



## O ATIVISMO DA SUPREMA CORTE BRASILEIRA E O ATENDIMENTO IMPOSTERGÁVEL DO DIREITO EDUCACIONAL INFANTIL

**Miguel Shessarenko Junior**

Mestrando em Direito Constitucional pelo IDP

Neste ano de grandes reflexões constitucionais e políticas, a comemoração dos vinte anos de promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil deixa mais dúvida em sua efetividade futura, que certeza de perenidade.

Extremamente prolixa na abordagem de temas que, para o momento histórico era a resposta social e política ao regime de exceção militar desde 1964, nossa Lei Fundamental Brasileira tornou-se, em alguns pontos, especialmente no que tange aos programas estabelecidos pelo constituinte, de pouca ou de difícil efetividade.

Temos uma Carta Política repleta de direitos fundamentais individuais e sociais, com a previsão de obrigações programáticas aos Poderes Públicos mas que, por ausência de iniciativa política de nossos representantes, omissão no estabelecimento de metas e planejamentos estatais orçamentários, alegações (nem sempre comprovadas) de falta de recursos financeiros, muitos desses direitos perecem, relegando os verdadeiros detentores do poder, *o povo*, à segundo ou terceiro plano de importância na ordem de efetivação de sua dignidade humana.

O campo político e legislativo não está mais sendo capaz de refletir nas leis e nas execuções governamentais os reclamos e apelos sociais, sendo necessário buscar uma alternativa *concretizadora* aos anseios pela efetivação dos compromissos e

programas impostos pelo constituinte aos Poderes Públicos brasileiros. Característica marcante de países em desenvolvimento, como é o caso do Brasil, os direitos fundamentais sociais, por representarem uma prestação positiva e necessária do Estado, são os mais reivindicados por uma sociedade cansada de marginalização e exclusão.

O descrédito social com o legislativo e o executivo na implementação das políticas públicas, leva à busca imprescindível de uma alternativa: a tutela jurisdicional.

Nesse contexto, os direitos sociais encontram-se plasmados em nossa Constituição da República, sem contar com um capítulo próprio destinado à ordem social, de onde se extrai, com maior tratamento específico e diferenciado, o direito social à educação: direito de todos e dever do Estado; reserva orçamentária mínima de cada ente público; direito público subjetivo; responsabilização da autoridade pública pela omissão e oferta irregular do ensino.

Diante da grande discussão envolvendo a legitimidade do controle judicial das políticas públicas, mais especificamente as educacionais, restou à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal o estabelecimento de balizas à solução desses conflitos.

Precedentes jurisprudenciais de nossa Suprema Corte, com entendimento uniforme acerca da possibilidade do controle jurisdicional das políticas públicas educacionais, definem as hipóteses de cabimento da tutela jurisdicional, deixando bem claro que os argumentos que encerram a vedação na interferência em matérias afetas às políticas públicas sociais, não podem ser ignorados pelo Poder Judiciário quando se trata de direito fundamental básico de índole social (como a educação infantil).

As decisões mais relevantes sobre o tema de controle judicial de políticas públicas educacionais não teve, por mero acaso, à sua frente, o entendimento do Ministro Celso de Mello. Suas decisões, verdadeiras aulas de efetividade e de responsabilidade social, são verdadeiros paradigmas nacionais em matéria de concretização das políticas públicas educacionais, por ser um defensor árduo do ativismo judicial<sup>1</sup>.

O Supremo Tribunal Federal enfrentou algumas das questões mais suscitadas quanto ao impedimento do controle judicial das políticas públicas, em especial a

---

<sup>1</sup> No discurso proferido pelo Ministro Celso de Mello, em nome do Supremo Tribunal Federal, na solenidade de posse do Ministro Gilmar Mendes, na Presidência da Suprema Corte do Brasil, em 23/04/2008, deixou amplamente registrado, **numa verdadeira ‘aula’ sobre o significa do ativismo judicial**, que: *“Nem se censure eventual ativismo judicial exercido por esta Suprema Corte, especialmente porque, 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 constitucional e demonstrar, com esse gesto, o respeito incondicional que tem pela autoridade da Lei Fundamental da República. Práticas de ativismo judicial, Senhor Presidente, embora modernamente desempenhadas por esta Corte em momentos excepcionais, 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. A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional – qualifica-se como comportamento revestido de 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 sua ausência (ou insuficiência) de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.”* (grifo nosso) Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 18 set. 2008.

separação de poderes, a discricionariedade do poder público na elaboração orçamentária, a reserva do possível e o mínimo existencial.

Em votação unânime, nosso Tribunal Constitucional, tendo o Ministro Celso de Mello como relator, entendeu que, no caso da educação infantil, encontra-se diante de uma prerrogativa constitucional indisponível:

“E M E N T A: 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 conseqüência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das

"crianças de zero a seis anos de idade" (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal.

- A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, **não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental.**

- **Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil** (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa **fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais**, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social.

- 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**, 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.”<sup>2</sup>

Neste julgamento, ressalta o Ministro Celso de Mello em seu voto que o entendimento adotado pela Corte Constitucional ajusta-se perfeitamente aos postulados constitucionais sobre a educação, expressamente consignados como direito

---

<sup>2</sup> Supremo Tribunal Federal – Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº **410.715/SP** – Relator Ministro Celso de Mello – Julgamento: 22/11/2005 – Órgão Julgador: Segunda Turma – Publicação: Diário da Justiça de 03-02-2006, p. 76, tendo como partes: Agravante o Município de Santo André e como Agravado o Ministério Público do Estado de São Paulo. No mesmo sentido temos o Acórdão do Recurso Extraordinário nº **436.996/SP**, também como relator o Ministro Celso de Mello; o Agravo de Instrumento nº **455.802/SP**, como relator o Ministro Marco Aurélio; o Recurso Extraordinário nº **402.024/SP**, como relator o Ministro Carlos Veloso; o Recurso Extraordinário nº **411.518/SP** e o Recurso Extraordinário nº **431.773/SP**, ambos como relator o Ministro Marco Aurélio. Todos disponíveis em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 18 set. 2008.

público subjetivo, com a obrigação, também expressa, do ente municipal em viabilizar o atendimento educacional infantil.

Como direitos de segunda geração, a educação exige do Poder Público um dever de prestação positiva, decorrente do seu alto significado social e do seu irrecusável valor constitucional.

Continua, ainda, em seu voto, que nossa Lei Fundamental pressupõe, em tema de educação infantil, de um nítido programa a ser implementado mediante adoção de políticas públicas conseqüentes e responsáveis, objetivando cessar a injusta situação de exclusão social e de desigual acesso ao ensino.

Nesse sentido, a reserva do possível não pode servir de obstáculo artificial à ilegítima, arbitrária e censurável intenção de fraudar, frustrar ou inviabilizar as condições materiais mínimas de existência.

A educação infantil, típico direito de prestação positiva, que se subsume ao conceito de liberdade real e concreta, cuja densidade normativa não permite espaço de discricionariedade na sua conformação, exige do Município uma atuação prioritária no ensino fundamental, não permitindo a estes qualquer alegação de limitação orçamentária ou conveniência, diante da vinculação ao postulado supremo da Constituição.

Ao final, consigna o Ministro Celso de Mello que a ineficiência administrativa, o descaso governamental, a incapacidade de organização orçamentária, a incompetência na implementação da educação pública, a falta de visão política do administrador e a inoperância funcional dos gestores públicos não podem, nem devem,

representar obstáculos ao adimplemento, de um dever de execução inafastável, que é a educação fundamental.

Assim, o Supremo Tribunal Federal, que possui a responsabilidade constitucional de zelar pela integridade da Constituição, firmou seu entendimento no sentido da possibilidade de controle jurisdicional das políticas públicas, em especial diante da omissão do Estado no cumprimento ao núcleo essencial dos direitos fundamentais (mínimo existencial), da qual faz parte a educação fundamental.

Tem-se, como efeito prático do ativismo nesse Acórdão paradigma, o reconhecimento da justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais, com a impossibilidade de opor justificativa para o não atendimento da educação infantil (creche e pré-escola) à todos os Municípios brasileiros, com a determinação de maior peso a este direito social no momento da determinação e execução orçamentária.

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal, por meio de decisão da Ministra Carmen Lúcia em 15/08/2008, publicada em 01/09/2008, deu provimento, monocraticamente, ao Recurso Extraordinário nº 554.075/SC, cassando Acórdão do TJSC, por divergência da orientação jurisprudencial (Acórdão paradigma em análise), garantindo ao poder judiciário a competência para determinar a criação de vagas na pré-escola (foi interposto agravo regimental)<sup>3</sup>.

No mesmo sentido, e ainda mais recente, temos a decisão monocrática do Ministro Celso de Mello em 22/09/2008, que negou provimento ao Agravo de Instrumento interposto pelo Município de São Paulo contra decisão do TJSP (AI nº

---

<sup>3</sup> Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 24 set. 2008.



677.274/SP) que decidiu pela obrigatoriedade do município de prover educação infantil (creche e pré-escola)<sup>4</sup>.

Assim, estamos diante de um verdadeiro paradigma (*reiterado*) definido pelo Supremo Tribunal Federal acerca do direito fundamental social ao atendimento educacional infantil.

Da análise do referido Acórdão (*leading case brasileiro*), alguns pontos merecem, no entanto, alguns destaques, considerações e prognoses, diante desse irreversível e pacificado controle jurisdicional das políticas públicas educacionais.

Tem-se uma ausência de especificação e de delimitação do conteúdo e do alcance da reserva do possível, além de não registrar hipóteses de sua comprovação objetiva, com excessiva argumentação principiológica (*problema da ambigüidade e vagueza*).

O Supremo Tribunal passou a mensagem de que em matéria de direitos fundamentais sociais, envolvendo a educação infantil (creche e pré-escola), não existe qualquer justificativa: trata-se de obrigação impostergável de todos os Municípios brasileiros. Com isso, evidencia-se a sua maturidade (*vários precedentes*) para elaboração de Súmula Vinculante para educação fundamental.

A amplitude desse precedente refletirá, além do atendimento, no acesso e na qualidade do ensino (transporte escolar e ampliação da rede municipal de atendimento), com possível extensão de tratamento semelhante à saúde e à assistência social.

---

<sup>4</sup> Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 24 set. 2008.

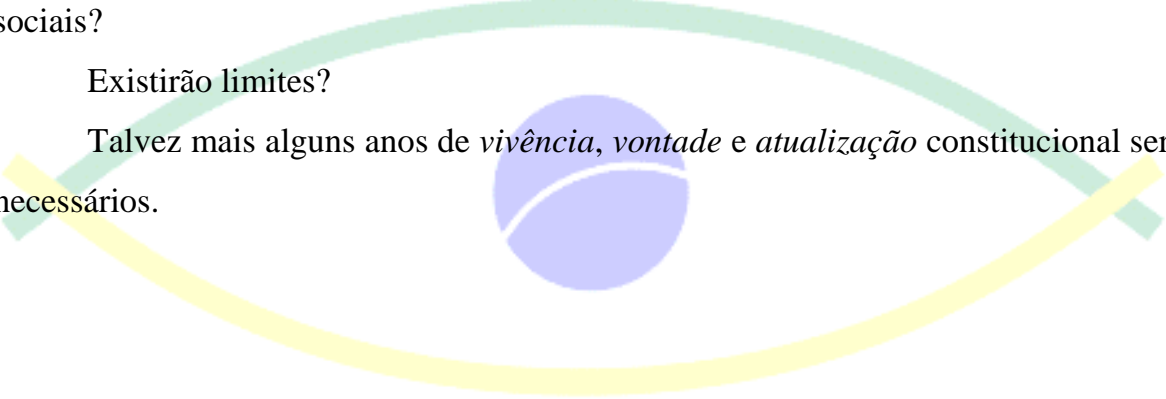
À longo prazo, teremos uma possível ampliação do direito fundamental social à educação primária e/ou média, até chegarmos à superior (gradualidade e progressividade), consoante precedente do Tribunal Constitucional Federal Alemão que, já nos idos de 1972<sup>5</sup>, discutiu a falta de vagas no ensino superior.

Se o atendimento à educação infantil atualmente é obrigação impostergável dos municípios, será futuramente dos Estados quanto à educação média e da União quanto à educação Superior?

Isso refletirá também na implementação dos demais direitos fundamentais sociais?

Existirão limites?

Talvez mais alguns anos de *vivência, vontade e atualização* constitucional serão necessários.



---

<sup>5</sup> *BVerfGE* 33, 303. In: SCHWABE, Jürgen e MARTINS, Leonardo (org.). Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. Montevideu: Fundação Konrad Adenauer, 2005, p. 656.