



ESTADO DA PARAÍBA
MINISTÉRIO PÚBLICO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA

1ª CÂMARA CÍVEL - PROCESSO Nº ^{022.2007.000492-1} 022.2007.00792-1/001 - AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – COMARCA DE SÃO JOSÉ DE PIRANHAS

AGRAVANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA PARAÍBA

AGRAVADO: MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ DE PIRANHAS, REPRESENTADO POR SEU PREFEITO

RELATOR: DES. MANOEL SOARES MONTEIRO

PARECER

EGRÉGIA CÂMARA

DOUTOS JULGADORES

O Ministério Público do Estado da Paraíba interpôs **AGRAVO DE INSTRUMENTO**, com pedido liminar, em face da decisão de fl. 27/28, que indeferiu o pedido de tutela antecipada formulado nos autos da Ação Civil Pública por ele movida em face do **MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ DE PIRANHAS**.

A Ação Civil Pública foi proposta com o objetivo de reativar a creche Glória Cunha Lima, que se encontra desativada desde o ano de 2000. Porque no prédio da antiga creche atualmente funciona uma escola primária (Escola Umbelina Cavalcante), o Parquet requereu, liminarmente, que fosse ordenado ao Promovido "a imediata celebração de convênios com entidades assistenciais e particulares de ensino para esta prestação de serviço emergencial, até que se construa ou estabeleça suas próprias unidades para este atendimento (fl. 24). Apreciando o pedido o Magistrado de primeiro grau indeferiu a antecipação de tutela, considerando que "obrigar o Município a criar/ativar/reactivar uma creche, seria (...), muito mais prejuízo para a população estudantil da Escola (...), que não teria como ser absorvida, já quase no final do ano letivo, em outras Escolas da rede Municipal de Ensino (fl. 28). Em despacho o Desembargador Relator entendeu que a pretensão, nos termos colocados, atende aos requisitos legais para a concessão de plano da medida pleiteada. Por essa razão, deferiu a medida liminar, determinando que o Município de São José de Piranhas celebrasse convênios com entidades assistenciais ou particulares para o atendimento das crianças de zero a seis anos, em caráter emergencial, até o deslinde da Ação Civil Pública. Requisitou, ainda, as informações necessárias ao juiz da causa e determinou a remessa dos autos à douta Procuradoria-Geral de Justiça (fls. 65/67). Remessa através de Ofício, ao Juiz do feito, de cópia do despacho proferido no ao Recurso de Agravo (fl. 69). Intimação ao agravado para apresentar contra-razões aos termos do Recurso de Agravo (fl. 70). Decorrido o prazo sem resposta do agravado. Vista à Procuradoria de Justiça (fl.71).

É o sucinto relatório. Passo a opinar.

A legitimidade ativa do MP para o caso concreto é indiscutível. Por atribuição constitucional (CF, art. 127, caput) e expressa previsão legal (ECA, art. 201, V e 208, VII), o Ministério Público é parte legítima para intentar ação civil pública em favor de direito individual heterogêneo de crianças e adolescentes, como, por exemplo, o direito à saúde e à educação. Ao versar sobre o direito à educação a Constituição Federal assegura atendimento a crianças de zero a seis anos em creche ou pré-escola, cuja competência foi cometida ao Município pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei 9394/96). Assim, é inafastável a atuação jurisdicional sempre que, por omissão do Poder Público, for violado o direito fundamental à educação de crianças e adolescentes, pela negativa de acesso ao ensino infantil:

EMENTA: AGRAVO. ECA. DIREITO À EDUCAÇÃO. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. VAGA NO ENSINO INFANTIL. COMPETÊNCIA DO MUNICÍPIO. DIREITO FUNDAMENTAL DA CRIANÇA. OMISSÃO DO ENTE PÚBLICO. 1. Por atribuição constitucional (CF, art. 127, caput) e expressa previsão legal (ECA, art. 201, V e 208, VII), o Ministério Público é parte legítima para intentar ação civil pública em favor de direito individual heterogêneo de crianças e adolescentes, como, por exemplo, o direito à saúde e à educação. 2. Ao versar sobre o direito à educação a Constituição Federal assegura atendimento a crianças de zero a seis anos em creche ou pré-escola, cuja competência foi cometida ao Município pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei 9394/96). 3. Inafastável a atuação jurisdicional sempre que, por omissão do Poder Público, for violado o direito fundamental à educação de crianças e adolescentes, pela negativa de acesso ao ensino infantil. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70015115660, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 29/11/2006)

A Legitimidade do Ministério Público para postular em favor de direito individual de criança ou adolescente decorre de expressa disposição legal do Estatuto da Criança e do Adolescente, que assim dispõe:

Art. 201 - Compete ao Ministério Público:

(...)

V - promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção dos interesses individuais, difusos ou coletivos relativos à infância e à adolescência, inclusive os definidos no art. 220, § 3º, inciso II, da Constituição Federal;

Art. 208 - Regem-se pelas disposições desta Lei as ações de responsabilidade por ofensa aos direitos assegurados à criança e ao adolescente, referentes ao não-oferecimento ou oferta irregular:

(...)

VII - de acesso às ações e serviços de saúde;

Parágrafo único - As hipóteses previstas neste artigo não excluem da proteção judicial outros interesses individuais difusos ou coletivos, próprios da infância e da adolescência, protegidos pela Constituição e pela Lei.

Para a melhor doutrina, o ECA contempla justamente os interesses individuais heterogêneos, até pelo fato de que a expressão "direito individual homogêneo" surgiu com o advento do CDC, lei posterior, embora, por não deixar de ser um direito coletivo, possa ser também tutelado pelas ações civis públicas previstas no Estatuto. A interpretação não exige maiores esforços hermenêuticos: **"especificamente com relação ao estatuto (art. 201, V), as ações civis públicas de iniciativa do Ministério Público são aquelas para defesa de interesses individuais (indisponíveis), difusos ou coletivos, relacionados com a proteção à infância e à adolescência"**.

Isso porque **os interesses das crianças e adolescentes são sempre indisponíveis**, reclamando a atuação ministerial em qualquer esfera de ação, mormente na tutela dos direitos assegurados constitucionalmente, como a saúde e a **educação**. O **STF** já se posicionou a respeito quando do julgamento do **AGRRE 271.286-RS**, no sentido de

(...) legitimar a atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário naquelas hipóteses em que os órgãos estatais, anormalmente, deixassem de respeitar o mandamento constitucional, frustrando-lhe, arbitrariamente, a eficácia jurídico-social, seja por intolerável omissão, seja por qualquer outra inaceitável modalidade de comportamento governamental desviante. (grifei)

As regras da Constituição Federal e do Estatuto da Criança e do Adolescente visam garantir a educação, apresentando-se como ações necessárias a serem obedecidas por parte do Município, exigindo-se o seu cumprimento quando não efetivada de maneira espontânea pela Administração, por intermédio da tutela jurisdicional, **garantindo de forma coercitiva a efetividade dos direitos lesados**.

A educação básica – que é a que interessa no caso – “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” (art. 22 da LDB), lembrando-se que seu primeiro objetivo é a educação infantil, que visa o crescimento global da criança até 6 (seis) anos de idade “em seus aspectos físico, psicológico, intelectual e social, complementando a ação da família e da comunidade” (art. 29 da LDB), devendo ser ofertada em “creches, ou entidades equivalentes, para crianças de até três anos de idade, e pré-escolas, para as crianças de quatro a seis anos de idade” (art. 30 da LDB). Vale lembrar que a creche ou pré-escola “é instituição educativa e não apenas associada à finalidade assistencial; enquanto a LDB (art. 29) a inclui na formação comum indispensável para o exercício da cidadania” (MARISA TIMM SARI. “A organização da educação nacional” em “Direito à educação: uma questão de justiça”, Malheiros, p. 105).

Em síntese, a Constituição Federal e o Estatuto Menorista **apontam o múnus público de salvaguardar a efetivação absoluta dos direitos dos menores**, formulando políticas sociais públicas e destinação de recursos específicos para a proteção da infância e da juventude. Portanto, **a educação em creche ou pré-escola a ser fornecida pelo poder público é um direito de toda e qualquer criança**.

No mérito, a decisão agravada deve ser reformada.

O próprio Município/Agravado reconhece o direito que têm as crianças a obter vaga no ensino infantil. O que não pode, certamente, é deixar o Município/Agravado de prestar um dever, antes de tudo, constitucional, mormente quando se está diante de crianças cujos pais necessitam trabalhar para sustentar a família e não têm com quem deixá-las. Esse é o entendimento do **Supremo Tribunal Federal**, conforme RE-AgR 410715/SP, **Rel. Min. CELSO DE MELLO**, 2ª Turma, julgamento em 22.11.2005, DJ 03.02.2006, p. 76:

“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, 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." (Grifei).

Ao versar sobre o direito à educação a Constituição Federal assegura às crianças de zero a seis anos de idade atendimento em creche e pré-escola (CF, art. 208, IV), atribuindo aos municípios a atuação prioritária na educação infantil. Ditos dispositivos constitucionais foram regulamentados pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei 9394/1996), que estabelece:

Art. 4º O dever do Estado com educação escolar pública será efetivado mediante a garantia de: (...)

IV - atendimento gratuito em creches e pré-escolas às crianças de zero a seis anos de idade;

Art. 5º O acesso ao ensino fundamental é direito público subjetivo, podendo qualquer cidadão, grupo de cidadãos, associação comunitária, organização sindical, entidade de classe ou outra legalmente constituída, e, ainda, o Ministério Público, acionar o Poder Público para exigi-lo.(...)

§ 4º Comprovada a negligência da autoridade competente para garantir o oferecimento do ensino obrigatório, poderá ela ser imputada por crime de responsabilidade.

Art. 11. Os Municípios incumbir-se-ão de: (...)

V - oferecer a educação infantil em creches e pré-escolas, e, com prioridade, o ensino fundamental, permitida a atuação em outros níveis de ensino somente quando estiverem atendidas plenamente as necessidades de sua área de competência e com recursos acima dos percentuais mínimos vinculados pela Constituição Federal à manutenção e desenvolvimento do ensino.

Também por previsão constitucional, o direito à educação deve ser assegurado com absoluta prioridade a criança e adolescentes. O direito dos menores está sendo violado pela omissão do Município/Agravado que, mesmo provocado administrativamente, manteve-se inerte.

A se opor à conduta adotada pelo Agravado, a preciosa lição de **WILSON DONIZETI LIBERATI** (Direito à Educação: Uma Questão de Justiça. São Paulo: Malheiros, 2004):

"O acesso à escola é considerado um direito público subjetivo da criança e do adolescente, conforme dispõe o § 1º do art. 208 da CF. Considera-se, portanto, que o direito ao acesso ao ensino fundamental é líquido, certo e indisponível, que pode (e deve!) ser exigido do Poder Público, sem perquirir sobre a condição pessoal e social, tampouco econômica, do titular do direito. Sendo assim considerado, é certo que o Poder Público deverá garantir vagas suficientes para atender à demanda de todos aqueles dependentes do ensino fundamental".

"Não é demais reprimir que a oferta do serviço público de educação é dever do Estado, na medida em que ele deve responsabilizar-se pela oferta regular, ou seja, em qualidade e quantidade suficientes para o atendimento de todas as crianças e adolescentes, inclusive em condições de igualdade para aqueles que estão fora da idade escolar".

"...nossa ordem jurídica contempla, definitivamente, a educação como direito fundamental da pessoa humana, tutelado e garantido pela força da organização e controle social – características próprias do Estado de Direito, que prima pela obediência à lei.

"É por isso que se diz que 'educação é poder', permitindo concluir que ela é a chave para estabelecer e reforçar a Democracia, promover o desenvolvimento humano sustentável e contribuir para uma paz baseada no respeito mútuo e na justiça social. Onde a liderança, a criatividade e o conhecimento desempenham um papel cada vez mais preponderante, o direito à educação se constitui, em última análise, no direito a participar da vida do mundo moderno".

"O direito fundamental à educação é extensivo a todos (e, em especial, a crianças e adolescentes, principais clientes do sistema educacional). A educação, como direito de todos e dever do Estado, deve ser oferecida e desenvolvida de modo a permitir a completude da finalidade do Estado de proporcionar o bem-estar de todos".

Para dar cumprimento a esse direito fundamental da criança, não há falar em ingerência indevida do Judiciário nas questões afetas à discricionariedade administrativa, tampouco em violação ao princípio da separação dos poderes. A questão da atuação jurisdicional sobre a discricionariedade administrativa foi tratada com maestria no acórdão lavrado na Apelação Cível 596017897 (TJRS). Aludindo à teoria da tripartição de poderes sistematizada por Montesquieu, constata:

"Essa teoria clássica, porém, foi engendrada como tentativa de colocar limites ao poder absolutista dos monarcas (que representava o poder executivo da época). Para tanto via-se no parlamento o órgão capaz de fazer frente ao rei. Quanto ao judiciário reservava-se-lhe o singelo papel de 'a boca que pronuncia as palavras da lei', na conhecida expressão montesquiana. Uma vez ultrapassada esta fase, e definitivamente assimilada a idéia de que o poder não é ilimitado, encontrando ele próprio limites na legislação, e aceita igualmente a premissa de que os agentes do poder só podem agir para defesa e efetiva consecução do bem comum, chega-se a uma nova idéia sobre o papel desempenhado pelo Poder Judiciário". (TJRS. Apelação Cível 596017897. 7ª Câmara Cível. Rel. Des. Sérgio Gischkow Pereira, julgada em 12/03/1997).

É esse novo papel de agente do poder político transformador que não permite que o Judiciário, uma vez provocado, quede inerte diante da ação (ou omissão) do Executivo que, mesmo na esfera discricionária, entre em confronto direto com o ordenamento jurídico e, sobretudo, a Constituição Federal. Nesse sentido, prossegue:

“Em primeiro lugar o Judiciário só pode ser entendido no contexto do poder. Esse, como se sabe, é uno. O seu exercício é feito através de funções diferenciadas (administrativas, legislativas e jurisdicionais) não apenas como forma de controle recíproco como também como meio de melhor desempenho do ponto de vista técnico da jurisdição, que se entende deva ela ser outorgada a agentes de poder recrutados pelo caráter técnico (concursos públicos).”

(...)

“Pois bem, assentado que o judiciário também é órgão de Poder (e, portanto, também comprometido, teleologicamente, com o bem comum) e que é inafastável o caráter político de sua atuação (não evidentemente no sentido partidário do termo, mas entendida a política como a arte da busca do bem comum), não há como afastar o juiz, aprioristicamente, do conhecimento de opções ditas discricionárias dos demais poderes. O que jamais se poderá permitir é que o juiz busque substituir o critério do administrador pelo seu próprio. Não é disso que se trata. O que se defende é a possibilidade comportada (diria até, exigida) pelo sistema de o juiz apreciar as manifestações de vontade Política (no sentido supra assinalado) dos demais poderes, confrontando-as com o sistema legal, especialmente Constitucional, para verificar de sua adequação ao mesmo”.

O poder discricionário da administração é, em verdade, um dever de promover o bem comum. Nesse sentido a percuciente observação de **Celso Antônio Bandeira de Melo** (Discricionariedade e Controle Jurisdicional. 2ª Ed. 5ª tiragem. Malheiros Editores, 2001);

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

Conjugando-se a idéia de dever discricionário e função jurisdicional com a principiologia vertida na Constituição Federal, dando prioridade absoluta aos direitos da criança e do adolescente, estou em afirmar mesmo que **não há discricionariedade quando se trata de direito fundamental da criança e do adolescente** (vida, saúde, dignidade). Está o poder público necessariamente vinculado à promoção, com absoluta prioridade, do acesso à educação da população infanto-juvenil.

Por outro lado, **Ana Maria Moreira Marchesan**, em lapidar artigo em que versa exatamente sobre o tema em questão, arremata (in ‘O Princípio da prioridade absoluta aos direitos da criança e do adolescente e a discricionariedade administrativa’, artigo publicado na Revista do Ministério Público nº 44):

"Partindo-se da premissa de que nenhuma lesão ou ameaça de lesão a direito (individual, coletivo, difuso, público ou privado) não seja passível de apreciação pelo poder judiciário, resta concluir que também a discricionariedade administrativa está sujeita ao controle jurisdicional".

Em outras palavras, sempre que o executivo se omitir, especialmente para negar direito fundamental assegurado com absoluta prioridade a crianças e adolescentes, estará o judiciário autorizado a agir para restabelecer a ordem jurídico-constitucional.

Ainda, lapidar o voto proferido pelo **Ministro Luiz Fux**, da **1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça**, no REsp 736.524/SP, julgado em 21.03.2006, DJ 03.04.2006, p. 256:

"(...).

O art. 208 da Constituição Federal garante o atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade, verbis:

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

(...)

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

Por seu turno, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei 9.394/96), no art. 4º, IV repetiu a garantia constitucional no afã de assegurar creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos, nos seguintes termos:

"Art. 4º - O dever do Estado com educação escolar pública será efetivado mediante a garantia de:

(...)

IV - atendimento educacional especializado gratuito aos educandos com necessidades especiais, preferencialmente na rede regular de ensino."

Muito embora a matéria pareça gravitar única e exclusivamente em sede constitucional, o que retiraria a competência do STJ para aferir a legitimidade da decisão recorrida no âmbito do recurso especial, a realidade é que a questão vem traçada no ECA (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990), em seu art. 54, que assim dispõe :

"Art. 54 - É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente:

I - ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria;

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;

(omissis)."

Ora, se é dever do Estado é direito subjetivo da criança.

(...).

De tudo quanto se alegou, revela notável seriedade a questão da suposta ingerência do Judiciário na esfera da Administração.

Sob esse ângulo, não nos parece correta a alegada discricionariedade do administrador diante de direitos consagrados, quiçá constitucionalmente. Nesse campo, a atividade é vinculada, inadmitindo-se qualquer exegese que vise afastar a garantia pétreia.

Evidentemente que num país cujo preâmbulo constitucional promete a disseminação das desigualdades e a proteção à dignidade humana, promessas constitucionais alçadas ao

mesmo patamar da defesa da Federação e da República, não se poderia imaginar fosse o direito à educação das crianças relegado a um plano diverso daquele que o coloca na eminência das mais belas garantias constitucionais.

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 a categorização, tendo em vista a explicitude do ECA, inequívoca se revela a normatividade suficiente da promessa constitucional a ensejar a acionabilidade do direito consagrado no preceito educacional.

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

Sobre o *thema* leciona Luís Roberto Barroso, in *O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas*, 5ª edição, *litteris*:

"(...) A Constituição de 1988 reiterou ser a educação direito de todos e dever do Estado (art. 205), e detalhou, no art. 208, que tal dever será efetivado mediante a garantia de "ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria" (inciso I), bem como pelo "atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência..." (inciso III). Também aqui não parece haver dúvida quanto à imperatividade da norma e a exigibilidade do bem jurídico tutelado em ambos os casos.

É bem de ver, no entanto, que o constituinte preferiu não sujeitar-se a riscos de interpretação em matéria à qual dedicou especial atenção: o ensino fundamental. Desse modo, interpretando assim mesmo, fez incluir no § 1º do art. 208 a declaração de que "o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo". O dispositivo, todavia, não deve induzir ao equívoco de uma leitura restritiva: todas as outras situações jurídicas constitucionais que sejam redutíveis ao esquema direito individual - dever do Estado configuram, na mesma sorte direitos públicos subjetivos. Não pretendeu o constituinte limitar outras posições jurídicas de vantagem mas tão-somente, ser meridianamente claro em relação a esta posição específica. Com isto evita que a autoridade pública se furte ao dever que lhe é imposto, atribuindo ao comando constitucional, indevidamente, caráter programático e, pois, insusceptível de ensejar a exigibilidade de prestação positiva." p-115

Entretanto, quando a Constituição consagra um direito e a norma infraconstitucional o explicita, impõe-se ao Judiciário torná-lo realidade, ainda que isso resulte obrigação de fazer, com repercussão na esfera orçamentária.

É 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 atacado de malferimento da lei nada mais fez do que cumpri-la ao determinar a realização prática da promessa legal.

Assim, se é direito do menor a frequência em creche, o Estado, num sentido lato deve desincumbir-se desse dever através da sua rede própria.

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.

Ora, o Estado prometeu o direito à creche e cumpre adimpli-lo, porquanto a vontade político e constitucional, para utilizarmos a expressão de Konrad Hesse, foi essa, no sentido da erradicação da miséria intelectual que assola o País.

Trata-se de direito com normatividade mais do que suficiente, porquanto se define pelo dever, indicando o sujeito passivo, in casu, o Estado.

(...).

Deveras, colocar um menor numa fila de espera e atender a outros significa o mesmo que tentar legalizar a mais violenta afronta ao princípio da isonomia, pilar não só da sociedade democrática anunciada pela Carta Magna, mas também ferir de morte a dignidade humana.

O que o Estado soberano promete por si ou por seus delegatários é cumprir o dever de educação mediante o oferecimento de creche a crianças entre zero e seis anos.

(...)."

Concluindo, estando presentes, *in casu*, os requisitos para a concessão da tutela antecipada, mesmo que esgotado, no todo ou em parte, o objeto da ação, correto o seu deferimento, bem como desnecessária a oitiva do ente público antes da apreciação do pedido liminar. Assim, há de ser deferida a antecipação de tutela, porque preenchidos os requisitos de prova inequívoca do direito alegado e da irreparabilidade de dano, já que compete ao Poder Público garantir o direito à educação básica a toda e qualquer criança.

É dever do poder público municipal assegurar atendimento em creche ou pré-escola, 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, porquanto se trata de direito fundamental social, dado que o direito invocado não pode se sujeitar à discricionariedade do administrador.

Isto posto, **opina o MP seja o Agravo de Instrumento conhecido e provido**, determinando-se ao Município de São José de Piranhas que celebre convênios com entidades assistenciais ou particulares para o atendimento das crianças de zero a seis anos, em caráter emergencial, até o deslinde da Ação Civil Pública, **tornando definitiva a decisão de fls. 65/67** do Ilustre Des. Relator.

É o Parecer.

João Pessoa, em 19 de dezembro de 2007.

Otancelina

Otanilza Nunes de Lucena
Procuradora de Justiça