas básicas editadas pelo Conselho Nacional de Educação e, suplementarmente, aquelas expedidas pelo Conselho Municipal de Educação.
2. Obrigar o Município de São Paulo a incluir na proposta orçamentária a ampliação da rede de ensino atinente à educação infantil de acordo com a ampliação determinada
3. Obrigar o Município de São Paulo a apresentar a este Juízo, no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, plano de ampliação de vagas e de construção de unidades de educação infantil para atendimento do estipulado no item “1”.
4. Obrigar o Município de São Paulo a apresentar, semestralmente, relatórios completos sobre as medidas tomadas para efeito do cumprimento da obrigação fixada no item “1”.²⁴

Esta decisão foi pautada pelo diálogo interinstitucional entre os poderes constituídos e a sociedade civil. Registre-se que foi determinante a articulação entre ONGs, Ministério Público e Defensoria Pública do Estado de São Paulo, especialistas em litigância estratégica, assim como a realização de audiência pública, na qual foram ouvidas, dentre outros, a Secretaria Municipal de Educação, a Procuradoria do Município, especialistas e a comunidade escolar.²⁵

Recentemente, o Ministério Público de Minas Gerais, por intermédio da 23ª Promotoria de Justiça de defesa dos direitos das crianças e dos adolescentes cível de Belo Horizonte, firmou

22 Brasil – TJRS – 8ª Câmara Cível – Apelação nº 70062170121 (CNJ nº 0409575) – Apelante: Município de Osório – Apelado: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul - Relator: Des. Ricardo Moreira Lins Pastl – j. 05.03.2015

23 Brasil – TJRS – 7ª Câmara Cível – Apelação nº 70057522229 (CNJ nº 0476849-84.2013.8.21.7000) – Apelante: Município de Guaporé – Apelado: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul - Relator: Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves – j. 29.01.2014.

24 Brasil – TJSP – Câmara Especial – Apelação nº 0150735-64.2008.8.26.0002 – Apelantes: Ação Educativa Assessoria, Pesquisa e Informação; Instituto de Cidadania Padre Josimo Tavares; Casa dos Meninos; Centro de Direitos Humanos e Educação Popular de Campo Limpo (CDHEP); e Associação Internacional de Interesses à Humanidade. Emídio Carlos e Irene, todas integrantes do “MOVIMENTO CRECHE PARA TODOS” – Apelado: Município de São Paulo - Relator: Des. Walter de Almeida Guilherme – j. 16.12.2013.

25 GOTTI, Alessandra. A Qualidade Social da Educação Brasileira nos Referenciais de Compromisso do Plano e do Sistema Nacional de Educação. São Paulo. 2016. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=41851-estudo-processos-judicializacao-temas-tratados-normas-da-ceb-cnepdf&category_slug=maio-2016-pdf&Itemid=30192> Acesso em: 21 ago. 2016.

19 GOTTI, Alessandra. A Qualidade Social da Educação Brasileira nos Referenciais de Compromisso do Plano e do Sistema Nacional de Educação. São Paulo. 2016. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=41851-estudo-processos-judicializacao-temas-tratados-normas-da-ceb-cnepdf&category_slug=maio-2016-pdf&Itemid=30192> Acesso em: 21 ago. 2016.

20 Brasil – TJDF – 2ª Turma Cível – Agravo de Instrumento nº 20150020103036AGI (0010413-81.2015.8.07.0000) – Agravante: Rafael Brayner Borges De Lima - Agravado: Distrito Federal - Relatora: Des. Leila Arlanch – j. 26.08.2015.

21 Brasil – TJDF – 2ª Turma Cível – Apelação nº 20140110648320APC (0015018-50.2014.8.07.0018) – Apelante: Distrito Federal – Apelado: Kemylli Gabriele Bezerra De Souza - Relator: Des. J.J. Costa Carvalho – j. 21.10.2015.

Termo de Ajustamento de Conduta – TAC – com o Município de Belo Horizonte, tendo por objetivo assegurar às crianças de Belo Horizonte o acesso à Educação Infantil, considerando a falta de vagas na rede pública, notadamente na modalidade creche, para crianças de zero a três anos de idade, com destaque para as seguintes considerações que fundamentam o TAC:

[...] Considerando o disposto no §1º do artigo 77 da Lei nº 9.394/1996, que permite expressamente o uso de recursos públicos para o pagamento de bolsas de estudo na educação básica, inclusive em escolas particulares, bolsas estas destinadas a crianças domiciliadas em Belo Horizonte, que não encontrem vaga nas escolas da Rede Pública Municipal de Ensino e cujos pais ou responsável demonstrem insuficiência de recursos, devendo o Município investir prioritariamente na expansão da sua rede de ensino;

Considerando que é prática usual do Estado custear as escolas particulares, seja por meio de programas de financiamento, ou pela concessão de bolsas de estudo decorrentes de isenções fiscais, destinadas, majoritariamente, ao ensino superior, que sequer é obrigatório;

Considerando, por fim, as graves distorções que tal política muitas vezes acarreta, como, por exemplo, a concessão de subsídios às famílias com renda, por meio do abatimento de parte dos seus gastos com educação – da creche à pós-graduação – na declaração anual do Imposto de Renda, sendo que as crianças filhas de pais pobres ou com insuficiência de recursos, muitas vezes excluídas da rede pública de ensino por falta de vagas, permanecem sem acesso à Educação.

Em reportagem publicada em 20/09/2017, no jornal O Tempo (p. 25), o Promotor de Justiça com atribuição na área da Infância e da Juventude, Celso Penna Fernandes Junior, declarou que o TAC é para evitar que famílias que podem pagar por uma escola particular ocupem a vaga de uma criança carente. Consta da reportagem jornalística que:

Segundo ele [o Promotor], entre outras medidas, a PBH deverá assegurar a matrícula compulsória para crianças com necessidades específicas ou para crianças filhas de adolescentes em cumprimento de medida socioeducativa de privação de liberdade. Deverá também disponibilizar vaga em creche ou escola perto de onde a criança mora ou perto do local de trabalho dos pais ou responsáveis e oferecer transporte suplementar gratuito caso a escola esteja a mais de 1Km desses locais.

Caso essas medidas não sejam suficientes para garantir a inclusão da criança de família com renda de até um salário mínimo (R\$937) terá direito a bolsa de estudo em escola particular registrada no Conselho Municipal de Educação.²⁶

Este TAC é interessante porque revela um Ministério Público resolutivo, agente político transformador da realidade social que, de forma democrática, articula com a sociedade e com o Poder Executivo, para a promoção de direitos fundamentais, com a possibilidade de resolução consensual da questão no plano extrajudicial.

As formas extrajudiciais de resolução dos problemas educacionais mostram-se mais interessantes porque a judicialização traz consigo uma faceta negativa. É que, diante do desconhecimento dos meandros da educação, são proporcionados equívocos judiciais com reflexos educacionais, embora com fundamentação jurídica legítima. As consequências atingem diretamente o desenvolvimento da criança. Por sua vez, os acordos extrajudiciais permitem uma análise mais ampla do problema, a fim de possibilitar a perfeita fusão do pedagógico com o jurídico, de modo a se cumprir a lei, sem prejuízo da qualidade educacional. É preciso seguir parâmetros de qualidade, para que as creches e pré-escolas não se transformem em depósitos de crianças.

A decisão judicial que determina a matrícula de uma criança em creche ou pré-escola, na maioria das vezes, não leva em consideração as diretrizes curriculares nacionais para a educação infantil, que definem as diretrizes curriculares nacionais gerais para a Educação Básica e estabelecem o número máximo de crianças por professor. Isso reflete diretamente no processo pedagógico. Nas palavras de Carlos Roberto Jamil Cury e Luiz Antonio Miguel Ferreira:

(...) As Diretrizes Curriculares Nacionais para a Educação Infantil – Resolução CNE/CEB nº 01, de 07/04/99, a revisão do Parecer nº 20/09, a Resolução nº 5, de 17/02/09 do CNE e Resolução nº 4, de 13/07/10 – definem as diretrizes curriculares nacionais gerais para a Educação Básica e estabelecem o número máximo de crianças por professor. Consta expressamente do Parecer nº 20/09 do CNE, devidamente homologado em 09/12/09 que a proporção a ser seguida é a seguinte: “O número de crianças por professor deve possibilitar atenção, responsabilidade e interação com as crianças e suas famílias. Levando em consideração as características do espaço físico e das crianças, no caso de agrupamentos com criança de mesma faixa de idade, recomenda-se a proporção de 6 a 8 crianças por professor (no caso de crianças de zero e um ano), 15 crianças por professor (no caso de crianças de dois e três anos) e 20 crianças por professor (nos agrupamentos de crianças de quatro e cinco anos).”²⁷

CONCLUSÃO

Ademais, a decisão judicial nem sempre considera que há uma inscrição das famílias na expectativa de serem atendidas pelo aumento planejado de vagas. Da mesma forma que a vaga é um direito da criança, a educação de qualidade também é um direito que precisa ser observado, para o pleno desenvolvimento da criança em seus aspectos físicos, psicológicos, intelectuais, sociais, em complementação à ação da família e da comunidade em que inserida.

O Brasil tem na educação infantil um de seus maiores desafios. O direito à educação, amplamente defendido pela Constituição, ainda carece na prática de efetividade. Enquanto isso perdurar, talvez nenhum outro direito seja real e plenamente respeitado.

Apesar de, há mais de cinco séculos, ser manipulada como um fator de estagnação social, a educação é potencialmente o ponto de partida para a transformação da sociedade brasileira. A construção de um país justo, democrático e socialmente menos desigual passa, necessariamente, pela valorização da educação básica.

A realidade brasileira demonstra que o grau de eficiência do sistema escolar em oferecer acesso a creches e pré-escolas mantém-se abaixo do desejável. A desvalorização do profissional da educação e a falta de investimento nos programas e instituições de ensino público podem ser apontadas como problemas estruturais do sistema educacional infantil brasileiro.

O consequente acesso tardio das crianças à Educação é refletido em futuros quadros de dificuldades de escrita e cálculo, incompreensão geográfica e histórica, dentre outras deficiências inclusive de sociabilidade. A Educação mostra-se como um indicador de discriminação em uma sociedade que faz do conhecimento passaporte para a entrada no mercado de trabalho e para o exercício da cidadania.

27 CURY, Carlos Roberto Jamil & FERREIRA, Luiz Antonio Miguel Ferreira. Judicialização da educação infantil, o trabalho dos professores e a qualidade da educação: relações possíveis. Disponível em <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Educacao/Judicializa%C3%A7%C3%A3o_da_educa%C3%A7%C3%A3o_infantil_rela%C3%A7%C3%B5es%20poss%C3%ADveis_LuizAntonioMiguelFerreira.pdf> Acesso em 20 de março de 2017.

26 ALVES, Fransciny. Acordo garante 4.000 novas vagas na educação infantil. O Tempo, Belo Horizonte, p. 25, 20 set. 2017.

Imprescindível mostra-se a atuação, em regime de cooperação, dos três entes federados (União, Estados e Municípios), em particular no que se refere à necessidade de uma ampliação dos gastos públicos com a educação infantil.

E, na relevante omissão do Poder Executivo, o protagonismo dos legitimados para a defesa da Educação – dentre os quais se destaca o Ministério Público – é determinante para a concretização deste direito fundamental. Para tanto, é imprescindível que se tenha consciência dos instrumentos de atuação que estão à disposição dos legitimados, a fim de possibilitar a perfeita fusão do pedagógico com o jurídico, de modo a se cumprir a lei, sem prejuízo da qualidade educacional. Nesse sentido, o Ministério Público deve fazer o uso efetivo e legítimo do inquérito civil, do termo de ajustamento de conduta, das recomendações, das audiências públicas e das ações judiciais, quando necessárias.

Na recente experiência democrática, a Constituição é vista como a fórmula capaz de preservar valores fundamentais e promover a justiça. A Constituição da República de 1988 traz o arcabouço normativo para um Estado Democrático de Direito, desafio dos mais nobres que se apresenta aos legitimados para a defesa judicial e extrajudicial da Educação.

O objetivo final de todo processo educativo deve ser uma plena inclusão, o que é imperioso na atual conjuntura caracterizada por uma sociedade democrática, plural e competitiva. Num país democrático, ampliam-se as formas de participação, o que exige uma atuação consciente dos cidadãos, livres o quanto possível das diversas formas de manipulação. Para tanto, mostra-se indispensável a Educação, sob pena de a democracia esvaziar-se de sentido e cair na simples retórica. E a educação infantil é a raiz identificada a partir da evolução histórica do sistema educacional brasileiro, imprescindível para que o objetivo constitucional de construção de uma sociedade livre, justa e solidária seja alcançado.

REFERÊNCIAS

ADRIÃO, Theresa. & OLIVEIRA, Romualdo Portela de (orgs.). **Gestão, financiamento e direito à educação: análise da LDB e da Constituição Federal**. 2 ed. São Paulo: Xamã, 2002.

ABMP, Associação Brasileira de Magistrados, Promotores de Justiça e Defensores Públicos da Infância e Juventude (Organização). **Justiça pela Qualidade na Educação**. São Paulo: Saraiva, 2013.

ALVES, Fransciny. Acordo garante 4.000 novas vagas na educação infantil. **O Tempo**, Belo Horizonte, p. 25, 20 set. 2017.

BASILIO, Dione Ribeiro. **Direito à educação: um direito essencial ao exercício da cidadania. Sua proteção à luz da teoria dos direitos fundamentais e da Constituição Federal brasileira de 1988**. 2009. Mestrado (Dissertação) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOMENY, Helena. **Os Intelectuais da Educação**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 27. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2012.

CALIENDO, Paulo. Reserva do possível, direitos fundamentais e

tributação. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos Fundamentais, orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2004.

COSTA, Messias. **A educação nas constituições do Brasil: dados e direções**. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

COSTA, Sandro Coelho. **Programa Proinfância: Considerações sobre os efeitos nas políticas municipais de educação infantil**. 2015. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Educação, Conhecimento e Inclusão Social, da Faculdade de Educação/UFMG. Belo Horizonte, 2015.

CUNHA JR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 5 ed. Salvador: Juspodivm, 2011. P. 761.

CURY, Carlos Roberto Jamil. A Educação Básica como Direito. **Cadernos de Pesquisa**, Belo Horizonte, v. 38, n. 134, p. 293-303, maio/ago. 2008.

_____. Carlos Roberto Jamil. **Legislação educacional brasileira**. 2. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

_____. Carlos Roberto Jamil. In **Subsídios para credenciamento e funcionamento de Instituições para a Educação Infantil**. vol. II. p. 11, Brasília. maio 1998. Disponível em <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/me000056.pdf>> Acesso em 20/7/2017.

CURY, Carlos Roberto Jamil & FERREIRA, Luiz Antonio Miguel Ferreira. **Judicialização da educação infantil, o trabalho dos professores e a qualidade da educação: relações possíveis**. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Educacao/Judicializa%C3%A7%C3%A3o_da_educ%C3%A7%C3%A3o_infantil_rela%C3%A7%C3%B5es%20poss%C3%ADveis_LuizAntonioMiguelFerreira.pdf> Acesso em: 20 de março de 2017.

DAVIES, Nicholas. **Recursos públicos em educação**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2002.

DUARTE, Clarice Seixas. **Direito público subjetivo e políticas educacionais**. São Paulo em Perspectiva, São Paulo, vol. 18, n. 2, p. 113-118, abr./jun. 2004.

_____. Clarice Seixas. **O direito público subjetivo ao ensino fundamental na Constituição Federal brasileira de 1988**. 2003. 328 p. 2003. Tese (Doutorado) – Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003.

DUARTE, Marisa Ribeiro Teixeira. Sistemas públicos de educação básica e relações intergovernamentais: a ação da União e a autonomia dos sistemas locais de ensino. **Perspectiva**, Florianópolis, vol. 20. n. 2. p. 303-329, 2002.

FARIA FILHO, Luciano Mende de. Instrução Elementar no Século XIX. In: LOPES, Eliane Marta Teixeira; FARIA FILHO, Luciano Mendes de; VEIGA, Cynthia Greive (orgs). **500 anos de educação no Brasil**. 4. ed. Belo Horizonte: Autentica, 2015.

FERREIRA, Rina Passos Oliveira. **Educação Infantil Pública e Privada na RMBH: Uma análise a partir do Censo Escolar 2014**. 2016. Dissertação (Mestrado) - Programa de Mestrado em Administração Pública da Fundação João Pinheiro - Escola de Governo Professor Paulo Neves de Carvalho, Belo Horizonte, 2016.

FONSECA, Thaís Nívia de Lima e. História Cultural e História da Educação na América Portuguesa. **Revista Brasileira de História da Educação**. Campinas v. 6, n. 2, jul./dez. 2006.

_____. Thaís Nívia de Lima e & VEIGA, Cynthia Greive (orgs). **História e historiografia da educação no Brasil**. Belo Horizonte, Autêntica, 2003.

FREIRE, Paulo. **Ação Cultural para a Liberdade**: e outros escritos. 6 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982.

_____. **Pedagogia da Autonomia**: saberes necessários à prática educativa. 35 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007.

GOTTI, Alessandra. **A Qualidade Social da Educação Brasileira nos Referenciais de Compromisso do Plano e do Sistema Nacional de Educação**. São Paulo. 2016. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=41851-estudo-processos-judicializacao-temas-tratados-normas-da-ceb-cnepdf&category_slug=maio-2016-pdf&Itemid=30192> Acesso em: 21 de agosto de 2016.

HORTA, José Luiz Borges. **A Educação nas Constituições Brasileiras**. 1999. f. 241. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-graduação em Direito Constitucional, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 1999.

LOPES, Eliane Marta Teixeira; FARIA FILHO, Luciano Mendes de; VEIGA, Cynthia Greive (orgs). **500 anos de educação no Brasil**. Belo Horizonte: Autêntica, 2000.

MEDEIROS, Mônica Jacqueline Sifuentes Pacheco de. **O acesso ao ensino fundamental no Brasil**: um direito ao desenvolvimento. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001.

MUÑOZ, Louders Gaitán. El bienestar social de la infancia y los derechos de los niños. **Política y Sociedad**, Madrid, v. 43, n. 1, p. 63-80, 2006.

OLIVEIRA, Zilma de Moraes Ramos de. **Educação Infantil**: fundamentos e métodos. Cortez Editora, 2014.

SIVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 39. ed., ver. E atual. São Paulo: Malheiros, 2016.

WINTERSBERGER, Helmut. Infancia y ciudadanía: El orden generacional del Estado de Bienestar. **Política y Sociedad**, Madrid, v. 43, n.1, p. 81 – 103, 2006.

ZICHIA, Andrea de Carvalho. **O direito à educação no período imperial**: um estudo de suas origens no Brasil. 2008. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Educação, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.