

**Mestrado em Direito**  
Pesquisa



LEONARDO BRITO CARIBÉ

**O controle de políticas públicas educacionais pelo Ministério Público, sob  
uma ótica hermenêutico-fenomenológica**

RECIFE

2016

LEONARDO BRITO CARIBÉ

**O controle de políticas públicas educacionais pelo Ministério Público, sob  
uma ótica hermenêutico-fenomenológica**

DISSERTAÇÃO APRESENTADA AO CURSO DE MESTRADO EM DIREITO  
COMO REQUISITO PARCIAL PARA OBTENÇÃO DO GRAU DE MESTRE

**ÁREA DE CONCENTRAÇÃO** DIREITO, PROCESSO E CIDADANIA

**LINHA DE PESQUISA** JURISDIÇÃO, CIDADANIA E DIREITOS HUMANOS

**ORIENTADOR:** ALEXANDRE FREIRE PIMENTEL

**Co-Orientador:** Sérgio Torres Teixeira

RECIFE

2016

Catálogo da Publicação na Fonte  
Universidade Católica de Pernambuco – Unicap

C277c

Caribe, Leonardo Brito

O controle de políticas públicas educacionais pelo Ministério Público, sob uma ótica hermenêutico-fenomenológica / Leonardo Brito Caribe ; orientador Alexandre Freire Pimentel, 2016.  
275 f. : il.

Dissertação (Mestrado) - Universidade Católica de Pernambuco. Pró-reitoria Acadêmica. Coordenação Geral de Pós-graduação. Mestrado em Direito, 2016.

1. Direito à educação. 2. Direitos fundamentais. I. Título.

CDU 342.7

# Mestrado em Direito

Pesquisa



## FOLHA DE APROVAÇÃO

**O controle de políticas públicas educacionais pelo Ministério Público, sob uma ótica hermenêutico-fenomenológica**

**Mestrando:** Leonardo Brito Caribé

**Orientador:** Alexandre Freire Pimentel

**Co-Orientador:** Sérgio Torres Teixeira

Aprovada em: 11 de março de 2016

## BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Gustavo Ferreira Santos  
Universidade Católica de Pernambuco

Prof. Dr. Marcelo Labanca Corrêa de Araújo  
Universidade Católica de Pernambuco

Profª. Drª. Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida  
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

## Membros Suplentes

Prof. Dr. Lúcio Grassi de Gouveia - Universidade Católica de Pernambuco

Prof. Dr. André Vicente Pires Rosa - Universidade Federal de Pernambuco

# Mestrado em Direito

Pesquisa



Este trabalho intelectual teve como característica marcante a contribuição da energia positiva de pessoas a quem dedico meu respeito, meu carinho e meu obrigado.

Minha esposa, Mirella Martins,

Gabi, Rogério e Théo, meus filhos,

Iranice Caribé e Carlos Caribé (*in memoriam*),  
meus pais,

Paulo, Luciano e Christiana Caribé, meus  
irmãos.

## AGRADECIMENTOS

Rebuscando em meus alfarrábios, em meio ao estudo das questões afeitas ao Mestrado, deparei-me com o sentido da palavra gratidão – “o que ocorre sempre que alguém faz algo que o outro gostaria que acontecesse, sem esperar nada mais em troca” (POLAK; MCCULLOUGH, 2006, p. 148), o que imediatamente direcionou nosso pensamento aos Professores. Seu fazer, intrinsecamente, os torna meritórios de gratidão.

E por assim entender, agradeço:

Ao Dr. Alexandre Freire Pimentel, orientador desta dissertação, por sua exigência pela hermenêutica-fenomenológica, que constituiu para nós em um agradabilíssimo desafio;

Ao Dr. Lúcio Grassi de Gouveia;

Ao Dr. Gustavo Ferreira Santos;

Ao Dr. Roberto Wanderley Nogueira;

À Dr<sup>a</sup>. Laís Guimarães Vieira.

Agradecimento especial

À Dr<sup>a</sup>. Nágila Sales Brito, por suas valiosas contribuições metodológicas e de crítica do conteúdo doutrinário.

Ao Exmo. Procurador-Geral de Justiça do estado de Pernambuco, Dr. Carlos Augusto Arruda Guerra de Holanda, por autorizar a coleta de dados em Promotorias de Justiça de Moreno e Recife.

# **Mestrado em Direito**

Pesquisa



À Dr<sup>a</sup>. Eleonora Marise Silva Rodrigues, excelentíssima Promotora de Justiça de Promoção e Defesa do Direito Humano à Educação do Recife, por ter facilitado o acesso aos elementos necessários para a realização da pesquisa.

# Mestrado em Direito

Pesquisa



Education is the most powerful weapon, which we can use to change the world. <sup>1</sup>

Nelson Mandela

Presidente da África do Sul  
Discurso do Prêmio Nobel 1993

---

<sup>1</sup> “Educação é a mais poderosa arma que nós podemos usar para modificar o mundo” (tradução nossa)

# Mestrado em Direito

Pesquisa

## RESUMO

A presente pesquisa centra-se no estudo do controle das políticas públicas educacionais pelo Ministério Público. Trata-se de uma investigação de cunho empírico, com o objetivo de perquirir sobre os limites de atuação da instituição. Os dados levantados em Promotorias de Justiça do estado de Pernambuco foram classificados pelo método da análise de conteúdo e analisados a partir de um enfoque fenomenológico-hermenêutico. Na vertente jurídico-teórica, defende-se que faz parte da missão constitucional do Ministério Público zelar pela efetivação do direito à educação. Pela necessidade de encontrar justificativa para a atuação ministerial, a educação básica é conceituada como direito fundamental social, que deve ser realizado por meio de prestações a que o Estado está vinculado, com a finalidade de garantir o mínimo existencial. Assim, o Poder Judiciário pode ser acionado para exigibilidade do direito à educação. A legitimação da decisão judicial nessa seara depende da utilização de uma metodologia que torne racional a tomada de decisão do juiz. Nesse passo, a ponderação pode ser adotada como técnica de interpretação/aplicação do direito. Conclui-se que as limitações financeiras não devem prejudicar a realização do direito à educação, bem como que há o predomínio do emprego das técnicas extrajudiciais de tutela coletiva pelo Ministério Público, para fiscalização e defesa da educação.

**PALAVRAS-CHAVE:** Educação. Direito. Políticas Públicas. Gestão Educacional.

# Mestrado em Direito

## Pesquisa



### ABSTRACT

This research focuses on the study of public educational policies by Prosecutors. It is an empirical research, aiming to assert about the limits of the institution's performance. Data collected at the Pernambuco's Government Agency for Law Enforcement were classified within the method of content analysis, and analyzed from a phenomenological-hermeneutic approach. In the legal-theoretical approach, it is argued that part of the constitutional mission of the Government Agency for Law Enforcement is to ensure the fulfillment of the right to education. Due to the need to find justification for its activities, basic education is conceptualized as a social fundamental human right that must be accomplished by means of benefits to which the State is bound, in order to guarantee the existential minimum. The Judiciary can be triggered for the requirement of the right to education. The legitimacy of the judicial decision on the harvest depends on the use of a methodology that makes rational the judge's decision. According to this contexture, the balance can be adopted as a technical interpretation/application of the law. We conclude that financial constraints should not undermine the effectivity of the right to education, and that there is a predominance of the use of extrajudicial techniques for collective protection by Prosecutors for enforcement and defense of education.

**KEYWORDS:** Education. Right. Public Policies. Educational Management.

### LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

§	parágrafo
ACP	Ação Civil Pública
ADCT	Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
ADI	ação direta de inconstitucionalidade
ADPF	arguição de descumprimento de preceito fundamental
AgRg	Agravo Regimental
art.	Artigo
<i>caput</i>	elemento geral normativo
CDC	Código de Proteção e Defesa do Consumidor
CEB	Câmara de Educação Básica
CEE	Conselho Estadual de Educação
CF	Constituição Federal
CME	Conselho Municipal de Educação
CNE	Conselho Nacional de Educação
CNMP	Conselho Nacional do Ministério Público
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
DJ	Diário de Justiça
DJE	Diário de Justiça do Estado
EC	Emenda Constitucional
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
EREsp	Embargos de Divergência em Recurso Especial
Fundeb	Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação
Fundef	Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
inc.	Inciso
LDB	Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional
LOAS	Lei Orgânica da Assistência Social
LONMP	Lei Orgânica Nacional do Ministério Público
MOBRAL	Movimento Brasileiro de Alfabetização
MP	Ministério Público
MPAS	Ministério de Previdência e Assistência Social
MPPE	Ministério Público do Estado de Pernambuco

# Mestrado em Direito

## Pesquisa

nº.	número
OCDE	Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico
ONU	Organização das Nações Unidas
p.	página
PE	Pernambuco
PETI	Programa de Erradicação do Trabalho Infantil
PNE	Plano Nacional de Educação
RE	Recurso Extraordinário
Rel	Relator(a)
REsp	Recurso Especial
SEE	Secretaria Estadual de Educação
SP	São Paulo
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TAC	Termo de compromisso de ajustamento de conduta
UFSC	Universidade Federal de Santa Catarina
UNB	Universidade Nacional de Brasília
UNESCO	Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura

**LISTA DE TABELAS**

Tabela 1 – Distribuição de frequência das categorias de problemas– Recife, Moreno, 2012-2014 ..... 120

Tabela 2 – Distribuição de frequência das categorias de reclamantes – Recife, Moreno, 2012-2014..... 121

**LISTA DE QUADROS**

Quadro 1 – Caracterização das variáveis segundo nível de mensuração e categorias .....21

## **LISTA DE GRÁFICOS**

Gráfico 1 – Distribuição mensal de frequências e reta de regressão linear das denúncias apresentadas ao Ministério Público– Recife, Moreno, 2012-2014.....	103
Gráfico 2 – Distribuição temporal de frequência e respectivas retas de regressão linear das denúncias apresentadas ao Ministério Público, classificadas segundo problemas – Recife, Moreno, 2012-2014 ....	104
Gráfico 3 - Distribuição temporal de frequência e respectivas retas de regressão linear das denúncias apresentadas ao Ministério Público, classificadas segundo esfera administrativa das instituições de ensino – Recife, Moreno, 2012-2014.....	118
Gráfico 4 - Distribuição temporal de frequência e respectivas retas de regressão linear das denúncias apresentadas ao Ministério Público, classificadas segundo nível educacional dos alunos envolvidos nas instituições de ensino – Recife, Moreno, 2012-2014 .....	119
Gráfico 5 - Distribuição temporal de frequência por problemas identificados nas denúncias apresentadas ao Ministério Público, segundo meses do ano letivo – Recife, Moreno, 2012-2014 .....	122

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>15</b>
<b>2</b>	<b>MÉTODO.....</b>	<b>19</b>
2.1	OPERACIONALIZAÇÃO DA COLETA E TRATAMENTO DOS DADOS.....	21
2.2	ANÁLISE DOS DADOS .....	22
<b>3</b>	<b>DESENVOLVIMENTO.....</b>	<b>26</b>
3.1	O MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO E SUA MISSÃO CONSTITUCIONAL .....	26
3.1.1	<i>O acesso à Justiça e a tutela coletiva .....</i>	<i>30</i>
3.1.1.1	<i>A ação civil pública.....</i>	<i>34</i>
3.1.1.2	<i>Instrumentos extrajudiciais de tutela coletiva .....</i>	<i>43</i>
3.2	A EDUCAÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL.....	49
3.2.1	<i>O direito à educação e a dignidade da pessoa humana .....</i>	<i>54</i>
3.2.2	<i>A educação e a proibição de retrocesso social .....</i>	<i>57</i>
3.2.3	<i>O direito à educação como mínimo existencial e a reserva do possível.....</i>	<i>59</i>
3.3	OS DIREITOS SOCIAIS E SUA HERMENÊUTICA .....	65
3.3.1	<i>A construção judicial dos direitos sociais .....</i>	<i>69</i>
3.3.2	<i>Teoria estruturante do direito .....</i>	<i>70</i>
3.3.3	<i>A teoria dos princípios.....</i>	<i>76</i>
3.3.4	<i>A proporcionalidade .....</i>	<i>81</i>
3.4	O DEVER DE EDUCAR E AS POLÍTICAS PÚBLICAS EDUCACIONAIS .....	86
3.4.1	<i>A repartição de competências entre os sistemas de ensino.....</i>	<i>93</i>
3.4.2	<i>O financiamento da educação básica e o Fundeb.....</i>	<i>94</i>
3.4.3	<i>Padrões mínimos de qualidade do ensino.....</i>	<i>98</i>
3.4.4	<i>Educação inclusiva.....</i>	<i>105</i>
3.4.5	<i>As políticas públicas educacionais e sua implementação: o papel do Ministério Público .....</i>	<i>113</i>

# Mestrado em Direito

Pesquisa

3.4.6	<i>Democracia e judicialização da política</i> .....	123
<b>4</b>	<b>CONCLUSÕES</b> .....	<b>130</b>
<b>5</b>	<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>134</b>
	APÊNDICE A – Protocolo de levantamento de dados.....	147
	APÊNDICE B – Categorias segundo Bardin .....	148
	ANEXO A – Carta de anuência para coleta dos dados .....	162
	ANEXO B – Recurso Especial nº. 1041197/MS .....	163
	ANEXO C – Recurso Especial nº. 1185474/SC .....	180
	ANEXO D – Recurso Especial nº. 506226/df .....	198
	ANEXO E – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 45..	212
	ANEXO F – Agravo Regimental nº 639337/SP, data de julgamento 21/06/2011 .....	221
	ANEXO G – Agravo Regimental nº 639337, data de julgamento 23/08/2011 .....	231
	ANEXO H – Recurso Extraordinário nº. 593727 .....	265
	ANEXO I – Apelação Cível nº. 70062479787/RS .....	270

## 1 INTRODUÇÃO

Ainda que a educação tenha sido alvo de atenção nas diversas Constituições Brasileiras, foi a de 1988 que a reconheceu como direito fundamental social, possibilitando ações dos diversos atores sociais para sua concretização. Desde então, o Ministério Público e o Poder Judiciário passaram a intervir para assegurar esse direito aos indivíduos e à população em geral.

Para garantia do direito à educação, os membros do Ministério Público atuam como um terceiro elemento para a resolução de problemas decorrentes de desajustes sociais e de gestão dos interesses públicos.

O estabelecimento da defesa da educação como meta a ser atingida pelo Ministério Público demonstra a importância do ensino-aprendizagem para a construção da cidadania e revela que o direito à educação não tem sido concretizado satisfatoriamente.

O Ministério Público tem o papel de garantir as condições necessárias para o desenvolvimento da democracia. Essa tarefa passa, inarredavelmente, pela realização do direito à educação.

Admite-se que a educação, especialmente a básica, deve ser assegurada pelo Estado e quando esse direito fundamental é desrespeitado, deve ser defendido pelo Ministério Público.

Faz parte das atribuições do Ministério Público exercer o controle das políticas públicas educacionais; fiscalizar a realização do direito à educação, contribuindo para que a mesma se transforme em elemento de inclusão e transmutação das estruturas sociais.

Em casos de ineficácia, o Ministério Público, sempre que necessário, pode movimentar o Poder Judiciário, que deve interferir nas políticas públicas educacionais, para garantir um mínimo existencial que proteja a dignidade da pessoa humana e a máxima efetividade dos direitos fundamentais sociais, aproximando, tanto quanto possível, o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade

social, como forma de contribuir para o progresso humano e propiciar maiores oportunidades de vida para os excluídos.

A atividade profissional reflexiva no Ministério Público, especialmente nas Curadorias de Infância e Juventude e de Promoção e Defesa do Direito Humano à Educação, tem suscitado questionamentos decorrentes das mais diversas situações relacionadas à defesa da Educação. Esses questionamentos oscilam entre criar as melhores condições para que os atores sociais adotem as medidas necessárias para restabelecer o direito à educação e a adequação à factibilidade possível.

Nesta dissertação, aborda-se o controle das políticas públicas educacionais pelo Ministério Público. O tema foi escolhido para buscar soluções a partir da análise fenomenológica de problemas apresentados ao Ministério Público, tomando por base os diversos entendimentos jurídicos e sociais interpretados com auxílio da hermenêutica.

Emerge considerar que as situações de desrespeito ao direito à educação requerem soluções, cuja implementação pode estar sujeita a fatores alheios ao sistema jurídico, o que deve ser encarado como um problema cuja resposta interessa a toda a sociedade.

Num exercício de lógica, podem-se aventar duas hipóteses explicativas, sem que mantenham relação sequencial. Pode-se admitir que a falta de sistematização de procedimentos e ações, face aos problemas afeitos a direitos assegurados pelas políticas públicas educacionais, pode dificultar a busca de soluções, o que é a primeira hipótese. Pressupõe-se, ainda, que as limitações financeiras podem impossibilitar ou prejudicar efetivação de soluções aos problemas relacionados a direitos assegurados pelas políticas públicas educacionais.

Visando a contribuir para a solução do problema aqui posto e com base nas hipóteses enunciadas, o objetivo primário desta pesquisa é investigar os limites de atuação do Ministério Público sobre o controle de políticas públicas educacionais.

No sentido de estabelecer uma lógica de análise da realidade vivenciada pelo Ministério Público, elencaram-se os objetivos secundários:

1. Descrever as situações gerais apresentadas ao Ministério Público, relacionadas ao direito à educação;
2. Classificar os encaminhamentos dados pelo Ministério Público aos problemas que lhes são apresentados;
3. Analisar a materialização das soluções propostas, em função da adequabilidade para a sociedade em geral.

Admitindo a necessidade de disciplinamento da apresentação de evidências geradas por Promotores de Justiça em seu labor, para trabalhar nossas hipóteses e possibilitar maior aplicabilidade desta obra, empregaram-se os preceitos da metodologia científica para associar o cotidiano à contextualização dessa realidade.

Optou-se por apresentar, em tópico destacado, o método de trabalho, para situar o leitor acerca do caminho percorrido para alcançar os objetivos da pesquisa, esclarecendo como fora realizada a coleta e o tratamento dos dados, bem como a análise do material processado.

No capítulo terceiro, foi esboçado o perfil institucional do Ministério Público, instituição pública organizada para defender a sociedade e fiscalizar o cumprimento dos direitos dos cidadãos. Sustentou-se que, no desempenho da sua missão constitucional, o Ministério Público tem usado constantemente das ações coletivas, com primazia para a ação civil pública, mas as técnicas extrajudiciais de tutela coletiva têm sido priorizadas pela instituição, evitando-se transferir responsabilidades para o Poder Judiciário.

Prosseguiu-se por demonstrar que a educação básica é direito fundamental social garantido pela Constituição Federal (art. 6º), concebido como um dever de abstenção, mas também como direito subjetivo definitivo a prestações por parte do Estado, aos indivíduos e à sociedade em geral, com a finalidade de garantir o mínimo existencial.

Nesse diapasão, o direito à educação não pode sofrer retrocesso, uma vez que se trata de base estruturante da dignidade da pessoa humana. Ademais, buscou-se fundamentação para aduzir que a tese da reserva do possível não pode servir de capa protetora para o Estado deixar de concretizar o direito à educação, pois o ensino trata-se de serviço necessário para

# Mestrado em Direito

## Pesquisa

assegurar padrões mínimos de vida para a população, sem o qual o gravame econômico tende a se potencializar.

No capítulo intitulado “Os Direitos Sociais e sua Hermenêutica”, foram analisadas duas das principais técnicas hermenêuticas de construção judicial dos direitos fundamentais, tendo como pano de fundo a possibilidade de racionalizar a atividade do juiz, na tutela dos direitos sociais, notadamente o direito à educação.

Defendeu-se que a legitimação da decisão judicial, envolvendo políticas públicas, vai depender da utilização de uma metodologia que torna consciente o processo de construção dos direitos sociais, para que os juízos de valor realizados no processo de judicialização da política não sejam arbitrários.

Sustentou-se que a Teoria dos Princípios é a que confere maior proteção ao direito à educação, por partir de um suporte fático amplo para os direitos fundamentais. Nesse passo, a ponderação pode ser adotada como técnica de interpretação/aplicação do direito à educação.

Com tal fundamentação, procedeu-se a uma abordagem do dever de educar e das políticas públicas educacionais. Para tanto, iniciou-se com as normas constitucionais relacionadas à educação. Em seguida, abordou-se a repartição de competências entre os diversos sistemas de ensino e o financiamento da educação básica; procedeu-se à identificação dos padrões mínimos de qualidade do ensino e os princípios e regras da educação inclusiva. Por fim, discorreu-se sobre o papel do Ministério Público no controle das políticas públicas educacionais.

A análise fenomenológica-hermenêutica dos dados coletados na pesquisa de campo foi realizada em conjunto com a revisão de literatura, para que a discussão de cunho empírico tivesse maior embasamento teórico e constitui-se uma base consistente para as conclusões desta dissertação e da contribuição a que se propõe para a ciência.

## 2 MÉTODO

Foi realizada pesquisa aplicada, qualitativa, explicativa, documental, incluindo procedimentos realizados por Promotores de Justiça, que atuavam em três Promotorias de Promoção e Defesa do Direito Humano à Educação do Recife e na Promotoria Cível da Comarca de Moreno, com atribuições no campo investigado. A escolha de Recife e Moreno se deu porque se tratam de duas cidades da mesma Região Metropolitana, com realidades socioeconômicas distintas.

Buscando maior abrangência das situações com que se defrontam Promotores de Justiça, consideraram-se os ensinamentos de diversos autores e especialistas para constituir a fundamentação teórica, bem como todos os procedimentos relativos ao descumprimento do direito à educação, instaurados por Promotores de Justiça, no período de 2012 a 2014, nos locais de estudo.

Foram excluídos os procedimentos com indeferimento da notícia de fato, em decorrência de lacunas de informação que inviabilizavam a análise, ou de ausência de interesse relacionado às atividades do Ministério Público (MAZZILI, 2007).

Por conveniência, considerou-se que deveriam integrar este estudo no mínimo 40 procedimentos, total que poderia ser ampliado conforme o quantitativo de procedimentos disponibilizados para análise pelo pesquisador, segundo o tempo e a exaustão de temas, critérios limitantes da pesquisa (RICHARDSON, 2009).

Aleatoriamente, foram obtidos os procedimentos em cada Promotoria de Justiça pesquisada, respeitada estratificação proporcional ao total de demandas para que a análise fosse mais próxima do real. Para tanto admitiram-se como premissas: existência de quatro Promotores de Justiça, incluindo o pesquisador, dispostos a apresentarem demandas e procedimentos

adotados, bem como disponibilidade de o pesquisador julgar no mínimo 10 situações gerais relacionadas ao direito à educação, em cada uma das quatro Promotorias de Justiça, incluindo a do pesquisador, totalizando 40 procedimentos.

A obediência a essas premissas visou exaurir tanto quanto possível as possibilidades de demandas e procedimentos relacionados ao direito à educação, porém respeitado o tempo necessário para não esgotar o pesquisador, o que lhe poderia toldar o raciocínio e empobrecer a análise hermenêutica dos fatos.

Das três Promotorias especializadas em Educação, da Comarca do Recife e da Promotoria Cível da Comarca de Moreno, foi obtido um total de 654 procedimentos extrajudiciais relacionados à promoção e defesa da educação, os quais foram submetidos à análise de conteúdo. Após tratamento pelo método de Bardin, 486 denúncias<sup>2</sup> foram categorizadas, pois apresentavam os elementos essenciais para análise, admitidos como critérios de inclusão deste estudo. Desse total, 470 (96, 7%) tiveram origem nas Comarcas do Recife e 16 (3, 3%), na Comarca do município de Moreno.

Para respeitar os preceitos básicos da metodologia científica, foram considerados três blocos de variáveis de interesse para esta pesquisa, a saber: caracterização das situações gerais apresentadas ao Ministério Público quanto ao objeto do procedimento e aos interessados, bem como a solução proposta, cujas características estão discriminadas no Quadro 1.

---

<sup>2</sup> Nesta obra, quando nos referimos à denúncia, o fazemos em sentido genérico, como meio de levar a conhecimento do Ministério Público um determinado fato reputado ilegal, e não com o sentido técnico do direito penal, de peça inicial da ação penal pública.

**Quadro 1 – Caracterização das variáveis segundo nível de mensuração e categorias**

<b>Grupo e variáveis</b>	<b>Nível de mensuração</b>	<b>Categorias segundo Bardin</b>
<i>Caracterização das situações gerais apresentadas ao Ministério Público</i>		
Época da solicitação	Quantitativa, de razões	Meses dos anos de 2012 a 2014
Âmbito do problema	Qualitativa, nominal	Afeito à responsabilidade, afeito à qualidade de ensino-aprendizagem
Assunto	Qualitativa, nominal	Estrutura física, problema gerencial, problemas com docentes, problemas com discentes, dificuldade de acesso, comprometimento do processo ensino-aprendizagem
Tipo de reclamante	Qualitativa, nominal	Comissão de Pais, Promotoria de Justiça de Defesa da Cidadania da Capital, Centro de Apoio Operacional às Promotorias de Justiça, Conselho Tutelar, Representações, Sindicatos, Câmara Municipal, Associações e Conselhos Regionais, Central de Denúncias, Meios de comunicação, Ouvidoria do Ministério Público, Outros
<i>Características do reclamado</i>		
Gestão administrativa	Qualitativa, nominal	Privada, Pública estadual, Pública municipal
Nível de escolaridade	Qualitativa, ordinal	Berçário, creche, até fundamental, até médio, educação especial
<i>Procedimento e solução proposta</i>		
	Qualitativa, ordinal	Solução extrajudicial, acordo e judicialização

## 2.1 OPERACIONALIZAÇÃO DA COLETA E TRATAMENTO DOS DADOS

Após obter do Procurador Geral de Justiça autorização para coleta dos dados (Anexo A), o pesquisador entrou em contato com os Promotores de Justiça das Comarcas de interesse para acesso aos arquivos de procedimentos relativos às denúncias em geral devidas ao descumprimento do direito à educação, que respeitassem os critérios de inclusão.

Foram obtidos os dados relativos aos anos de 2012, 2013 e 2014, em relações isoladas, respeitando as variáveis elencadas no estudo, conforme Apêndice A. as quais foram grupadas para constituir um único banco de dados,

cujos campos foram número de registro geral no banco de dados, data da solicitação, número de tomo, origem da solicitação, reclamante, reclamado, objeto da investigação, procedimento ou solução proposta e movimentação.

O número de registro geral no banco de dados foi um campo adotado exclusivamente para controle das denúncias, enquanto que a data da solicitação e o número de tomo foram empregados para conferência de obediência aos critérios de inclusão desta pesquisa.

O detalhamento da data de solicitação possibilitou o cruzamento das variáveis segundo meses do ano, para se estabelecer possível relação com as atividades desenvolvidas no período letivo.

Os campos relativos a origem da solicitação, reclamante, reclamado, objeto da investigação, procedimento ou solução proposta e movimentação deram origem às variáveis elencadas para análise, as quais foram categorizadas empregando-se a análise de conteúdo de Bardin e o método fenomenológico-hermenêutico de Heidegger.

## 2.2 ANÁLISE DOS DADOS

A análise de conteúdo é a técnica na qual se busca identificar nos dados o que está sendo dito a respeito de determinado tema, ou seja, busca-se a descodificação da afirmação, a intertextualidade, seja por análise léxica, análise de categorias, análise da enunciação, análise de conotações, para que se possam verificar hipóteses e/ou questões presentes nos conteúdos manifestos (BARDIN, 2011).

Ao identificar grande diversificação nas informações sobre origem da solicitação, referente, referido, objeto da investigação, procedimento ou solução proposta e movimentação, optou-se por proceder ao esgotamento de categorias, para permitir análise dos dados agrupados por subtemas, por meio da leitura flutuante dos procedimentos. A leitura, na análise de conteúdo de Bardin, leva essa denominação por respeitar a técnica de, pela repetição

reiteradas vezes, ser possível gradativamente identificar cada vez maior número de detalhes de cada solicitação.

Obedecendo ao que preconiza Bardin (2011), o esgotamento das categorias foi realizado em três fases: pré-análise, exploração do material e tratamento dos resultados com interpretação. A pré-análise foi a fase em que se organizou o material a ser analisado com o objetivo facilitar seu manuseio ordenado e sistematizado. Trata-se da organização propriamente dita por meio de quatro etapas: (a) leitura flutuante, que é o estabelecimento de contato com os documentos da coleta de dados, momento em que se começaram a conhecer os textos das denúncias conforme estavam registrados nos documentos obtidos; (b) demarcação das denúncias que estavam sob análise; (c) formulação das hipóteses e dos objetivos; (d) determinação de indicadores por meio de recortes de texto de cada solicitação.

A exploração do material constituiu a segunda fase, voltada à exploração do material com a definição de unidades de contexto, unidades de registro e categorias. As primeiras são unidades de compreensão ou segmentos da solicitação, utilizados com o fim de compreender sua significação exata. Dessa compreensão, são definidas as unidades de registro ou unidades de significação para codificar os segmentos de conteúdo a considerar como unidade base, visando à categorização e à contagem frequencial. As categorias são sistemas de codificação. A exploração do material consiste numa etapa importante, porque vai possibilitar a riqueza das interpretações e das inferências. Essa é a fase da descrição analítica, a qual diz respeito ao *corpus* (qualquer material textual coletado) submetido a um estudo aprofundado, orientado pelas hipóteses e referenciais teóricos. Dessa forma, a codificação, a classificação e a categorização são básicas nesta fase (BARDIN, 2011).

A terceira fase diz respeito ao tratamento dos resultados, inferência e interpretação. Esta etapa é destinada ao tratamento dos resultados; ocorre nela a condensação e o destaque das informações para análise, culminando nas interpretações inferenciais; momento da intuição, da análise reflexiva e crítica.

Na etapa do tratamento dos resultados, foram empregados os métodos da Estatística Descritiva, consistindo na construção das distribuições de frequências das categorias, das variáveis, assim como de alguns cruzamentos de duas ou até mesmo três variáveis. Na etapa de inferência e interpretação dos resultados, adotou-se também o método fenomenológico-hermenêutico para compreensão das experiências do Ministério Público no controle das políticas públicas educacionais, de modo a possibilitar a verificação do fenômeno investigado, sem preconceitos e sem a necessária correspondência à expectativa anterior do pesquisador, a partir do referencial teórico de Martin Heidegger (COLTRO, 2000; GUERRA, 2012; SEIBT, 2012).

A associação do método de análise de conteúdo de Bardin com o método fenomenológico-hermenêutico de Heidegger encontra justificativa na intenção de obter da análise dos procedimentos voltados a questões do direito à educação o fenômeno gerador de tais procedimentos. Em outras palavras, a associação da análise de conteúdo à hermenêutica fenomenológica buscou considerar o pesquisador como ser-no-mundo, dotado de historicidade, limitado ao âmbito da interpretação (hermenêutica) e da circularidade em que se desenvolvem as solicitações de providências do Ministério Público, tal como ensina Seibt (2010) ao discorrer sobre educação e fenomenologia hermenêutica.

A interpretação e a inferência das denúncias feitas ao Ministério Público concernentes à educação, codificadas pela análise de conteúdo e interpretadas pela fenomenologia hermenêutica de Heidegger (2005, 2012), possibilita a identificação do sujeito (pesquisador e leitor) com o objeto (denúncias), tendo como ponto de partida a compreensão e os pressupostos originários, práticos e cotidianos (do Direito e da realidade das escolas em que as denúncias se originaram), para buscar um entendimento inserido na historicidade dos fatos geradores das denúncias. Seibt (2010) afirma que a interpretação assim realizada é “uma nova postura” com possibilidade de deixar compreender a racionalidade existente na prática educativa, considerando a dinâmica temporal que marca a finitude do ser e de todos os fenômenos que são objeto de análise. O autor prossegue ensinando que, interpretar a realidade dos fatos, a

# Mestrado em Direito

## Pesquisa

partir dos ensinamentos de Heidegger, é inserir o conhecimento humano em um plano dinâmico, assumindo a condição de produção humana para a superação da separação objetificadora e localizando o fato em um tempo, cujas características lhe dão características próprias, cheias de significado (HEIDEGGER, 2005; SEIBT, 2010). A completude da organização dos dados deu origem ao contido no Apêndice B, no qual estão expostos os dados originais, a partir dos quais foram redigidos os resultados.

Para enriquecer a apresentação de tais análises, foram empregados tabelas ou gráficos da distribuição de frequências absolutas e relativas das categorias (RICHARDSON, 2009), obedecendo ao que recomenda o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE, 1993). O cálculo de regressão linear com determinação do coeficiente de determinação também foi empregado para que, na análise gráfica, se pudesse identificar o percentual de variação da variável dependente explicado pela variável independente.

## 3 DESENVOLVIMENTO

### 3.1 O MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO E SUA MISSÃO CONSTITUCIONAL

A Constituição Federal de 1988 consagrou o Ministério Público como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, cabendo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, caput) (BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, 2015a).

O *Parquet*<sup>3</sup> é típica instituição pública, organizada para defender os valores mais relevantes da sociedade, sendo parte do próprio Estado, para concretização de uma das suas grandes aspirações: a realização da justiça. É um ser jurídico permanente, pois “extrapola o indivíduo no tempo e no espaço, e que possui vida e disciplinas próprias, forças e qualidades particulares e uma vocação especial de bem servir a própria sociedade que o criou” (MACHADO, 1998, p. 24-25).

Diante da relevância do seu papel social, o Ministério Público recebeu disciplina constitucional própria, na Seção I do Capítulo IV (“Das Funções Essenciais à Justiça”) do Título IV (“Da Organização dos Poderes”), separada do Poder Judiciário e desvinculada de qualquer outro poder, para resguardá-lo de ingerências externas e não comprometer o bom desempenho de suas atribuições (MACHADO, 1998, p. 36-37).

Na esfera penal, o Ministério Público é o autor da ação penal pública, incumbindo-lhe a tarefa de oferecer denúncia tanto dos crimes de ação penal pública incondicionada, nos quais a atuação estatal não está subordinada à manifestação de vontade de quem quer que seja, quanto dos crimes de ação penal pública condicionada, nos quais a representação do ofendido ou do seu representante legal, ou, ainda, a requisição do Ministro da Justiça são

---

<sup>3</sup> Neste trabalho, Ministério Público é expressão equivalente a MP, Instituição Ministerial e *Parquet*.

condições de procedibilidade da ação penal (CP, art. 100, § 1º, CPP, art. 257, inc. I) (BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, 2015a).

Na ação penal privada, cuja titularidade pertence ao ofendido ou a quem legalmente o representante (CP, art. 100, § 3º), o Ministério Público não poderá exercer a ação penal, mas figurará como *custos legis*, na defesa da ordem jurídica (CPP, art. 257, inc. II).

Nos casos de ação penal pública, quando o Ministério Público não houver ajuizado a demanda no prazo legal, admite-se a ação privada subsidiária da pública. O Ministério Público funcionará como interveniente adesivo obrigatório, cabendo-lhe aditar a queixa, repudiá-la ou oferecer denúncia substitutiva, bem como intervir em todos os termos do processo, fornecer elementos de prova, interpor recurso e, a todo tempo, no caso de negligência do querelante, retomar a ação como parte principal (CPP, art. 29).

Como autor da ação penal pública, o Ministério Público poderá requisitar a instauração de inquérito policial (CPP, art. 5º, inc. II), ou realizar, por autoridade própria, investigação criminal. O Supremo Tribunal Federal fixou os limites dessa atuação e ressaltou a possibilidade do permanente controle jurisdicional dos atos investigatórios realizados pelo Ministério Público (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2015).

O Ministério Público exerce, também, o controle externo da atividade policial (CF, art. 129, VII; 9º, da Lei Complementar nº. 75, de 20 de maio de 1993 e art. 80, da Lei n.º 8.625, de 12 de fevereiro de 1993), cujo objetivo é manter a regularidade e a adequação dos procedimentos empregados na execução da atividade policial, bem como a integração das funções do Ministério Público e das Polícias voltadas para a persecução penal.

Cabe, ainda, ao *Parquet* suscitar o controle concentrado de constitucionalidade, perante o Supremo Tribunal Federal, mediante a promoção pelo procurador-geral da República (CF, art. 103, VI) da ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e da ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal (CF, art. 102, inc. I, “a”). Tal controle também pode ser exercido pelos Ministérios Públicos

estaduais, junto aos Tribunais de Justiça, por meio do Procurador-Geral de Justiça, na forma prevista nas Constituições dos Estados.

Essa atuação objetiva dar efetividade à ordem jurídica abstratamente considerada e, indiretamente, autorizar ou desautorizar a incidência da norma, objeto da ação, sobre os fatos jurídicos, confirmando ou negando a existência de direitos subjetivos individuais, tutela que acaba sendo potencializada pela eficácia vinculante das decisões, e do seu efeito *erga omnes* no plano material, o que termina por incluir as ações de controle de constitucionalidade dentre os instrumentos de tutela coletiva de direitos (ZAVASCKI, 2008, p. 60-61).

A Constituição Federal também conferiu ao Ministério Público legitimidade para promover representação para fins de intervenção da União e dos Estados (art. 129, inc. IV), bem como defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas, mas sem exclusividade (art. 129, inc. V) (BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, 2015b).

O Ministério Público foi incumbido pela Lei Fundamental de defender o regime democrático e zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia (CF, art. 129, inc. II), “o que significa a garantia de participação desta instituição na vida política de nosso país” (MACHADO, 1998, p. 38-39).

Como fiscal da ordem jurídica, o Ministério Público deve intervir em todas as demandas de natureza cível, em que haja interesse público primário, voltado ao bem comum. O interesse público secundário, interesse patrimonial da pessoa pública de direito público, por si só, não justifica a participação como *custos legis* do Ministério Público. Bem por isso, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) firmou o entendimento de que “é desnecessária a intervenção do Ministério Público nas execuções fiscais” (Súmula nº. 189), e a jurisprudência do mesmo Tribunal é no sentido de que o *Parquet* não deve intervir “[. . . ] pelo só fato de haver interesse patrimonial da fazenda pública, que dispõe de defensor próprio e é protegida pelo duplo grau de jurisdição. ” (BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2013).

Nessa toada, o novo Código de Processo Civil (Lei nº. 13. 105, de 16 de março de 2015) realinhou as atribuições processuais do Ministério Público aos preceitos constitucionais, ao passo em que estabeleceu a possibilidade de intervenção do *Parquet*, como fiscal da ordem jurídica, nos processos que envolvam interesse público ou social (art. 178, I), ressaltando-se que “a participação da Fazenda Pública não configura, por si só, hipótese de intervenção do Ministério Público” (Parágrafo único) (BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, 2015c, p. 10).

O art. 129, inc. III, da CF prevê, ainda, dentre as funções institucionais do Ministério Público, a promoção do 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 (BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, 2015a). Para Zavascki (2008, p. 144-145):

Trata-se das mais proeminentes funções atribuídas pela Constituição Federal ao Ministério Público, que deve ser entendida no sentido irrestrito e mais amplo possível, para a obtenção da tutela adequada para defesa dos direitos transindividuais, difusos e coletivos, e de determinados direitos individuais homogêneos.

A Constituição atribui três princípios institucionais ao Ministério Público: unidade, indivisibilidade e independência funcional (art. 127, § 1º) (BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, 2015a). O art. 128 da Constituição diz que o Ministério Público abrange o da União e o dos Estados, o que dá a ideia de unidade entre eles, ou seja, pelo princípio da unidade, os membros do Ministério Público integram um só órgão com um só chefe, dentro de cada Ministério Público (da União e dos Estados), e a manifestação de qualquer membro vale como posicionamento de todo o Ministério Público. No entanto essa unidade é apenas conceitual, pois “o ofício que eles todos exercem é o mesmo ofício de *Ministério Público*. . .” (MAZZILI, 2007, p. 72)

A indivisibilidade assegura que os membros não fiquem vinculados aos processos nos quais atuam, podendo ser substituídos por outros. Quando um promotor ou procurador do Ministério Público se manifesta, ele se posiciona por toda a instituição.

A independência no exercício das funções dos órgãos ministeriais visa assegurar que os membros do Ministério Público não sofram interferência externa de nenhum outro órgão ou Poder do Estado, nem interna de órgãos da mesma instituição. Não há hierarquia funcional entre os membros do Ministério Público, mas, tão-somente, administrativa, não recebendo ele ordens sequer do procurador-geral.

### 3.1.1 O acesso à Justiça e a tutela coletiva

O movimento de acesso à Justiça reflete a preocupação com a garantia de acesso a uma ordem jurídica justa, adequada e efetiva, de modo a tornar os direitos individuais e coletivos exigíveis e restabelecê-los em caso de violação.

No início da sociedade moderna, surgida com as revoluções burguesas do século XVIII, estabeleceu-se o paradigma do Estado liberal, amparado na separação de poderes, igualdade de todos perante a lei e proteção dos direitos civis e políticos do indivíduo face o arbítrio estatal, como forma de garantir a liberdade e a propriedade. A participação do Estado era apenas de declaração formal dos direitos humanos. Prevalcia o liberalismo econômico e político, com afirmação da virtude da livre concorrência, da mínima intervenção do Estado na vida da econômica e social, do *laissez-faire*, que ensejou a expansão do capitalismo (FERREIRA FILHO, 1989, p. 6).

A ascensão da burguesia demonstrou que os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade da Revolução Francesa não tinham como ser alcançados no Estado liberal, cuja intervenção mínima do poder estatal em prol das liberdades impedia a concretização da igualdade material entre os indivíduos e abria caminhos para a injustiça social. Surgiu, então, a necessidade de se criar um novo modelo de Estado. Um Estado do Bem-Estar Social. Um Estado que rompia com aquele modelo de mero garantidor dos direitos e liberdades individuais para assumir uma função positiva de gestor das necessidades concretas da população (STRECK, 2002, p. 63-64).

No Estado liberal, a ordem constitucional se restringia a criar mecanismos de acesso à Justiça, sem se preocupar com sua eficiência prática ou efetiva. Com o novo modelo de Estado, o *Welfare State*, o processo teve de ser repensado, de modo a assegurar a todos amplo acesso à Justiça, como decorrência do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV, da CF/1988), para assegurar a postulação de tutela, preventiva ou reparatória, de direitos individuais, coletivos ou difusos, e resguardar o exercício do direito de defesa.

É em torno do acesso à Justiça que gravitam todas as demais garantias destinadas a promover a tutela dos direitos fundamentais. “O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental - o mais básico dos direitos humanos - de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretende garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 12).

Ensina Zavascki (1997, p. 32) que:

[. . .] o direito à efetividade da jurisdição – que se denomina também, genericamente, direito de acesso à justiça ou direito à ordem jurídica justa – consiste no direito de provocar a atuação do Estado, detentor do monopólio da função jurisdicional, no sentido de obter, em prazo adequado, não apenas uma decisão justa, mas uma decisão com potencial de atuar eficazmente no plano dos fatos.

O processo há de ser instrumento eficaz a “produzir resultados que sejam individual e socialmente justos” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 8). Para tanto a Constituição Federal 1988 consagrou uma série de garantias processuais, como o respeito ao princípio do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV) e aos seus corolários lógicos, a ampla defesa e o contraditório (CF, art. 5º, LV), dos quais decorre a necessidade de assegurar a participação efetiva das partes, conferindo-lhe equivalência de armas e tratamento isonômico, tudo em busca da justiça e da maior efetividade do processo com o menor sacrifício à segurança jurídica. Para alcançar esse desiderato o processo precisa dar uma resposta célere à pretensão dos jurisdicionados.

A garantia da razoável duração do processo (CF, art. 5º, LXXVIII), incorporada ao rol dos direitos fundamentais pela Emenda Constitucional

45/2004, vai além da garantia de uma tutela jurisdicional rápida; estabelece a necessidade de o Estado-juiz prestar uma tutela adequada e, portanto, efetiva. “A adequação da tutela jurisdicional resulta da sua aptidão para realizar a eficácia prometida pelo direito material, sendo, para tanto, indispensável conjugar, da melhor maneira possível, os valores da efetividade e da segurança jurídica” (CAMBI, 2011, p. 222)<sup>4</sup>.

O processo, para cumprir a missão que lhe atribui o Estado Social de Direito, tem de se apresentar como instrumento capaz de propiciar efetividade, ou seja, “deve ser apto a cumprir integralmente a sua função sócio-político-jurídica, atingindo em toda plenitude todos os seus escopos institucionais” (DINAMARCO, 1999, p. 270).

Vale dizer, para que a tutela jurisdicional seja efetiva deve atingir os objetivos de concretizar o direito material, previsto no ordenamento jurídico (escopo jurídico); pacificar com justiça e satisfazer o efeito pedagógico de conscientização dos membros da sociedade para seus direitos e obrigações (escopos sociais); afirmar o poder soberano do Estado de decidir imperativamente os conflitos de interesses; preservar as liberdades públicas, limitando e fazendo observar os contornos do poder estatal e do seu exercício; e, assegurar a participação dos cidadãos e agentes sociais no destino da sociedade política (escopos políticos) (DINAMARCO, 1999, p. 168-169).

Um dos principais obstáculos de acesso à Justiça, no campo jurídico, diz respeito à postura individualista da legislação processual, arraigada de valores decorrentes do Estado liberal, voltado à proteção da esfera de autonomia individual das pessoas. Isso fez do processo um instrumento de concretização de direitos subjetivos individuais, cuja preocupação é garantir a igualdade

---

<sup>4</sup> “Nessa perspectiva deve surgir, então, a resposta intuitiva de que a inexistência de tutela adequada a determinada situação conflitiva corresponde à própria negação da tutela a que o Estado se obrigou quando chamou a si o monopólio da jurisdição, pois o processo deve ser visto como uma espécie de contrapartida que o Estado oferece aos cidadãos diante da proibição da autotutela. Ora, se o Estado tem o dever de prestar a ‘devida tutela jurisdicional’ entendida esta como a tutela apta a tornar efetivo o direito material, o cidadão tem o direito à ‘adequada tutela jurisdicional’, que é o elemento indissociável do *due process of law*. Direito à adequada tutela jurisdicional quer dizer direito a um processo efetivo, próprio às peculiaridades da pretensão de direito material de que se diz titular aquele que busca a tutela jurisdicional” (MARINONI, 1994, p. 66).

formal, na solução dos conflitos de interesses, deixando em segundo plano as necessidades da sociedade (ZAVASCKI, 2008, p. 13).

Como destacam Cappelletti e Garth (1988, p. 19), o processo tradicional

[. . .] era visto apenas como assunto entre duas partes, que se destinava à solução de uma controvérsia entre essas mesmas partes a respeito de seus próprios interesses individuais. Direitos que pertencessem a um grupo, ao público em geral ou a um segmento do público não se enquadravam bem nesse esquema. As regras determinantes da legitimidade, as normas de procedimento e a atuação dos juízes não eram destinadas a facilitar demandas por interesses difusos intentadas por particulares.

Como observa Gavronski (2010, p. 52):

[. . .] o papel do direito acompanha a configuração do Estado: da impotência de um direito preocupado exclusivamente em garantir segurança jurídica e a liberdade dos cidadãos no Estado de Direito Liberal, passando pela onipotência do Estado Social, pelo qual caberia ao direito e ao Estado assegurarem praticamente sozinhos a igualdade material.

Com a emergência do paradigma do Estado Democrático de Direito, se buscou uma maior participação popular na vida pública, o que exigiu a adaptação do processo a essa nova realidade social. Como reflexo, foram instituídos mecanismos para a tutela dos direitos coletivos *lato sensu*, classificados como direitos difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos, especialmente através da ação popular, da ação civil pública e do mandado de segurança coletivo.

A ação popular, arrolada entre as garantias constitucionais desde a Constituição Federal de 1934 (ficou de fora apenas da Carta de 1937), foi regulamentada pela Lei nº. 4. 717, de 29. 06. 1965, que lhe deu uma maior amplitude do que a resultante do texto de 1946, em vigor à época (MOREIRA, 2014, p. 29). “A ação popular visa a resguardar interesse difuso ligado à probidade, à eficiência e à moralidade na gestão da coisa pública” (GRINOVER, 2014, p. 101).

A Constituição Federal previu a possibilidade de tutela coletiva de direitos transindividuais através do mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX). Têm legitimidade para impetrar mandado de segurança coletivo partido

político com representação no Congresso Nacional, organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados (CF, art. 5º, LXX, “a” e “b”; art. 21 da Lei nº. 12. 016/2009). O Ministério Público também tem legitimidade ativa para a ação mandamental coletiva, em decorrência das suas finalidades institucionais, traçadas pelos arts. 127 e 129, III, da Carta Política e, em sede infraconstitucional, pelo art. 6º, VI, da Lei Complementar nº. 75/1993, para o Ministério Público da União, e no art. 32, I, da Lei nº. 8. 625/1993, para o Ministério Público dos Estados (BUENO, 2010, p. 97).

O mesmo raciocínio deve ser empregado para concluir pela legitimidade da Defensoria Pública para a impetração do mandado de segurança coletivo, por força de seus misteres constitucionais (art. 134 da Constituição Federal), diante do que dispõem os incisos VII, VIII e IX do art. 4º da Lei Complementar nº. 80/1994, na redação da Lei Complementar nº. 132/2009, que evidenciam sua importância no âmbito do direito processual coletivo (BUENO, 2010, p. 97).

Mas, dentre todos os mecanismos de tutela coletiva, a ação civil pública é, de longe, a que tem sido mais usada pelo Ministério Público para a defesa dos interesses e direitos transindividuais.

### **3.1.1.1 A ação civil pública**

A ação civil pública surgiu da preocupação do Direito Processual Civil contemporâneo com a solução em bloco das questões transindividuais. Disciplinada pela Lei nº. 7. 347, de 24 de julho de 1985 (BRASIL PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, 1985), a ação civil pública se presta para proteção de qualquer interesse difuso, coletivo ou individual homogêneo, especialmente os relacionados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, com a finalidade de desconstituir o ato lesivo e a condenar os responsáveis à restituição do *status quo ante* (GRINOVER, 2014, p. 101). Pode ser manejada,

também, com finalidade preventiva e para inibir a prática ou impedir a repetição ou continuação do ilícito.

A doutrina costuma dizer que a ação civil pública foi um divisor de águas dentro do cenário da tutela coletiva dos direitos. Antes da ação civil pública não existia instrumentos efetivos de tutela coletiva, no direito processual brasileiro, salvo a ação popular. A Lei da Ação Civil Pública revolucionou as técnicas de tutela dos direitos coletivos, especialmente pela ampliação do rol de legitimados para a promoção dos direitos massificados (ALMEIDA, 2003, p. 333-334).

A denominação 'ação civil pública' surgiu com a Lei Complementar Federal nº. 40, de 14 de dezembro de 1981, que estabeleceu normas gerais de Organização do Ministério Público dos Estados e compreendeu, dentre as funções institucionais do Ministério Público, a promoção da ação civil pública (art. 3º, III). "Essa locução, apesar de a doutrina moderna já ter ressaltado a sua impropriedade, foi incorporada na Lei nº. 7. 347/85 e depois se tornou clássica ao ganhar *status* constitucional" (ALMEIDA, 2003, p. 334).

A ação civil pública foi consagrada no texto constitucional de 1988, no art. 129, III, § 1º, que trata das funções institucionais do Ministério Público. A partir de sua previsão constitucional, a ação civil pública foi ampliada. Outras leis editadas na vigência da nova ordem constitucional previram o cabimento da ação civil pública, como a Lei nº. 7. 853, de 24. 10. 1989, destinada à tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos das pessoas com deficiência; a Lei nº. 8. 069, de 13. 07. 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA), para garantia de direitos assegurados à criança e ao adolescente; a Lei nº. 8. 078, de 11. 09. 1990 (Código de Defesa do Consumidor - CDC), destinada à tutela dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos dos consumidores; a Lei nº. 8. 429, de 13. 07. 1992 (Lei de Improbidade Administrativa), para responsabilização pelos atos de improbidade administrativa; a Lei nº. 10. 671, de 15. 05. 2003 (Estatuto do Torcedor), para assegurar a proteção do torcedor (BRASIL, 1988, 2014; BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, 1989a, 1990, 1992, 2003a).

Afirma Zavascki (2008, p. 65-66) que, no domínio do processo coletivo, quando se fala em ação civil pública, está se falando de um procedimento moldado à natureza dos direitos e interesses transindividuais (difusos e coletivos). Para a tutela dos direitos individuais homogêneos o procedimento próprio é a “ação coletiva” ou “ação civil coletiva”, como previsto no art. 91 do Código de Defesa do Consumidor. Todavia, nem sempre se tem adotado com rigor essa terminologia, eis que, de um modo geral, confere-se a denominação de ação civil pública para todas, ou quase todas, as ações relacionados ao processo coletivo, inclusive para as que tratam dos direitos individuais homogêneos.

Nesse passo, a Lei nº. 7. 913, de 7. 12. 1989 prevê o cabimento da ação civil pública para responsabilizar danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários (direito individual) (BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, 1989b). Já a Lei nº. 10. 741, de 1º. 10. 2003 (Estatuto do Idoso) confere legitimidade ao Ministério Público para instaurar o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção dos direitos e interesses difusos ou coletivos, individuais indisponíveis e individuais homogêneos do idoso, ou seja, o próprio legislador tem usado a terminologia ‘ação civil pública’ para a defesa de interesses ou direitos que não são propriamente transindividuais (BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, 2003b).

### 3.1.1.1.1 Objeto

Aluísio Gonçalves de Castro Mendes (2002, p. 205-206) chama a atenção para a controvérsia doutrinária acerca do objeto de proteção das ações coletivas: seriam direitos ou interesses?

Explica Venturi (2007, p. 44) que os diversos ordenamentos jurídicos, ao se depararem com a nova realidade das pretensões coletivas, comuns a toda a comunidade e não imputáveis a ninguém individualmente, não ousavam qualificá-las como direitos subjetivos, em razão dos padrões tradicionais, de cunho liberal-individualista, segundo os quais eram descritos os direitos

subjetivos, razão pela qual passaram a utilizar a expressão ‘interesses’ ao invés de ‘direitos’.

Kazuo Watanabe (2007, p. 819) sustenta que os termos, ‘interesses’ e ‘direitos’ foram utilizados indistintamente na Lei, para não restringir a abrangência da tutela coletiva.

A partir do momento em que passam a ser amparados pelo direito, os ‘interesses’ assumem o mesmo *status* de ‘direitos’, desaparecendo qualquer razão prática, e mesmo teórica, para a busca de uma diferenciação ontológica entre eles.

Nessa dissertação, seguimos a orientação de Watanabe (2007), não fazendo distinção entre ‘interesses’ e ‘direitos’ coletivos.

O Código de Defesa do Consumidor conceitua os interesses ou direitos difusos como sendo “os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato” (art. 81, parágrafo único, inciso I).

Os interesses ou direitos coletivos em sentido estrito são “os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base” (BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, 1990, art. 81, parágrafo único, inciso II).

O CDC ainda alargou o campo de atuação da ação coletiva para a defesa dos interesses ou direitos individuais homogêneos, “assim entendidos os decorrentes de origem comum” (BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, 1990, art. 81, parágrafo único, inciso III).

O conceito de um direito transindividual não significa só que ele não é individual, mas que existe como uma entidade distinta de qualquer indivíduo ou grupo de indivíduos. Transcende ao indivíduo e não se trata de mera reunião de direitos individuais. Assim sendo, é de todo irrelevante determinar quem são os indivíduos pertencentes ao grupo e quem é, em última instância, o titular do direito transindividual, já que pertencem à comunidade como um todo, e não a indivíduos específicos, a associações ou sindicatos ou ao governo (GIDI, 2004, p. 53).

Segundo Mazzilli (2012, p. 56), os interesses difusos e os coletivos são indivisíveis e se distinguem pela origem da lesão como também pela abrangência do grupo.

Os interesses difusos supõem titulares indetermináveis, ligados por circunstâncias de fato, enquanto os coletivos dizem respeito a grupo, categoria ou classe de pessoas determinadas ou determináveis, ligadas pela mesma relação jurídica básica.

Para Mancuso (2000, p. 76-77), há duas razões para diferenciar os interesses difusos dos coletivos, uma de ordem quantitativa e outra de ordem qualitativa. Sob o primeiro enfoque, o interesse difuso concerne a um universo maior de pessoas podendo alcançar até toda a humanidade, enquanto que o interesse coletivo está adstrito a uma relação-base, a um vínculo jurídico de grupos sociais definidos. Pelo segundo critério, de ordem qualitativa, o interesse coletivo resulta do indivíduo em sua projeção corporativa, ao passo que, no interesse difuso, o indivíduo é considerado simplesmente enquanto ser humano.

O caráter universal do direito à educação básica, nos moldes preconizados na Constituição Federal, assegura a todos a realização desse direito, inclusive àqueles que não tiveram acesso às suas diversas modalidades, na idade própria. Trata-se de direito difuso, pois pertence a toda a comunidade, indistintamente e, ao mesmo tempo, não pertence a ninguém em particular (GIDI, 1995, p. 30).

Os direitos coletivos em sentido estrito estão ligados por uma relação jurídica-base, que deve preexistir à ocorrência de lesão ou ameaça de lesão do interesse o ou direito do grupo, categoria ou classe. Não se admite a formação de um grupo apenas para defender um interesse ou direito comum que já tenha sido lesado. Esses direitos não são passíveis de cisão. “Isto porque a pretensão meta-individual coletiva não decorre da mera soma dos interesses individuais e cada integrante do grupo, senão da sua síntese” (VENTURI, 2007, p. 57). É pretensão genuinamente coletiva a de associação de pais e alunos contra o aumento abusivo das mensalidades de rede de ensino particular, por exemplo.

Os interesses individuais homogêneos também reúnem grupo, categoria ou classe de pessoas determináveis, mas são divisíveis, supondo uma origem comum. Cada qual pode quantificar o dano que suportou com eventual agressão ao seu direito. São, portanto, interesses individuais, mas que admitem a defesa coletiva para facilitar o acesso à Justiça e evitar a repetição desnecessária de demandas (VIGLIAR, 2003, p. 27-28). Assim, se vários alunos de uma escola adquirem fardamento com defeito de fabricação, cada qual poderá, de *per se*, reclamar da empresa fabricante a reparação dos seus prejuízos, de forma atomizada, ou poderão agir coletivamente, para defesa dos interesses individuais homogêneos do grupo lesado, molecularizando os conflitos de interesses. Vê-se, pois, que a coletivização é meramente accidental. Em sua essência são individuais (divisíveis), mas podem receber tratamento processual coletivo por intermédio de uma única ação em vista da homogeneidade de suas origens fáticas comuns. Trata-se de ficção jurídica, com o objetivo de facilitar a proteção coletiva de direitos individuais, com dimensão coletiva, atendendo previsão expressa de tutela na lei (GIDI, 1995, p. 30).

São, destarte, difusos, os interesses ou direitos cujos titulares não é possível se determinar, não sendo susceptível à cisão; coletivos, os interesses ou direitos de pessoas não determinadas, mas determináveis, ligadas entre si, ou com a parte adversa, por uma relação jurídica base; individuais homogêneos, os direitos e interesses cujos titulares podem ser identificados e o objeto permite divisão.

### 3.1.1.1.2 Legitimidade

A ação civil pública foi incorporada ao texto constitucional de 1988, no art. 129, III, § 1º, que trata das funções institucionais do Ministério Público. Todavia, não se trata de instrumento de titularidade exclusiva do *Parquet*, há outros legitimados ativos, embora a atuação mais ampla seja a do Ministério Público, em razão do seu próprio perfil institucional.

Como ressalta Salles, “as opções relativas à legitimidade para defesa dos interesses difusos e coletivos devem ter por norte a maior ampliação possível do acesso à Justiça. [ . . . ] Cabe, dessa forma, ampliar ao máximo a porta de acesso desses interesses à Justiça e, ainda, criar mecanismos de incentivo para sua defesa judicial” (SALLES, 2006, p. 50).

Nos termos do art. 5º da Lei nº. 7. 347/85, com redação dada pela Lei nº. 11. 448/2007, detém legitimidade para propor a ação civil pública: a) o Ministério Público; b) a Defensoria Pública; c) a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; d) a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; e) a associação constituída há pelo menos um ano, que inclua entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

O art. 1º, IV, e o art. 5º da Lei nº. 7. 347/1985 legitimam o Ministério Público para a propositura da ação civil pública para a defesa de qualquer interesse difuso ou coletivo. A propósito, não há controvérsia. Todavia não é pacífica a legitimidade do *Parquet* para a defesa dos interesses individuais homogêneos, por não se referir expressamente a Constituição Federal ao Ministério Público como defensor desses direitos.

Ocorre que o artigo 129, inciso IX, da Carta Republicana elenca dentre às atribuições do Ministério Público exercer outras funções compatíveis com sua finalidade. O Código de Defesa do Consumidor (art. 81, parágrafo único, inciso III, e art. 82, inciso I) ampliou a legitimidade do *Parquet* para a ação civil pública, abarcando a defesa dos interesses individuais homogêneos (BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, 1990, 2015a).

A legitimidade do Ministério Público para a defesa dos interesses individuais homogêneos está prevista, ainda, no art. 25, “a”, da Lei nº. 8. 625/1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público - LOMMP). O dispositivo estabelece que além das funções previstas nas Constituições Federal e Estadual, e em outras leis, incumbe, ainda, ao Ministério Público promover a ação civil pública para a defesa de interesses individuais indisponíveis e homogêneos (BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, 1993).

O art. 127 da CF/1988 prevê como núcleo das finalidades do Ministério Público a “defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”. Por isso, há quem defenda ser imprescindível considerar a natureza indisponível do interesse ou direito individual homogêneo para estear a legitimação extraordinária do Ministério Público. Nesse sentido, Mancuso (2002, p. 108-126) sustenta que, quando for individual o interesse, ele há de vir qualificado pela nota da indisponibilidade, que por sua vez decorre de sua relevância social.

A jurisprudência majoritária tem afastado a legitimidade da *Parquet* para a defesa de interesses individuais disponíveis, exceto aqueles relativos às relações de consumo.<sup>5</sup> Essa posição conservadora revela a postura individualista dos Tribunais brasileiros, e tem criado sérios obstáculos ao acesso coletivo à Justiça.

Há situações que interferem tão minimamente no patrimônio e na vida das pessoas, que estas, por vezes, se sentem desencorajadas a fazer valer seus direitos, em face de um custoso e demorado processo judicial, cujo resultado é sempre imprevisível, por mais líquido e certo que se apresente o direito.

Ao negar a legitimidade do Ministério Público para a defesa dos interesses individuais homogêneos, para além das relações consumeristas, o Poder Judiciário contribui para sua própria sobrecarga, pois dá margem à propositura de um sem número de ações para solução de questões que poderiam ser resolvidas em bloco, dentro de um mesmo processo.

Observam Nelson Nery Júnior e Nery (2001, p. 497) que

[. . .] o feixe de direitos individuais, ainda que disponíveis, que tenham origem comum, qualifica esses direitos como sendo

---

<sup>5</sup> Nesse diapasão, os seguintes excertos de julgados do STJ: “[. . .] A legitimidade ativa do Ministério Público, em ação civil pública, está adstrita à defesa de interesses individuais indisponíveis, salvo quando oriundos de relação de consumo” (AgRg no REsp 1012968/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 19/02/2009, DJE 06/04/2009); “[. . .] tratando-se de benefício previdenciário, em que não há interesse individual indisponível, mas sim, direito patrimonial disponível, suscetível de renúncia pelo respectivo titular, bem como não sendo relação de consumo, o Ministério Público não detém legitimidade ativa ad causam para propor ação civil pública em defesa de tal direito” (AgRg nos EREsp 441. 815/SC, Rel. Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 22/08/2007, DJ 10/09/2007, p. 186).

individuais homogêneos (CDC 81 par. ún. III), dando ensejo à possibilidade de sua defesa poder ser realizada coletivamente em juízo (CDC 81 *caput* e par. ún. III). Essa *ação coletiva* é deduzida no interesse público em obter-se sentença única, homogênea, com eficácia *erga omnes* da coisa julgada (CDC 103 III), evitando-se decisões conflitantes. Por essa razão está o MP legitimado a propor em juízo a ação coletiva para a defesa de direitos individuais homogêneos (CF 129 IX; CDC 82).

A tese da disponibilidade do interesse patrimonial só se sustenta se concebido individualmente. Quando há violação aos interesses patrimoniais de um grupo, estes interesses passam a ostentar o caráter de indisponibilidade, tendo em vista o impacto social do fato jurídico.

E mesmo que haja dúvida acerca da configuração de tal indisponibilidade, dada a carência de elementos em nosso ordenamento para tal caracterização, deve ser sempre utilizada a interpretação mais benéfica do ponto de vista do acesso à justiça para a coletividade, sob pena de se criar uma área de sombra nessa garantia constitucional. (PINHO, 2004, p. 11)

No mesmo sentido, argumenta Godinho (2006, p. 397) que:

[. . .] a partir do momento em que a lesão a direitos individuais homogêneos adquire dimensão social, supera-se a disponibilidade do direito numa óptica individualizada, em razão de um interesse maior da sociedade em ver essa lesão a direitos tutelada coletiva e genericamente. É como se houvesse uma suspensão da disponibilidade do direito durante a ação coletiva, voltando essa característica no momento da habilitação para a satisfação de um direito específico, a partir de uma condenação genérica.

Dessa feita, não são apenas os direitos individuais homogêneos oriundos das relações de consumo que podem ser tutelados por ação civil pública proposta pelo *Parquet*. O Código de Defesa do Consumidor interage com a Lei da Ação Civil Pública, instituindo um microssistema processual coletivo que não se restringe às relações de consumo, e se aplica à generalidade das ações civis públicas, tendo em vista o disposto no art. 21 da Lei nº. 7. 347/1985: “aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor”.

A defesa da educação pode ser exercitada através da ação civil pública, sejam os interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, tendo em vista o interesse social relacionado à educação.

### **3.1.1.2 Instrumentos extrajudiciais de tutela coletiva**

Almeida (2003, p. 510), apoiando-se nas lições de Marcelo Pedrosa Goulart, sustenta que existem dois modelos de Ministério Público: o demandista e o resolutivo. O primeiro atua perante o Poder Judiciário como agente processual, transferindo ao juiz a responsabilidade pela resolução dos problemas sociais levados à instituição, o que pode ser desastroso. O segundo, o Ministério Público resolutivo, leva às últimas consequências sua autonomia funcional na efetivação dos direitos coletivos, fazendo uso legítimo dos instrumentos extrajudiciais à sua disposição.

Complementa Almeida (2003, p. 510), que a atuação extrajudicial do Ministério Público é de extrema importância para a proteção dos direitos coletivos.

A transferência para o Poder Judiciário, por intermédio das ações coletivas previstas (como a principal delas, a ACP), da solução dos conflitos coletivos não tem sido eficaz, pois, em muitos casos, o Poder Judiciário não tem atuado na forma e rigor esperados pela sociedade.

A prática tem demonstrado que a atuação extrajudicial do Ministério Público tem sido mais profícua do que o ajuizamento das ações civis públicas, para a defesa dos direitos coletivos.

A atividade extrajudicial do Ministério Público está prevista, especialmente, nos artigos 6º, inciso VII, e 7º, inciso I, da Lei Complementar nº. 75/93 e os artigos 25, inciso IV, e 26, inciso I, da Lei nº. 8. 625/93, que disciplinam a instauração e tramitação do inquérito civil.

Para facilitar a formalização de notícias de fato a respeito dos assuntos relacionados a suas diversas áreas de atuação, o Ministério Público conta com

diferentes canais de acesso. No Ministério Público de Pernambuco (MPPE), por exemplo, os cidadãos podem oferecer suas notícias de fato pessoalmente, nos endereços das diversas sedes do MPPE, ou pela Central de Denúncias, que disponibiliza o serviço *on line* ou por telefone. Os registros encaminhados à Central de Denúncias são enviados para os órgãos ou entidades responsáveis à apuração dos fatos.

Muitas pessoas, ao invés de oferecer suas notícias de fato diretamente aos membros do MP, preferem se valer da Ouvidoria. No âmbito do MPPE, a Ouvidoria integra a estrutura administrativa da Procuradoria Geral de Justiça, e foi criada para receber e examinar reclamações, críticas, apreciações, comentários, elogios, pedidos de informações e sugestões sobre as atividades desenvolvidas pelos membros e servidores do Ministério Público. Após a realização de diligências e constatada a prática de irregularidades, cabe à Ouvidoria representar diretamente ao Conselho Nacional do Ministério Público ou aos órgãos da Administração Superior do Ministério Público, para adoção das providências cabíveis.

Tratando-se de notícia de fato que possa autorizar a tutela de interesses a cargo do MP, poderá o representante do Ministério Público, com atribuições para tomar as medidas respectivas, ajuizar, desde logo, a ação cabível para a tutela dos interesses coletivos *lato sensu*, caso haja elementos de convicção suficientes, já que o inquérito civil não é condição de procedibilidade para o ajuizamento das ações a cargo do Ministério Público, nem para a realização das demais medidas de sua atribuição própria (art. 1º, parágrafo único, da Resolução CNMP nº. 23, de 17 de setembro de 2007).

A tendência atual dos membros do Ministério Público é esgotar a esfera extrajudicial, com a finalidade de buscar uma solução para o problema sem ter de recorrer ao Poder Judiciário.

A Constituição Federal prevê, dentre as funções institucionais do Ministério Público, promover o inquérito civil público (art. 129, inc. III). Trata-se de instrumento pré-processual, voltado a colheita de prova e elementos de convicção, privativo do Ministério Público, por meio do qual poderá requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames

ou perícias (art. 8º, § 1º, da Lei nº. 7. 347/85) (BRASIL PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, 1985).

Assevera Rodrigues (2002, p. 103) que a atuação do Ministério Público, no inquérito civil público, demonstrou a possibilidade de se dar uma resposta ao conflito coletivo, sem a necessidade de provocação da máquina jurisdicional. Muitas vezes, a mera instauração do inquérito civil resulta na solução do conflito, ou porque a conduta lesiva ao direito transindividual nem sequer se inicia, ou porque seus efeitos maléficos são plenamente reparados, tornando desnecessária a ação judicial.

Mancuso (2002, p. 132) ressalta a relevância do inquérito civil para proteção dos interesses da coletividade, porquanto possibilita uma triagem das várias denúncias que chegam ao Ministério Público, fazendo que aquelas fundadas e relevantes ensejem o ajuizamento da ação civil pública.

Destaca-se, ainda, o papel preventivo ou intimidativo sobre o potencial infrator de uma norma jurídica tuteladora de interesse metaindividual, já que os implicados, por vezes, abandonam seus projetos iniciais, sabendo que estão sendo investigados pelo Ministério Público, ou são dissuadidos de continuar na empreitada, diante das diligências que são encetadas na investigação ministerial (MANCUSO, 2002, p. 134).

É importante mencionar, ainda, que o inquérito civil não prejudica a tutela coletiva por ser instrumento de titularidade exclusiva do Ministério Público. Os demais legitimados não ficam impedidos de atuar coletivamente pela simples instauração da investigação levada a cabo pelo Ministério Público, ainda que seja ela depois arquivada pelo membro do *Parquet*, atividade, de resto, controlada pelo Conselho Superior dos Ministérios Públicos dos estados ou pelas Câmaras de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal.

Nos inquéritos civis são realizadas, com certa frequência, audiências públicas, palco ideal para debate democrático com a comunidade e o Poder Público sobre a identificação e escolha dos interesses públicos prioritários da sociedade (FERRARESI, 2009, p. 70).

Ainda que das audiências públicas não surtam efeitos concretos imediatos na esfera extrajudicial, elas têm o condão de legitimar a ação civil

pública proposta pelo *Parquet* (FERRARESI, 2009, p. 70), e fazer ver ao órgão judicial que a atuação do Ministério Público não partiu das próprias escolhas políticas dos seus membros, mas sim das reivindicações e anseios dos cidadãos ou grupos sociais, o que pode influenciar o conteúdo da decisão judicial definidora das políticas públicas pelo Poder Judiciário.

Muitas vezes, como resultado da pressão social exercida nas audiências públicas, os órgãos governamentais decidem sair do estado de inércia, de sorte a entregar as prestações a que estão obrigados em favor da sociedade, ou ainda corrigir os rumos de determinada política pública contrária aos anseios da comunidade, daí resultando a pactuação de termo de compromisso de ajustamento de conduta com o Ministério Público, uma espécie de acordo prevendo a prática ou a abstenção de determinados atos para concretização, em última instância, dos direitos coletivos.

O termo de compromisso de ajustamento de conduta (TAC) foi instituído pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e incorporado à Lei da Ação Civil Pública (art. 5º, § 6º), para possibilitar o exercício democrático do poder, com priorização da solução consensual na resolução das questões relacionadas aos interesses difusos, interesses coletivos ou interesses individuais homogêneos, de modo a adequar a conduta de alguém às exigências da lei, mediante cominações, em um documento com eficácia de título executivo extrajudicial.

Ao contrário do inquérito civil público, privativo do Ministério Público, a legitimidade material para o compromisso de ajustamento de conduta é mais ampla, podendo o negócio jurídico ser celebrado também pela União, Estados, Distrito Federal, Municípios, Defensoria Pública, autarquias e fundações públicas, desde que haja pertinência temática entre o conteúdo do ajuste e as atribuições do legitimado.

O compromisso de ajustamento de conduta surgiu como meio alternativo de tutela coletiva de direitos, não para substituir a atividade jurisdicional, mas para facilitar o acesso à tutela adequada, quando a solução negociada se apresentar mais conveniente e apropriada. O compromisso enseja a composição pré-processual de direitos transindividuais, essencialmente indisponíveis, o que revela uma evolução quanto à posição de se restringir a

solução amigável aos direitos disponíveis. De outro lado, confere legitimidade para negociação a quem não é o verdadeiro titular do direito (RODRIGUES, 2002, p. 120).

No entanto, o ajuste deve procurar alcançar tudo aquilo quanto seria possível de obtenção com eventual ação civil pública, não podendo suprimir nem restringir direitos assegurados aos titulares da relação jurídica material, já que esses direitos não pertencem aos responsáveis pela confecção do TAC.

Dentre as 486 denúncias abarcadas nesta pesquisa, sete (1, 4%) foram judicializadas e uma (0, 2%) teve solução por meio de termo de ajustamento de conduta. Todas as demais denúncias tiveram soluções implantadas no bojo do próprio procedimento extrajudicial, sem necessidade de formalização de TAC.

Portanto, há uma tendência no Ministério Público de prestar a tutela coletiva extrajudicialmente, sem transferir para o Poder Judiciário a responsabilidade pelo controle das políticas públicas educacionais, o que só tem sido feito em último caso.

Ademais, observa-se que as soluções nem sempre passam pela formalização de termos de ajustamento de conduta, o que evidencia o caráter intimidativo ou, ao menos, persuasivo do inquérito civil público.

A experiência demonstra que a solução no curso do procedimento, seja ele preparatório ou inquérito civil, é a mais adequada para tutela dos direitos sociais, como a educação, haja vista que o procedimento, geralmente, só é arquivado quando a solução é materializada. Ademais, o Ministério Público não estará transacionando quanto a direitos que são, por sua natureza, indisponíveis, nem dando o caso por encerrado, pela mera celebração do TAC, que tem o risco de não ser efetivado, e deixar de ter o cumprimento fiscalizado pelo membro do *Parquet*.

Com efeito, o TAC pode acarretar na sensação de empoderamento do Promotor de Justiça, por imaginar ter resolvido o caso, quando, por vezes, os acordos são feitos para serem depois descumpridos. Além disso o compromisso de ajustamento de conduta pode trazer um efeito perverso ao interesse público, pois, em determinados casos, há concessões que acabam por restringir o alcance dos direitos negociados.

Verificou-se, ainda, nesse estudo que, apesar da regulamentação do inquérito civil, há margens de manobra dos Promotores de Justiça, quando à defesa da educação, pela diversidade de procedimentos extrajudiciais e porque não há uma rotina a ser seguida para o trato dos diversos assuntos relacionados ao tema.

Nesse ponto, observou-se que nas Promotorias de Justiça especializadas do Recife, cada demanda relacionada a determinada escola é tratada em um procedimento específico, ao passo que na Promotoria de Justiça de Moreno os assuntos foram tratados em bloco, considerando toda a rede de ensino. A forma de atuação dos Promotores de Justiça do Recife facilita a solução dos problemas, mas pode gerar desigualdades entre as escolas. Já a atuação da Promotoria de Justiça de Moreno torna a efetivação da resposta à demanda educacional mais complexa, mas, uma vez concretizada, torna o resultado mais equânime.

Assim sendo, o Ministério Público dispõe de diversos mecanismos de tutela extrajudicial coletiva, para prevenção ou reparação dos atos contrários aos direitos transindividuais, com destaque para o inquérito civil público, a audiência pública e o compromisso de ajustamento de conduta, todos voltados à concretização, em última instância, dos direitos coletivos, e esses instrumentos estão sendo usados preferencialmente à ação civil pública, para a defesa do direito à educação, sem necessidade de acionar o aparato jurisdicional.

No capítulo seguinte, defenderemos que a educação é um direito fundamental social que deve ser concretizado pelo Estado, através de políticas públicas voltadas a resguardar a dignidade da pessoa humana e a assegurar um mínimo existencial, não podendo esse direito sofrer retrocessos nem ter sua efetividade prejudicada por questões orçamentárias, cabendo ao Ministério Público e ao Poder Judiciário a sua proteção.

### 3.2 A EDUCAÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL

No início da sociedade moderna, surgida com as revoluções do Século XVIII, a burguesia passou a demandar certos direitos civis e políticos que lhe assegurasse proteção frente à arbitrariedade do político, ante a voracidade do *Leviatã* (ATRIA, 2004, p. 15-16). Foi assegurada a igualdade formal, anunciada como uma promessa de que todos os indivíduos seriam considerados com os mesmos direitos para os propósitos de participação política e representação legal.

No entanto essa visão liberal de igualdade demonstrou ser insuficiente para atender às necessidades de coesão social, de solidariedade e pluralismo, fundamentais para a cidadania (POSTIGO, 2005, p. 36), negadas para aqueles muito pobres ou muito dependentes para exercerem o pensamento autônomo que era requerido dos cidadãos (SCOTT, 2005, p. 15).

O reconhecimento meramente formal da igualdade produziu consequências sociais, ao permitir o uso diferenciado dos mesmos direitos por sujeitos em situações distintas (HABERMAS, 1997, p. 154), e inspirou os excluídos do acesso a direitos como educação, trabalho, salários de subsistência, propriedade, cidadania, a reivindicarem a integração social (SCOTT, 2005, p. 17), culminando com a eclosão da chamada “questão social”, fruto do acirramento do conflito entre as classes possuidoras e os setores sociais mais empobrecidos e excluídos pelo capitalismo liberal (PISARELLO, 2001, p. 82).

Apesar da ideia de que os indivíduos tenham direitos e liberdades fundamentais inerentes a sua condição humana,

Os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas (BOBBIO, 1992, p. 5).

No mesmo sentido, Luño (1991 p. 48) afirma que

[ . . . ] os direitos humanos surgem como um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências de dignidade, liberdade e igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos, nos planos nacional e internacional.

No final do século XIX, a política constitucional passou a observar os problemas sociais. Surgiu, então, a necessidade de um novo modelo de Estado, apto a garantir os direitos e liberdades individuais, mas também a satisfazer as necessidades básicas da população, agregando-lhe finalidades e tarefas às quais antes o Estado não se sentia obrigado (GORDILLO, 1977 p. 74).

Com isso desapareceu o caráter assistencial ou de mera caridade da prestação de serviços pelo Estado e estes passaram a ser vistos como *direitos* próprios da cidadania (STRECK, 2002, p. 63-64).

De toda sorte, durante quase todo o Século XIX, o papel constitucional dos direitos sociais não passou de meras cláusulas políticas de compromisso, criadas pelas elites conservadoras ou liberais reformistas, como forma de legitimar e desarticular os movimentos sociais que perseguiram um reconhecimento mais amplo dos seus interesses, e não como verdadeiras conquistas coletivas (PISARELLO, 2001 p. 82-83).

No Século XX, há uma progressiva constitucionalização dos direitos sociais, com a multiplicação das lutas sociais. Como observa Pedrol (2009, p. 34), os chamados direitos sociais passaram a ser amplamente reconhecidos após a Segunda Guerra Mundial, quando as classes dirigentes resolveram por fim ao capitalismo desregulado e aceitaram a redistribuição pelo Estado do produto social, visando a evitar as ondas revolucionárias do período entre guerras e a conseguir a paz social.

O Estado de Direito se consolida, então, como um Estado Social, uma espécie de acordo ou compromisso político de classes, expressado em um pacto assimétrico entre capital e trabalho, o chamado pacto *Keynesiano*, que permitiu uma expansão sem precedentes do capitalismo. Dessa forma, o novo modelo de Estado, o chamado *Welfare State*, se ocupou, de um lado, das

demandas sociais, e do outro lado, de promover os interesses econômicos privados (PISARELLO, 2001, p. 84).

Os direitos sociais passaram a ser compreendidos como instrumentos voltados a satisfazer as necessidades básicas das pessoas ou grupos, especialmente aqueles em situação de maior vulnerabilidade econômica, para alcançar a igualdade de chances ou de oportunidades que informa a ideia de mínimo existencial e que visa a garantir as condições para se atingir a igualdade social.

Todavia é através do caráter programático dos direitos sociais constitucionais como as democracias ocidentais do pós-guerra estruturam o Estado Social. A constitucionalização dos direitos sociais é concebida “*en un sentido débil*”, a depender da interposição legislativa ou administrativa para sua concretização (PISARELLO, 2001, p. 84).

Neste contexto, os direitos sociais foram incorporados ao constitucionalismo como retórica política, meras declarações de boas intenções, obrigações programáticas que a nada obrigam, por lhes faltar a exigibilidade, própria dos direitos subjetivos civis e políticos (ATRIA, 2004 p. 34).

No Brasil, o texto constitucional de 1988 inovou ao incluir no catálogo de direitos fundamentais não apenas os direitos civis e políticos, mas também os sociais (Capítulo II do Título II da Carta de 1988).

Desse modo, não há direitos fundamentais sem que os direitos sociais sejam respeitados. Nessa ótica, a Carta de 1988 acolhe o princípio da indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos, pelo qual o valor da liberdade se conjuga com o valor da igualdade, não havendo como divorciar os direitos de liberdade dos direitos de igualdade (PIOVESAN, 2006, p. 91-92).

Segundo Gilmar Mendes (2005, p. 8),

[. . . ] esse novo modelo constitucional buscava superar, institucionalmente, o modelo de democracia meramente formal a que nós nos acostumamos no passado. Tentava-se, também pela via da constitucionalização de direitos sociais, e da criação de instrumentos de judicialização dessas pretensões de caráter positivo, superar o quadro de imensas desigualdades acumuladas ao longo dos anos.

Os direitos sociais passaram a ter o *status* de verdadeiros direitos subjetivos, exigíveis judicialmente, na vigência da Constituição Federal de 1988, quando os tribunais começaram a admitir, diante da força normativa da constituição, a concretização judicial das normas constitucionais outrora consideradas meramente programáticas.

A ideia de que as normas que contemplavam direitos sociais geravam direitos subjetivos exigíveis judicialmente foi se consolidando gradualmente, ao longo da atual quadra constitucional, mas ainda há quem sustente o caráter meramente programático dos direitos sociais, destinados a orientar a atividade legislativa, sem conferir direitos subjetivos aos seus titulares.

Nesse sentido, sustenta Torres (2001, p. 279-280) que:

Os direitos sociais e econômicos estremam-se da problemática dos direitos fundamentais porque dependem da concessão do legislador, estão despojados do *status negativus*, não geram por si sós a pretensão às prestações positivas do Estado, carecem de eficácia erga omnes e se subordinam à ideia de justiça social. Revestem eles, na Constituição, a forma de princípios de justiça, de normas programáticas ou de *policy*, sujeitos à *interpositio legislatoris*, especificamente na via do orçamento público, que é documento de quantificação dos valores éticos, a conta corrente da ponderação dos princípios constitucionais, o plano contábil da justiça social, o balanço das escolhas dramáticas por políticas públicas, em um universo fechado de recursos financeiros escassos e limitados.

Ocorre que, como já tem afirmado a doutrina, também os direitos sociais abrangem, além do caráter prestacional positivo, os defensivos (negativos). Mesmos os direitos essencialmente negativos, como as liberdades clássicas, exigem o oferecimento de bens e serviços por parte do Estado e da sociedade, ao passo em que os direitos positivos englobam as liberdades de *status negativus*, notadamente quando se cuida de sua proteção contra ingerências indevidas dos órgãos estatais, das organizações sociais e de particulares (SARLET, 2009, p. 218).

Anota José Afonso da Silva (1998, p. 140) que

[. . .] o problema que se coloca agudamente na doutrina recente consiste em buscar mecanismos constitucionais e fundamentos teóricos para superar o caráter abstrato e incompleto das normas definidoras de direitos sociais, ainda concebidas como programáticas, a fim de possibilitar sua concretização prática.

Embora determinados direitos sociais tenham o caráter de normas programáticas, com eficácia limitada, pois dependem da ação legislativa para serem efetivados, como, por exemplo, o dispositivo constitucional que estabelece que “a ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais” (art. 193) (BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, 2015, p. 123), existem na Constituição direitos sociais qualificados como direitos subjetivos exigíveis, como o que estabelece a “[. . . ] educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezesete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria” (art. 208, I) (BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, 2015, p. 131).

Muitos dispositivos constitucionais acerca dos direitos sociais impõem deveres ao Estado, de modo que “[. . . ] só por falta de seriedade em relação à Constituição se poderia dar a tais preceitos a inteligência de que não investem o indivíduo em qualquer exigibilidade de conduta em face do Estado” (BARROSO, 2003a, p. 149).

Além de seu mister pacificador ou de solução de conflitos, a jurisdição tem a função de revelar os valores da comunidade e remodelar as estruturas da sociedade.<sup>6</sup> Essa postura demanda a efetivação dos direitos fundamentais sociais, afastando a tese do caráter meramente programático, sem eficácia imediata. Do contrário, a constitucionalização dos direitos sociais será concebida em um sentido frágil, como mandatos políticos que dependem da interposição legislativa ou administrativa para sua concretização, sem o *status* de direitos exigíveis judicialmente.

Adota-se a premissa de que a função do Estado diante dos direitos sociais não é tão somente a de não violá-los, mas também a de protegê-los

---

<sup>6</sup> Em sentido contrário, António José Avelãs Nunes entende que do Poder Judiciário não pode se afirmar como titular de uma espécie de “poder de revelação dos valores fundamentais da comunidade”. Para esse renomado jurista português: “só a própria comunidade (ou os seus representantes eleitos) tem o direito de revelar e manifestar os seus valores fundamentais. Só o Poder Legislativo tem legitimidade democrática para formular as orientações fundamentais (as opções políticas) do Estado. Só o Poder Executivo tem competência para executar as políticas públicas definidas pelo Poder Legislativo ou por ele próprio”. (NUNES, 2013, p. 44).

ativamente, bem como de garantir as possibilidades materiais para o seu efetivo gozo (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012).

Assim, cada tipo de obrigação relativa aos direitos sociais consagrados no art. 6º da Constituição Federal (a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados) oferece uma ação correspondente para controle do cumprimento de obrigações negativas (pois os direitos sociais também envolvem abstenções por parte do Estado, como, por exemplo, não impedir o acesso à educação) e para controle do cumprimento das obrigações de fazer, determinadas ao Estado.

Partindo-se de um modelo de suporte fático amplo para os direitos fundamentais, no qual não há exclusão *a priori* de condutas ou situações do âmbito de proteção desses direitos, não cabe a discussão se os direitos sociais se tratam de direitos exigíveis judicialmente, mas apenas perquirir se a argumentação do legislador ou administrador é cabível para deixar de efetivá-los. Restrição fundamentada é restrição possível; do contrário, é violação a direito. Assim, nem o Poder Judiciário deve ser inerte às demandas sociais, nem deve agir com ativismo descontrolado (SILVA, 2010, p. 251). Se não existem razões plausíveis para a omissão estatal ou para o cumprimento deficiente do comando normativo dos direitos sociais, cabe ao Poder Judiciário efetivar as medidas necessárias para a efetivação do direito violado.

Dessa feita, os direitos sociais são direitos fundamentais que nem sempre dependem de atuação legislativa ou administrativa para serem postos em prática, podendo ser concretizados pelo Poder Judiciário, segundo as possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto.

### 3.2.1 O direito à educação e a dignidade da pessoa humana

A educação recebeu tratamento de destaque da Constituição Federal, como instrumento indispensável para a formação plena da pessoa humana e,

sobretudo, de cidadãos capazes de participar dos rumos da economia e do exercício do poder democrático.

A educação é direito fundamental social expressamente garantido pela Constituição Federal (art. 6º), cujas normas vinculantes outorgam direitos subjetivos definitivos a prestações por parte do Estado, aos indivíduos e à sociedade em geral, com a finalidade precípua de garantir o mínimo necessário para a plena participação popular na sociedade e uma melhor condição de vida à população.

O direito à educação, nos termos preconizados pela Lei Maior, é direito social fundamental de segunda geração<sup>7</sup>, fundado no ideal da igualdade material, que impõe ao poder público um comportamento ativo do Estado em favor dos cidadãos.

A prestação de serviços públicos educacionais aprimora a liberdade de informação e de expressão do pensamento, assim como confere autonomia aos cidadãos para interferir nos rumos políticos da Nação.

Além disso, a educação prepara as pessoas para ocupar os melhores postos de trabalho, com o desenvolvimento de competências e habilidades demandadas pelo mercado <sup>8</sup>.

A educação é, portanto, uma das mais importantes funções do Estado, senão a maior, porquanto valoriza o homem e aprofunda a eficácia e gozo das liberdades tradicionais e dos demais direitos sociais.

A Constituição Federal de 1988 representou um marco significativo no encaminhamento dos problemas relativos à educação brasileira. Reconheceu a

---

<sup>7</sup> Os direitos de primeira geração tinham como finalidade, sobretudo, possibilitar a limitação do poder estatal e permitir a participação do povo nos negócios públicos. Já os direitos de segunda geração possuem um objetivo diferente. Eles impõem diretrizes, deveres e tarefas a serem realizadas pelo Estado, no intuito de possibilitar aos seres humanos melhor qualidade de vida e um nível de dignidade como pressuposto do próprio exercício da liberdade. Nessa acepção, os direitos fundamentais de segunda geração funcionam como uma alavanca ou uma catapulta capaz de proporcionar o desenvolvimento do ser humano, fornecendo-lhe as condições básicas para gozar, de forma efetiva, a tão necessária liberdade (MARMELESTEIN, 2008, p. 51-52).

<sup>8</sup> “De acordo com o Relatório da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) ‘Melhores Competências, Melhores Empregos, Melhores Condições de Vida – uma abordagem estratégica das políticas de competências’, sem investimento adequado em competências as pessoas definham à margem da sociedade. Esse estudo também revela que pessoas com nível mais baixo de competências básicas têm probabilidade 80% mais elevada de ficar desempregadas e 40% mais probabilidade de ter problemas de saúde em comparação com os indivíduos que tenham nível mais elevado de competências básicas” (RAMOS, 2015, p. 71).

educação como um direito social, possibilitando o desenvolvimento de ações por todos aqueles responsáveis pela sua concretização, ou seja, o Estado, família, sociedade e a escola, bem como a concebeu como um direito público subjetivo, assim compreendido como a faculdade de se exigir a prestação prometida pelo Estado (CURY; FERREIRA, 2009, p. 29).

A educação, enquanto direito fundamental, está relacionada ao princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, inc. III), e tem por escopo conscientizar os indivíduos e capacitá-los para o trabalho, favorecendo a inclusão social e uma existência digna, com o objetivo fundamental de construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos (CF, art. 3º) (BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, 2015a).

O Estado Democrático de Direito, como se depreende do art. 1º, caput, da Constituição Federal, exige a igualdade entre os cidadãos, não apenas no sentido formal, de assegurar proteção frente à arbitrariedade do político, mas, também, no sentido concreto ou material, para inclusão social e construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), que combate o preconceito, elimina as desigualdades (art. 3º, III), promove a cidadania e afirma a dignidade da pessoa humana (art. 1º, I e III), pressuposto basilar de todos os demais direitos (BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, 2015a).

Como diz Sarlet (2011, p. 133):

[ . . . ] o princípio da dignidade da pessoa impõe limites à atuação estatal, objetivando impedir que o poder público venha a violar a dignidade pessoal, mas também implica (numa perspectiva que se poderia designar de programática ou impositiva, mas nem por isso destituída de plena eficácia) que o Estado deverá ter como meta permanente, proteção, promoção e realização concreta de uma vida com dignidade para todos.

A proteção da dignidade, o combate ao preconceito e a eliminação das desigualdades são verdadeiras normas-objetivo a serem dinamizadas como instrumentos de governo e observadas por todos os agentes públicos na operacionalização das políticas públicas (GRAU, 2009, p. XIX).

Vale dizer que o princípio da dignidade da pessoa humana não apenas impõe um dever de abstenção, de respeito, mas também a prática de condutas positivas pelo Estado, tendentes a promover as condições que viabilizem e removam toda sorte de obstáculos que estejam a impedir as pessoas viverem com dignidade.

### 3.2.2 A educação e a proibição de retrocesso social

A Constituição Federal possibilitou ações dos diversos atores sociais para concretização do direito à educação, incluindo família e sociedade além do Estado e da escola.

Além desse ganho social, no entender de Cury e Ferreira (2009, p. 62-63), a partir da Constituição Brasileira de 1988,

[. . .] a educação passou a ser efetivamente regulamentada, com instrumental jurídico necessário para dar ação concreta ao que foi estabelecido, pois de nada adiantaria prever regras jurídicas com relação à educação (com boas intenções) se não fossem previstos meios para a sua efetividade.

O direito à educação é um conceito em evolução permanente, que não pode retroceder, uma vez que se trata de base estruturante da dignidade da pessoa humana.

Os direitos sociais são verdadeiras cláusulas pétreas, protegidas contra reduções ou supressões por meio de reformas constitucionais, legislativas ou por atos administrativos, como ocorre com o direito adquirido (art. 5º, inc. XXXVI) (BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, 2015a).

A proibição de retrocesso decorre da necessidade de se assegurar certo grau de estabilidade jurídica aos direitos sociais, resguardando os cidadãos contra medidas retrocessivas na esfera da legislação social.

Qualquer retrocesso no direito à educação será, *prima facie*, inconstitucional, carecendo de uma justificativa constitucionalmente adequada.

De acordo com Canotilho (2003, p. 425), o princípio da democracia econômica e social aponta para a proibição de retrocesso social. Os direitos sociais e econômicos, como o direito à educação, uma vez alcançados ou conquistados, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjetivo incorporado ao patrimônio jurídico do indivíduo. O reconhecimento desta proteção constitui um limite jurídico à ação do legislador e, ao mesmo tempo, uma obrigação de prossecução de uma política congruente com os direitos concretos e expectativas subjetivamente alicerçadas.

Consequentemente, as normas que ponham abaixo as garantias sociais conquistadas pela população serão inconstitucionais, e os titulares dos direitos subjetivos prestacionais poderão acionar o Poder Judiciário para reclamar a manutenção do nível de realização já adquirida pelos direitos fundamentais, como também algum legitimado poderá suscitar o controle concentrado de constitucionalidade, ou mover ação coletiva para defesa do direito social violado. Não há margem para ação do legislador, muito menos do administrador, tendente à abolição de direitos fundamentais sociais adquiridos.

Neste sentido, havendo o legislador assegurado determinadas prestações sociais, como, por exemplo, a educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até cinco anos de idade (CF, art. 208, IV), não poderá ser suprimido esse direito, sob pena de inconstitucionalidade, como também não poderá a Administração Pública deixar de prestar o atendimento às crianças nesta faixa etária, por significar retrocesso social, já que as crianças ficariam sem poder desenvolver plenamente suas capacidades motoras, afetivas e de relacionamento social na escola e os pais, muitas vezes, sem condições para trabalhar, por não terem com quem deixar os filhos (BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, 2015a).

A cláusula de proibição de retrocesso limita a liberdade do administrador e o arbítrio do legislador, impedindo que os atos legislativos superem garantias mínimas necessárias para realização dos direitos fundamentais econômicos, sociais e culturais. O que a cláusula de proibição de retrocesso opera é apenas uma restrição, e não a eliminação total da autonomia legislativa ou

administrativa. Não se admite que as conquistas da sociedade sejam destruídas, mas é possível que as prestações sociais sejam substituídas por outras que mantenham o mesmo nível de proteção dos direitos fundamentais sociais e se prestem a assegurar o direito a um mínimo de existência condigna.

No campo da implementação das políticas governamentais determinadas pela Constituição, os tribunais têm assumido uma posição de combate à inação das autoridades administrativas, em situações nas quais a omissão do Poder Público representa uma afronta aos direitos fundamentais dos cidadãos.

Nesse sentido, a Corte Suprema tem procurado concretizar a Carta Política, dando efetividade ao texto constitucional, no sentido de viabilizar o acesso das pessoas à plena fruição de direitos fundamentais, cuja realização prática lhes estava sendo negada, injustamente, por arbitrária abstenção do Poder Público.

Em demanda na qual se discutia a obrigação de determinado Município disponibilizar o acesso à educação infantil, a proibição de retrocesso social foi um dos argumentos que prevaleceram para impedir fossem desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão, em face da inércia do Estado (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2011, p. 00125).

### *3.2.3 O direito à educação como mínimo existencial e a reserva do possível*

A dignidade humana só pode ser alcançada com a proteção das liberdades clássicas dos indivíduos, mas demanda, também, o atingimento da justiça social, materializada na igualdade de oportunidades entre os sujeitos. Embora os valores liberdade e igualdade muitas vezes sejam conflitantes, pois quanto maior a liberdade menor será a igualdade, e vice-versa, é preciso que haja uma equação a ponto de compatibilizar esses valores.

Para haver igualdade deve ser assegurado o mínimo existencial à conservação da vida, não no aspecto meramente biológico, mas uma vida com boa qualidade. Sem o mínimo necessário à existência sequer se pode falar em

liberdade, pois cessa a possibilidade de sobrevivência digna do homem e desaparecem as condições iniciais da liberdade. “A liberdade de expressão, por exemplo, só se afirma se as pessoas souberem ler e escrever, donde se conclui que o ensino da leitura e da escrita é mínimo existencial” (TORRES, 2003, p. 5).

A dignidade da pessoa humana é

[. . . ] a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos (SARLET, 2011, p. 60).

O princípio da dignidade da pessoa humana impõe limites à atuação estatal, objetivando impedir que o Poder Público viole a dignidade pessoal, mas também implica que o Estado deverá ter como meta permanente, proteção, promoção e realização de uma vida com dignidade para todos (SARLET, 2011, p. 110-111).

Vale dizer, o princípio da dignidade da pessoa humana não apenas é concebido na sua dimensão negativa, como um dever de abstenção, de respeito, mas também na sua dimensão positiva ou prestacional (SARLET, 2007).

O mínimo existencial está relacionado à dignidade da pessoa humana e se confunde com os direitos sociais prestacionais. Não se trata apenas de um conjunto de prestações suficientes para assegurar a existência humana (vida biológica), mas para permitir que as pessoas tenham uma vida boa ou saudável (SARLET, 2011, p. 93).

Os direitos cuja observância constitui objetivo fundamental do Estado (art. 3º da CF), como o direito à educação, exigem, para sua satisfação, ações positivas do Poder Público, consistentes na formulação e implementação de políticas públicas destinadas a assegurar um mínimo existencial necessário a garantir a cidadania e dignidade da pessoa humana (BRASIL. PRESIDÊNCIA

DA REPÚBLICA, 2015a).

Concretizar um mínimo existencial não significa abdicar de parcela dos direitos fundamentais sociais, mas apenas encontrar um modo para efetivá-los na melhor medida possível. Como o Estado tem limitações orçamentárias, deve organizar os gastos públicos de modo a propiciar as condições gerais mínimas para assegurar uma vida humana digna e próspera (CAMBI, 2011, p. 391).

Uma vez que as necessidades da população são ilimitadas e os recursos escassos e insuficientes para atender às demandas sociais, o Estado deve eleger as prioridades. Todavia, essas escolhas feitas pelos Poderes Legislativo e Executivo não são totalmente livres, pois devem estar voltadas à consecução de padrões mínimos de vida para a população.

Numa ordem jurídica fundada na dignidade da pessoa humana, a realização de despesa pelo Estado não é um campo livre para atuação do legislador orçamentário e do administrador. Há prioridades que a eles se impõe, por força de princípios constitucionais de elevado teor moral, dentre os quais a de realizar gastos necessários para atendimento das necessidades materiais mais básicas dos necessitados (SARMENTO, 2009, p. 385-386).

Sempre que o Estado deixe de atender minimamente os direitos sociais, o Poder Judiciário poderá intervir nas políticas públicas, para assegurar uma existência digna para a população.

Verifica Sarmiento (2009, p. 385-386) que há controvérsia sobre a aplicação do mínimo existencial como critério racionalizador da atuação judicial no campo dos direitos sociais. Para alguns, trata-se de direito absoluto, não estando sujeito às restrições orçamentárias.<sup>9</sup> Para outros, em sociedades extremamente carentes de recursos materiais, como a brasileira, nem sempre

---

<sup>9</sup> Nesse sentido, foi o voto do Ministro Humberto Martins, do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº. 1. 041. 197, para quem o princípio da reserva do possível - nos termos postos pela jurisprudência da Corte Constitucional alemã, segundo a qual os direitos sociais prestacionais estão sujeitos à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade - não se presta para o Brasil, pois, ao contrário da Alemanha, "aqui ainda não foram asseguradas, para a maioria dos cidadãos, condições mínimas para uma vida digna. Neste caso, qualquer pleito que vise a fomentar uma existência minimamente decente não pode ser encarado como sem razão, pois garantir a dignidade humana é um dos objetivos principais do Estado brasileiro. É por isso que o princípio da reserva do possível não pode ser oposto a um outro princípio, conhecido como princípio do mínimo existencial. Desse modo, somente depois de atingido esse mínimo existencial é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em quais outros projetos se deve investir" (BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2009).

é possível o Estado assegurar de forma pronta e satisfatória as condições materiais básicas de vida digna para todos, pelo que não se pode deixar de fora a discussão sobre o custo de universalização das prestações demandadas. Nesse passo, o mínimo existencial estaria relacionado com a reserva do possível, no sentido da disponibilidade de recursos para assegurar uma vida digna (SARLET, 2007, p. 386-387).

Em uma das ações civis públicas pesquisadas, ajuizada com a finalidade de colocar professores em todas as salas de aula das escolas da rede pública municipal de Moreno, a Administração Pública embasou-se na tese da reserva do possível para argumentar que não poderia ser obrigada pelo Poder Judiciário a realizar as atividades perseguidas pelo *Parquet*.

O Sindicato de Professores local alertou que muitas escolas estavam sem professores, em determinadas disciplinas, o que resultou na instauração de inquérito civil. Durante a tramitação do procedimento extrajudicial, houve o compromisso de se solucionar o problema. Todavia, a gestão municipal realizou a contratação de estagiários, colocando-os para reger as disciplinas, com custo reduzido para a Administração, ao invés de aumentar o número de professores em sala de aula.

O art. 1º da Lei nº. 11. 788/2008 define o estágio como ato educativo escolar supervisionado, desenvolvido no ambiente de trabalho, que visa à formação educacional. Não se concebe, pois, que o estagiário desempenhe a atividade de regência escolar, pois desse modo se inverte a função do estágio, que deixa de ser uma atividade educativa de aprendizado e passa a ser uma atividade de ensino.

De outro lado, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional prevê que é objetivo permanente das autoridades responsáveis pelo ensino básico alcançar a relação adequada entre número de alunos e professores (art. 25), o que não estava sendo cumprido, haja vista a existência de escolas da educação básica sem professores regendo as disciplinas.

Frustradas as negociações para celebração de um termo de ajustamento de conduta, foi ajuizada a ação civil pública pelo MP. A defesa do Município sustentou perante o Poder Judiciário a teoria da reserva do possível para se

afastar da obrigação de contratar professores para todas as disciplinas oferecidas pela rede municipal de ensino.

O juiz de primeira instância antecipou os efeitos da tutela, determinando prazo razoável para que o Município suprisse a carência de professores, para tanto relocando profissionais do magistério, em funções administrativas, ou cedidos a outros órgãos públicos ou, ainda, no caso de justificada impossibilidade, através da contratação temporária de professores, até que fosse possível a realização de concurso público.

O Município recorreu da decisão, insistindo na mesma tese defensiva, mas sem demonstrar motivos plausíveis para deixar de colocar professores em salas de aula. O Tribunal de Justiça de Pernambuco negou provimento ao agravo de instrumento e manteve a decisão antecipatória da tutela.

Segundo integrantes do Sindicato dos Professores, os Administradores estavam sofrendo pressão política para manter determinados professores em atividades administrativas.

Enquanto se discutia, na ação judicial ingressada pela Promotoria de Justiça, se a reserva do possível devia ser levada em conta para legitimar a atividade dos estagiários, o tempo inimigo produziu efeitos indesejados: o Município não cumpriu, prontamente, a decisão antecipatória da tutela, acarretando a impossibilidade de reposição da carga horária, com a conclusão do ano letivo.

O que se percebeu no caso investigado é que não faltavam recursos para se colocar professores em todas as salas de aula, o que faltou foi vontade política e planejamento. Ademais, a gestão municipal não compreendeu que o gravame econômico só tende a se potencializar caso a população não receba uma educação de boa qualidade.

A cláusula da reserva do possível não pode servir de escudo para que os alunos fiquem sem aula por falta de professores, pois isso é o mínimo que se pode esperar para a concretização do direito fundamental à educação.

No julgamento da ADPF nº. 45, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a aplicação da teoria da reserva do possível ao direito brasileiro. O Ministro Celso Mello destacou

[. . .] que os condicionamentos impostos, pela cláusula da ‘reserva do possível’, ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2004).

Com isso abre-se a possibilidade de a Administração deixar de efetivar direitos com lastro na “reserva do possível”, pois não se pode exigir do Estado prestações supérfluas, fora do limite do razoável, sacrificando toda a sociedade em benefício de poucos, nem exigir da Administração que arque com prestações fora da sua disponibilidade financeira.

No entanto, na mesma decisão, o Ministro Celso Mello destacou que essa cláusula só pode ser invocada pela Administração, para se eximir das prestações a seu cargo, quando houver “justo motivo objetivamente aferível” (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2004).

O ônus de provar a motivação para não cumprir determinada prestação a que está obrigada fica a cargo da própria Administração. Assim, não basta ao Estado alegar que não dispõe de recursos financeiros, é preciso comprovar que não tem condições de cumprir a prestação cobrada judicialmente.

Não se pode olvidar que a real insuficiência de recursos, mesmo quando estes estão alocados em atividades essenciais, deve ser demonstrada pelo Poder Público, não sendo admitido que a tese seja utilizada como uma desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, principalmente os de cunho social (BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2010).

Quando se trata da realização do conteúdo mínimo dos direitos sociais, o Poder Judiciário pode determinar ao Executivo a prática de certa atividade, mesmo que isso implique em gastos públicos não previstos no orçamento, cabendo à Administração fazer o contingenciamento ou o deslocamento de verbas em cumprimento da determinação judicial.

Todavia, não se pode descurar que a Administração não pode ir além das suas possibilidades, praticando algo que não tem condição nenhuma de realizar sem sacrificar interesses igualmente relevantes. Esse conflito deve ser solucionado caso a caso, sopesando-se a disponibilidade financeira do ente

público, que deve ser por ele demonstrada, com a relevância do direito perseguido judicialmente, num processo dialético em que o Juiz deverá contrapor os argumentos apresentados pelas partes e apresentar a resposta adequada ao litígio, mediante o emprego de técnica hermenêutica que torne a decisão judicial fruto de um processo racional.

Cumpra uma análise de duas das principais técnicas hermenêuticas de construção judicial dos direitos, tendo como pano de fundo a possibilidade de racionalizar a atividade do juiz, na tutela dos direitos sociais, para que a escolha do administrador não seja substituída pela discricionariedade do juiz.

### 3.3 OS DIREITOS SOCIAIS E SUA HERMENÊUTICA

O esquema clássico de realização do direito, a partir do declínio do jusnaturalismo moderno, teve seu ápice na escola exegética francesa, constituída com o *Code Civil* napoleônico de 1804. Os juízes deviam ser fiéis ao estabelecido nos artigos dos códigos, sem nenhuma margem de manipulação interpretativa. Para preservar a separação dos poderes, um dos princípios fundamentais do Iluminismo, o juiz devia agir como um autômato, sem margem criativa (ABBOUD et al. , 2014, p. 362).

Todo o direito estava previamente contido na lei, cabendo ao julgador extrair dela as soluções para os problemas submetidos à apreciação judicial. A aplicação da lei se dava através de uma operação silogística: conhecedor da lei, o juiz simplesmente a aplicava ao caso concreto apresentado em juízo, daí resultando a decisão. Concebia-se, pois, a interpretação como atividade puramente cognitiva do sentido normativo contido na legislação (ABBOUD et al. , 2014, p. 362).

Essa postura metodológica permeou também a pandectista, que teve seu apogeu com a jurisprudência dos conceitos, equivalente alemão da escola da exegese. A ciência do direito deveria realizar uma genealogia dos conceitos e agrupá-los na forma de uma pirâmide, estruturada segundo os critérios da lógica formal (ABBOUD et al. , 2014, p. 368).

Do conceito mais geral, deduzem-se os conceitos mais específicos e o conhecimento jurídico deve articular-se no interior dos vários estratos, no qual há uma movimentação ascendente (dedutiva) e descendente (indutiva). O silogismo passou a se assentar também em determinados conceitos jurídicos retirados da legislação. Aqui também não há margem para criação judicial do direito. A tarefa dos juízes é simples ato de conhecimento das estruturas lógicas que compõem os dispositivos do código (ABBOUD et al. , 2014, p. 368).

Segundo o paradigma juspositivista, o Poder Judiciário não cria direito e deve ser o mais limitado e vinculado possível à legislação. Os juízes não podem criar e nem ignorar as leis, mas apenas censurá-las por violação à Constituição, atuando somente como legislador negativo (FERRAJOLLI, 2012, p. 53-54).

Destaca Ferrajoli (2012, p. 53-54) que a legitimidade da jurisdição se funda sobre o caráter mais cognitivo possível da subsunção e da aplicação da lei. Quando se converte em poder criativo, o Poder Judiciário perde qualquer legitimidade e atenta contra o princípio da separação dos poderes. Esse pensamento está amparado na premissa de completude do ordenamento jurídico - como se o legislador racional pudesse prever todas as situações concretas - e parte do princípio de que a norma jurídica é um objeto científico a ser conhecido.

Desta feita, ao aplicar a lei, o intérprete devia realizar uma atividade lógica, pois só assim o positivismo jurídico cartesiano poderia cunhar o sistema jurídico com a estrutura epistemológica das ciências naturais.

A doutrina mais contemporânea se deu conta de que a decisão judicial não é um ato de mera declaração do direito; uma operação silogística na qual o juiz deduz a decisão depois de aplicar mecanicamente uma premissa maior na solução do caso, como se o magistrado fosse mera boca da lei. A decisão judicial, nessa quadra da história, é vista como um ato constitutivo, no qual a linguagem do texto e a sua compreensão estão entrelaçados.

A hermenêutica deixa então de ser uma técnica interpretativa destinada a revelar a vontade do legislador (*voluntas legislatoris*) ou da lei (*voluntas legis*) e passa a ser encarada como “um *modo de ser* daquele que compreende o

direito”, no qual a linguagem é, ao mesmo tempo, constituinte e constituidora do mundo do homem (ABBOUD, 2011, p. 58-59).

Como explica Abboud (2011, p. 68-69), a norma é um produto da interpretação; ela tem o caráter de atribuição de sentido a um texto que se manifesta na linguagem. Num momento único, o intérprete desvenda o sentido e alcance do texto normativo e o aplica, em um processo circular com a tradição do mesmo texto. Assim, não há um descobrir da norma, a partir de um significado pré-existente na linguagem, e sim uma atribuição de sentido à norma diante da problematização: interpretar não é reproduzir, mas produzir a norma.

Nesse diapasão, destaca Gouveia (2000, p. 144) que a interpretação judicial é uma atividade criativa. O direito não é algo que está pronto e acabado no texto, é uma realidade a ser construída na decisão do caso concreto.

A natureza constituinte da decisão parte da constatação de que apenas na relação entre o caso concreto e a norma nasce o direito. Na base desse entendimento está a vontade humana, mas não uma vontade arbitrária, porém uma vontade orientada por uma série de proposições dadas pela própria ciência jurídica, no seu diálogo com as fontes (CORDEIRO, 2002, p. CVII-CVIII).

Normas não são textos, mas os sentidos construídos dos enunciados normativos a partir da interpretação; algo que não se caracteriza como mero ato descritivo de um significado previamente dado, mas como um ato de decisão que constitui a significação e os sentidos dos textos (ÁVILA, 2005, p. 23).

Dessa feita, foi um erro do positivismo considerar a decisão judicial como um processo estritamente lógico de subsunção do fato à norma. Esse equívoco provém de uma acepção semântica do conceito de norma, com existência abstrata e anterior ao conflito e do mito de que a solução a ser interpretada é sempre uma e já está disponível nos textos legais (ABBOUD, 2011, p. 72).

A interpretação do direito tem caráter constitutivo e não meramente declaratório. Ao interpretar, o operador, ao mesmo tempo, aplica e dá

concreção ao direito, inserindo-o na realidade. “Como ela se dá no quadro de uma situação determinada, expõe o enunciado semântico do texto ao contexto histórico presente, não no contexto da redação do texto” (GRAU, 2014, p. 157-158). É um equívoco acreditar que as normas jurídicas não podem apresentar nexos materiais com dados históricos, sociais e políticos, pois eles estão presentes no momento da criação judicial do direito.

A linguagem assume um papel constituinte mais profundo no processo de interpretação/aplicação, no qual o intérprete apreende o direito cuja existência surge com sua concretização (CORDEIRO, 2002, p. LIV). Assim, na busca de uma resposta para um problema jurídico, recorre-se a enunciados normativos que se tornam inteligíveis por utilizarem uma linguagem e conceitos pré-compreendidos.

O pré-entendimento implica que o intérprete/aplicador tenha já uma pré-visão do problema, fruto da sua experiência, dos seus conhecimentos, das suas convicções e da própria linguagem natural (CORDEIRO, 2002, p. CIX). A compreensão não se dá em seu sentido cognitivo como habilidade linguística de entender, explicar ou ainda expressar certa experiência humana do mundo, mas como lugar constitutivo desta experiência: é o modo de estar no mundo. O intérprete/aplicador, diante de um problema, terá de efetuar tantas idas e vindas entre o pré-entendimento e o entendimento em si, quantas as necessárias para sua integração (CARVALHO et al. , 2009, p. 100). A tradição assume papel relevante, pondo em relevo a experiência profissional do intérprete/aplicador.

Nesse passo, Heidegger aponta que, na interpretação, o sujeito participa da constituição do sentido do texto, num entrelaçamento com o objeto, ou seja, o significado não é fruto de um juízo posterior de um sujeito sobre um objeto já experimentado, mas encontrado na própria experiência vivida pelo intérprete (HEIDEGGER, 2005, p. 204-205).

Como explica Cordeiro (CORDEIRO, 2002, p. CIX), a apreensão hermenêutica da realidade jurídica só é possível porque o sujeito cognoscente conhece de antemão a linguagem em jogo e o alcance da instrumentação nela

usada. Há todo um conjunto de pré-estruturas do saber: o pré-entendimento da matéria, que se confunde com a linguagem.

É irrelevante, pois, procurar estabelecer abstratamente o sentido dos conceitos e da linguagem contida nos enunciados normativos. A linguagem natural expressa nas leis e na Constituição e a sua compreensão são fatores que estão interligados, numa estrutura circular. Logo, texto não é norma, mas apenas o marco inicial para a sua construção, no processo hermenêutico de interpretação/aplicação, em diálogo com a compreensão parcial da época e da própria experiência vivida pelo intérprete/aplicador.

### *3.3.1 A construção judicial dos direitos sociais*

Como alertou Vilanova (2003, p. 364), “a previsibilidade normativa do comportamento é condição existencial da vida em comum, que requer segurança, limitação do arbítrio de cada um em benefício da liberdade igual de todos”. Há, por isso, a necessidade de se adotar um método de construção do direito que ponha limites à arbitrariedade, tão cara à segurança jurídica, para que a decisão judicial seja aceitável pela sociedade e não se converta em um mero ato de vontade do julgador, colocando paixões, convicções políticas e ideológicas do juiz acima da Constituição e das leis, como defendiam os adeptos mais radicais do movimento do direito livre.

A legitimação da decisão judicial envolvendo políticas públicas vai depender da utilização de uma metodologia que torne consciente o processo de construção dos direitos sociais, para que os juízos de valor realizados no processo de judicialização da política não sejam arbitrários.

Segundo Peter Häberle (2002, p. 24), a interpretação constitucional é que molda a Constituição e, portanto, dá vida aos direitos fundamentais. A alta abertura semântica das disposições constitucionais que tratam dos direitos fundamentais sociais, densamente permeados pelos valores constitucionais, possibilitam diversas construções de significados, e podem levar a decisões alheias à realidade prática e, o pior, a decisões voluntaristas e arbitrarias. É

preciso, portanto, a adoção de uma metodologia que reduza a margem de discricionariedade do intérprete/aplicador, sem impedir a máxima efetividade dos direitos fundamentais sociais.

Nesta dissertação, em face de diversas teorias e métodos de construção dos direitos fundamentais sociais, para atender aos objetivos propostos para esta obra, optamos por contrapor a metódica jurídica normativa-estruturante de Müller e a teoria dos princípios de Alexy.

### 3.3.2 *Teoria estruturante do direito*

A metódica jurídica é uma teoria da praxis, que possibilita descrever o percurso do processo de construção da normatividade na problematização dos conflitos de toda a espécie, como os de ordem social, econômica e política (LIMA; BERCOVICI, 2006, p. 9), a fim de tornar calculável, consciente e regular o processo de concreção normativa. Assim, confere legitimidade à jurisdição constitucional, no âmbito do Estado Democrático de Direito, à medida que dá transparência aos processos decisórios ou ao menos aos fundamentos da decisão, tornando-os acessíveis à crítica e ao controle (MÜLLER, 2007, p. 216).

A teoria estruturante do direito, desenvolvida por Friedrich Müller, tem a preocupação de aproximar o direito da realidade social, por meio de um processo racional de criação judicial da norma jurídica. Para Müller, 'ser' e 'dever ser', na realidade de um ordenamento jurídico, não são separados, mas complementares. "No direito (ao contrário da lógica formal), não existe o dever-ser 'puro', por isso não há um fundamento sólido para a 'Teoria Pura do Direito' de Kelsen" (LIMA; BERCOVICI, 2006, p. 11). O que existe na prática é sempre um conjunto de dados linguísticos e dados reais que se interconectam para gerar a norma jurídica. Por isso, as condições factuais de um país, como o Brasil, jogam em conjunto com os textos normativos para transformação em uma norma de decisão.

Como destaca Bonavides (2000, p. 456),

[. . . ] a exaustiva perquirição de Müller busca evitar o hiato, a separação, a antinomia das duas Constituições a formal e a material, bem como aquele conhecido confronto da realidade com a norma jurídica. É esse dualismo que a metodologia concretista, ao tornar fática a norma, se empenha com mais afincos por evitar.

A teoria estruturante do direito parte do pressuposto de que não há identidade entre norma e texto normativo. A norma é mais do que o enunciado linguístico estatuído pelo legislador constituinte. Antes da interpretação, não há norma, apenas texto. A norma jurídica adquire sua estrutura em meio ao processamento analítico de experiências concretas no quadro de uma teoria da geração do direito (MÜLLER, 2007, p. 150).

Trata-se de uma postura metodológica contrária ao positivismo científico-jurídico, que não se desincumbiu da missão de concretizar a vontade constitucional. Como a norma não está pronta na lei, uma simples subsunção formal não permite sua aplicação. A norma é produzida no processo de construção de normatividade, no qual “o operador do direito se vê incluído” (MÜLLER, 2008, p. 80) A atividade decisória consiste, assim, na concretização da norma, e não na simples interpretação do texto literal da norma.

Para Müller (2008, p. 80), apesar de o operador do direito se ver incluído no processo de construção da normatividade, não se reconhece na tarefa de concretização nenhuma liberdade, a princípio, diante da norma. O teor literal do texto da norma serve como vinculação e limite da concretização.

Canotilho (2003, p. 194) assim salienta que os postulados básicos da metódica jurídica normativo-estruturante:

Os postulados básicos desta metódica são os seguintes: (1) a metódica jurídica tem como tarefa investigar as várias funções de realização do direito constitucional (legislação, administração, jurisdição) (2) e para captar a transformação das normas a concretizar numa «decisão prática» (a metódica pretende-se ligada a resolução de problemas práticos) (3) a metódica deve preocupar-se com a estrutura da norma e do texto normativo, com o sentido de normatividade e de processo de concretização, com a conexão da concretização normativa e com as funções jurídico-práticas; (4) elemento decisivo para a compreensão da estrutura normativa é uma teoria hermenêutica da norma jurídica que arranca da não identidade entre norma e texto normativo; (5) o texto de um preceito jurídico positivo é apenas a parte descoberta do iceberg normativo, correspondendo em geral ao programa normativo (ordem ou comando jurídico na doutrina tradicional); (6) mas a norma não

compreende apenas o texto, antes abrange um «domínio normativo», isto é, um «pedaço de realidade social» que o programa normativo só parcialmente contempla; (7) conseqüentemente, a concretização normativa deve considerar e trabalhar com dois tipos de elementos de concretização: com os elementos resultantes da interpretação do texto da norma (= elemento literal da doutrina clássica); outro, o elemento de concretização resultante da investigação do referente normativo (domínio ou região normativa).

Nos termos desse modelo teórico, a norma jurídica abstrata e generalizante não existe enquanto não concretizada no processo hermenêutico. Afirma Neves (2008, p. 230) que:

[. . .] o texto constitucional apresenta-se, por um lado, como 'o mais importante dado de entrada' desse processo. Por outro lado, a decisão concretizadora deve ser 'imputável' ao texto, embora ela possa exibir conteúdos diferentes. Por razões referentes ao Estado de Direito, concebe-se o 'texto literal' como limitação do espaço de concretização admissível.

É o texto da norma, tradicionalmente compreendido como o comando jurídico, que restringe seu sentido, estabelecendo o programa normativo (ALEXY, 2008, p. 77). Esse programa é a pauta ordenadora obtida no decurso da interpretação do texto da norma, a qual é composta pelo teor literal do texto juntamente com todos os recursos interpretativos auxiliares; o âmbito da norma é o recorte da realidade social na sua estrutura básica, selecionado pelo programa da norma, ou, noutras palavras, os elementos factuais considerados relevantes e susceptíveis de generalização (BUSTAMANTE, 2005, p. 176).

Ainda segundo Müller (2008, p. 245):

Âmbito normativo e programa normativo não são meios para encontrar, à maneira do direito natural, verdadeiros enunciados ônticos de validade geral; tampouco ajudam a averiguar o "verdadeiro sentido" dos textos normativos em termos do tipo definido e juridicamente "correto" do uso da língua no respectivo contexto normativo. A função de escolha e de delimitação do programa normativo ligada a isso faz com que a análise do âmbito normativo, como parte integrante da concretização jurídica, fortaleça a normatividade da disposição legal como uma normatividade marcada pelos dados reais, em vez de deixá-la de lado em prol de um sociologismo avesso à norma.

A construção da norma adequada ocorre numa relação intercambiável entre os comandos gerais e abstratos dos enunciados normativos e a realidade

fática do caso concreto, num processo estrutural e dinâmico, que deve conformar o conteúdo semântico do texto ao contexto apresentado no momento da interpretação, sem perder de vista a tradição. A concretização da norma, destarte, só pode ser realizada no caso particular, averiguando-se todos os dados possíveis do programa da norma e do âmbito normativo.

Todos os direitos fundamentais têm um objeto indeterminado, mas nos direitos sociais a indeterminação se apresenta mais latente, porque as disposições constitucionais que estabelecem esses direitos não precisam com clareza, em todos os casos, quais as prestações necessárias para satisfazê-los (PULIDO, 2004, p. 116).

A construção da norma constitucional, a partir da teoria estruturante do direito, no contexto do programa normativo e do âmbito normativo dos direitos fundamentais, levando em conta o texto constitucional e a realidade social “contribui para tornar passíveis de concretização aquelas normas que, de acordo com seu texto literal, são pouco consistentes”, como ocorre em relação às normas consideradas programáticas, como as que estabelecem direitos fundamentais sociais (MÜLLER, 2008, p. 247-248). O resultado disso é a transmutação da Constituição simbólica em uma Constituição real.

Adverte Müller (2008, p. 247-248) que “o programa normativo dos direitos fundamentais não pode ser averiguado isoladamente”, mas de forma sistemática, considerando a Constituição como um todo, e levando em conta, ainda os diversos programas normativos das disposições infraconstitucionais, a exemplo das leis orçamentárias, que entram em jogo como elementos do ordenamento jurídico do âmbito normativo dos direitos fundamentais, o que torna o círculo hermenêutico inevitável.

A análise do âmbito normativo também não pode prescindir dos valores, tidos como “um conjunto de elementos estruturais, obtidos a partir da realidade e que em geral já aparecem tradicionalmente formados ou co-formados pelo direito, sendo formulado como algo possível no mundo real” (MÜLLER, 2008, p. 247-248). A teoria estruturante do direito não foge, nesse passo, da ideia de sistema como base do discurso jurídico, de maneira que, na problematização do caso, não se aplica apenas o texto constitucional no qual estão consagrados

os direitos fundamentais sociais: “todo o direito é chamado a depor” (CORDEIRO, 2002, p. CXI).

A norma de decisão deve estar adequada ao programa normativo constitucional e ao programa das leis infraconstitucionais, porém com abertura para os valores sociais.

Assim, para se extrair o direito da norma de decisão, o intérprete/aplicador deve raciocinar com base no texto constitucional e no infraconstitucional, a partir da pré-compreensão dos dados históricos e culturais que precedem a análise do caso, sem descuidar das circunstâncias do caso concreto e dos dados da realidade social. Todos esses fatores devem ser explicitados na norma de decisão.

O método de Müller torna racional o processo de concretização dos direitos sociais e confere maior transparência à fundamentação da norma de decisão, possibilitando o controle da decisão judicial.

Nessa estrutura, o respeito aos precedentes judiciais, principalmente àqueles emanados dos tribunais superiores, é fundamental para conferir racionalidade e previsibilidade ao sistema, a fim de que os casos semelhantes recebam o mesmo tratamento, conferindo certeza ao direito.

A observância ao núcleo essencial dos precedentes (*ratio decidendi*) contribui para que o intérprete possa delimitar o sentido e alcance do texto normativo, dotando de maior universalidade o programa normativo que condiciona a norma de decisão. “[. . .] é inegável que a adoção de uma cultura de respeito aos precedentes nos países de tradição romano-germânica, na medida em que proporciona a uniformização da jurisprudência, aumenta em muito a previsibilidade das decisões e, portanto, a segurança jurídica” (GOUVEIA; ATAÍDE JÚNIOR, 2012, p. XX).

O que se pode observar, pois, é que, por meio da metódica estruturante, é possível se afirmar racionalmente os direitos sociais, mesmo sem contar com a neutralidade axiológica do liberalismo. Como a teoria não afasta a política do direito, o juiz torna-se legitimado a exercer o controle das políticas públicas.

Essa legitimidade democrática é dada pela vontade soberana da Constituição, que concebeu o Poder Judiciário como guardião dos direitos

fundamentais de defesa ou prestacionais.

A metódica estruturante, portanto, põe abaixo a pré-compreensão de que apenas o Parlamento e o Executivo têm legitimidade democrática para definir e implementar as políticas públicas sociais, bem como permite superar o problema da abstração e incompletude dos enunciados normativos definidores de direitos sociais (geralmente concebidos como normas programáticas, sem obrigatoriedade ou vinculação dos órgãos públicos), a fim de possibilitar sua concretização prática.

Virgílio Afonso da Silva (SILVA, 2010, p. 84-85) afirma que a teoria de Müller é uma das únicas a fornecer critérios racionais para delimitar a amplitude fática do âmbito de proteção dos direitos fundamentais. “[. . . ] A partir dessa delimitação, que define o que é protegido por cada direito fundamental e o que não é, muitos casos que aparentemente configurariam uma situação de colisão entre direitos não passariam de casos de *colisão aparente*. ” Isto porque a interpretação do programa da norma, compreendido nos dados linguísticos do texto normativo, e a definição do âmbito da norma, referente à porção da realidade social em sua estrutura básica, seriam suficientes para definir, ao mesmo tempo, o conteúdo e os limites de cada direito fundamental.

Todavia, para que se adote o método concretizador de Müller, o intérprete constitucional deve partir de um modelo de suporte fático restrito para os direitos fundamentais. Pela teoria estruturante do direito, toda e qualquer ação que não seja estruturalmente necessária para o exercício do direito fundamental e que possa ser substituída por outra, está fora do seu âmbito de proteção (SILVA, 2010, p. 84-85).

Assim, se um sistema de ensino produz um enunciado normativo determinando que os alunos da rede sejam matriculados em escola próxima da sua residência, evitando, sempre que possível, o fornecimento do transporte escolar, não se estará restringindo o direito à educação porque alguns estudantes deixarão de ser transportados. Apesar de o transporte escolar estar garantido no programa normativo do direito à educação, o não fornecimento do serviço, no caso específico, não impõe qualquer restrição no âmbito desse

direito, porque o transporte de alunos que podem se locomover sozinhos e sem maior esforço à escola não pertence ao âmbito normativo do direito fundamental à educação.

A teoria de Müller procura delimitar a amplitude fática de cada um dos direitos fundamentais, definindo o que é ou não protegido por cada direito, por meio da interpretação do programa da norma e da definição do âmbito da norma. Como os limites dos direitos fundamentais são definidos *a priori*, não há lugar para sopesamento entre princípios, pois os conflitos entre direitos fundamentais são apenas aparentes.

### 3.3.3 A teoria dos princípios

Os princípios, hodiernamente, não são mais vistos, como na era da escola da exegese, como critério de solução para as lacunas do ordenamento, ao lado da analogia e dos costumes, quando as regras não fossem suficientes para resolver os problemas jurídicos. No contexto do constitucionalismo contemporâneo, os princípios assumem uma dimensão normativa de base. Não são meros instrumentos para solução de problemas decorrentes de lacunas, mas verdadeiros sustentáculos axiológicos do ordenamento jurídico.

Ronald Dworkin (2002, p. 39-46), em sua crítica ao positivismo fundado num modelo de regras, faz a diferenciação lógica entre regras, princípios e políticas (*policies*). Segundo ele, quando os juristas raciocinam ou debatem a respeito de obrigações e direitos jurídicos, especialmente nos casos difíceis, eles recorrem a padrões que não funcionam como regras, mas operam como princípios e políticas.

Para Dworkin (2002), a diferença entre princípios jurídicos e regras é de natureza lógica. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada; ou a regra é válida e, neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida e nada contribui para a decisão. O fato de a regra apresentar exceções não compromete seu caráter tudo-ou-nada, pois as exceções são componentes da regra. Se elas existem, segue, coercitivamente, que a regra, da qual fazem

parte, não é aplicável. “Pelo menos em teoria, todas as exceções podem ser arroladas e quanto mais o forem, mais completo será o enunciado da regra” (DWORKIN, 2002, p. 39-40).

Já os princípios têm uma dimensão de peso ou importância. Os princípios enunciam uma razão para decidir em certo sentido, porém, sem obrigar a uma decisão particular, pois podem entrar em conflito e interagir com outros princípios, de modo que cada princípio, em particular, fornece uma determinada solução, mas não a estipula (DWORKIN, 2002, p. 114). Assim, é possível que se decida em favor de um princípio, ao invés do outro, mas sem que o princípio menos importante, no caso concreto, perca a sua força normativa.

Dworkin (2002, p. 114) também estabelece clara distinção entre princípios e políticas. Por *policies*, o autor se refere àquele tipo de padrão que consiste no estabelecimento de um objetivo a ser alcançado, geralmente o desenvolvimento de alguma melhora econômica, política ou social da comunidade, ou, pelo menos, a proteção de alguma marca ou característica atual contra mudanças adversas.

Ainda segundo Dworkin (2002, p. 114), um modelo baseado exclusivamente em regras não consegue fundamentar satisfatoriamente as decisões nos casos mais complexos, para os quais se esgotaram as regras à disposição, o que leva o juiz a decidir com base na discricionariedade, sem se sentir obrigado a seguir padrões derivados do ordenamento jurídico posto.

Alexy (2008, p. 85) aprimorou as ideias de Dworkin (2002), para fazer a diferenciação estrutural das normas de direitos fundamentais entre regras e princípios. Para ele, “[. . .] essa distinção é a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e uma chave para solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais”.

Nas palavras de Alexy (2008, p. 90-91):

[. . .] *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação

não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. Já as *regras* são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção de grau.

Pela teoria de Alexy (2008, p. 93), os princípios frequentemente colidem, no momento de sua aplicação, o que pode levar um deles a deixar de ser aplicado por completo, por ocasião do sopesamento realizado para que se chegue a um resultado ótimo. Isso não significa, contudo, que o princípio deixado de lado deva ser declarado inválido ou que nele deva ser declarada uma regra de exceção, nem mesmo que exista, *a priori*, precedência absoluta entre os princípios. Somente as circunstâncias fáticas e jurídicas podem apontar qual princípio deve prevalecer no caso concreto.

Para Alexy (2008, p. 93), os princípios, como mandamentos de otimização, devem ser cumpridos na maior medida possível em relação às circunstâncias de cada caso concreto e, devido ao seu largo espectro de aplicação, se aplicam por ponderação, pois, no mais das vezes, colidem no momento da sua aplicação. Dessa feita, os princípios não contêm um comando definitivo, mas apenas deveres *prima facie*, cuja esfera de aplicabilidade é relativamente indeterminada.

A argumentação jurídica a ser tecida no caso concreto tem importância crucial no sopesamento entre princípios, pois é através dela que se poderá verificar qual princípio terá mais peso dentre os conflitantes, para se buscar a solução ótima para o problema.

De outro lado, as regras se aplicam por subsunção e, havendo conflito entre regras, a solução se alcança introduzindo uma cláusula de exceção que elimine o conflito ou pela declaração de invalidade de pelo menos uma das regras. Assim, enquanto os conflitos entre regras se dão no plano da validade, os conflitos entre princípios se dão na dimensão do peso atribuído a cada um dos princípios colidentes (ALEXY, 2008, p. 92-93).

As regras proporcionam o critério das ações, dizendo como se deve ou não se deve agir em situações específicas, ao contrário dos princípios, que não dizem diretamente como se deve agir.

[ . . . ] Como as regras dizem, exigem que seja feito exatamente aquilo que elas ordenam; elas têm uma determinação da extensão de seu conteúdo no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas. Essa determinação pode falhar diante de impossibilidades jurídicas e fáticas; mas, se isso não ocorrer, então, vale definitivamente aquilo que a regra prescreve (ALEXY, 2008, p. 104).

Em síntese, as regras instituem deveres definitivos, não dependendo das possibilidades fáticas e normativas, ao contrário dos princípios, que instituem deveres preliminares, dependentes das possibilidades fáticas e normativas. Assim, se alguém estiver diante de uma norma que exige um cumprimento na maior medida do possível, estará diante de um princípio; em contrapartida, se tal norma exigir apenas o cumprimento em uma determinada medida, ter-se-á uma regra.

Como adverte Virgílio Afonso da Silva (2003, p. 613-615), a diferenciação entre regras e princípios levada a cabo por Alexy (2008), é bem diferente do conceito que era usado tradicionalmente na literatura jurídica brasileira, de princípios como “mandamentos nucleares” ou “disposições fundamentais” de um sistema, já que, pela teoria de Alexy, uma norma é um princípio apenas em razão de sua estrutura normativa e não de sua fundamentalidade. Assim, muito do que as classificações tradicionais chamam de princípio, como o princípio da legalidade e da anterioridade, entre outros, na verdade são regras.

Humberto Ávila (2005, p. 40) apresenta críticas à teoria de Alexy, aduzindo que as regras nem sempre são aplicadas seguindo o modelo do tudo ou nada, uma vez que devem passar por um processo interpretativo, assim como os princípios, a fim de demonstrar as consequências que serão implementadas. Na sua ótica, mesmo as regras podem passar pelo sopesamento de razões, quando da sua aplicação. A única diferença constatável entre regras e princípios é o grau de abstração anterior à

interpretação: os princípios têm grau de abstração maior relativamente às regras, pois não se vinculam a uma situação anterior específica.

Como observa o próprio Alexy (2010, p. 130-132), a lei do sopesamento apresenta outros críticos, como Habermas (1997), para quem sua adoção seria uma ameaça à certeza dos direitos, porque faltam critérios racionais para o sopesamento. Critica-se a substituição de juízos deônticos (o que deve ser), baseado nos códigos binários lícito/ilícito ou válido/inválido, por juízos axiológicos (o que é bom), já que os valores são flexíveis, concorrem por preferências, não impondo deveres inequívocos e incondicionais aos seus destinatários.

A teoria de Robert Alexy é incompatível com o método de construção da norma jurídica defendido por Müller (2005, p. 17-18), que rejeita o sopesamento na solução de conflitos surgidos na aplicação do direito. Segundo Müller (2005), a tendência de querer solucionar de forma metódica a concretização, limitação e mediação dos direitos fundamentais, por meio de procedimentos da ponderação de bens ou interesses revela um procedimento subjetivo e irracional e que, portanto, não satisfaz as exigências imperativas do Estado de Direito, notadamente a segurança jurídica, por possibilitar a formação da decisão cujos fundamentos não são controláveis objetivamente. A ponderação insinua no fundo uma reserva de juízo em todas as normas constitucionais, dando margem a valorações necessariamente vagas e conducentes a insinuações ideológicas.

As críticas são valiosas, mas a teoria dos princípios de Alexy (2010) apresenta condições para a argumentação racional da aplicação do direito e pode ser utilizada para solução dos conflitos entre direitos fundamentais, contanto que os fundamentos da norma de decisão sejam efetivamente explicitados, permitindo o seu controle. Agora, para tanto, é necessário coerência com o conceito de princípios, como norma, que exige que algo seja realizado na melhor medida possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas, não sendo possível se fazer um sincretismo metodológico entre as diversas teorias de aplicação do direito, notadamente entre as de Müller e de Alexy, já que, para a teoria estruturante do direito, o conflito entre princípios é

apenas aparente, pelo que não se faz possível o sopesamento, base da teoria da argumentação jurídica de Alexy (2010).

Ademais, o grau de subjetividade envolvido no sopesamento não diverge muito do encontrado no estabelecimento do âmbito normativo de Müller (2005). As teorias de ambos os autores visam criar métodos racionais de aplicação do direito, mas nenhuma delas consegue escapar de certa dose de irracionalidade e subjetividade, mormente porque, como bem ressaltou Heidegger (2005), o processo hermenêutico envolve a experiência vivida pelo intérprete/aplicador, e, embora possa se considerar a tradição como una, as relações entre sujeito e objeto variam de indivíduo para indivíduo.

### 3.3.4 *A proporcionalidade*

Caso se adote conceptualização de princípios como mandamentos de otimização, o chamado princípio da proporcionalidade, como adverte Virgílio Afonso da Silva (2010, p. 162), tem a estrutura de uma regra, a ser aplicada no esquema do tudo ou nada, pois impõe deveres definitivos que não se sujeitam às condicionantes fáticas e jurídicas do caso concreto. Todavia não se trata de regra de conduta, porém de regra sobre a aplicação de outras regras, uma meta-regra.

Para Grau (2009, p. 188), a proporcionalidade consubstancia uma regra com “postulado normativo aplicativo” e não um princípio, pois não dá ensejo à ponderação em relação a algo diferente. Não se cogita sobre alguma relação de precedência. O que se pergunta é se as exigências decorrentes da proporcionalidade são ou não satisfeitas, e se a não-satisfação traz como consequência a ilegalidade.

Pela regra da proporcionalidade, uma intervenção em direitos fundamentais somente é admissível se for idônea e adequada para obter o objetivo perseguido, e se não houver qualquer meio adequado mais atenuado e, portanto, menos interveniente. Além disso, os fundamentos justificadores da

intervenção devem pesar tanto mais gravemente, quanto mais intensiva ela for (ALEXY, 2008, p. 131).

Nesse diapasão, assinala Barroso (2003b, p. 229) que do princípio da proporcionalidade se extraem os seguintes requisitos:

[. . . ] (a) da *adequação*, que exige que as medidas adotadas pelo Poder Público se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos; (b) da *necessidade* ou *exigibilidade*, que impõe a verificação da inexistência de meio menos gravoso para atingimento dos fins visados; e (c) da *proporcionalidade em sentido estrito*, que é a ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se é justificável a interferência na esfera dos direitos dos cidadãos.

A *adequação*, pois, diz respeito à conformidade do meio adotado para a realização do direito fundamental ao interesse público. Nessa etapa, o intérprete/aplicador deve questionar se a medida adotada é adequada para fomentar a realização de um objetivo constitucionalmente legítimo (SILVA, 2010, p. 169-170).

O exame da *necessidade* ou *exigibilidade* se realiza por meio da comparação entre o ato estatal aferido e alternativas menos interventivas, que permitam obter o mesmo grau de satisfação do direito em jogo. Assim, um ato estatal que limite direito fundamental só será necessário “[. . . ] caso a realização do objetivo perseguido não possa ser promovida, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido” (SILVA, 2010, p. 171).

A última etapa da proporcionalidade, chamada de *proporcionalidade em sentido estrito*, consiste em sopesamento entre os direitos envolvidos, para evitar que medidas estatais aprovadas nos exames de adequação e necessidade restrinjam direitos fundamentais além daquilo que a realização do objetivo perseguido seja capaz de justificar (SILVA, 2010, p. 175). Pela ponderação ou sopesamento, quanto mais alto é o grau do não-cumprimento ou prejuízo de um direito fundamental, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do direito colidente. Isso significa que, mesmo havendo desvantagens para determinados indivíduos ou para a coletividade, as

vantagens que traz para interesses de outra ordem superam aquelas desvantagens (GUERRA FILHO, 2005, p. 95-96).

Para se analisar a justa medida dos direitos sociais, é preciso ponderar entre os diversos princípios que podem conflitar, quando da sua aplicação. A dignidade humana, apesar de vetor hermenêutico do ordenamento, já não é princípio hierarquicamente superior, pois se abre à ponderação, diante de interesses emergentes (TORRES, 2003, p. 13).

É preciso se ter em mente que as subregras da proporcionalidade devem ser seguidas pelo intérprete como momentos sucessivos. Primeiro, se faz o exame da adequação, para aquilatar se a medida é apta a atingir o fim visado, para depois se passar ao exame da necessidade, a fim de revelar se há meio menos gravoso à consecução da finalidade. Só então é que se passa à análise da proporcionalidade em sentido estrito, quando se analisam os ônus e proveitos dos direitos em conflito, a partir da análise de todas as circunstâncias fáticas e jurídicas subjacentes. Vale dizer que, para passar à etapa subsequente, é necessário ter enfrentado o problema correspondente à anterior, pois se a medida não é adequada, de nada adianta argumentar sobre a sua necessidade ou proceder ao sopesamento, como também não carece de ponderação a medida que tenha antes sido reconhecida como desnecessária.

Alexy (2008) criou fórmulas de peso para tornar racionais o sopesamento e o processo de aplicação do direito. Ao invés de facilitar a realização dos direitos fundamentais, essas fórmulas tornam ainda mais complexa a atividade de realização dos direitos fundamentais. Vale, portanto, a observação de Virgílio Afonso da Silva, ele próprio discípulo acadêmico de Alexy, que “[. . .] mais importante que buscar fórmulas matemáticas, é a busca de regras de argumentação, critérios de valoração ou a fundamentação de precedências condicionadas” (SILVA, 2010, p. 176).

Tradicionalmente, o princípio da proporcionalidade teve seu campo de incidência situado no âmbito de atuação do Poder Executivo. Ele funcionava como medida de legitimidade do exercício do poder de polícia e da interferência dos entes públicos na vida privada. No domínio do Poder Judiciário, o princípio teve aplicabilidade notadamente no tratamento das

medidas cautelares. Sua aplicação, para aferição dos atos legislativos, é que teve certa resistência, por confrontar com noções do princípio da separação dos poderes, já que o exame da razoabilidade importa em juízo de mérito dos atos editados pelo Legislativo, o que interfere no delineamento mais tradicional da discricionariedade do legislador (BARROSO, 2003b, p. 229-230).

A propósito, ressalta Canotilho (2003, p. 1339-1340) que, como a medida adotada para a realização do interesse público deve ser apropriada para se alcançar o fim ou fins a ele subjacentes,

[. . . ] a exigência de conformidade pressupõe a investigação e a prova de que o acto do poder público é apto para e conforme os fins justificativos da sua adopção (Zielkonformität, Zwecktauglichkeit). Trata-se, pois, de controlar a relação de adequação medida-fim. Este controlo, há muito debatido relativamente ao poder discricionário e ao poder vinculado da administração, oferece maiores dificuldades quando se trata de um controlo do fim das leis dada a liberdade de conformação do legislador.

Pelo menos no âmbito da Corte Constitucional Brasileira, a proporcionalidade tem sido utilizada na argumentação das decisões envolvendo o controle de constitucionalidade dos atos legislativos.

No julgamento do RE 635659/SP, com repercussão geral, em que se alega a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei nº. 11. 343/2006, que define como crime a conduta de “quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”, o relator do caso, Ministro Gilmar Mendes (2015), sustentou que a proporcionalidade permite o controle da constitucionalidade material dos atos do Poder Legislativo, dando margem ao Tribunal para examinar se o legislador utilizou seu poder discricionário de forma adequada e necessária à proteção dos bens jurídicos fundamentais que objetivou tutelar.

Segundo Mendes (2015, p. 6):

A utilização do princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso no direito constitucional envolve, assim, a apreciação da necessidade e adequação da providência adotada. Essa orientação, que permitiu converter o princípio da reserva legal (Gesetzesvorbehalt) no princípio da reserva legal proporcional

(Vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes), pressupõe não só a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos, como, igualmente, a adequação dos meios para a consecução dos objetivos pretendidos e a necessidade de sua utilização.

De um lado, a exigências de que as medidas interventivas se mostrem adequadas ao cumprimento dos objetivos pretendidos. De outra parte, o pressuposto de que nenhum meio menos gravoso revelar-se-ia igualmente eficaz para a consecução dos objetivos almejados. Em outros termos, o meio não será necessário se o objetivo pretendido puder ser alcançado com a adoção de medida que se revele, a um só tempo, adequada e menos onerosa.

A proporcionalidade deve ser aplicada não apenas quando se está diante de conflitos entre princípios sob os quais se consubstanciam as liberdades clássicas, para proibição de excesso. Canotilho (2003, p. 156) afirma:

[ . . . ] Proibir o excesso não é só proibir o arbítrio; é impor, positivamente, a exigibilidade, adequação e proporcionalidade dos actos dos poderes públicos em relação aos fins que eles prosseguem. Trata-se, pois, de um princípio jurídico-material de 'justa medida'.

No ano de 2012, a mãe de uma adolescente procurou o Ministério Público, em Moreno, para que fosse assegurado o direito à educação de sua filha, pois a adolescente apresentava uma doença que a impedia de ficar com o corpo ereto e de se locomover até a escola.

A Secretaria Municipal de Educação ofereceu transporte escolar para a adolescente, mas verificou-se que ela ficaria sentada, na sala de aula, em uma cadeira de rodas, posição bastante incômoda, diante da sua deficiência física.

O representante do Ministério Público ponderou que o direito à autonomia escolar deveria ceder ante ao direito à educação da adolescente, de modo que requisitou que a aluna tivesse assegurado o ensino em seu próprio domicílio, ao invés de simplesmente ter assegurado o transporte escolar especializado.

Embora o transporte especializado fosse adequado para garantir o acesso da adolescente à escola, a medida não era necessária, pois seria muito penoso para a estudante passar as manhãs no colégio, em uma cadeira de rodas, quando a posição mais confortável para ela era o decúbito dorsal, ou

seja, havia outro meio menos gravoso e igualmente eficaz para assegurar o ensino-aprendizagem da adolescente: o ensino domiciliar. No caso, não houve sequer a necessidade de se realizar o teste da proporcionalidade em sentido estrito, já que a medida pretendida pela gestão escolar não passou no teste da necessidade. Todavia, em se analisando a proporção entre o objetivo perseguido pelo Ministério Público (assegurar o direito à educação) e o ônus imposto à rede municipal de ensino (ter de deslocar professores até a casa da adolescente), observa-se ter maior relevância o direito à educação.

Assim, para a efetivação dos direitos sociais a ponderação pode ser adotada como técnica de interpretação/aplicação do direito.

### 3.4 O DEVER DE EDUCAR E AS POLÍTICAS PÚBLICAS EDUCACIONAIS

O art. 205 da Constituição Federal de 1988 estabelece que “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” (BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, 2015a).

Segundo José Afonso da Silva (2005, p. 313), o Estado tem que aparelhar-se para fornecer, a todos, sem exceção, os serviços educacionais e ampliar cada vez mais as possibilidades de que todos venham a exercer igualmente esse direito. “Todas as normas da Constituição, sobre a educação e ensino, hão que ser interpretadas em função daquela declaração e no sentido de sua plena e efetiva realização”.

Para que a educação não se torne privilégio de alguns, mas direito universal, o Estado deve se organizar por meio de políticas públicas que assegurem igualdade de condições para o acesso e permanência na escola (CF, art. 206, I). (BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, 2015a).

A gratuidade do ensino em estabelecimentos oficiais é *conditio sine qua non* para se atingir a meta de universalização da educação básica.

A gratuidade aparece desde a Constituição Federal de 1824, colocando o Brasil entre os primeiros países nos quais a educação gratuita é prevista no ordenamento jurídico (DOURADO et al. , 2006, p. 14), mas a cidadania incluía apenas os nascidos livres, os naturalizados e os libertos, de modo que o acesso à instrução primária pública e gratuita era interdito aos escravos e índios (CURY, 2013, p. 33).

A Constituição de 1988 reafirmou a gratuidade escolar no artigo 208, quando declara que o dever do Estado será efetivado mediante a garantia de educação básica obrigatória e gratuita, com progressiva universalização do ensino médio gratuito. Seguindo essa diretriz, o art. 4º, incisos I e II, da LDB mantém a responsabilidade do Poder Público em oferecer a educação escolar pública e gratuita, nos ensinos fundamental e médio, e o art. 53, V, do ECA assegura à criança e ao adolescente acesso à escola pública e gratuita próxima de sua residência (BRASIL, 2014a).

O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é qualificado como direito público subjetivo (CF, art. 208, § 1º), que deve ser assegurado com absoluta prioridade à criança ou adolescente (CF, art. 227; ECA, art. 4º), e o seu não oferecimento ou oferta irregular, importa na responsabilização da autoridade competente (CF, art. 208, § 2º) (BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, 2015a).

A gratuidade da educação envolve a obrigação do Estado com gastos diretos com matrícula, mensalidades, materiais didáticos e fardamento, e indiretos com alimentação e transporte. No entanto há outro custo denominado “custo de oportunidade”, aquele gerado quando as crianças frequentam a escola em vez de trabalhar e contribuir para a economia familiar. Por isso, se justificam medidas compensatórias, por meio de programas sociais, como o de Erradicação do Trabalho Infantil – PETI, para que crianças e adolescentes

permaneçam na escola, ao invés de trabalharem para ajudar no sustento da família.<sup>10</sup>

O Estado não pode se eximir de assegurar a matrícula, sob a alegação de falta de vagas. Caso não haja disponibilidade de vagas em estabelecimentos públicos, o Estado deverá matricular os alunos em estabelecimentos particulares e arcar com todos os custos envolvidos, como transporte, fardamento, material didático, alimentação e assistência à saúde, o que deve ser assegurado ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares (CF, art. 208, VII) (BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, 2015a).

Diversos procedimentos pesquisados, das Promotorias de Justiça de Educação do Recife, diziam respeito à negativa de matrícula em escolas públicas, por falta de vagas nas unidades próximas à residência dos alunos, como estabelecido no art. 53, inciso V, do ECA (Lei nº. 8069/90). Verificou-se a tendência de se assegurar a matrícula dos denunciantes em unidades escolares próximas dos seus respectivos domicílios, após a instauração do procedimento extrajudicial pelo Ministério Público, ou de se comprometer a rede de ensino a fornecer transporte escolar, cessando a irregularidade, sem a necessidade de ajuizamento de ação civil pública.

O art. 208, inciso I, da Constituição Federal estabeleceu, ainda, que é dever do Estado fornecer “educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezesete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria” (inciso I); e o inciso IV do mesmo artigo determinou a obrigação de o Estado fornecer “educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade”. (BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, 2015a).

---

<sup>10</sup> O Programa de Erradicação do Trabalho Infantil (PETI) está disciplinado pela Lei nº. 8. 742/93 (LOAS) e pela Portaria MPAS nº 2. 917, de 12/9/2000. O PETI foi criado pelo Governo Federal em uma iniciativa que visa proteger crianças e adolescentes, menores de 16 anos, contra qualquer forma de trabalho, garantindo que frequentem a escola e atividades socioeducativas. Seu objetivo principal é erradicar todas as formas de trabalho infantil no país, em um processo de resgate da cidadania e inclusão social de seus beneficiários. O programa oferece auxílio financeiro, pago mensalmente à mãe ou ao responsável legal da criança ou adolescente, com a obrigação de estarem matriculados e frequentando a escola.

# Mestrado em Direito

## Pesquisa

Antes do advento da Emenda Constitucional nº. 53/2006, o Estado deveria garantir atendimento em creche e pré-escola, às crianças de zero a seis anos de idade. Com a reforma constitucional, a idade máxima para a educação infantil foi reduzida em um ano.

A Constituição do Estado de Pernambuco determinou, em seu art. 179, § 1º, que é obrigatória a escolarização dos seis aos 16 anos, ficando os pais ou responsáveis pelo educando responsabilizados, na forma da lei, pelo não-cumprimento desta norma.

A Lei nº. 11. 274/2006 alterou a LDB, ampliando o ensino fundamental obrigatório de oito para nove anos de duração, iniciando-se aos seis anos de idade (art. 32, caput), bem como estabelecendo que cada Estado e Município deve matricular todos os educandos a partir dos seis anos de idade, no ensino fundamental (art. 87, § 3º, inciso I).

A ampliação da duração do ensino fundamental obrigatório, de oito para nove anos, antecipou em um ano o ingresso das crianças nesta etapa da educação básica, fazendo com que elas não precisem esperar completar sete anos de idade para ingressar no 1º ano do ensino fundamental obrigatório, iniciando a educação fundamental aos seis anos de idade.

É importante destacar que o legislador não estabeleceu corte etário para que a criança com seis anos de idade, ou em vias de completar, pudesse iniciar a vida escolar.

O Ministério Público de Pernambuco instaurou Procedimentos de Investigação Preliminar, na 29ª Promotoria de Justiça de Defesa da Cidadania do Recife, a partir da representação formulada pelos pais de uma criança, com o objetivo de apurar se as escolas privadas e públicas, dos sistemas estadual e municipal de ensino estariam limitando o ingresso no ensino fundamental, às crianças com seis anos de idade completos ou a completar até 31 de março de 2012.

A Resolução CNE/CEB nº. 06/2010, de 20/10/2010 definiu diretrizes operacionais para a matrícula no ensino fundamental e na educação infantil, estabelecendo, em seu art. 2º, que “para o ingresso na Pré-Escola, a criança deverá ter idade de 4 (quatro) anos completos até o dia 31 de março do ano

em que ocorrer a matrícula”. Quanto ao ensino fundamental, determinou a Resolução, no art. 3º, que “para o ingresso no primeiro ano do Ensino Fundamental, a criança deverá ter idade de 6 (seis) anos completos até o dia 31 de março do ano em que ocorrer a matrícula”.

Posteriormente, a Câmara de Educação Básica (CEB) do CNE editou a Resolução CNE/CEB nº. 7, de 14 de dezembro de 2010, e manteve a limitação do acesso ao 1º ano do ensino fundamental às crianças com seis anos completos ou a completar, até o dia 31 de março do ano em que ocorrer a matrícula. Estabeleceu, ainda, que as crianças que venham a completar seis anos, após essa data, sejam matriculadas na pré-escola (art. 8º, §§ 1º e 2º).

O Conselho Estadual de Educação de Pernambuco, com base nas citadas Resoluções do CNE/CEB, editou a Resolução CEE/PE nº. 3, de 29 de novembro de 2010, estabelecendo para as escolas integrantes do sistema estadual de ensino, ingresso na pré-escola, da criança com quatro anos completos ou a completar, até 31 de março do ano da matrícula (inciso I), e o ingresso no primeiro ano do ensino fundamental, da criança com idade de seis anos completos, até o dia 31 de março do ano da matrícula.

No âmbito do sistema municipal de ensino do Recife, o Conselho Municipal de Educação (CME), através da Instrução Normativa de Matrícula nº. 03/2011, adotou o art. 8º, § 1º, da Resolução CNE/CEB nº. 07/2010, para realizar o corte etário.

No decorrer das investigações, o MPPE constatou que pais de alunos estavam ingressando com demandas individuais para assegurar a matrícula dos filhos com seis anos incompletos. Muitos deles obtiveram provimentos judiciais assegurando a matrícula, independentemente do corte etário.

O MPPE, por sua vez, ingressou com ação civil pública, perante a 1ª Vara da Infância e da Juventude da Capital, na qual pediu a condenação do estado de Pernambuco e do município do Recife a cumprir obrigação de fazer, para determinar que assegurem a matrícula, desde o início do ano letivo, no 1º ano do ensino fundamental das escolas dos seus respectivos sistemas de ensino, a todas as crianças no ano em que completarem seis anos de idade, não importando a data de nascimento.

O pedido de antecipação dos efeitos da tutela, formulado pelo MPPE, foi indeferido pelo juiz da Infância e da Juventude, pelo que foi interposto recurso de agravo de instrumento pelo *Parquet*, restando deferida a medida provisória pelo relator do recurso, eliminando o corte etário nas escolas do estado de Pernambuco e nas escolas do município do Recife, até o julgamento definitivo da ação civil pública.

Segundo a decisão do relator, o corte etário, limitando o ingresso no 1º ano do Ensino Fundamental apenas às crianças com seis anos completos ou a completar até o dia 31 de março do ano em que ocorrer a matrícula, estabelecido pelas Resoluções CNE/CEB nº. 6/2010 e 7/2010, e CEE/PE nº. 3/2010, e pela da Instrução Normativa de Cadastro Escolar e Matrícula nº. 11/2011 da Secretaria Estadual de Educação (SEE), é medida inconstitucional. A decisão do caso concreto, embora de natureza provisória, assegurou a supremacia da Constituição, no exercício do controle difuso de constitucionalidade.

A associação entre a supremacia da Constituição e o controle judicial de constitucionalidade foi feita de forma precursora nos Estados Unidos, no conhecido precedente *Marbury versus Madison*, julgado pela Suprema Corte em 1803, o qual fixou as bases do *judicial review*. A jurisdição constitucional brasileira tem influências do modelo norte-americano, de modo que o controle judicial da constitucionalidade das leis e dos atos normativos pode ser realizado difusamente por todos os juízes e tribunais, diante de um caso concreto que lhe seja apresentado.

No entanto, a jurisdição constitucional brasileira também reúne características do modelo de controle abstrato e concentrado, inspirado na matriz *Kelseniana*, que passou a conviver lado a lado com o controle concreto e difuso, num sistema misto de fiscalização da constitucionalidade (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012).

A ação do MPPE demonstra que o Ministério Público tem atuado, no controle das políticas públicas educacionais, procurando resolver, em bloco, conflitos de massa, que estavam sendo tratados através de inúmeras ações

judiciais. Essa forma de atuação coletiva contribui para tutelar o interesse difuso da população e desafogar o aparato judicial.

De lado outro, no que tange à educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até cinco anos de idade (CF, art. 208, IV) (BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, 2015a), o Supremo Tribunal Federal afirmou que esse direito é prerrogativa constitucional indisponível. Em consequência, impõe-se ao Poder Público assegurar efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola.

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. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2011b).

Os Tribunais pátrios têm determinado aos Municípios que forneçam vagas em creches ou pré-escolas, em estabelecimentos próximos da residência das crianças, sob pena de arcar com os custos da educação infantil na rede privada.<sup>11</sup>

A Constituição Federal também assegura o acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um (art. 208, inc. V), como também a oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando (art. 208, inc. VI) (BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, 2015a).

---

<sup>11</sup> Nesse sentido: APELAÇÃO CÍVEL. ECA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. VAGA EM CRECHE. EDUCAÇÃO INFANTIL. DIREITO DA CRIANÇA E OBRIGAÇÃO DO MUNICÍPIO DE ERECHIM. Constitui dever de o Município assegurar às crianças o acesso à educação, cabendo-lhe garantir vaga na rede pública ou, então, na rede privada, às suas expensas. Recurso provido. (BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL, 2014).

O Estado também tem o dever de adotar políticas públicas para evitar a evasão escolar. A luta pela igualdade na permanência da criança e do adolescente na escola é um dos maiores desafios da educação. Daí ter se tornado política educacional de alguns sistemas de ensino a progressão continuada, constituída de ciclos de ensino, maiores que um ano, em que não se prevê a reprovação, mas a recuperação, com aulas extras, a fim de incentivar o aluno a não abandonar a escola (NUCCI, 2014, p. 293). O alto grau de repetência gera desequilíbrio nos sistemas de ensino, pois faz com que os alunos permaneçam por mais tempo do que o planejado na escola, o que demanda mais vagas e, conseqüentemente, aumenta as despesas da educação.

### *3.4.1 A repartição de competências entre os sistemas de ensino*

No modelo federativo há uma distribuição de competências para realização das políticas públicas: os poderes dos entes estatais são partilhados entre os vários órgãos e agentes públicos com o fim de perseguirem as tarefas constitucionais (OLIVEIRA JÚNIOR, 2012, p. 118-119).

Nos primórdios da federação brasileira, a educação superior ficou a cargo do Governo Central, ao passo que os governos subnacionais ficaram responsáveis pelo que hoje é chamado de educação básica, sem coordenação ou orientação mais incisiva da União, salvo em programas específicos, como o Movimento Brasileiro de Alfabetização (MOBRAL). Com isso, instalou-se um ambiente de profunda desigualdade no plano subnacional, sobretudo em razão das diferenças regionais: econômicas, culturais e institucionais (ABRUCIO, 2013, p. 211).

Com o advento da Constituição de 1988, os Municípios ganharam autonomia e competências próprias derivadas do pacto federativo. Manteve-se a tradição centrípeta brasileira, de extrema concentração das competências normativas no plano federal, mas se promoveu maior grau de descentralização administrativo-financeira (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012).

O pacto federativo estabelece a coexistência descentralizada de sistemas de ensino autônomos em Estados e Municípios, sob a coordenação da União, a quem cabe editar normas gerais, em todos os níveis educacionais, e prestar assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios (art. 211, § 1º) (BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, 2015a).

Cabe à União elaborar a política nacional de educação, estruturada por meio do Plano Nacional de Educação (PNE), com duração decenal, o qual visa a sistematizar o trabalho e definir as responsabilidades dos diversos sistemas de ensino, bem como estabelecer as diretrizes, objetivos e metas a serem atingidos por todos os entes estatais, de modo a alcançar a progressiva melhoria da qualidade do ensino (art. 214, caput e inciso III) (BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, 2015a).

Os Estados e o Distrito Federal atuarão prioritariamente no ensino médio (art. 211, § 2º, da CF), mas deverão assegurar o ensino fundamental, definindo, com os Municípios, formas de colaboração na oferta desta modalidade de ensino (art. 10, incisos II e VI, da LDB) (BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2014).

Os Municípios ficaram encarregados de atuar, prioritariamente, no ensino fundamental e oferecer educação infantil, em creches e pré-escolas, permitida a atuação em outros níveis de ensino somente quando estiverem atendidas plenamente as necessidades de sua área de competência (art. 211, § 2º - (BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, 2015a) (art. 11, V) (BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2014).

Assim, cada ente estatal tem competências específicas para organizar seus sistemas de ensino, de modo a atender às peculiaridades regionais e locais, de forma autônoma, porém articulada.

### *3.4.2 O financiamento da educação básica e o Fundeb*

A Constituição fixou percentuais mínimos de aplicação pela União, Estados, Municípios e Distrito Federal, da receita resultante de impostos, na

manutenção e desenvolvimento dos sistemas de ensino, bem como normatizou o destino dos recursos públicos para realização das políticas públicas educacionais.

O mecanismo de vinculação de receitas públicas está expresso no art. 212 da Constituição Federal, que determinou 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, na manutenção e desenvolvimento do ensino (BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, 2015a).

A vinculação não compreende as receitas decorrentes das taxas e contribuições de melhoria, como também as demais receitas orçamentárias, como as provenientes das operações de crédito por antecipação de receita orçamentária de impostos (LDB, art. 69, § 2º) (BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2014).

Para assegurar o cumprimento do princípio constitucional de aplicação do mínimo exigido da receita de impostos estaduais, inclusive de transferências tributárias, na manutenção e no desenvolvimento do ensino, a União poderá intervir nos Estados e no Distrito Federal (CF, art. 34, inciso VII, alínea e), e os Estados poderão intervir nos Municípios, segundo previsão nas respectivas Constituições Estaduais.<sup>12</sup>

O constituinte originário não especificou como deveria se dar a alocação da receita em cada nível de ensino, deixando certa margem de discricionariedade para os Estados e Municípios. A falta de critérios mais rígidos para a alocação dos recursos, aliada à diferença na arrecadação de impostos, ao desperdício e à má-gestão do dinheiro público produziram desigualdades na qualidade dos diversos sistemas de ensino.

Para superar esse problema, a Emenda Constitucional nº. 14, de setembro de 1996, alterou o art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) e nele inseriu novos parágrafos, para determinar que os

---

<sup>12</sup> Nesse diapasão, o art. 91, inc. III, da Constituição do estado de Pernambuco prevê que o Estado não intervirá em seus Municípios, exceto quando, dentre outros motivos, “não tiver sido aplicado o mínimo exigido da receita municipal na manutenção e desenvolvimento do ensino” (GARCIA; FIGUEIREDO, 2005, p. 80)

Estados, o Distrito Federal e os Municípios deveriam destinar não menos de 60% dos recursos a que se refere o caput do art. 212 da Constituição Federal, na manutenção e no desenvolvimento do ensino fundamental, com o objetivo de assegurar a universalização de seu atendimento e a remuneração condigna do magistério (BRASIL CÂMARA DOS DEPUTADOS, 1996).

A EC nº. 14/96 determinou, ainda, a distribuição de responsabilidades e recursos entre os Estados e seus Municípios, mediante a criação do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério (Fundef), instituído pela Lei nº. 9. 424, de 24 de dezembro de 1996 (BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS, 1996).

O Fundef foi um fundo de natureza contábil, criado para vigorar durante dez anos, e que teve importante impacto na universalização do ensino fundamental, em todo o País. Ele reestruturou o financiamento do ensino fundamental, ao subvincular a esse nível de ensino uma parcela dos recursos constitucionalmente destinados à educação. Além disso, foram introduzidos novos critérios de distribuição e utilização das receitas provenientes dos impostos de Estados e Municípios, promovendo a sua partilha entre os governos estaduais e municipais, de acordo com o número de alunos atendidos, diminuindo as desigualdades entre as redes de ensino do país.

Segundo a análise de Pinto (2007, p. 878), tendo por base os dados do Censo Escolar do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas (INEP), houve grande aumento do peso das matrículas da rede municipal, com a implantação do Fundef. No período de 1991 a 1996, as matrículas municipais respondiam por aproximadamente 37% do total da rede pública. Com a entrada em vigor do Fundef, em 1997, nota-se um progressivo aumento da participação da rede municipal, que chega em 2006 atendendo 52% das matrículas públicas. No entanto, o Fundef pouco contribuiu para aumentar a eficiência de gestão do sistema e menos ainda a qualidade do ensino.

Em 2006, o Fundef foi substituído pelo Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação – Fundeb, criado pela Emenda Constitucional nº. 53, de 19 de dezembro de 2006, e regulamentado pela Lei nº. 11. 494/2007 e pelo Decreto

nº. 6. 253/2007, com vigência de 14 anos, a partir do primeiro ano da sua implantação, que ocorreu em 1º de janeiro de 2007. O Fundeb passou a financiar toda a educação básica, do ensino infantil ao médio (BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, 2007).

A EC nº. 53/06 estabeleceu que os percentuais de contribuição dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para o Fundeb sobre as receitas de impostos e transferências elevar-se-iam gradualmente, de forma a atingir 20% em três anos, o que se deu em 2009, ano em que foi concluída a implantação do Fundo (BRASIL, 2006, BRASIL. MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO, 2009, p. 11).

O Fundeb é um fundo contábil, criado no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, porém com recursos das três esferas governamentais. A União participa da composição e distribuição dos recursos do Fundeb, que é feita através do Banco do Brasil, na qualidade de agente financeiro, mas são os Estados e Municípios os beneficiários dos recursos, cuja distribuição se dá de forma igualitária, segundo o total de alunos matriculados em cada rede de ensino.

O art. 3º da Lei nº. 11. 494/07 especifica quais as receitas aplicadas para composição do Fundeb. Os Fundos contam com a complementação da União, sempre que, no âmbito de cada Estado, seu valor por aluno não alcançar o mínimo definido nacionalmente (art. 4º da Lei nº. 11. 494/07).

O Fundeb melhorou o controle social dos recursos públicos da educação, com o fortalecimento dos conselhos de acompanhamento. Também foram ampliadas as atribuições dos conselhos, os quais, além de supervisionar o Censo Escolar e acompanhar e fiscalizar os gastos com os recursos do Fundeb, contam com a função de supervisionar a elaboração da proposta orçamentária anual e acompanhar a aplicação dos recursos da educação (BRASIL. MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO, 2009, p. 22).

O Fundeb teve forte impacto na política de educação, pois incluiu as diferentes etapas e modalidades da educação, do ensino infantil ao médio, e fortaleceu o controle social. No entanto os especialistas apontam que o Fundo poderia ser mais eficiente na melhoria da qualidade da educação, caso a

legislação estabelecesse um valor mínimo por aluno, de modo a amenizar as distorções nos padrões das diversas redes de ensino (PINTO, 2007, p. 890).

Em inquérito civil que tramitou na Promotoria de Justiça de Moreno, a partir de denúncia do Conselho Municipal de Acompanhamento e Controle Social do Fundeb, verificou-se que o Município havia despendido recursos do chamado Fundeb 60%, destinado ao pagamento da remuneração dos profissionais do magistério da educação básica, em efetivo exercício na rede pública (art. 22 da Lei nº. 11. 494/07), com o pagamento de outros profissionais que prestavam serviço na rede pública de ensino. Como os pagamentos deveriam ter sido realizados com os valores do Fundeb, parcela dos 60%, que compreende as demais despesas de manutenção e desenvolvimento da educação básica, o Secretário de Educação concordou em celebrar um compromisso de ajustamento de conduta, pois, do contrário, poderia ser responsabilizado com as sanções da improbidade administrativa (Lei nº. 8. 429, de 2 de junho de 1992).

O caso concreto caracteriza a importância dos conselhos de controle e acompanhamento do Fundo, na fiscalização da distribuição, transferência e aplicação dos recursos dos Fundeb, e demonstra como o instituto da improbidade administrativa é importante aliado do Ministério Público para controle das políticas educacionais, pelo poder de intimidação que exerce sobre os gestores públicos, levando-os a ajustar suas condutas por temerem as graves consequências que a improbidade administrativa pode acarretar.

### *3.4.3 Padrões mínimos de qualidade do ensino*

A garantia de padrões mínimos de qualidade da educação é princípio vetor da educação nacional (art. 206, inciso VII). (BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, 2015a), definido no art. 4º, IX, da LDB como a variedade e quantidade mínimas, por aluno, de insumos indispensáveis ao desenvolvimento do processo de ensino aprendizagem (BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2014).

Para Cury e Ferreira (2009, p. 29), a garantia de padrões mínimos de qualidade do ensino contém afirmação vaga e sem a consistência necessária para colocar, no âmbito do Poder Judiciário, a discussão referente à qualidade da educação.

A aparente dificuldade no controle dos padrões de qualidade da educação reside na ausência de critérios objetivos que possam servir de referência para definição *a priori* desse direito social. Conseqüentemente, torna-se mais complexo para o Ministério Público exigir a realização de prestações positivas do Poder Público em prol de uma educação de qualidade. Do mesmo modo, tende a ser controversa ou até mesmo negada a tese de tutela jurisdicional de uma educação de qualidade.

Partindo-se de um modelo de direitos fundamentais baseado em um suporte fático amplo, definir o que é, ou não, protegido pelo princípio é apenas um primeiro passo, já que as condutas ou situações abarcadas pelo âmbito de proteção de um direito fundamental ainda dependerão, eventualmente, de um sopesamento em situações concretas, antes de se decidir pela sua proteção definitiva (SILVA, 2010, p. 109).

É a própria abertura do princípio que caracteriza sua amplitude de proteção. Assim, toda ação, estado ou posição jurídica que tenha alguma característica que, isoladamente, faça parte do seu âmbito temático, deve ser considerada como abrangida pelo seu âmbito de proteção, independentemente da consideração de outras variáveis (SILVA, 2010, p. 109).

A determinação do significado e alcance da garantia de padrão de qualidade da educação precisa ser feita a partir do seu contexto. Aqui, a relação do círculo hermenêutico entra em cena para definição do conteúdo e extensão do princípio. Como lembra Schmidt (2014, p. 34),

[. . .] qualquer parte de um enunciado, sozinha, é indeterminada em relação a seu significado assim como uma única sentença arrancada de seu contexto é indeterminada. É apenas a partir do contexto do todo que o significado das partes pode ser compreendido, e vice-versa.

A ausência de critérios objetivos para avaliação da qualidade do ensino não significa que o princípio da garantia de qualidade da educação não possa embasar uma ação de controle das políticas públicas educacionais.

Erik Arnesen (2009, p. 161) ressalta que a qualidade do ensino diz respeito à intervenção estatal no processo educacional como um todo. O dever do Estado em relação à qualidade avalia-se do ponto de vista de sua obrigação de garantir um processo educacional confiável e livre de defeitos.

Para a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO) (2008, p. 9-12), à qualidade da educação, como direito fundamental, se atribuem diferentes dimensões. A primeira está fundada nos princípios de obrigatoriedade e gratuidade do ensino e no direito a não-discriminação. A segunda refere-se ao desenvolvimento das competências necessárias para participar das diferentes esferas da vida. A terceira faz alusão à necessidade de flexibilizar o ensino para que a educação dê resposta à diversidade de necessidades dos indivíduos. A quarta dimensão diz respeito à igualdade de oportunidades para toda a população, proporcionando a cada um os recursos e apoio de que necessitem. Por fim, a educação tem de ser eficaz no atingimento dos seus objetivos, e eficiente no uso dos recursos à sua disposição.

Assim, a qualidade da educação é definida com relação aos recursos, materiais e humanos, que nela se investem, assim como em relação ao que ocorre no âmbito da instituição escolar e da sala de aula, seja nos processos de ensino-aprendizagem, nos currículos e nas expectativas da aprendizagem dos alunos (DOURADO et al. , 2007, p. 10).

Como ressalta Ximenes (2013, p. 323), a LDB, o Plano Nacional de Educação (Lei nº. 13. 005/2014) e a Lei nº. 11. 738/2008 apresentam alguns parâmetros para se aquilatar determinados padrões mínimos da qualidade da educação, que devem ser objeto de controle social e podem ser exigidos judicialmente.

Os padrões mínimos de qualidade da educação podem ser exigidos do Poder Público para progressiva melhoria na cadeia educacional, e deverá ser aferido levando-se em consideração a educação como um todo, envolvendo

todos os componentes da cadeia educacional, como qualificação dos docentes, valorização do magistério, condições das instalações escolares, relação ideal aluno/sala, eliminação de barreiras de acesso aos alunos com algum tipo de deficiência, alimentação satisfatória, biblioteca, transporte e outros instrumentos de auxílio ao aluno.

É essencial a valorização e qualificação dos docentes para se transformar a realidade da educação. É a capacitação, formação, valorização, e fundamentalmente, a motivação do professor para ensinar que fazem a diferença para elevar a qualidade da educação pública.

A valorização dos profissionais da educação é política pública instituída pela Lei nº. 11. 738/08, a qual estabelece o piso salarial da carreira do magistério e determina sua jornada de trabalho, que observará o limite máximo de dois terços para o desempenho das atividades de interação com os educandos.

A Lei nº. 11. 738/08 teve sua constitucionalidade questionada no STF, na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4167. O Pretório Excelso considerou constitucional o piso nacional dos professores da rede pública de ensino e declarou que o pagamento da remuneração básica passou a valer em 27 de abril de 2011, data do julgamento definitivo pelo Plenário do STF.

A Lei nº. 11. 738/08 melhorou a remuneração e a condição de trabalho dos professores, mas ainda há um longo caminho a percorrer até que haja efetiva melhoria do capital humano da educação. Os salários dos professores ainda continuam baixos, o que faz com que os jovens mais capacitados se afastem da atividade docente, sendo atraídos para outras carreiras com melhores remunerações.

As condições das instalações escolares também têm forte impacto no desempenho escolar dos alunos. É importante que a escola propicie um ambiente físico que viabilize o aprendizado e favoreça as interações entre os alunos e professores.

De acordo com um estudo realizado por pesquisadores da Universidade de Brasília (UNB), e da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), intitulado "Uma escala para medir a infraestrutura escolar", apenas 0, 6% das

escolas públicas brasileiras têm infraestrutura próxima da ideal para o ensino, com biblioteca, laboratório de informática, quadra esportiva, laboratório de ciências e dependências adequadas para atender a estudantes com necessidades básicas. Já 44% das instituições de educação básica contam apenas com água encanada, sanitário, energia elétrica, esgoto e cozinha em sua infraestrutura. Segundo os pesquisadores (NETO et al. , 2013, p. 78).

Este estudo demonstra o quanto o Brasil ainda está distante, não somente da equidade entre as escolas, mas também da garantia de um padrão mínimo de qualidade. Há um percentual alto de escolas que não possuem requisitos básicos de infraestrutura, como sala de diretoria, sala de professor e biblioteca. Assim, fica transparente a necessidade de políticas públicas que visem a diminuir as discrepâncias e promover condições escolares mínimas para que a aprendizagem possa ocorrer em um ambiente escolar mais favorável.

Como observam Cury e Ferreira (2009, p. 48) não existem critérios objetivos para avaliação dos padrões mínimos da qualidade do ensino. O ideal é que a legislação estabelecesse diversos parâmetros, para definir, dentre outros fatores, o tamanho das escolas, o número de alunos por sala, as condições das instalações, compreendidas as bibliotecas, laboratórios, espaços de alimentação, lazer e de prática desportiva, salas de recursos didáticos, aqui incluídas as tecnologias de comunicação e informação, etc.

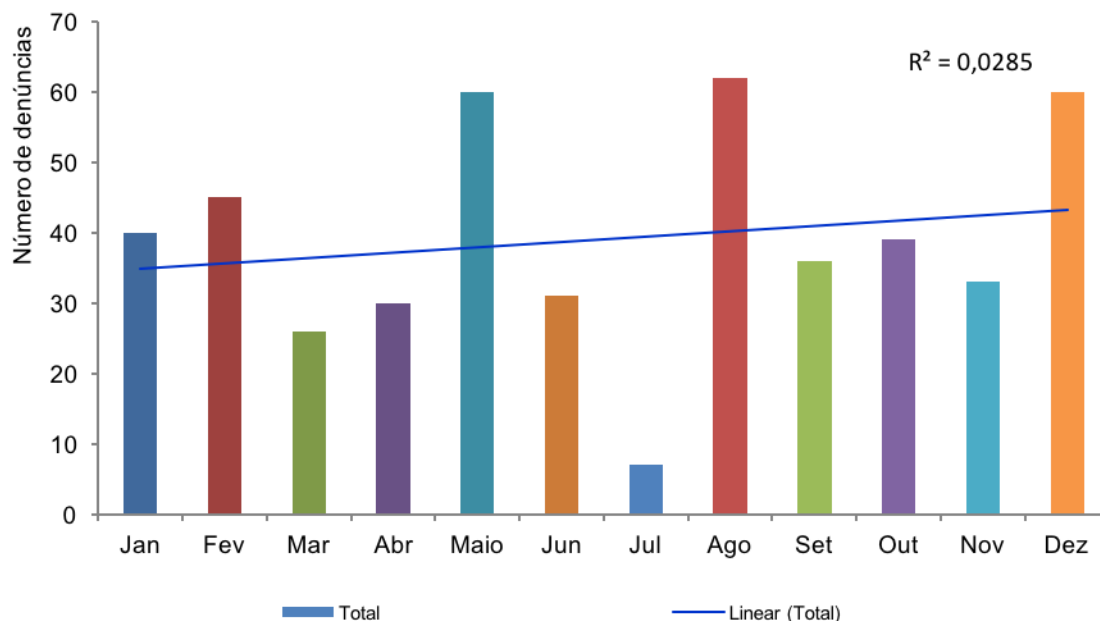
Segundo Carreira e Pinto (2006, p. 14), é essencial a adoção de um padrão arquitetônico das escolas e creches, para que sejam locais acolhedores, prazerosos, agradáveis para aprender e ensinar. Um espaço convidativo, que levem as pessoas a desejar permanecer nele, que seja adequado ao desenvolvimento das atividades didático-pedagógicas e que seja acessível, para não gerar exclusão.

Com base na análise de conteúdo, foram caracterizadas as situações gerais apresentadas ao Ministério Público, nas quatro Promotorias de Justiça onde se realizou o estudo.

No Gráfico 1, está apresentada a distribuição temporal das denúncias, observando-se maior número de denúncias nos meses de maio, agosto e dezembro, assim como discreta tendência de aumento das denúncias ao final do ano. Da análise de regressão temporal, constatou-se coeficiente de

determinação igual a 2, 85%, indicando que os meses do período letivo não explicam a variação do número de denúncias apresentadas ao Ministério Público.

**Gráfico 1 – Distribuição mensal de frequências e reta de regressão linear das denúncias apresentadas ao Ministério Público– Recife, Moreno, 2012-2014**



Ao classificar as denúncias segundo tipo do problema, constatou-se predomínio das que apontavam para comprometimento da qualidade do processo ensino-aprendizagem (407; 83, 7%). Em ordem de frequência, seguiram-se problemas de responsabilidade gerencial (52; 10, 7%) e aqueles em que os dois comprometimentos estavam presentes (27; 5, 6%).

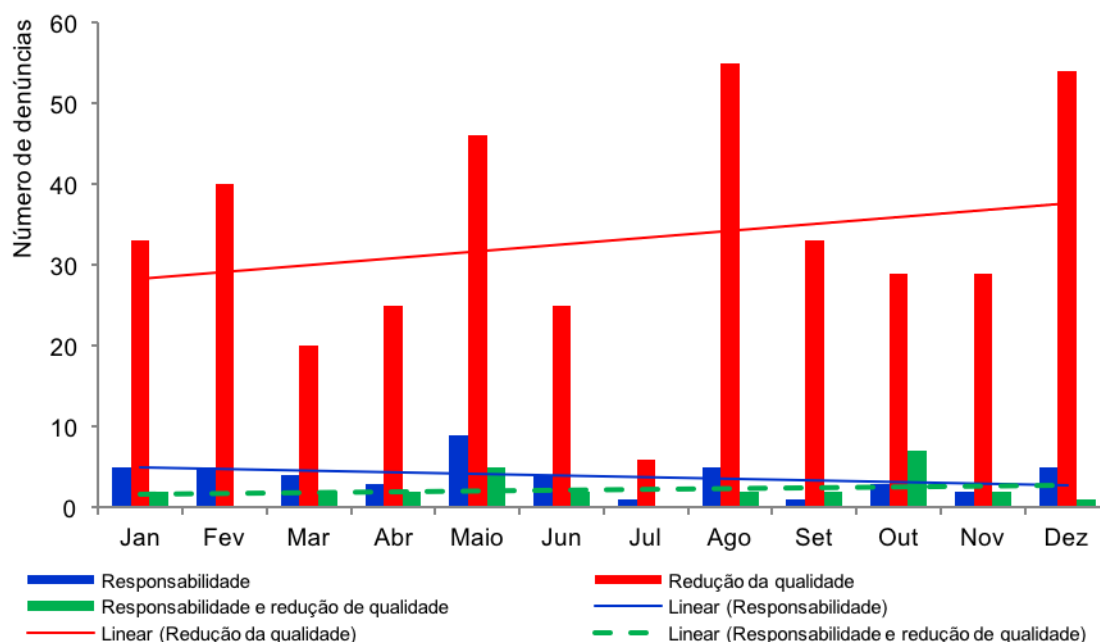
O predomínio de denúncias relativas ao ensino-aprendizagem demonstra que as escolas das redes de ensino investigadas ainda estão longe de alcançar um nível de excelência, no sentido de garantir uma educação com padrões mínimos de qualidade.

No Gráfico 2, apresenta-se a distribuição de frequência dos problemas ao longo dos meses, o que possibilitou identificar ausência de regularidade nos três problemas categorizados, assim como baixos coeficientes de determinação. Quanto aos problemas que podiam promover redução de

qualidade do processo ensino-aprendizagem, 4, 69% deles podiam ser explicados pela variação temporal. Para os problemas de responsabilidade gerencial, o coeficiente de determinação igualou-se a 11, 5% e na concomitância dos dois problemas, o percentual foi de 3, 98%.

Em todos os meses do ano, os problemas que podiam promover redução da qualidade do processo ensino-aprendizagem predominaram sobre as outras categorias e tiveram maior frequência nos meses de maio, agosto e dezembro. Interessante notar que no mês de julho os problemas foram menos frequentes, mês em que os problemas afeitos à responsabilidade gerencial e à redução de qualidade não ocorreram, por ser mês de férias.

**Gráfico 2 – Distribuição temporal de frequência e respectivas retas de regressão linear das denúncias apresentadas ao Ministério Público, classificadas segundo problemas – Recife, Moreno, 2012-2014**



Na falta de critérios objetivos, a máxima da proporcionalidade tem relação direta com a qualidade da educação. Outrossim, deve haver uma melhora gradual na qualidade do ensino, com proibição de retrocesso de qualquer natureza, bem como dotar a escola de condições de funcionamento que permitam o trabalho do professor e o aprendizado do aluno, respeitando a dignidade dos docentes e discentes.

Como constatado na pesquisa, o Ministério Público é frequentemente instado a atuar no controle das políticas públicas educacionais, para assegurar padrões mínimos de qualidade do ensino. Todavia não se pode negar que o controle das políticas públicas educacionais está ainda centrado em situações pontuais, como falta de vagas, falta de professores, de transporte, de merenda, etc. . Não se constata uma análise mais ampla no sentido de discutir uma ação afirmativa que pontue todas essas questões sob o signo da qualidade (CURY; FERREIRA, 2009). Destarte, a compreensão da qualidade tem recebido uma atenção do Ministério Público quando violada essa garantia, para composição de conflitos, muito pouco tendo sido feito por meio da função promocional do *Parquet*, como agente de articulação social.

#### 3.4.4 Educação inclusiva

Segundo dados da Organização das Nações Unidas (ONU), cerca de 15% da população mundial, correspondendo a aproximadamente 650 milhões de pessoas, têm alguma deficiência. É a mais significativa minoria do mundo. Aproximadamente 80% dessas pessoas vivem em países em desenvolvimento - como o Brasil, nos quais 90% das crianças com algum impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial não frequentam a escola (UNITED NATIONS, 2011, p. 12).

Na medida em que são afastadas da escola, as pessoas tornam-se mais vulneráveis e com poucas chances de assumir os melhores postos do mercado de trabalho (CHALITA, 2001, p. 107)<sup>13</sup>.

A falta de educação de qualidade à pessoa com deficiência fere sua dignidade humana, já que afasta dela a autodeterminação, o livre arbítrio e a liberdade de manifestação do pensamento, valores intrínsecos aos seres humanos e que devem ser preservados.

---

<sup>13</sup> Como observa Gabriel Chalita: “A consciência de direitos e deveres, a possibilidade de participar de pleitos decisórios sem ser conduzido por falta de informação, o direito à voz, à manifestação do próprio pensamento, o preparo para a autonomia, para a independência, é a grande meta da educação” (CHALITA, 2001, p. 107).

Até o século passado, a escola seguia o modelo da integração: era aceito no ambiente escolar quem tivesse condições de acompanhar os métodos de ensino e o ritmo de aprendizagem. O aluno que precisava ser modificado (habilitado, reabilitado, educado) para se tornar apto a satisfazer os padrões aceitos no meio social ou quem não se adaptasse, era encaminhado para a classe especial, para a escola especial ou, simplesmente, desistia de estudar (GIL, 2005, p. 32).

O debate político iniciado nos anos 1970 questionava as possíveis vantagens da educação destinada aos sujeitos com deficiência em instituições nas quais era oferecida aos alunos uma experiência de encontro restrito a outros sujeitos com limitações semelhantes (BAPTISTA, 2011, p. 19).

Percebeu-se que a deficiência não é um problema da pessoa, mas o resultado da incapacidade da sociedade em atender às necessidades dessa mesma pessoa. Enfim, houve a compreensão de que a escola é que precisa se adaptar às necessidades do aluno, promovendo as modificações e os ajustes necessários para propiciar a participação da pessoa na vida escolar. Inverteu-se, então, o tratamento de exclusão, para a proposta de inclusão, na qual a escola procura atender às necessidades educacionais especiais do aluno, com vistas a prepará-lo para assumir um papel na sociedade.

A educação inclusiva é a que propicia o acesso dos alunos com necessidades educacionais especiais nas salas de aula regulares, sempre que possível, desde a educação infantil até os níveis superiores de ensino, numa ação política de mínima segregação e máxima socialização.

A educação inclusiva é importante para construção de uma subjetividade livre e autônoma e permite aos demais alunos contato direto com pessoas com características diferentes das suas, levando-os a valorizar as qualidades dos colegas e não suas limitações, o que contribui para desmistificar o preconceito, facilitando a formação de uma sociedade mais pluralista, fraterna e solidária, na qual os indivíduos reconhecem que todos são dignos de igual consideração e respeito.

A política de inclusão social passa inarredavelmente pelo combate às desigualdades sociais, econômicas e culturais, o que envolve a qualificação

das redes de ensino para lidar com a diversidade e acolher a pluralidade de sujeitos.

A escola inclusiva deve assegurar a matrícula e eliminar barreiras discriminatórias que possam restringir ou prejudicar o acesso e a permanência na escola e a aprendizagem, bem como a participação dos alunos com deficiência, em igualdade de condições, a jogos e a atividades recreativas, esportivas e de lazer, no sistema escolar, mediante a promoção de adaptações físicas, de transporte e comunicacionais, bem como pela adequação curricular e metodológica.

Os alunos com necessidades educacionais particulares devem contar com apoio individualizado de profissionais preparados para lidar com suas limitações, sem que sejam necessariamente especialistas. Basta que os docentes sejam capacitados para lidar com as necessidades singulares dos alunos, com vistas a garantir a todos a possibilidade de gozo dos direitos fundamentais relacionados à cidadania.

A escola preocupada com a educação inclusiva age no sentido de remover as barreiras de comunicação, se preciso com emprego de tecnologias assistivas, que auxiliem aluno e professor e favoreçam o aprendizado e a participação da pessoa com deficiência na vida escolar.

O recurso deve ser reavaliado, sempre que necessário, para verificar a utilidade ou necessidade de aprimoramento ou substituição. Como a necessidade de cada pessoa é única, as adaptações não podem ser arbitrarias e autoritárias; o aluno, a família e as organizações de apoio à pessoa com deficiência devem ter voz. O lema é: “nada de nós sem nós”.

A possibilidade emancipatória da educação da pessoa com necessidades educativas especiais só pode ser alcançada por uma perspectiva interdisciplinar, na qual devem conversar membros da família, comunidade, saúde, transporte e assistência social, enfim, todos os atores que, de alguma forma, possam contribuir para remover qualquer barreira urbanística, arquitetônica, nos transportes, nas comunicações e na informação, atitudinais e

tecnológicas (GARCIA; FIGUEIREDO, 2005, p. 80)<sup>14</sup>

A presença da pessoa com deficiência na escola regular demanda a adoção de currículos mais flexíveis e de material didático apropriado. Além de disso, é preciso que o processo de avaliação corresponda às características específicas e possibilidades de aprendizado e de desenvolvimento dos alunos com algum tipo de impedimento de longa duração.

O direito à educação inclusiva está assegurado em tratados internacionais sobre direitos humanos, na Constituição Federal e na legislação ordinária. Conforme a Declaração Universal dos Direitos Humanos: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1998, p. 2).

Como afirma Piovesan, “a ética dos direitos humanos é a ética que vê no outro um ser merecedor de igual consideração e profundo respeito, dotado do direito de desenvolver as potencialidades humanas, de forma livre, autônoma e plena” (PIOVESAN, 2009, p. 295).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos inspirou vários tratados internacionais sobre educação, como a Declaração Mundial de Educação para Todos (Tailândia, 1990), que manifestou o compromisso de universalizar o acesso à educação, melhorar a qualidade do ensino e satisfazer as necessidades básicas de aprendizado de todas as pessoas, sem

---

<sup>14</sup> Nos termos do art. 3º, IV, da Lei Brasileira de Inclusão: são consideradas, para os efeitos legais, “barreiras: qualquer entrave, obstáculo, atitude ou comportamento que limite ou impeça a participação social da pessoa, bem como o gozo, a fruição e o exercício de seus direitos à acessibilidade, à liberdade de movimento e de expressão, à comunicação, ao acesso à informação, à compreensão, à circulação com segurança, entre outros, classificadas em: a) barreiras urbanísticas: as existentes nas vias e nos espaços públicos e privados abertos ao público ou de uso coletivo; b) barreiras arquitetônicas: as existentes nos edifícios públicos e privados; c) barreiras nos transportes: as existentes nos sistemas e meios de transportes; d) barreiras nas comunicações e na informação: qualquer entrave, obstáculo, atitude ou comportamento que dificulte ou impossibilite a expressão ou o recebimento de mensagens e de informações por intermédio de sistemas de comunicação e de tecnologia da informação; e) barreiras atitudinais: atitudes ou comportamentos que impeçam ou prejudiquem a participação social da pessoa com deficiência em igualdade de condições e oportunidades com as demais pessoas; f) barreiras tecnológicas: as que dificultam ou impedem o acesso da pessoa com deficiência às tecnologias” (GARCIA; FIGUEIREDO, 2005, p. 80).

discriminação.<sup>15</sup>

Sob o patrocínio da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura, os países membros assinaram a Declaração de Salamanca, em 1994, comprometendo-se a adotar o princípio da educação inclusiva em forma de lei ou de política pública, para que todas as crianças fossem matriculadas em escolas regulares, independentemente de suas condições particulares. Na Declaração de Salamanca, houve o reconhecimento de que toda criança possui características, interesses, habilidades e necessidades de aprendizagem únicas e aquelas, com necessidades educacionais especiais, devem ter acesso à escola regular, dentro de uma pedagogia capaz de satisfazer tais necessidades (UNESCO, 1998, p. 2).

A Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a “Pessoa Portadora de Deficiência”, de 1999, teve por objetivo prevenir e eliminar todas as formas de discriminação e propiciar a plena inclusão social de todos, através de medidas de diversas naturezas. A Convenção foi aprovada pelo Congresso Nacional e promulgada pelo Decreto nº. 3. 956/2001, e também contemplou medidas para assegurar a educação inclusiva (UNESCO, 1999, BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, 2001).

No Brasil, o mais importante acordo internacional no campo da educação inclusiva é a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo – Convenção de Nova York, cuja aprovação pelo Congresso Nacional se deu pelo Decreto Legislativo nº. 186, de 9 de julho de 2008, conforme o procedimento do § 3º do art. 5º da Constituição, com *status* equivalente às emendas constitucionais (DIAS et al. , 2014, p. 10).

Os princípios da Convenção de Nova York reafirmam a Declaração Universal dos Direitos Humanos, ao enfatizarem a necessidade de eliminar as

---

<sup>15</sup> A Declaração Mundial de Educação para Todos proclamou que: “5. As necessidades básicas de aprendizagem das pessoas portadoras de deficiências requerem atenção especial. É preciso tomar medidas que garantam a igualdade de acesso à educação aos portadores de todo e qualquer tipo de deficiência, como parte integrante do sistema educativo.” (PIOVESAN, 2006, p. 91)

desigualdades e o preconceito e afirmar a diversidade como um patrimônio da humanidade.

Essa Convenção reconhece a deficiência como um conceito em evolução, que resulta da interação entre pessoas e as barreiras devido às atitudes e ao ambiente, que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas. Para superar essas barreiras, estimula a adoção de políticas públicas de inclusão social, mediante programas governamentais de promoção, proteção e defesa dos direitos da pessoa com deficiência, em articulação com instituições não-governamentais (DIAS et al. , 2014).

A Convenção de Nova York tem impacto jurídico e eficácia imediata no direito interno brasileiro. Cabe, assim, a todos os Poderes Públicos assegurar sua implementação, no âmbito nacional, reforçando a Carta de direitos prevista constitucionalmente (PIOVESAN, 2006, p. 91).

A Constituição Federal determina que o dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de atendimento educacional especializado à pessoa com deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino (art. 208, III) (BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, 2015a).

Nesse diapasão, o Estatuto da Criança e do Adolescente também determina que é dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino (art. 54, III) (BRASIL, 2014a).

Nos termos do art. 4º da LDB, a educação em escolas regulares é a regra e o ensino ministrado em classes, escolas ou serviços especializados, excepcional (art. 58) (BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2014).

Para propiciar educação inclusiva, os sistemas de ensino assegurarão aos educandos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação, currículos, métodos, técnicas, recursos educativos e organização específicos, para atender às suas necessidades; terminalidade específica para aqueles que não puderem atingir o nível exigido para a conclusão do ensino fundamental, em virtude de suas deficiências, e aceleração para concluir em menor tempo o programa escolar para os

superdotados; professores com especialização adequada em nível médio ou superior, para atendimento especializado, bem como professores do ensino regular capacitados para a integração desses educandos nas classes comuns (BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2014).

Quando necessário, deverá haver serviços de apoio especializado, em caráter complementar ou suplementar (art. 58, § 1º, da LDB) (BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2014).

No intuito de superar as barreiras ao aprendizado, a LDB prevê a adaptação dos currículos, métodos, técnicas, recursos educativos e organização específicos (art. 59, I) (BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2014).

A LDB foi regulamentada pela Resolução CNE/CEB nº. 02/2001, a qual determinou que “os sistemas de ensino devem matricular todos os alunos, cabendo às escolas organizar-se para o atendimento aos educandos com necessidades educacionais especiais, assegurando as condições necessárias para uma educação de qualidade para todos” (art. 2º) (EDUCAÇÃO, 2001, BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2014).

O dever do Estado com a educação inclusiva é reafirmado no art. 8º da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Lei nº. 13. 146/2015). Para realizar tal direito, sem discriminação e com igualdade de oportunidades, deve ser assegurado sistema educacional inclusivo, em todos os níveis, e aprendizado ao longo de toda a vida, de forma a alcançar o máximo desenvolvimento possível dos talentos e habilidades físicas, sensoriais, intelectuais e sociais da pessoa com deficiência, segundo suas características, interesses e necessidades de aprendizagem (art. 27) (BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, 2015b).

A Lei nº. 7. 853/89 confere legitimidade ativa ao Ministério Público para defesa de interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis das pessoas com deficiência, por meio da ação civil pública (art. 3º), e ainda que seja proposta ação coletiva ou individual por outro legitimado, discutindo direitos da pessoa com deficiência, o Ministério Público deverá funcionar como fiscal da ordem jurídica (art. 5º).

A Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência estabelece o dever de o Ministério Público fazer valer os direitos das pessoas com deficiências, dentre os quais o direito à educação inclusiva (art. 79, § 3º). Se qualquer juiz ou tribunal tomar conhecimento da ameaça ou violação desses direitos, deverá comunicar ao Ministério Público, para que sejam tomadas as providências cabíveis.

Na pesquisa, observou-se um grande número de escolas sem condições de assegurar educação aos alunos com deficiência. Constatou-se que a oferta da educação especial está comprometida pela ausência de salas de recursos multifuncionais, pela falta de profissionais de apoio nas salas de aula para acompanhar estudantes com necessidades educacionais específicas e, ainda, pela realização de atividades privativas do magistério por estagiários, sem a devida capacitação, dentre outros problemas evidenciados em todas as redes de ensino investigadas.

A atuação do Ministério Público favoreceu a melhoria das condições das salas de recursos e conseguiu trazer profissionais de apoio para salas de aula, para acompanhar estudantes com necessidades educacionais específicas. No entanto, as soluções encontradas têm sido localizadas, com relativo grau de efetividade. A impressão é que o Poder Público “cobre um santo e descobre outro”, para atender às requisições ministeriais. Por vezes, os sistemas de ensino simplesmente deslocaram profissionais de uma escola para outra, resolvendo um problema aqui e criando outro acolá, ao invés de fortalecer a equipe de apoio educacional especializado. A atuação ministerial, portanto, pode levar à melhoria da educação de determinados alunos com deficiência, mas criar problemas indesejáveis para o acesso de outros alunos com deficiência às mesmas condições de ensino-aprendizagem.

Para concretizar o direito fundamental à educação da pessoa com deficiência, o Estado, por meio dos seus agentes, tem de formular e executar políticas públicas que garantam o acesso e a permanência dos alunos na escola. O Ministério Público deve cobrar soluções para as reivindicações que lhes são apresentadas, mas sempre incorporando ao seu trabalho o ideal de

distribuição igualitária, para assegurar o acesso equitativo à educação às pessoas com deficiência.

### *3.4.5 As políticas públicas educacionais e sua implementação: o papel do Ministério Público*

Os direitos fundamentais sociais exigem, para sua satisfação, ações positivas do Poder Público, consistentes na formulação e execução de políticas públicas destinadas a assegurar um mínimo existencial necessário a garantir a dignidade da pessoa humana.

As políticas públicas podem ser compreendidas como o conjunto de atividades coordenadas pelo Estado para a consecução de finalidades públicas, de acordo com as metas estabelecidas pelos órgãos de direção política.

Segundo Burci (2002, p. 242):

O terreno das políticas públicas seria o espaço institucional para a explicitação dos “fatores reais de poder” – na expressão de Lassale – ativos na sociedade em determinado momento histórico, em relação a um objeto de interesse público (no sentido de interesse *do* público). Política aqui não conota, evidentemente, a política partidária, mas política num sentido amplo, como atividade de conhecimento e organização do poder.

É por meio do desenho e execução de políticas públicas que os poderes políticos, com a participação da sociedade civil organizada, estabelecem ações de governo destinadas a garantir que o direito fundamental à educação seja concretizado, de modo a promover a inclusão social da população e a impulsionar o desenvolvimento econômico.

A Constituição Federal prevê, ao lado da educação, um extenso leque de políticas públicas para satisfação das necessidades da população, como saúde, moradia, assistência social, cultura, dentre outros direitos destinados a atingir a dignidade da pessoa humana.

Ao Poder Legislativo e à direção política do governo cabem decidir sobre as políticas públicas que representem a vontade do seu povo. No entanto o fato de serem informadas por elementos de poder público e de especialistas, faz com que a Administração desempenhe um papel relevante na análise e na elaboração dos pressupostos que dão base às políticas públicas. A ideia de que o Legislativo primeiro formula as políticas públicas para que depois o Executivo as execute é mais um tipo ideal do que algo real, “especialmente num país de regime presidencialista, em que os aparelhos de governo e de Administração se confundem no Poder Executivo” (BURCI, 2002, p. 249-250).

No campo educacional, em que um programa de ação governamental para ser bem sucedido depende de amplo conhecimento sobre diversos fatores, tais como: estrutura e funcionamento das escolas; dados estatísticos de professores e alunos; análises financeiras; materiais à disposição da Administração, o Poder Executivo é quem detém melhores condições de formular, por meio da iniciativa legislativa, políticas públicas.

A omissão do Estado na formulação e execução das políticas públicas tem por consequência a inefetividade dos direitos fundamentais de segunda geração, repercutindo na qualidade de vida das pessoas.

Todos os atores sociais podem sugerir a elaboração de políticas públicas e fiscalizar a sua aplicação, pois não se concebe no Estado Democrático de Direito a inexistência de controle da máquina pública. “Um Estado sem controle fere a ideia de democracia” (MARTINS, 2000, p. 111-112).

O Ministério Público tem sido frequentemente instado a exercer o controle das políticas públicas, em defesa da sociedade, para implementação dos direitos sociais. A relevância do *Parquet* no controle das políticas públicas estatais, como a educação, decorre do seu papel constitucional de fiscal do regime democrático, da ordem jurídica e dos direitos sociais e individuais indisponíveis.

Na qualidade de defensor da democracia, cabe ao Ministério Público zelar pela vontade popular, como também assegurar que as pessoas possam participar de modo consciente do processo político, o que não se faz possível sem que seja assegurada educação de qualidade.

Além de ser a alternativa mais viável para a construção da dignidade humana, a educação favorece a construção da democracia. “As pessoas instruídas adquirem o conhecimento de seus direitos e deveres. Um povo, que não tem consciência de seus direitos e deveres, fica à mercê da boa vontade de sua classe dominante, sem instrumentos para compreender quais são suas prerrogativas e quais as do Estado. E isso não é democracia, é o arbítrio preparando seu terreno de ação” (CHALITA, 2001, p. 105).

Paulo Freire (2005, p. 98-100) observou que muitas vezes, na História, o ensino foi usado como instrumento de “*reprodução* da ideologia dominante”, numa prática *imobilizadora* e *ocultadora* de verdades. Essa estratégia pode ter sido adotada porque a educação de qualidade permite o *desmascaramento* dos interesses dominantes, fazendo com que os cidadãos sejam capazes de observar, avaliar, escolher, decidir, intervir, romper, optar, tornando-se seres éticos.

Só existe verdadeira democracia se os cidadãos tiveram capacidade de tomar decisões políticas conscientes, o que só se faz possível com a ampla inclusão social da população, por meio da educação. Daí deriva a importância de o Ministério Público atuar para que o direito à educação seja garantido, haja vista sua missão constitucional de defensor do regime democrático.

Como defensor da ordem jurídica, cabe ao Ministério Público tomar todas as medidas extrajudiciais e judiciais cabíveis para assegurar que os direitos fundamentais consagrados na Constituição sejam respeitados, inclusive diante dos atos omissivos dos Poderes do Estado, de modo a zelar pelos direitos da coletividade e pelos direitos individuais indisponíveis, como o direito à educação das crianças e adolescentes, sempre na busca do bem comum (MAZZILI, 2007, p. 20).

Anota Gidi (2004, p. 89-90) que o Ministério Público tem um papel de protagonista na proteção dos direitos coletivos no Brasil, pois tem proposto importantes ações coletivas para proibir condutas ilegais ou abusivas sempre que o interesse social esteve em jogo. O êxito das ações ministeriais nesse seu mister social tem ampliado consideravelmente o poder político da instituição, a

ponto de ser considerado por alguns como uma espécie de quarto poder do Estado.

O direito à educação, como a maior parte dos direitos sociais, carece de plena efetividade. É um direito realizado para as crianças e adolescentes das classes mais favorecidas, que têm condições de frequentar as melhores escolas particulares, mas uma mera aspiração ideal para as camadas da população dependentes das escolas públicas em geral, muitas das quais sucateadas e com recursos pessoais e materiais insuficientes para propiciar um ensino de boa qualidade.

De nada adianta proclamar um direito social se ele não é desfrutado efetivamente. A linguagem dos direitos tem a função prática de emprestar uma força particular às reivindicações da sociedade, mas se torna enganadora se obscurecer ou ocultar a diferença entre o direito reivindicado e o direito reconhecido e protegido, de modo a criar uma massa dos “sem-direitos” (BOBBIO, 1992, p. 9).

A pesquisa constatou que 403 (82, 9%) denúncias apresentadas ao Ministério Público tinham como denunciadas as instituições de ensino, devido a problemas cuja solução poderia ser alcançada em nível local. Em 83 (17, 1%) denúncias, os denunciados eram órgãos públicos, como Secretaria de Educação Municipal ou Estadual e se referiam a problemas administrativos, tais como cumprimento de piso salarial, contratação de professores, ausência de divulgação dos índices de rendimento, descumprimento de carga horária, desrespeito ao direito de acesso a documentos, dentre outros.

Classificando as 403 instituições de ensino reclamadas segundo esfera administrativa, havia 73 (18, 1%) privadas, 109 (22, 4%) públicas estaduais e 221 (45, 5%) públicas municipais. Esses montantes, comparados ao total de escolas de cada categoria, constantes do censo escolar de 2012 dos municípios de Recife e Moreno, corresponderam a 6, 3% das escolas privadas (73/1159), 40, 5% das escolas públicas estaduais (109/269), assim como 47, 6% das escolas públicas municipais (221/464).

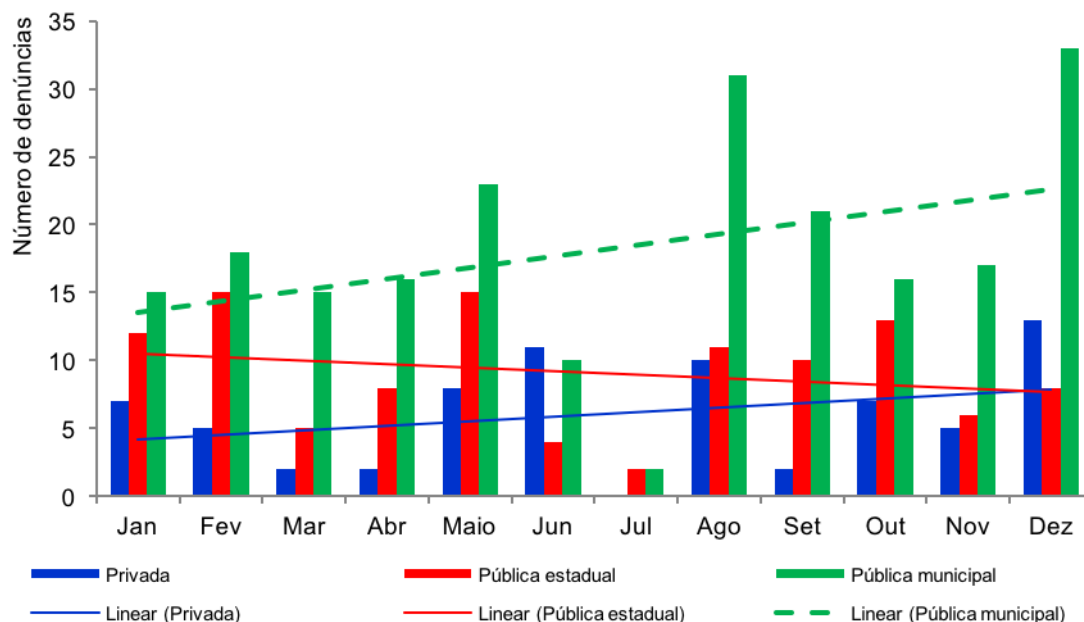
Isso deixa claro algo que é percebido por todos: o nível das escolas privadas é bastante superior ao das escolas públicas, com certa vantagem das escolas da rede estadual em relação às escolas das redes municipais.

Obedecendo à mesma linha de raciocínio desenvolvida para as variáveis anteriores, no Gráfico 3 está apresentada a evolução temporal de frequência de denúncias, segundo esfera administrativa das instituições de ensino. Nota-se uma tendência de aumento de denúncias envolvendo irregularidades em escolas públicas municipais e privadas, ao longo do ano letivo, mas essa tendência não foi homogênea. Entre os meses de janeiro a agosto houve aumento, redução de setembro a novembro para atingir a maior frequência em dezembro. Da análise de evolução temporal, foi possível identificar que 8, 85% da variação do número de denúncias envolvendo escolas privadas dependeu do período do ano letivo, assim como 12, 67% da variação de tais denúncias atinentes a escolas públicas municipais.

Verifica-se, que além de os problemas não ocorrerem de forma homogênea, ao longo do ano letivo, nos meses de recesso escolar, eles diminuem, o que é natural.

Para as escolas públicas estaduais, o comportamento de denúncias foi diferente. Houve tendência decrescente entre janeiro e dezembro, porém com comportamento trimodal, pois que se identificou aumento de frequência em fevereiro, maio e outubro. Da análise da curva de tendência pode-se determinar que 4, 95% da variação do número de denúncias podem ser atribuídos a eventos característicos do ano letivo (Gráfico 3).

**Gráfico 3 - Distribuição temporal de frequência e respectivas retas de regressão linear das denúncias apresentadas ao Ministério Público, classificadas segundo esfera administrativa das instituições de ensino – Recife, Moreno, 2012-2014**



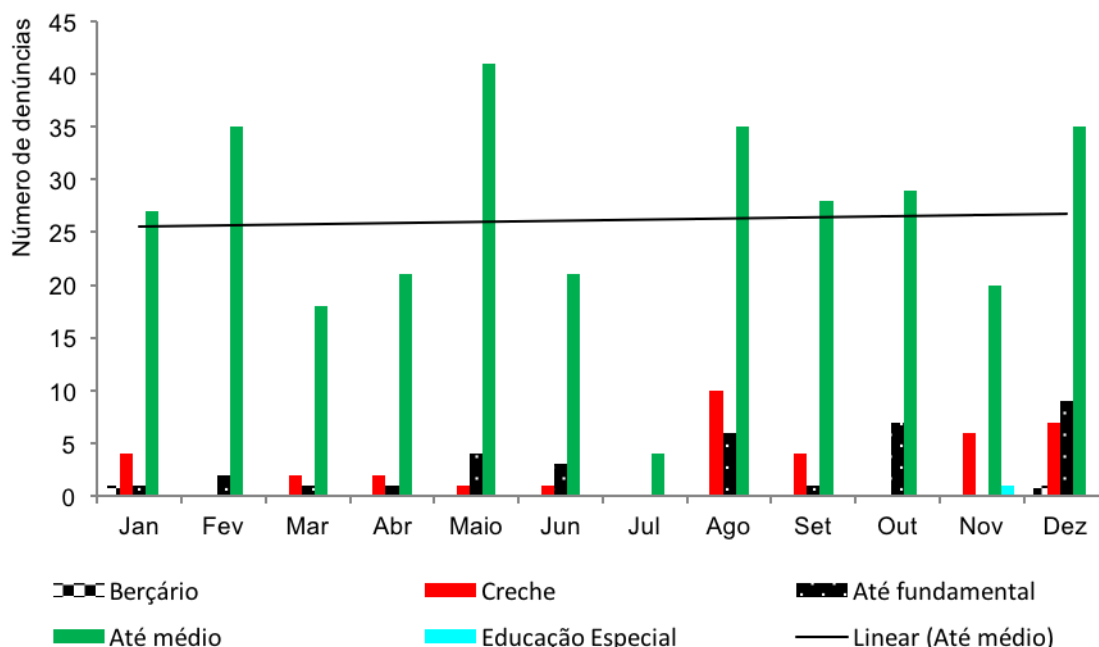
Outra forma de caracterização das denúncias envolvendo instituições de ensino foi o nível de escolaridade do alunato a que estava afeita a queixa, que estava especificado em 389 denúncias. Assim, 9, 0% delas estavam afeitas a alunos cursando até o fundamental; 80, 8%, a alunos relacionados ao nível médio, 0, 2% era reivindicação afeita ao ensino especial. Quanto às classes iniciais, o maior número de denúncias esteve relacionado à matrícula em creche (8, 2%), seguindo-se instituições com berçário e creche (1, 3%) e, finalmente, a berçário (0, 5%).

Por meio do Gráfico 4 se pôde identificar o comportamento temporal das denúncias segundo nível de escolaridade dos alunos. Denúncias relativas a creche sofreram redução de janeiro a junho, estando ausentes em julho, para aumentarem em agosto atingindo a maior frequência. Após redução em setembro, aumentaram entre novembro e dezembro. As denúncias relativas a berçário estiveram restritas aos meses de dezembro e janeiro. Quanto ao ensino fundamental, o comportamento foi homogêneo nos primeiros seis

meses do ano, para aumentar a frequência de reivindicações a partir de agosto, atingindo o maior patamar em dezembro.

As denúncias relativas ao ensino médio foram as mais frequentes e assim permaneceram durante todo o ano letivo, porém apresentando dois valores modais, sendo um em maio, caracterizado como o mês de maior frequência, e outra nos meses de fevereiro, agosto e dezembro, com mesma frequência (35 denúncias em cada um desses meses). É relevante relatar que, apesar das variações observadas nessas denúncias ao longo do ano letivo, houve tendência de regularidade, como se constata a partir da observação da reta de regressão no Gráfico 4.

**Gráfico 4 - Distribuição temporal de frequência e respectivas retas de regressão linear das denúncias apresentadas ao Ministério Público, classificadas segundo nível educacional dos alunos envolvidos nas instituições de ensino – Recife, Moreno, 2012-2014**



Classificando as denúncias segundo problemas apresentados, identificou-se ter havido 637 problemas constantes das mesmas, o que representou média de 1,41 problemas por denúncia, com variação de um a quatro problemas.

Dentre os problemas, os mais frequentes foram atinentes a falhas na gestão (28, 9%), seguidos em ordem decrescente de frequência por problemas que diretamente comprometiam o processo ensino-aprendizagem ou mesmo o inviabilizavam (26, 1%), bem como alterações relativas à estrutura física (17, 4%) (Tabela 1).

**Tabela 1 – Distribuição de frequência das categorias de problemas– Recife, Moreno, 2012-2014**

Classificação dos problemas	Frequência	Percentual
Problema de gestão	184	28, 9
Problema ensino-aprendizagem	166	26, 1
Estrutura física	111	17, 4
Problema discente	73	11, 5
Problema docente	55	8, 6
Dificuldade de acesso	48	7, 5

Ao distribuir as categorias de problemas ao longo do ano letivo, não se identificou qualquer regularidade de denúncias, porém houve alguns pontos em comum, dos quais se destacam: maior frequência no mês de maio de reivindicações relativas a problemas relativos a processo ensino-aprendizagem, discente, de gestão e de estrutura física; baixo número de denúncias em janeiro, exceto para aqueles afeitos ao corpo discente, tal como aumento da frequência de problemas em agosto (Gráfico 5).

Ao categorizar os reclamantes, conforme apresentado na Tabela 2, constatou-se que pais, responsáveis ou alunos foram os reclamantes mais frequentes (55, 1%) que buscaram o Ministério Público para apresentação de denúncias relativas ao direito à educação. Em ordem decrescente de frequência, estiveram as denúncias apresentadas pela Câmara Municipal do Recife (17, 9%).

# Mestrado em Direito

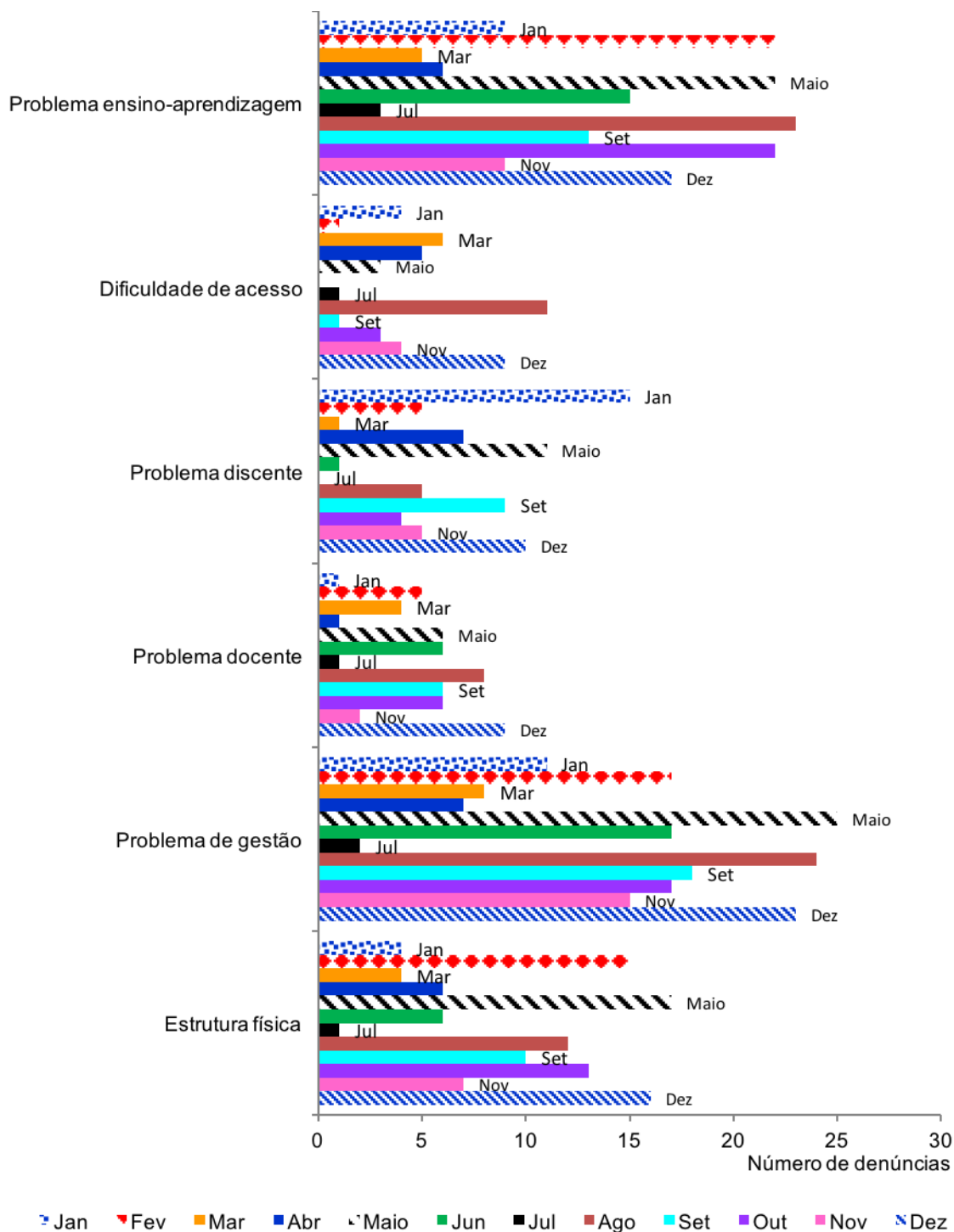
## Pesquisa

**Tabela 2 – Distribuição de frequência das categorias de reclamantes – Recife, Moreno, 2012-2014**

Classificação dos reclamantes	Frequência	Percentual
Pais, responsáveis ou alunos	268	55, 1
Câmara Municipal do Recife	87	17, 9
Central de Denúncias	55	11, 3
Ouvidoria do Ministério Público	26	5, 3
Conselho Tutelar	13	2, 7
Associações e Conselhos Regionais	13	2, 7
Representação	10	2, 1
Meios de comunicação	8	1, 6
Sindicatos	6	1, 2

Notou-se na pesquisa que a população, caracterizada pelos pais, responsáveis ou alunos, tem procurado, de forma maciça, o Ministério Público, para solução das suas demandas relacionadas à educação, o que demonstra a importância da Instituição para a Sociedade. Ademais, outros legitimados para promover os direitos coletivos (associações e sindicatos), ao invés de atuarem diretamente, também se socorrem do MP para a defesa da educação, o que salta aos olhos o protagonismo ministerial na defesa dos interesses da coletividade.

**Gráfico 5 - Distribuição temporal de frequência por problemas identificados nas denúncias apresentadas ao Ministério Público, segundo meses do ano letivo – Recife, Moreno, 2012-2014**



Nessa toada, as estatísticas demonstram a absoluta superioridade do número de ações civis públicas propostas pelo Ministério Público em comparação com as propostas pelos outros co-legitimados (MANCUSO, 2002, p. 108-109). No entanto esse protagonismo do Ministério Público na defesa dos direitos coletivos não decorre apenas do grande número de ações coletivas ajuizadas pelo *Parquet* em todo o Brasil. Deve-se, sobretudo, às técnicas extraprocessuais de tutela coletiva.

Todavia nem sempre é possível se obter uma solução consensual para os problemas gerados pelo aparato estatal, o que torna a judicialização da política caminho frequentemente trilhado pelo *Parquet* para defesa dos direitos sociais.

O acesso ao Poder Judiciário surge como uma alternativa para o resgate das promessas da modernidade, o que acaba por deslocar a esfera de tensão, até então calcada nos procedimentos políticos, para os procedimentos judiciais, e leva o Judiciário a participar da arena política (STRECK, 2002, p. 128).

### 3.4.6 *Democracia e judicialização da política*

A extensão do controle judicial das políticas públicas, no exercício da jurisdição constitucional, depende do posicionamento no debate entre Direito e Política, capitaneado pelas correntes procedimentalista e substancialista, relacionadas com a democracia e com as formas de se interpretar a Constituição.

A tese procedimentalista está calcada no princípio da separação de poderes e na proteção das liberdades individuais. Entende que a Constituição deve garantir os instrumentos favoráveis à participação democrática no processo de tomada de decisões dos governantes. Ambiciona esse paradigma, “proteger, antes de tudo, as condições do procedimento democrático”, do qual depende a legitimidade do direito. Havendo distorções sociais e no nível de conhecimento e consciência dos grupos sociais envolvidos no processo democrático, devem ser estabelecidas medidas para capacitar os indivíduos e

formar interesses e introduzi-los no processo decisório do Estado (HABERMAS, 1997, II, p. 183).

Segundo Habermas (1997, I, p. 326):

A constituição determina procedimentos políticos, segundo os quais os cidadãos, assumindo seu direito de autodeterminação, podem perseguir cooperativamente o projeto de produzir condições justas de vida (o que significa: mais corretas por serem equitativas). Somente as *condições processuais da gênese democrática das leis* asseguram a legitimidade do direito.

Para o procedimentalismo, os integrantes dos Poderes Legislativo e Executivo devem ter primazia nas escolhas políticas, haja vista que possuem legitimidade popular conquistada nas urnas, o que não ocorre com os órgãos do Judiciário. Assim, atribuir ao Poder Judiciário a definição dos rumos da vida política significa contrariar a democracia, impedindo a observância da vontade popular (SOUZA NETO, 2002, p. 1).

Nunes (2013, p. 23-24) entende que o controle do cumprimento dos programas de governo apresentados pelo Executivo é competência do Parlamento. Se o Executivo adota políticas erradas ou insuficientes, ou se não adota quaisquer políticas, o juízo sobre o seu comportamento é um juízo político, que só pode caber ao Parlamento e, em última instância, ao povo soberano, e não aos juízes, a quem é defeso fazer política.

O controle judicial das políticas públicas deve se limitar a garantir a observância do procedimento político-democrático, não sendo dado ao Judiciário interferir nas escolhas políticas dos governantes, ainda que para tornar efetivos os direitos fundamentais sociais, devendo assumir uma postura de autocontenção. Ao estabelecer a implementação de políticas públicas, o Poder Judiciário acaba fazendo suas próprias escolhas, no lugar das escolhas dos órgãos de direção política, ultrapassando a função de intérprete da lei.

Para Sustain (1993, p. 145), a intervenção judicial no controle das políticas públicas pode prejudicar os canais democráticos. O recurso à política tende a mobilizar os cidadãos e essa mobilização é benéfica para os indivíduos e a sociedade em geral, pois é capaz de tornar as pessoas mais comprometidas com os assuntos políticos, gerando um sentimento de

cidadania e dedicação à comunidade. “A ênfase no Poder Judiciário compromete muitas vezes esses valores”, tornando os indivíduos dependentes dos juízes para realização das políticas públicas, e levando-os a se acomodar na luta política por mudanças sociais. Ainda segundo Sustain (1993, p. 145), a atividade dos tribunais é voltada para a realização da justiça compensatória, que não se presta para uma reforma mais ampla das estruturas da sociedade.

Como os recursos são sempre escassos, é necessário, em primeiro lugar, escolher qual a parte desses recursos que se destina a cobrir as despesas decorrentes da satisfação de direitos, liberdades e garantias e qual a parte que vai cobrir as despesas com as prestações do Estado para tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais. Essa é uma escolha política, essencialmente majoritária. Se os órgãos políticos são omissos ou fazem escolhas equivocadas, cabe ao Parlamento e aos cidadãos eleitores censurar os atos contrários ao interesse público, e não ao Poder Judiciário definir políticas públicas. O ideário democrático norteia-se pela busca do autogoverno popular, no qual os cidadãos participam através do exercício do direito de voto e discutem propostas que possam atender ao bem comum. Além disso, aos cidadãos cabe fiscalizar e pressionar a ação dos governantes, em prol do interesse público (SARMENTO, 2007, p. 3).

“Se os Tribunais enveredam por este caminho estão eles próprios a violar gravemente a Constituição e a negar o Estado Democrático de Direito” (NUNES, 2013, p. 23-24).

Somente em casos excepcionais é que as cortes deveriam interferir em políticas públicas, para assegurar a regularidade do processo democrático, como o direito de voto e a liberdade de expressão (SUSTEIN, 1993).

Desta forma, ao Poder Judiciário, na vertente procedimentalista, cabe apenas aplicar a Constituição para garantir o desenvolvimento do processo democrático e a participação popular na formação da vontade política, mas não decidir sobre o conteúdo das políticas públicas.

Destaca Streck (2002, p. 128) que a corrente procedimentalista se controverte à substancialista, a qual valoriza o conteúdo substantivo da Constituição e entende que o Judiciário tem papel relevante na efetivação dos

direitos fundamentais sociais, podendo atuar, de forma supletiva, no campo próprio da atividade política.

De acordo com o viés substancialista, a eleição e efetivação das políticas públicas devem prioritariamente ser feitas pelos governantes escolhidos pelo povo. Todavia, ao admitir a legitimidade democrática da jurisdição constitucional para efetivação dos direitos fundamentais, a tese substancialista acaba por legitimar também, o Poder Judiciário para interferir nas políticas públicas, sempre que as decisões tomadas pelos Poderes Legislativo e Executivo violem os direitos das minorias e forem contrárias ao interesse social.

A opção por uma ou outra corrente no campo das políticas públicas não é algo simples de ser equacionado. O ideal seria que o Judiciário não interferisse nas opções políticas, deixando para os Poderes Legislativo e Executivo a identificação dos interesses da população e a escolha das prioridades, porquanto, além de seus membros terem sido eleitos pelo povo, esses Poderes gozam da especialização necessária para lidar com questões complexas envolvidas na definição das políticas públicas, que devem, a rigor, ser desenvolvidas com base em dados e estudos, com projeção de médio e longo prazo, e não ao sabor das conjunturas.

Nem sempre, porém, as escolhas dos governantes priorizam o interesse público, tendo muitas vezes caráter eleitoreiro ou escuso. Em outros casos, os políticos, mesmo bem-intencionados, não estão preparados para atender aos interesses da comunidade e fazem escolhas que podem aumentar, ao invés de reduzir, as desigualdades sociais.

A judicialização da política está fundada na ideia de supremacia da Constituição, por força da qual nenhum ato jurídico, nenhuma manifestação de vontade pode subsistir validamente se for incompatível com a Lei Fundamental. A inobservância das prescrições constitucionais, sejam formais ou materiais, deflagra um mecanismo de proteção da Carta Política, chamado de controle de constitucionalidade, conhecido na sua matriz norte-americana como *judicial review*. A supremacia constitucional torna possível o controle de constitucionalidade dos atos estatais, sejam omissivos ou comissivos, sendo

missão do Judiciário defender a Constituição, no sistema geral de freios e contrapesos concebido para contenção do poder (BARROSO, 2003b, p. 161-167).

Cabe, assim, ao Poder Judiciário garantir o respeito à Lei Maior, podendo, para tanto, exercer o controle de constitucionalidade das políticas formuladas e executadas pelos órgãos de direção política, para preservar os direitos fundamentais individuais ou coletivos.

No Estado de Direito, há uma relação de interdependência entre o sistema jurídico e o político. “Como as decisões políticas subordinam-se ao controle jurídico, o direito positivo não pode prescindir, por exemplo, de legislação controlada e deliberada politicamente. Da mesma maneira, enquanto a força física no âmbito da política submete-se ao controle do direito, ela depende, como coação jurídica, de variáveis políticas” (NEVES, 2008, p. 228). Assim, o direito é fruto da política, mas também a política está vinculada ao direito.

O Judiciário, pois, deve exercer o papel de conferir significado objetivo aos direitos sociais, no processo hermenêutico de aplicação da Constituição, de modo a aproximar o conteúdo literal do texto constitucional da realidade social.

O Ministério Público instaurou inquérito civil para fiscalizar as condições de funcionamento das escolas públicas do Município de Moreno, após receber um relatório do Sindicato Municipal de Professores demonstrando as precárias condições de funcionamento de diversas escolas da rede municipal.

No decorrer das investigações, uma empresa fora contratada pelo Município de Moreno para realizar o diagnóstico das escolas municipais e elaborar um plano de ações para melhoria da estrutura física dos estabelecimentos educacionais, a fim de dotar as escolas de condições mínimas de conforto, segurança e higiene.

A Administração Pública acenou com a realização de reformas básicas nas escolas, mas depois recuou, por considerar os recursos do Fundeb escassos.

O Município tinha outras prioridades para o gasto dos seus recursos próprios, pelo que os estudantes e professores foram deixados em condições indignas de estudo e trabalho.

Esgotadas as possibilidades de acordo entre o Ministério Público e o Município, para melhoria gradual das escolas públicas municipais, o caso foi levado ao Poder Judiciário.

O que se buscou na ação foi que as escolas tivessem um padrão mínimo de qualidade, a fim de propiciar condições de aprendizado, segurança e higiene, algo que não se fazia possível diante do estado deplorável das instalações escolares.

O Município não negou, em sua defesa, que a estrutura das escolas era deficitária, porém disse que não podia reformar as escolas por falta de recursos.

O juiz de primeira instância concedeu a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, para determinar, no prazo de seis meses, as reformas das escolas, conforme a previsão de obras contida no relatório técnico de empresa contratada pelo Município.

O Município interpôs recurso de agravo de instrumento, mas o Tribunal de Justiça manteve a determinação judicial de primeira instância.

Esse caso emblemático demonstra a relevância do papel do Poder Judiciário na efetivação dos direitos fundamentais sociais, e denota uma postura substancialista, pela atuação judicial no campo político.

Owen Fiss (2004, p. 105-106) observa que a principal ameaça aos valores constitucionais não é proveniente dos indivíduos, mas das operações das burocracias do Estado. Isso reflete a preocupação de que, a menos que as organizações sejam reestruturadas, as ameaças aos direitos da cidadania não podem ser eliminadas. O Judiciário surge assim como importante ator de transformação social, ao dar significado e concretude aos valores incorporados na Constituição.

Na concretização dos direitos sociais, as questões orçamentárias não podem impedir ou postergar políticas públicas destinadas a assegurar o conteúdo mínimo da dignidade da pessoa humana. Admite-se a realização

desses direitos pelo Poder Judiciário, não para determinar a implementação direta de políticas públicas, consubstanciadas em normas de caráter programático, mas para obrigar o cumprimento de deveres constitucionais impositivos, a fim de preservar os direitos fundamentais dos jurisdicionados.

Sempre que provocado, o Poder Judiciário poderá atuar para garantir a realização dos direitos fundamentais sociais, ou para protegê-los quando estejam em perigo, ainda que sua atuação revele resistência contra-majoritária às opções políticas do momento, desde que a vontade da maioria, manifestada através dos órgãos de direção política, seja incompatível com o princípio da dignidade da pessoa humana, cuja natureza é de “[. . .] valor supremo, porque está na base de toda a vida nacional” (SILVA, 2009, p. 38).

No Estado Social e Democrático de Direito, o Poder Judiciário não pode ficar desalijado das decisões políticas, a partir da concepção liberal do princípio da separação dos poderes; ao contrário, deve exigir das demais funções estatais que concretizem a Constituição, mediante a prestação de ações materiais destinadas a efetivar os direitos fundamentais, sejam eles de defesa ou prestacionais.

Ao dar efetividade aos direitos fundamentais sociais, o Poder Judiciário termina por adentrar na esfera política, com decisões que vão além da dogmática jurídica tradicional, tendo de revelar os valores fundamentais da comunidade, o que a princípio caberia aos órgãos políticos.

Sem desconhecer que o protagonismo na definição das políticas públicas deva se dar nas instâncias democráticas de poder, entendo que em situações de extrema ineficácia dos direitos de segunda dimensão, como o direito à educação básica, o Poder Judiciário pode e deve interferir nas políticas públicas, ainda que seja tachado de ativista, para garantir um mínimo existencial que proteja a dignidade da pessoa humana e a máxima efetividade dos direitos fundamentais sociais, como forma de contribuir para o progresso humano e propiciar maiores oportunidades de vida para os excluídos.

## 4 CONCLUSÕES

A pesquisa realizada teve por finalidade investigar a atuação do Ministério Público sobre o controle de políticas públicas educacionais e discutir se as situações de desrespeito ao direito à educação requerem soluções que podem estar sujeitas a fatores alheios ao sistema jurídico.

A experiência pessoal do pesquisador levou-o à pré-compreensão de que a falta de sistematização de ações poderia dificultar a busca de soluções pelo Ministério Público, aos problemas afeitos a direitos assegurados pelas políticas públicas educacionais, bem como de que as limitações financeiras não deveriam ser consideradas pelo *Parquet* para impossibilitar ou prejudicar a efetivação de soluções às questões relacionadas a essas mesmas políticas. Os dados obtidos junto às Promotorias constituíram evidências que sustentam as hipóteses levantadas.

Prevalece atualmente o entendimento de que os direitos sociais, como a educação, são direitos fundamentais, que devem ser respeitados pelo Poder Público, tendo o *status* de verdadeiros direitos subjetivos, exigíveis judicialmente. Nessa toada, as normas constitucionais e infraconstitucionais relacionadas à educação outorgam direitos subjetivos definitivos a prestações por parte do Estado.

Por ser a educação atividade relacionada à dignidade da pessoa humana, cuja finalidade é assegurar a democracia, com a plena participação popular na sociedade, e garantir melhores condições de vida para a população, notadamente mediante o desenvolvimento de competências para o trabalho, é do interesse nacional que o direito à educação seja efetivado. Somente pela educação se faz possível tornar o País próspero e produtivo, em condições de concorrer no competitivo mercado globalizado, sem precisar contar somente com as *commodities*.

O direito à educação constitui verdadeira cláusula pétrea, incorporado ao patrimônio jurídico do indivíduo e da coletividade. Por isso, não há margem de

ação do legislador ou do administrador para suprimir ou reduzir a extensão e o alcance do direito à educação.

Para a satisfação do direito à educação, o Estado deve realizar políticas públicas que assegurem um mínimo existencial, que não pode ser prejudicado por conta de limitações financeiras.

Pela tese da reserva do possível, a Administração não pode ser forçada, pelas vias judiciais, a ir além da sua capacidade financeira, para implementar determinada política educacional. Todavia é a própria Administração Pública quem tem o ônus de comprovar a insuficiência de recursos para efetivar o direito à educação e, quando tal não ocorre, o Poder Judiciário pode determinar ao Executivo a prática de certa atividade, ainda que isso implique em gastos não previstos nas leis orçamentárias, cabendo à Administração o contingenciamento ou deslocamento de verbas orçamentárias, para cumprimento da decisão judicial.

No entanto o Poder Público não pode ser obrigado a realizar o direito à educação, em prejuízo de outros interesses relevantes. Sempre que se estiver diante de um conflito dessa envergadura, envolvendo direitos fundamentais e a disponibilidade financeira do ente público, a solução deve ser alcançada num processo dialético, em que o Poder Judiciário deve contrapor os argumentos das partes e apresentar a solução para o litígio, apoiado em técnica hermenêutica dotada de racionalidade.

Embora sejam várias as técnicas de interpretação/aplicação do direito, nessa dissertação se sustentou que a teoria dos princípios é a que confere maior proteção ao direito à educação, por partir de um suporte fático amplo para os direitos fundamentais.

Em que pese a maior parte das discussões, em torno das políticas públicas educacionais, estar centrada na disponibilidade financeira dos sistemas de ensino, notou-se que a receita pública é suficiente para efetivar o direito à educação. O que falta para melhorar a qualidade do processo ensino-aprendizagem é vontade política, planejamento mais eficiente dos gastos, emprego de novas tecnologias e, sobretudo, aperfeiçoamento do capital

humano, com a formação continuada de professores e valorização do magistério.

O mecanismo ideal para perseguir a melhoria da qualidade da educação é a pressão social, mas a população em geral parece que ainda não se deu conta de sua força. Não se mobiliza de forma adequada para protestar contra as deficiências das redes de ensino. Isso faz com que a soberania popular seja tutelada pelo Ministério Público e pelo Poder Judiciário, que passam a ocupar os espaços da sociedade, sendo levados a buscar soluções que transbordam o campo jurídico, adentrando na esfera política, o que remete à tensão entre democracia e Estado de Direito.

O emprego do método hermenêutico-fenomenológico permitiu um olhar diferenciado das experiências das quatro Promotorias de Justiça pesquisadas, para exemplificação da diversidade de situações que se apresentam ao Ministério Público, abrindo um horizonte que favoreceu uma compreensão mais ampla de sua atuação no campo investigado.

Chamou atenção atuação singular dos Promotores de Justiça, numa condição existencial criadora de sentidos, cada qual percorrendo caminhos distintos para atingir o mesmo objetivo de assegurar o direito à educação.

A tarefa constitucional de zelar para que os Poderes Públicos e os serviços de relevância pública respeitem o direito à educação legitima o Ministério Público a assumir responsabilidades, de modo a influir no destino das atividades afeitas ao ensinar-aprender, interferindo na ação daqueles que têm o dever de educar, ao passo em que lança os membros do *Parquet* na incerteza desse mesmo destino, já que os coloca na difícil posição de escolher os meios mais adequados a efetivar tal direito.

As variadas possibilidades de tutela coletiva, tanto na seara extrajudicial como na judicial, torna mais complicada a busca de soluções para os problemas que são apresentados aos Promotores de Justiça. Apesar da noção tecnicista que se tem da atuação ministerial, a falta de definição de rotinas específicas para o trato dos diversos assuntos relacionados ao controle das políticas públicas educacionais, coloca os Promotores de Justiça como seres de variadas possibilidades, inseridos num processo de permanente busca da

# Mestrado em Direito

## Pesquisa

completude profissional, algo que nunca atingirão, diante da multiplicidade de problemas que lhes são confiados.

Essas dificuldades, contudo, têm sido contornadas pelo Ministério Público, que tem exercido o dever de promover a transformação social, mediante o controle das políticas públicas educacionais, na defesa de interesses estratégicos para o desenvolvimento nacional.

## 5 REFERÊNCIAS

ABBOUD, G. **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. 1st ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ABBOUD, G. ; CARNIO, H. G. ; OLIVEIRA, R. T. **Introdução à Teoria e à Filosofia do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ABRUCIO, F. L. Federalismo e Educação no Brasil: trajetória recente e principais desafios. In: R. P. Kim; P. Cruz; promotores de J. e D. P. da I. e da J. e T. pela E. Associação Brasileira de Magistrados (Eds. ); **Justiça pela Qualidade na Educação**. 1ª ed. , p. 205–222, 2013. São Paulo: Saraiva.

ALEXY, R. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ALEXY, R. **Direito, Razão, Discurso: estudos para a filosofia do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

ALMEIDA, G. A. DE. **Direito Processual Coletivo Brasileiro: um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação)**. São Paulo: Saraiva, 2003.

ARNESEN, E. S. Direito à educação de qualidade na perspectiva neoconstitucionalista. In: N. B. R. Stocco; S. Ricchetti (Eds. ); **Direito à educação: aspectos constitucionais**. p. 145–166, 2009. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo.

ATRIA, F. ¿ Existen Derechos Sociales ? XVI Jornadas Argentinas de Filosofia Jurídica e Social. **Anais**. . . . p. 15–59, 2004. Buenos Aires.

ÁVILA, H. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4ª rev. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

BAPTISTA, C. R. À italiana? Uma análise do percurso histórico da inclusão escolar. In: C. R. Baptista; D. M. Jesus (Eds. ); **Avanços em Políticas de Inclusão: o contexto da educação especial no Brasil e em outros países**. 2ª ed. , p. 1–232, 2011. Porto Alegre: Editora Mediação.

BARDIN, L. **Análise de conteúdo**. 3ª reimp. ed. São Paulo: Edições 70, 2011.

BARROSO, L. R. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003a.

BARROSO, L. R. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2003b.

BOBBIO, N. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campos, 1992.

# Mestrado em Direito

Pesquisa

BONAVIDES, P. **Curso de direito constitucional**. 10ª rev au ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

BRAGA, D. B. G. **Direito à educação e o Ministério Público do Pará – sua atuação como agente fiscalizador**, 2010. Universidade Federal do Pará.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. , 1988. Brasília: Diário Oficial da União de 05 de outubro de 1988, parte 1.

BRASIL. **Estatuto da criança e do adolescente**. 11ª ed. Brasília: Câmara dos Deputados - Consultoria Legislativa, 2014.

BRASIL CÂMARA DOS DEPUTADOS. Emenda Constitucional nº 14, DE 1996. Modifica os arts. 34, 208, 211 e 212 da Constituição Federal e dá nova redação ao art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. , 1996. Brasil: Diário Oficial da União - Seção 1 - 13/9/1996.

BRASIL CÂMARA DOS DEPUTADOS. Emenda Constitucional 53/06 | Emenda Constitucional nº 53, de 19 de dezembro de 2006. Dá nova redação aos arts. 7º, 23, 30, 206, 208, 211 e 212 da Constituição Federal e ao art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. , 2006. Brasil: Diário Oficial da União - Seção 1 - 20/12/2006.

BRASIL PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Lei de Ação Civil Pública - Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. , 1985. Brasil: Diário Oficial da União - Seção 1 - 25/7/1985.

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Lei nº 9.424, de 24 de dezembro de 1996. Lei do FUNDEF. Dispõe sobre o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério, na forma prevista no art. 60, § 7º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, e d. , 1996. Brasil: Diário Oficial da União - Seção 1 - 26/12/1996.

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional**. 9ª ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2014.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE EDUCAÇÃO. Resolução CNE/CEB nº 2, de 11 de setembro de 2001. Institui Diretrizes Nacionais para a Educação Especial na Educação Básica. , 2001. Brasil: Conselho Nacional de Educação.

BRASIL. MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. **Subsídios ao Ministério Público para Acompanhamento do FUNDEB**. Brasília: Ministério da Educação, 2009.

BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Lei nº 7. 853, de 24 de outubro de 1989 - Lei dos Portadores de Deficiência - Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência (CORDE), institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências. 1989a. Brasil: Diário Oficial da União - Seção 1 - 25/10/1989.

BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Lei nº. 7. 913 de 07 de dezembro de 1989 - Dispõe sobre a ação civil pública de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários. , 1989b. Brasil: Diário Oficial da União. Seção 1. 11/12/1989.

BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Lei nº 8. 078, de 11 de setembro de 1990 - Código de Defesa do Consumidor - Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. , 1990. Brasil: Diário Oficial da União - Seção 1 - Suplemento - 12/9/1990.

BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Lei nº. 8. 429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. , 1992. Brasil: Diário Oficial da União, Brasília, 03 jun. 1992.

BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Lei nº 8. 625, de 12 de Fevereiro de 1993 - Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências. , 1993. Brasil: Diário Oficial da União. Seção 1. 15/02/1993.

BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Lei nº. 9394 - estabelece as bases da educação nacional. , 1996. Brasil: Diário Oficial da União, 23/12/1996.

BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Lei nº 10. 671, de 15 de maio de 2003 - Estatuto de Defesa do Torcedor; Estatuto do Torcedor - Dispõe sobre o Estatuto de Defesa do Torcedor e dá outras providências. , 2003a. Brasil: Diário Oficial da União - Seção 1 - 16/5/2003.

BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Lei nº 10. 741, de 1º de Outubro de 2003 - Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. , 2003b. Brasil: Diário Oficial da União. Seção 1. 03/10/2003.

BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Lei nº 11. 494, de 20 de junho de 2007. Regulamenta o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação - FUNDEB, de que trata o art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias; altera a Lei. , 2007. Brasil: Diário Oficial da União - Seção 1 - 21/6/2007.

BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Constituição da República**

**Federativa do Brasil.** São Paulo: Governo do Estado de São Paulo, 2015a.

BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Lei nº 13. 146/2015 - Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). , 2015b. Brasil: Diário Oficial da União nº 192, quarta-feira, 7 de outubro de 2015, Seção 1, .

BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Lei nº. 13. 105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil (2015). , 2015c. Brasil: Diário Oficial da União - Seção 1 - 17/3/2015.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº 1041197/MS. Relator Humberto Martins. Julgado em 25 ago. 2009. Publicado em 16 set. 2009. , 2009. Brasil.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº 1185474/SC. Relator Humberto Martins. Julgado em 20 abr. 2010. Publicado em 29 abr. 2010. , 2010. Brasil.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Embargos de Divergência em Recurso Especial 506. 226/DF, Rel. Ministro Humberto Martins, Primeira Seção, julgado em 24/04/2013. , 2013. Brasil: Diário de Justiça Eletrônico de 05/06/2013.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45. Relator: Celso de Mello. Julgamento em: 29 abr. 2004. , 2004.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Agravo Regimental 639337 SP, Relator: Min. Celso de Mello, Data de Julgamento: 21/06/2011. , 2011a. Brasília: Diário de Justiça Eletrônico-123, divulgação 28/06/2011 publicação 29/06/2011.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Agravo Regimental 639337 Relator Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJE-177 divulgação 14-09-2011, publicação 15-09-2011, ementa v. 02587-01. , 2011b. Brasil: DJE-177 divulgação 14-09-2011.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário nº 593727, relator para o acórdão Min. Gilmar Mendes, Data da publicação DJE 08/09/2015 - Ata nº 125/2015. DJE nº 175, divulgado em 04/09/2015. , 2015. Brasil: Supremo Tribunal Federal.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível: 70062479787 RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Data de Julgamento: 07/11/2014, Sétima Câmara Cível. , 2014. Porto Alegre, Brasil: Diário da Justiça do dia 11/11/2014.

BUENO, C. S. **A nova Lei do mandado de segurança.** 2ª rev. am ed. São

# Mestrado em Direito

Pesquisa

Paulo: Saraiva, 2010.

BURCI, M. P. D. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BUSTAMANTE, T. DE R. **Argumentação contra legem: a teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CAMBI, E. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo. Direitos Fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª reim ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, M. ; GARTH, B. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Editora Sérgio Antonio Fabris, 1988.

CARREIRA, D. ; PINTO, J. M. R. **Custo Aluno–Qualidade Inicial: rumo à educação pública de qualidade no Brasil**. São Paulo: Campanha Nacional pelo Direito à Educação, 2006.

CARVALHO, I. C. DE M. ; GRÜM, M. ; AVANZI, M. R. Paisagens da compreensão: contribuições da hermenêutica e da fenomenologia para uma epistemologia da educação ambiental. **Caderno Cedes**, v. 29, n. 77, p. 99–115, 2009.

CHALITA, G. **Educação - A solução está no afeto**. 4ª ed. São Paulo: Editora Gente, 2001.

COLTRO, A. A Fenomenologia : um enfoque metodológico para além da modernidade. **Caderno de Pesquisas em Administração**, v. 1, n. 11, p. 37–46, 2000.

CORDEIRO, A. M. R. M. Os dilemas da ciência do Direito no final do século XX. In: C. -W. Canaris (Ed. ); **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. 3ª ed. , p. CXIV, 2002. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

CURY, C. R. J. Do direito de aprender: base do direito à Educação. In: R. P. Kim; P. Cruz; Associação Brasileira de Magistrados, promotores de Justiça e Defensores Públicos da Infância e da Juventude e Todos pela Educação (Eds. ); **Justiça pela qualidade na educação**. 1ª ed. , p. 824, 2013. São Paulo: Saraiva.

CURY, C. R. J. ; FERREIRA, L. A. M. A Judicialização da Educação. **Revista do Ministério Público de Goiás - Goiânia**, v. XII, n. 18, p. 23–79, 2009.

# Mestrado em Direito

Pesquisa

DIAS, J. C. Políticas públicas e questão ambiental. **Revista de Direito Ambiental**, v. 8, n. 31, p. 117–135, 2003.

DIAS, J. ; FERREIRA, L. C. ; GUGEL, M. A. ; COSTA FILHO, W. M. **Novos Comentários à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência - Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Decreto Legislativo nº 186/2008 Decreto nº 6. 949/2009. 3ª rev.** au ed. Brasília: •, Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR)/Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência (SNPD), 2014.

DINAMARCO, C. R. **A instrumentalidade do processo.** São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

DOURADO, L. F. ; NAVARRO, I. P. ; WIMANN, L. C. ; AGUIAR, M. Â. S. ; GRACINDO, R. V. **Conselho Escolar e o financiamento da educação no Brasil.** Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Básica, 2006.

DOURADO, L. F. ; OLIVEIRA, J. F. ; SANTOS, C. A. **A Qualidade da Educação: conceitos e definições.** Brasília: Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira, 2007.

DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério.** São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAJOLLI, L. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: L. Ferrajoli; L. L. Streck; A. K. Trindade (Eds. ); **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo.** 1ª ed. , p. 1–258, 2012. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

FERRARESI, E. A Responsabilidade do Ministério Público no Controle das Políticas Públicas. **Cadernos de Direito**, v. 9, n. 16-17, p. 61–74, 2009.

FERREIRA FILHO, M. G. **Curso de Direito Constitucional.** 38ª rev au ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

FISS, O. **Um Novo Processo Civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FREIRE, P. **Pedagogia da Autonomia.** 31ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2005.

GARCIA, A. A. ; FIGUEIREDO, L. C. V. **Constituição do Estado de Pernambuco comentada.** Recife: RC Editora, 2005.

GAVRONSKI, A. A. A tutela coletiva do século XXI e sua inserção no paradigma jurídico emergente. In: E. Milaré (Ed. ); **A ação civil pública após 25 anos.** p. 1–912, 2010. São Paulo: Revista dos Tribunais.

GIDI, A. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas.** São Paulo: Saraiva, 1995.

- GIDI, A. **Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales em Brasil: um modelo para países de derecho civil.** México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.
- GIL, M. **Educação Inclusiva: o que o professor tem a ver com isso?** 1ª ed. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2005.
- GODINHO, R. R. O Ministério Público e a tutela jurisdicional coletiva dos direitos dos idosos - algumas impressões. **Revista Jurídica do Ministério Público**, v. 6, p. 393–412, 2006.
- GORDILLO, A. **Princípios Gerais de Direito Público.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.
- GOUVEIA, L. G. **Interpretação criativa e realização do direito.** Recife: Bagaço, 2000.
- GOUVEIA, L. G. ; ATAÍDE JÚNIOR, J. R. Criação judicial do direito e importância dos precedentes. *Revista Brasileira de Direito Processual*. **Revista Brasileira de Direito Processual**, v. 20, n. 80, p. 123–143, 2012.
- GRAU, E. R. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito.** São Paulo: Malheiros Editores, 2009.
- GRAU, E. R. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988: Interpretação e Crítica.** 16ª rev. , ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.
- GRINOVER, A. P. Apontamentos sobre as ações coletivas. In: A. P. Grinover; T. A. A. Wambier; A. H. Benjamin; V. Vigoriti (Eds. ); **Processo Coletivo: do surgimento à atualidade**, 2014. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- GUERRA FILHO, W. S. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais.** 4ª rev. am ed. São Paulo: RCS Editora, 2005.
- GUERRA, M. C. The Phenomenology of Heidegger and the practice phylosophy of Aristotle. **Legis Augustus**, v. 3, n. 2, p. 170–183, 2012.
- HÄBERLE, P. **A sociedade aberta de intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.
- HABERMAS, J. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade.** Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- HEIDEGGER, M. **Ser e Tempo.** 15ª ed. Petrópolis: Vozes, 2005.
- HEIDEGGER, M. **Problemas fundamentais da fenomenologia.** Petrópolis: Vozes, 2012.
- IBGE. **Normas de apresentação tabular.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Instituto

# Mestrado em Direito

## Pesquisa

Brasileiro de Geografia e Centro de Documentação e Disseminação de Informações Estatísticas, 1993.

LIMA, M. M. B. ; BERCOVICI, G. Entrevista com Friedrich Müller. **Revista Seqüência**, v. 51, p. 9–30, 2006.

LUÑO, A. E. P. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. 10<sup>a</sup> ed. Madrid: Tecnos, 1991.

MACHADO, A. C. C. **A Intervenção do Ministério Público no Processo Civil**. 2<sup>a</sup> rev. at ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

MANCUSO, R. C. **Interesses Difusos: conceito e legitimação para agir**. 5<sup>a</sup> rev; am ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MANCUSO, R. C. **Ação Civil Pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores**. 8<sup>a</sup> rev. at ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARINONI, L. G. **Efetividade do processo e tutela de urgência**. Porto Alegre: Editora Sérgio Antonio Fabris, 1994.

MARMELSTEIN, G. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.

MARTINS, F. R. **Controle do patrimônio público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MAZZILI, H. N. **Introdução ao Ministério Público**. 6<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MAZZILLI, H. N. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo, meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos**. 25<sup>a</sup> rev. a ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MEDEIROS, C. G. ; RODRIGUES, H. C. C. A judicialização do direito à educação básica. **Filosofia Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais**, v. 1, n. 20, p. 55–85, 2014.

MENDES, A. G. DE C. **Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MENDES, G. Integração Social e Perspectivas da Democracia. **Revista do Instituto Brasileiro de Direito Público**, v. 1, n. 7, p. 5–20, 2005.

MENDES, G. Voto do Ministro Gilmar Mendes no Recurso Extraordinário 635. 659 - São Paulo, 20/08/2015. , 2015. Brasília: Brasil. Supremo Tribunal Federal.

MOREIRA, J. C. B. A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional. In: A. P. Grinover; T. A. A. Wambier; A. H. Benjamin; V.

# Mestrado em Direito

Pesquisa

Vigoriti (Eds. ); **Processo coletivo - do surgimento à atualidade**. p. 110–123, 2014. São Paulo: Revista dos Tribunais.

MÜLLER, F. **Métodos de trabalho do Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

MÜLLER, F. **O Novo Paradigma do Direito – Introdução à teoria e metódica estruturantes do Direito**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MÜLLER, F. **Teoria Estruturante do Direito**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NERY JÚNIOR, N. ; NERY, R. M. DE A. **Código de Processo Civil Comentado**. 5ª rev. am ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

NEVES, M. C. P. A concepção de Estado de direito e sua vigência prática na América do Sul, com especial referência à força normativa de um direito supranacional. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, v. 2, n. 8, p. 227–236, 2008.

NUCCI, G. S. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: em busca da Constituição Federal das Crianças e dos Adolescentes**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUNES, A. J. A. O poder judiciário, a Constituição e os direitos fundamentais. **Revista Eletrônica IBPI**, n. 7, p. 7–60, 2013.

OLIVEIRA JÚNIOR, V. F. O Estado Constitucional Solidarista: estratégias para sua efetivação. In: I. G. S. Martins; G. F. Mendes; C. V. Nascimento (Eds. ); **Tratado de Direito Constitucional**. 2ª ed. , p. 60–122, 2012. São Paulo: Saraiva.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos. **Unesco**, 1998. Brasília, Brasil: Organização ds Nações unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura.

PEDROL, X. Derechos sociales y Unión Europea. História de un desencuentro. In: V. Valiño (Ed. ); **Defender y repensar los derechos sociales en tiempo de crisis**. 4ª ed. , p. 33–50, 2009. Barcelona: OBSERVATORI DESC.

PINHO, H. D. B. Direito individual homogêneo e legitimidade do Ministério Público: a visão dos Tribunais Superiores. **Revista de EMERJ**, v. 7, n. 26, p. 246–264, 2004.

PINTO, J. M. R. A política recente de fundos para o financiamento da educação e seus efeitos no pacto federativo. **Educação & Sociedade**, v. 28, n. 100, p. 877–897, 2007.

PIOVESAN, F. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**.

# Mestrado em Direito

Pesquisa

7ª rev amp ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

PIOVESAN, F. Igualdade, diferença e direitos humanos: perspectivas global e regional. In: G. S. Leite; I. W. Sarlet (Eds. ); **Direitos Fundamentais e Estado Constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho**. p. 1–432, 2009. São Paulo: Revista dos Tribunais.

PISARELLO, G. Del estado social legislativo al estado social constitucional: por una protección compleja de los derechos sociales. **Isonomía**, v. Octubre, n. 15, p. 81–107, 2001.

POLAK, E. L. ; MCCULLOUGH, M. E. Is gratitude an alternative to materialism? **Journal of Happiness Studies**, v. 7, p. 343–360, 2006.

POSTIGO, M. La conquista de la igualdad y las acciones afirmativas: de la igualdad formal a la igualdad substancial. **Clepsydra**, v. 4, p. 33–45, 2005.

PULIDO, C. B. Fundamento, concepto y estructura de los derechos sociales. Una crítica a “¿Existen derechos sociales?” de Fernando Atria. **Discusiones: Derechos Sociales**, , n. 4, p. 99–144, 2004.

RAMOS, M. N. **Educação brasileira: uma agenda inadiável**. São Paulo: Fundação Santilana, 2015.

RICHARDSON, R. J. **Pesquisa Social: métodos e técnicas**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

RODRIGUES, G. DE A. **Ação pública e termo de ajustamento de conduta - teoria e prática**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SALLES, C. A. Políticas públicas e a legitimidade para defesa de interesses difusos e coletivos. **Revista de Processo**, v. março, n. 121, p. 1–50, 2006.

SARLET, I. W. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, v. 09, p. 361–388, 2007.

SARLET, I. W. Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: seu conteúdo, eficácia e efetividade no atual marco jurídico-constitucional brasileiro. In: G. Leite; I. W. Sarlet (Eds. ); **Direitos Fundamentais e Estado Constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho**. p. 213–253, 2009. São Paulo: Revista dos Tribunais.

SARLET, I. W. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SARMENTO, D. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. **Revista Diálogo Jurídico**, v. maio/ago, n. 16, p. 1–39, 2007.

# Mestrado em Direito

## Pesquisa

SARMENTO, D. Reserva do Possível e Mínimo Existencial. In: P. Bonavides; J. Miranda; W. M. Agra (Eds. ); **Comentários à Constituição Federal de 1988**, 2009. Rio de Janeiro: Editora Forense.

SCHMIDT, L. K. **Hermenêutica**. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

SCOTT, J. W. O enigma da igualdade. **Revista Estudos Feministas**, v. 13, n. 1, p. 11–30, 2005.

SEIBT, C. L. Educação e conhecimento a partir da fenomenologia hermenêutica. In: V Congresso Internacional de Filosofia e Educação (Ed. ); . p. 1–16, 2010. Caxias do Sul.

SEIBT, C. L. Heidegger: da fenomenologia “reflexiva” à fenomenologia hermenêutica. **Revista de Filosofia**, v. 19, n. 31, p. 79–98, 2012.

SILVA, J. A. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 3ª rev ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

SILVA, J. A. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

SILVA, J. A. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

SILVA, V. A. Princípios e regras : mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-americana de Estudos Constitucionais**, v. 1, p. 607–630, 2003.

SILVA, V. A. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

SILVEIRA, A. A. D. Judicialização da educação para a efetivação do direito à educação básica. **Jornal de Políticas Educacionais**, v. jan-jun, n. 9, p. 30–40, 2011.

SOARES NETO, J. J. ; JESUS, G. R. ; KARINO, C. A. ; ANDRADE, D. F. Uma escala para medir a infraestrutura escolar. **Estudos e Avaliação Educacional**, v. 24, n. 54, p. 78–99, 2013.

SOUZA NETO, C. P. **Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SOUZA NETO, C. P. ; SARMENTO, D. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

STRECK, L. L. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma Nova Crítica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

# Mestrado em Direito

Pesquisa

SUSTEIN, C. **The Partial Constitution**. London: Harvard University Press, 1993.

TORRES, R. L. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: R. L. Torres (Ed. ); **Teoria dos Direitos Fundamentais**. p. 243–341, 2001. Rio de Janeiro: Renovar.

TORRES, R. L. A Metamorfose dos Direitos Sociais em Mínimo Existencial. In: I. W. Sarlet (Ed. ); **Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado**, 2003. São Paulo: Renovar.

UNESCO. **Declaração de Salamanca sobre princípios, política e práticas na área das necessidades educativas especiais**. Salamanca, 1998.

UNESCO. **Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a “Pessoa Portadora de Deficiência.”** Guatemala, 1999.

UNESCO. **Educação de qualidade para todos: um assunto de direitos humanos**. 2ª ed. Brasília: UNESCO, OREALC, 2008.

UNITED NATIONS. **Including the rights of persons with disabilities in United Nations programming at country level - A Guidance Note for United Nations Country Teams and Implementing Partners**. New York: United Nations, 2011.

VENTURI, E. **Processo Civil Coletivo: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

VIGLIAR, J. M. M. **Interesses individuais homogêneos e seus aspectos polêmicos**. São Paulo: Saraiva, 2003.

VILANOVA, L. O Poder de Julgar e a Norma. **Escritos Jurídicos e Filosóficos**. p. 1–930, 2003. São Paulo: Axis Mundi.

WATANABE, K. Disposições gerais. In: A. P. GRINOVER; A. H. de V. BENJAMIN; D. R. FINK; et al. (Eds. ); **Código brasileiro de defesa do consumidor : comentado pelos autores do anteprojeto**. 7ª rev atu ed. , p. 790–873, 2007. Rio de Janeiro: Forense Univeristária.

XIMENES, S. B. Custo Aluno-Qualidade: um novo paradigma para o direito à Educação e seu financiamento. In: R. P. Kim; P. Cruz; Associação Brasileira de Magistrados. Promotores de Justiça e Defensores Públicos da Infância e da Juventude e Todos pela Educação (Eds. ); **Justiça pela qualidade na educação**. 1ª ed. , p. 312–334, 2013. São Paulo: Saraiva.

# Mestrado em Direito

Pesquisa



ZAVASCKI, T. A. **Medidas cautelares e medidas antecipatórias: Técnicas diferentes, função constitucional semelhante. Inovações do Código de Processo Civil.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

ZAVASCKI, T. A. **Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos.** 3ª rev atu ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

## *APÊNDICE A – Protocolo de levantamento de dados*

### **ANÁLISE DE CONTEÚDO DA NOTÍCIA DE FATO POR BARDIN**

**Doc nº.** \_\_\_\_\_

**Autos MPPE nº.** \_\_\_\_\_/\_\_\_\_\_

**Promotoria de Justiça:** Recife  Jaboatão dos Guararapes

**Tipo de estabelecimento de ensino:**

Creche  Pré-escola  Fundamental I

Fundamental II  Médio

**Tema:**

**Subtema:**

**Trechos:**

*APÊNDICE B – Categorias segundo Bardin*

	REG	Data	Administração	Nível	Categoria geral segundo método de Bardin
1	.	.			problema de gestão
2	.	.			problema de gestão
3	.	.			problema docente
4	.	.	Privada		problema discente
5	99	30/05/2012			problema de gestão
6	622	18/06/2012			problema de gestão
7	621	15/06/2012			problema de gestão
8	476	.			problema de gestão
9	94	14/01/2013			problema de gestão
10	100	30/05/2012			problema de gestão
11	295	07/05/2014			problema de gestão
12	78	08/05/2013			problema de gestão
13	351	03/01/2014			problema de gestão
14	.	.	Pública municipal		problema de gestão
15	.	.	Pública municipal		problema de gestão
16	.	.			problema de gestão
17	.	.			problema de gestão
18	.	.			problema de gestão
19	.	.			problema de gestão
20	.	.	Pública municipal		problema docente
21	.	.			problema discente
22	.	.			problema discente
23	.	.			dificuldade de acesso
24	.	.			dificuldade de acesso
25	.	.	Pública municipal		problema ensino-aprendizagem
26	131	22/12/2014			dificuldade de acesso
27	136	23/12/2014	Pública estadual		problema de gestão
28	113	23/01/2014	Pública municipal		problema de gestão
29	617	06/01/2012			problema docente
30	643	23/03/2012			problema de gestão
31	406	11/09/2012			problema docente
32	426	06/01/2012			problema de gestão
33	427	06/06/2012			problema de gestão

# Mestrado em Direito

## Pesquisa

	REG	Data	Administração	Nível	Categoria geral segundo método de Bardin
34	555	08/01/2012			problema ensino-aprendizagem
35	46	12/08/2014			dificuldade de acesso
36	377	15/09/2014			dificuldade de acesso
37	376	12/08/2014			dificuldade de acesso
38	493	12/11/2014	Privada		problema de gestão
39	573	19/11/2013			problema docente
40	349	17/03/2014			dificuldade de acesso
41	557	22/05/2012			problema ensino-aprendizagem
42	139	16/05/2013			problema ensino-aprendizagem
43	245	16/05/2013			problema ensino-aprendizagem
44	628	30/05/2012			problema ensino-aprendizagem
45	129	31/10/2012			problema de gestão
46	626	31/10/2012			dificuldade de acesso
47	125	05/08/2014	Pública municipal		problema discente
48	647	22/03/2012	Pública municipal		problema docente
49	253	09/05/2014			problema ensino-aprendizagem
50	130	15/06/2012			problema de gestão
51	115	03/12/2014			dificuldade de acesso
52	118	02/12/2014			dificuldade de acesso
53	120	22/12/2014			dificuldade de acesso
54	477	08/01/2012			problema ensino-aprendizagem
55	517	12/07/2013			dificuldade de acesso
56	635	03/04/2012			problema ensino-aprendizagem
57	56	03/12/2013			dificuldade de acesso
58	110	27/08/2013			dificuldade de acesso
59	111	03/01/2014			dificuldade de acesso
60	116	21/11/2014			dificuldade de acesso
61	117	12/08/2014			dificuldade de acesso
62	121	21/01/2014			dificuldade de acesso
63	123	18/08/2014			dificuldade de acesso
64	124	26/03/2014			dificuldade de acesso
65	173	28/04/2014			dificuldade de acesso
66	309	07/10/2014			dificuldade de acesso
67	85	30/04/2014	Pública municipal		problema ensino-aprendizagem
68	97	30/04/2014	Pública municipal		problema ensino-aprendizagem
69	275	04/06/2013			problema de gestão
70	391	11/05/2012			problema ensino-aprendizagem
71	616	29/05/2012			problema de gestão
72	618	08/01/2012			problema de gestão

# Mestrado em Direito

## Pesquisa

	REG	Data	Administração	Nível	Categoria geral segundo método de Bardin
73	367	05/11/2014			dificuldade de acesso
74	167	15/08/2014			dificuldade de acesso
75	6	20/01/2014			dificuldade de acesso
76	11	12/03/2013			dificuldade de acesso
77	168	06/08/2014			dificuldade de acesso
78	169	05/08/2014			dificuldade de acesso
79	16	12/08/2014			dificuldade de acesso
80	417	28/04/2014			dificuldade de acesso
81	2	24/04/2014			dificuldade de acesso
82	574	18/01/2014			problema ensino-aprendizagem
83	105	03/12/2014	Pública municipal		problema ensino-aprendizagem
84	278	03/01/2012	Pública municipal		problema docente
85	293	27/11/2014			problema discente
86	45	18/07/2013	Pública municipal		problema docente
87	92	13/06/2012	Pública municipal		problema de gestão
88	119	22/05/2014			dificuldade de acesso
89	289	14/01/2014			problema docente
90	422	01/07/2014			problema de gestão e de ensino-aprendizagem
91	392	29/11/2012			problema ensino-aprendizagem
92	325	13/09/2013			problema de gestão
93	563	11/12/2012			problema de gestão
94	472	08/05/2012			problema de gestão
95	543	04/08/2014			problema de gestão
96	106	29/05/2014			problema de gestão e de ensino-aprendizagem
97	101	25/01/2012	Pública municipal		problema de gestão
98	582	11/12/2012	Pública municipal	Até fundamental	problema de gestão
99	552	14/01/2014	Pública municipal	Até fundamental	problema de gestão
100	401	23/01/2014	Privada	Até fundamental	problema de gestão
101	575	23/12/2013	Privada	Até fundamental	problema de gestão
102	609	22/10/2014	Privada	Até fundamental	problema de gestão
103	296	08/08/2014	Privada	Até fundamental	problema de gestão
104	428	23/12/2014	Privada	Até fundamental	problema de gestão
105	494	15/05/2012	Privada	Até fundamental	problema discente
106	48	08/08/2013	Privada	Até fundamental	problema ensino-aprendizagem
107	619	08/01/2012	Privada	Até fundamental	problema discente
108	445	08/08/2014	Privada	Até fundamental	problema ensino-aprendizagem
109	86	14/03/2012	Pública municipal	Até fundamental	dificuldade de acesso
110	432	06/06/2012	Pública municipal	Até fundamental	problema ensino-aprendizagem
111	456	06/05/2014	Pública municipal	Até fundamental	problema de gestão e docente

# Mestrado em Direito

## Pesquisa

	REG	Data	Administração	Nível	Categoria geral segundo método de Bardin
112	299	15/08/2014	Pública municipal	Até fundamental	problema ensino-aprendizagem
113	370	12/09/2014	Pública municipal	Até fundamental	problema ensino-aprendizagem
114	580	08/05/2012	Privada	Até fundamental	estrutura física
115	21	12/08/2014	Pública municipal	Até fundamental	problema docente e de ensino-aprendizagem
116	385	10/10/2014	Pública estadual	Até fundamental	estrutura física, problema docente e de ensino-aprendizagem
117	386	10/10/2014	Pública estadual	Até fundamental	estrutura física, problema docente e de ensino-aprendizagem
118	387	10/10/2014	Pública estadual	Até fundamental	estrutura física, problema docente e de ensino-aprendizagem
119	597	18/06/2014	Privada	Até fundamental	problema ensino-aprendizagem
120	604	18/06/2014	Privada	Até fundamental	problema ensino-aprendizagem
121	322	22/12/2014	Privada	Até fundamental	estrutura física
122	429	13/08/2013	Pública municipal	Até fundamental	problema docente
123	518	23/12/2014	Privada	Até fundamental	problema discente
124	537	23/12/2014	Privada	Até fundamental	problema de gestão
125	538	23/12/2014	Privada	Até fundamental	problema docente
126	279	02/12/2014	Privada	Até fundamental	problema discente
127	166	23/12/2014	Pública municipal	Até fundamental	problema de gestão
128	419	29/04/2014	Pública estadual	Até fundamental	estrutura física
129	451	09/05/2014	Pública municipal	Até fundamental	problema de gestão, docente e de ensino-aprendizagem
130	382	10/10/2014	Pública estadual	Até fundamental	estrutura física, problema de gestão e de ensino-aprendizagem
131	383	10/10/2014	Pública estadual	Até fundamental	estrutura física, problema de gestão e de ensino-aprendizagem
132	384	10/10/2014	Pública estadual	Até fundamental	estrutura física, problema de gestão e de ensino-aprendizagem
133	345	30/03/2012	Privada	Até médio	problema de gestão
134	649	14/05/2012	Pública municipal	Até médio	problema de gestão
135	274	20/01/2014	Pública estadual	Até médio	problema de gestão
136	403	16/10/2014	Pública estadual	Até médio	problema de gestão
137	564	25/05/2012	Pública estadual	Até médio	problema de gestão
138	435	02/12/2013	Privada	Até médio	problema de gestão
139	107	30/09/2014	Pública estadual	Até médio	problema discente
140	436	27/04/2009	Pública estadual	Até médio	problema de gestão
141	568	19/03/2012	Pública estadual	Até médio	problema de gestão
142	449	31/10/2012	Pública estadual	Até médio	problema de gestão, docente e de ensino-aprendizagem

# Mestrado em Direito

## Pesquisa

	REG	Data	Administração	Nível	Categoria geral segundo método de Bardin
143	636	30/05/2012	Pública estadual	Até médio	problema de gestão
144	41	27/08/2013	Pública estadual	Até médio	problema de gestão
145	26	15/07/2013		Até médio	problema de gestão
146	75	31/05/2013	Pública estadual	Até médio	problema de gestão
147	423	13/01/2012	Pública estadual	Até médio	problema de gestão
148	620	05/06/2012		Até médio	problema de gestão
149	431	03/03/2011	Pública municipal	Até médio	problema de gestão
150	437	12/06/2012	Pública estadual	Até médio	problema de gestão
151	526	07/01/2012	Pública estadual	Até médio	problema de gestão
152	135	17/01/2014	Privada	Até médio	estrutura física
153	578	08/04/2013	Pública municipal	Até médio	problema de gestão
154	496	25/11/2013	Pública estadual	Até médio	problema de gestão
155	14	28/01/2013	Pública estadual	Até médio	problema de gestão
156	631	25/05/2012	Pública estadual	Até médio	problema de gestão
157	37	08/08/2013	Pública estadual	Até médio	problema de gestão
158	324	28/04/2014	Pública estadual	Até médio	problema de gestão
159	333	24/01/2014	Pública municipal	Até médio	problema de gestão
160	611	05/03/2012	Privada	Até médio	problema discente
161	648	23/12/2014	Pública estadual	Até médio	problema de gestão
162	171	14/08/2014	Pública municipal	Até médio	estrutura física
163	77	14/01/2014	Pública municipal	Até médio	problema ensino-aprendizagem
164	443	28/01/2013	Pública estadual	Até médio	estrutura física, problema de gestão e de ensino-aprendizagem
165	481	30/08/2013	Privada	Até médio	estrutura física, problema de gestão, docente e de ensino-aprendizagem
166	397	09/01/2013		Até médio	problema de gestão
167	400	21/03/2012	Pública municipal	Até médio	estrutura física
168	653	24/01/2012	Pública estadual	Até médio	problema discente
169	272	07/01/2012	Pública estadual	Até médio	problema discente
170	554	28/09/2012	Pública municipal	Até médio	problema ensino-aprendizagem
171	24	12/04/2013	Pública estadual	Até médio	problema de gestão
172	25	11/10/2013	Pública estadual	Até médio	problema de gestão
173	363	22/12/2014	Pública municipal	Até médio	problema discente
174	132	23/12/2013	Pública estadual	Até médio	problema discente
175	459	23/09/2014	Pública estadual	Até médio	problema discente
176	464	10/01/2014	Pública municipal	Até médio	problema discente
177	497	10/01/2014	Pública municipal	Até médio	problema discente
178	498	10/01/2014	Pública municipal	Até médio	problema discente
179	539	19/11/2014	Privada	Até médio	dificuldade de acesso

# Mestrado em Direito

## Pesquisa

	REG	Data	Administração	Nível	Categoria geral segundo método de Bardin
180	652	08/01/2014	Pública municipal	Até médio	problema discente
181	374	24/11/2014	Pública municipal	Até médio	problema de gestão
182	364	10/09/2014	Pública municipal	Até médio	problema discente
183	550	24/09/2012	Pública estadual	Até médio	problema de gestão
184	286	08/08/2014	Pública estadual	Até médio	problema discente
185	287	08/01/2014	Pública estadual	Até médio	problema discente
186	347	09/09/2014	Pública estadual	Até médio	problema discente
187	467	14/08/2014	Privada	Até médio	problema discente
188	533	09/01/2014	Privada	Até médio	problema discente
189	576	17/01/2014	Pública municipal	Até médio	problema discente
190	638	14/08/2014	Pública municipal	Até médio	problema de gestão
191	650	20/01/2014	Pública municipal	Até médio	problema discente
192	365	21/10/2014	Privada	Até médio	problema discente
193	95	10/04/2012	Pública estadual	Até médio	problema de gestão
194	282	16/04/2014	Pública municipal	Até médio	problema discente
195	450	14/05/2012	Pública estadual	Até médio	problema docente
196	468	29/09/2014	Privada	Até médio	problema discente
197	246	28/04/2014	Pública municipal	Até médio	problema ensino-aprendizagem
198	247	30/10/2014	Pública municipal	Até médio	problema ensino-aprendizagem
199	572	14/03/2012	Pública estadual	Até médio	problema de gestão
200	98	14/03/2012	Pública municipal	Até médio	dificuldade de acesso
201	88	31/10/2012	Pública estadual	Até médio	estrutura física e problema discente
202	454	06/12/2012	Pública estadual	Até médio	problema de gestão e docente
203	461	22/09/2014	Pública estadual	Até médio	problema discente
204	483	16/08/2013	Pública estadual	Até médio	problema docente
205	138	23/01/2014	Pública estadual	Até médio	problema de gestão
206	255	30/05/2012	Pública estadual	Até médio	estrutura física
207	256	28/01/2013	Pública estadual	Até médio	estrutura física
208	462	07/05/2014	Pública estadual	Até médio	problema discente
209	465	08/05/2014	Privada	Até médio	problema discente
210	297	07/08/2014	Pública municipal	Até médio	problema ensino-aprendizagem
211	283	16/04/2014	Pública municipal	Até médio	problema discente
212	482	08/08/2014	Pública estadual	Até médio	problema docente e de ensino-aprendizagem
213	112	22/12/2014	Pública estadual	Até médio	problema discente
214	393	22/12/2014	Privada	Até médio	problema ensino-aprendizagem
215	544	22/12/2014	Pública municipal	Até médio	problema ensino-aprendizagem
216	343	22/12/2014	Privada	Até médio	problema de gestão
217	540	22/12/2014	Pública municipal	Até médio	dificuldade de acesso
218	312	17/11/2014	Pública municipal	Até médio	problema ensino-aprendizagem

# Mestrado em Direito

## Pesquisa

	REG	Data	Administração	Nível	Categoria geral segundo método de Bardin	
	219	541	14/11/2014	Privada	Até médio	dificuldade de acesso
	220	411	05/03/2012	Pública estadual	Até médio	problema docente
	221	9	31/05/2013	Privada	Até médio	problema discente
	222	10	31/05/2013	Pública estadual	Até médio	problema ensino-aprendizagem
	223	66	12/09/2014	Privada	Até médio	problema discente
	224	142	28/01/2013	Pública estadual	Até médio	problema ensino-aprendizagem
	225	144	29/01/2013	Privada	Até médio	problema ensino-aprendizagem
	226	252	19/01/2014	Privada	Até médio	problema ensino-aprendizagem
	227	344	28/04/2014	Pública municipal	Até médio	dificuldade de acesso
	228	394	10/04/2012	Pública estadual	Até médio	estrutura física
	229	433	18/05/2012	Pública estadual	Até médio	problema de gestão
	230	470	29/05/2013	Privada	Até médio	problema discente
	231	514	28/03/2014	Pública municipal	Até médio	dificuldade de acesso
	232	524	12/09/2014	Pública estadual	Até médio	estrutura física e problema de gestão
	233	565	21/05/2012	Pública municipal	Até médio	problema ensino-aprendizagem
	234	571	11/12/2012	Privada	Até médio	dificuldade de acesso
	235	624	14/11/2012	Privada	Até médio	problema discente
	236	141	31/01/2013	Pública estadual	Até médio	problema ensino-aprendizagem
	237	502	11/11/2014	Pública estadual	Até médio	problema ensino-aprendizagem
	238	484	01/08/2014	Pública municipal	Até médio	problema ensino-aprendizagem
	239	536	31/10/2014	Pública municipal	Até médio	problema discente
	240	4	13/01/2014	Pública municipal	Até médio	problema ensino-aprendizagem
	241	8	30/08/2013	Privada	Até médio	dificuldade de acesso
	242	52	27/03/2014	Pública municipal	Até médio	problema ensino-aprendizagem
	243	172	17/01/2014	Privada	Até médio	dificuldade de acesso
	244	281	16/04/2014	Privada	Até médio	dificuldade de acesso
	245	301	13/10/2014	Pública municipal	Até médio	problema ensino-aprendizagem
	246	302	28/03/2014	Pública municipal	Até médio	problema ensino-aprendizagem
	247	304	28/03/2014	Pública municipal	Até médio	problema docente e de ensino-aprendizagem
	248	305	24/11/2014	Pública municipal	Até médio	problema docente e de ensino-aprendizagem
	249	306	15/08/2014	Pública municipal	Até médio	estrutura física, problema de gestão e de ensino-aprendizagem
	250	334	16/04/2014	Pública municipal	Até médio	problema ensino-aprendizagem
	251	361	17/10/2014	Pública municipal	Até médio	problema discente
	252	369	18/08/2014	Privada	Até médio	problema ensino-aprendizagem
	253	372	15/09/2014	Pública estadual	Até médio	problema ensino-aprendizagem
	254	380	09/10/2014	Privada	Até médio	problema discente
	255	504	11/01/2014	Pública estadual	Até médio	problema discente
	256	505	22/09/2014	Pública estadual	Até médio	problema discente

# Mestrado em Direito

## Pesquisa

	REG	Data	Administração	Nível	Categoria geral segundo método de Bardin	
	257	507	27/03/2014	Pública municipal	Até médio	problema ensino-aprendizagem
	258	508	17/01/2014	Pública municipal	Até médio	problema ensino-aprendizagem
	259	511	27/03/2014	Pública municipal	Até médio	problema docente
	260	530	28/01/2014	Privada	Até médio	dificuldade de acesso
	261	531	07/10/2014	Privada	Até médio	dificuldade de acesso
	262	534	25/03/2014	Pública estadual	Até médio	estrutura física
	263	545	21/05/2012	Privada	Até médio	problema discente
	264	375	11/01/2014	Privada	Até médio	problema discente
	265	390	20/08/2012	Privada	Até médio	problema ensino-aprendizagem
	266	500	30/08/2013	Privada	Até médio	problema ensino-aprendizagem
	267	566	10/05/2012	Privada	Até médio	estrutura física e problema de ensino-aprendizagem
	268	258	14/04/2014	Pública municipal	Até médio	estrutura física e problema de gestão
	269	260	25/04/2014	Pública municipal	Até médio	estrutura física
	270	264	30/04/2014	Pública municipal	Até médio	problema discente
	271	266	23/04/2014	Pública municipal	Até médio	problema discente
	272	269	28/04/2014	Pública municipal	Até médio	problema discente
	273	62	24/05/2013	Pública municipal	Até médio	estrutura física
	274	63	21/01/2014	Pública municipal	Até médio	estrutura física
	275	262	06/05/2014	Pública municipal	Até médio	problema discente
	276	267	12/09/2013	Pública municipal	Até médio	problema discente
	277	271	06/05/2014	Pública municipal	Até médio	problema discente
	278	438	29/08/2013	Pública municipal	Até médio	estrutura física
	279	439	06/05/2014	Pública municipal	Até médio	estrutura física
	280	425	11/06/2012	Privada	Até médio	problema discente
	281	412	07/01/2012	Pública estadual	Até médio	problema docente e de ensino-aprendizagem
	282	501	07/01/2012	Pública estadual	Até médio	problema ensino-aprendizagem
	283	579	07/01/2012	Pública estadual	Até médio	estrutura física
	284	447	07/01/2012	Pública estadual	Até médio	estrutura física, problema de gestão e docente
	285	495	07/01/2012	Pública estadual	Até médio	problema discente
	286	273	12/03/2012	Pública municipal	Até médio	problema de gestão
	287	250	02/07/2013	Pública estadual	Até médio	problema ensino-aprendizagem
	288	67	31/05/2013	Pública estadual	Até médio	problema discente
	289	408	12/05/2014	Pública municipal	Até médio	problema ensino-aprendizagem
	290	61	25/08/2014	Pública municipal	Até médio	estrutura física
	291	134	31/10/2013	Privada	Até médio	problema ensino-aprendizagem
	292	290	18/01/2014	Pública estadual	Até médio	problema ensino-aprendizagem
	293	291	02/10/2014	Pública estadual	Até médio	problema ensino-aprendizagem
	294	352	01/10/2014	Pública municipal	Até médio	estrutura física
	295	28	26/08/2013	Privada	Até médio	problema discente

# Mestrado em Direito

## Pesquisa

REG	Data	Administração	Nível	Categoria geral segundo método de Bardin	
296	528	31/10/2014	Pública municipal	Até médio	problema de gestão
297	44	04/01/2014	Pública municipal	Até médio	estrutura física
298	65	30/08/2013	Pública municipal	Até médio	estrutura física
299	109	25/08/2014	Pública municipal	Até médio	estrutura física
300	127	23/10/2014	Pública municipal	Até médio	problema de gestão
301	145	08/05/2014	Pública municipal	Até médio	estrutura física, problema de gestão e de ensino-aprendizagem
302	147	21/11/2014	Pública municipal	Até médio	estrutura física, problema de gestão e de ensino-aprendizagem
303	149	21/11/2014	Pública municipal	Até médio	estrutura física e problema de gestão
304	150	08/05/2014	Pública municipal	Até médio	estrutura física, problema de gestão e de ensino-aprendizagem
305	154	18/06/2014	Pública municipal	Até médio	estrutura física, problema de gestão, docente e de ensino-aprendizagem
306	156	21/11/2014	Pública municipal	Até médio	estrutura física
307	158	06/06/2014	Pública municipal	Até médio	problema de gestão e de ensino-aprendizagem
308	159	16/10/2014	Pública municipal	Até médio	estrutura física e problema de ensino-aprendizagem
309	162	22/05/2014	Pública municipal	Até médio	estrutura física e problema de ensino-aprendizagem
310	163	09/05/2014	Pública municipal	Até médio	estrutura física
311	164	18/06/2014	Pública municipal	Até médio	estrutura física, problema de gestão, docente e de ensino-aprendizagem
312	165	18/06/2014	Pública municipal	Até médio	estrutura física, problema de gestão e docente
313	175	21/11/2014	Pública municipal	Até médio	estrutura física
314	176	09/05/2014	Pública municipal	Até médio	estrutura física
315	177	04/12/2014	Pública municipal	Até médio	estrutura física
316	180	29/08/2014	Pública municipal	Até médio	estrutura física e problema de ensino-aprendizagem
317	182	10/12/2014	Pública municipal	Até médio	estrutura física
318	183	21/05/2014	Pública municipal	Até médio	problema de gestão e de ensino-aprendizagem
319	185	17/12/2014	Pública municipal	Até médio	estrutura física, problema de gestão e docente
320	187	30/09/2014	Pública municipal	Até médio	estrutura física, problema de gestão e de ensino-aprendizagem
321	189	23/09/2014	Pública municipal	Até médio	estrutura física, problema de gestão e de ensino-aprendizagem
322	190	15/10/2014	Pública municipal	Até médio	estrutura física e problema de ensino-aprendizagem
323	191	18/06/2014	Pública municipal	Até médio	estrutura física
324	193	10/12/2014	Pública municipal	Até médio	estrutura física
325	194	09/05/2014	Pública municipal	Até médio	estrutura física, problema de gestão e de ensino-aprendizagem
326	196	21/11/2014	Pública municipal	Até médio	estrutura física

# Mestrado em Direito

## Pesquisa

REG	Data	Administração	Nível	Categoria geral segundo método de Bardin	
327	198	18/01/2014	Pública municipal	Até médio	estrutura física, problema de gestão e de ensino-aprendizagem
328	199	29/08/2014	Pública municipal	Até médio	estrutura física, problema de gestão e de ensino-aprendizagem
329	200	08/05/2014	Pública municipal	Até médio	estrutura física
330	201	28/01/2014	Pública municipal	Até médio	problema de gestão e de ensino-aprendizagem
331	202	30/09/2014	Pública municipal	Até médio	problema de gestão e de ensino-aprendizagem
332	203	07/01/2014	Pública municipal	Até médio	estrutura física
333	204	23/10/2014	Pública municipal	Até médio	estrutura física
334	205	18/01/2014	Pública municipal	Até médio	estrutura física, problema de gestão e de ensino-aprendizagem
335	206	31/10/2014	Pública municipal	Até médio	estrutura física, problema de gestão e de ensino-aprendizagem
336	207	07/01/2014	Pública municipal	Até médio	estrutura física
337	208	04/12/2014	Pública municipal	Até médio	estrutura física
338	210	30/09/2014	Pública municipal	Até médio	estrutura física, problema de gestão, docente e de ensino-aprendizagem
339	212	29/08/2014	Pública municipal	Até médio	estrutura física
340	213	08/05/2014	Pública municipal	Até médio	estrutura física, problema de gestão e de ensino-aprendizagem
341	215	29/10/2014	Pública municipal	Até médio	estrutura física, problema de gestão e de ensino-aprendizagem
342	216	17/12/2014	Pública municipal	Até médio	problema de gestão, docente e de ensino-aprendizagem
343	217	02/05/2014	Pública municipal	Até médio	problema de gestão e de ensino-aprendizagem
344	218	30/09/2014	Pública municipal	Até médio	estrutura física, problema de gestão, docente e de ensino-aprendizagem
345	220	19/12/2014	Pública municipal	Até médio	estrutura física, problema de gestão e de ensino-aprendizagem
346	222	04/12/2014	Pública municipal	Até médio	problema de gestão e de ensino-aprendizagem
347	224	23/09/2014	Pública municipal	Até médio	estrutura física
348	225	18/06/2014	Pública municipal	Até médio	estrutura física, problema de gestão, docente e de ensino-aprendizagem
349	226	17/12/2014	Pública municipal	Até médio	estrutura física e problema de ensino-aprendizagem
350	228	18/12/2014	Pública municipal	Até médio	estrutura física, problema de gestão, docente e de ensino-aprendizagem
351	230	30/09/2014	Pública municipal	Até médio	estrutura física, problema de gestão e de ensino-aprendizagem

# Mestrado em Direito

## Pesquisa

REG	Data	Administração	Nível	Categoria geral segundo método de Bardin	
352	231	17/12/2014	Pública municipal	Até médio	estrutura física, problema de gestão e de ensino-aprendizagem
353	232	18/01/2014	Pública municipal	Até médio	estrutura física, problema de gestão e de ensino-aprendizagem
354	233	22/12/2014	Pública municipal	Até médio	estrutura física, problema de gestão, docente e de ensino-aprendizagem
355	234	08/05/2014	Pública municipal	Até médio	estrutura física, problema de gestão, docente e de ensino-aprendizagem
356	235	20/01/2014	Pública municipal	Até médio	problema de gestão e de ensino-aprendizagem
357	236	11/01/2014	Pública municipal	Até médio	estrutura física, problema de gestão e de ensino-aprendizagem
358	237	30/09/2014	Pública municipal	Até médio	estrutura física, problema de gestão e de ensino-aprendizagem
359	238	18/01/2014	Pública municipal	Até médio	estrutura física, problema de gestão e de ensino-aprendizagem
360	239	31/10/2014	Pública municipal	Até médio	estrutura física, problema de gestão e de ensino-aprendizagem
361	240	07/01/2014	Pública municipal	Até médio	estrutura física e problema de ensino-aprendizagem
362	241	30/09/2014	Pública municipal	Até médio	estrutura física, problema de gestão, docente e de ensino-aprendizagem
363	242	22/12/2014	Pública municipal	Até médio	estrutura física, problema docente e de ensino-aprendizagem
364	243	22/12/2014	Pública municipal	Até médio	estrutura física e problema discente
365	485	17/12/2014	Pública municipal	Até médio	estrutura física
366	487	14/08/2014	Pública municipal	Até médio	problema de gestão e de ensino-aprendizagem
367	489	19/12/2014	Pública municipal	Até médio	estrutura física, problema de gestão e de ensino-aprendizagem
368	490	18/12/2014	Pública municipal	Até médio	estrutura física e problema de ensino-aprendizagem
369	491	17/12/2014	Pública municipal	Até médio	estrutura física, problema de gestão, docente e de ensino-aprendizagem
370	585	18/06/2014	Privada	Até médio	problema ensino-aprendizagem
371	588	18/06/2014	Privada	Até médio	problema ensino-aprendizagem
372	590	18/06/2014	Privada	Até médio	problema ensino-aprendizagem
373	592	18/06/2014	Privada	Até médio	problema ensino-aprendizagem
374	593	31/10/2013	Privada	Até médio	problema ensino-aprendizagem
375	595	18/06/2014	Privada	Até médio	problema ensino-aprendizagem
376	599	18/06/2014	Privada	Até médio	problema ensino-aprendizagem
377	601	18/06/2014	Privada	Até médio	problema ensino-aprendizagem
378	602	31/10/2013	Privada	Até médio	problema ensino-aprendizagem

# Mestrado em Direito

## Pesquisa

REG	Data	Administração	Nível	Categoria geral segundo método de Bardin	
379	29	10/09/2014	Pública municipal	Até médio	problema de gestão
380	30	23/08/2013	Pública estadual	Até médio	problema docente
381	34	08/09/2014	Pública municipal	Até médio	problema docente
382	79	16/04/2013	Privada	Até médio	problema discente
383	90	06/11/2014	Pública municipal	Até médio	estrutura física e problema discente
384	303	27/03/2014	Pública municipal	Até médio	problema ensino-aprendizagem
385	311	28/04/2014	Pública municipal	Até médio	problema docente
386	336	22/09/2014	Pública municipal	Até médio	problema ensino-aprendizagem
387	410	06/05/2014	Pública municipal	Até médio	problema docente
388	503	24/01/2014	Privada	Até médio	problema ensino-aprendizagem
389	542	12/06/2013	Pública estadual	Até médio	problema de gestão
390	405	22/11/2012	Pública estadual	Até médio	problema docente e de ensino-aprendizagem
391	277	28/01/2013	Pública estadual	Até médio	problema de gestão
392	471	22/11/2012	Pública municipal	Até médio	problema discente
393	463	13/08/2013	Pública estadual	Até médio	problema discente
394	143	11/01/2014	Pública estadual	Até médio	problema ensino-aprendizagem
395	488	31/10/2014	Pública municipal	Até médio	problema docente
396	512	10/12/2014	Pública municipal	Até médio	problema ensino-aprendizagem
397	639	28/11/2014	Pública municipal	Até médio	problema discente
398	640	22/12/2014	Pública estadual	Até médio	problema ensino-aprendizagem
399	513	10/12/2014	Pública municipal	Até médio	problema ensino-aprendizagem
400	23	14/01/2014	Privada	Até médio	problema ensino-aprendizagem
401	32	24/01/2014	Pública estadual	Até médio	problema ensino-aprendizagem
402	42	08/01/2014	Pública municipal	Até médio	problema ensino-aprendizagem
403	54	08/08/2014	Pública municipal	Até médio	problema docente
404	71	13/01/2014	Pública municipal	Até médio	problema docente
405	91	22/12/2014	Privada	Até médio	problema discente
406	310	10/09/2014	Pública municipal	Até médio	problema docente
407	328	26/08/2014	Pública municipal	Até médio	estrutura física, problema de gestão e de ensino-aprendizagem
408	354	06/01/2014	Pública estadual	Até médio	estrutura física, problema de gestão e de ensino-aprendizagem
409	355	23/01/2014	Pública municipal	Até médio	estrutura física, problema de gestão e de ensino-aprendizagem
410	395	30/05/2012	Pública estadual	Até médio	problema discente
411	47	15/07/2013	Pública municipal	Até médio	estrutura física
412	440	30/08/2013	Pública municipal	Até médio	estrutura física e problema de acesso
413	441	09/05/2014	Pública municipal	Até médio	estrutura física e problema de acesso
414	83	08/07/2014	Pública estadual	Até médio	problema ensino-aprendizagem

# Mestrado em Direito

## Pesquisa

	REG	Data	Administração	Nível	Categoria geral segundo método de Bardin
415	623	20/12/2013	Pública estadual	Até médio	dificuldade de acesso
416	40	21/01/2014	Pública estadual	Até médio	problema ensino-aprendizagem
417	58	18/01/2014	Pública estadual	Até médio	problema de gestão
418	140	30/04/2013	Pública estadual	Até médio	problema ensino-aprendizagem
419	460	15/08/2012	Pública estadual	Até médio	problema de gestão e de ensino-aprendizagem
420	515	30/08/2013	Pública estadual	Até médio	problema de gestão
421	529	12/08/2014	Pública estadual	Até médio	problema de gestão
422	546	15/05/2012	Pública estadual	Até médio	problema discente
423	547	14/01/2013	Pública estadual	Até médio	problema discente
424	570	05/06/2012	Pública estadual	Até médio	problema docente
425	615	11/05/2012	Pública estadual	Até médio	estrutura física
426	313	19/11/2014	Pública estadual	Até médio	problema de gestão
427	342	19/11/2014	Pública estadual	Até médio	problema de gestão
428	413	04/06/2014	Pública municipal	Até médio	problema de gestão e docente
429	84	11/06/2012	Pública estadual	Até médio	problema de gestão
430	96	11/06/2012	Privada	Até médio	problema de gestão
431	434	02/12/2013	Pública estadual	Até médio	problema de gestão e de ensino-aprendizagem
432	521	22/10/2014	Pública estadual	Até médio	problema de gestão e de ensino-aprendizagem
433	532	21/11/2014	Privada	Até médio	problema de gestão e de ensino-aprendizagem
434	74	26/08/2014	Pública municipal	Até médio	problema de gestão e de ensino-aprendizagem
435	319	24/09/2014	Pública estadual	Até médio	estrutura física e problema de gestão
436	446	18/05/2012	Pública estadual	Até médio	problema de gestão, docente e de ensino-aprendizagem
437	338	13/08/2014	Pública estadual	Até médio	problema de gestão e de ensino-aprendizagem
438	357	31/10/2013	Pública municipal	Até médio	problema de gestão e de ensino-aprendizagem
439	358	31/10/2013	Pública municipal	Até médio	problema de gestão e de ensino-aprendizagem
440	359	21/05/2014	Pública municipal	Até médio	problema de gestão e de ensino-aprendizagem
441	36	14/04/2014	Pública estadual	Até médio	estrutura física e problema de gestão
442	60	29/01/2014	Pública estadual	Até médio	estrutura física e problema de ensino-aprendizagem
443	520	08/10/2014	Pública estadual	Até médio	problema de gestão e de ensino-aprendizagem
444	641	22/09/2014	Pública estadual	Até médio	problema de gestão e de ensino-aprendizagem
445	644	20/03/2012	Pública estadual	Até médio	estrutura física e problema de gestão
446	317	07/05/2014	Pública estadual	Até médio	estrutura física e problema de gestão
447	492	23/12/2013	Privada	Berçário	problema de gestão
448	610	10/01/2014	Privada	Berçário	problema discente
449	608	14/08/2014	Pública municipal	Berçário e creche	problema de gestão
450	366	28/04/2014	Pública municipal	Berçário e creche	problema discente
451	559	12/05/2014	Privada	Berçário e creche	dificuldade de acesso
452	549	22/09/2014	Pública municipal	Berçário e creche	problema de gestão

# Mestrado em Direito

## Pesquisa

	REG	Data	Administração	Nível	Categoria geral segundo método de Bardin
453	103	08/08/2014	Pública municipal	Berçário e creche	problema de gestão
454	430	11/11/2014	Pública municipal	Creche	problema de gestão
455	38	26/08/2014	Pública municipal	Creche	problema de gestão
456	108	22/11/2012	Pública municipal	Creche	problema discente
457	381	09/01/2014	Pública municipal	Creche	problema discente
458	421	18/06/2014	Pública municipal	Creche	estrutura física e problema de ensino-aprendizagem
459	478	23/12/2014	Pública municipal	Creche	problema discente
460	479	01/12/2014	Pública municipal	Creche	problema discente
461	506	08/01/2014	Pública municipal	Creche	problema discente
462	645	12/11/2014	Pública municipal	Creche	problema de gestão
463	388	09/01/2014	Pública municipal	Creche	problema discente
464	525	13/11/2014	Pública municipal	Creche	estrutura física e problema de gestão
465	651	23/12/2013	Pública municipal	Creche	problema discente
466	560	02/12/2013	Pública municipal	Creche	problema de gestão e de acesso
467	642	14/03/2012	Pública municipal	Creche	estrutura física
468	327	14/04/2014	Pública municipal	Creche	estrutura física
469	280	28/08/2014	Pública municipal	Creche	problema docente
470	339	13/11/2014	Pública municipal	Creche	problema ensino-aprendizagem
471	535	23/12/2014	Pública municipal	Creche	problema docente
472	248	08/08/2014	Pública municipal	Creche	problema docente
473	379	12/11/2014	Pública municipal	Creche	problema de gestão
474	68	06/01/2014	Pública municipal	Creche	estrutura física e problema discente
475	17	12/08/2014	Pública municipal	Creche	problema de gestão e de ensino-aprendizagem
476	18	12/08/2014	Pública municipal	Creche	problema de gestão e de ensino-aprendizagem
477	19	12/08/2014	Pública municipal	Creche	problema docente e de ensino-aprendizagem
478	20	12/08/2014	Pública municipal	Creche	problema de gestão e de ensino-aprendizagem
479	424	13/08/2013	Pública municipal	Creche	problema docente
480	646	22/12/2014	Pública municipal	Creche	problema discente
481	340	16/09/2014	Pública municipal	Creche	problema de gestão
482	474	05/09/2012	Pública municipal	Creche	problema de gestão
483	527	23/12/2014	Pública municipal	Creche	estrutura física
484	341	16/09/2014	Pública municipal	Creche	problema de gestão
485	321	27/03/2014	Pública municipal	Creche	problema de gestão
486	522	14/11/2012	Pública estadual	Educação Especial	problema de gestão e de ensino-aprendizagem

## ANEXO A – Carta de anuência para coleta dos dados

Página 1 de 1

Requerimentos Pessoais Eletrônicos

Cadastro de Requerimento

[Novo Requerimento Pessoal](#)

▼ Digite aqui para filtrar o conteúdo das tabelas

Dados Gerais    Tramitações | 3

Dados Gerais

Protocolo:

19521/2015

Assunto:

Certidões para fins específicos

Texto:

Solicito a Vossa Excelência que se digne autorizar coleta de dados nas Promotorias de Justiça, com atribuições nas Curadorias de Educação das Comarcas de Jaboatão dos Guararapes, Recife, e Olinda, como parte dos requisitos para conclusão de Pós-graduação sensu stricto, em nível de Mestrado em Direito, pela Universidade Católica de Pernambuco.

Cadastro:

09-07-2015 - 19:32:54

Situação:

[Deferido](#)

Anexos

(sem anexos)

<https://www.mppe.mp.br/novaintranet/frontend/requerimentos/?username=lcaribe&na...> 03/08/2015

**Mestrado em Direito**  
Pesquisa

*ANEXO B – Recurso Especial nº. 1041197/MS*

# Superior Tribunal de Justiça

**RELATOR** : **MINISTRO HUMBERTO MARTINS**  
**RECORRENTE** : **ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL**  
**PROCURADOR** : **JULIANA NUNES MATOS E OUTRO(S)**  
**RECORRIDO** : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL**

## RELATÓRIO

**(Relator):**

**O EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO MARTINS**

Cuida-se de recurso especial interposto pelo ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL, com fundamento no artigo 105, inciso III, alíneas "a" e "c", da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça daquele estado.

A decisão ficou assim ementada:

*"AÇÃO CIVIL PÚBLICA – FORNECIMENTO DE EQUIPAMENTOS AO HOSPITAL UNIVERSITÁRIO DE DOURADOS – INTERESSE DIFUSO E COLETIVO – LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM DO MINISTÉRIO PÚBLICO.*

*O Ministério Público é instituição permanente e essencial para a defesa dos interesses sociais, difusos e coletivos; no caso, considerando-se que o pleno funcionamento do Hospital Universitário de Dourados é interesse de toda a sociedade douradense, é certo que o Ministério Público possui legitimidade ativa extraordinária ex legis (Constituição Federal) para a promoção da presente Ação Civil Pública.*

*AÇÃO CIVIL PÚBLICA – FORNECIMENTO DE EQUIPAMENTOS AO HOSPITAL UNIVERSITÁRIO DE DOURADOS – MANIFESTA NECESSIDADE – OBRIGAÇÃO ESTATAL (SENTIDO GENÉRICO) – DEVER IMPOSTO PELA NORMA CONTIDA NO ART. 196 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – NÃO-CONFIGURAÇÃO DE AFRONTA À ORDEM ECONÔMICA E ORÇAMENTÁRIA E À SEPARAÇÃO DOS PODERES – TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL – MÍNIMO EXISTENCIAL.*

# Superior Tribunal de Justiça

*A saúde é um direito de todos e um dever do Estado (artigo 196 da Constituição Federal); a Administração Pública está submetida ao império da lei quanto à conveniência e oportunidade do ato administrativo; todavia, o Poder Judiciário não mais se limita a examinar os aspectos extrínsecos da administração, e pode analisar as razões de conveniência e oportunidade, uma vez que essas razões devem observar critérios de moralidade e razoabilidade. Os Tribunais Superiores têm entendido que, quando a Constituição Federal consagra um direito, e a norma infraconstitucional o torna explícito, o Poder Judiciário deve torná-lo realidade ao cidadão, e coibir a 'Síndrome da Inefetividade (sic) das Normas Constitucionais', mesmo que isso resulte repercussões na esfera orçamentária; a teoria da reserva do possível deve ser aplicada desde que assegure o mínimo existencial; no caso, o Estado de Mato Grosso do Sul deve providenciar os equipamentos médicos-hospitalares que faltam ao Hospital Universitário de Dourados, especialmente porque esse nosocômio presta atendimento nos corredores e em cadeiras de fio, fato que, evidentemente, ofende à dignidade daqueles que mais precisam de um serviço adequado e eficiente. " (fls. 215)*

Aduz o recorrente que o acórdão hostilizado violou os arts. 267, VI, § 3º, do CPC, 2º da Lei n. 8. 666/93, 2º, *caput* e § 1º, da Lei n. 8. 080/90, art. 3º da Lei n. 7. 347/85.

Sustenta que o Ministério Público é parte ilegítima para obrigar o Estado do Mato Grosso do Sul a cumprir convênios firmados com a Fundação Municipal de Saúde, gestora do Hospital Universitário de Dourados.

Alega também que o acórdão, ao impor obrigação de fazer, determinando a entrega dos equipamentos e materiais faltantes no Hospital Universitário de Dourados, desrespeitou a lei que prevê a obrigatória licitação para aquisição de bens e serviços pela administração pública.

Argumenta que, *"em se tratando de dever do Estado, que deve ser exercitado com base nos recursos previstos em orçamento público, fica ínsito o seu condicionamento às regras de execução deste"* (fls. 236).

Aduz, por fim, que ficou caracterizada a ingerência do Poder Judiciário no critério discricionário do Poder Executivo, o que culminou em patente ofensa ao art. 3º da Lei n. 7. 347/85

# Superior Tribunal de Justiça

Apresentadas as contrarrazões às fls. 253/269, sobreveio o juízo de admissibilidade positivo da instância de origem (fls. 314/315).

O Ministério Público Federal ofereceu parecer às fls. 354/369, opinando pelo não-provimento do recurso especial.

É, no essencial, o relatório.

## **RECURSO ESPECIAL Nº 1. 041. 197 - MS (2008/0059830-**

### **7) EMENTA**

ADMINISTRATIVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS – POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS – DIREITO À SAÚDE – FORNECIMENTO DE EQUIPAMENTOS A HOSPITAL UNIVERSITÁRIO – MANIFESTA NECESSIDADE – OBRIGAÇÃO DO ESTADO – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES – NÃO-OPONIBILIDADE DA RESERVA DO POSSÍVEL AO MÍNIMO EXISTENCIAL.

1. Não comporta conhecimento a discussão a respeito da legitimidade do Ministério Público para figurar no pólo ativo da presente ação civil pública, em vista de que o Tribunal de origem decidiu a questão unicamente sob o prisma constitucional.

2. Não há como conhecer de recurso especial fundado em dissídio jurisprudencial ante a não-realização do devido cotejo analítico.

3. A partir da consolidação constitucional dos direitos sociais, a função estatal foi profundamente modificada, deixando de ser eminentemente legisladora em pró das liberdades públicas, para se tornar mais ativa com a missão de transformar a realidade social. Em decorrência, não só a administração pública recebeu a incumbência de criar e implementar políticas públicas necessárias à satisfação dos fins constitucionalmente delineados, como também, o Poder Judiciário teve sua margem de atuação ampliada, como forma de fiscalizar e velar pelo fiel cumprimento dos objetivos constitucionais.

4. Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente

# Superior Tribunal de Justiça

como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais. Com efeito, a correta interpretação do referido princípio, em matéria de políticas públicas, deve ser a de utilizá-lo apenas para limitar a atuação do judiciário quando a administração pública atua dentro dos limites concedidos pela lei. Em casos excepcionais, quando a administração extrapola os limites da competência que lhe fora atribuída e age sem razão, ou fugindo da finalidade a qual estava vinculada, autorizado se encontra o Poder Judiciário a corrigir tal distorção restaurando a ordem jurídica violada.

5. O indivíduo não pode exigir do estado prestações supérfluas, pois isto escaparia do limite do razoável, não sendo exigível que a sociedade arque com esse ônus. Eis a correta compreensão do princípio da reserva do possível, tal como foi formulado pela jurisprudência germânica. Por outro lado, qualquer pleito que vise a fomentar uma existência minimamente decente não pode ser encarado como sem motivos, pois garantir a dignidade humana é um dos objetivos principais do Estado Democrático de Direito. Por este motivo, o princípio da reserva do possível não pode ser oposto ao princípio do mínimo existencial.

6. Assegurar um mínimo de dignidade humana por meio de serviços públicos essenciais, dentre os quais a educação e a saúde, é escopo da República Federativa do Brasil que não pode ser condicionado à conveniência política do administrador público. A omissão injustificada da administração em efetivar as políticas públicas constitucionalmente definidas e essenciais para a promoção da dignidade humana não deve ser assistida passivamente pelo Poder Judiciário.

Recurso especial parcialmente conhecido e improvido.

## VOTO

**(Relator):**

**O EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO MARTINS**

**DO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE**

Não comporta conhecimento a discussão a respeito da legitimidade do Ministério Público para figurar no pólo ativo da presente ação civil pública.

# Superior Tribunal de Justiça

Isto porque, ao analisar a questão, o Tribunal de origem decidiu unicamente sob o prisma constitucional. Vejamos:

*"Em contra-razões, o réu argüiu a ilegitimidade ativa ad causam do Ministério Público, devendo o processo ser extinto sem resolução do mérito nos termos do art. 267, VI, e 3º do Código de Processo Civil.*

*A Constituição Federal dispõe:*

'Art. 127 - O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. 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. '

*Dessa maneira, é certo que o Ministério Público possui legitimidade extraordinária ex vi legis (Constituição Federal) para defesa dos interesses sociais e para defesa dos interesses difusos e coletivos, como no caso.*

*Assim, afasta-se o argumento do réu. " (fls. 218)*

O recurso especial também não merece recepção quanto à alegação de existência de dissídio jurisprudencial, tendo em vista que o recorrente não efetivou o cotejo analítico entre os acórdãos recorrido e paradigma.

Com efeito, a simples transcrição do acórdão paradigma não é suficiente para se demonstrar a divergência jurisprudencial com o aresto recorrido, sendo imperiosa a comparação analítica entre as decisões, com a indicação da similitude fática e jurídica.

No mesmo sentido:

***"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO RECORRIDO. SÚMULA N. 283/STF. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. NÃO-REALIZAÇÃO DO COTEJO ANALÍTICO.***

*1. A ausência de impugnação dos fundamentos do acórdão recorrido que são suficientes para mantê-lo enseja o não-conhecimento do recurso. Incidência da Súmula n. 283 do STF.*

*2. Não há como conhecer de recurso especial fundado em dissídio jurisprudencial ante a ausência de demonstração de*

# Superior Tribunal de Justiça

*similitude fática e jurídica entre os casos e a conseqüente não-realização do devido cotejo analítico.*

3. *Agravo regimental desprovido. "*

(AgRg no Ag 1109816/DF, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 4. 6. 2009, DJe 15. 6. 2009. )

No mais, ante a presença dos pressupostos recursais, conheço do recurso especial.

## DA ALEGADA VIOLAÇÃO DO ART. 2º DA LEI N. 8. 666/93

Aduz o recorrente que o acórdão, ao impor obrigação de fazer, determinando a entrega dos equipamentos e materiais faltantes no Hospital Universitário de Dourados, desrespeitou a lei que prevê a obrigatória licitação para aquisição de bens e serviços pela administração pública.

Não está com a razão, o recorrente.

O acórdão recorrido em nenhum momento determinou que o Estado do Mato Grosso do Sul adquirisse os equipamentos e materiais necessários ao pleno funcionamento do Hospital Universitário de Dourados sem o devido processo licitatório.

Pelo contrário, conforme transcrito abaixo, o Tribunal de origem concedeu prazo de 6 (seis) meses para a implementação das obrigações de fazer, justamente para que fosse possível ao recorrente efetivar os procedimentos exigidos por lei. *In verbis*:

*"Por isso, com o parecer, conheço do recurso e dou-lhe provimento, para determinar ao Estado do Mato Grosso do Sul que entregue os equipamentos e materiais faltantes (indicados pelo Parquet, f. 7 - 10 da inicial, enumerados no Procedimento de Investigação Preliminar, f. 26, f. 82 - 86) ao Hospital Universitário de Dourados, necessários ao seu pleno funcionamento, no prazo razoável de 6 meses, sob pena de multa diária de R\$ 1. 000, 00 (mil reais) por dia de descumprimento, revertidos ao Fundo de Interesses Difusos Lesados. Sem custas e honorários na forma dos artigos 17 e 18 da Lei n. 7. 347/1985 (Lei da Ação Civil Pública. "*  
(fls. 223)

Com efeito, não se encontra no comando do acórdão recorrido que o Estado do Mato Grosso do Sul estaria desobrigado de efetuar o procedimento licitatório para cumprir a obrigação de fazer que lhe foi determinada, motivo pelo qual, não houve violação do art. 2º da Lei n. 8. 666/93.

# Superior Tribunal de Justiça

## DA ALEGADA INGERÊNCIA INDEVIDA DO PODER JUDICIÁRIO

Da leitura da peça recursal, percebe-se que o sustentáculo do argumento de violação dos art. 2º, *caput* e § 1º, da Lei n. 8. 080/90, e art. 3º da Lei n. 7. 347/85, reside no princípio da separação dos poderes, nas limitações orçamentárias e na impossibilidade de se estabelecer uma hierarquização entre as prioridades da atividade administrativa.

É amparado nesses fundamentos que o recorrente alega que o Poder Judiciário não poderia se imiscuir indevidamente em área de atribuição precípua do Poder Executivo.

Com efeito, observa-se que a matéria central do recurso especial aborda questão polêmica a respeito da possibilidade do controle judicial de políticas públicas, tema que exige uma análise mais aprofundada a respeito não só dos próprios fundamentos do Estado Democrático de Direito, como também de alguns dogmas constitucionais que estão arraigados em nossa cultura jurídica.

### DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Início a análise dessas questões partindo de uma nova leitura que faço a respeito do princípio da separação dos poderes.

Entendo que, a partir da consolidação constitucional dos direitos sociais, a função estatal foi profundamente modificada, deixando de ser eminentemente legisladora em prol das liberdades públicas, para se tornar mais ativa com a missão de concretizar políticas de transformação da realidade social.

Com isso, não só o Poder Executivo, mas também o Poder Judiciário sofreram alterações em sua estrutura funcional, de modo a possibilitar a efetividade dos direitos sociais.

Se, de um lado, a administração pública recebeu a incumbência de criar e implementar políticas públicas necessárias à satisfação dos fins constitucionalmente delineados, de outro, o Poder Judiciário teve sua margem de atuação ampliada, como forma de fiscalizar e velar pelo fiel cumprimento dos direitos sociais constitucionalmente garantidos.

A ilicitude gerada pelo não-cumprimento injustificado do dever da administração pública em implementar políticas de governo acarreta a desarmonia da ordem jurídica, o que faz merecer correção judicial, sob pena de transformar em letra morta os direitos sociais.

Assim, pode-se dizer que o princípio da separação dos Poderes - inicialmente formulado em sentido forte, até porque assim o exigiam as

# Superior Tribunal de Justiça

circunstâncias históricas - nos dias atuais, para ser compreendido de modo constitucionalmente adequado, exige temperamentos e ajustes à luz de diferentes realidades constitucionais.

Neste sentido, apenas a título de exemplo, pode-se frisar que o velho dogma da separação dos Poderes tem se modernizado e flexibilizado nos

mais variados sistemas jurídicos. Exemplos disso são as chamadas "sentenças aditivas", proferidas pelas cortes constitucionais, principalmente na Europa, onde se cria uma forma de legislação judicial, tendente a suprir as lacunas legais que impedem a realização de direitos fundamentais.

Em decisão recente, e que pode ser considerada como um marco para uma nova interpretação do princípio da separação dos Poderes, entendeu a Corte Suprema nos autos da ADPF-45 que:

*"É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário – e nas desta Suprema Corte em especial – a atribuição de formular e implementar políticas públicas, pois nesse domínio, o encargo reside, primeiramente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência no entanto, embora em bases excepcionas, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático." (STF. ADPF – 45 MC/DF. Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 29. 4. 2004, DJ 4. 5. 2004.)*

Dessa forma, não podem os direitos sociais ficar condicionados à boa vontade do Administrador, sendo de fundamental importância que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa.

Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais.

Outro ponto importante a ressaltar é que se prevalecesse o entendimento de que em face do princípio da separação dos poderes estaria o Judiciário impedido de corrigir distorções em matéria de políticas públicas, a efetivação de outros princípios igualmente constitucionais ficaria comprometida, o que contrariaria a hermenêutica atual que privilegia a harmonização das normas e princípios constitucionais conflitantes, de modo a buscar a máxima eficácia

# Superior Tribunal de Justiça

possível de ambos, e assim evitar que a aplicação de um implique na exclusão de total de outro.

Estreitamente vinculado ao princípio da força normativa da

Constituição, em relação ao qual configura um subprincípio, o cânone hermenêutico da máxima efetividade orienta os aplicadores da Lei Maior para que interpretem suas normas em ordem a otimizar-lhes a eficácia, sem alterar o conteúdo.

Neste sentido, a correta interpretação do princípio da separação dos Poderes, em matéria de políticas públicas, deve ser a de utilizá-lo apenas para limitar a atuação do judiciário quando a administração pública atua dentro dos limites concedidos pela lei.

Fora daí, quando a Administração extrapola os limites da competência que lhe fora atribuída e age sem sentido, ou fugindo da finalidade a qual estava vinculada, descabe a aplicação do referido princípio, e autorizado se encontra o Poder Judiciário a reconhecer que o Executivo não cumpriu com sua obrigação legal, agredindo com isso, direitos difusos e coletivos, e a corrigir tal distorção restaurando a ordem jurídica violada.

O sistema jurídico deve ser analisado sob a premissa de que todos os seus postulados estão em harmonia, sob pena de se quebrar a lógica intrínseca do próprio sistema. Ora, diante de um ordenamento jurídico que consagra o princípio da separação dos Poderes, e que também impõe ao Poder Público a prática de atividades positivas destinadas a efetivar os direitos sociais, a melhor interpretação é aquela que se coaduna com os dois postulados.

Em suma, a atuação do Poder Judiciário no controle das políticas públicas não se pode dar de forma indiscriminada, pois isso violaria o princípio da separação dos Poderes. No entanto, quando a Administração Pública, de maneira clara e indubitável, viola direitos fundamentais por meio da execução ou falta injustificada de programas de governo, a interferência do Poder Judiciário é perfeitamente legítima e serve como instrumento para restabelecer a integridade da ordem jurídica violada.

## DAS LIMITAÇÕES FINANCEIRAS

Um outro ponto que o recurso especial conclama ao enfrentamento é a insuficiência de recursos financeiros para o custeio de todas as obrigações que a Constituição e as normas infraconstitucionais impõem ao estado.

Trata-se aqui da chamada teoria da reserva do possível, tão bem exemplificada no seguinte trecho do recurso especial:

# Superior Tribunal de Justiça

*"Diversamente das omissões estatais, as prestações estatais positivas demandam um dispêndio ostensivo de recursos públicos.*

*que procuram suprir é ilimitado, razão pela qual nem todos estes interesses poderão ser erigidos à condição de direitos exigíveis" (fls. 236)*

Com efeito, a teoria da reserva do possível, importada do Direito alemão, tem sido utilizada constantemente pela administração pública como escudo para se recusar a cumprir obrigações prioritárias.

Não deixo de reconhecer que as limitações orçamentárias são um entrave para a efetivação dos direitos sociais. No entanto, é preciso ter em mente que o princípio da reserva do possível não pode ser utilizado de forma indiscriminada.

Na verdade, o direito alemão construiu essa teoria no sentido de que o indivíduo só pode requerer do estado uma prestação que se dê nos limites do razoável, ou seja, a qual o peticionante atenda aos requisitos objetivos para sua fruição.

Informa a doutrina especializada que, de acordo com a jurisprudência da Corte Constitucional alemã, os direitos sociais prestacionais estão sujeitos à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade (Krell. Andreas J. Controle judicial dos serviços públicos na base dos direitos fundamentais sociais *in* SARLET, Ingo Wolfgang (org. ). *A Constituição Concretizada – Construindo Pontes entre o Público e o Privado*. 2000, p. 41).

Ora, não se pode importar preceitos do direito comparado sem se atentar para as peculiaridades jurídicas e sociológicas de cada país. A Alemanha já conseguiu efetivar os direitos sociais de forma satisfatória, universalizou o acesso aos serviços públicos mais básicos, o que permitiu um elevado índice de desenvolvimento humano de sua população, realidade ainda não alcançada pelo Estado brasileiro.

Na Alemanha, os cidadãos já dispõem de um mínimo de prestações materiais capazes de assegurar uma existência digna. Por esse motivo é que o indivíduo não pode exigir do estado prestações supérfluas, pois isto escaparia do limite do razoável, não sendo exigível que a sociedade arque com esse ônus. Eis a correta compreensão do princípio da reserva do possível, tal como foi formulado pela jurisprudência germânica.

# Superior Tribunal de Justiça

Situação completamente diferente é a que se observa nos países periféricos, como é o caso do Brasil. Aqui ainda não foram asseguradas, para a maioria dos cidadãos, condições mínimas para uma vida digna. Neste caso,

qualquer pleito que vise a fomentar uma existência minimamente decente não pode ser encarado como sem razão, pois garantir a dignidade humana é um dos objetivos principais do Estado brasileiro. É por isso que o princípio da reserva do possível não pode ser oposto a um outro princípio, conhecido como princípio do mínimo existencial.

Desse modo, somente depois de atingido esse mínimo existencial é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em quais outros projetos se deve investir.

Ou seja, não se nega que haja ausência de recursos suficientes para atender a todas as atribuições que a Constituição e a Lei impuseram ao estado. Todavia, se não se pode cumprir tudo, deve-se, ao menos, garantir aos cidadãos um mínimo de direitos que são essenciais a uma vida digna, dentre os quais, sem a menor dúvida, podemos incluir o pleno acesso a um serviço de saúde de qualidade.

Esse mínimo essencial não pode ser postergado e deve ser a prioridade primeira do Poder Público. Somente depois de atendido o mínimo existencial é que se pode cogitar a efetivação de outros gastos.

Por esse motivo, não havendo comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário determine a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político.

## DA INGERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO NO ESTABELECIMENTO DAS PRIORIDADES ADMINISTRATIVAS

A última questão levantada no recurso especial diz respeito à impossibilidade de se estabelecer uma hierarquização entre as prioridades da atividade administrativa.

Segundo os defensores desta tese, ao Estado brasileiro foi atribuída uma série de obrigações positivas necessárias à efetivação dos direitos sociais, e, por não haver um escalonamento entre elas, não se pode identificar quais as mais prioritárias.

Reconheço que em algumas situações é impossível se estabelecer, num plano abstrato, qual a ordem de prioridades que a atividade administrativa

# Superior Tribunal de Justiça

deve tomar. Nestes casos, a identificação pela preferência de atuação estatal, apenas poderia ser identificada na análise do caso concreto.

Todavia, ainda que abstratamente, não se pode deixar de reconhecer que alguns direitos, tais como a educação e a saúde, fazem parte de um núcleo de obrigações que o estado deve encarar como prioritárias.

Basta uma leitura do art. 2º da Lei n. 8. 080/90 e do art. 196 da Constituição Federal para se concluir que o direito à saúde deve ser uma prioridade do estado; até porque, está intimamente ligado com o direito à vida, fonte de onde irradiam todos os demais direitos fundamentais. Vejamos:

*"Art. 196 da Constituição Federal - A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.*

*"Art. 2º da Lei n. 8. 080/90 - A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.*

*§ 1º. O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação. "*

No caso concreto, esta obrigação prioritária do estado não vem sendo prestada de forma a satisfazer o comando constitucional e legal. Conforme registrou o acórdão recorrido, em razão da demanda e *"da falta de equipamentos médicos-hospitalares, o Hospital Universitário de Dourados, por vezes, oferece e presta atendimento nos corredores e em cadeiras de fio, fato que, evidentemente, ofende a dignidade daqueles que precisam de um serviço adequado e eficiente"*. (fls. 218)

Assegurar um mínimo de dignidade humana por meio de serviços públicos essenciais, tais como a educação e a saúde, é escopo da República Federativa do Brasil que não pode ser condicionado à conveniência política do administrador público.

Deveria o agente político – consciente de sua responsabilidade – determinar a inclusão orçamentária nos exercícios financeiros seguintes, dos valores necessários para suprir a falta de equipamentos hospitalares, a fim de evitar demandas como a presente.

# Superior Tribunal de Justiça

Entendo que a omissão injustificada da administração em efetivar

as políticas públicas essenciais para a promoção da dignidade humana não deve ser assistida passivamente pelo Poder Judiciário, afinal de contas, este não é mero departamento do Poder Executivo, mas sim um Poder que detém parcela da soberania nacional.

Neste particular, esclarecedora a doutrina de Lênio Luiz Streck:

*"se no processo constituinte optou-se por um Estado intervencionista, visando a uma sociedade mais justa, com a erradicação da pobreza etc. , dever-se-ia esperar que o Poder Executivo e o Legislativo cumprissem tais programas especificados na Constituição. Acontece que a Constituição não está sendo cumprida. As normas programa da Lei Maior não estão sendo implementadas. Por isso, na falta de políticas públicas cumpridoras dos ditames do Estado Democrático de Direito, surge o Judiciário como instrumento para o resgate dos direitos não realizados"*

(STRECK, Lênio. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 44)

Esse também é o entendimento que vem ganhando força no Supremo Tribunal Federal:

**"EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. VAGA EM ESTABELECIMENTO DE EDUCAÇÃO INFANTIL. DIREITO ASSEGURADO PELA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. O Supremo Tribunal Federal fixou entendimento no sentido de que "embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam essas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos políticos-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais impregnados de estatura constitucional". Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento. "** (Grifei)

(RE 595595 AgR/SC - Rel. Min. Eros Grau, julgado em 28. 4. 2009, DJe 29. 5. 2009. )

# Superior Tribunal de Justiça

Também o Superior Tribunal de Justiça, em ambas as Turmas da primeira seção, já adentrou na análise de tais questões e as enfrentou com a grandeza que se espera desta Corte:

*PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. COLETA DE LIXO. SERVIÇO ESSENCIAL. PRESTAÇÃO DESCONTINUADA. PREJUÍZO À SAÚDE PÚBLICA. DIREITO FUNDAMENTAL. NORMA DE NATUREZA PROGRAMÁTICA. AUTO-EXECUTORIEDADE. PROTEÇÃO POR VIA DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA. POSSIBILIDADE. ESFERA DE DISCRICIONARIEDADE DO ADMINISTRADOR. INGERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO.*

*1. Resta estreme de dúvidas que a coleta de lixo constitui serviço essencial, imprescindível à manutenção da saúde pública, o que o torna submisso à regra da continuidade. Sua interrupção, ou ainda, a sua prestação de forma descontinuada, extrapola os limites da legalidade e afronta a cláusula pétrea de respeito à dignidade humana, porquanto o cidadão necessita utilizar-se desse serviço público, indispensável à sua vida em comunidade.*

*2. Releva notar que uma Constituição Federal é fruto da vontade política nacional, erigida mediante consulta das expectativas e das possibilidades do que se vai consagrar, por isso cogentes e eficazes suas promessas, sob pena de restarem vãs e frias enquanto letras mortas no papel. Ressoa inconcebível que direitos consagrados em normas menores como Circulares, Portarias, Medidas Provisórias, Leis Ordinárias tenham eficácia imediata e os direitos consagrados constitucionalmente, inspirados nos mais altos valores éticos e morais da nação sejam relegados a segundo plano. Trata-se de direito com normatividade mais do que suficiente, porquanto se define pelo dever, indicando o sujeito passivo, in casu, o Estado.*

*3. Em função do princípio da inafastabilidade consagrado constitucionalmente, a todo direito corresponde uma ação que o assegura, sendo certo que todos os cidadãos residentes em Cambuquira encartam-se na esfera desse direito, por isso a homogeneidade e transindividualidade do mesmo a ensejar a bem manejada ação civil pública.*

*4. 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 exegeze que vise afastar a garantia pétrea.*

# Superior Tribunal de Justiça

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

6. *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.*

7. *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.*

8. *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.*

9. *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.*

10. *'A questão do lixo é prioritária, porque está em jogo a saúde pública e o meio ambiente. ' Ademais, "A coleta do lixo e a limpeza dos logradouros públicos são classificados como serviços públicos essenciais e necessários para a sobrevivência do grupo social e do próprio Estado, porque visam a atender as necessidades inadiáveis da comunidade, conforme estabelecem os arts. 10 e 11 da Lei n. ° 7. 783/89. Por tais razões, os serviços públicos desta natureza são regidos pelo PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE. ' 11. Recurso especial provido. "*

(REsp 575998/MG, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 7. 10. 2004, DJ 16. 11. 2004. )

**"ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – OBRAS DE RECUPERAÇÃO EM PROL DO MEIO AMBIENTE – ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO.**

1. *Na atualidade, a Administração pública está submetida ao império da lei, inclusive quanto à conveniência e oportunidade do ato administrativo.*

# Superior Tribunal de Justiça

*2. Comprovado tecnicamente ser imprescindível, para o meio ambiente, a realização de obras de recuperação do solo, tem o Ministério Público legitimidade para exigí-la.*

*3. O Poder Judiciário não mais se limita a examinar os aspectos extrínsecos da administração, pois pode analisar, ainda, as razões de conveniência e oportunidade, uma vez que essas razões devem observar critérios de moralidade e razoabilidade.*

*4. Outorga de tutela específica para que a Administração destine do orçamento verba própria para cumpri-la.*

*5. Recurso especial provido. "*

(REsp 429570/GO, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 11. 11. 2003, DJ 22. 3. 2004. )

Ante o exposto, conheço em parte do recurso e nego-lhe provimento.

É como penso. É como voto.

MINISTRO HUMBERTO  
MARTINS  
Relator

**Mestrado em Direito**  
Pesquisa

*ANEXO C – Recurso Especial nº. 1185474/SC*

# Superior Tribunal de Justiça

**RELATOR** : MINISTRO HUMBERTO MARTINS  
**RECORRENTE** : MUNICÍPIO DE CRICIÚMA  
**PROCURADOR** : PATRICIA TATIANA SCHIMIDT E OUTRO(S)  
**RECORRIDO** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

## RELATÓRIO

**(Relator):**

**O EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO MARTINS**

Cuida-se de recurso especial interposto pelo MUNICÍPIO DE CRICIÚMA, com fundamento no art. 105, III, "a", da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, assim ementado:

*"DIREITO CONSTITUCIONAL À CRECHE EXTENSIVO AOS MENORES DE ZERO A SEIS ANOS. 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. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CABIMENTO E PROCEDÊNCIA.*

*'1. O direito constitucional à creche extensivo aos menores de zero a seis anos é consagrado em norma constitucional reproduzida no art. 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Violação de Lei Federal. 'É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente: I - ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para o que a ele não tiveram acesso na idade própria; II - progressiva extensão da obrigatoriedade e gratuidade ao ensino médio; III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência preferencialmente na rede regular de ensino; IV - atendimento em creche e pré-escola às crianças de (zero) a 6 (seis) anos de idade. '*

*'2. Releva notar que uma Constitucional Federal é fruto da vontade política nacional, erigida mediante consulta das expectativas e das possibilidades do que se vai consagrar, por isso que cogentes e eficazes suas promessas, sob pena de restarem vãs e frias enquanto letras mortas no papel. Ressoa inconcebível que direitos consagrados em normas menores como Circulares, Portarias, Medidas Provisórias, Leis Ordinárias tenham eficácia*

# Superior Tribunal de Justiça

*imediate e os direitos consagrados constitucionalmente, inspirados nos mais altos valores éticos e morais da nação sejam relegados a segundo plano. Prometendo o Estado o direito à creche, cumpradimpli-lo, porquanto a vontade política e constitucional, para utilizarmos a expressão de Konrad Hesse, foi no sentido da erradicação da miséria intelectual que assola o país. O direito à creche é consagrado em regra com normatividade mais do que suficiente, porquanto se define pelo dever, indicando o sujeito passivo, in casu, o Estado.*

*'3. Consagrado por um lado o dever do Estado, revela-se, pelo outro ângulo, o direito subjetivo da criança. Consectariamente, em função do princípio da inafastabilidade da jurisdição consagrado constitucionalmente, a todo direito corresponde uma ação que o assegura, sendo certo que todas as crianças nas condições estipuladas pela lei encartam-se na esfera desse direito e podem exigi-lo em juízo. A homogeneidade e transindividualidade do direito em foco enseja a propositura da ação civil pública.*

*'4. 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 pética.*

*'5. Um país cujo preâmbulo constitucional promete a disseminação 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.*

*'6. 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.*

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

*'8. Diversa é a hipótese segundo a qual a Constituição Federal consagra um direito e a norma infraconstitucional o*

# Superior Tribunal de Justiça

*explicita, impondo-se ao judiciário torná-lo realidade, ainda que para isso, resulte obrigação de fazer, com repercussão na esfera orçamentária.*

*'9. Ressoa evidente que toda imposição jurisdicional à Fazenda Pública implica em dispêndio e atuar, sem que isso infrija 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' (REsp 575280/SP, rel. Min. Luiz Fux). "* (fls. 199/201-e)

Aduz o recorrente que o acórdão estadual contrariou as disposições contidas nos arts. 32 e 87 da Lei n. 9.394/96, bem como o princípio da separação dos poderes e a regra que veda o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual.

Sustenta, outrossim, que *"a forma com que o Estado deve garantir o direito à educação infantil está condicionada às políticas sociais e econômicas, o que faz cer que qualquer atuação deve ser realizada na medida das suas possibilidades estruturais e financeiras "*. (fl. 218-e)

Apresentadas as contrarrazões às fls. 271/277-e, sobreveio o juízo de admissibilidade negativo da instância de origem (fls. 289/291-e).

Este Relator houve por bem dar provimento ao agravo de instrumento, para determinar a subida do presente recurso especial. (fl. 299-e)

É, no essencial, o relatório.

# Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.185.474 - SC (2010/0048628-

## 4) EMENTA

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL – ACESSO À CRECHE AOS MENORES DE ZERO A SEIS ANOS – DIREITO SUBJETIVO – RESERVA DO POSSÍVEL – TEORIZAÇÃO E CABIMENTO – IMPOSSIBILIDADE DE ARGUIÇÃO COMO TESE ABSTRATA DE DEFESA – ESCASSEZ DE RECURSOS COMO O RESULTADO DE UMA DECISÃO POLÍTICA – PRIORIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS – CONTEÚDO DO MÍNIMO EXISTENCIAL – ESSENCIALIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO – PRECEDENTES DO STF E STJ.

1. A tese da reserva do possível assenta-se em ideia que, desde os romanos, está incorporada na tradição ocidental, no sentido de que a obrigação impossível não pode ser exigida (*Impossibilium nulla obligatio est* - Celso, D. 50, 17, 185). Por tal motivo, a insuficiência de recursos orçamentários não pode ser considerada uma mera falácia.

2. Todavia, observa-se que a dimensão fática da reserva do possível é questão intrinsecamente vinculada ao problema da escassez. Esta pode ser compreendida como "sinônimo" de desigualdade. Bens escassos são bens que não podem ser usufruídos por todos e, justamente por isso, devem ser distribuídos segundo regras que pressupõe o direito igual ao bem e a impossibilidade do uso igual e simultâneo.

3. Esse estado de escassez, muitas vezes, é resultado de um processo de escolha, de uma decisão. Quando não há recursos suficientes para prover todas as necessidades, a decisão do administrador de investir em determinada área implica escassez de recursos para outra que não foi contemplada. A título de exemplo, o gasto com festividades ou propagandas governamentais pode ser traduzido na ausência de dinheiro para a prestação de uma educação de qualidade.

4. É por esse motivo que, em um primeiro momento, a reserva do possível não pode ser oposta à efetivação dos Direitos Fundamentais, já que, quanto a estes, não cabe ao administrador público preterí-los em suas escolhas. Nem mesmo a vontade da maioria pode tratar tais direitos como secundários. Isso, porque a democracia não se restringe na vontade da maioria. O princípio do majoritário é apenas um instrumento no processo democrático, mas este não se resume àquele. Democracia é, além da vontade da

# Superior Tribunal de Justiça

maioria, a realização dos direitos fundamentais. Só haverá democracia real onde houver liberdade de expressão, pluralismo político, acesso à informação, à educação, inviolabilidade da intimidade, o respeito às minorias e às ideias minoritárias etc. Tais valores não podem ser malferidos, ainda que seja a vontade da maioria. Caso contrário, se estará usando da "democracia" para extinguir a Democracia.

5. Com isso, observa-se que a realização dos Direitos Fundamentais não é opção do governante, não é resultado de um juízo discricionário nem pode ser encarada como tema que depende unicamente da vontade política. Aqueles direitos que estão intimamente ligados à dignidade humana não podem ser limitados em razão da escassez quando esta é fruto das escolhas do administrador. Não é por outra razão que se afirma que a reserva do possível não é oponível à realização do mínimo existencial.

6. O mínimo existencial não se resume ao mínimo vital, ou seja, o mínimo para se viver. O conteúdo daquilo que seja o mínimo existencial abrange também as condições socioculturais, que, para além da questão da mera sobrevivência, asseguram ao indivíduo um mínimo de inserção na "vida" social.

7. Sendo assim, não fica difícil perceber que dentre os direitos considerados prioritários encontra-se o direito à educação. O que distingue o homem dos demais seres vivos não é a sua condição de animal social, mas sim de ser um animal político. É a sua capacidade de relacionar-se com os demais e, através da ação e do discurso, programar a vida em sociedade.

8. A consciência de que é da essência do ser humano, inclusive sendo o seu traço característico, o relacionamento com os demais em um espaço público - onde todos são, *in abstracto*, iguais, e cuja diferenciação se dá mais em razão da capacidade para a ação e o discurso do que em virtude de atributos biológicos - é que torna a educação um valor ímpar. No espaço público - onde se travam as relações comerciais, profissionais, trabalhistas, bem como onde se exerce a cidadania - a ausência de educação, de conhecimento, em regra, relega o indivíduo a posições subalternas, o torna dependente das forças físicas para continuar a sobreviver e, ainda assim, em condições precárias.

9. Eis a razão pela qual o art. 227 da CF e o art. 4º da Lei n. 8. 069/90 dispõem que a educação deve ser tratada pelo Estado com absoluta prioridade. No mesmo sentido, o art. 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente prescreve que é dever do Estado assegurar às crianças de zero a seis anos de idade o atendimento em creche e pré-escola. Portanto, o pleito do

# Superior Tribunal de Justiça

Ministério Público encontra respaldo legal e jurisprudencial. Precedentes: REsp 511. 645/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 18. 8. 2009, DJe 27. 8. 2009; RE 410. 715 AgR / SP - Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 22. 11. 2005, DJ 3. 2. 2006, p. 76.

10. Porém é preciso fazer uma ressalva no sentido de que mesmo com a alocação dos recursos no atendimento do mínimo existencial persista a carência orçamentária para atender a todas as demandas. Nesse caso, a escassez não seria fruto da escolha de atividades não prioritárias, mas sim da real insuficiência orçamentária. Em situações limítrofes como essa, não há como o Poder Judiciário imiscuir-se nos planos governamentais, pois estes, dentro do que é possível, estão de acordo com a Constituição, não havendo omissão injustificável.

11. Todavia, a real insuficiência de recursos deve ser demonstrada pelo Poder Público, não sendo admitido que a tese seja utilizada como uma desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, principalmente os de cunho social. No caso dos autos, não houve essa demonstração. Precedente: REsp 764. 085/PR, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 1º. 12. 2009, DJe 10. 12. 2009.

Recurso especial improvido.

## VOTO

**O EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO MARTINS**

**(Relator):**

### DO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE

O recurso especial comporta conhecimento, porquanto atende aos pressupostos recursais.

### DA ALEGADA VIOLAÇÃO DA LEGISLAÇÃO FEDERAL

Aduz o recorrente que o acórdão estadual contrariou as disposições contidas nos arts. 32 e 87 da Lei n. 9. 394/96, bem como o princípio da separação dos poderes e a regra que veda o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual.

Sustenta, outrossim, que *"a forma com que o Estado deve garantir o direito à educação infantil está condicionada às políticas sociais e econômicas, o que faz crer que qualquer atuação deve ser realizada na medida*

# Superior Tribunal de Justiça

*das suas possibilidades estruturais e financeiras* ". (fl. 218-e)

Alega que o atendimento educacional das crianças e dos adolescentes será efetivado na medida das possibilidades e de acordo com as políticas públicas formuladas pelo Poder Executivo, no exercício do seu poder discricionário.

Em suma, as razões recursais apóiam-se na tese da reserva do possível, na alegação de violação ao princípio da separação dos poderes e dos limites impostos pela legislação orçamentária.

Com efeito, observa-se que o cerne da questão diz respeito à possibilidade de efetivação, por meio de determinação judicial, de direitos fundamentais que implicam dispêndio de altos custos orçamentários.

## DA RESERVA DO POSSÍVEL

De início, é de se deixar claro que a insuficiência de recursos orçamentários não pode ser considerada uma mera falácia. Tanto é assim que a doutrina e jurisprudência germânica, conscientes da existência de limitações financeiras, elaboraram a teoria da "reserva do possível" (*Der Vorbehalt des Möglichen*), segundo a qual os direitos sociais a prestações materiais dependem da real disponibilidade de recursos financeiros por parte do Estado.

Na verdade, a tese da reserva do possível assenta-se em ideia que, desde os romanos, está incorporada na tradição ocidental, no sentido de que a obrigação impossível não pode ser exigida (*Impossibilium nulla obligatio est* - Celso, D. 50, 17, 185).

Não se pode exigir da ação humana a feitura de algo impossível. O problema central é que as limitações orçamentárias vão de encontro à necessidade de efetivação dos direitos fundamentais, principalmente aqueles que, em regra, realizam-se com a implementação de prestações positivas pelo Estado.

É justamente nesse ponto, da efetividade, que surge o principal desafio em matéria de direitos sociais, pois, sendo eminentemente prestacionais, demandam um conjunto de medidas positivas por parte do Poder Público, e que sempre abrangem a alocação significativa de recursos materiais e humanos para sua proteção e efetivação de uma maneira geral.

Assim, é necessário buscar uma conciliação entre a existência de limitações fáticas e a imperiosidade de efetivação dos direitos fundamentais.

Por esse motivo, é necessário analisar o que seja a reserva do

# Superior Tribunal de Justiça

possível, qual o seu alcance e em que condições a tese pode ser alegada.

Nesta tarefa, recorro-me ao direito germânico para constatar que o Tribunal Constitucional Federal Alemão, ao buscar desenvolver a noção da "reserva do possível", firmou o entendimento de que esta apresenta, pelo menos, uma dimensão tríplice:

a) uma dimensão fática, que diz respeito à efetiva disponibilidade dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais;

b) uma dimensão jurídica, que guarda conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias; e

c) por fim, na perspectiva de um eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade e razoabilidade da prestação, ou seja, aquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade.

Feitas essas considerações, observa-se que a dimensão fática da reserva do possível é questão intrinsecamente vinculada ao problema da escassez, que deve ser analisada com mais proficuidade.

A escassez é "sinônimo" de desigualdade. Bens escassos são bens que não podem ser usufruídos por todos e, justamente por isso, devem ser distribuídos segundo regras que pressupõe o direito igual ao bem e a impossibilidade do uso igual e simultâneo.

Esse estado de escassez, muitas vezes, é resultado de um processo de escolha, de uma decisão. Quando não há recursos suficientes para prover todas as necessidades, a decisão do administrador de investir em determinada área implica escassez de recursos para outra que não foi contemplada. A título de exemplo, o gasto com festividades ou propagandas governamentais pode ser traduzido na ausência de dinheiro para a prestação de uma educação de qualidade.

## DA PRIORIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A pergunta que se deve fazer neste momento é: o administrador público possui, em todos os casos, carta branca para escolher as prioridades, ou seja, para decidir quais valores serão contemplados e, conseqüentemente, quais serão postergados em face da escassez dos recursos públicos? Tal pergunta deve ser respondida com cautela.

A regra é que, por atribuição constitucional, cabe ao Poder

# Superior Tribunal de Justiça

Executivo definir os programas de governo que serão tratados com prioridade; boa parte deles, referendados pela vontade manifestada nas urnas. Todavia, há um núcleo de direitos que não pode, em hipótese alguma, ser preterido, pois constitui o objetivo e fundamento primeiro do Estado Democrático de Direito.

O termo "em hipótese alguma" frisa que nem mesmo a vontade da maioria pode tratar tais direitos como secundários. Isso, porque a democracia não se restringe na vontade da maioria. O princípio do majoritário é apenas um instrumento no processo democrático, mas este não se resume àquele. Democracia é, além da vontade da maioria, a realização dos direitos fundamentais.

Explica-se. Só haverá democracia real onde houver liberdade de expressão, pluralismo político, acesso à informação, à educação, inviolabilidade da intimidade, o respeito às minorias e às ideias minoritárias etc. Tais valores não podem ser malferidos, ainda que seja a vontade da maioria. Caso contrário, se estará usando da "democracia" para extinguir a Democracia.

Com isso, observa-se que a realização dos Direitos Fundamentais não é opção do governante, não é resultado de um juízo discricionário nem pode ser encarada como tema que depende unicamente da vontade política.

A não priorização de direitos essenciais implica o destrato da vida humana como um fim em si mesmo, ofende, às claras, o sobreprincípio da dignidade da pessoa humana.

A Constituição Federal reforça esse entendimento ao declarar, em seu art. 1º, III, que a dignidade da pessoa humana é fundamento da República Federativa do Brasil, a Carta Cidadã de 1988 escolhe, ela própria, algumas prioridades que devem ser respeitadas pelo Poder Constituído.

Assim, aqueles direitos que estão intimamente ligados à dignidade humana, dentre os quais os relacionados às liberdades civis e aos direitos prestacionais essenciais como a educação e a saúde, não podem ser limitados em razão da escassez quando esta é fruto das escolhas do administrador.

## DO MÍNIMO EXISTENCIAL

A argumentação até aqui apresentada expõe a existência de duas questões que precisam ser conciliadas. De um lado, tem-se o real problema da ausência de recursos orçamentário; do outro, a necessidade de realização dos Direitos Fundamentais.

Entrincheirado nesse imbróglio, o Tribunal Constitucional Federal

# Superior Tribunal de Justiça

Alemão desenvolveu a tese do "mínimo existencial", segundo a qual, a impossibilidade de concretização de todos os direitos sociais não impede que as pessoas possam pleitear, no mínimo, o acesso a condições mínimas para uma vida digna.

A tese não deixa de ser uma decorrência do reconhecimento da reserva do possível. Por não haver recursos para tudo, é que se deve garantir, ao menos, o suficiente para que se possa viver com dignidade. Esse mínimo existencial não pode ser postergado e deve ser a prioridade do Poder Público.

Somente depois de atendido é que se abre a possibilidade para a efetivação de outros gastos, não entendidos, num juízo de razoabilidade, como essenciais. Por esse motivo, pelo menos *a priori*, a teoria da reserva do possível não pode ser oposta ao mínimo existencial.

Esse foi o entendimento adotado por esta Turma no julgamento do REsp 1. 041. 197/MS, de minha relatoria, cuja ementa se transcreve:

*"ADMINISTRATIVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS – POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS – DIREITO À SAÚDE – FORNECIMENTO DE EQUIPAMENTOS A HOSPITAL UNIVERSITÁRIO – MANIFESTA NECESSIDADE – OBRIGAÇÃO DO ESTADO – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES – NÃO-OPONIBILIDADE DA RESERVA DO POSSÍVEL AO MÍNIMO EXISTENCIAL.*

*1. Não comporta conhecimento a discussão a respeito da legitimidade do Ministério Público para figurar no pólo ativo da presente ação civil pública, em vista de que o Tribunal de origem decidiu a questão unicamente sob o prisma constitucional.*

*2. Não há como conhecer de recurso especial fundado em dissídio jurisprudencial ante a não-realização do devido cotejo analítico.*

*3. A partir da consolidação constitucional dos direitos sociais, a função estatal foi profundamente modificada, deixando de ser eminentemente legisladora em pró das liberdades públicas, para se tornar mais ativa com a missão de transformar a realidade social. Em decorrência, não só a administração pública recebeu a incumbência de criar e implementar políticas públicas necessárias à satisfação dos fins constitucionalmente delineados, como também, o Poder Judiciário teve sua margem de atuação ampliada, como forma de fiscalizar e velar pelo fiel cumprimento dos objetivos constitucionais.*

*4. Seria uma distorção pensar que o princípio da separação*

# Superior Tribunal de Justiça

*dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais. Com efeito, a correta interpretação do referido princípio, em matéria de políticas públicas, deve ser a de utilizá-lo apenas para limitar a atuação do judiciário quando a administração pública atua dentro dos limites concedidos pela lei. Em casos excepcionais, quando a administração extrapola os limites da competência que lhe fora atribuída e age sem razão, ou fugindo da finalidade a qual estava vinculada, autorizado se encontra o Poder Judiciário a corrigir tal distorção restaurando a ordem jurídica violada.*

**5. O indivíduo não pode exigir do estado prestações supérfluas, pois isto escaparia do limite do razoável, não sendo exigível que a sociedade arque com esse ônus. Eis a correta compreensão do princípio da reserva do possível, tal como foi formulado pela jurisprudência germânica. Por outro lado, qualquer pleito que vise a fomentar uma existência minimamente decente não pode ser encarado como sem motivos, pois garantir a dignidade humana é um dos objetivos principais do Estado Democrático de Direito. Por este motivo, o princípio da reserva do possível não pode ser oposto ao princípio do mínimo existencial.**

*6. Assegurar um mínimo de dignidade humana por meio de serviços públicos essenciais, dentre os quais a educação e a saúde, é escopo da República Federativa do Brasil que não pode ser condicionado à conveniência política do administrador público. A omissão injustificada da administração em efetivar as políticas públicas constitucionalmente definidas e essenciais para a promoção da dignidade humana não deve ser assistida passivamente pelo Poder Judiciário.*

*Recurso especial parcialmente conhecido e improvido. "*

*(REsp 1. 041. 197/MS, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 25. 8. 2009, DJe 16. 9. 2009, grifei.)*

Feitas essas considerações, analisa-se, no caso concreto, o direito objeto do litígio está incluído no rol daqueles cuja observância é imprescindível para a existência digna.

Antes, mais uma consideração. O mínimo existencial não se resume ao mínimo vital, ou seja, o mínimo para se viver. Não deixar alguém morrer de fome é, certamente, o primeiro passo, mas não é, nem de longe, o suficiente para fazê-lo viver com dignidade.

# Superior Tribunal de Justiça

O conteúdo daquilo que seja o mínimo existencial abrange também as condições socioculturais, que, para além da questão da mera sobrevivência, asseguram ao indivíduo um mínimo de inserção na "vida" social.

## DA ESSENCIALIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO

Definido o conteúdo do mínimo existencial, não fica difícil perceber que dentre os direitos considerados prioritários encontra-se o direito à educação.

O que distingue o homem dos demais seres vivos não é a sua condição de animal social. Animal social a abelha é, a formiga é, inúmeros outros são. O traço diferencial do homem é a sua condição de ser um animal político; a sua capacidade de relacionar-se com os demais e, através da ação e do discurso, programar a vida em sociedade.

A distinção é importante, pois denota a existência de uma dupla dimensão da vida humana. Há a vida natural, biológica, que faz do homem um animal como qualquer outro. Há, também, uma espécie de segunda vida, a que é exercida na esfera pública, nas relações intersubjetivas e políticas que o indivíduo realiza com os demais integrantes da sociedade.

Em Hannah Ardent, a distinção é explicada com maior maestria:

*"Segundo o pensamento grego, a capacidade humana de organização política não apenas difere mas é diretamente oposta a essa associação natural cujo centro é constituído pela casa (oikia) e pela família. O surgimento da cidade-estado significava que o homem recebera, além da vida privada, uma espécie de segunda vida, o seu bios politikos. Agora cada cidadão pertence a duas ordens de existência; e há uma grande diferença em sua vida entre aquilo que lhe é próprio (idion) e o que é comum (koinon). "*  
(ARENDDT, Hannah. A Condição Humana. 10ª Edição. Forense Universitária, Rio de Janeiro, 2008, p. 33. )

A consciência de que é da essência do ser humano, inclusive sendo o seu traço característico, o relacionamento com os demais em um espaço público - onde todos são, *in abstracto*, iguais, e cuja diferenciação se dá mais em razão da capacidade para a ação e o discurso do que em virtude de atributos biológicos - é que torna a educação um valor ímpar.

Em outras palavras, no espaço público - onde se travam as relações comerciais, profissionais, trabalhistas, bem como onde se exerce a cidadania - a ausência de educação, de conhecimento, em regra, relega o indivíduo a posições subalternas, o torna dependente das forças físicas para continuar a sobreviver e,

# Superior Tribunal de Justiça

ainda assim, em condições precárias.

Eis a razão pela qual o art. 205 da Constituição Federal estabelece que:

*"Art. 205 - 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. "*

No caso concreto, a matéria é ainda mais importante, pois trata do direito à educação de crianças, que, nos termos da própria Constituição Federal, possuem prioridade absoluta.

*"Art. 227. 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.)

Observa-se, nesse ponto, que a priorização dos investimentos na educação infantil, devido a sua essencialidade, não é resultado de opções políticas dos ocupantes momentâneos do cargo chefe do Poder Executivo, mas sim uma imposição da própria Carta Federal.

No mesmo sentido, encontra-se a legislação infraconstitucional:

*"Art. 4º da Lei 8069/90 - É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. "*

O Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de apreciar a questão em caso semelhante. No julgamento do RE 436. 996/SP, o Rel. Min. Celso de Mello asseverou que a educação infantil não se expõe a avaliações meramente discricionárias da administração pública. Pela importância da decisão, transcrevo a ementa:

# Superior Tribunal de Justiça

*"RECURSO EXTRAORDINÁRIO - CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - RECURSO IMPROVIDO.*

*- 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 consequência, 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.*

*- Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes,*

# Superior Tribunal de Justiça

*cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à 'reserva do possível'. Doutrina. "*

(RE 410. 715 AgR / SP - Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 22. 11. 2005, DJ 3. 2. 2006, p. 76, grifei. )

Com efeito, o princípio da reserva do possível não pode ser oposto - quando a escassez é resultado de um processo de escolha das atividades que serão atendidas - ao mínimo existencial, aos direitos que a própria Constituição Federal elege como prioritários, como é o caso do direito à educação infantil.

No caso concreto, há ainda, disposição legal específica, contida no art. 54, IV, do Estatuto da Criança e do Adolescente, obrigando o Poder Público a prestar atendimento em creche à crianças de zero a seis anos de idade. Vejamos:

*"Art. 54. É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente:*

*...*

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

Por fim, há ainda uma última questão a ser enfrentada. A atuação do Poder Judiciário deve ser excepcional, só sendo permitida nos casos em que as prioridades estabelecidas pela própria constituição, essenciais à efetivação da dignidade humana, estejam sendo preteridas em razão de programas governamentais cuja ausência de relevância seja incontestável.

Pensar diferente seria transformar o Poder Judiciário em órgão planejador de políticas públicas, em substituição à função constitucionalmente atribuída ao Poder Executivo, o que configuraria uma clara violação do princípio da Separação dos Poderes.

Portanto, é possível que, mesmo com a alocação dos recursos no atendimento do mínimo existencial, persista a carência orçamentária para atender a todas as demandas.

Nesse caso, a escassez não seria fruto da escolha de atividades não prioritárias, mas sim da real insuficiência de recursos. Em situações limítrofes como essa, não há como o Poder Judiciário imiscuir-se nos planos governamentais, pois estes, dentro do que é possível, estão de acordo com a Constituição, não havendo omissão injustificável.

# Superior Tribunal de Justiça

Todavia, não se pode olvidar que a real insuficiência de recursos, mesmo quando estes estão alocados em atividades essenciais, deve ser demonstrada pelo Poder Público, não sendo admitido que a tese seja utilizada como uma desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, principalmente os de cunho social.

Neste sentido:

*"ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL – PRETENSÃO RESISTIDA – INTERESSE DE AGIR – CONTRATO DE TELEVISÃO POR ASSINATURA (TV A CABO) – LESÃO A DIREITOS DOS USUÁRIOS – AUSÊNCIA DE FISCALIZAÇÃO – INEXISTÊNCIA DE DISCRICIONARIEDADE – VINCULAÇÃO À FINALIDADE LEGAL – RESERVA DO POSSÍVEL – NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO.*

*1. Os fatos consignados pelo acórdão recorrido, noticiam que a ré resistiu à pretensão do autor da ação civil pública, motivo pelo qual, não há que se falar em ausência do interesse de agir do Ministério Público.*

*2. Nos termos do art. 19 da Lei. n. 9. 472/97, compete à Anatel a obrigação de fiscalizar os serviços públicos concedidos, bem como, de reprimir as infrações aos direitos dos usuários. Com efeito, não há discricionariedade para o administrador público em realizar, ou não, a fiscalização.*

*3. A discricionariedade, porventura existente, circunscrever-se-ia na escolha do meio pelo qual a fiscalização será exercida. Todavia, ainda assim, o administrador está vinculado à finalidade legal, de modo que, o meio escolhido deve ser necessariamente o mais eficiente no desempenho da atribuição fiscalizadora.*

*4. Isto ocorre porque a discricionariedade administrativa é, antes de mais nada, um dever posto à Administração para que, diante do caso concreto, encontre dentre as diversas soluções possíveis, a que melhor atenda à finalidade legal.*

**5. A reserva do possível não pode ser apresentada como alegação genérica, destituída de provas da inexistência de recursos financeiros. Requer, ademais, considerações sobre a situação orçamentária do ente público envolvido, o que esbarra na súmula 7 desta Corte Superior.**

*Recurso especial improvido. "*

(REsp 764. 085/PR, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 1º. 12. 2009, DJe 10. 12. 2009, grifei. )

No caso concreto, não houve essa demonstração por parte do

# Superior Tribunal de Justiça

recorrente. O acórdão recorrido não traz um único dado a respeito da execução orçamentária da municipalidade.

Cabe ressaltar ainda que há precedentes deste Tribunal Superior entendendo como procedente o pleito para assegurar o acesso ao atendimento público educacional em creche e pré-escola.

Nesse sentido:

*"RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MATRÍCULA E FREQUÊNCIA DE MENORES DE ZERO A SEIS ANOS EM CRECHE DA REDE PÚBLICA MUNICIPAL. DEVER DO ESTADO.*

*1. Hipótese em que o Ministério Público do Estado de São Paulo ajuizou Ação Civil Pública com o fito de assegurar a matrícula de duas crianças em creche municipal. O pedido foi julgado procedente pelo Juízo de 1º grau, porém a sentença foi reformada pelo Tribunal de origem.*

*2. Os arts. 54, IV, 208, III, e 213 da Lei 8. 069/1990 impõem que o Estado propicie às crianças de até 6 (seis) anos de idade o acesso ao atendimento público educacional em creche e pré-escola.*

*3. É legítima a determinação da obrigação de fazer pelo Judiciário para tutelar o direito subjetivo do menor a tal assistência educacional, não havendo falar em discricionariedade da Administração Pública, que tem o dever legal de assegurá-lo. Precedentes do STJ e do STF.*

*4. Recurso Especial provido. "*

*(REsp 511. 645/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 18. 8. 2009, DJe 27. 8. 2009. )*

Ante o exposto, com fundamento no art. 557, *caput*, do CPC, nego provimento ao recurso especial.

É como penso. É como voto.

MINISTRO HUMBERTO MARTINS

Relator

**Mestrado em Direito**  
Pesquisa

*ANEXO D – Recurso Especial nº. 506226/df*

RELATOR	: MINISTRO HUMBERTO MARTINS
EMBARGANTE	: ODETE NICOLAU FAGUNDES E OUTRO
ADVOGADO	: JOSÉ EDUARDO RANGEL DE ALCKMIN E OUTRO (S)
EMBARGADO	: COMPANHIA IMOBILIÁRIA DE BRASÍLIA TERRACAP
ADVOGADO	: MIGUEL ROBERTO MOREIRA DA SILVA E OUTRO (S)

### EMENTA

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. DIVERGÊNCIA DEMONSTRADA. INTERESSE PÚBLICO. AUSÊNCIA DE OBRIGATORIEDADE.

1. A ação de desapropriação indireta tem conteúdo patrimonial que a vincula ao chamado interesse público secundário, cuja titularidade é atribuída à Fazenda Pública, devidamente representada em juízo por seus órgãos de procuratura judicial. Ao Ministério Público, em regra, cabe a defesa do interesse público primário (art. 82, inciso III, do CPC).

2. A natureza patrimonial da ação, especialmente ligada a interesses econômicos, implica que a não intervenção do Ministério Público é insusceptível de anular todo o processo sob esse exclusivo fundamento.

3. "O princípio do art. 82, III, do Código de Processo Civil não acarreta a presença do Ministério Público pelo só fato de haver interesse patrimonial da fazenda pública, que dispõe de defensor próprio e é protegida pelo duplo grau de jurisdição. Se quisesse abranger as causas dessa natureza, o legislador processual o teria mencionado expressamente, tal a amplitude da ocorrência ." (RE 86. 328/PR, Relator Min. Decio Miranda, RTJ 98-1). Precedentes do STJ e do STF.

4. Em regra, a ação de desapropriação direta ou indireta não pressupõe automática intervenção do Parquet, exceto quando envolver, frontal ou reflexamente, proteção ao meio ambiente, interesse urbanístico ou improbidade administrativa.

Embargos de divergência providos.

### ACÓRDAO

"Prosseguindo no julgamento, a Seção, por unanimidade, conheceu dos embargos e lhes deu provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. " Os Srs. Ministros Herman Benjamin (voto-vista), Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro Relator.

Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Sérgio Kukina, Ari Pargendler e Arnaldo Esteves Lima.

Brasília (DF), 24 de abril de 2013 (Data do Julgamento).

MINISTRO CASTRO MEIRA

Presidente

MINISTRO HUMBERTO MARTINS

Relator

CERTIDAO DE JULGAMENTO

PRIMEIRA SEÇÃO

Número Registro: 2003/0206783-8

EREsp 506226 / DF

Números Origem: 20000150051888 200300329263

PAUTA: 10/09/2008

JULGADO: 10/09/2008

Relator

Exmo. Sr. Ministro HUMBERTO MARTINS

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro LUIZ FUX

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FLAVIO GIRON

# Mestrado em Direito

## Pesquisa

Secretária  
Bela. Carolina Vêras  
AUTUAÇÃO

EMBARGANTE	: ODETE NICOLAU FAGUNDES E OUTRO
ADVOGADO	: JOSÉ EDUARDO RANGEL DE ALCKMIN E OUTRO (S)
EMBARGADO	: COMPANHIA IMOBILIÁRIA DE BRASÍLIA TERRACAP
ADVOGADO	: MIGUEL ROBERTO MOREIRA DA SILVA E OUTRO (S)

ASSUNTO: Administrativo - Intervenção do Estado na Propriedade -  
Desapropriação - Indireta

### CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Retirado de Pauta por indicação do Sr. Ministro-Relator. "

Brasília, 10 de setembro de 2008

Carolina Vêras  
Secretária

### EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 506. 226 - DF (2003/0206783-8)

RELATOR	: MINISTRO HUMBERTO MARTINS
EMBARGANTE	: ODETE NICOLAU FAGUNDES E OUTRO
ADVOGADO	: JOSÉ EDUARDO RANGEL DE ALCKMIN E OUTRO (S)
EMBARGADO	: COMPANHIA IMOBILIÁRIA DE BRASÍLIA TERRACAP
ADVOGADO	: MIGUEL ROBERTO MOREIRA DA SILVA E OUTRO (S)

### RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO MARTINS (Relator):

Cuida-se de embargos de divergência opostos por ODETE NICOLAU FAGUNDES E OUTRO com objetivo de uniformizar a jurisprudência desta Corte no tocante à desnecessidade de intervenção do Ministério Público nas ações de desapropriação indireta.

Originariamente, foi apresentada divergência jurisprudencial contra acórdão da Primeira Turma que, negando provimento a recurso especial, entendeu pela necessidade de intervenção do Ministério Público nas ações de desapropriação indireta, nos termos da seguinte ementa:

"PROCESSUAL CIVIL. MINISTÉRIO PÚBLICO. INTERESSE PÚBLICO. ART. 82, III, CPC.

1. É obrigatória a intervenção do Ministério Público nas lides em que o interesse público torna-se evidente.
  2. Ação de desapropriação indireta promovida contra a União Federal e o Distrito Federal. Terras situadas no Município de Formosa, Estado de Goiás.
  3. Acentuadas divergências sobre a pretensão.
  4. Exclusão da União e do Distrito Federal do litígio.
  5. Condenação da Terracap que foi chamada à lide, apenas, como litisconsorte passiva necessária.
  6. Acórdão do Tribunal de Justiça que reconhece, em face do alto valor da condenação, ser imprescritível, por configuração de interesse público, a intervenção do Ministério Público. Decretação de nulidade do feito a partir da não participação do Parquet.
  7. Panorama processual que exige reflexões. Interesse público caracterizado.
  8. Recurso improvido para reconhecer a nulidade e, conseqüentemente, a intervenção obrigatória do Ministério Público. "
- (REsp 506. 226/DF, Rel. Min. José Delgado, DJ 13. 10. 2003. )

Como paradigmas foram colacionados os seguintes acórdãos da Segunda Turma, no sentido de ser desnecessária a intervenção do Parquet nas ações de desapropriação indireta:

"PROCESSO CIVIL - AGRAVO REGIMENTAL.

1. A intervenção do Ministério Público só se justifica nas hipóteses do art. 82 do CPC, ou quando está expressa a exigência em lei especial.

2. Não se confunde interesse público com interesse da Fazenda Pública.

3. A ação de desapropriação indireta é ação de indenização, de cunho patrimonial, não havendo interesse público que justifique a intervenção do MINISTÉRIO PÚBLICO.

4. Agravo regimental improvido. "

(AgRg no REsp 258. 798/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 11. 11. 2002. )

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO DESAPROPRIAÇÃO INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DESNECESSIDADE PRECEDENTES.

É pacífica a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de não ser necessária a intervenção do Ministério Público na ação expropriatória, salvo se houver interesses de incapazes.

Recurso conhecido e provido. "

(REsp 189. 017/SP, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJ 13. 5. 2002. )

Efetivado juízo positivo de admissibilidade, não foram apresentadas impugnações (fl. 1. 403-v).

É, no essencial, o relatório.

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 506. 226 - DF (2003/0206783-8)

### EMENTA

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. DIVERGÊNCIA DEMONSTRADA. INTERESSE PÚBLICO. AUSÊNCIA DE OBRIGATORIEDADE.

1. A ação de desapropriação indireta tem conteúdo patrimonial que a vincula ao chamado interesse público secundário, cuja titularidade é atribuída à Fazenda Pública, devidamente representada em juízo por seus órgãos de procuratura judicial. Ao Ministério Público, em regra, cabe a defesa do interesse público primário (art. 82, inciso III, do CPC).

2. A natureza patrimonial da ação, especialmente ligada a interesses econômicos, implica que a não intervenção do Ministério Público é insusceptível de anular todo o processo sob esse exclusivo fundamento.

3. "O princípio do art. 82, III, do Código de Processo Civil não acarreta a presença do Ministério Público pelo só fato de haver interesse patrimonial da fazenda pública, que dispõe de defensor próprio e é protegida pelo duplo grau de jurisdição. Se quisesse abranger as causas dessa natureza, o legislador processual o teria mencionado expressamente, tal a amplitude da ocorrência. " (RE 86. 328/PR, Relator Min. Decio Miranda, RTJ 98-1). Precedentes do STJ e do STF.

4. Em regra, a ação de desapropriação direta ou indireta não pressupõe automática intervenção do Parquet, exceto quando envolver, frontal ou reflexamente, proteção ao meio ambiente, interesse urbanístico ou improbidade administrativa.

Embargos de divergência providos.

### VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO MARTINS (Relator):

Ab initio, trato da admissibilidade dos embargos de divergência.

A divergência foi colocada no tocante à desnecessidade de intervenção do Ministério Público nas ações de desapropriação indireta.

Assim, quanto à necessária demonstração da divergência, anoto que os embargantes destacaram no corpo da peça dos embargos a igualdade material entre o acórdão embargado da Primeira Turma, Rel. Min. José Delgado, e os acórdãos

paradigmas da Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon e Francisco Peçanha Martins, porém, com soluções opostas.

Admito a divergência, portanto, e passo ao exame do mérito.

A limitação administrativa imposta a áreas privadas que acarreta o esvaziamento econômico do direito de propriedade caracteriza a chamada desapropriação indireta. Ao desapropriado fica a possibilidade de acionar o poder público em busca da indenização pela perda indireta da propriedade.

Esta Corte tem entendimento no sentido de ser a ação de desapropriação indireta uma ação de indenização, de cunho patrimonial, uma vez que a perda da propriedade se opera em momento anterior a sua propositura.

Na hipótese dos autos, a divergência jurisprudencial foi apresentada no tocante à necessidade ou não de intervenção do Ministério Público nessas ações de desapropriação indireta, objetivando os embargantes a reforma de aresto que declarou a nulidade do processo, a partir do despacho da fl. 400, em face da ausência de intimação do Parquet dos atos processuais praticados no âmbito da Justiça do Distrito Federal e Territórios.

A intervenção ministerial tem seu fundamento no art. 82 do Código de Processo Civil, verba legis :

"Art. 82. Compete ao Ministério Público intervir:

I - nas causas em que há interesses de incapazes;

II - nas causas concernentes ao estado da pessoa, pátrio poder, tutela, curatela, interdição, casamento, declaração de ausência e disposições de última vontade;

III - nas ações que envolvam litígios coletivos pela posse da terra rural e nas demais causas em que há interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte. "

Como facilmente se percebe, a hipótese, cuja aplicação nas ações de desapropriação indireta ora se discute, é a do inciso III, segunda parte (ações que envolvam interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte).

Nesse passo, para atingir o deslinde da controvérsia, há de examinar a real extensão do conceito de interesse público, de forma a justificar a intervenção do Ministério Público em determinada ação.

Com efeito, conquanto a expressão interesse público padeça de considerável grau de maleabilidade conceitual, podemos defini-lo como o interesse comum a um dado grupo social, em determinadas época e circunstância, considerado sob a perspectiva da coletividade, a partir do que Rousseau convencionou chamar de "contrato social".

Nas palavras de HUGO NIGRO MAZZILLI, "embora não haja consenso sobre a noção de interesse público, essa expressão tem sido predominantemente utilizada para alcançar o interesse de proveito social ou geral, ou seja, o interesse da coletividade, considerada em seu todo" (MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 21 ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 47).

O interesse público que se pretende defender com a intervenção do Parquet é o denominado interesse público primário, na clássica distinção de Renato Alesi, definido por HUGO NIGRO MAZZILLI como "o interesse social (o interesse da sociedade ou da coletividade como um todo)" (MAZZILLI, Hugo Nigro. Op. cit., p. 49).

Destarte, forçoso é reconhecer a ausência de obrigatoriedade de intervenção do Ministério Público nas ações de desapropriação indireta, uma vez que não lhe cabe a defesa do interesse patrimonial da Fazenda Pública, ou interesse público secundário, nos termos colocados pelos acórdãos paradigmas.

JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO leciona que "a circunstância de ser a pretensão do ex-proprietário, na respectiva ação, de natureza indenizatória - somada ao fato de já se ter consumado a perda da propriedade - conduz à dispensa da intervenção do Ministério Público no processo, e isso porque na hipótese não incide o art. 82, III, do

CPC: na verdade, o interesse que inspira a causa é meramente fazendário e não se revela interesse público evidenciado pela natureza da lide ou pela qualidade da parte " (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo , 19 ed. , Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2008, p. 771).

A propósito, ainda, os seguintes arestos desta Corte:

"AÇÃO RESCISÓRIA. ACÓRDAO RESCINDENDO. MÉRITO. EXAME. INCOMPETÊNCIA. CORTE. DESAPROPRIAÇÃO POR UTILIDADE PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO. INTERVENÇÃO. ILEGITIMIDADE ATIVA.

1. Não é cabível ação rescisória proposta com o fito de desconstituir julgado que não apreciou o mérito da demanda por considerar a matéria preclusa. Incompetência desta Corte para examinar o feito. Precedentes.

2. A intervenção do Parquet não é obrigatória nas demandas indenizatórias propostas contra o Poder Público, como é o caso da ação de desapropriação por utilidade pública. Tal participação só é imprescindível quando se evidenciar a conotação de interesse público, que não se confunde com o mero interesse patrimonial-econômico da Fazenda Pública. Precedentes deste Tribunal e do Pretório Excelso.

3. Ação rescisória extinta, sem resolução de mérito. "

(AR 2. 896/SP, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 28. 2. 2007, DJ 2. 4. 2007. )

"PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSPORTE AÉREO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. CONGELAMENTO DE TARIFAS. INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. INTERPRETAÇÃO DO ART. 82, III, DO CPC. FACULTATIVIDADE. INEXISTÊNCIA DE DIREITOS INDISPONÍVEIS. NULIDADE NAO-CONFIGURADA. PRECEDENTES DO STF E STJ. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. A simples presença de pessoa jurídica de direito público não determina, por si só, a intervenção obrigatória do Ministério Público. O interesse público também não pode ser confundido com o interesse patrimonial do Estado, tampouco em razão do elevado valor da eventual indenização a ser paga pela Fazenda Pública.

2. Nesse sentido, os seguintes precedentes: REsp 465. 580/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 8. 5. 2006, p. 178; REsp 490. 726/SC, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 21. 3. 2005, p. 219; AgRg no REsp 609. 216/RS, 6ª Turma, Rel. Min. Paulo Gallotti, DJ de 31. 5. 2004, p. 370; REsp 327. 288/DF, 4ª Turma, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJ de 17. 11. 2003, p. 330; AgRg no REsp 278. 770/TO, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 5. 5. 2003, p. 239; REsp 137. 186/GO, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 10. 9. 2001, p. 274; REsp 154. 631/MG, 5ª Turma, Rel. Min. Felix Fischer, DJ de 3. 11. 1998, p. 189; REsp 64. 073/RS, 3ª Turma, Rel. Min. Costa Leite, DJ de 12. 5. 1997, p. 18. 796; RE 96. 899/ES, 1ª Turma, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ de 5. 9. 1986, p. 15. 834; RE 91. 643/ES, 1ª Turma, Rel. Min. Rafael Mayer, DJ de 2. 5. 1980, p. 963.

3. " A ação indenizatória intentada contra o Estado, buscando reparação fundada no rompimento do equilíbrio econômico financeiro do contrato de concessão de transportes aéreos, não requer, obrigatoriamente, a intervenção do Ministério Público, não se justificando a nulidade do processo em razão desta ausência. "(excerto da ementa do REsp 628. 608/DF, 1ª Turma, Rel. Min Francisco Falcão, DJ de 21. 2. 2005, p. 113).

4. Provimento do recurso especial, determinando-se o retorno dos autos ao Tribunal de origem para o julgamento do mérito do recurso de apelação. "

(REsp 801. 028/DF, Rel. Min. Denise Arruda, julgado em 12. 12. 2006, DJ 8. 3. 2007. )

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO VIOLAÇÃO DO ART. 53555 DOCPCC INEXISTÊNCIA DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DESNECESSIDADE.

# Mestrado em Direito

## Pesquisa

1. Inexiste ofensa ao art. 535 do CPC se o Tribunal de origem examina as questões ditas omissas.

2. A ação de desapropriação indireta é ação de indenização, de cunho patrimonial, não havendo interesse público que justifique a intervenção do Ministério Público.

3. Recurso especial conhecido em parte e nesta parte provido. " (REsp 652.621/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 7. 6. 2005, DJ 19. 9. 2005. )

A título de reforço, apenas, o acórdão do Supremo Tribunal Federal, quando ainda exercia suas funções de controle da integridade do direito federal, no exato sentido que ora se pretende uniformizar:

"Processual civil. Ministério Público. Intervenção nas causas em que há interesse público, evidenciado pela natureza da lide ou qualidade das partes. O princípio do art. 82, III, do Código de Processo Civil não acarreta a presença do Ministério Público pelo só fato de haver interesse patrimonial da fazenda pública, que dispõe de defensor próprio e e protegida pelo duplo grau de jurisdição. Se quisesse abranger as causas dessa natureza, o legislador processual o teria mencionado expressamente, tal a amplitude da ocorrência. "

(RE 86328/PR, Rel. Min. Decio Miranda, j. 13. 11. 1979 Segunda Turma, DJ 7. 12. 1979, RTJ 98-1. )

Por derradeiro, registra-se que, em regra, a ação de desapropriação direta ou indireta não pressupõe automática intervenção do Parquet , exceto quando envolver, frontal ou reflexamente, a proteção do meio ambiente, interesse urbanístico, improbidade administrativa ou outro interesse público para o qual o legislador tenha afirmado a legitimação do Ministério Público na sua defesa, inclusive com base no art. 8222, III, doCódigo de Processo Civill.

Ante o exposto, dou provimento aos embargos de divergência.  
É como penso. É como voto.

MINISTRO HUMBERTO MARTINS

Relator

CERTIDAO DE JULGAMENTO

PRIMEIRA SEÇÃO

Número Registro:

REsp 506226

2003/0206783-8

PROCESSO ELETRÔNICO / DF

Números Origem: 20000150051888 200300329263

PAUTA: 11/02/2009

JULGADO: 11/02/2009

Relator

Exmo. Sr. Ministro HUMBERTO MARTINS

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro LUIZ FUX

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. WALLACE DE OLIVEIRA BASTOS

Secretária

Bela. Carolina Vêras

AUTUAÇÃO

EMBARGANTE	: ODETE NICOLAU FAGUNDES E OUTRO
ADVOGADO	: JOSÉ EDUARDO RANGEL DE ALCKMIN E OUTRO (S)
EMBARGADO	: COMPANHIA IMOBILIÁRIA DE BRASÍLIA TERRACAP
ADVOGADO	: MIGUEL ROBERTO MOREIRA DA SILVA E OUTRO (S)

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO - Intervenção do Estado na Propriedade - Desapropriação Indireta  
SUSTENTAÇÃO ORAL

Sustentou, oralmente, o Dr. JOSÉ EDUARDO RANGEL DE ALCKMIN, pela embargante.

# Mestrado em Direito

Pesquisa

## CERTIDAO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Após o voto do Sr. Ministro Relator conhecendo dos embargos e lhes dando provimento, pediu vista o Sr. Ministro Herman Benjamin. "

Aguardam os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Eliana Calmon, Teori Albino Zavascki, Castro Meira e Denise Arruda.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília, 11 de fevereiro de 2009

Carolina Vêras

Secretária

CERTIDAO DE JULGAMENTO

PRIMEIRA SEÇÃO

Número Registro: 2003/0206783-8

EREsp 506226 / DF

Números Origem: 20000150051888 200300329263

PAUTA: 14/10/2009

JULGADO: 28/10/2009

Relator

Exmo. Sr. Ministro HUMBERTO MARTINS

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MOACIR GUIMARAES MORAIS FILHO

Secretária

Bela. Carolina Vêras

AUTUAÇÃO

EMBARGANTE	: ODETE NICOLAU FAGUNDES E OUTRO
ADVOGADO	: JOSÉ EDUARDO RANGEL DE ALCKMIN E OUTRO (S)
EMBARGADO	: COMPANHIA IMOBILIÁRIA DE BRASÍLIA TERRACAP
ADVOGADO	: MIGUEL ROBERTO MOREIRA DA SILVA E OUTRO (S)

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO - Intervenção do Estado na Propriedade - Desapropriação Indireta

## CERTIDAO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Retirado de pauta por indicação do Sr. Ministro Herman Benjamin. "

Brasília, 28 de outubro de 2009

Carolina Vêras

Secretária

CERTIDAO DE JULGAMENTO

PRIMEIRA SEÇÃO

Número Registro:

2003/0206783-8

Números Origem: 20000150051888 200300329263

EREsp 506.

226 / DF

PAUTA: 25/05/2011

JULGADO: 22/06/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro HUMBERTO MARTINS

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MOACIR GUIMARAES MORAES FILHO

Secretária

Bela. Carolina Vêras

### AUTUAÇÃO

EMBARGANTE	: ODETE NICOLAU FAGUNDES E OUTRO
ADVOGADO	: JOSÉ EDUARDO RANGEL DE ALCKMIN E OUTRO (S)
EMBARGADO	: COMPANHIA IMOBILIÁRIA DE BRASÍLIA TERRACAP
ADVOGADO	: MIGUEL ROBERTO MOREIRA DA SILVA E OUTRO (S)

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO - Intervenção do Estado na Propriedade - Desapropriação Indireta CERTIDAO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Retirado de Pauta por indicação do Sr. Ministro Herman Benjamin. "

### EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 506. 226 - DF (2003/0206783-8)

RELATOR	: MINISTRO HUMBERTO MARTINS
EMBARGANTE	: ODETE NICOLAU FAGUNDES E OUTRO
ADVOGADO	: JOSÉ EDUARDO RANGEL DE ALCKMIN E OUTRO (S)
EMBARGADO	: COMPANHIA IMOBILIÁRIA DE BRASÍLIA TERRACAP
ADVOGADO	: MIGUEL ROBERTO MOREIRA DA SILVA E OUTRO (S)

### EMENTA

**PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DESNECESSIDADE.**

1. Hipótese em que o Tribunal de origem aferiu haver interesse público evidente na demanda e, portanto, nulidade pela não intervenção do MP.
2. A Primeira Turma manteve o acórdão do TRF ao verificar as peculiaridades da causa, inclusive o fato de que a Terracap foi condenada, apesar de figurar como simples litisconsorte passiva e de os réus (União e Distrito Federal) terem sido excluídos da ação.
3. Conforme bem observado pelo eminente Relator, Ministro Humberto Martins, em regra a Ação de Desapropriação, direta ou indireta, não pressupõe automática intervenção ministerial, excetuados, por exemplo, casos em que se discutam interesses ambientais, urbanísticos, sanitários ou improbidade administrativa.
4. "A existência de interesses ambientais e sociais diretamente ligados à desapropriação justifica a intervenção obrigatória do Ministério Público, nos termos do art. 82, III, do Código de Processo Civil". (AgRg no AREsp 165. 217/RJ, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJe 6. 12. 2012).
5. Destaque-se que, independentemente da natureza da ação, o eventual surgimento de interesse preponderante da coletividade na demanda (art. 82, III, in fine, do CPC) pode tornar obrigatória sua participação.
6. Não se constata, de plano, nos mesmos termos do acurado voto do e. Relator, a necessidade de intervenção do Parquet na ação sob exame.
7. Os autos devem retornar à Corte local para análise das demais questões suscitadas nos recursos de Apelação.
8. Embargos de Divergência providos, acompanhando o eminente Relator.

### VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN: Discute-se a obrigatoriedade de intervenção do Ministério Público em demanda de Desapropriação Indireta movida contra a União e o Distrito Federal.

A área objeto da ação, onde foi implantado o Núcleo Rural Taquara, pela Fundação Zoobotânica do Distrito Federal (fl. 912, e-STJ), possui 2.538,25 ha, e a sentença fixou indenização no montante de R\$ 4.958.200,00 (valor em fevereiro de 2000), o que corresponde a R\$ 1.953,39 por hectare (fl. 1.440, e-STJ).

O Tribunal de origem, em razão das peculiaridades do caso, aferiu haver interesse público evidente, razão pela qual declarou “nulo o processo a partir do despacho de fl. 400 (vol. II)” pela não participação do Parquet após tal oportunidade (fl. 1.568, e-STJ).

A Primeira Turma, ao julgar o Recurso Especial, manteve o acórdão recorrido, ratificando a existência de interesse público por força das particularidades do caso.

O eminente Relator, Ministro Humberto Martins, ao analisar detidamente o caso dos autos, votou pelo provimento dos Embargos de Divergência para afastar a necessidade de intervenção do MP e, como consequência, reverter a decretação de nulidade do processo.

Passo ao meu voto.

Como fundamento, o e. Relator cita a jurisprudência do STJ, contrária à intervenção do Ministério Público nas hipóteses de desapropriação simples (não aquelas relativas à reforma agrária ou a conflitos pela posse da terra).

Realmente, conforme muito bem se observou, já não faz sentido a intervenção que ocorria anteriormente, em que o MP atuava como auxiliar do Estado.

A figura do Ministério Público como defensor do rei está ultrapassada. É descabida sua intervenção nas áreas em que estão em jogo interesses preponderantemente do governo, mais que os da sociedade.

Assim, como é insito aos votos do e. Relator, revela-se acurada a menção aos precedentes relativos à dispensa de intervenção do MP pela simples existência de desapropriação.

Não se perca, todavia, de perspectiva que, nos termos da atenta ressalva constante do voto inaugural, em determinados casos, ainda que se trate, a priori, de situação que dispensaria a intervenção do Parquet, pode vir a surgir evidente interesse público que demande sua participação. Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DESAPROPRIAÇÃO URBANA. UTILIDADE PÚBLICA. CONSTRUÇÃO DE GASODUTO. IMPACTOS AO MEIO AMBIENTE E SOCIAIS. REVOLVIMENTO FÁTICO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. O recurso especial que busca afastar a necessidade de intervenção do Ministério Público no feito com fundamento na inexistência de motivos justificadores esbarra na Súmula 7/STJ, pois o Tribunal de origem constatou a existência de "impactos sociais e ambientais de inegável interesse transcendente ao econômico das partes" (e-STJ fl. 143).

2. Além disso, a existência de interesses ambientais e sociais diretamente ligados à desapropriação justifica a intervenção obrigatória do Ministério Público, nos termos do art. 82, III, do Código de Processo Civil. Precedente.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 165217/RJ, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, DJe 6/12/2012).

Ressalto que a previsão de intervenção do MP por interesse público depende sempre da análise pontual do Parquet, ao requerê-la, e do Judiciário, ao deferi-la.

Transcrevo o art. 82 do CPC:

Art. 82. Compete ao Ministério Público intervir:

I - nas causas em que há interesses de incapazes;

II - nas causas concernentes ao estado da pessoa, pátrio poder, tutela, curatela, interdição, casamento, declaração de ausência e disposições de última vontade;

III - nas ações que envolvam litígios coletivos pela posse da terra rural e nas demais causas em que há interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte. (grifei)

Diversamente dos incisos I e II, o terceiro é aberto. O interesse público que dá ensejo à intervenção ministerial deverá ser aferido caso a caso, observando-se as peculiaridades de cada demanda.

Essa é a lição do saudoso J. J. Calmon de Passos, ao examinar o art. 82, III, do CPC:

Colocou-se como pressuposto da intervenção um requisito que reclama determinação complementar, determinação esta, como visto, a ser realizada pelo Poder Judiciário, de ofício ou mediante provocação do próprio Ministério Público ou de qualquer das partes. (. . .)

Na hipótese do art. 82, III, quando surge o dever, para a parte, e quando se faz obrigatória a intervenção do Ministério Público? Já o dissemos: a partir do momento em que o juiz defina existir, no caso concreto, o interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte. (“Intervenção do Ministério Público nas causas a que se refere o artigo 82, III, do Código de Processo Civil”, in Revista Justitia, v. 107, a. 1979, pp. 90 e 93).

Especificamente no que concerne ao caso sob exame, no mesmo sentido do brilhante voto do Min. Humberto Martins, embora não vislumbre, de plano, a configuração de nulidade pela falta de participação do MP, não posso deixar de notar a ocorrência de diversos fatos insólitos durante a instrução processual, conforme ressaltado pelo eminente Ministro José Delgado em seu voto condutor (fl. 1. 636-1. 651, e-STJ).

Primeiramente, observo que a ação foi proposta contra a União e o Distrito Federal, perante a Justiça Federal, tendo a Terracap e a Fundação Zoobotânica do Distrito Federal integrado a lide na qualidade de litisconsortes passivas necessárias.

Nesse diapasão, após a realização da perícia, a União foi excluída do feito e, em razão da modificação da competência, remeteram-se os autos à Justiça do Distrito Federal (fls. 545-547, e-STJ).

Após a ação ser distribuída à 6ª Vara da Fazenda Pública do Distrito Federal, determinou-se nova perícia (fl. 724, e-STJ).

Sobreveio, então, sentença que excluiu o Distrito Federal e a Fundação Zoobotânica da lide e, com base no segundo laudo pericial (fls. 858-1. 406, e-STJ), condenou apenas a Terracap, que integrou a demanda na qualidade de litisconsorte necessária, ao pagamento de indenização no vultoso montante de R\$4. 958. 200, 00, correspondente a R\$1. 953, 39 por hectare.

Frise-se que o aresto proferido pelo Tribunal a quo cingiu-se a apreciar a nulidade suscitada pelo Ministério Público. Assim, ainda que não se revele nulo o processo pela falta de intervenção do Parquet, os autos deverão retornar à Corte de origem, para análise das demais matérias a ele devolvidas, que poderão até ensejar a conversão do julgamento em diligência, para complementação ou realização de nova perícia. Nesse sentido:

**DESAPROPRIAÇÃO. APRECIÇÃO DO LAUDO PERICIAL. DEFICIÊNCIA NA VALORAÇÃO DA PROVA. MATÉRIA PREJUDICIAL AO EXAME DO RECURSO ESPECIAL A TEOR DA SÚMULA N.º 07/STJ. ART. 130, DO CPC. APRECIÇÃO DA PROVA.**

1. Ausência de valoração da prova impeditiva da análise pelo STJ do malferimento dos dispositivos legais invocados. Prejudicial ao exame do recurso especial.
2. O art. 130, do CPC, é aplicável a todas as instâncias por isso que ao STJ é lícito, antes da análise à violação da lei, determinar a baixa dos autos à

instância de origem para que valere a prova produzida, prejudicial à análise do *meritum causae* porquanto à Corte está interdita a análise do contexto fático-probatório.

3. "O Código de Processo Civil, atento aos reclamos da modernidade quanto ao ativismo judicial, dispôs no seu art. 130, "cabendo ao juiz de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis e protelatórias".
4. Dessume-se, do dispositivo citado, que esse poder de iniciativa conspira em favor da busca da verdade, habilitando o juiz a proferir uma sentença restauradora do *statu quo* ante à violação, carreando notável prestígio para o monopólio da jurisdição que, ao limitar a autotutela, promete ao jurisdicionado colocá-lo em situação igual à que se encontrava antes do inadimplemento. E, para isso, é preciso aproximar a decisão da realidade da qual o juiz, evidentemente, não participou, e a ela é conduzido através da atividade probatória. "(in Curso de Direito Processual Civil, Luiz Fux, Forense, 2001)
5. Recurso especial provido para que seja reaberta a instrução probatória a fim de se apurar a localização dos imóveis dos recorrentes para, então, decidir-se acerca do possível apossamento administrativo e a conseqüente indenizabilidade da área.

**(REsp 506. 719/PR, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, DJ 9/12/2003, p. 224).**

**ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO. SENTENÇA COM TRÂNSITO EM JULGADO. FASE EXECUTÓRIA. NOVA AVALIAÇÃO. DETERMINAÇÃO DE OFÍCIO. COISA JULGADA. PRINCÍPIOS DA MORALIDADE E DA JUSTA INDENIZAÇÃO.**

1. Recurso especial intentado contra acórdão que, apoiando decisão monocrática designadora de nova perícia na área objeto de ação expropriatória, em fase de execução, repeliu argumentos de ofensa ao instituto da coisa julgada.
2. A desapropriação, como ato de intervenção estatal na propriedade privada, é a forma mais drástica de manifestação do poder de império, isto é, da soberania interna do Estado sobre os bens existentes no território nacional, sendo imprescindível a presença da justa indenização como pressuposto de admissibilidade do ato expropriatório.
3. Não obstante em decisão anterior já transitada em julgado se haja definido o valor da indenização, diante das peculiaridades do caso concreto não se pode acolher a invocação de supremacia da coisa julgada. O aresto de segundo grau levou em consideração fatos e circunstâncias especiais da lide a indicarem a ausência de credibilidade do laudo pericial.
4. Perfeita razoabilidade em ato judicial de designação de nova perícia técnica no intuito de se aferir, com maior segurança, o valor real no mercado imobiliário da área em litígio sem prejudicar qualquer das partes envolvidas. Resguarda-se, nesse atuar, maior proximidade com a garantia constitucional da justa indenização, seja pela proteção ao direito de propriedade, seja pela preservação do patrimônio público.

5. Em face dos fatores valorativos, a força probatória das perícias técnicas é inestimável, colaborando no sentido jurídico de que a desapropriação se consuma nos limites da legalidade.
6. Inocorrência de violação aos preceitos legais concernentes ao instituto da res judicata. Conceituação dos seus efeitos em face dos princípios da moralidade pública e da segurança jurídica.
7. Confirmação do acórdão que apoiou as determinações construídas pelo magistrado de 1ª instância no sentido de valorizar prova pericial, aproximando-se ao máximo da realidade dos fatos.
8. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, improvido.

(REsp 499. 217/MA, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, DJ 5/8/2004, p. 187).

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. ALEGAÇÃO DE ERRO MÉDICO. JUIZ QUE DETERMINA A BAIXA DOS AUTOS PARA REALIZAÇÃO DE NOVAS PROVAS. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA INVESTIGAÇÃO E DA VERDADE REAL. RECURSO ESPECIAL NAO PROVIDO.

1. O artigo 130 do CPC permite ao julgador, em qualquer fase do processo, ainda que em sede de julgamento da apelação no âmbito do Tribunal local, determinar a realização das provas necessárias à formação do seu convencimento, mesmo existente anterior perícia produzida nos autos.

2. Contudo, não é possível ao Julgador suprir a deficiência probatória da parte, violando o princípio da imparcialidade, mas, por óbvio, diante da dúvida surgida com a prova colhida nos autos, compete-lhe aclarar os pontos obscuros, de modo a formar adequadamente sua convicção.

3. Recurso especial a que se nega provimento.

(REsp 906. 794/CE, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMAO, QUARTA TURMA, DJe 13/10/2010).

Diante do exposto, acompanho o eminente Relator, Ministro Humberto Martins, para dar provimento ao Recurso.

É como voto .

CERTIDAO DE JULGAMENTO  
PRIMEIRA SEÇÃO

Número Registro:  
2003/0206783-8

PROCESSO ELETRÔNICO 226 / DF

EREsp 506.

Números Origem: 20000150051888 200300329263

# Mestrado em Direito

Pesquisa

PAUTA: 24/04/2013

JULGADO: 24/04/2013

Relator

Exmo. Sr. Ministro HUMBERTO MARTINS

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro CASTRO MEIRA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MOACIR GUIMARAES MORAES FILHO

Secretária

Bela. Carolina Vêras

## AUTUAÇÃO

EMBARGANTE : ODETE NICOLAU FAGUNDES E OUTRO

ADVOGADO : JOSÉ EDUARDO RANGEL DE ALCKMIN E OUTRO (S)

EMBARGADO : COMPANHIA IMOBILIÁRIA DE BRASÍLIA TERRACAP

ADVOGADO : MIGUEL ROBERTO MOREIRA DA SILVA E OUTRO (S)

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO  
PÚBLICO - Intervenção do Estado na Propriedade - Desapropriação Indireta

## CERTIDAO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Prosseguindo no julgamento, a Seção, por unanimidade, conheceu dos embargos e lhes deu provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. "

Os Srs. Ministros Herman Benjamin (voto-vista), Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro Relator.

Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Sérgio Kukina, Ari Pargendler e Arnaldo Esteves Lima.

**Mestrado em Direito**  
Pesquisa

*ANEXO E – Arguição de Descumprimento de Preceito  
Fundamental nº. 45*

# Mestrado em Direito

## Pesquisa

Relator: Min. CELSO DE MELLO DJ DATA-04/05/2004 P - 00012  
ARGTE. (S): PARTIDO DA SOCIAL DEMOCRACIA BRASILEIRA - PSDB ADV.  
(A/S): GUSTAVO ARTHUR COELHO LOBO DE CARVALHO E OUTRO(A/S)  
ARGDO. (A/S): PRESIDENTE DA REPÚBLICA  
ADV. (A/S): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Julgamento: 29/04/2004

Despacho

EMENTA: ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA "RESERVA DO POSSÍVEL". NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO "MÍNIMO EXISTENCIAL". VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO). DECISÃO: Trata-se de argüição de descumprimento de preceito fundamental promovida contra veto, que, emanado do Senhor Presidente da República, incidiu sobre o § 2º do art. 55 (posteriormente renumerado para art. 59), de proposição legislativa que se converteu na Lei nº 10.707/2003 (LDO), destinada a fixar as diretrizes pertinentes à elaboração da lei orçamentária anual de 2004. O dispositivo vetado possui o seguinte conteúdo material: "§ 2º Para efeito do inciso II do caput deste artigo, consideram-se ações e serviços públicos de saúde a totalidade das dotações do Ministério da Saúde, deduzidos os encargos previdenciários da União, os serviços da dívida e a parcela das despesas do Ministério financiada com recursos do Fundo de Combate à Erradicação

da Pobreza. " O autor da presente ação constitucional sustenta que o veto presidencial importou em desrespeito a preceito fundamental decorrente da EC 29/2000, que foi promulgada para garantir recursos financeiros mínimos a serem aplicados nas ações e serviços públicos de saúde. Requisitei, ao Senhor Presidente da República, informações que por ele foram prestadas a fls. 93/144. Vale referir que o Senhor Presidente da República, logo após o veto parcial ora questionado nesta sede processual, veio a remeter, ao Congresso Nacional, projeto de lei, que, transformado na Lei nº 10. 777/2003, restaurou, em sua integralidade, o § 2º do art. 59 da Lei nº 10. 707/2003 (LDO), dele fazendo constar a mesma norma sobre a qual incidira o veto executivo. Em virtude da mencionada iniciativa presidencial, que deu causa à instauração do concernente processo legislativo, sobreveio a edição da já referida Lei nº 10. 777, de 24/11/2003, cujo art. 1º - modificando a própria Lei de Diretrizes Orçamentárias (Lei nº 10. 707/2003) - supriu a omissão motivadora do ajuizamento da presente ação constitucional. Com o advento da mencionada Lei nº 10. 777/2003, a Lei de Diretrizes Orçamentárias, editada para reger a elaboração da lei orçamentária de 2004, passou a ter, no ponto concernente à questionada omissão normativa, o seguinte conteúdo material: "Art. 1º O art. 59 da lei nº 10. 707, de 30 de julho de 2003, passa a vigorar acrescido dos seguintes parágrafos:

'Art. 59. . . § 3º Para os efeitos do inciso II do caput deste artigo, consideram-se ações e serviços públicos de saúde a totalidade das dotações do Ministério da Saúde, deduzidos os encargos previdenciários da União, os serviços da dívida e a parcela das despesas do Ministério financiada com recursos do Fundo de Combate à Erradicação da Pobreza. § 4º A demonstração da observância do limite mínimo previsto no § 3º deste artigo dar-se-á no encerramento do exercício financeiro de 2004. ' (NR). " (grifei) Cabe registrar, por necessário, que a regra legal resultante da edição da Lei nº 10. 777/2003, ora em pleno vigor, reproduz, essencialmente, em seu conteúdo, o preceito, que, constante do § 2º do art. 59 da Lei nº 10. 707/2003 (LDO), veio a ser vetado pelo Senhor Presidente da República (fls. 23v. ). Impende assinalar que a regra legal em questão - que culminou por colmatar a própria omissão normativa alegadamente descumpridora de preceito fundamental - entrou em vigor em 2003, para orientar, ainda em tempo oportuno, a elaboração da lei orçamentária anual pertinente ao exercício financeiro de 2004. Conclui-se, desse modo, que o objetivo perseguido na presente sede processual foi inteiramente alcançado com a edição da Lei nº 10. 777, de 24/11/2003,

promulgada com a finalidade específica de conferir efetividade à EC 29/2000, concebida para garantir, em bases adequadas - e sempre em benefício da população deste País - recursos financeiros mínimos a serem necessariamente aplicados nas ações e serviços públicos de saúde. Não obstante a superveniência desse fato juridicamente relevante, capaz de fazer instaurar situação de prejudicialidade da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, não posso deixar de reconhecer que a ação constitucional em referência, considerado o contexto em exame, qualifica-se como instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas, quando, previstas no texto da Carta Política, tal como sucede no caso (EC 29/2000), venham a ser descumpridas, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais destinatárias do comando inscrito na própria Constituição da República. Essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais - que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. CELSO DE MELLO) -, sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional: "DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO - MODALIDADES DE COMPORTAMENTOS INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO. - O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um facere (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação. - Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse non facere ou non praestare, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público.

- A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político- jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental. " (RTJ 185/794-796, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno) É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE,

" Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976", p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. Cabe assinalar, presente esse contexto - consoante já proclamou esta Suprema Corte - que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política "não pode converter-se em promessa constitucional inseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado" (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à "reserva do possível" (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, "The Cost of Rights", 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade

econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da "reserva do possível" - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. Daí a correta ponderação de ANA PAULA DE BARCELLOS ("A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais", p. 245-246, 2002, Renovar):

"Em resumo: a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição. A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível." (grifei)

Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da "reserva do possível", ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as

prestações positivas dele reclamadas. Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos. Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado. Extremamente pertinentes, a tal propósito, as observações de ANDREAS JOACHIM KRELL ("Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha", p. 22-23, 2002, Fabris):

"A constituição confere ao legislador uma margem substancial de autonomia na definição da forma e medida em que o direito social deve ser assegurado, o chamado 'livre espaço de conformação' (. . . ). Num sistema político pluralista, as normas constitucionais sobre direitos sociais devem ser abertas para receber diversas concretizações consoante as alternativas periodicamente escolhidas pelo eleitorado. A apreciação dos fatores econômicos para uma tomada de decisão quanto às possibilidades e aos meios de efetivação desses direitos cabe, principalmente, aos governos e parlamentos. Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional. No entanto, parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no

Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais. A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais a prestações materiais depende, naturalmente, dos recursos públicos disponíveis; normalmente, há uma delegação constitucional para o legislador concretizar o conteúdo desses direitos. Muitos autores entendem que seria ilegítima a conformação desse conteúdo pelo Poder Judiciário, por atentar contra o princípio da Separação dos Poderes (. . .). Muitos autores e juizes não aceitam, até hoje, uma obrigação do Estado de prover diretamente uma prestação a cada pessoa necessitada de alguma atividade de atendimento médico, ensino, de moradia ou alimentação. Nem a doutrina nem a jurisprudência têm percebido o alcance das normas constitucionais programáticas sobre direitos sociais, nem lhes dado aplicação adequada como princípios-condição da justiça social. A negação de qualquer tipo de obrigação a ser cumprida na base dos Direitos Fundamentais Sociais tem como consequência a renúncia de reconhecê-los como verdadeiros direitos. (. . .) Em geral, está crescendo o grupo daqueles que consideram os princípios constitucionais e as normas sobre direitos sociais como fonte de direitos e obrigações e admitem a intervenção do Judiciário em caso de omissões inconstitucionais." (grifei)

Todas as considerações que venho de fazer justificam-se, plenamente, quanto à sua pertinência, em face da própria natureza constitucional da controvérsia jurídica ora suscitada nesta sede processual, consistente na impugnação a ato emanado do Senhor Presidente da República, de que poderia resultar grave comprometimento, na área da saúde pública, da execução de política governamental decorrente de decisão vinculante do Congresso Nacional, consubstanciada na Emenda Constitucional nº 29/2000. Ocorre, no entanto, como precedentemente já enfatizado no início desta decisão, que se registrou, na espécie, situação configuradora de prejudicialidade da presente argüição de descumprimento de preceito fundamental. A inviabilidade da presente argüição de descumprimento, em decorrência da razão ora mencionada, impõe uma observação final: no desempenho dos poderes processuais de que dispõe, assiste, ao Ministro-Relator, competência plena para exercer, monocraticamente, o controle das ações, pedidos ou recursos dirigidos ao Supremo Tribunal Federal, legitimando-se, em consequência, os atos decisórios que, nessa condição, venha a praticar. Cumpre acentuar, por oportuno, que o Pleno do Supremo Tribunal Federal reconheceu a inteira validade constitucional da norma legal que inclui, na esfera de atribuições do Relator, a competência para negar trânsito, em decisão monocrática, a recursos, pedidos ou ações, quando incabíveis, estranhos à competência desta Corte, intempestivos, sem objeto ou que veiculem pretensão incompatível com a jurisprudência predominante do Tribunal

(RTJ 139/53 - RTJ 168/174-175). Nem se alegue que esse preceito legal implicaria transgressão ao princípio da colegialidade, eis que o postulado em questão sempre restará preservado ante a possibilidade de submissão da decisão singular ao controle recursal dos órgãos colegiados no âmbito do Supremo Tribunal Federal, consoante esta Corte tem reiteradamente proclamado (RTJ 181/1133-1134, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – AI 159. 892-AgR/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v. g. ). Cabe enfatizar, por necessário, que esse entendimento jurisprudencial é também aplicável aos processos de controle normativo abstrato de constitucionalidade, qualquer que seja a sua modalidade (ADI 563/DF, Rel. Min. PAULO BROSSARD - ADI 593/GO, Rel. Min. MARCO AURÉLIO - ADI 2. 060/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO – ADI 2. 207/AL, Rel. Min. CELSO DE MELLO - ADI 2. 215/PE, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v. g. ), eis que, tal como já assentou o Plenário do Supremo Tribunal Federal, o ordenamento positivo brasileiro "não subtrai, ao Relator da causa, o poder de efetuar - enquanto responsável pela ordenação e direção do processo (RISTF, art. 21, I) - o controle prévio dos requisitos formais da fiscalização normativa abstrata (. . . )" (RTJ 139/67, Rel. Min. CELSO DE MELLO). Sendo assim, tendo em consideração as razões expostas, julgo prejudicada a presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, em virtude da perda superveniente de seu objeto. Arquivem-se os presentes autos.

Publique-se.

Brasília, 29 de abril de 2004.

Ministro CELSO DE MELLO Relator

**Mestrado em Direito**  
Pesquisa

*ANEXO F – Agravo Regimental nº 639337/SP, data de julgamento 21/06/2011*

# Mestrado em Direito

Pesquisa

## Dados Gerais

Processo: ARE 639337 SP

Relator(a): Min. CELSO DE MELLO

Julgamento: 21/06/2011

Publicação: DJe-123 DIVULG 28/06/2011 PUBLIC 29/06/2011

MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

Parte(s): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROMOTOR DE JUSTIÇA DA VARA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE DO

FORO REGIONAL DE SANTO AMARO

A C C E OUTRO(A/S)

## Decisão

CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE. ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA. SENTENÇA QUE OBRIGA O MUNICÍPIO DE SÃO PAULO A MATRICULAR CRIANÇAS EM UNIDADES DE ENSINO INFANTIL PRÓXIMAS DE SUA RESIDÊNCIA OU DO ENDEREÇO DE TRABALHO DE SEUS RESPONSÁVEIS LEGAIS, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA POR CRIANÇA NÃO ATENDIDA. PLENA LEGITIMIDADE DESSA DETERMINAÇÃO JUDICIAL. INOCORRÊNCIA DE TRANSGRESSÃO AO POSTULADO DA SEPARAÇÃO DE PODERES. OBRIGAÇÃO ESTATAL DE RESPEITAR OS DIREITOS DAS CRIANÇAS. EDUCAÇÃO INFANTIL. DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV, NA REDAÇÃO DADA PELA EC Nº 53/2006). COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO. DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º). AGRAVO IMPROVIDO. -

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 consequência, 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 até 5 (cinco) 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. - Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à “reserva do possível”. Doutrina. O recurso extraordinário a que se refere o presente agravo foi interposto contra acórdão, que, proferido pelo E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, está assim ementado (fls. 1. 697): “

APELAÇÃO – Reexame Necessário – Ação Civil Pública – Sentença que obriga o Município de São Paulo a matricular crianças em unidades de ensino infantil próximas de sua residência – Cabimento – Direito Fundamental, líquido e certo – Aplicação dos artigos 208 da Constituição da República e 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente – Inocorrência de violação aos princípios constitucionais da Separação e Independência dos Poderes da República – Necessidade de harmonia como o princípio da legalidade e da inafastabilidade do controle judicial (arts. 5º, XXXV, e 37 da Constituição Federal)– Princípio da Isonomia que impõe o respeito ao direito de todas as crianças – Normas constitucionais de eficácia plena – Direito universal a ser assegurado a qualquer criança que dele necessite – Obrigação do Município reconhecida no artigo 211 da Constituição Federal – Prova suficiente a autorizar o acolhimento do pedido – Multa cabível e proporcional – Não provimento do recurso e do reexame necessário. ” (grifei) A parte ora agravante sustenta que o acórdão impugnado em sede recursal extraordinária teria transgredido preceitos inscritos na Constituição da República. O exame desta causa, no entanto, considerada a jurisprudência que o Supremo Tribunal Federal firmou na matéria ora em análise (AI 474. 444-AgR/SP, Rel. Min. MARÇO AURÉLIO – RE 410. 715- -AgR/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO – RE 436. 996-AgR/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v. g. ), convence-me da inteira correção dos fundamentos que apóiam e dão consistência ao acórdão emanado do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. É preciso assinalar, neste ponto, por relevante, que o direito à educação – que

representa prerrogativa constitucional deferida a todos (CF, art. 205), notadamente às crianças (CF, arts. 208, IV, e 227, “caput”)– qualifica-se como um dos direitos sociais mais expressivos, subsumindo-se à noção dos direitos de segunda geração (RTJ 164/158-161), cujo adimplemento impõe, ao Poder Público, a satisfação de um dever de prestação positiva, consistente num “facere”, pois o Estado dele só se desincumbirá criando condições objetivas que propiciem, aos titulares desse mesmo direito, o acesso pleno ao sistema educacional, inclusive ao atendimento, em creche e pré-escola, “às crianças até 5 (cinco) anos de idade” (CF, art. 208, IV, na redação dada pela EC nº 53/2006). O eminente e saudoso PINTO FERREIRA (“Educação e Constituinte”, “in” Revista de Informação Legislativa, vol. 92, p. 171/173), ao analisar esse tema, expende, sobre ele, magistério irrepreensível:

“O Direito à educação surgiu recentemente nos textos constitucionais. Os títulos sobre ordem econômica e social, educação e cultura revelam a tendência das Constituições em favor de um Estado social. Esta clara opção constitucional faz deste ordenamento econômico e cultural um dos mais importantes títulos das novas Constituições, assinalando o advento de um novo modelo de Estado, tendo como valor-fim a justiça social e a cultura, numa democracia pluralista exigida pela sociedade de massas do século XX.” (grifei)

Para CELSO LAFER (“A Reconstrução dos Direitos Humanos”, p. 127 e 130/131, 1988, Companhia de Letras), que também exterioriza a sua preocupação acadêmica sobre o tema, o direito à educação – que se mostra redutível à noção dos direitos de segunda geração – exprime, de um lado, no plano do sistema jurídico- -normativo, a exigência de solidariedade social, e pressupõe, de outro, a asserção de que a dignidade humana, enquanto valor impregnado de centralidade em nosso ordenamento político, só se afirmará com a expansão das liberdades públicas, quaisquer que sejam as dimensões em que estas se projetem:

“( . . . ) É por essa razão que os assim chamados direitos de segunda geração, previstos pelo ‘welfare state’, são direitos de crédito do indivíduo em relação à coletividade. Tais direitos – como o direito ao trabalho, à saúde, à educação – têm como sujeito passivo o Estado porque, na interação entre governantes e governados, foi a coletividade que assumiu a responsabilidade de atendê-los. O titular desse direito, no entanto, continua sendo, como nos direitos de primeira geração, o homem na sua individualidade. Daí a complementaridade, na perspectiva ‘ex parte populi’, entre os direitos de primeira e de segunda geração, pois estes últimos buscam assegurar as condições para o pleno exercício dos primeiros, eliminando ou atenuando os impedimentos ao pleno uso das capacidades humanas. Por isso, os direitos de crédito, denominados direitos econômico-sociais e culturais, podem ser encarados como direitos que tornam reais direitos formais: procuraram garantir a todos o acesso aos meios de vida e de trabalho num sentido amplo ( . . . ).” (grifei)

O alto significado social e o irrecusável valor constitucional de que se reveste o direito à educação infantil – ainda mais se considerado em face do dever que incumbe, ao Poder

# Mestrado em Direito

## Pesquisa

Público, de torná-lo real, mediante concreta efetivação da garantia de atendimento, em creche e pré-escola, às crianças de até cinco anos de idade (CF, art. 208, IV)– não podem ser menosprezados pelo Estado, “obrigado a proporcionar a concretização da educação infantil em sua área de competência” (WILSON DONIZETI LIBERATI, “Conteúdo Material do Direito à Educação Escolar”, “in” “Direito à Educação: Uma Questão de Justiça”, p. 236/238, item n. 3. 5, 2004, Malheiros), sob pena de grave e injusta frustração de um inafastável compromisso constitucional, que tem, no aparelho estatal, o seu precípua destinatário. Cabe referir, neste ponto, a observação de PINTO FERREIRA (“Educação e Constituinte” “in” Revista de Informação Legislativa, vol. 92, p. 171/173), quando adverte – considerada a ilusão que o caráter meramente retórico das proclamações constitucionais muitas vezes encerra – sobre a necessidade de se conferir efetiva concretização a esse direito essencial, cuja eficácia não pode ser comprometida pela inação do Poder Público:

“O direito à educação necessita ter eficácia. Sendo considerado como um direito público subjetivo do particular, ele consiste na faculdade que tem o particular de exigir do Estado o cumprimento de determinadas prestações. Para que fosse cumprido o direito à educação, seria necessário que ele fosse dotado de eficácia e acionabilidade (. . . ).”  
(grifei)

O objetivo perseguido pelo legislador constituinte, em tema de educação infantil, especialmente se reconhecido que a Lei Fundamental da República delineou, nessa matéria, um nítido programa a ser implementado mediante adoção de políticas públicas conseqüentes e responsáveis – notadamente aquelas que visem a fazer cessar, em favor da infância carente, a injusta situação de exclusão social e de desigual acesso às oportunidades de atendimento em creche e pré-escola –, traduz meta cuja não-realização qualificar-se-á como uma censurável situação de inconstitucionalidade por omissão imputável ao Poder Público.

Ao julgar a ADPF 45/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, proferi decisão assim ementada (Informativo/STF nº 345/2004):

“ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA ‘RESERVA DO POSSÍVEL’. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO ‘MÍNIMO

EXISTENCIAL'. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO). "Salientei, então, em tal decisão, que o Supremo Tribunal Federal, considerada a dimensão política da jurisdição constitucional outorgada a esta Corte, não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais, que se identificam – enquanto direitos de segunda geração (como o direito à educação, p. ex. ) – com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. CELSO DE MELLO). É que, se assim não for, restarão comprometidas a integridade e a eficácia da própria Constituição, por efeito de violação negativa do estatuto constitucional motivada por inaceitável inércia governamental no adimplemento de prestações positivas impostas ao Poder Público, consoante já advertiu, em tema de inconstitucionalidade por omissão, por mais de uma vez (RTJ 75/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO), o Supremo Tribunal Federal: "DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO - MODALIDADES DE COMPORTAMENTOS INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO.

- O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um 'facere' (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação.

- Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exeqüíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse 'non facere' ou 'non praestare', resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público

. - A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental. "(RTJ 185/794-796, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno)

É certo – tal como observei no exame da ADPF 45/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO (Informativo/STF nº 345/2004) – que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário – e nas desta Suprema Corte, em especial – a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, "Os

Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Impende assinalar, contudo, que tal incumbência poderá atribuir-se, embora excepcionalmente, ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, como sucede na espécie ora em exame. Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à “reserva do possível” (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, “The Cost of Rights”, 1999, Norton, New York; ANA PAULA DE BARCELLOS, “A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais”, p. 245/246, 2002, Renovar), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. Não se ignora que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a alegação de incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, então, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, contudo, ao Poder Público, em tal hipótese, criar obstáculo artificial que revele – a partir de indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência (ADPF 45/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Informativo/STF nº 345/2004).

Cumpra advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. Daí a correta observação de REGINA MARIA FONSECA MUNIZ (“O Direito à Educação”, p. 92, item n. 3, 2002, Renovar), cuja abordagem do tema – após qualificar a educação como um dos direitos fundamentais da pessoa humana – põe em destaque a imprescindibilidade de sua implementação, em ordem a promover o bem-estar social e a melhoria da qualidade de vida de todos, notadamente das classes menos favorecidas, assinalando, com particular ênfase, a propósito de obstáculos governamentais que possam ser eventualmente opostos ao adimplemento dessa obrigação constitucional, que

“o Estado não pode se furtar de tal dever sob alegação de inviabilidade econômica ou de falta de normas de regulamentação” (grifei). Tratando-se de típico direito de prestação positiva, que se subsume ao conceito de liberdade real ou concreta, a educação infantil – que compreende todas as prerrogativas, individuais ou coletivas, referidas na Constituição da República (notadamente em seu art. 208, IV) – tem por fundamento regra constitucional cuja densidade normativa não permite que, em torno da efetiva realização de tal comando, o Poder Público, especialmente o Município (CF, art. 211, § 2º), disponha de um amplo espaço de discricionariedade que lhe enseje maior grau de liberdade de conformação, e de cujo exercício possa resultar, paradoxalmente, com base em simples alegação de mera conveniência e/ou oportunidade, a nulificação mesma dessa prerrogativa essencial, como adverte, em ponderadas reflexões, a ilustre magistrada MARIA CRISTINA DE BRITO LIMA, em obra monográfica dedicada ao tema ora em exame (“A Educação como Direito Fundamental”, 2003, Lumen Juris). Cabe referir, ainda, neste ponto, ante a extrema pertinência de suas observações, a advertência de LUIZA CRISTINA FONSECA FRISCHEISEN, ilustre Procuradora Regional da República (“Políticas Públicas – A Responsabilidade do Administrador e o Ministério Público”, p. 59, 95 e 97, 2000, Max Limonad), cujo magistério, a propósito da limitada discricionariedade governamental em tema de concretização das políticas públicas constitucionais, assinala: “Nesse contexto constitucional, que implica também na renovação das práticas políticas, o administrador está vinculado às políticas públicas estabelecidas na Constituição Federal; a sua omissão é passível de responsabilização e a sua margem de discricionariedade é mínima, não contemplando o não fazer

Como demonstrado no item anterior, o administrador público está vinculado à Constituição e às normas infraconstitucionais para a implementação das políticas públicas relativas à ordem social constitucional, ou seja, própria à finalidade da mesma: o bem-estar e a justiça social. Conclui-se, portanto, que o administrador não tem discricionariedade para deliberar sobre a oportunidade e conveniência de implementação de políticas públicas discriminadas na ordem social constitucional, pois tal restou deliberado pelo Constituinte e pelo legislador que elaborou as normas de integração.

As dúvidas sobre essa margem de discricionariedade devem ser dirimidas pelo Judiciário, cabendo ao Juiz dar sentido concreto à norma e controlar a legitimidade do ato administrativo (omissivo ou comissivo), verificando se o mesmo não contraria sua finalidade constitucional, no caso, a concretização da ordem social constitucional.” (grifei) Tenho para mim, desse modo, presente tal contexto, que 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 Constituição, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa

dos entes municipais, cujas opções, tratando-se de atendimento das crianças em creche e na pré-escola (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. Entendo, por isso mesmo, que se revela inacolhível a pretensão recursal deduzida pelo Município de São Paulo, notadamente em face da jurisprudência que se formou, no Supremo Tribunal Federal, sobre a questão ora em exame (AI 455. 802/SP, Rel. Min. MARÇO AURÉLIO – AI 475. 571/SP, Rel. Min. MARÇO AURÉLIO – RE 401. 673/SP, Rel. Min. MARÇO AURÉLIO – RE 410. 715-AgR/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO – RE 411. 518-AgR/SP, Rel. Min. MARÇO AURÉLIO – RE 436. 996/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

Cumprido destacar, neste ponto, por oportuno, ante a inquestionável procedência de suas observações, a decisão proferida pelo eminente Ministro MARÇO AURÉLIO (RE 431. 773/SP), no sentido de que, “Conforme preceitua o artigo 208, inciso IV, da Carta Federal, consubstancia dever do Estado a educação, garantindo o atendimento em creche e pré-escola às crianças (...). O Estado – União, Estados propriamente ditos, ou seja, unidades federadas, e Municípios – deve aparelhar-se para a observância irrestrita dos ditames constitucionais, não cabendo tergiversar mediante escusas relacionadas com a deficiência de caixa” (grifei). Isso significa, portanto, considerada a indiscutível primazia reconhecida aos direitos da criança e do adolescente (ANA MARIA MOREIRA MARCHESAN, “O princípio da prioridade absoluta aos direitos da criança e do adolescente e a discricionariedade administrativa”, “in” RT 749/82-103), que a ineficiência administrativa, o descaso governamental com direitos básicos do cidadão, a incapacidade de gerir os recursos públicos, a incompetência na adequada implementação da programação orçamentária em tema de educação pública, a falta de visão política na justa percepção, pelo administrador, do enorme significado social de que se reveste a educação infantil, a inoperância funcional dos gestores públicos na concretização das imposições constitucionais estabelecidas em favor das pessoas carentes não podem nem devem representar obstáculos à execução, pelo Poder Público, notadamente pelo Município (CF, art. 211, § 2º), da norma inscrita no art. 208, IV, da Constituição da República, que traduz e impõe, ao Estado, um dever inafastável, sob pena de a ilegitimidade dessa inaceitável omissão governamental importar em grave vulneração a um direito fundamental da cidadania e que é, no contexto que ora se examina, o direito à educação, cuja amplitude conceitual abrange, na globalidade de seu alcance, o fornecimento de creches públicas e de ensino pré-primário “às crianças até 5 (cinco) anos de idade” (CF, art. 208, IV, na redação dada pela EC nº 53/2006). Sendo assim, tendo em consideração as razões expostas e reafirmando a correta determinação emanada do Poder Judiciário paulista, que impôs, ao Município de São Paulo, em face da obrigação estatal de respeitar os direitos das crianças, o dever de viabilizar, em favor destas, a matrícula em unidades de educação infantil próximas de sua residência ou do endereço de trabalho de seus responsáveis legais, sob pena de multa diária por criança não atendida, conheço do presente agravo, para negar seguimento ao recurso extraordinário, por

# Mestrado em Direito

## Pesquisa



manifestamente inadmissível (CPC, art. 544, § 4º, II, “b”, na redação dada pela Lei nº 12.322/2010), mantendo, por seus próprios fundamentos, o acórdão proferido pelo E.

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Publique-se.

Brasília, 21 de junho de 2011.

Ministro CELSO DE MELLO Relator

**Mestrado em Direito**  
Pesquisa

*ANEXO G – Agravo Regimental nº 639337, data de  
julgamento 23/08/2011*

23/08/2011 SEGUNDA TURMA

**AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 639. 337**  
**SÃO PAULO**

**RELATOR** : **MIN. CELSO DE MELLO**  
**AGTE. (S)** : MUNICÍPIO DE SÃO PAULO  
PROC. (A/S) (ES) : PROCURADOR-  
GERAL DO MUNICÍPIO DE SÃO  
PAULO  
**AGDO. (A/S)** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO  
PAULO  
PROC. (A/S) (ES) : PROCURADOR-  
GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE  
SÃO PAULO  
**INTDO. (A/S)** : PROMOTOR DE JUSTIÇA DA VARA DA  
INFÂNCIA E  
DA JUVENTUDE DO FORO REGIONAL  
DE SANTO AMARO  
**INTDO. (A/S)** : A C C E OUTRO(A/S)

E M E N T A: **CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO**  
**EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - SENTENÇA QUE OBRIGA** O MUNICÍPIO DE  
SÃO PAULO **A MATRICULAR CRIANÇAS EM UNIDADES** DE ENSINO INFANTIL  
**PRÓXIMAS** DE SUA RESIDÊNCIA **OU** DO ENDEREÇO DE TRABALHO DE  
SEUS RESPONSÁVEIS LEGAIS, **SOB PENA DE MULTA DIÁRIA** POR  
CRIANÇA **NÃO** ATENDIDA - **LEGITIMIDADE JURÍDICA** DA UTILIZAÇÃO  
DAS **"ASTREINTES"** **CONTRA** O PODER PÚBLICO - **DOCTRINA** -  
**JURISPRUDÊNCIA** - **OBRIGAÇÃO ESTATAL DE RESPEITAR** OS DIREITOS  
DAS CRIANÇAS - **EDUCAÇÃO INFANTIL** - DIREITO **ASSEGURADO PELO**  
**PRÓPRIO** TEXTO CONSTITUCIONAL (**CF**, ART. 208, IV, **NA REDAÇÃO DADA**  
PELA EC N° 53/2006) - **COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO**  
**CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO** - **DEVER JURÍDICO** CUJA EXECUÇÃO SE  
IMPÕE AO PODER PÚBLICO, **NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF**, ART.  
211, § 2°) - **LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL** DA INTERVENÇÃO DO PODER  
JUDICIÁRIO **EM CASO DE OMISSÃO ESTATAL NA IMPLEMENTAÇÃO** DE  
POLÍTICAS PÚBLICAS **PREVISTAS** NA CONSTITUIÇÃO - **INOCORRÊNCIA** DE  
TRANSgressÃO AO POSTULADO DA SEPARAÇÃO DE PODERES - **PROTEÇÃO**  
**JUDICIAL** DE DIREITOS SOCIAIS, **ESCASSEZ** DE RECURSOS **E A QUESTÃO**  
DAS **"ESCOLHAS TRÁGICAS"** - **RESERVA** DO POSSÍVEL, **MÍNIMO**  
EXISTENCIAL, **DIGNIDADE** DA PESSOA HUMANA **E VEDAÇÃO** DO RETROCESSO  
SOCIAL - **PRETENDIDA EXONERAÇÃO** DO ENCARGO CONSTITUCIONAL **POR**

**EFEITO DE SUPERVENIÊNCIA DE NOVA REALIDADE FÁTICA - QUESTÃO QUE SEQUER FOI SUSCITADA NAS RAZÕES DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO - PRINCÍPIO "JURA NOVIT CURIA" - INVOCÇÃO EM SEDE DE APELO EXTREMO - IMPOSSIBILIDADE - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.**

**POLÍTICAS PÚBLICAS, OMISSÃO ESTATAL INJUSTIFICÁVEL E INTERVENÇÃO CONCRETIZADORA DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE EDUCAÇÃO INFANTIL: POSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL.**

- **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 até 5 (cinco) 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.

- **Embora inquestionável** que resida, **primariamente**, nos Poderes Legislativo e Executivo, **a prerrogativa** de formular e

*executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter impositivo, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional.*

**DESCUMPRIMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DEFINIDAS EM SEDE CONSTITUCIONAL: HIPÓTESE LEGITIMADORA DE INTERVENÇÃO JURISDICIONAL.**

- **O Poder Público** - **quando se abstém** de cumprir, total ou parcialmente, o **dever** de implementar políticas públicas definidas no próprio texto constitucional - **transgride**, com esse comportamento negativo, **a própria integridade** da Lei Fundamental, **estimulando**, no âmbito do Estado, **o preocupante fenômeno** da erosão da consciência constitucional. **Precedentes: ADI 1.484/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v. g. .

- **A inércia estatal em adimplir** as imposições constitucionais **traduz** inaceitável gesto de **desprezo** pela autoridade da Constituição **e configura**, por isso mesmo, **comportamento que deve ser evitado**. É que nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem ajustados à conveniência e aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos.

- **A intervenção** do Poder Judiciário, **em tema de implementação** de políticas governamentais **previstas e determinadas** no texto constitucional, **notadamente** na área da educação infantil (**RTJ 199/1219-1220**), **objetiva neutralizar os efeitos lesivos e perversos**, que, **provocados** pela omissão estatal, **nada mais traduzem senão inaceitável insulto a direitos básicos** que a própria Constituição da República assegura à generalidade das pessoas.

**Precedentes.**

**A CONTROVÉRSIA PERTINENTE À "RESERVA DO POSSÍVEL" E A INTANGIBILIDADE DO MÍNIMO EXISTENCIAL: A QUESTÃO DAS "ESCOLHAS TRÁGICAS".**

- A destinação de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos, faz instaurar situações de conflito, quer com a execução de políticas públicas definidas no texto constitucional, quer, também, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República, daí resultando contextos de antagonismo que impõem, ao Estado, o encargo de superá-los mediante opções por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes, compelindo, o Poder Público, em face dessa relação dilemática, causada pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, a proceder a verdadeiras "escolhas trágicas", em decisão governamental cujo parâmetro, fundado na dignidade da pessoa humana, deverá ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial, em ordem a conferir real efetividade às normas programáticas positivadas na própria Lei Fundamental. Magistério da doutrina.

- A cláusula da reserva do possível - que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição - encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. Doutrina. Precedentes.

- A noção de e o direito à segurança. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, 1948 (XXV).

A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTRAÇÃO E AO INADIMPLEMENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS.

- O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive.

- A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v. g. ) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina.

# Mestrado em Direito

Pesquisa

Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, **assume o dever não só** de torná-los efetivos, **mas, também,** se obriga, **sob pena** de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, **abstendo-se de frustrar** - mediante supressão total ou parcial - os direitos sociais já concretizados.

**LEGITIMIDADE JURÍDICA DA IMPOSIÇÃO, AO PODER PÚBLICO, DAS "ASTREINTES"**.

- **Inexiste** obstáculo jurídico-processual à utilização, contra entidades de direito público, da multa cominatória prevista no **§ 5º** do art. 461 do CPC. A "astreinte" - **que se reveste de função coercitiva** - **tem por finalidade específica compelir, legitimamente, o devedor, mesmo que se cuide do Poder Público, a cumprir** o preceito, **tal como definido** no ato sentencial. **Doutrina. Jurisprudência.**

## A C Ó R D ã O

**Vistos, relatados e discutidos** estes autos, **acordam** os Ministros do Supremo Tribunal Federal, **em Segunda Turma**, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, **por unanimidade** de votos, **em negar provimento** ao recurso de agravo, **nos termos** do voto do Relator. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Ayres Britto e, licenciado, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. **Presidiu**, este julgamento, o Senhor Ministro Celso de Mello.

Brasília, 23 de agosto de 2011.

CELSO DE MELLO - RELATOR

23/08/2011 SEGUNDA TURMA

**AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 639. 337 SÃO PAULO**

RELATOR : MIN. CELSO DE MELLO

AGTE. (S) : MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

PROC. (A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

# Mestrado em Direito

## Pesquisa

AGDO. (A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO PROC.  
(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
INTDO. (A/S) : PROMOTOR DE JUSTIÇA DA VARA DA INFÂNCIA E DA  
JUVENTUDE DO FORO REGIONAL DE SANTO AMARO  
INTDO. (A/S) : A C C E OUTRO(A/S)

### R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO - (Relator): **Trata-se de recurso de agravo, tempestivamente interposto, contra decisão que conheceu do agravo (previsto e disciplinado na Lei nº 12.322/2010), para negar seguimento ao recurso extraordinário, manifestamente inadmissível, deduzido pela parte ora recorrente.**

A decisão, por mim proferida, está assim ementada (fls. 1. 763/1. 765):

**"CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE. ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA. SENTENÇA QUE OBRIGA O MUNICÍPIO DE SÃO PAULO A MATRICULAR CRIANÇAS EM UNIDADES DE ENSINO INFANTIL PRÓXIMAS DE SUA RESIDÊNCIA OU DO ENDEREÇO DE TRABALHO DE SEUS RESPONSÁVEIS LEGAIS, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA POR CRIANÇA NÃO ATENDIDA. PLENA LEGITIMIDADE DESSA DETERMINAÇÃO JUDICIAL. INOCORRÊNCIA DE TRANSGRESSÃO AO POSTULADO DA SEPARAÇÃO DE PODERES. OBRIGAÇÃO ESTATAL DE RESPEITAR OS DIREITOS DAS CRIANÇAS. EDUCAÇÃO INFANTIL. DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV, NA REDAÇÃO DADA PELA EC Nº 53/2006). COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO. DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º). AGRAVO IMPROVIDO.**

- **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 consequência, **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 até 5 (cinco) 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.

- Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à 'reserva do possível'.

Doutrina. "Inconformada com essa decisão, a parte ora agravante interpõe o presente recurso, postulando o provimento do agravo que deduziu (fls. 1. 779/1. 807). Por não me convencer das razões expostas, submeto, à apreciação desta colenda Turma, o presente recurso de agravo.

É o relatório.

### V O T O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO - (Relator): **Não assiste razão** à parte ora recorrente, **eis** que a decisão agravada **ajusta-se**, com integral fidelidade, à **diretriz jurisprudencial** firmada pelo Supremo Tribunal Federal **na matéria** ora em exame. Com efeito, **tal como ressaltado** na decisão ora agravada, o recurso extraordinário a que se refere este agravo **foi interposto** contra acórdão, que, **proferido** pelo E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, **está assim ementado** (fls. 1. 697):

"**APELAÇÃO - Reexame Necessário - Ação Civil Pública - Sentença que obriga** o Município de São Paulo **a matricular** crianças em unidades de ensino infantil **próximas** de sua residência - **Cabimento - Direito Fundamental**, líquido e certo - **Aplicação** dos artigos 208 da Constituição da República e 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente - **Inocorrência de violação** aos princípios constitucionais da Separação e Independência dos Poderes da República - **Necessidade de harmonia** como o princípio da legalidade e da inafastabilidade do controle judicial (arts. 5º, XXXV, e 37 da Constituição Federal) - **Princípio da Isonomia** que impõe o respeito ao direito de todas as crianças - **Normas constitucionais de eficácia plena** - **Direito universal** a ser assegurado **a qualquer criança** que dele necessite - **Obrigação do Município** reconhecida no artigo 211 da Constituição Federal - **Prova suficiente a autorizar** o acolhimento do pedido - **Multa cabível e proporcional** - **Não provimento** do recurso e do reexame necessário. " (grifei)

A parte ora agravante **sustenta** que o acórdão impugnado em sede recursal extraordinária **teria transgredido** preceitos **inscritos** na Constituição da República.

Ao **proferir** a decisão ora agravada, **observei**, então, que o **exame** desta causa, **considerada** a jurisprudência que o Supremo Tribunal Federal **firmou** na matéria ora em análise (AI 474. 444-AgR/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO - RE 410. 715-AgR/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO - RE 436. 996-AgR/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v. g. ), **convence-me da inteira correção** dos fundamentos **que apóiam e dão consistência** ao acórdão emanado do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

# Mestrado em Direito

## Pesquisa

É preciso assinalar, neste ponto, por relevante, **que o direito à educação - que representa prerrogativa constitucional** deferida a todos (CF, art. 205), notadamente às crianças (CF, arts. 208, IV, e 227, "caput") - qualifica-se como um dos **direitos sociais mais expressivos**, **subsumindo-se** à noção e categoria dos direitos de **segunda geração** ou dimensão (RTJ 164/158-161), **cujo adimplemento** impõe, ao Poder Público, a satisfação **de um dever** de prestação positiva, **consistente** num "facere", **pois** o Estado dele só se desincumbirá criando condições objetivas **que propiciem**, aos titulares desse **mesmo** direito, **o acesso pleno** ao sistema educacional, **inclusive ao atendimento**, em creche e pré-escola, "às crianças até 5 (cinco) anos de idade" (CF, art. 208, IV, **na redação** dada pela EC n° 53/2006).

O eminente e saudoso PINTO FERREIRA ("**Educação e Constituinte**", "in" Revista de Informação Legislativa, vol. 92, p. 171/173), **ao analisar** esse tema, **expende**, sobre ele, magistério irrepreensível:

"O **Direito à educação** surgiu recentemente nos textos constitucionais. Os títulos sobre ordem econômica e social, educação e cultura revelam a tendência das Constituições **em favor** de um Estado social. Esta clara opção constitucional faz deste ordenamento econômico e cultural um dos mais importantes títulos das novas Constituições, **assinalando** o advento de um novo modelo de Estado, **tendo como valor-fim** a justiça social e a cultura, numa democracia pluralista exigida pela sociedade de massas do século XX. " (grifei)

Para CELSO LAFER ("**A Reconstrução dos Direitos Humanos**", p. 127 e 130/131, 1988, Companhia de Letras), que também exterioriza a sua preocupação acadêmica sobre o tema, **o direito à educação** - que se mostra redutível à noção **dos direitos de segunda geração** - **exprime**, de um lado, **no plano** do sistema jurídico-normativo, a exigência de solidariedade social, **e pressupõe**, de outro, **a asserção** de que a dignidade humana, **enquanto** valor impregnado de *centralidade* em nosso ordenamento político, **só se afirmará** com a expansão das liberdades públicas, **quaisquer** que sejam as dimensões em que estas se projetem:

"( . . . ) É por essa razão que os assim chamados **direitos de segunda geração**, previstos pelo 'welfare state', são **direitos de crédito** do indivíduo **em relação** à coletividade. **Tais direitos** - como o direito ao trabalho, à saúde, à **educação** - **têm como sujeito passivo o Estado** porque, na interação entre governantes e governados, foi a coletividade que assumiu a responsabilidade de atendê-los. O titular desse direito, no entanto, continua sendo, como nos direitos de primeira geração, o homem na sua individualidade. **Daí a complementaridade**, na perspectiva 'ex parte populi', entre os direitos de primeira e de segunda geração, pois estes últimos buscam assegurar as condições para o pleno exercício dos primeiros, eliminando ou atenuando os impedimentos ao pleno uso das capacidades humanas. **Por isso, os direitos de crédito**, denominados direitos econômico-sociais e culturais, **podem ser encarados** como direitos que tornam reais direitos formais: **procuraram garantir** a todos **o acesso** aos meios de vida e de trabalho num sentido amplo ( . . . ). " (grifei)

O alto significado social e o irrecusável valor constitucional de que se reveste o direito à educação infantil - **ainda** mais se considerado em face **do dever** que incumbe, ao *Poder Público*, **de torná-lo real**, mediante **concreta** efetivação da garantia de atendimento, em *creche e pré-escola*, às crianças de até cinco anos de idade (CF, art. 208, IV) - **não podem ser menosprezados** pelo Estado, "*obrigado a proporcionar a concretização da educação infantil em sua área de competência*" (WILSON DONIZETI LIBERATI, "*Conteúdo Material do Direito à Educação Escolar*", "*in*" "*Direito à Educação: Uma Questão de Justiça*", p. 236/238, item n. 3. 5, 2004, Malheiros), **sob pena** de *grave e injusta frustração de um inafastável* compromisso constitucional, **que tem**, no *aparelho estatal*, o seu **precípua** destinatário.

Cabe referir, neste ponto, a **observação** de PINTO FERREIRA ("*Educação e Constituinte*" "*in*" Revista de Informação Legislativa, vol. 92, p. 171/173), **quando adverte** - considerada **a ilusão** que o caráter *meramente retórico* das proclamações constitucionais **muitas vezes** *pode sugerir* - **sobre a necessidade** de se conferir efetiva concretização a esse direito essencial, cuja eficácia **não pode** ser comprometida pela inação do Poder Público:

"O direito à educação necessita ter eficácia. Sendo considerado como um direito público subjetivo do particular, ele consiste na faculdade que tem o particular de exigir do Estado o cumprimento de determinadas prestações. Para que fosse cumprido o direito à educação, seria necessário que ele fosse dotado de eficácia e acionabilidade (. . . ). " (grifei)

O objetivo perseguido pelo legislador constituinte, em tema de educação infantil, **especialmente se reconhecido** que a Lei Fundamental da República **delineou, nessa matéria, um nítido programa a ser implementado** mediante adoção de políticas públicas conseqüentes e responsáveis - **notadamente** aquelas que visem a fazer cessar, **em favor** da infância carente, **a injusta situação** de exclusão social **e de desigual acesso** às oportunidades de atendimento em creche e pré-escola -, traduz meta cuja não realização qualificar-se-á como **censurável situação de inconstitucionalidade por omissão imputável** ao Poder Público.

**Ao julgar a ADPF 45/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, **proferi** decisão assim ementada (**Informativo/STF** n° 345/2004):

"ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO **EM TEMA** DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, **QUANDO CONFIGURADA** HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. **DIMENSÃO POLÍTICA** DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL **ATRIBUÍDA** AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **INOPONIBILIDADE** DO ARBÍTRIO ESTATAL **À EFETIVAÇÃO** DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. **CARÁTER RELATIVO** DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. **CONSIDERAÇÕES** EM TORNO DA CLÁUSULA DA 'RESERVA DO POSSÍVEL'. **NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO**, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, **DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE** DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO 'MÍNIMO EXISTENCIAL'. **VIABILIDADE INSTRUMENTAL** DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO **NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO** DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE **SEGUNDA** GERAÇÃO). "

**Salientei**, então, **em tal decisão**, que o Supremo Tribunal Federal, considerada a dimensão política da jurisdição

constitucional outorgada a esta Corte, não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais, que se identificam - enquanto direitos de segunda geração ou dimensão (como o direito à educação, p. ex. ) - com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

É que, se assim não for, restarão comprometidas a integridade e a eficácia da própria Constituição, por efeito de violação negativa do estatuto constitucional motivada por inaceitável inércia governamental no adimplemento de prestações positivas impostas ao Poder Público, consoante já advertiu, em tema de inconstitucionalidade por omissão, por mais de uma vez (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO), o Supremo Tribunal Federal:

**"DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO - MODALIDADES DE COMPORTAMENTOS INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO.**

- O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um 'facere' (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação.

- Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse 'non facere' ou 'non praestare', resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público.

- A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental. " (RTJ 185/794-796, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno)

É certo - tal como observei no exame da ADPF 45/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO (Informativo/STF nº 345/2004) - **que não se inclui, ordinariamente, no âmbito** das funções institucionais do Poder Judiciário - **e nas** desta Suprema Corte, *em especial - a atribuição* de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, "Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976", p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), **pois, nesse domínio**, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo.

Impende assinalar, contudo, que tal incumbência **poderá** atribuir-se, embora excepcionalmente, ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, **por descumprirem** os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter impositivo, **vierem a comprometer**, com tal comportamento, a **eficácia e a integridade** de direitos individuais e/ou coletivos **impregnados** de estatura constitucional, como sucede na espécie ora em exame.

Tenho para mim, desse modo, presente tal contexto, **que os Municípios** (à semelhança **das demais** entidades políticas) **não poderão demitir-se** do mandato constitucional, **juridicamente vinculante**, que lhes foi outorgado pelo art. 208 da Constituição, **e que representa fator de limitação** da discricionariedade político-administrativa do Poder Público, **cujas opções, tratando-se de proteção à criança e ao adolescente, 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.

Entendo, por isso mesmo, que se revela inacolhível a pretensão recursal **deduzida** pelo Município de São Paulo, **notadamente** em face da jurisprudência que se formou, no Supremo Tribunal Federal, sobre a matéria ora em análise.

Nem se atribua, indevidamente, ao Judiciário, no contexto ora em exame, uma (**inexistente**) intrusão em esfera reservada **aos demais** Poderes da República. **É que, dentre** as inúmeras causas **que justificam** esse comportamento **afirmativo** do Poder Judiciário (**de que resulta uma positiva** criação jurisprudencial do direito), **inclui-se a necessidade** de fazer prevalecer **a primazia** da Constituição da República, **muitas vezes**

transgredida e desrespeitada por pura, simples e conveniente omissão dos poderes públicos.

Na realidade, o Supremo Tribunal Federal, ao suprir as omissões inconstitucionais dos órgãos estatais e ao adotar medidas que objetivem restaurar a Constituição violada pela inércia dos Poderes do Estado, nada mais faz senão cumprir a sua missão institucional e demonstrar, com esse gesto, o respeito incondicional que tem pela autoridade da Lei Fundamental da República.

A colmatação de omissões inconstitucionais, realizada em sede jurisdicional, notadamente quando emanada desta Corte Suprema, torna-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos por expressa determinação do próprio estatuto constitucional, ainda mais se se tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade.

As situações configuradoras de omissão inconstitucional - ainda que se cuide de omissão parcial derivada da insuficiente concretização, pelo Poder Público, do conteúdo material da norma impositiva fundada na Carta Política - refletem comportamento estatal que deve ser repellido, pois a inércia do Estado qualifica-se como uma das causas geradoras dos processos informais de mudança da Constituição, tal como o revela autorizado magistério doutrinário (ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ, "Processos Informais de Mudança da Constituição", p. 230/232, item n. 5, 1986, Max Limonad; JORGE MIRANDA, "Manual de Direito Constitucional", tomo II/406 e 409, 2ª ed. , 1988, Coimbra Editora; J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, "Fundamentos da Constituição", p. 46, item n. 2. 3. 4, 1991, Coimbra Editora).

O fato inquestionável é um só: a inércia estatal em tornar efetivas as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela Constituição e configura comportamento que revela um incompreensível sentimento de desprezo pela autoridade, pelo valor e pelo alto significado de que se reveste a Constituição da República.

# Mestrado em Direito

## Pesquisa

**Nada mais nocivo, perigoso e ilegítimo** do que elaborar uma Constituição, **sem** a vontade de fazê-la cumprir integralmente, **ou, então, de apenas** executá-la **com o propósito subalterno** de torná-la aplicável **somente** nos pontos que se mostrarem **convenientes** aos desígnios dos governantes, **em detrimento** dos interesses maiores dos cidadãos.

**A percepção** da gravidade e das conseqüências lesivas **derivadas** do gesto *infiel* do Poder Público **que transgride, por omissão ou por insatisfatória concretização, os encargos** de que se tornou depositário, **por efeito** de expressa determinação constitucional, **foi revelada, entre nós, já** no período monárquico, **em lúcido magistério**, por PIMENTA BUENO ("Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império", p. 45, **reedição** do Ministério da Justiça, 1958) **e reafirmada** por eminentes autores contemporâneos **em lições que acentuam o desvalor jurídico do comportamento estatal omissivo** (JOSÉ AFONSO DA SILVA, "**Aplicabilidade das Normas Constitucionais**", p. 226, item n. 4, 3ª ed. , 1998, Malheiros; ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERAZ, "**Processos Informais de Mudança da Constituição**", p. 217/218, 1986, Max Limonad; PONTES DE MIRANDA,

"Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1, de 1969", tomo I/15-16, 2ª ed. , 1970, RT, v. g. ).

**O desprestígio da Constituição** - por *inércia* de órgãos meramente constituídos - **representa um dos mais graves aspectos da patologia constitucional**, pois reflete **inaceitável** desprezo, **por parte** das instituições governamentais, **da autoridade suprema** da Lei Fundamental do Estado.

**Essa constatação**, feita por KARL LOEWENSTEIN ("Teoria de la Constitución", p. 222, 1983, Ariel, Barcelona), **coloca em pauta o fenômeno da erosão da consciência constitucional**, motivado pela instauração, no âmbito do Estado, **de um preocupante processo de desvalorização funcional** da Constituição escrita, **como já ressaltado**, pelo Supremo Tribunal Federal, **em diversos julgamentos, como resulta da seguinte decisão consubstanciada** em acórdão assim ementado:

" (...) **DESCUMPRIMENTO DE IMPOSIÇÃO CONSTITUCIONAL LEGIFERANTE E DESVALORIZAÇÃO FUNCIONAL DA CONSTITUIÇÃO ESCRITA.**

- O Poder Público - quando se abstém de cumprir, total ou parcialmente, o dever de legislar, imposto em cláusula constitucional, de caráter mandatório - infringe, com esse comportamento negativo, a própria integridade da Lei Fundamental, estimulando, no âmbito do Estado, o preocupante fenômeno da erosão da consciência constitucional (ADI 1.484-DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

- A inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado. É que nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem ajustados à conveniência e aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos.

DIREITO SUBJETIVO À LEGISLAÇÃO E DEVER CONSTITUCIONAL DE LEGISLAR: A NECESSÁRIA EXISTÊNCIA DO PERTINENTE NEXO DE CAUSALIDADE.

- O direito à legislação só pode ser invocado pelo interessado, quando também existir - simultaneamente imposta pelo próprio texto constitucional - a previsão do dever estatal de emanar normas legais. Isso significa que o direito individual à atividade legislativa do Estado apenas se evidenciará naquelas estritas hipóteses em que o desempenho da função de legislar refletir, por efeito de exclusiva determinação constitucional, uma obrigação jurídica indeclinável imposta ao Poder Público. (. . . ). " (RTJ 183/818-819, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno)

Em tema de implementação de políticas governamentais, previstas e determinadas no texto constitucional, notadamente nas áreas de educação infantil (RTJ 199/1219-1220) e de saúde pública (RTJ 174/687 - RTJ 175/1212-1213), a Corte Suprema brasileira tem proferido decisões que neutralizam os efeitos nocivos, lesivos e perversos resultantes da inatividade governamental, em situações nas quais a omissão do Poder Público representava um inaceitável insulto, a direitos básicos assegurados pela própria Constituição da República, mas cujo exercício estava sendo inviabilizado por contumaz (e irresponsável) inércia do aparelho estatal.

# Mestrado em Direito

Pesquisa

O Supremo Tribunal Federal, em referidos julgamentos, colmatou a omissão governamental e conferiu real efetividade a direitos essenciais, dando-lhes concreção e, desse modo, viabilizando o acesso das pessoas à plena fruição de direitos fundamentais, cuja realização prática lhes estava sendo negada, injustamente, por arbitrária abstenção do Poder Público.

O fato que tenho por relevante consiste no reconhecimento de que a interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconseqüente. O caráter programático da regra inscrita no art. 208, IV, da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - impõe o reconhecimento de que as normas constitucionais veiculadoras de um programa de ação revestem-se de eficácia jurídica e dispõem de caráter cogente.

Ao contrário do que pretende o Município ora recorrente, as normas programáticas vinculam e obrigam os seus destinatários, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.

Extremamente oportunas, além de precisas, as observações que a eminente Ministra CÁRMEN LÚCIA fez constar da decisão que proferiu, como Relatora, no julgamento do AI 583. 136/SC:

"Ao contrário do que decidido pelo Tribunal 'a quo', no sentido de que a manutenção da sentença provocaria ingerência de um em outro poder, a norma do art. 227 da Constituição da República impõe aos órgãos estatais competentes - no caso integrantes da estrutura do Poder Executivo - a implementação de medidas que lhes foram legalmente atribuídas. Na espécie em pauta, compete ao Estado, por meio daqueles órgãos, o atendimento social às crianças e aos adolescentes vítimas de violência ou exploração sexual. Tanto configura dever legal do Estado e direito das vítimas de receber tal atendimento. É competência do Poder Judiciário, vale dizer, dever que lhe cumpre honrar, julgar as causas que lhe sejam submetidas, determinando as providências

necessárias à efetividade dos direitos inscritos na Constituição e em normas legais. (. . . ). " (grifei)

Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, **significativo relevo** ao tema pertinente à "reserva do possível" (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, "The Cost of Rights", 1999, Norton, New York; ANA PAULA DE BARCELLOS, "A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais", p. 245/246, 2002, Renovar), que tem constituído objeto de aguda reflexão teórica **em razão das tensões dialéticas** entre os modelos de Estado Social e de Estado Liberal e Neoliberal (LUÍS FERNANDO SGARBOSSA, "Crítica à Teoria dos Custos dos Direitos: Reserva do Possível", vol. 1, 2010, Fabris Editor), notadamente quando se tratar de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de **segunda** geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais **positivas concretizadoras** de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas.

Não se ignora que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - **além** de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um **inescapável** vínculo financeiro **subordinado** às possibilidades orçamentárias do Estado, **de tal modo** que, comprovada, objetivamente, a alegação de incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, **desta não se poderá** razoavelmente exigir, *então*, **considerada** a limitação material referida, **a imediata efetivação** do comando fundado no texto da Carta Política.

Não se mostrará lícito, contudo, ao Poder Público, **em tal hipótese**, criar obstáculo artificial **que revele** - a partir de indevida manipulação de sua atividade financeira **e/ou** político-administrativa - o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito **de** fraudar, **de** frustrar **e de** inviabilizar o estabelecimento e a preservação, **em favor da pessoa e dos cidadãos**, de condições materiais **mínimas** de existência (ADPF 45/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, **Informativo/STF** nº 345/2004).

Impende ressaltar, ante a inquestionável procedência de suas observações, **a decisão** proferida pela eminente Ministra CÁRMEN LÚCIA (AI 583. 136/SC), **em tudo aplicável**, por identidade de situação, ao caso em análise:

“9. Exatamente na esteira daquela jurisprudência consolidada é que cumpre reconhecer o dever do Estado de implementar as medidas necessárias para que as crianças e os adolescentes fiquem protegidos de situações que os coloquem em risco, seja sob a forma de negligência, de discriminação, de exploração, de violência, de crueldade ou a de opressão, situações que confiscam o mínimo existencial sem o qual a dignidade da pessoa humana é mera utopia. E não se há de admitir ser esse princípio despojado de efetividade constitucional, sobre o que não mais pende discussão, sendo o seu cumprimento incontornável.”

10. Reitere-se que a proteção contra aquelas situações compõe o mínimo existencial, de atendimento obrigatório pelo Poder Público, dele não podendo se eximir qualquer das entidades que exercem as funções estatais, posto que tais condutas ilícitas afrontam o direito universal à vida com dignidade, à liberdade e à segurança. ”  
(grifei)

Não se desconhece que a destinação de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos, faz instaurar situações de conflito, quer com a execução de políticas públicas definidas no texto constitucional, quer, também, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República, daí resultando contextos de antagonismo que impõem, ao Estado, o encargo de superá-los mediante opções por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes, compelindo, o Poder Público, em face dessa relação dilemática, causada pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, a proceder a verdadeiras “escolhas trágicas” (GUIDO CALABRESI/PHILIP BOBBITT, “Tragic Choices - The Conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources”, W. W. Norton & Company, Inc. , 1978; GUSTAVO ALMEIDA PAOLINELLI DE CASTRO, “Direito à Segurança Pública: Intervenção, Escassez e Escolhas Trágicas”; SÔNIA FLEURY, “Direitos Sociais e Restrições Financeiras: Escolhas Trágicas sobre Universalização”, v. g. ), em decisão governamental cujo parâmetro, fundado na dignidade da pessoa humana, deverá ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial, em ordem a conferir real efetividade às normas programáticas positivadas na própria Lei Fundamental.

É por essa razão que DANIEL SARMENTO, ao versar o tema pertinente ao controle judicial de políticas públicas (“Reserva do Possível e Mínimo Existencial”, “in”

“Comentários à Constituição Federal de 1988”, p. 371/388, 371/375, 2009, Gen/Forense), expendeu considerações que vale reproduzir:

“Até então, o discurso predominante na nossa doutrina e jurisprudência era o de que os direitos sociais constitucionalmente consagrados não passavam de normas programáticas, o que impedia que servissem de fundamento para a exigência em juízo de prestações positivas do Estado. As intervenções judiciais neste campo eram raríssimas, prevalecendo uma leitura mais ortodoxa do princípio da separação de poderes, que via como intromissões indevidas do Judiciário na seara própria do Legislativo e do Executivo as decisões que implicassem controle sobre as políticas públicas voltadas à efetivação dos direitos sociais. Hoje, no entanto, este panorama se inverteu. Em todo o país, tornaram-se frequentes as decisões judiciais determinando a entrega de prestações materiais aos jurisdicionados relacionadas a direitos sociais constitucionalmente positivados. Trata-se de uma mudança altamente positiva, que deve ser celebrada. Atualmente, pode-se dizer que o Poder Judiciário brasileiro ‘leva a sério’ os direitos sociais, tratando-os como autênticos direitos fundamentais, e a via judicial parece ter sido definitivamente incorporada ao arsenal dos instrumentos à disposição dos cidadãos para a luta em prol da inclusão social e da garantia da vida digna. Sem embargo, este fenômeno também suscita algumas questões complexas e delicadas, que não podem ser *ignoradas. Sabe-se, em primeiro lugar, que os recursos existentes na sociedade são escassos e que o atendimento aos direitos sociais envolve custos. (...) Neste quadro de escassez, não há como realizar, ‘hic et nunc’, todos os direitos sociais em seu grau máximo. O grau de desenvolvimento socioeconômico de cada país impõe limites, que o mero voluntarismo de bacharéis não tem como superar. E a escassez obriga o Estado em muitos casos a confrontar-se com verdadeiras ‘escolhas trágicas’, pois, diante da limitação de recursos, vê-se forçado a eleger prioridades dentre várias demandas igualmente legítimas. (...) As complexidades suscitadas são, contudo, insuficientes para afastar a atuação do Poder Judiciário na concretização dos*

*direitos sociais. Com a **consolidação** da nova cultura constitucional **que emergiu** no país em 1988, **a jurisprudência brasileira** deu um passo importante, **ao reconhecer a plena justiciabilidade** dos direitos sociais. **No entanto**, essas dificuldades **devem ser levadas** em conta. **Vencido**, com sucesso, o momento inicial de afirmação da sindicabilidade dos direitos prestacionais, **é chegada a hora de racionalizar** esse processo. **Para este fim, cumprem** importante papel, **como parâmetros** a orientar a intervenção judicial **nesta seara, duas categorias que vêm sendo muito discutidas** na dogmática jurídica: **a reserva do possível e o mínimo existencial, que serão analisadas** abaixo. **Há outras, todavia, que também têm importância capital** neste campo, **como o princípio** da proporcionalidade, **na sua dimensão** de vedação à proteção deficiente, **e o princípio** da proibição do retrocesso social." (grifei)*

**Cabe ter presente, bem por isso, consideradas** as dificuldades que podem derivar **da escassez de recursos - com a resultante necessidade** de o Poder Público ter de realizar as denominadas "**escolhas trágicas**" (em virtude das quais **alguns** direitos, interesses e valores **serão priorizados "com sacrifício"** de outros) -, o fato de que, **embora invocável** como parâmetro a ser observado pela decisão judicial, **a cláusula da reserva do possível encontrará, sempre, insuperável limitação** na exigência constitucional de preservação **do mínimo existencial, que representa**, no contexto de nosso ordenamento positivo, **emanação direta** do postulado **da essencial dignidade da pessoa humana, tal como tem sido reconhecido pela jurisprudência constitucional** desta Suprema Corte:

**"CRIANÇAS E ADOLESCENTES** VÍTIMAS DE ABUSO **E/OU** EXPLORAÇÃO SEXUAL. **DEVER DE PROTEÇÃO INTEGRAL** À INFÂNCIA **E** À JUVENTUDE. **OBRIGAÇÃO CONSTITUCIONAL** QUE SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO. PROGRAMA SENTINELA-PROJETO ACORDE. **INEXECUÇÃO**, PELO MUNICÍPIO DE FLORIANÓPOLIS/SC, **DE REFERIDO** PROGRAMA DE AÇÃO SOCIAL **CUJO ADIMPLEMENTO TRADUZ** EXIGÊNCIA DE ORDEM CONSTITUCIONAL. **CONFIGURAÇÃO**, NO CASO, **DE TÍPICA** HIPÓTESE DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL **IMPUTÁVEL** AO MUNICÍPIO. **DESRESPEITO** À CONSTITUIÇÃO **PROVOCADO** POR INÉRCIA ESTATAL (**RTJ** 183/818-819). **COMPORTAMENTO QUE TRANSGRIDE** A

AUTORIDADE DA LEI FUNDAMENTAL (RTJ 185/794-796). IMPOSSIBILIDADE DE INVOCACÃO, PELO PODER PÚBLICO, DA CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL SEMPRE QUE PUDESSER RESULTAR, DE SUA APLICAÇÃO, COMPROMETIMENTO DO NÚCLEO BÁSICO QUE QUALIFICA O MÍNIMO EXISTENCIAL (RTJ 200/191-197). CARÁTER COGENTE E VINCULANTE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS, INCLUSIVE DAQUELAS DE CONTEÚDO PROGRAMÁTICO, QUE VEICULAM DIRETRIZES DE POLÍTICAS PÚBLICAS. PLENA LEGITIMIDADE JURÍDICA DO CONTROLE DAS OMISSÕES ESTATAIS PELO PODER JUDICIÁRIO. A COLMATAÇÃO DE OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS COMO NECESSIDADE INSTITUCIONAL FUNDADA EM COMPORTAMENTO AFIRMATIVO DOS JUÍZES E TRIBUNAIS E DE QUE RESULTA UMA POSITIVA CRIAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO DIREITO. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DELINEADAS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (RTJ 174/687 - RTJ 175/1212-1213 - RTJ 199/1219-1220). RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL CONHECIDO E PROVIDO. "

(AI 583. 553/SC, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Não constitui demasia acentuar, por oportuno, que o princípio da dignidade da pessoa humana representa - considerada a centralidade desse postulado essencial (CF, art. 1º, III) - significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo, tal como tem reconhecido a jurisprudência desta Suprema Corte, cujas decisões, no ponto, refletem, com precisão, o próprio magistério da doutrina (JOSÉ AFONSO DA SILVA, "Poder Constituinte e Poder Popular", p. 146, 2000, Malheiros; RODRIGO DA CUNHA PEREIRA, "Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil Brasileiro", p. 106, 2006, Del Rey; INGO WOLFGANG SARLET, "Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988", p. 45, 2002, Livraria dos Advogados; IMMANUEL KANT, "Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos", 2004, Martin Claret; LUIZ ANTONIO RIZZATTO NUNES, "O Princípio Constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência", 2002, Saraiva; LUIZ EDSON

FACHIN, "Questões do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo", 2008, Renovar, v. g. ).

A noção de mínimo existencial, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), **compreende** um complexo de prerrogativas **cuja concretização** revela-se **capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias** do Estado, **viabilizadoras** da plena fruição de direitos sociais básicos, **tais como o direito** à educação, **o direito** à proteção integral da criança e do adolescente, **o direito** à saúde, **o direito** à assistência social, **o direito** à moradia, **o direito** à alimentação **e o direito** à segurança.

**Orienta-se**, nesse mesmo sentido, **a própria** Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, **promulgada**, em Paris, em 10/12/1948, **pela Terceira Assembléia Geral** das Nações Unidas, **cujo Artigo XXV** assim proclama:

"1. **Todo homem tem direito** a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, **inclusive** alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

2. A maternidade **e a infância** têm direito a cuidados e assistência especiais. **Todas** as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social." (grifei)

**Cumpre advertir**, desse modo, que a cláusula da "reserva do possível" - **ressalvada** a ocorrência de **justo** motivo objetivamente aferível - **não pode** ser invocada, pelo Estado, **com a finalidade** de exonerar-se, **dolosamente**, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, **notadamente** quando, **dessa conduta governamental negativa, puder resultar** nulificação ou, até mesmo, **aniquilação** de direitos constitucionais **impregnados** de um sentido de essencial fundamentalidade.

# Mestrado em Direito

Pesquisa

Dá a correta observação de REGINA MARIA FONSECA MUNIZ ("O Direito à Educação", p. 92, item n. 3, 2002, Renovar), cuja abordagem do tema - após qualificar a educação como um dos direitos fundamentais da pessoa humana - põe em destaque imprescindibilidade de sua implementação, **em ordem a promover o bem-estar social e a melhoria da qualidade de vida de todos, notadamente das classes menos favorecidas, assinalando, com particular ênfase, a propósito** de obstáculos governamentais que possam ser eventualmente opostos **ao adimplemento** dessa obrigação constitucional, que "o Estado não pode se furtar de tal dever **sob alegação** de inviabilidade econômica ou de falta de normas de regulamentação" (grifei).

Tratando-se de típico direito de prestação positiva, que se subsume ao conceito de liberdade real ou concreta, a educação infantil - que compreende **todas** as prerrogativas, individuais ou coletivas, **referidas** na Constituição da República (**notadamente** em seu art. 208, IV) - **tem por fundamento** regra constitucional cuja densidade normativa **não permite** que, **em torno** da efetiva realização de tal comando, o Poder Público, especialmente o Município (CF, art. 211, § 2º), **disponha** de um amplo espaço de discricionariedade que lhe enseje maior grau de liberdade de conformação, **e de cujo exercício** possa resultar, **paradoxalmente, com base em simples alegação de mera conveniência e/ou oportunidade**, a nulificação mesma dessa prerrogativa essencial, como adverte, em ponderadas reflexões, a ilustre magistrada MARIA CRISTINA DE BRITO LIMA, em obra monográfica dedicada ao tema ora em exame ("A Educação como Direito Fundamental", 2003, Lumen Juris).

Cabe referir, ainda, neste ponto, ante a extrema pertinência de suas observações, a advertência de LUIZA CRISTINA FONSECA FRISCHEISEN, ilustre Procuradora Regional da República ("Políticas Públicas - A Responsabilidade do Administrador e o Ministério Público", p. 59, 95 e 97, 2000, Max Limonad), cujo magistério, a propósito da limitada discricionariedade governamental em tema de concretização das políticas públicas constitucionais, assinala:

"Nesse contexto constitucional, que implica também na renovação das práticas políticas, o administrador **está vinculado** às políticas públicas **estabelecidas** na Constituição Federal; a sua omissão **é passível** de responsabilização **e a sua margem de discricionariedade é**

mínima, não contemplando o não fazer. Como demonstrado no item anterior, **o administrador público está vinculado à Constituição** e às normas infraconstitucionais **para a implementação** das políticas públicas **relativas** à ordem social constitucional, ou seja, própria à finalidade da mesma: o bem-estar e a justiça social. **Conclui-se**, portanto, **que o administrador não tem discricionariedade** para deliberar sobre a oportunidade e conveniência **de implementação** de políticas públicas **discriminadas** na ordem social constitucional, **pois tal restou deliberado pelo Constituinte** e pelo legislador que elaborou as normas de integração. As dúvidas sobre essa margem de discricionariedade devem ser dirimidas pelo Judiciário, **cabendo ao Juiz dar sentido concreto à norma e controlar a legitimidade** do ato administrativo (omissivo ou comissivo), **verificando** se o mesmo não contraria sua finalidade constitucional, no caso, **a concretização** da ordem social constitucional. " (grifei)

**Tenho para mim**, desse modo, **presente** tal contexto, **que 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 Constituição, **e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa** dos entes municipais, **cujas opções**, tratando-se de atendimento **das crianças** em creche **e na pré-escola** (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.

**Entendo**, por isso mesmo, **que se revela inacolhível** a pretensão recursal **deduzida** pelo Município de São Paulo, **notadamente** em face da jurisprudência **que se formou, no Supremo Tribunal Federal**, sobre a questão ora em exame (AI 455. 802/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO - AI 475. 571/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO - RE 401. 673/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO - RE 410. 715-AgR/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO - RE 411. 518-AgR/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO - RE 595. 595-AgR/SC, Rel. Min. EROS GRAU - RE 436. 996/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

**Cumpre destacar**, neste ponto, por oportuno, **ante a inquestionável procedência** de suas observações, **a decisão** proferida pelo eminente Ministro MARCO AURÉLIO (RE 431. 773/SP) **no sentido de que**,

# Mestrado em Direito

## Pesquisa

“Conforme preceitua o artigo 208, inciso IV, da Carta Federal, **consubstancia dever do Estado** a educação, **garantindo o atendimento** em creche e pré-escola às crianças (...). **O Estado** - União, Estados propriamente ditos, ou seja, unidades federadas, **e Municípios** - **deve aparelhar-se** para a observância irrestrita dos ditames constitucionais, **não cabendo tergiversar** mediante escusas relacionadas com a deficiência de caixa” (grifei).

**Para além de todas as considerações** que venho de fazer, **há**, ainda, Senhores Ministros, **um outro parâmetro constitucional que merece ser invocado. Refiro-me ao princípio da proibição do retrocesso**, que, **em tema de direitos fundamentais de caráter social, impede que sejam desconstituídas** as conquistas **já alcançadas** pelo cidadão **ou** pela formação social em que ele vive, **consoante adverte** autorizado magistério doutrinário (GILMAR FERREIRA MENDES, INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO e PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, “**Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**”, 1ª ed. /2ª tir. , p. 127/128, 2002, Brasília Jurídica; J. J. GOMES CANOTILHO, “**Direito Constitucional e Teoria da Constituição**”, p. 320/322, item n. 03, 1998, Almedina; ANDREAS JOACHIM KRELL, “**Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**”, p. 40, 2002, Fabris Editor; INGO W. SARLET, “**Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988**”). Na realidade, **a cláusula que proíbe o retrocesso** em matéria social **traduz, no processo de sua concretização, verdadeira dimensão negativa** pertinente aos direitos sociais **de natureza prestacional (como** o direito à educação e à saúde, p. ex. ), **impedindo, em conseqüência, que os níveis** de concretização dessas prerrogativas, **uma vez atingidos**, venham a ser **ulteriormente** reduzidos **ou** suprimidos pelo Estado, **exceto** na hipótese - **de todo inócua na espécie** - **em que políticas compensatórias** venham a ser implementadas pelas instâncias governamentais.

**Lapidar, sob todos os aspectos, o magistério** de J. J. GOMES CANOTILHO, **cujá lição, a propósito do tema, estimula** reflexões por ele a seguir expostas (“**Direito Constitucional e Teoria da Constituição**”, p. 320/321, item n. 3, 1998, Almedina):

"O princípio da democracia econômica e social aponta para a proibição de retrocesso social. A idéia aqui expressa também tem sido designada como proibição de 'contra-revolução social' ou da 'evolução reaccionária'. Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e econômicos (ex. : direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjectivo. A 'proibição de retrocesso social' nada pode fazer contra as recessões e crises econômicas (reversibilidade fáctica), mas o princípio em análise limita a reversibilidade dos direitos adquiridos (ex. : segurança social, subsídio de desemprego, prestações de saúde), em clara violação do princípio da protecção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito económico, social e cultural, e do núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana. O reconhecimento desta protecção de direitos prestacionais de propriedade, subjectivamente adquiridos, constitui um limite jurídico do legislador e, ao mesmo tempo, uma obrigação de prossecução de uma política congruente com os direitos concretos e as expectativas subjectivamente alicerçadas. A violação no núcleo essencial efectivado justificará a sanção de inconstitucionalidade relativamente a normas manifestamente aniquiladoras da chamada justiça social. Assim, por ex. , será inconstitucional uma lei que extinga o direito a subsídio de desemprego ou pretenda alargar desproporcionadamente o tempo de serviço necessário para a aquisição do direito à reforma (...). De qualquer modo, mesmo que se afirme sem reservas a liberdade de conformação do legislador nas leis sociais, as eventuais modificações destas leis devem observar os princípios do Estado de direito vinculativos da actividade legislativa e o núcleo essencial dos direitos sociais. O princípio da proibição de retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efectivado através de medidas legislativas ('lei da segurança social', 'lei do subsídio de desemprego', 'lei do serviço de saúde') deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa 'anulação', 'revogação' ou 'aniquilação' pura e simples desse núcleo essencial. A liberdade de conformação do legislador e inerente auto-reversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado. " (grifei)

Bem por isso, o Tribunal Constitucional português (Acórdão n.º 39/84), ao invocar a cláusula da proibição do retrocesso, reconheceu a inconstitucionalidade de ato estatal que revogara garantias já conquistadas em tema de direitos prestacionais de

natureza social, vindo a proferir decisão assim resumida pelo ilustre

Relator da causa, **Conselheiro VITAL MOREIRA**, em douto voto **de que extraio o seguinte fragmento** ("**Acórdãos do Tribunal Constitucional**", vol. 3/95-131, **117-118**, 1984, Imprensa Nacional, Lisboa):

"Que o Estado não dê a devida realização às tarefas constitucionais, concretas e determinadas, que lhe estão cometidas, isso só poderá ser objecto de censura constitucional em sede de inconstitucionalidade por omissão. Mas quando desfaz o que já havia sido realizado para cumprir essa tarefa, e com isso atinge uma garantia de um direito fundamental, então a censura constitucional já se coloca no plano da própria inconstitucionalidade por acção. Se a Constituição impõe ao Estado a realização de uma determinada tarefa - a criação de uma certa instituição, uma determinada alteração na ordem jurídica -, então, quando ela seja levada a cabo, o resultado passa a ter a protecção directa da Constituição. O Estado não pode voltar atrás, não pode descumprir o que cumpriu, não pode tornar a colocar-se na situação de devedor. (...) Se o fizesse, incorreria em violação positiva (...) da Constituição. Em grande medida, os direitos sociais traduzem-se para o Estado em obrigação de fazer, sobretudo de criar certas instituições públicas (sistema escolar, sistema de segurança social, etc. ). Enquanto elas não forem criadas, a Constituição só pode fundamentar exigências para que se criem; mas após terem sido criadas, a Constituição passa a proteger a sua existência, como se já existissem à data da Constituição. As tarefas constitucionais impostas ao Estado em sede de direitos fundamentais no sentido de criar certas instituições ou serviços não o obrigam apenas a criá-los, obrigam-no também a não aboli-los uma vez criados. Quer isto dizer que, a partir do momento em que o Estado cumpre (total ou parcialmente) as tarefas constitucionalmente impostas para realizar um direito social, o respeito constitucional deste deixa de consistir (ou deixar de consistir apenas) numa obrigação positiva, para se transformar (ou passar também a ser) numa obrigação negativa. O Estado, que estava obrigado a actuar para dar satisfação ao direito social, passa a estar obrigado a abster-se de atentar contra a realização dada ao direito social. Este enfoque dos direitos sociais faz hoje parte integrante da concepção deles a teoria constitucional, mesmo lá onde é escasso o elenco constitucional de direitos sociais e onde, portanto, eles têm de ser extraídos de cláusulas gerais, como a cláusula do 'Estado social'. " (grifei)

Isso significa, portanto, considerada a indiscutível primazia reconhecida aos direitos da criança e do adolescente (ANA MARIA MOREIRA MARCHESAN, "O princípio da prioridade absoluta aos direitos da criança e do adolescente e a discricionariedade administrativa", "in" RT 749/82-103), que a ineficiência administrativa, o descaso governamental com direitos básicos do cidadão, a incapacidade de gerir os recursos públicos, a incompetência na adequada implementação da programação orçamentária **em tema** de educação pública, a falta de visão política na justa percepção, **pelo administrador**, do enorme significado social de que se reveste a educação infantil, a inoperância funcional dos gestores públicos na concretização das imposições constitucionais estabelecidas em favor das pessoas carentes não podem nem devem representar obstáculos à execução, pelo Poder Público, **notadamente pelo Município** (CF, art. 211, § 2º), **da norma** inscrita no art. 208, IV, da Constituição da República, **que traduz e impõe**, ao Estado, um dever inafastável, sob pena de a ilegitimidade **dessa inaceitável** omissão governamental **importar em grave vulneração** a um direito fundamental da cidadania **e que é**, no contexto que ora se examina, **o direito à educação**, cuja amplitude conceitual **abrange, na globalidade de seu alcance**, o fornecimento de creches públicas e de ensino pré-primário "às crianças até 5 (cinco) anos de idade" (CF, art. 208, IV, na redação dada pela EC nº 53/2006).

**Cabe observar**, de outro lado, **que a multa diária** imposta ao Município de São Paulo **reveste-se de plena legitimidade**, pois objetiva compeli-lo a **cumprir, de modo efetivo e integral**, o comando emergente da sentença e do acórdão que a confirmou. **Vale salientar que inexistente** qualquer obstáculo jurídico-processual à utilização, contra entidades de direito público (**como** o Município de São Paulo), da multa cominatória prevista no § 5º do art. 461 do CPC.

**É de ressaltar**, por isso mesmo, **que as "astreintes" podem ser legitimamente impostas** às pessoas jurídicas de direito público, **consoante adverte autorizado magistério doutrinário** (LEONARDO JOSÉ CARNEIRO DA CUNHA, "Algumas Questões sobre as Astreintes (Multa Cominatória)", "in" "Revista Dialética de Direito Processual nº 15", p. 95/104, item n. 7, junho-2004; GUILHERME RIZZO AMARAL, "As Astreintes e o Processo Civil Brasileiro: multa do artigo 461 do CPC e outras", p. 99/103, item n. 3. 5. 4, 2004, Livraria do Advogado Editora; EDUARDO TALAMINI, "Tutela Relativa aos Deveres de Fazer e de não Fazer: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa

# Mestrado em Direito

## Pesquisa

(CPC, arts. 461 e 461-A; CDC, art. 84)", p. 246/247, item n. 9. 3. 4, 2ª ed. , 2003, Editora Revista dos Tribunais, v. g. ).

**Esse entendimento doutrinário, por sua vez, reflete-se na jurisprudência firmada pelos Tribunais, cujas decisões (RT 808/253-256 - RF 370/297-299 - RE 495. 740-TAR/DE, Rel. Min. CELSO DE MELLO - REsp nº 201. 378/SP, Rel. Min. FERNANDO GONÇALVES - REsp nº 784. 188/RS, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI - REsp nº 810. 017/RS, Rel. Min. FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, v. g. ) já reconheceram a possibilidade jurídico-processual de condenação da Fazenda Pública ao pagamento da multa cominatória prevista no § 5º do art. 461 do CPC.**

**Na realidade, a "astreinte" - que se reveste de função coercitiva - tem por finalidade específica compelir, validamente, o devedor, mesmo que se cuide do Poder Público, a cumprir o preceito, tal como definido no ato sentencial.**

**Inquestionável, dessa maneira, por ser juridicamente válida, a imposição, no caso ora em exame, pelo Poder Judiciário paulista, de multa diária por criança não atendida pelo Município de São Paulo.**

O Município de São Paulo **sustenta, ainda, nesta sede recursal, a necessidade** de este Tribunal **analisar os novos fundamentos** apresentados pelo ora agravante, **bem assim examinar a nova realidade fática e a adoção**, por referido Município, de medidas **destinadas** a implementar projetos e programas de realização de políticas públicas **concernentes** à educação (fls. 1. 781).

Essa pretensão, **nos termos** em que exposta pela parte recorrente, **não se revela** suscetível de conhecimento, **pois** a matéria em questão **constitui tema estranho** ao objeto da controvérsia suscitada em sede recursal extraordinária.

**Impende advertir, neste ponto, na linha da orientação jurisprudencial firmada pelo Supremo Tribunal Federal, que o recurso extraordinário deve ser apreciado, unicamente, nos estritos limites temáticos em que a controvérsia constitucional tenha sido examinada pelo Tribunal "a quo", sem possibilidade**

# Mestrado em Direito

## Pesquisa

de aplicação do princípio "jura novit curia" (RTJ 173/335, Rel. Min. CELSO DE MELLO):

"Não se aplica ao julgamento do recurso extraordinário, pelo Supremo Tribunal Federal, o princípio 'jura novit curia'." (RTJ 147/994-995, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

"No exame do recurso extraordinário, no Supremo Tribunal Federal, não é aplicável o princípio 'jura novit curia' (...)." (RE 99. 978-ED/PR, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO - grifei)

Isso significa, portanto, que a atividade jurisdicional desenvolvida pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de recurso extraordinário, apresenta-se essencialmente limitada pela matéria constitucional, desde que esta, além de suscitada nas razões recursais deduzidas pela parte recorrente (RTJ 90/516, v. g. ), tenha sido explicitamente prequestionada (debatida, portanto, de modo expresso, pelo acórdão recorrido).

Somente os temas de direito constitucional efetivamente versados no acórdão impugnado (e igualmente veiculados no recurso extraordinário interposto) revelar-se-ão suscetíveis de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal, cujo julgamento, no entanto, não poderá "exceder os limites da devolução, apreciando questões não ventiladas na decisão recorrida (. . .)" (ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO E ANTONIO SCARANCA FERNANDES, "Recursos no Processo Penal", p. 298, item n. 196, 1996, RT).

Sem razão, finalmente, o Município de São Paulo, quando busca dar suporte a esses "novos fundamentos", invocando, para tanto, uma "nova realidade fática" (grifei).

É que, como se sabe, o E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao julgar a presente causa, o fez com apoio em pressupostos fáticos por ele soberanamente reconhecidos no acórdão objeto do recurso extraordinário em questão.

# Mestrado em Direito

## Pesquisa

Esse dado assume relevo processual, pois a discussão **suscitada** pelo Município de São Paulo, **com fundamento** em "nova realidade fática", revela-se incabível em sede de recurso extraordinário, por depender do exame de matéria de fato, de todo inadmissível na via do apelo extremo.

Sabemos que o recurso extraordinário não permite que se reexaminem, nele, em face de seu estrito âmbito temático, questões de fato ou aspectos de índole probatória (RTJ 161/992 - RTJ 186/703). É que o pronunciamento do Tribunal "a quo" sobre matéria de fato reveste-se de inteira soberania (RTJ 152/612 - RTJ 153/1019 - RTJ 158/693, v. g. ).

Sendo assim, e tendo em consideração as razões expostas, nego provimento ao presente recurso de agravo, mantendo, em consequência, por seus próprios fundamentos, a decisão ora agravada.

É o meu voto.

SEGUNDA TURMA

### EXTRATO DE ATA

AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 639. 337

PROCED. : SÃO PAULO

RELATOR : MIN. CELSO DE MELLO

AGTE. (S) : MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

PROC. (A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

AGDO. (A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO PROC.

(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

INTDO. (A/S) : PROMOTOR DE JUSTIÇA DA VARA DA INFÂNCIA E DA

JUVENTUDE DO FORO REGIONAL DE SANTO AMARO

INTDO. (A/S) : A C C E OUTRO(A/S)

**Decisão:** A Turma, por votação unânime, **negou** provimento ao recurso de agravo, **nos termos** do voto do Relator. Presidiu, este julgamento, o Senhor Ministro Celso de Mello. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Ayres Britto e, licenciado, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. **2ª Turma**, 23. 08. 2011.

Presidência do Senhor Ministro Ayres Britto. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes e Ricardo

# Mestrado em Direito

## Pesquisa



Lewandowski. Ausente, licenciado, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa.

Subprocurador-Geral da República,  
Dr. Francisco de Assis Vieira Sanseverino.

Karima Batista Kassab  
Coordenadora

**Mestrado em Direito**  
Pesquisa

*ANEXO H – Recurso Extraordinário nº. 593727*

# Mestrado em Direito

Pesquisa

ORIGEM: **MG**

RELATOR (A): **MIN. CEZAR PELUSO**

REDATOR (A) PARA ACORDAO:

RECTE.(S): **JAIRO DE SOUZA COELHO**

ADV.(A/S): **MAURO JORGE DE PAULA BOMFIM**

ADV.(A/S): **WLADIMIR SERGIO REALE**

RECDO.(A/S): **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS**

PROC.(A/S)(ES): **PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS**

INTDO.(A/S): **FEDERAÇÃO INTERESTADUAL DO SINDICATO DE TRABALHADORES DAS POLÍCIAS CIVIS - FEIPOL**

ADV.(A/S): **JONAS KESLLEY GONÇALVES UMBELINO**

ADV.(A/S): **JUSCELINO REIS DE SOUZA**

## **PAUTA TEMÁTICA**

PAUTA: **P.7 MATÉRIA PENAL**

TEMA: **HABEAS CORPUS E RECURSOS CRIMINAIS**

SUB-TEMA: **INVESTIGAÇÃO DO MP**

## **OUTRAS INFORMAÇÕES**

Data agendada: 19/12/2012

## **TEMA DO PROCESSO**

### **1. Tema**

1. Trata-se de RE com fundamento no art. 102, III, "a", da CF, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais que recebeu a denúncia contra o recorrente, ao fundamento de estarem preenchidos os requisitos legais.

2. Alega o recorrente ofensa aos artigos 5º, incisos LIV e LV, 129, incisos III e VIII, e 144, inciso IV, § 4º, da Constituição Federal. Nessa linha, sustenta que a realização de procedimento investigatório de natureza penal pelo Ministério Público ultrapassa suas atribuições funcionais previstas na constituição.

3. Em contra-razões, sustenta o Ministério Público do Estado de Minas Gerais que o RE não deve ser conhecido: por falta de prequestionamento do dispositivo legal que serviu de fundamento ao acórdão recorrido (súmulas 282 e 356 do STF); por assentar-se em mais de um fundamento e o RE não

abrange todos eles (súmula 283 do STF) e, ainda, por estar a matéria envolta em circunstâncias de fato e prova, insuscetíveis de apreciação na sede extraordinária (súmula 279); alega que o MP atuou em consonância com o art. 129, inciso I, da CF e art. 27 do CPP, oferecendo denúncia com base em documentos originários de processos judiciais, e que o MP detém o poder de realizar diligências investigatórias em procedimentos administrativos do âmbito criminal, não sendo exclusividade das autoridades policiais, conforme art. 129, incisos I, VI e IX, da CF, art. 26, inc. I, da Lei nº 8.625/93 e arts. 7º, 38, inciso I e 150, inciso I, da LC nº 75/93.

4. O Tribunal reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada.

5. Apresentaram manifestação pelo conhecimento e provimento do RE, na condição de amicus curiae, a Associação dos Delegados de Polícia Civil do Estado de Minas Gerais - ADEPOL-MG e a Federação Interestadual do Sindicato de Trabalhadores das Polícias Cíveis - FEIPOL.

### **2. Tese**

MINISTÉRIO PÚBLICO. PODERES INVESTIGATÓRIOS. DENÚNCIA RECEBIDA COM AMPARO EM PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO REALIZADO PELO MP DE MINAS GERAIS. ALEGAÇÃO DE OFENSA AOS 5º, INCISOS LIV E LV, 129, INCISOS III E VIII, E 144, INCISO IV, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

Saber se ofende a constituição o recebimento de denúncia cujo procedimento investigatório criminal foi realizado pelo Ministério Público.

### **3. Parecer da PGR**

Não há.

### **4. Voto do Relator**

CP - conhece e dá provimento ao recurso, reconhecendo, entretanto, a competência do Ministério Público para realizar, diretamente, atividades de investigação da prática de delitos, para fins de preparação e eventual instauração de ação penal, apenas em hipóteses excepcionais e taxativas, nos termos do seu voto.

### **5. Votos**

RL - acompanha o relator

GM - nega provimento ao recurso, reconhecendo a legitimidade do poder investigatório do Ministério Público, nos termos de seu voto.

CM - nega provimento ao recurso, reconhecendo a legitimidade do poder investigatório do Ministério Público, nos termos de seu voto.

AB - nega provimento ao recurso, reconhecendo a legitimidade do poder investigatório do Ministério Público, nos termos de seu voto.

JB - nega provimento ao recurso, reconhecendo a legitimidade do poder investigatório do Ministério Público, nos termos de seu voto.

LF - pediu vista dos autos

### **6. Informações**

Incluído na pauta de julgamento do Plenário publicada no DJE de 30/4/2010.

Em sessão do dia 21/06/2012, o Tribunal, preliminarmente, indeferiu o pedido de adiamento para colher o parecer do Ministério Público Federal, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio. Em seguida, o Tribunal resolveu questão de ordem, suscitada pelo Procurador-Geral da República, no sentido da legitimidade do Procurador-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais para proferir sustentação oral, vencido o Senhor Ministro Dias Toffoli. Votou o Presidente.

O Exmo. Sr. Ministro Luiz Fux devolveu o pedido de vista em 14/12/2012.

**Decisão:** Preliminarmente, o Tribunal indeferiu o pedido de adiamento para colher o parecer do Ministério Público Federal, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio. Em seguida, o Tribunal resolveu questão de ordem, suscitada pelo Procurador-Geral da República, no sentido da legitimidade do Procurador-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais para proferir sustentação oral, vencido o Senhor Ministro Dias Toffoli. Votou o Presidente. Após o voto do Senhor Ministro Cezar Peluso (Relator), conhecendo e dando provimento ao recurso, no que foi acompanhado pelo Senhor Ministro Ricardo Lewandowski, o julgamento foi suspenso. Falaram, pelo recorrente, o Dr. Wladimir Sérgio Reale; pelo recorrido, o Dr. Alceu José Torres Marques, Procurador-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais, e, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos, Procurador-Geral da República. Presidência do Senhor Ministro Ayres Britto. Plenário, 21.06.2012.

# Mestrado em Direito

## Pesquisa

**Decisão:** Após o voto do Senhor Ministro Cezar Peluso, conhecendo e dando provimento ao recurso extraordinário, reconhecendo, entretanto, a competência do Ministério Público para realizar diretamente atividades de investigação da prática de delitos, para fins de preparação e eventual instauração de ação penal apenas em hipóteses excepcionais e taxativas, nos termos do seu voto, no que foi acompanhado pelo Ministro Ricardo Lewandowski, e após os votos dos Senhores Ministros Gilmar Mendes, Celso de Mello, Ayres Britto (Presidente) e Joaquim Barbosa, que negavam provimento ao recurso, reconhecendo base constitucional para os poderes de investigação do Ministério Público, nos termos dos seus votos, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Luiz Fux. Plenário, 27.06.2012.

**Mestrado em Direito**  
Pesquisa



*ANEXO I – Apelação Cível nº. 70062479787/RS*



LSRR

Nº 70062479787 (Nº CNJ: 0440541-15.2014.8.21.7000)  
2014/Cível

APELAÇÃO CÍVEL. ECA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. VAGA EM CRECHE. EDUCAÇÃO INFANTIL. DIREITO DA CRIANÇA E OBRIGAÇÃO DO MUNICÍPIO MUNICÍPIO DE ERECHIM.

Constitui dever do Município assegurar às crianças o acesso à educação, cabendo-lhe garantir vaga na rede pública ou, então, na rede privada, às suas expensas.  
RECURSO PROVIDO.

APELAÇÃO CÍVEL  
SÉTIMA CÂMARA CÍVEL  
Nº 70062479787 (Nº CNJ: 0440541-15.2014.8.21.7000)  
COMARCA DE ERECHIM M.P.  
APELANTE; E.V.G.  
APELANTE; M.E.  
APELADO.

VISTOS.

Trata-se apelação do MINISTÉRIO PÚBLICO, em favor de EDUARDA VITÓRIA G., pretendendo a reforma da sentença das fls. 82/5, que julgou improcedente o pedido da ação civil pública que move contra o MUNICÍPIO DE ERECHIM.

Em suas razões, o MINISTÉRIO PÚBLICO argumenta que a legislação vigente ampara, de forma ampla os direitos da menor, no sentido da obtenção de vaga em creche, em turno integral, junto ao Município. Sustenta que, além de Eduarda Vitória, outras crianças estão inscritas em listas de espera aguardando seu ingresso no ensino fundamental, portanto, tendo seus direitos violados. Assevera que a normas contitucionais garantem a proteção integral e o direito de acesso à educação, tratando-se de normas de eficácia imediata. Aduz que, a celebração do Termo de Integração Operacional, assinado entre o Município e a Promotoria de Justiça Regional de Educação não afasta e nem obstaculiza o ajuizamento de demandas individuais. Requer seja concedido efeito suspensivo.

Pede, por isso, o provimento do recurso (fls. 86/93).



LSRR

Nº 70062479787 (Nº CNJ: 0440541-15.2014.8.21.7000)  
2014/Cível

Apresentadas as contrarrazões (fls. 95/104), vieram os autos conclusos.

É o relatório.

Procede a inconformidade.

Trata-se de direito fundamental social que deve ser, efetivamente, assegurado pelo ente público municipal, qual seja, o atendimento em creche da menina EDUARDA VITÓRIA, nascida em 30/09/2011 (fl. 12), atualmente com 03 anos e 1 mês de idade, nos termos do inciso IV do art. 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente, e do inciso IV do art. 208 da Constituição Federal.

Em vista disto, qualquer norma que disponha acerca da previsão orçamentária ou etapas administrativas de admissão para a vaga, não pode sobrepor-se aos direitos e garantias fundamentais, aí incluída a educação, conforme artigo 6º, da Constituição Federal<sup>16</sup>.

Ainda, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei nº 9.394/96), em seu art. 22, destaca que a educação básica *“tem por finalidades desenvolver o educando, assegurar-lhe a formação comum indispensável para o exercício da cidadania e fornecer-lhe meios para progredir no trabalho e em estudos posteriores”*.

Com efeito, o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é um direito público subjetivo (art. 208, § 1º, da Constituição Federal), sendo que os Municípios devem garantir atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade (art. 208, IV, da CF e art. 54, IV, do ECA, e arts. 4º, IV, e 11, ambos da Lei nº 9.394/96).

Assim, cabível a antecipação da tutela a fim de determinar a realização da matrícula em creche ou pré-escola próxima à residência do infante ou, na impossibilidade, que seja oferecida vaga em pré-escola pública

<sup>16</sup> “Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e a infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”



LSRR

Nº 70062479787 (Nº CNJ: 0440541-15.2014.8.21.7000)  
2014/Cível

ou da rede privada, às expensas do Município, e, havendo necessidade, deverá fornecer o transporte escolar.

Saliento, ademais, que, na impossibilidade de manutenção da criança em pré-escola da rede pública de ensino, próxima a sua residência, deve o Município comprar a vaga em instituição da rede privada, às suas expensas, assegurando a continuidade do atendimento às necessidades do infante.

Nesta linha é o entendimento jurisprudencial deste Tribunal de Justiça:

*AGRAVO DE INSTRUMENTO. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. EDUCAÇÃO INFANTIL. VAGA EM CRECHE MUNICIPAL. DIREITO SOCIAL. OBRIGAÇÃO DO PODER PÚBLICO. A educação é um direito social, previsto constitucionalmente, que deve ser assegurado com absoluta prioridade em relação... Ver íntegra da ementa às crianças e adolescentes, incumbindo ao poder público a responsabilidade de garantir seus ingressos nas escolas ou creches, independentemente das regras administrativas. Agravo de instrumento desprovido, de plano. (Agravo de Instrumento Nº 70048409643, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luís Dall'Agnol, Julgado em 18/04/2012)...*

*APELAÇÃO CÍVEL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. MUNICÍPIO MONTENEGRO. CONCESSÃO DE LIMINAR CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. POSSIBILIDADE. GARANTIA CONSTITUCIONAL DE ACESSO À EDUCAÇÃO INFANTIL. VAGA EM CRECHE OU PRÉ-ESCOLA. DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL. 1. É possível a... Ver íntegra da ementa concessão de liminar contra a Fazenda Pública em hipóteses em que o seu indeferimento pode resultar dano de difícil reparação a recorrida, tal como é o caso dos autos, de fornecimento de vaga em creche ou pré-escola para criança. 2. O direito à educação infantil constitui direito fundamental social, que deve ser assegurado pelo ente público municipal, garantindo-se o atendimento em creche ou pré-escola às crianças de zero a cinco anos de idade, com absoluta prioridade, nos termos do artigo 208, IV, da CF/88. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70047246186, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em 12/04/2012).*



LSRR

Nº 70062479787 (Nº CNJ: 0440541-15.2014.8.21.7000)  
2014/Cível

Do exposto, com fundamento no art. 557 do CPC, dou provimento ao recurso, julgado procedente o pedido para determinar que o Município de Erechim forneça vaga em creche ou pré-escola a recorrente. Sem custas.

Intimem-se.

Porto Alegre, 07 de novembro de 2014.

**DES.<sup>a</sup> LISELENA SCHIFINO ROBLES RIBEIRO,**  
**Relatora.**