

DIREITO FUNDAMENTAL À MATRÍCULA EM CRECHE: SUA NATUREZA JURÍDICA E POSSÍVEIS IMPLICAÇÕES EM TERMOS DE RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO*

Anderson Vichinkeski Teixeira*

RESUMO

O artigo aborda a natureza jurídica do direito fundamental à matrícula em creche, uma vez que a matéria apresenta problemáticas altamente específicas e recentes, desde o tratamento legal até ao modo como jurisprudencialmente é enfrentada. Em um primeiro momento, concentraremos nosso foco na questão da regulação do direito à matrícula em creche e do seu tratamento pela jurisprudência, em especial, do Supremo Tribunal Federal. Posteriormente, faremos uma releitura do *Sistema dos Direitos Públicos Subjetivos*, de Georg Jellinek, para que se possa recordar a sua teoria dos quatro *status* e projetar como se enquadraria o direito à matrícula em creche nessa classificação. Por fim, discutiremos as implicações que o descumprimento ao referido direito por parte da Administração Pública pode gerar em termos de responsabilidade civil do Estado, tendo em vista que o texto constitucional fala em ser dever do Estado oferecer o serviço, mas não estabelece a obrigatoriedade de todas as crianças com até quatro anos estarem usufruindo do serviço.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Direito à matrícula em creche. Responsabilidade civil do Estado.

SUMÁRIO

Introdução – 1. O direito à matrícula em creche na legislação e jurisprudência brasileiras – 2. O direito à matrícula em creche como direito público subjetivo: revisitando a teoria dos quatro status de Jellinek – 3. A responsabilidade civil do Estado por descumprimento frente ao dever de oferecer vagas em creches – Considerações finais – Referências bibliográficas

Introdução

A promulgação da Constituição brasileira de 1988 representou a retomada do Estado de Direito, da valorização da cidadania, da dignidade da pessoa humana e do pluralismo político, mas representou, sobretudo, a consolidação de um catálogo vasto e aberto de direitos fundamentais. Muitos direitos que outrora eram externos à constituição da época ganharam status constitucional.

O direito à educação era pensado, em todas as constituições passadas, como um dever do Estado no sentido de afirmação dos valores sociais e de promoção da unidade nacional, razão pela qual podemos ver, ilustrativamente, a Constituição de 1967 determinar o que segue: “Art. 168. A educação é direito de todos e será dada no lar e na escola; assegurada a igualdade de oportunidade, deve inspirar-se no princípio da unidade nacional e nos ideais de liberdade e de solidariedade humana.” Regra idêntica figurava no art. 166 da Constituição de

* Artigo publicado em *Interesse Público*, Vol. 74, 2013, pp. 54-69.

* Doutor em Teoria e História do Direito pela *Università degli Studi di Firenze* (IT), com estágio de pesquisa doutoral junto à Faculdade de Filosofia da *Université Paris Descartes-Sorbonne*. Estágio pós-doutoral junto à *Università degli Studi di Firenze*. Mestre em Direito do Estado pela PUC/RS. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado/Doutorado) da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Advogado e consultor jurídico. Outros textos em: www.andersonteixeira.com

1946. Já a Constituição de 1934, tida como a que inaugurou o constitucionalismo social em solo pátrio, mencionava em seu art. 149¹ que a educação deveria proporcionar o desenvolvimento da “vida moral e econômica da Nação” e promover o “espírito brasileiro”.

Somente com a Constituição de 1988 passamos a institucionalizar a ideia de que a educação é, antes de tudo, um direito público subjetivo do indivíduo, aparecendo, inicialmente, já no art. 6, que define os direitos sociais. Anteriormente, verificava-se uma situação em que o Estado se colocava como o detentor de um suposto direito a ter todos os seus cidadãos devidamente educados de acordo com aquela que deveria ser a educação “correta”, tanto que os conteúdos de Educação Moral e Cívica eram de cunho obrigatório e exerciam papel central na estruturação curricular dos três níveis de formação do indivíduo (ensino fundamental, ensino médio e ensino superior).

Mais do que um direito individual, a educação era, precipuamente, um instrumento de construção e manutenção da unidade nacional. A educação infantil não fora referida nos textos constitucionais pretéritos por duas razões, segundo nosso entendimento, uma sociológica e outra política: (1) as mulheres não figuravam como protagonistas no mercado de trabalho e (2) o Estado não entendia aquele momento da vida, i.e, os primeiros anos de vida, como um momento adequado para a construção daquela unidade nacional. Em 1979, com o Movimento de Luta por Creches, que representou a mobilização e organização das classes populares em defesa de melhores políticas sociais que garantissem a proteção da infância e da mãe trabalhadora, viu-se a sua forte presença no processo de elaboração da Constituição de 1988, culminando na redação dos artigos que tratam do direito à educação infantil para crianças de zero a seis anos.²

Na presente pesquisa, estabelecemos como objetivo geral analisar a natureza jurídica do direito à matrícula em creche, uma vez que a matéria apresenta problemáticas altamente específicas e recentes, demandando uma análise isolada, sobretudo pela sua não obrigatoriedade. Assim, não analisaremos aqui a questão relativa às fases sucessivas do ensino, pois as peculiaridades do ensino fundamental, médio e superior demandariam reflexões abrangentes quanto ao direito à educação em termos gerais. Primeiramente, concentraremos nosso foco na questão da regulação do direito à matrícula em creche e do seu tratamento pela jurisprudência, em especial, do Supremo Tribunal Federal. Em um segundo

¹ Constituição de 1934: “Art. 149. A educação é direito de todos e deve ser ministrada, pela família e pelos Poderes Públicos, cumprindo a estes proporcioná-la a brasileiros e a estrangeiros domiciliados no País, de modo que possibilite eficientes fatores da vida moral e econômica da Nação, e desenvolva num espírito brasileiro a consciência da solidariedade humana.”

² CAMPOS, Maria Malta; ROSEMBERG, Fulvia; FERREIRA, Isabel Morsolotto. *Creche e pré-escola no Brasil*. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2006, pp. 64-65.

momento, recuperaremos o *System der subjektiven öffentlichen Rechte (Sistema dos Direitos Públicos Subjetivos)*, de Georg Jellinek, para que se possa repensar a sua teoria dos quatro status e como se enquadraria o direito à matrícula em creche nessa classificação. Por fim, discutiremos as implicações que o descumprimento ao referido direito por parte da Administração Pública pode gerar em termos de responsabilidade civil do Estado, tendo em vista que o texto constitucional fala em ser dever do Estado oferecer o serviço, mas não estabelece a obrigatoriedade de todas as crianças com até três anos estarem usufruindo do serviço.

1. O direito à matrícula em creche na legislação e jurisprudência brasileiras

O estudo da matéria em objeto apresenta um amplo complexo normativo, envolvendo normas de hierarquia constitucional, infraconstitucional e outras oriundas da esfera municipal, de modo que, para uma melhor compreensão, precisamos fazer uma interpretação sistemática³ do ordenamento jurídico-constitucional vigente, tomando como base a Constituição como *topos* primeiro do processo hermenêutico. Gustavo Zagrebelsky salienta que “a interpretação é a busca pela norma adequada tanto ao caso quanto ao ordenamento”.⁴ O intérprete/aplicador do direito deve tentar compreender “as exigências regulativas do caso concreto”,⁵ de modo que lhe seja possível contrastá-las com a ordem principiológica, axiológica e teleológica composta de normas, princípios⁶, valores⁷ e fins, hierarquizados, com base naquelas peculiaridades do caso, pelo intérprete/aplicador em diálogo com a integralidade do sistema. Somente assim os fins propostos poderão ser alcançados e eventuais lacunas e antinomias

³ Ressalte-se que “a interpretação sistemática deve ser entendida como uma operação que consiste em atribuir, topicamente, a melhor significação, dentre várias possíveis, aos princípios, às normas estritas (ou regras) e aos valores jurídicos, hierarquizáveis num todo aberto, fixando-lhes o alcance e superando antinomias em sentido amplo, a partir da conformação teleológica, tendo em vista bem solucionar os casos sob apreciação.” FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 82.

⁴ ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mitte*. Torino: Einaudi, 1992, p. 182. (tradução livre)

⁵ *Ibidem*, p. 187.

⁶ ALEXY, Robert. “Sistema Jurídico, Principios Y Razón Prática”, in *Revista Doxa*, Vol. 5, 1988, p. 143, ressalta que os princípios “ordenam que se realize algo na maior medida possível, em relação com as possibilidades jurídicas e fáticas.” Sendo portanto, “mandamentos de otimização que se caracterizam porque podem ser cumpridos em diversos graus e porque a medida ordenada de seu cumprimento não depende apenas das possibilidades fáticas, mas igualmente, de suas possibilidades jurídicas.” (tradução livre) Desta característica, aliás, decorrerá outra importante característica dos princípios, qual seja, a possibilidade de sua colisão, onde não deve preponderar um em detrimento do outro, devendo, sim, relativizar-se ambos para que sejam mantidos.

⁷ “A diferença entre princípios e valores se reduz, assim, a um ponto. O que no modelo dos valores é *prima facie* o melhor é, no modelo dos princípios, *prima facie* devido; e o que no modelo dos valores é definitivamente o melhor é, no modelo dos princípios, definitivamente devido. Assim pois, os princípios e os valores se diferenciam somente em virtude do seu caráter deontológico e axiológico respectivamente.” (tradução livre) ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt, Suhrkamp, 1985, trad. esp. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 147.

jurídicas⁸ poderão ser supridas de modo coerente e sem os malfadados desvios de finalidades, decorrentes de uma interpretação desconforme.

Importante ainda lembrar a definição de “sistema” dada por Norberto Bobbio: “uma *totalidade ordenada*, um conjunto de entes entre os quais existe uma certa ordem. Para que se possa falar em ordem, é necessário que os entes que a constituem não estejam somente em relacionamento com o todo, mas também num relacionamento de coerência entre si.”⁹ No entanto, o sistema jurídico estruturado com base na Constituição de 1988 pode ser tido como aberto, de modo que por sistema aberto tem-se aqueles sistemas que “não conhecem a hegemonia de uma fonte sobre as outras, senão no nível formal do enquadramento das fontes e da relação entre elas.”¹⁰

Feitas estas considerações iniciais sobre a coerência normativa que o intérprete/aplicador do direito deve buscar, vejamos que a Constituição de 1988 estabelece, em seu art. 208, a regra maior e inicial no que concerne ao assunto em tela: “O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: I - 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; (...) IV – educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade;”

Com uma mera interpretação literal do texto já podemos verificar que gratuidade e universalidade são atributos da educação básica dos 4 aos 17 anos. Ou seja, descabe falar em uma obrigatoriedade de oferta gratuita universal – para todo e qualquer interessado, independentemente das suas condições pessoais, como, por exemplo, sua situação econômica – do direito à matrícula em creche. Decorre dos citados incisos do art. 208 a conclusão lógica de que basta ao interessado buscar o acesso à educação básica, não podendo o Estado se furtar dessa obrigação. O fluxo de interessados deverá ser o fator determinante para que o poder público possa estabelecer o número de vagas.

Depois da recente alteração na Lei de Diretrizes e Bases da Educação, pelo advento da Lei n. 12.796, de 04 de abril de 2013, o seu art. 30, II, passou a ter a seguinte redação: “A educação infantil será oferecida em: I – creches, ou entidades privadas, para crianças de até três anos de idade; II – pré-escolas, para as crianças de 4 (quatro) a 5 (cinco) anos de idade.”

⁸ FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*, cit., p. 94, define as antinomias jurídicas como “incompatibilidades possíveis ou instauradas entre regras, valores ou princípios jurídicos, pertencentes validamente ao mesmo sistema jurídico, tendo de ser vencidas para a preservação da unidade e coerência do sistema positivo e para que se alcance a máxima efetividade da pluralista teleologia constitucional.”

⁹ BOBBIO, Norberto. *Teoria dell'ordinamento giuridico*. Torino: Giappichelli, 1982, trad. port. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Brasília: UnB Editora, 1999, p. 71.

¹⁰ LUPOI, Maurizio. *Sistemi Giuridici Comparati*. Napoli: ESI, 2001, p. 268. (tradução livre)

A diferença entre creche e pré-escola é substancial: aquela trata do desenvolvimento físico, psicológico e cognitivo da criança, enquanto esta já inicia a aplicação de conteúdos pedagógicos que, futuramente, serão aprofundados. A mera composição dos citados dispositivos legais já permitir determinar que a responsabilidade do Estado em promover o acesso à educação, universalmente, torna-se obrigatória somente a partir dos 4 (quatro) anos, quando deve iniciar o pré-escolar.

Acrescente-se ainda o disposto no art. 212, parágrafo 3: “A distribuição dos recursos públicos assegurará prioridade ao atendimento das necessidades do ensino obrigatório, no que se refere à universalização, garantia de padrão de qualidade e equidade, nos termos do plano nacional de educação.”. O caput do art. 212 também merece ser sublinhado: “A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino.”

A não destinação dos recursos mínimos previstos pela Constituição para a educação costuma ser objeto de diversas ações judiciais contra os Municípios. O entendimento do Supremo Tribunal Federal é pacífico no sentido do exposto no RE 465.066 AgR:

CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MATRÍCULA DE CRIANÇA DE ZERO A SEIS ANOS DE IDADE EM CRECHE E PRÉ-ESCOLAS MUNICIPAIS. FUNDAMENTOS INFRACONSTITUCIONAL E CONSTITUCIONAL. SÚMULA 283 DO STF. I - O acórdão recorrido determinou a matrícula de criança em creche municipal com apoio em fundamentos constitucional (art. 211, § 2º, da CF) e infraconstitucional (art. 54, IV, do Estatuto da Criança e do Adolescente). Manutenção do fundamento infraconstitucional. Incidência da Súmula 283 do STF. Precedentes. II - Agravo regimental improvido.¹¹

O mesmo entendimento já estava assentado no caso do RE 410.715 AgR, dando ênfase para o fato de que a discricionariedade administrativa dos entes municipais “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.”¹²

¹¹ RE 465066 AgR / SP - AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI Julgamento: 13/12/2006 - Órgão Julgador: Primeira Turma

¹² 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,

Em suma, uma primeira afirmação pode ser feita a partir da combinação entre as citadas normas constitucionais e da Lei de Diretrizes e Bases da Educação, juntamente com o entendimento predominante no Supremo: a obrigatoriedade da oferta de vagas em creches existe por parte do Município, mas, uma vez atendido o mínimo constitucional de vinte e cinco por cento dos recursos investidos em educação – não apenas em vagas em creche –, estará satisfeito o seu dever de ofertar o serviço público em questão.

Devemos também analisar a norma que frequentemente é utilizada para fundamentar o dever de oferta universal de vagas em creches: o art. 54, IV, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90). A redação do referido artigo estabelece que: “É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente: (...) IV – atendimento em creche e pré-escola a crianças de zero a seis anos de idade”. Ou seja, trata-se de norma que não tem como gozar de eficácia plena, pois depende de regulamentação. Carece de norma regulamentadora porque não consegue por si mesma responder a perguntas práticas elementares, como a localização onde devem ser construídas, o número de crianças por creche ou pré-escola, o número de instituições por habitantes, o valor dos recursos a destinar, o modo de ingresso, os requisitos para o ingresso das crianças em tais creches ou pré-escolas.

Não se há de olvidar que o art. 22, XXIV, estabelece que é competência legislativa privativa da União legislar sobre “diretrizes e bases da educação nacional”, enquanto que o art. 30, VI, determina que compete ao Município “manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação infantil e de ensino fundamental.”

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. (RE 410715 AgR / SP - SÃO PAULO AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. CELSO DE MELLO Julgamento: 22/11/2005 - Órgão Julgador: Segunda Turma)

Consequentemente, a norma prevista no art. 54, IV, do ECA dependerá, para poder gozar de eficácia, de norma regulamentadora a ser elaborada pelo Município.

Um outro aspecto precisa ser tratado. O parágrafo primeiro do art. 208 da Constituição determina que “O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo”. Vejamos que esta norma possui algumas implicações diretas:

1. Atribui à criança, a partir dos 4 (quatro) anos de idade, o direito público subjetivo a ser matriculada no ensino básico, i.e., no pré-escolar.
2. Atribui aos pais ou responsáveis o dever constitucional de procurar matricular o(s) filho(s) no sistema educacional, sob pena de incorrer no delito de abandono intelectual, mormente o art. 243 do Código Penal. Neste ponto o ordenamento jurídico, dada a gravidade de uma eventual inação por parte dos pais ou responsáveis, obriga-se a apelar à última *ratio* do direito, que é a repreensão penal.
3. Atribui à Administração Pública o dever constitucional de atender os investimentos mínimos em educação previstos, sobretudo, pelo caput do art. 212 da Constituição e, por conseguinte, ofertar gratuita e livremente o acesso ao estudo, podendo constituir como limites apenas critérios meritocráticos ou de necessidade em sentido lato, desde que atendidos os percentuais mínimos em termos de investimento.

Pergunta fundamental se coloca no presente momento: o direito à matrícula em creche pode ser enquadrado na previsão do parágrafo primeiro do art. 208 da Constituição? Entendemos que não, pois, quando verificamos a não obrigatoriedade da matrícula em creche por parte dos pais, decorremos disso a consequência lógica de que não estamos tratando com direitos da mesma natureza. O fato de ser direito social não significa que todos os direitos desse gênero possuem a mesma forma de efetivação. A título ilustrativo, parece incontestado que, aqui no Brasil e em qualquer país que adote a proteção constitucional aos direitos sociais, deverá, obrigatoriamente, ser dado pleno atendimento médico a um indivíduo que apareça em uma emergência médica, mesmo que não possua documentos ou sequer fale o idioma. Todavia, tal universalidade absoluta do direito à saúde quando em situações emergências não encontra outros direitos sociais que sejam tão facilmente universalizáveis. O direito à moradia, mais especificamente, o direito a pleitear uma casa popular custeada por programa social governamental, poderia ser pleiteado por alguém que já possui casa própria ou, mais ainda, alguém que é investidor imobiliário? Parece evidente que não.

No que concerne a educação básica em forma de creche, atendendo crianças até 3 (três) anos, verifica-se que foge por completo do enquadramento na noção de obrigatoriedade estabelecida pela Constituição e complementada, em diversos momentos, pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação, pois não obriga os pais ou responsáveis, nem o Estado. Este tem o dever de disponibilizar creches e atender o disposto no art. 7, XXV, que se refere a filhos de trabalhadores rurais ou urbanos, e no art. 208, IV. No entanto, não decorre disso a necessidade de oferecer vagas em creches indiscriminadamente sem que sejam averiguadas as devidas condições sociais e financeiras dos pais ou responsáveis pelo menor, o que se constitui em análise fundamental para quantificar como deve ser feita a oferta de vagas.

2. O direito à matrícula em creche como direito público subjetivo: revisitando a teoria dos quatro status de Jellinek

Uma das obras em língua alemã acerca da origem dos direitos fundamentais mais citadas – e criticadas¹³ – é, certamente, o *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, de Jellinek. R. Alexy entende que “a teoria do status de Jellinek é o exemplo mais grandioso de uma teorização analítica no âmbito dos direitos fundamentais”.¹⁴ Quando publicada a primeira versão em 1892, não havia ainda sido consolidada a noção de direitos fundamentais e a própria noção de direitos humanos. Recorde-se que, ao longo do século XIX, o debate entre escolas hermenêuticas como a Escola da Exegese e a Escola Histórica do Direito dava-se em torno do conceito de direito subjetivo. No entanto, a doutrina costuma reportar as origens da categoria direitos fundamentais à noção de direito público subjetivo, em especial à contribuição de Jellinek.¹⁵ Antes disso, somente na obra de Carl Friedrich von Gerber, *Ueber öffentliche Rechte*, de 1852, o direito público fora pensado a partir de uma perspectiva exclusivamente jurídica capaz de colocar também no indivíduo a titularidade desse gênero de direito. A *statuslehre* de Jellinek aproxima-se fortemente da sua igualmente célebre teoria da autolimitação do Estado, podendo ser tida inclusive como um complemento ou instrumento de realização desta.

Já no início da referida obra de Jellinek vemos uma importante definição de ordem estrutural: “um ordenamento objetivo do direito público constitui, portanto, o fundamento do

¹³ Entre todos, remetemos à crítica de HESSE, Konrad. *Grundzüge des verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Heidelberg: C. F. Müller, 1978, trad. port. *Elementos de direito constitucional da República Federal Alemã*. Porto Alegre: SAFE, 1998.

¹⁴ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, trad. esp. cit., p. 261.

¹⁵ Ingo W. Sarlet salienta que “O que nos parece relevante é o fato de que a teoria dos quatro *status* de Jellinek, na medida em que foi sofrendo críticas e reparos, foi mantida viva mediante um contínuo processo de redescoberta pela teoria constitucional (inclusive no direito pátrio), de modo especial, na qualidade de parâmetro para a classificação dos direitos fundamentais”. SARLET, Ingo W. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 159.

direito público subjetivo”.¹⁶ Ou seja, não existe este sem que aquele o constitua. Um pouco mais adiante, Jellinek afirma que direito público subjetivo é “o poder de querer que possui o homem, protegido e reconhecido pelo ordenamento jurídico, na medida em que tenha por objeto um bem ou interesse.”¹⁷ Por consequência, tal categoria jurídica “não se funda sobre as normas que permitem, mas exclusivamente sobre as normas jurídicas que concedem um poder”.¹⁸ Em face dessas definições, no que concerne ao tema central do presente artigo, uma primeira conclusão diria que o direito à matrícula em creche possui a condição de direito público subjetivo.

No entanto, foi com a chamada teoria dos quatro *status* que a obra em exame ganhou amplo reconhecimento. Considerando que são direitos públicos subjetivos aqueles que resultam do fato de alguém pertencer ao Estado, a análise de suas espécies dependerá da posição do indivíduo perante o Estado e vice-versa.

Passemos então ao exame de cada um desses *status*.

1. Status subiectionis (ou *status passivo*). É a modalidade mais associada ao poder normativo do Estado, pois historicamente sempre caracterizava a dimensão jurídica do poder público. Trata-se da compreensão do indivíduo como sujeito de direitos, mas com especial destaque para sua condição de um “assujeitado” ao Estado; alguém que se encontra na condição de destinatário passivo dos comandos normativos vindos do poder público. Não importa, neste *status*, que o homem seja pensado como sujeito de direitos, mas somente como sujeito de deveres.¹⁹ Por pertencer ao Estado, o indivíduo se enquadraria em uma série de relações de *status*, onde muitas seriam de subordinação. Jellinek destaca que “por consequência dessa subordinação ao Estado, que forma a base de qualquer atividade estatal, o indivíduo, no limite da esfera de seus deveres individuais, encontra-se no *status passivo*, no *status subiectionis*, no qual está excluída a autodeterminação e, portanto, a personalidade.”²⁰ Destaca ainda que “Uma personalidade absoluta do indivíduo, não subordinada, em definitivo, de algum modo à vontade do Estado é uma concepção incompatível com a natureza do Estado, e que se remonta somente à mística personalidade pré-estatal, da especulação do direito natural.”²¹

¹⁶ JELLINEK, Georg. *System der subjektiven öffentlichen Rechte*. Freiburg: J. C. B Mohr, 1892, trad. it. *Sistema dei diritti pubblici subiettivi*. Milano: Società Editrice Libreria, 1912, p. 10. (tradução livre)

¹⁷ JELLINEK, Georg. *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, trad. it. cit., p. 49.

¹⁸ JELLINEK, Georg. *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, trad. it. cit., p. 57.

¹⁹ JELLINEK, Georg. *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, trad. it. cit., p. 93.

²⁰ JELLINEK, Georg. *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, trad. it. cit., p. 96.

²¹ JELLINEK, Georg. *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, trad. it. cit., pp. 96-7.

2. *Status libertatis*. A soberania estatal é, evidentemente, um poder limitado que deve ser exercido de acordo com o interesse geral, com o interesse público. Portanto, o *status libertatis* é uma nítida contraposição, originada no início do constitucionalismo liberal, ao poder absoluto do Estado, que pode ser sentido no *status passivo* anteriormente descrito. Jorge Miranda chega a afirmar que essa contraposição corresponde ao processo histórico de emancipação do ser humano.²² Em outras palavras, os direitos fundamentais de primeira dimensão remontam a essa espécie de direito público subjetivo, de onde decorre a denominação direitos de defesa (*Abwehrrechte*).²³ O *status* negativo representa, assim, a pretensão jurídica (*Anspruch*) que o indivíduo possui ao reconhecimento da sua esfera de liberdade, resultando em uma “proibição às autoridades estatais de violar este *status* por meio de ordens ou constringções que não estejam fundadas na lei.”²⁴ Para haver a limitação à liberdade por força de lei, Jellinek reconhece que diversas podem ser as causas de restrições à liberdade individual, mas destaca as três que seriam mais usuais: (a) em virtude de medidas restritivas de direitos individuais que não se constituem propriamente em pena, mas que decorrem de fatos cometidos pelo titular do direito e cujos efeitos voltam-se contra ele, impedindo que continue tendo o pleno gozo daquele dado direito; (b) as penas, seja de natureza pecuniária ou restritiva da liberdade, representam a expressão máxima da limitação à liberdade individual; e (3) quando no exercício de determinada atividade ou pleiteando algo o indivíduo busca se enquadrar em dada categoria, constituir-se-á em uma limitação aos seus direitos de liberdade o enquadramento que venha a ocorrer nas condições estabelecidas pelo poder público para o pleno exercício daquela atividade ou ascensão a dada categoria.²⁵

3. *Status civitatis*. Também chamado de *status positivus*, tem como pressuposto que qualquer ação estatal é uma ação em nome do interesse público.²⁶ Em vez de considerar o indivíduo como mero destinatário dos comandos normativos ou como alguém que livremente pode agir, desde que não ofenda as normas jurídicas existentes em vigor, passa-se a entender que a satisfação do interesse público depende da satisfação de determinado interesse individual tutelado pelo direito objetivo. Nesse sentido, Jellinek afirma que “O indivíduo não possui

²² Cf. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 3ª ed. Vol. IV. Coimbra: Almedina, 1988, p. 90.

²³ Canotilho é preciso ao definir a estrutura dos direitos de defesa: “Os direitos fundamentais cumprem a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências deste na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdades positivas) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesiva por parte dos mesmos (liberdade negativa).” CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 541.

²⁴ JELLINEK, Georg. *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, trad. it. cit., p. 117.

²⁵ JELLINEK, Georg. *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, trad. it. cit., pp. 123-5.

²⁶ JELLINEK, Georg. *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, trad. it. cit., p. 127.

qualquer pretensão de atividade do Estado, ele pode somente pedir que se tenha atenção com seus interesses de fato, mas deve remeter à análise dos órgãos do Estado o poder de resolver se no caso concreto a proteção do interesse individual seja uma demanda do interesse geral ou se, pelo menos, seja compatível com este.”²⁷ As palavras de Jellinek, devidamente contextualizadas ao nosso tempo e ordem constitucional, demonstram que a defesa dos direitos de *status civitatis* deve ocorrer mediante a clara compatibilização do direito reclamado com aquilo que está previsto pelo ordenamento jurídico-constitucional e que vai ao encontro do interesse público. Ao se denominar direitos prestacionais os que pertencem a este *status*, ou seja, direitos que originaram a segunda dimensão dos direitos fundamentais, destaca-se a essencialidade que a satisfação daquele direito público subjetivo tem não apenas para o interessado individualmente, mas para a coletividade como um todo, uma vez que interesse público pressupõe a tutela das individualidades.²⁸ Tendo em vista que os direitos sociais hoje são compreendidos como tendo origem neste *status positivus*, conclusão inevitável é a de que a efetivação de um direito social depende da conjugação do interesse individual com o interesse público, mas sem olvidar que a Constituição de 1988 atribuiu centralidade axiológica ao indivíduo dentro do Estado. Ou seja, não poderá haver interesse individual que, de algum modo, não se enquadre no interesse público de ver as normas jurídicas efetivadas na realidade, de ver a tutela dos direitos individuais e sociais garantida pelas instituições públicas, por exemplo. A própria consciência acerca do direito envolvido torna-se irrelevante, pois um doente que se encontra inconsciente deverá ter o seu interesse individual a um dar, um fazer ou um prestar por parte do Estado perfectibilizado quando for – adequadamente – atendido em um hospital público e tiver o seu direito à saúde satisfeito. A nota maior desta espécie de direito público subjetivo é a igualdade, pois, segundo Jellinek, a “igualdade de direito consiste essencialmente na igualdade, pelo menos em última instância, do *status positivus*. Além disso, ela compreende a obrigação geral para o Estado de tratar do mesmo modo coisas iguais, tanto na legislação quanto na jurisdição e na administração.”²⁹

4. *Status activae civitatis*. A quarta – e menos abordada pela doutrina – espécie de direito público subjetivo trata dos chamados direitos de participação, i.e., direitos políticos. Embora Jellinek tenha sido altamente crítico a esta expressão, por entender que a expressão direito político seria inadmissível juridicamente³⁰, pois não poderiam gerar direito subjetivo no

²⁷ JELLINEK, Georg. *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, trad. it. cit., pp. 127-8.

²⁸ Para uma análise dos direitos prestacionais em suas estruturas funcionais, ainda que não nos mesmos termos propostos originalmente por Jellinek, ver SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*, cit., pp.184-207.

²⁹ JELLINEK, Georg. *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, trad. it. cit., p. 150.

³⁰ JELLINEK, Georg. *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, trad. it. cit., pp. 151-2.

indivíduo, verifica-se que este *status* ganhou notoriedade com o rótulo direitos políticos, os quais, segundo J. Miranda, “têm por objecto a interferência das pessoas na própria actividade do Estado, na formação da sua vontade”.³¹ Todavia, Jellinek entendia que são, de fato, direitos reflexos, já que estão constituídos apenas pelo direito objetivo, não bastando alguém se enquadrar em uma situação jurídica para incorporar ao seu patrimônio individual dado direito.³² Diferencia-se do “*status civitatis*, sobretudo, porque o seu conteúdo imediato não está constituído por pretensões jurídicas frente ao Estado, mas pela possibilidade que o indivíduo se torne objeto de uma ação estatal, como membro do próprio ordenamento.”³³ Assim, são chamados também de direitos de participação.

Feito esse breve panorama acerca da *statuslehre* de Jellinek, vemos que o direito à educação, de modo geral, melhor se enquadra como direito público subjetivo de *status positivus*, isto é, segundo a ideia de que se trata de uma prestação estatal que deve ser dada em nome do interesse público, nos termos da Constituição, destacando-se a universalidade e gratuidade da oferta.

Todavia, por não ser o direito à matrícula em creche obrigatório e universal, devendo, recorde-se, ser oferecido pelo Município de acordo com os mínimos constitucionais em termos de percentuais de investimento (os 25%), torna-se necessário repensar o enquadramento desta espécie de direito na teoria dos quatro *status* e, por consequência, na teoria dos direitos fundamentais.

Jellinek ressalta que, no *status positivus* “o indivíduo possui pretensões perante as instituições estatais para obter prestações estatais em proveito dos interesses individuais”³⁴. Mas como o direito à matrícula em creche municipal pode se constituir em uma pretensão universal, de cunho individual, na qual o indivíduo se enquadra pelo simples fato de ser pai/responsável e ter um filho com até três anos de vida? Dentro da atual estruturação normativo-constitucional acerca do tema, vemos que se trata sim de direito público subjetivo de *status passivo* (*status subiectionis*), pois compete ao poder público ofertar um dado número de vagas e estabelecer critérios para o seu preenchimento. Ao indivíduo compete atender aos requisitos estabelecidos pelo Estado. No *status passivo* está excluída, no dizer de Jellinek, a autodeterminação do indivíduo, pois a ele cabe somente escolher entre as alternativas postas pelo Estado.³⁵

³¹ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, Vol. IV, cit., p. 89.

³² JELLINEK, Georg. *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, trad. it. cit., p. 154.

³³ *Ibidem*.

³⁴ JELLINEK, Georg. *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, trad. it. cit., p. 127.

³⁵ JELLINEK, Georg. *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, trad. it. cit., p. 96.

Além disso, quando não comprovada a necessidade econômica, será irrazoável e desproporcional atribuir ao direito à matrícula em creche a condição de direito público subjetivo prestacional, i.e., de *status civitate*. Irrazoável porque fere com a lógica estabelecida pelo próprio ordenamento jurídico-constitucional, que excetuou a gratuidade e universalidade na redação do próprio art. 208, incisos I e IV combinados. Desproporcional porque criaria um dever ao poder público de criar quantas creches forem necessárias para atender a todas as pessoas que, ricas ou pobres, fazem tal demanda aos Municípios, em detrimento de todas outras áreas nas quais é necessário investir também. Recorde-se que os Municípios devem investir, no mínimo, 25% da sua arrecadação em educação, mas não são obrigados a ter que investir todos os seus recursos em creches, caso ocorra um boom populacional ou uma simples migração de pessoas com filhos de até três anos de idade.

Gize-se que os direitos sociais possuem o que J. E. Faria chama de “propósitos compensatórios”, pois a finalidade precípua é desigualar materialmente a igualdade formal existente entre os destinatários possíveis, permitindo que os mais necessitados recebam “compensações” pelas desigualdades que aquela igualdade formal termina criando.³⁶

I. W. Sarlet recorda a famosa decisão *numerus clausus*, do Tribunal Constitucional Federal alemão (BVerfGE, 33, 303),³⁷ onde restou afirmado que o direito de acesso ao ensino superior deve gerar uma prestação estatal que corresponda “ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo em dispondo o Estado dos recursos e tendo o poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável.”³⁸ Acrescenta ainda que “poder-se-ia sustentar que não haveria como impor ao Estado a prestação de assistência social a alguém que efetivamente não faça jus ao benefício, por dispor, ele próprio, de recursos suficientes para seu sustento.”³⁹

3. A responsabilidade civil do Estado por descumprimento frente ao dever de oferecer vagas em creches

³⁶ Cf. FARIA, José Eduardo. “O judiciário e os direitos humanos e sociais: notas para uma avaliação da justiça brasileira”. In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 105-106.

³⁷ A referida decisão foi proferida em 18 de julho de 1972, quando o Tribunal Constitucional Federal alemão entendeu que a diversidade de critérios para a admissão nas universidades gerava insegurança jurídica e lesava, sobretudo, o princípio da igualdade. Com isso, o acesso à universidade passou a ser segundo padrões e critérios universais em toda a Alemanha, deixando mais claras e objetivas as “restrições de capacidade” (*Kapazitätsengpässen*) na distribuição de vagas nas universidades. Devido ao fato de tais restrições poderem decorrer de dificuldades orçamentárias do Estado, a decisão *numerus clausus* costuma ser associada ao início do desenvolvimento da tese da reserva do possível pelo TCF alemão.

³⁸ SARLET, Ingo. *Eficácia dos direitos fundamentais*, cit., p. 287.

³⁹ *Ibidem*.

Algumas implicações relevantes merecem ser tratadas no que concerne à responsabilidade do Estado (mais especificamente, do Município) pela falha no dever constitucional de ofertar vagas em creche. Primeiramente, dois pontos parecem ser pacíficos: (1) o Município está constitucionalmente obrigado a investir, no mínimo, 25% da sua receita em educação, incluindo nesta categoria a educação infantil dos primeiros anos; e (2) não existe previsão constitucional sobre como ofertar vagas em creche, mas existe a obrigação de realizar a oferta.

O entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre o primeiro ponto pode ser visto no julgamento da Pet 2.836 QQ/RJ, quando a Corte decidiu reverter decisão que, em sede de ação civil pública determinava a imediata construção de creches, pois esta medida implicaria em uma necessária previsão orçamentária.⁴⁰

Esta posição foi reiterada no seguinte julgado:

DIREITO CONSTITUCIONAL E DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. GARANTIA ESTATAL DE VAGA EM CRECHE. PRERROGATIVA CONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE INGERÊNCIA NO PODER DISCRICIONÁRIO DO PODER EXECUTIVO. PRECEDENTES. 1. A educação infantil é prerrogativa constitucional indisponível, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a creches e unidades pré-escolares. 2. É possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo. 3. Agravo regimental improvido.⁴¹

Se não é possível ao Poder Judiciário determinar a construção de creches, por se tratar de política pública, determinar a responsabilidade civil objetiva do Município demandaria a ocorrência dos elementos que, segundo linha consolidada pela jurisprudência do Supremo

⁴⁰ “PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. MEDIDA CAUTELAR. PRESSUPOSTOS. RECURSO EXTRAORDINÁRIO: EFEITO SUSPENSIVO. MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO. MINISTÉRIO PÚBLICO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. GRATUIDADE DE ATENDIMENTO EM CRECHES. DETERMINAÇÃO JUDICIAL DE CONSTRUÇÃO DE CRECHES PELO MUNICÍPIO. DESPESAS PÚBLICAS: NECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO ORÇAMENTÁRIA: C.F., ART. 167. I. - Fumus boni juris e periculum in mora ocorrentes. II. - Concessão de efeito suspensivo ao RE diante da possibilidade de ocorrência de graves prejuízos aos cofres públicos municipais. III. - Decisão concessiva do efeito suspensivo referendada pela Turma.” (Pet 2836 QO / RJ - Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO – Julgamento: 11/02/2003 – Órgão Julgador: Segunda Turma)

⁴¹ RE 464.143 AgR/SP - Relator(a): Min. Ellen Gracie – Julgamento: 15/12/2009 – Órgão Julgador: Segunda Turma.

Tribunal Federal, compõem e estruturam a noção de responsabilidade civil objetiva do Estado:⁴²

a) *alteridade do dano*: o(s) ofendido(s) precisa(m) estar plenamente individualizado(s), pois a possibilidade de dano difuso é ainda incipiente e tem sido desenvolvida pela doutrina somente em casos envolvendo meio ambiente e energia nuclear; em suma, trata-se da verificação da ocorrência efetiva do dano;

b) *causalidade material*: a conduta omissiva ou comissiva do agente público deve estar, de algum modo, vinculada ao resultado danoso, independentemente da licitude ou ilicitude da conduta;

c) *oficialidade da conduta*: a atividade ensejadora do dano deve ter sido perpetrada por agente público que atuava em condição funcional, isto é, em nome do Estado; não se questiona a licitude do ato, mas se ele foi cometido por alguém em exercício de poder público e se o resultado pode ser atribuído a tal conduta; o entendimento é no sentido de que a atuação de terceiros e de fatos da natureza não são suficientes para gerar a responsabilização da Administração Pública;⁴³

d) *inexistência de causas excludentes*: não obstante seja objetiva e possa ser utilizada até mesmo de modo presumido, existem circunstâncias que excluem a responsabilidade civil do Estado; em geral, o Supremo tem se limitado a referir as situações de: (1) caso fortuito, (2) força maior ou (3) onde a culpa pode ser atribuível de modo inequívoco à própria vítima; porém, tem preferido se abster de estabelecer regras específicas sobre o tema, deixando ao exame particularizado de cada caso a definição concreta de tais causas excludentes.⁴⁴

Ou seja, quanto ao tema do direito à matrícula em creche e uma possível tentativa de objetivação da responsabilidade do Município, a dificuldade já surge com a determinação do dano e com o seu nexos causal com a omissão estatal. Portanto, pouco provável, ou quase inviável, seria o enquadramento da responsabilidade do Município como objetiva.

Vemos, então, que a conduta do Município deverá ser analisada subjetivamente, na medida da sua culpa frente ao dano concreto causado pela omissão/inação. Nesse sentido, a

⁴² STF – Segunda Turma – RE 495.740-0/DF – Relator Ministro Celso de Mello – Julgamento: 15/04/2008 – DJ: 14/08/2009, fl. 1442.

⁴³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 28ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003, pp. 629.

⁴⁴ “O princípio da responsabilidade objetiva não se reveste de caráter absoluto, eis que admite o abrandamento e, até mesmo, a exclusão da própria responsabilidade civil do Estado, nas hipóteses excepcionais configuradoras de situações liberatórias - como o caso fortuito e a força maior - ou evidenciadoras de ocorrência de culpa atribuível à própria vítima.” STF – Primeira Turma – RE 109.615/RJ – Relator Ministro Celso de Mello – Julgamento: 28/05/1996 – DJ: 02/08/1996.

mesma afirmação abaixo citada do Ministro Celso de Mello, embora o julgado não tenha relação de mérito com o caso em tela, pode ser estendida não apenas ao Estado enquanto sujeito legiferante, mas sobretudo ao Estado enquanto sujeito concretizador dos direitos fundamentais:

As situações configuradoras de omissão inconstitucional, ainda que se cuide de omissão parcial, refletem comportamento estatal que deve ser repellido, pois a inércia do Estado – além de gerar a erosão da própria consciência constitucional – qualifica-se, perigosamente, como um dos processos informais de mudança ilegítima da Constituição, expondo-se, por isso mesmo, à censura do Poder Judiciário.⁴⁵

Deste modo, se, por um lado, o poder público não pode ser obrigado a construir creches pelo Judiciário, vemos que, por outro lado, será passível de responsabilização por danos concretos que sua conduta omissiva causar quando: (1) descumprir o mínimo constitucional de investimento em educação, e (2) não ofertar vagas em creche para a comunidade. Destaque-se que a não ocorrência de um destes dois requisitos dará margem à responsabilização subjetiva do Município pelos danos que concretamente puderem ser reputados à sua conduta omissiva.

Ademais, retomemos a questão de poder ou não o Poder Judiciário determinar a construção de creches. No RE 639.337 AgR/SP o relator Min. Celso de Mello entendeu que, mesmo não podendo determinar a construção de creches por si próprio, o Poder Judiciário pode determinar/referendar a aplicação de astreintes, nos termos do art. 461, parágrafo 5, do CPC, em caso de descumprimento da decisão judicial que tenha ordenado ao Município cumprir o mínimo constitucional ou construir creches dentro do prazo estabelecido pela decisão *a quo*. O relator afirma 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 o confirmou.” Ele ressalta ainda que “inexiste qualquer obstáculo jurídico-processual à utilização, contra entidades de direito público (como o Município de São Paulo), da multa cominatória prevista no parágrafo 5 do art. 461 do CPC.”⁴⁶

⁴⁵ STF – Pleno – ADI 1442/DF – Relator Ministro Celso de Mello – Julgamento: 03/11/2004 – DJ: 29/04/2005.

⁴⁶ 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 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) - 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” - INVOCAÇÃO 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 - transgredir, 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

Destaque-se que a decisão não determina construir por si própria. Ela *declara* a inconstitucionalidade da conduta do Município, *declara* (não constitui – recorde-se Pontes de Miranda e sua classificação quinária) o dever constitucional de construir creches e *constitui* a obrigação de pagar astreintes, caso ocorra o descumprimento da ordem judicial. Embora possa parecer preciosismo linguístico, a decisão no RE 639.337 AgR/SP ressalta muito bem a função que o Judiciário deve exercer dentro do Estado constitucional brasileiro: o papel de guardião último da Constituição.

Considerações finais

As dificuldades em torno do direito fundamental à matrícula em creche, abordadas neste artigo, são consequência, em grande parte, da imprecisa definição dada pela própria Constituição quando, em seu art. 208, incisos I e IV, não vincula a gratuidade e universalidade para todos os níveis da educação, deixando o tratamento da educação infantil fora desta condição. É compreensível que o legislador constitucional tenha pensado nos problemas que uma eventual universalidade também da matrícula em creche poderia gerar para os pais ou responsáveis que desejam manter os filhos em casa até o início do ensino fundamental, bem como para o gestor público, sobretudo por preponderar à época da assembleia constituinte a ideia de que creche é um benefício para o trabalhador, em vez de um direito fundamental da

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 “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. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (Artigo 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. 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, abstando-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.” (RE 639.337 AgR / SP – Relator: Min. Celso de Mello – Julgamento: 23/08/2011 – Órgão Julgador: Segunda Turma)

criança, tanto que consta no rol de direitos trabalhistas – não havendo, neste caso juslaboral, dúvidas acerca da sua condição de direito público subjetivo de *status positivus*. Todavia, a evolução social e também do ensino resultaram na atual compreensão da creche como espaço para aprendizado, não apenas um depósito de crianças.

Disso resulta, como vimos anteriormente, uma complexa e vasta legislação tratando do assunto: Constituição, normas infraconstitucionais e leis municipais exercendo uma complementariedade no enfrentamento do tema. Das ideias expostas, desenvolvidas ou reconstruídas ao longo do presente artigo, pensamos que alguns pontos merecem ser destacados, a título conclusivo:

- a legislação estabelece a obrigatoriedade da oferta de vagas em creches por parte do Município, mas não determina parâmetros claros sobre como fazer, deixando somente o cumprimento do mínimo constitucional de vinte e cinco por cento dos recursos investidos em educação como parâmetro claro;
- a inscrição da criança com até três anos de idade em creche não é medida obrigatória por parte dos pais/responsáveis, o que gera dúvidas sobre a natureza jurídica do direito em si; portanto, sustentamos que, na condição de direito social, o direito fundamental à matrícula em creche dependeria da comprovação da necessidade real e financeira por parte dos pais/responsáveis, pois, na releitura que fizemos da *statuslehre* de Jellinek, o referido direito poderia, até mesmo, ser enquadrado como direito público subjetivo de *status subiectiones*, ou seja, no sentido de ser um direito que depende do estabelecimento de critérios, proporcionais e que tutelem o interesse público, para a oferta do serviço por parte do poder público, enquanto que ao indivíduo compete se enquadrar nesses critérios para poder exigir a efetiva prestação do direito;
- a responsabilidade civil do Município pode ocorrer, de modo subjetivo, quando verificado o descumprimento do dever de investir o mínimo constitucional em educação e de, conseqüentemente, ofertar vagas em creche.

Esperamos ter colaborado para o debate acerca do tema em objeto, em especial porque se trata de assunto que não apresenta problemas tão profundos quando envolve categorias profissionais, como, por exemplo, no que concerne ao auxílio-creche que é estabelecido, em geral, mediante acordo coletivo de dada categoria. O problema surge, de fato, quando analisamos a oferta do serviço por parte do poder público, uma vez que, sem critérios sociais ou financeiros estabelecidos, até mesmo a mãe dona-de-casa, de classe média alta, poderia pleitear a matrícula em creche municipal de seu(s) filho(s). Aqui se faz necessário relembrar

que os direitos sociais são destinados a promover a igualdade material entre os indivíduos, ao invés de gerar privilégios ou aprofundar a igualdade formal.

Referências bibliográficas

- ALEXY, Robert. “Sistema Jurídico, Princípios Y Razón Prática”, in *Revista Doxa*, Vol. 5, 1988.
- ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt, Suhrkamp, 1985, trad. esp. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria dell'ordinamento giuridico*. Torino: Giappichelli, 1982, trad. port. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Brasília: UnB Editora, 1999.
- CAMPOS, Maria Malta; ROSEMBERG, Fulvia; FERREIRA, Isabel Morsoletto. *Creche e pré-escola no Brasil*. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2006.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993.
- FARIA, José Eduardo. “O judiciário e os direitos humanos e sociais: notas para uma avaliação da justiça brasileira”. In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, 1994.
- FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- HESSE, Konrad. *Grundzüge des verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Heidelberg: C. F. Müller, 1978, trad. port. *Elementos de direito constitucional da República Federal Alemã*. Porto Alegre: SAFE, 1998.
- JELLINEK, Georg. *System der subjektiven öffentlichen Rechte*. Freiburg: J. C. B Mohr, 1892, trad. it. *Sistema dei diritti pubblici subiettivi*. Milano: Società Editrice Libreria, 1912.
- LUPOI, Maurizio. *Sistemi Giuridici Comparati*. Napoli: ESI, 2001.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 28ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 3ª ed. Vol. IV. Coimbra: Almedina, 2002.
- SARLET, Ingo. *Eficácia dos direitos fundamentais*. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mitte*. Torino: Einaudi, 1992.