



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO RIO DE JANEIRO

A TUTELA DO DIREITO À EDUCAÇÃO POR MEIO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Laís Lopes Senna

Rio de Janeiro

2018

LAÍS LOPES SENNA

A TUTELA DO DIREITO À EDUCAÇÃO POR MEIO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Néli L. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2018

A TUTELA DO DIREITO À EDUCAÇÃO POR MEIO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Laís Lopes Senna

Graduada em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro. Advogada.

Resumo – a Constituição Federal de 1988 reconhece às crianças de até cinco anos o direito subjetivo de acesso à creche e à pré-escola. O gozo desse direito depende de prestações positivas por parte do Estado, a serem implementadas por meio de políticas públicas. A ausência de implementação dessas políticas públicas enseja uma multiplicidade de ações individuais no Poder Judiciário para tutelar um direito que pode ser tutelado também de forma coletiva. Nesse contexto, ação civil pública se apresenta como um eficaz instrumento processual, tanto para tutelar o direito à educação, violado em larga escala; quanto para reduzir a quantidade de demandas, de modo que possa ser oferecida uma prestação jurisdicional mais eficiente.

Palavras-chave – Direito Constitucional. Direito Administrativo. Direito à educação. Ação Civil Pública.

Sumário – Introdução. 1. A possibilidade da tutela coletiva do direito à educação por meio da Ação Civil Pública. 2. Do preenchimento dos requisitos para a concessão da medida liminar prevista no art. 12 da Lei nº 7.347/1985. 3. Da importância da fixação de multa em caso de descumprimento da obrigação de fazer por parte do ente público. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho se propõe a analisar a Ação Civil Pública como instrumento de tutela do direito à educação, tema que será tratado do ponto de vista do Poder Judiciário. O objetivo é avaliar as posturas mais adequadas a serem adotadas pelo magistrado diante de uma ação coletiva em que se pleiteia o fornecimento de vagas na rede municipal de ensino básico.

A Constituição Federal de 1988, marcada por um forte dirigismo na implementação de políticas públicas, prevê uma variedade de direitos sociais, dentre eles o direito à educação, conforme artigos 7º, inciso XXV, e 208, inciso IV. O acesso à educação básica, previsto como direito subjetivo na Constituição, depende da implementação de políticas públicas, que muitas vezes são insuficientes ou inexistentes. Essas demandas chegam ao Judiciário na forma de ações individuais pleiteando a matrícula de crianças na rede municipal de ensino e são acolhidas, como uma forma de dar concretude ao direito fundamental previsto constitucionalmente.

Na busca pela concretização do direito à educação, a Ação Civil Pública se apresenta como um eficiente instrumento jurídico capaz de satisfazer a demanda por vagas na rede municipal de ensino de diversos indivíduos a um só tempo. É um instrumento que pode ser usado preventivamente e que propõe soluções extrajudiciais, como o termo de ajustamento de conduta, evitando a indesejável atuação do Judiciário na execução de políticas públicas, de competência do Poder Executivo.

No primeiro capítulo, pretende-se demonstrar que a Ação Civil Pública é um instrumento jurídico adequado para tutelar o direito à educação infantil. Serão apresentadas as vantagens que essa via oferece em relação a tutela desse direito por meio de ações individuais, tais como: redução de demandas no judiciário; satisfação dos interesses de muitos indivíduos em uma só demanda; e possibilidade de solução extrajudicial do litígio, por meio do termo de ajustamento de conduta, afastando o enfrentamento do mérito pelo Judiciário.

Fixada a premissa de que é vantajoso o emprego da Ação Civil Pública para garantir o acesso às vagas na rede municipal de ensino básico, no segundo capítulo, é defendida a possibilidade da concessão da medida liminar prevista no art. 12 da Lei nº 7.347/1985. A medida se impõe em razão do preenchimento dos requisitos legais e das características da demanda, tendo em vista que é pacificamente reconhecido pelos tribunais superiores o dever da Administração Pública municipal de oferecer vagas na rede municipal de educação infantil conforme a demanda.

Além da concessão da medida liminar, encerra-se o trabalho sustentando a possibilidade de fixação de multa por descumprimento dessa decisão, com o objetivo de incentivar a solução extrajudicial do litígio por meio do termo de ajustamento de conduta.

O objetivo último da presente pesquisa é demonstrar como a Ação Civil Pública pode ser eficiente para concretizar o acesso ao ensino básico, direito fundamental previsto na Constituição, cuja competência é essencialmente dos Municípios, e qual papel o Poder Judiciário pode desempenhar para atender aos anseios constitucionais.

A pesquisa será desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que a pesquisadora pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica será necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em

foco – analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa (legislação, doutrina e jurisprudência) – para sustentar a sua tese.

1. A POSSIBILIDADE DA TUTELA COLETIVA DO DIREITO À EDUCAÇÃO POR MEIO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

A lei da ação civil pública (LACP), Lei nº 7.347/1985¹, que hoje faz parte do microsistema de tutela dos interesses difusos e coletivos, foi a primeira legislação a dar contornos mais definidos à tutela desses interesses². Com a alteração trazida pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC - Lei nº 8.078/1990³), que incluiu o inciso IV no art. 1º da LACP⁴, o cabimento da ação civil pública deixou de ser taxativo para se tornar mais amplo, ante a previsão genérica do cabimento da ação para tutelar “a qualquer outro interesse difuso ou coletivo” (inciso IV do art. 1º da LACP)⁵.

A evolução histórica dos direitos fundamentais, dividida didaticamente pela doutrina em gerações ou dimensões, trouxe à luz uma nova concepção de direitos materiais. Os direitos fundamentais de segunda e de terceira geração se caracterizam por sua dimensão coletiva, uma vez que caracterizam interesses de grupos de pessoas. Destacam-se os direitos fundamentais de segunda geração, cujo objetivo é promover a igualdade material entre os indivíduos por meio de prestações positivas exigidas do Estado, dentre os quais faz parte o direito à educação.

O direito à educação é, portanto, um direito coletivo. A Constituição brasileira trata do direito à educação em seu art. 208⁶, informando aos mandatários do poder popular os rumos que a concretização desse direito deverá seguir. As previsões constitucionais exigem, assim, a adoção de políticas públicas que tenham por finalidade o gozo pleno, por parte dos indivíduos, do direito à educação constitucionalmente garantido.

¹ BRASIL. *Lei nº 7.347*, de 24 de julho de 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7347orig.htm>. Acesso em 10 out. 2018

² MILARE, Edis. *Ação civil pública: após 30 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 302.

³ BRASIL. *Lei nº 8.078*, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em 10 out. 2018.

⁴ BRASIL. op. cit., nota 1.

⁵ ANDRADE, Adriano; ANDRADE, Landolfo; MASSON, Cleber. *Interesses difusos e coletivos esquematizado*. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017, p. 44.

⁶ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 10 out. 2018.

Especificamente no que toca à educação infantil, a Constituição determina a garantia de creche e pré-escola para as crianças de até cinco anos de idade (art. 208, IV, CRFB⁷). A determinação é reiterada no seu art. 7º, XXV⁸. Por fim, o seu art. 214⁹ estabelece a criação de um plano nacional de educação no âmbito infraconstitucional para alcançar o objetivo traçado¹⁰.

Além disso, a Constituição também indicou que caberia prioritariamente aos Municípios a competência para organizar o ensino fundamental e a educação infantil (art. 211, § 2º, CRFB¹¹), indicando com precisão o ente federativo responsável pela implementação das políticas públicas que permitirão o acesso à educação infantil de crianças com até cinco anos de idade.

Em suma, a Constituição de 1988¹² reconheceu às crianças com até cinco anos de idade o direito subjetivo de frequentar a creche e a pré-escola, o que deverá ser assegurado pelo Município por meio da implementação de políticas públicas com esse fim.

As políticas públicas possuem natureza jurídica de norma. Ronald Dworkin inclui as políticas públicas na teoria do Direito, ao lado das regras e princípios, como uma espécie normativa que estabelece um objetivo a ser alcançado. Em suma, as políticas públicas seriam compostas por um complexo de decisões e normas de naturezas variadas, que envolvem elaboração de leis, orçamentos e receitas públicas, bem como os atos concretos de execução de tais políticas¹³.

Dessa forma, entendendo a política pública como um conjunto de normas e atos administrativos, conclui-se pela possibilidade do seu controle jurisdicional pela via da ação civil pública¹⁴.

Isso porque a Constituição Federal de 1988 (CRFB/88), dirigente como é, estabeleceu a implementação de diversas políticas públicas, dentre elas a política pública de acesso à educação (art. 208 e 214 da CRFB/88¹⁵). Nessa linha, se a Constituição estabelece

⁷ BRASIL. op. cit., nota 6.

⁸ Ibid.

⁹ Ibid.

¹⁰ BRADBURY, Leonardo Cacau Santos La. *Direito à educação: judicialização, políticas públicas e efetividade do direito fundamental*. Curitiba: Juruá, 2015, p. 69-70.

¹¹ BRASIL. op. cit., nota 6.

¹² Ibid.

¹³ MILARE, op. cit., p. 304-305.

¹⁴ FRANCO, Fabio Luis; MARTINS, Antonio Darienso. A ação civil pública como instrumento de controle das políticas públicas. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 31, nº 135, p. 34-70, maio/set. 2006, p. 42.

¹⁵ BRASIL. op. cit., nota 6.

uma obrigação de fazer ao Estado e este se abstém de cumpri-la, cabe submeter a omissão ao controle do Poder Judiciário.

O que se está a sustentar é possibilidade do controle judicial da omissão administrativa na implementação de políticas públicas constitucionalmente previstas. Tal possibilidade é admitida na doutrina e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), que no acórdão do AgRg no RE nº 639.337 assenta: “O Poder Público – quando se abstém de cumprir, total ou parcialmente, o dever de implementar políticas públicas definidas no próprio texto constitucional – transgride, com esse comportamento negativo a própria integridade da Lei Fundamental [...]”¹⁶.

Acrescente-se, ainda, que se a omissão viola direito coletivo reconhecido constitucionalmente, como é o caso do direito à educação, não há óbice que essa tutela seja feita por meio da ação civil pública. Nesse sentido, João Batista de Almeida¹⁷ aponta que não vê razões para:

[...] não prestigiar a tese que admite o uso da ação civil pública quando o pedido é a implementação de políticas públicas, pois, do contrário, o administrador ficaria totalmente livre para descumprir normas constitucionais e dispositivos legais, inclusive orçamentários, sem poder ser compelido na via judicial ao respectivo cumprimento.

Gianpaolo Poggio Samanio¹⁸, ao tratar da ação civil pública como instrumento de efetivação dos direitos da cidadania no Brasil, conclui que “a ação civil pública é a sede jurídico-processual adequada para o controle da efetivação das Políticas Públicas (...)”. O autor destaca o papel garantidor dos direitos fundamentais do Poder Judiciário no processo de efetivação de políticas públicas e rechaça os argumentos de que essa postura viola os princípios da isonomia e da separação dos poderes. Ressalva, entretanto, que “as decisões judiciais que tratam sobre políticas públicas deverão ter caráter excepcional, posto que o tema cabe primordialmente ao Poder Executivo”¹⁹.

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ARE nº 639.337– AgR/SP*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>>. Acesso em: 02 jul. 2018.

¹⁷ FRANCO, op. cit., p. 42.

¹⁸ SAMANIO, Gianpaolo Poggio. Os 30 anos de ação civil pública: instrumento de efetivação dos direitos da cidadania no Brasil. In: MILARE, Edis. *Ação civil pública: após 30 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 309.

¹⁹ Ibid., p. 306.

Em tais casos, Hugo Nigro Mazzilli²⁰ admite a propositura de ação civil pública com pedido de obrigação de fazer, mesmo que isso envolva gastos orçamentários. Sustenta, a título de exemplo, a possibilidade de o Judiciário examinar, em ação civil pública, o pedido criação de vagas em escolas para crianças.

A tutela do direito à educação por meio da ação civil pública apresenta diversas vantagens. Essas vantagens se tornam ainda mais evidentes quando se trata da obrigação do ente municipal de oferecer vagas na rede pública de ensino infantil para crianças de até cinco anos, direito que já foi reconhecido pelo STF em mais de uma ocasião²¹.

Sobre as vantagens apresentadas pela tutela coletiva, Mazzilli²² destaca que:

[...] num só processo, com uma só prova, obtém-se um único provimento jurisdicional que aproveita não só ao grupo como um todo, como a cada integrante, individualmente considerado. Garante-se, pois, o efetivo acesso de todos à Justiça, sendo o ônus de agir carreado a alguns legitimados ativos que substituem o grupo lesado (Ministério Público, Defensoria Pública, órgãos públicos, associações, etc.).

Além de desafogar o já muito assoberbado Judiciário, oferecendo prestação jurisdicional una, outras vantagens são identificadas por Teori Zavascki²³:

[...] são evidentes os ganhos que daí resultam, seja do ponto de eficiência (presteza no andamento do processo, menos custo, aproveitamento coletivo dos meios de prova etc.), seja do ponto de vista estritamente jurídico, viabilizando o acesso à justiça de pessoa que, individualmente, a ela não acorreriam, e conferindo a todos um tratamento igualitário, aspectos esses que representam um sinal marcante de realização de justiça.

Ademais, não se pode ignorar que a fase pré-processual da ação civil pública, isto é, o inquérito civil (art. 8º, § 1º, da LACP²⁴), abre uma janela de oportunidade ao administrador para se adequar à determinação constitucional antes mesmo do pronunciamento judicial. Igualmente relevante é a possibilidade de solução extrajudicial do litígio, por meio do termo de ajustamento de conduta, autorizado no art. 5º, § 6º, da LACP²⁵.

²⁰ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 28. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 161-162.

²¹ São exemplos o AgRg no RE nº 639.337 e o AgRg no RE nº 410.715-5.

²² MAZZILLI, op. cit., p. 138-139.

²³ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.150.

²⁴ BRASIL. op. cit., nota 1.

²⁵ Ibid.

Essas características destacam a ação civil pública como eficiente instrumento na busca pela concretização do direito à educação, notadamente no que toca à oferta de vagas na rede pública de ensino infantil pelo ente municipal.

2. DO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DA MEDIDA LIMINAR PREVISTA NO ART. 12 DA LEI nº 7.347/1985.

O art. 12 da Lei nº 7.347/85²⁶ traz a possibilidade de concessão de medida liminar em sede de ação civil pública. Assim ele enuncia:

Art. 12. Poderá o juiz conceder mandado liminar, com ou sem justificação prévia, em decisão sujeita a agravo.

§ 1º A requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, poderá o Presidente do Tribunal a que competir o conhecimento do respectivo recurso suspender a execução da liminar, em decisão fundamentada, da qual caberá agravo para uma das turmas julgadoras, no prazo de 5 (cinco) dias a partir da publicação do ato.

§ 2º A multa cominada liminarmente só será exigível do réu após o trânsito em julgado da decisão favorável ao autor, mas será devida desde o dia em que se houver configurado o descumprimento.

O artigo deve ser interpretado à luz do tratamento dado às tutelas provisórias pelo Código de Processo Civil de 2015 (CPC)²⁷. Conforme o CPC²⁸, as tutelas provisórias poderão ser de urgência ou de evidência. A primeira, para ser concedida, precisa reunir os requisitos da probabilidade do direito e do perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo. A segunda exige apenas a probabilidade do direito e poderá ser concedida nas hipóteses do art. 311 do CPC²⁹:

Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;

II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;

²⁶ Ibid.

²⁷ BRASIL. *Código de processo civil*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em 10 out. 2018.

²⁸ BRASIL. op. cit., nota 27.

²⁹ Ibid.

III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa;

IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

As características específicas da ação civil pública que pretende a matrícula de crianças de até 5 anos em creches da rede municipal de ensino nos permitem a conclusão de que será possível a concessão da tutela de evidência, desde que preenchidos alguns requisitos, como será analisado.

Isso porque o Supremo Tribunal Federal, desde a Constituição de 1988, vem sedimentando o entendimento de que o acesso à educação infantil, essencial para formação do indivíduo e para o respeito da sua dignidade, é direito social de segunda geração que pode ser exigido pelo seu titular. Nesse sentido, a implementação de políticas públicas com vistas a possibilitar o acesso universal à rede pública de ensino infantil não se subordina à livre discricionariedade da Administração Pública, pois que derivam de ordem expressa da Constituição.

Por essa razão, a ausência de vagas nas creches da rede pública municipal configura omissão inconstitucional por parte do Poder Público, autorizando, excepcionalmente, a interferência do Poder Judiciário para o fim de preservar a autoridade da Constituição. Portanto, diante da inércia do Poder Público em oferecer vagas para crianças de até 5 anos na rede municipal de ensino, pode o Poder Judiciário determinar a implementação da política pública.

O Ministro Celso de Mello, relator do ARE nº 639.337 AgR/SP³⁰, um dos paradigmas sobre a questão, aponta que a reserva do possível e a escassez de recursos não poderão ser alegadas genericamente para se esquivar do cumprimento do mandamento constitucional. Apenas a demonstração objetiva da impossibilidade econômico-financeira do ente municipal em implementar a política pública é que o isentará da condenação judicial. Assim, embora não se ignore que a concretização de direitos econômicos, sociais e culturais depende da possibilidade orçamentária do Estado, nas palavras do Ministro:

[...] não se mostra lícito, contudo, que o Poder Público, em tal hipótese, crie um obstáculo artificial que revele – a partir de indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – o ilegítimo, arbitrário e censurável

³⁰ BRASIL. op. cit., nota 16.

propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.

Como se depreende das considerações acima, diante de uma ação civil pública em que se demonstra já na inicial que o ente municipal se demitiu do seu dever de oferecer vagas suficientes em creches para crianças de até 5 anos de idade, será possível, na esteira do entendimento do STF, conceder a tutela de evidência, com base no art. 12 da Lei nº 7.347/85³¹ e no art. 311, IV, do CPC³², pois estará evidenciada a probabilidade do direito invocado. No entanto, alguns aspectos processuais que antecedem a concessão da medida deverão ser observados.

Em primeiro lugar, a possibilidade de concessão de ofício da tutela provisória divide a doutrina. Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart entendem que é possível, excepcionalmente, a concessão da medida de ofício para garantir a efetividade da tutela jurisdicional, com fundamento no poder geral de cautela do juiz. Hugo Nigro Mazzilli, por outro lado, sustenta a impossibilidade, uma vez que a concessão de ofício de medida liminar só é aceitável no ordenamento jurídico brasileiro quando autorizada expressamente por lei, o que não ocorre na LACP³³.

Em que pese o entendimento em sentido contrário, filia-se à corrente de Mazzilli. Em atenção ao caráter excepcional da interferência do Judiciário na implementação de políticas públicas, a concessão da tutela de evidência deve ser precedida de pedido do autor da demanda coletiva, não podendo ser determinada de ofício pelo juízo.

Em segundo lugar, deve se ter em conta que, sendo o sujeito passivo da demanda coletiva o ente municipal, devem ser observadas as limitações presentes na Lei nº 8.437/92³⁴, que dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público.

Embora o *caput* do art. 12 da Lei nº 7.347/85³⁵ estabeleça que o mandado liminar poderá ser concedido “com ou sem justificação prévia”, o art. 2º da Lei nº 8.437/92³⁶ determina que “na ação civil pública, a liminar será concedida, quando cabível, após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se manifestar no prazo de setenta e duas horas”.

³¹ BRASIL. op. cit., nota 1.

³² BRASIL. op. cit., nota 27.

³³ ANDRADE, op. cit., p. 210.

³⁴ BRASIL. Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8437.htm>. Acesso em 10 out. 2018.

³⁵ BRASIL. op. cit., nota 1.

³⁶ BRASIL. op. cit., nota 34.

Assim, na hipótese ora tratada, a concessão da tutela de evidência deverá, obrigatoriamente, ser precedida de justificação prévia do ente municipal³⁷. Nessa oportunidade, poderá o ente demonstrar a impossibilidade econômico-financeira do município de implementar políticas públicas para a criação de novas vagas, o que inviabilizará a concessão da medida. Certo é que a mera alegação genérica de escassez de recursos orçamentários, desacompanhada da devida comprovação, não será capaz de afastar o cabimento da medida liminar.

A Lei nº 8.437/92³⁸, em seu art. 1º, §3º, veda, ainda, a concessão, contra o Poder Público, de tutela provisória de efeitos irreversíveis, isto é, que, uma vez deferida, torne impossível o retorno ao *status quo ante*³⁹. Tal limitação não impede a concessão da liminar que ora se analisa. Afinal, a matrícula de crianças em creches da rede municipal não é medida irreversível, e poderá ser desfeita pelo ente público.

Ademais, é bom lembrar que a medida liminar ostenta caráter transitório e nada impede que o juiz, tendo concedido a liminar, venha a revogá-la posteriormente à luz de outros elementos trazidos aos autos. Ou seja, a qualquer momento que venham aos autos as provas da impossibilidade financeira do Município de implementar a política pública de criação de vagas na rede pública, a liminar poderá ser revogada⁴⁰.

Além disso, a Lei nº 7.347⁴¹ prevê, no §1º do art. 12, meio próprio de impugnação da liminar quando a medida envolver pessoa jurídica de direito público. O referido artigo trata da possibilidade de a pessoa jurídica de direito público interessada apresentar ao Presidente do Tribunal competente para o recurso o requerimento de suspensão da execução da liminar. José dos Santos Carvalho Filho anota que “o art. 12, §1º, da Lei nº 7.347/85⁴² não impede a revogação do ato concessivo da liminar, mas apenas prevê meio específico de impugnação por parte das pessoas jurídicas de direito público nos casos especiais ali mencionados (...).”⁴³.

Em suma, demonstrado na inicial a omissão inconstitucional do ente municipal na oferta de vagas em creches para crianças de até 5 anos de idade, poderá o juiz, atendendo pedido da parte autora, conceder tutela de evidência determinando a matrícula dessas crianças,

³⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública: comentários por artigos: lei n. 7.347, de 24/7/85*. 7. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p 361.

³⁸ BRASIL. op. cit., nota 34.

³⁹ ANDRADE, op. cit., p. 217.

⁴⁰ CARVALHO FILHO, op. cit., p. 364 - 365.

⁴¹ BRASIL. op. cit., nota 1.

⁴² Ibid.

⁴³ CARVALHO FILHO, op. cit., p 365.

desde que, ouvido o ente municipal, este não tenha sido capaz de comprovar a impossibilidade econômico-financeira do município para a efetivação dessas matrículas.

Um instrumento útil que pode ser utilizado para constranger o ente público ao cumprimento da medida liminar, e que, por consequência, reforça os efeitos positivos da concessão da medida, é a fixação de multa cominatória em caso de descumprimento da obrigação de fazer. A viabilidade da fixação dessa multa, será tratada a seguir.

3. DA IMPORTÂNCIA DA FIXAÇÃO DE MULTA COMINATÓRIA EM CASO DE DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO DE FAZER POR PARTE DO ENTE PÚBLICO

A multa cominatória, também conhecida pelo termo francês *astreintes*, é um “mecanismo coercitivo indireto de caráter econômico, criado para influir psicologicamente no ânimo do devedor no sentido de que seja cumprida a obrigação”⁴⁴. Trata-se de multa fixada pelo juiz, cuja incidência fica condicionada ao descumprimento da obrigação de fazer. Pode ser fixada para incidir uma única vez ou diariamente, enquanto durar o descumprimento, e configura poderoso instrumento para coagir a parte ao cumprimento da determinação judicial.

A aplicação de multa cominatória encontra previsão no art. 537 do CPC⁴⁵, no art. 11 e no art. 12, §2º, da Lei nº 7.347/85⁴⁶, autorizando a fixação da multa em caso de descumprimento de obrigação de fazer determinada em sede de tutela provisória.

Já não há mais discussão acerca da possibilidade de fixação de multa cominatória de ofício pelo juiz. A doutrina sedimentou o entendimento de que a fixação de multa cominatória, tanto em tutela provisória, quanto na sentença, é faculdade do juiz. Afinal, a aplicação da multa tutela a efetividade do processo e a autoridade da ordem judicial⁴⁷.

A lei não estabeleceu de antemão a periodicidade ou o valor da multa, limitando-se, quanto ao último, a estabelecer que deverá ser suficiente e compatível com a obrigação a ser cumprida. Não poderia ser diferente, pois apenas à luz do caso concreto é que o juiz poderá verificar a periodicidade e o valor que serão suficientes para incutir no condenado temor pelo descumprimento da obrigação de fazer imposta.

⁴⁴ Ibid., p. 349.

⁴⁵ BRASIL. op. cit., nota 27.

⁴⁶ BRASIL. op. cit., nota 1.

⁴⁷ CARVALHO FILHO, op. cit., p. 77. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 1105.

Embora o art. 11 da Lei nº 7.347⁴⁸ não mencione a possibilidade do juiz alterar o valor fixado para a multa, deve-se, nesse ponto, e por autorização do art. 19 da Lei nº 7.347⁴⁹, aplicar o art. 537, §1º, do CPC⁵⁰, a fim de permitir que o juiz ajuste o valor da multa quando esta se tornar insuficiente ou excessiva, sempre buscando o princípio da adequação⁵¹.

Convém registrar que não há óbice na imposição de multa cominatória em face de ente público, conforme entendimento majoritário da doutrina e pacificado no Superior Tribunal de Justiça⁵². O Ministro Celso de Mello sinalizou nessa direção no já mencionado ARE nº 639.337 AgR/SP⁵³:

[...] na realidade, a “astreinte” – que se reveste de função coercitiva – tem por finalidade específica compelir, validamente, o devedor, mesmo que se cuide do Poder Público, a cumprir o preceito, tal como definido no ato sentencial.

Inquestionável, dessa maneira, por ser juridicamente válida, a imposição, no caso ora em exame, pelo Poder Judiciário paulista, de multa diária por criança não atendida pelo Município de São Paulo.

Quanto a exigibilidade da multa cominatória, é preciso observar que o §2º do art. 12 da Lei nº 7.347/85⁵⁴ dispõe que a multa fixada em tutela provisória “só será exigível do réu após o trânsito em julgado da decisão favorável ao autor”. O §3º do art. 537 do CPC⁵⁵, de outro lado, estabelece que a decisão que fixa multa cominatória, seja em tutela provisória, seja em sentença, “é passível de cumprimento provisório, devendo ser depositada em juízo, permitido o levantamento do valor após o trânsito em julgado da sentença favorável à parte”.

Diante da nova orientação adotada pelo CPC⁵⁶, a doutrina voltou a se questionar sobre a possibilidade de execução provisória da multa cominatória fixada em tutela provisória. Há quem sustente que a previsão da Lei nº 7.437/85⁵⁷ é regra especial em relação ao CPC⁵⁸, devendo prevalecer. Para Cleber Masson, essa não é a melhor interpretação. Segundo ele⁵⁹:

⁴⁸ BRASIL. op. cit., nota 1.

⁴⁹ Ibid.

⁵⁰ BRASIL. op. cit., nota 27.

⁵¹ CARVALHO FILHO, op. cit., p. 352.

⁵² NEVES, op. cit., p. 1107.

⁵³ BRASIL. op. cit., nota 16.

⁵⁴ BRASIL. op. cit., nota 1.

⁵⁵ BRASIL. op. cit., nota 27.

⁵⁶ Ibid.

⁵⁷ BRASIL. op. cit., nota 1.

⁵⁸ BRASIL. op. cit., nota 27.

⁵⁹ ANDRADE, op. cit., p. 211 – 213.

[...] não há como alegar que a não exigibilidade imediata das multas liminares seriam uma particularidade procedimental do processo coletivo, e, portanto, não seriam alcançadas pela nova regra geral do CPC, pois, em verdade, tratava-se de regra comum a todo o sistema processual civil (individual e coletivo), de modo que a alteração ora procedida deve abranger, por consequência, também o processo coletivo. (...) Em sendo assim, identificada uma norma posterior que representa uma clara evolução no sistema ordinário de tutela processual, não há como afastar a incidência dessa norma do microsistema de tutela coletiva, sob pena de se conferir insuficiente proteção aos direitos fundamentais por ele tutelados.

Esse entendimento é o que confere maior efetividade à tutela coletiva dos direitos fundamentais de segunda geração, como é o caso do direito à educação. Frise-se que a execução provisória da multa cominatória não autoriza o levantamento da quantia até o trânsito em julgado, mas reforça o caráter coercitivo da medida para que se cumpra a obrigação de fazer determinada liminarmente.

Como se nota, a concessão da tutela de evidência que determina, como obrigação de fazer, a matrícula de crianças de até 5 anos em creches da rede pública municipal ganha força com a fixação de multa cominatória em caso de descumprimento da determinação. A adoção dessas medidas duras pelo Poder Judiciário impulsiona o Poder Público no sentido da autocomposição do litígio juntamente a parte autora da demanda coletiva, que poderá ocorrer em qualquer fase do processo e deverá ser sempre incentivada pelo juízo⁶⁰.

CONCLUSÃO

O objetivo deste artigo foi tratar a temática do direito à educação sob a ótica da atuação do Poder Judiciário diante da inércia do Poder Público na implementação de políticas públicas. Partindo da premissa de que a jurisprudência, encabeçada pelo Supremo Tribunal Federal, tem reconhecido a possibilidade de condenação do ente municipal à implementação de políticas públicas para efetivar a matrícula de crianças de até 5 anos de idade em creches da rede pública, propõe-se que a tutela coletiva seja o meio mais eficiente de tutelar o direito fundamental à educação.

Assim, identifica-se a ação civil pública, por todas as vantagens que proporciona na tutela coletiva de direitos sociais, como instrumento processual mais eficaz para tutelar o direito à educação, notadamente o acesso por crianças de até 5 anos às vagas da rede

⁶⁰ GAVRONSKI, Alexandre Amaral. Autocomposição na ação civil pública. In: MILARE, Edis. *Ação civil pública: após 30 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 51.

municipal de ensino, direito já amplamente reconhecido pela jurisprudência em litígios individuais.

Sem descuidar dos efeitos nocivos que o ativismo judicial na implementação de políticas públicas pode acarretar, este trabalho propõe medidas a serem adotadas pelo juízo de primeira instância diante de uma ação civil pública que pretende a tutela coletiva do direito de crianças de até 5 anos às vagas nas creches da rede municipal. Essas medidas, ao mesmo tempo que severas e pró ativas, buscam incentivar o Poder Público a recorrer à autocomposição do litígio juntamente ao legitimado coletivo, seja ele o Ministério Público ou qualquer outro.

A primeira medida proposta é a concessão da liminar prevista no art. 12 da Lei nº 7.347/85, que apresenta caráter de tutela de evidência. Demonstrou-se que a concessão da liminar na hipótese em análise é plenamente viável, desde que preenchidos os requisitos previstos em lei.

A segunda medida apresentada foi a fixação, na própria decisão que conceder a tutela de evidência, de multa cominatória em caso de descumprimento da obrigação de fazer imposta. Conforme analisado, tanto doutrina, quanto jurisprudência, reconhecem a legitimidade da imposição da multa, ainda que em face do Poder Público; sendo certo que a sua fixação contribui para robustecer a autoridade da medida liminar já deferida.

Acredita-se que por meio de uma atuação enérgica do Poder Judiciário no início do processo a autocomposição do litígio se mostrará mais atraente ao ente público, que recorrerá a um acordo judicial ou a celebração de um Termo de Ajustamento de Conduta, conforme o caso. Evita-se, assim, a indesejável, porém por vezes necessária, intromissão do Judiciário na implementação de políticas públicas determinadas constitucionalmente.

O objetivo central das proposições aqui feitas é o incentivo à autocomposição entre o legitimado coletivo demandante e o ente público omissor, uma vez que, quando possível, a autocomposição alcança, como regra, soluções mais céleres, econômicas, implementáveis e que atendem melhor aos interesses das partes.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Adriano; ANDRADE, Landolfo; MASSON, Cleber. *Interesses difusos e coletivos esquematizado*. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

ANDRADE, Valentino Aparecido de. Medida liminar em ação civil pública. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, v. n. 19, n. p. 106-112, p. out. 2004,

BRADBURY, Leonardo Cacau Santos La. *Direito à educação: judicialização, políticas públicas e efetividade do direito fundamental*. Curitiba: Juruá, 2015.

BRASIL. *Código de processo civil*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em 10 out. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ARE nº 639.337– AgR/SP*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>>. Acesso em: 02 jul. 2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública: comentários por artigos: lei n. 7.347, de 24/7/85*. 7. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro, RJ: Lumen Juris, 2009.

COELHO, Nuno Manuel Morgadinho dos Santos; MAGALHAES, Jose Luiz Quadros de (Coord.). *O STF e a interpretação da constituição: casos paradigmáticos em direitos fundamentais*. Prefácio de Cristiana Fortini. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

FRANCO, Fabio Luis; MARTINS, Antonio Darienso. A ação civil pública como instrumento de controle das políticas públicas. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 31, nº 135, p. 34-70, maio/set. 2006.

GALBIATI, Carolina Maria Morro Gomes. O direito à educação e o ativismo judicial na perspectiva da decisão do Supremo Tribunal Federal. *AJURIS*, Porto Alegre, v. 39, nº 128, p. 71-97, dez. 2012.s

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 28. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

MILARE, Edis. *Ação civil pública: após 30 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

SAMANIO, Gianpaolo Poggio. Os 30 anos de ação civil pública: instrumento de efetivação dos direitos da cidadania no Brasil. In: MILARE, Edis. *Ação civil pública: após 30 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral. Autocomposição na ação civil pública. In: MILARE, Edis. *Ação civil pública: após 30 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.