

## COORDENADORIA GERAL DAS PROCURADORIAS REGIONAIS

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR 1º VICE-PRESIDENTE DO E. TRIBUNAL DE  
JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO

O ESTADO DO RIO DE JANEIRO, pelos Procuradores do Estado que ao final subscrevem, vem, inconformado com a r. decisão de fls. 150/154, proferida nos autos da Ação Civil Pública de nº 2009.014.009941-0, proposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, com fundamento nos artigos 188, 522 e seguintes do Código de Processo Civil, interpor o presente

### AGRAVO DE INSTRUMENTO

contra a concessão da liminar nos autos em epígrafe, requerendo o provimento do recurso pelos fundamentos a seguir aduzidos.

Para fins de cumprimento do artigo 524, III do CPC, informa que o Estado do Rio de Janeiro é representado pela Procuradoria Geral do Estado, nos termos do art. 132, caput, da Constituição da República, sendo que, nos autos principais, atualmente é representado pelo Procurador do Estado Dr. Rafael Gaia Edais Pepe, indicando como endereço para futuras intimações a Rua Dom Manoel, n.º 25, Centro, Rio de Janeiro/RJ.

O Agravado é representado pela Dra. Promotora de Justiça Anik Rebello Assed Machado, indicando-se como endereço para futuras intimações a Av. Marechal Câmara, nº 370 - Centro - Rio de Janeiro, RJ - CEP 20020-080. Diante de ambas as representações *ex lege*, inexistente instrumento de mandato para atender ao estabelecido pelo art. 525, inciso I, do CPC.

Segue com o instrumento **cópia integral dos autos**, para propiciar a mais ampla cognição pelo órgão judicante, acompanhada da Deliberação nº 308/07, do Parecer CNE/CEB nº 07/07 e da consolidação de perguntas mais frequentes sobre ensino fundamental de nove anos confeccionada pela Secretaria de Educação Básica/MEC. A veracidade de tais exemplares é fiada pelos subscritores do presente recurso, na forma dos Artigos 365, IV, e 544, §1º, do diploma processual civil.

Por fim, requer seja observada a prerrogativa de *intimação pessoal* dos Procuradores do Estado, *ex vi* do disposto no artigo 44, inciso IV da Lei Complementar Estadual nº 15/1980.

Termos em que,  
E. deferimento.

Rio de Janeiro, 5 de dezembro de 2010.

PAOLO HENRIQUE SPILOTOS COSTA  
PROCURADOR-CHEFE  
COORDENADORIA GERAL DAS  
PROCURADORIAS REGIONAIS

NICOLA TUTUNGI JÚNIOR  
PROCURADOR-ASSISTENTE  
COORDENADORIA GERAL DAS  
PROCURADORIAS REGIONAIS

BERNARDO DE VILHENA SAADI  
PROCURADOR REGIONAL DO ESTADO  
10ª PROCURADORIA REGIONAL

RAFAEL GAIA EDAIS PEPE  
PROCURADOR DO ESTADO

LEONARDO BARIFOUSE  
PROCURADOR DO ESTADO  
10ª PROCURADORIA REGIONAL

ORIGEM: PROCESSO Nº 2009.014.009941-0 – VARA  
DA INFÂNCIA, DA JUVENTUDE E DO  
IDOSO DA COMARCA DE CAMPOS DOS  
GOYTACAZES/RJ  
AGRAVANTE: ESTADO DO RIO DE JANEIRO  
AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO  
RIO DE JANEIRO

### RAZÕES DE AGRAVANTE

Egrégia Câmara,

#### 1. Breve Síntese da Demanda

Cuida-se de Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro em face deste mesmo Estado, na qual o *Parquet* se insurge contra as alterações promovidas na Lei nº 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação) pela Lei nº 11.274/2006, e, por conseguinte, também contra os atos normativos estaduais que regulam o sobredito diploma.

Na tentativa de fornecer ao seu pleito um mínimo de sustentáculo jurídico, alega que tais textos se encontram eivados de inconstitucionalidade e ilegalidade, eis que feririam de morte o disposto nos Artigos 205 e 208, I e V, da CRFB/88, bem como o Artigo 54, I e V, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Neste diapasão, requereu, em sede liminar, a concessão de tutela inibitória, impedindo o Estado do Rio de Janeiro de obstar as matrículas irregulares de crianças de até 6 (seis) anos de idade no ensino fundamental (medida esta que abrangeria as escolas públicas e particulares), e a liberação das matrículas já efetivadas em 72 (setenta e duas) horas, sob pena de multa diária de 100 (cem) salários mínimos.

O MM. Juízo *a quo* proferiu decisão acolhendo *in totum* o pedido *in limine*, obstaculizando a salutar fiscalização promovida pela Secretaria de Educação do Estado do Rio de Janeiro, a qual que zelava pelo cumprimento da legislação hostilizada.

Em que pese o brilho do seu expositor, a decisão agravada merece reforma, conforme a seguir demonstrado.

#### 2. Preliminarmente

##### 2.1. Cabimento do Presente Agravo na Modalidade de Instrumento

O artigo 522 do Código de Processo Civil, sob a égide do regime traçado pela Lei nº 11.187/05, estipula o cabimento do agravo na modalidade de instrumento apenas quando a decisão recorrida puder causar à parte lesão grave e de difícil reparação.

**Sendo pressuposto da tutela antecipada a urgência do provimento, por uma congruência lógica o recurso cabível é, evidentemente, o Agravo de Instrumento**, afastando-se a aplicação do inciso II do artigo 527 do Código de Processo Civil (providência consistente na conversão do agravo de instrumento em agravo retido).

Entretanto, ainda que assim não se concluísse constata-se que a manutenção das medidas guerreadas provocará **pernicioso dano à educação das próprias crianças**, haja vista a **deformação do modelo educacional traçado por especialistas na matéria, consubstanciando palpável *periculum in mora inverso***, consoante demonstrado em item próprio.

Não se pode olvidar, por fim, que a **elevada e desproporcional multa cominada à pessoa jurídica atinge de forma irrazoável os já combalidos cofres públicos e atinge o âmago do interesse público primário**, eis que subtrai recursos franqueados a, e.g., hospitais e escolas.

Nesta esteira, indiscutível a adequação da via eleita para impugnar os atos epigrafados.

## 2.2. Da Tempestividade

Inicialmente, cumpre destacar que, se tratando do Estado do Rio de Janeiro, a **intimação da concessão de medida liminar inaudita altera pars deveria ter sido realizada na pessoa da Procuradora Geral do Estado**, ao teor do Art. 12, inciso VI, c.c. art. 215, *caput* do Código de Processo Civil e do Artigo 6º, XXVII, da Lei Complementar Estadual nº 15, de 25/11/1980 – Lei Orgânica da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro, *litteris*:

*Art. 6º - Compete ao Procurador-Geral do Estado, sem prejuízo de outras atribuições:  
XXVII - receber as citações iniciais ou comunicações referentes a quaisquer ações ou processos ajuizados contra o Estado, ou nos quais deva intervir a Procuradoria Geral do Estado*

Todavia, nota-se que, em descompasso com a lei processual, o juízo recorrido remeteu mandados dirigidos à Coordenadoria de Educação do Estado do Rio de Janeiro e à Procuradoria Regional do Estado em Campos dos Goytacazes. Embora esta última diligência tenha sido infrutífera, consoante se colhe da certidão do Sr. Oficial de Justiça (fl. 187), é certo que a o mandado direcionado à Coordenadoria de Educação retornou positivo (fl. 184), com juntada em 28/04/2009 (fl. 176, vº).

Sendo assim, em que pese a total nulidade de tais expedientes, o Estado do Rio de Janeiro, visando evitar a perpetuação de situação ilegal e inconstitucional, apresenta o tempestivo recurso de Agravo de Instrumento, atento ao prazo de 20 (vinte) dias disciplinado nos supracitados Artigos 188 e 522, do CPC, ainda que se contasse tal prazo do equivocado mandado dirigido à Coordenadoria de Educação.

## 3. Mérito Recursal

### 3.1. Da Nulidade da Decisão por Esgotamento do Mérito da Demanda

O primeiro dos múltiplos óbices que eivam a liminar concedida está estampado no Artigo 1º, § 3º, da Lei nº 8.437/92 e no art. 1º da Lei nº 9.494/97, que formam o arcabouço regente das liminares contra a Fazenda Pública, *in verbis*:

*Lei 8.437/92 - Art. 1º. Não será cabível medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal.  
(...)*

*§ 3º Não será cabível liminar que esgote, no todo ou em qualquer parte, o objeto da ação.*

*Lei 9.494/97 - Art. 1º Aplica-se à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil o disposto nos arts. 5º e seu parágrafo único e 7º da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, no art. 1º e seu § 4º da Lei nº 5.021, de 9 de junho de 1966, e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992.*

Isto posto, e em observância ao **caráter inegavelmente satisfativo do provimento guerreado**, conclui-se inexoravelmente pela **nulidade** do aresto em testilha. A tese **já foi sufragada por este E. Tribunal de Justiça, em hipótese rigorosamente idêntica**:

*MANDADO DE SEGURANÇA. LIMINAR EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EFEITO SUSPENSIVO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO. 1. A liminar deferida em ação civil pública para que o impetrante esgote “initio litis” o pedido, pode causar dano irreparável, em se tratando de cobrança de mensalidades escolares, a exigir apuração cautelosa, com o que deve ser concedido efeito suspensivo ao agravo, como autorizado pelo art. 14, da Lei n. 7.437/85.  
2. Ordem concedida. (ETD)  
(1992.004.00793 - MANDADO DE SEGURANÇA - 1ª Ementa DES. C. A. MENEZES DIREITO - Julgamento: 02/03/1993 - PRIMEIRA CAMARA CIVEL)*

A manutenção da tutela antecipada, nos termos da peça vestibular, implica na matrícula de todas as crianças no primeiro ano do ensino fundamental, não sendo difícil perceber que **o objeto da ação será esgotado caso seja mantida o *decisum* recorrido**. Destarte, impõe-se a declaração de nulidade da decisão objurgada.

### 3.2. Da Nulidade da Decisão por Inobservância do Artigo 2º, da Lei 8.437/92

Com o fito de promover a isonomia processual, a legislação adjetiva desenvolveu, historicamente, uma série de prerrogativas ao conjunto de entes que se convencionou chamar de “Fazenda Pública”. Esta postura tem, em suma, duas justificativas: (i) **privilegiar a defesa do interesse público**; e (ii) **suprir as crônicas deficiências observadas nas entidades administrativas**, oriundas dos entraves burocráticos a elas inerentes.

Destá feita, resta indiscutível a pertinência de tais mecanismos, desde que jungidos a um controle de razoabilidade, de modo a não impor um ônus excessivo ao outro litigante.

Isto posto, avulta em importância no caso sob exame o contido no Artigo 2º, da Lei 8.437/92:

*Art. 2º No mandado de segurança coletivo e 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 pronunciar no prazo de setenta e duas horas.*

Cumpre esclarecer a *ratio* do dispositivo, muito embora a clareza da sua redação dispense maiores comentários no que tange à literalidade. Não foi por acaso que o legislador proibiu, em sede de ação civil pública ou de mandado de segurança coletivo, a concessão de medida liminar sem a prévia oitiva da Fazenda Pública.

Com efeito, dentre os diversos institutos processuais de índole subjetiva, aqueles dois são os que têm maior probabilidade de provocar impacto significativo na administração pública. Por conseguinte, uma decisão prolatada este âmbito deve possuir o maior nível de cognição possível, mesmo que em grau sumário, considerando os múltiplos fatores enquadrados na situação *sub examen*.

Noutro giro, exatamente por reconhecer a urgência de um provimento jurisdicional decorrente da utilização dos instrumentos processuais mencionados pela lei, buscando evitar demora apta a gerar efeitos incontornáveis ao direito tutelado, estipulou-se um prazo de 72 horas, o qual, apesar de exíguo, reputou adequado em virtude dos interesses em colisão.

Ora, se há previsão legal exigindo a oitiva prévia do Estado, ainda que num prazo exíguo, o desrespeito à norma supramencionada eiva de flagrante nulidade o provimento ora combatido, prefigurando *error in procedendo*, uma vez que em descompasso com firme ditame legal.

Não discrepa deste entendimento o E. Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

*PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OITIVA DO PODER PÚBLICO. LIMINAR. LEIN. 8.437/92.*

*1. A hipótese de cabimento do recurso especial estabelecida na alínea "a" do inciso III do art. 105 da Constituição Federal exige o prévio questionamento dos dispositivos legais ditos por vulnerados.*

*2. Na ação civil pública, a liminar, quando cabível, somente pode ser concedida após a oitiva do representante da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de 72 horas, nos exatos termos indicados no art. 2º da Lei n. 8.437/19.*

*3. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.*

*(REsp 220082/GO, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJ 20/06/2005 p. 182)*

Portanto, obviamente viciada a decisão guerreada, acarretando a sua anulação.

Não obstante, ainda que ultrapassado os dois óbices apontados, o que só se admite *ad argumentandum tantum*, o aresto também se equivoca na avaliação do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, como a seguir se demonstra.

### 3.3. Da Ausência do *Fumus Boni Iuris*

#### 3.3.1. Inadequação da via eleita, configurando falta de interesse de agir: controle de constitucionalidade abstrato desvirtuado através de ação civil pública

*Ab initio*, mister ressaltar que o pedido aviado pelo d. MP camufla o desiderato de subverter a finalidade do instituto da ação civil pública, transmutando a em instrumento de controle abstrato de constitucionalidade.

Da análise do aresto impugnado extrai-se que, infelizmente, tal objetivo foi alcançado com sucesso. Transcreve-se, a seguir, trecho da decisão que comprova o alegado:

*"Portanto, quando a lei 11.274/06 deu nova redação ao artigo 32 da lei 9394/96, impondo limite mínimo de seis anos de idade para ingresso no ensino fundamental, acabou por criar restrição*

*não estabelecida na Constituição da República, sendo, portanto, inconstitucional. Sob tal espectro, as deliberações do Conselho Estadual de Educação que tiverem por base tal inconstitucional limitação ao acesso à educação também serão contrárias ao texto constitucional. Nesse diapasão, a deliberação nº308 do Conselho Estadual de Educação, quando no seu artigo 2º estabelece limite mínimo para ingresso no ensino fundamental é violadora da vontade estabelecida na Constituição da República sendo, portanto, inconstitucional"* (sem grifos no original).

Este expediente, conforme já destacado iterativamente em doutrina e jurisprudência, dentre outros vícios, espelha (i) **supressão de competência privativa do Supremo Tribunal Federal**, plasmada no Artigo 102, I, a, da CRFB/88; (ii) **usurpação da legitimidade ativa contida no Artigo 103, da CRFB/88**; e (iii) **desvirtuamento do rito específico da Lei 9.868/99**, substituindo-o, indevidamente, pela da Lei 7.347/85, em razão da eficácia *erga omnes* da decisão (Artigo 16 desta última lei).

Nesse sentido, Gilmar Ferreira Mendes (*Direitos fundamentais e Controle de Constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. IBDC e Celso Bastos Editor, 1999, p. 356.) assinala que: *"tem-se de admitir a inidoneidade completa da ação civil pública como instrumento de controle de constitucionalidade, seja porque ela acabaria por instaurar um controle direto e abstrato no plano da jurisdição de primeiro grau, seja porque a decisão haveria de ter, necessariamente, eficácia transcendente das partes formais"*

O repúdio jurisprudencial a manobras deste estilo é maciço, dando azo, inclusive, a iterativas Reclamações no âmbito do Supremo Tribunal Federal, as quais esposam a tese aqui defendida:

**RECLAMAÇÃO. CONTROLE CONCENTRADO. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AS AÇÕES EM CURSO NA 2ª. E 3ª. VARAS DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DE SÃO PAULO - OBJETO DA PRESENTE RECLAMAÇÃO - NÃO VISAM AO JULGAMENTO DE UMA RELAÇÃO JURÍDICA CONCRETA, MAS AO DA VALIDADE DE LEI EM TESE, DE COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DO SUPREMO TRIBUNAL (ARTIGO 102-I-A DA CF). CONFIGURADA A USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO PARA O CONTROLE CONCENTRADO, DECLARA-SE A NULIDADE "AB INITIO" DAS REFERIDAS AÇÕES, DETERMINANDO SEU ARQUIVAMENTO, POR NÃO POSSUIREM AS AUTORAS LEGITIMIDADE ATIVA PARA A PROPOSTURA DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE.**  
(Rcl 434 / SP, Relator Min. FRANCISCO REZEK, Julgamento: 10/12/1994)

**EMENTA:** *Reclamação: procedência: usurpação da competência do STF (CF, art. 102, I, a). Ação civil pública em que a declaração de inconstitucionalidade com efeitos erga omnes não é posta como causa de pedir, mas, sim, como o próprio objeto do pedido, configurando hipótese reservada à ação direta de inconstitucionalidade de leis federais, da privativa competência*

*originária do Supremo Tribunal.  
(Rcl 2224 / SP, Relator Min. SEPÚLVEDA PERTENCE,  
Julgamento: 26/10/2005)*

Outro obstáculo se agiganta em face do pretendido pelo i. presentante do *Parquet*: uma das consequências da declaração de inconstitucionalidade de uma norma jurídica é o denominado **efeito repristinatório**, ou seja, o ressurgimento da norma revogada por aquela que foi expulsa do ordenamento.

Ora, partindo-se desta premissa, ainda que se admitisse a viabilidade jurídica da declaração de inconstitucionalidade do Artigo 2º, da Deliberação CEE nº 308/2007, em sede de Ação Civil Pública, **revigorado estaria o Artigo 2º, da Deliberação nº 299/2006, de redação muito semelhante, contra o qual o autor também se insurge e acerca do qual o juízo a quo não se pronunciou.**

Portanto, em vista tanto da inadequação da via eleita quanto do reduzido efeito prático da providência guerreada, impõe-se a imediata revogação da tutela antecipada concedida, **configurando situação absolutamente temerária ao próprio Estado Democrático de direito a usurpação de competência constitucional pretendida com o manejo da ação civil pública em questão.**

### **3.3.2. A título de esclarecimento: idade mínima alinhada à nova proposta pedagógica, voltada ao desenvolvimento intelectual da criança**

A reforma do sistema educacional, através das modificações introduzidas na Constituição Federal e na Lei de Diretrizes e Bases a seguir descritas, teve por principal foco a reformulação do ensino fundamental.

Com a extensão do ensino fundamental de oito para nove anos, suprimiu-se a antiga Classe de Alfabetização (C.A.). Não significa isto que houve mera mudança terminológica, mas sim a **configuração de uma nova proposta pedagógica**. A iniciativa teve em vista a readaptação da educação às condições de desenvolvimento das crianças brasileiras, permitindo que os educandos obtenham maior proveito nas salas de aula.

De efeito, a Educação Infantil (de zero a seis anos incompletos), primeira etapa da Educação Básica, não tem como objetivo preparar crianças para o Ensino Fundamental; tem objetivos próprios que devem ser alcançados na perspectiva do desenvolvimento infantil, respeitando, cuidando e educando crianças no tempo singular da primeira infância. Noutro giro, no caso do primeiro ano do Ensino Fundamental a criança de seis anos, assim como as demais de sete a dez anos de idade, precisam de uma proposta curricular que atenda às suas características, potencialidades e necessidades específicas dessa infância.

Por óbvio, a reforma foi precedida de estudos e consultas a profissionais de educação (diretores, professores, pedagogos e demais especialistas) para que se identificassem os pontos nevrálgicos da nova proposta. Com o fito de dirimir dúvidas surgidas na implantação da nova sistemática, os educandários realizaram consultas aos órgãos técnicos de educação existentes dentro da estrutura da Administração.

Neste sentido, o Conselho Nacional de Educação, órgão do Ministério da Educação, emitiu diversos pareceres e resoluções para nortear as escolas do país. Com apoio nestes pronunciamentos, o Conselho Estadual de Educação, no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, baixou a Deliberação nº 308/07, para esclarecer o novel funcionamento do ensino fundamental a partir da Lei nº 11.274/06.

Por oportuno, destacam-se algumas das conclusões a que chegou o Conselho Nacional de Educação, instado a se manifestar diversas vezes, pelas instituições de

ensino, sobre o tema em debate. Veja-se a seguinte consideração tecida no bojo do Parecer CNE/CEB nº 07/2007 (cópia em anexo):

*“Com efeito, têm chegado à Câmara de Educação Básica muitas questões sobre o corte de idade, matéria já superada e esclarecida em outros Pareceres e Resolução da Câmara de Educação Básica. De fato não deve restar dúvida sobre a idade cronológica para o ingresso no Ensino Fundamental com a duração de nove anos: a criança necessita ter seis anos completos ou a completar até o início do ano letivo. Pode-se admitir outra interpretação diante de um texto tão claro? Será que alguém pode alimentar alguma dúvida sobre o que significam seis anos completos ou a completar até o início do ano letivo? Será que a tolerância até o início do ano letivo pode ter dupla interpretação?” (grifos no original)*

Na mesma esteira, a Secretaria de Educação Básica, órgão subordinado ao Ministério da Educação, na consolidação de perguntas mais frequentes e respostas sobre o ensino fundamental de nove anos (cópia em anexo), elucida a matéria:

### **3. Qual a idade para a criança ingressar no Ensino Fundamental de nove anos de duração?**

*Segundo as orientações legais e normas estabelecidas pelo CNE, a data de corte, ou seja, a data de ingresso das crianças no Ensino Fundamental é a partir dos seis anos de idade, completos ou a completar até o início do ano letivo, conforme estabelecido pelo respectivo sistema de ensino.”*

Conclui-se, portanto, que as alterações operadas no ensino fundamental não foram pontuais, tampouco arbitrárias, significando uma profunda reformulação do projeto político-pedagógico no âmbito da educação nacional.

**Participaram e participam da implantação desta nova sistemática do ensino fundamental todos os integrantes da comunidade educacional brasileira** (representantes das instituições de ensino, especialistas da área, professores, pedagogos e representantes da sociedade civil), no intuito de lançar bases eminentemente técnicas (e democráticas) ao novo sistema educacional.

**Assim sendo, não são aleatórias as regras estabelecidas pela reforma do ensino fundamental, mas são, isto sim, fruto de discussões e estudos refletidos e ponderados, tomando como fundamento premissas técnicas retiradas da prática pedagógica.**

Neste diapasão, avulta a inexistência de substrato científico da decisão ora recorrida, pois pautada em critérios parciais e restritos à denominada “microjustiça”, senão a opiniões particulares do *Parquet* e do Magistrado. Noutro giro, a decisão do legislador e do administrador finca estacas em uma **visão geral e abstrata, hábil a colher a multiplicidade de cidadãos destinatários da nova política educacional.**

### **3.3.3. Do controle jurisdicional da política pública educacional**

Conforme já exposto à exaustão, o novo sistema brasileiro de ensino foi objeto de amplos estudos e debates dentro da comunidade educacional e se baseou em premissas técnicas da ciência pedagógica.

A Emenda Constitucional nº 53/06 e a Lei nº 11.274/06, cuja legitimidade foi posta em xeque, foram submetidas à deliberação dos Poderes Legislativo e Executivo, segundo as regras do processo democrático. Ademais, os pareceres e resoluções do Conselho Nacional de Educação e a Deliberação nº 308/07 do Conselho Estadual de Educação emanaram de órgãos administrativos técnicos (especializados na área de educação), componentes do Poder Executivo.

Contudo, esta sólida tea está na iminência de ser substituída pela convicção do órgão julgante, presa às particularidades de uma visão estreita, habituada a uma sistemática processual destinada à solução de conflitos individuais e estruturalmente despreparada para composição de lides metaindividuais.

É cediço que, em sede de políticas públicas, deve o Poder Judiciário atuar com auto-contenção (*judicial self restraint*), não se imiscuindo no espaço reservado para a deliberação majoritária, isto é, nas competências dos Poderes Executivo e Legislativo. Esta tendência contramajoritária, de fora parte determinadas hipóteses excepcionais, configura inadmissível afronta aos princípios do Estado Democrático de Direito e da separação de Poderes, consagrados, respectivamente, nos arts. 1º e 2º da Constituição Federal.

As colocações alinhavadas são reforçadas em virtude da natureza principiológica do direito à educação, plasmado no Artigo 205, da CRFB/88:

*Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.*

Merece ser ressaltado, na esteira da lição de Jane Reis Gonçalves Pereira, que as normas que prevêm direitos fundamentais possuem natureza de princípios.<sup>1</sup> Essas normas, formadas por enunciados programáticos cujos vocábulos se distinguem pela indeterminação,<sup>2</sup> são passíveis de uma ampla série de medidas aptas a lhes conferir distintos graus de densidade.

Nesta seara, os direitos sociais, os quais exigem um dispêndio de numerário público, não prescindem da oportuna *interpositio legislatoris* para serem aplicados em maior grau de concreção. Não é diferente com o referido direito à educação.

Atente-se às preciosas lições do mestre RICARDO LOBO TORRES sobre o tema:

*“Uma diferença importante entre o mínimo existencial e os direitos econômicos e sociais: enquanto aquele pode prescindir da lei ordinária, os direitos econômicos e sociais dependem integralmente da concessão do legislador, que pode ser a orçamentária. As normas constitucionais sobre os direitos econômicos e sociais são meramente programáticas: restringem-se a fornecer as diretrizes ou a orientação para o legislador e não têm eficácia vinculante.”*

<sup>1</sup> PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro, Renovar, 2006, p. 94.

<sup>2</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós Modernidade, Teoria Crítica e Pós-Positivismo)*. in. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição. Fundamentos de uma Nova Dogmática Constitucional Transformadora*. 5ª ed, Rio de Janeiro, Saraiva, 2003, p. 309. Nesses casos, “a objetividade possível do Direito reside no conjunto de possibilidades interpretativas que o relato da norma oferece.”

*(O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária, In: SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti. Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”, Livraria do Advogado, 2008. p. 69)*

É assim que, embora o art. 205, CF, estabeleça que a educação “será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade”, o dispositivo não explicita a forma como se dará a interação entre Estado e sociedade; por outro lado, tampouco está implícito como a educação alcançará as metas de “pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”. Afigura-se, portanto, necessário o desdobramento por normas infraconstitucionais.

**Chega-se, então, ao cerne da questão. Quem tem legitimidade suficiente para decidir de que forma essas metas serão buscadas? Quem deve ter o poder de determinar quais são as maneiras mais efetivas de concretizar o direito à educação?**

A resposta para estas indagações está na Constituição. Com efeito, no preâmbulo e no caput do art. 1º estabelece-se que a República Federativa do Brasil é um Estado Democrático de Direito, e no parágrafo único do art. 1º afirma-se que “*tudo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente*”.

Não por outro motivo, foi editada a Lei de Diretrizes e Bases, com o escopo de organizar o sistema de educação nacional, abordando, entre outras matérias, a divisão de competências entre os entes federativos, o escalonamento em níveis de ensino, componentes curriculares obrigatórios e fontes de custeio.

Nesta toada, a generalidade da lei levou à edição de atos normativos infralegais pelo Ministério da Educação e pelas Secretarias de Educação, de modo que fossem estabelecidos parâmetros técnicos que permitissem a implantação do sistema de ensino contido na Lei de Diretrizes e Bases.

Não se nega que, nos termos do art. 208, § 1º, CF, “o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo”. Contudo, cabe ao legislador infraconstitucional, no âmbito de sua margem de conformação, indicar a forma segundo a qual tal direito será exercido.

**Percebe-se, assim, que os atos normativos legais e infralegais, longe de restringir os direitos sociais constitucionalmente garantidos, dão-lhes a densidade normativa necessária para que se configurem em verdadeiros direitos subjetivos.**

É o que acontece com a Lei nº 11.274/06 e com a Deliberação nº 308/07 do Conselho Estadual de Educação, que cuidaram do novo formato do ensino fundamental (agora com nove anos), estabelecendo a respectiva faixa etária dos alunos, tudo de acordo com a política pública nacional estabelecida para o setor de educação.

Não poderia o Poder Judiciário substituir a escolha da política pública que os Poderes Executivo e Legislativo, legitimados pela representatividade majoritária, entendem mais adequada para determinado fim constitucional. *In casu*, o inconveniente do controle jurisdicional é ainda mais sério, pois a política pública traçada para o novo ensino fundamental se calçou em opiniões técnicas e discussões da comunidade educacional, inclusive com pronunciamentos de órgão administrativos especialmente talhados para assuntos educacionais e opiniões da própria sociedade civil.

Mesmo J. J. GOMES CANOTILHO, consagrado defensor da Constituição Dirigente e da total sindicabilidade dos direitos sociais, foi obrigado a rever seu posicionamento, reconhecendo as limitações do controle jurisdicional das políticas públicas, conforme bem demonstra RICARDO LOBO TORRES:

*“(…) hoje, com a desestruturação do Estado de Bem-Estar Social, o constitucionalista português relativiza as suas afirmações*

*para reconhecer como inequívoco que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais se caracteriza: 1) pela graduação de sua realização; 2) pela dependência financeira do orçamento do Estado; 3) pela liberdade de conformação do legislador quanto às políticas de realização de tais direitos; 4) por serem insuscetíveis de controle jurisdicional os programas políticos-legislativos, a não ser quando se manifestem em clara contradição com as normas constitucionais ou quando apresentem dimensões pouco razoáveis.”* (A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos, In: Teoria dos Direitos Fundamentais, 2ª ed., Renovar, 2001, p. 298)

Em suma, o Poder Judiciário não é a instância adequada para se discutir a política nacional para o ensino fundamental, pois **lhe faltam, concessa maxima venia, a legitimidade da deliberação majoritária e o conhecimento técnico inerente aos órgãos administrativos que tratam do assunto.**

Com efeito, como é cediço, os Poderes eleitos são imbuídos de legitimidade democrática para interpretar as normas constitucionais, e o resultado deste exercício hermenêutico somente deve ser alterado pelo Poder Judiciário caso seja evidente e indiscutível o seu equívoco. Dessa forma, sempre que houver razoável divergência acerca de qual é a mais correta concretização dos princípios constitucionais, aquela que for esposada pelos Poderes democraticamente eleitos deverá ser respeitada.

Em razão disso, afirma a profª Ana Paula de Barcellos, em detalhado estudo a respeito do assunto, que *“entre opiniões equivalentes, terá maior valor aquela que conta com o apoio da maioria, ainda que indiretamente.”* (BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. *in Revista de Direito do Estado*. nº 3, jul/set 2006, p. 34)

Esta conclusão, presente em trabalho voltado especificamente ao tema do controle jurisdicional de políticas públicas, está de acordo com o posicionamento esposado pelo prof. Gustavo Binbenojm no que tange ao controle judicial dos atos da Administração Pública.

Conforme aduz o renomado professor, quando o ato em questão tiver por base princípios constitucionais, que são relatos normativos de baixa objetividade, o controle judicial deve ser leve. Ademais, *“o juiz deverá dar preferência tanto à legitimidade de investidura da autoridade, em relação às matérias políticas (controle mais brando), como à especialização técnico-funcional da autoridade, em relação às matérias que demandem expertise e experiências (controle mais brando)”*. (BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, Renovar, 2006, p. 238)

Ressalte-se, nesse diapasão, que **o caso em tela engloba todos estes elementos que indicam que o Poder Judiciário deve ser extremamente deferente à escolha da Administração**, uma vez que a discussão tem como norte jurídico o direito à educação, dotado de estrutura principiológica, e que houve ampla discussão travada entre especialistas no ramo.

**Portanto, para a perpetuação da liminar no ordenamento jurídico, o d. Ministério Público Estadual deveria ter demonstrado, de forma irretorquível, que as concretizações do princípio em tela traçadas pelo réu estão em patente desacordo com o que impõe a Constituição.** Em outras palavras, seria necessário provar, de molde a não deixar qualquer sombra de dúvida, que as opções tomadas pelo ESTADO DO RIO DE JANEIRO não se coadunam com os cânones constitucionais.

Avulta, todavia, que **o autor não faz menção a temas que, conforme discutido em acima, são de essencial valia à análise da constitucionalidade das políticas públicas adotadas.** Com efeito, o d. Ministério Público simplesmente ignorou que o direito à educação é um princípio e que, como tal, pode ser concretizado das mais diversas maneiras. Igualmente desconsiderado na petição inicial foi o amplo debate travado por especialistas acerca do assunto, que teve por desiderato buscar o modo mais efetivo de implementar a vontade constitucional.

Tendo passado ao largo destas questões centrais, por óbvio que o autor não demonstrou que as opções tomadas pelos agentes públicos estão manifestamente erradas. Afinal, a intervenção do Poder Judiciário, consoante assinalado linhas volvidas, **está restrita aos casos em que é atingido o núcleo essencial do direito fundamental, in casu, se fosse negado o próprio direito à educação, o que não ocorre, conforme se demonstra na seqüência.**

Em razão disso, tendo em vista que, na melhor das hipóteses, vislumbra-se uma divergência de opiniões quanto à maneira pela qual os recursos públicos devem ser implementados, os posicionamentos lastreados pelo conhecimento técnico e pela legitimidade democrática devem ser respeitados.

### **3.3.4. Da idade de ingresso no ensino fundamental e garantia de acesso ao ensino aos menores de até 6 (seis) anos de idade**

Primeiramente, é preciso esclarecer que **nunca foi negado o acesso ao ensino às crianças com até seis anos de idade.** Desse modo, o Estado apenas adequou o exercício do direito à educação às normas constitucionais, legais e infralegais.

A Deliberação nº 308/07 é bastante clara neste sentido:

*Art. 2º (...)*

*Parágrafo único. Antes dos 06 (seis) anos completos, a criança deve ser matriculada na Educação Infantil.*

Com efeito, na primeira infância, é muito importante a correspondência entre o nível de desenvolvimento do aluno (**cujo parâmetro de aferição é a idade**) e a proposta pedagógica de cada etapa do ciclo de ensino.

Assim, ao invés de pleitearem a matrícula no ensino fundamental, com o qual o nível de desenvolvimento das crianças é incompatível, **os responsáveis deveriam ter requerido a matrícula na educação infantil, cujo conteúdo pedagógico permite seu completo aproveitamento**, nos termos do que dispõem amplamente os textos normativos aplicáveis à espécie, mormente a Deliberação nº 308/07. Cumpre, no ponto, tecer alguns comentários acerca da normatização da questão etária.

O art. 208, IV, CF, previa que o ciclo de educação infantil, que precede o ensino fundamental, se destinava às crianças de zero a seis anos. Após a **alteração operada pela Emenda Constitucional nº 53, de 19 de dezembro de 2006 (omitida na narração da peça vestibular)**, a qual configurou um primeiro passo para a implantação da nova proposta pedagógica do ensino nacional, a **educação infantil passou a compreender as crianças até cinco anos de idade, inclusive.** Veja-se:

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

*(...)*

*IV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006)*

Logo, de acordo com a novel redação do dispositivo, **o ensino fundamental, que, anteriormente, se iniciava aos sete anos, se inicia, hoje, aos seis anos.** Esta alteração tornou-se imprescindível em virtude de **insurgência de alguns órgãos judicantes (dentre os quais o Superior Tribunal de Justiça, no precedente que serviu de apoio à decisão recorrida – REsp nº 753565/MS, distribuído em 06/05/2005), que entendiam defluir do próprio texto constitucional a idade mínima para cursar o ensino fundamental.**

A Deliberação nº 308/07 do Conselho Estadual de Educação seguiu os limites etários previstos na Lei de Diretrizes e Bases (com as alterações da Lei nº 11.274/06), quais sejam, educação infantil para as crianças de até 06 anos de idade e ensino fundamental para as crianças a partir de 06 anos de idade, nos termos dos seguintes dispositivos:

*Art. 29. A educação infantil, primeira etapa da educação básica, tem como finalidade o desenvolvimento integral da criança até seis anos de idade, em seus aspectos físico, psicológico, intelectual e social, complementando a ação da família e da comunidade.*

*Art. 32. O ensino fundamental obrigatório, com duração de 9 (nove) anos, gratuito na escola pública, iniciando-se aos 6 (seis) anos de idade, terá por objetivo a formação básica do cidadão, mediante: [...]*

Por isso a Deliberação nº 308/07, em seu art. 2º, dispôs que:

*Art. 2º. Todas as crianças que completarem 06 (seis) anos até o primeiro dia do corrente ano letivo previsto no calendário de cada escola têm direito à matrícula no primeiro ano do Ensino Fundamental e têm sua permanência garantida nessa etapa pelo tempo mínimo de 09 (nove) anos.*

Perceba-se que a norma não visa a restringir o acesso ao ensino. Pelo contrário, o dispositivo afirma que as crianças a partir de 06 anos “têm direito à matrícula” no ensino fundamental, veiculando verdadeiro direito público subjetivo. Quanto às crianças que não atingiram a referida idade, é-lhes garantida a matrícula na educação infantil, ciclo de ensino mais afeito ao seu desenvolvimento intelectual e pedagógico.

Desse modo, **as crianças que contam com apenas seis anos de idade incompletos sequer foram atingidas com a referida modificação, pois não poderiam ingressar no ensino fundamental nem na nova nem na antiga sistemática (seis e sete anos, respectivamente).**

Ademais, ao pretender criar uma margem de exceção indefinida, o pleito ministerial revela **pernicioso regressum ad infinitum**, atingindo a todas as crianças que não tenham seis anos de idade completos, bastando a existência de laudo subscrito por técnico de idoneidade desconhecida. Não resta dúvida de que tal raciocínio requer a **fixação de um marco que considere as condições pedagógicas dos alunos.** Foi o que fez a Deliberação do CEE, obedecendo ao limite já traçado pela Lei de Diretrizes e Bases.

Cumprido destacar, ainda, que a **indicação da idade mínima está umbilicalmente ligada ao próprio desenho do ensino fundamental da atualidade.** Desta forma, a insubsistência da matrícula aos seis anos de idade infirmaria toda a lógica insita ao planejamento do sistema; ou seja, **não seria suficiente que o órgão judicante dissesse qual é a idade ideal para o ingresso no ensino fundamental: ele deveria também traçar**

**o conteúdo pedagógico de cada uma das séries, SUPRIMINDO A ATIVIDADE ADMINISTRATIVA E TORNANDO DESPICIENDA A TRIPARTIÇÃO DE PODERES.**

Por fim, não prospera a inconformidade explicitada pelo *Parquet* em função do cancelamento de matrículas efetuadas sob o pálio da supracitada Deliberação nº 308/07, por dois motivos. Primeiramente, por um absurdo ontológico, **a insurgência decorre da aplicação da Constituição e da lei pelos órgãos estaduais, respaldados pela auto executoriedade dos atos administrativos.**

Não fosse o suficiente, a própria Deliberação nº 308/07 prevê um **mecanismo de transição, homenageando a legítima expectativa dos administrados.** Não se pode exigir, portanto, que o Estado do Rio de Janeiro compactue com a ilegalidade; **se o Ministério Público deseja a aplicação do regime anterior, que então formule o pedido adequado e em face dos legitimados passivos para tanto, desde que restrito ao ano de 2010, nos termos dos Artigos 5º, da Lei nº 11.274/06 e 5º, da Deliberação nº 308/07.**

Sendo assim, constata-se a inexistência do *fumus boni juris*, na medida em que todos os níveis normativos (art. 208, IV da Constituição Federal, Lei nº 11.274/06, Parecer CNE/CEB nº 07/2007 e Deliberação CEE nº 308/07) depõem contra a pretensão do representante do Ministério Público, ensejando a **nulidade e incorreção** da decisão combatida.

### 3.4. Da Ausência do *Periculum In Mora*: do *Periculum In Mora Inverso*

Ainda que o ilustre signatário da exordial tivesse comprovado de forma cabal e irrefutável a presença dos requisitos necessários à tutela, não se estaria diante de um caso no qual ela devesse ser concedida, eis que inexistente o perigo na demora.

Isto porque, se ao final fosse dado provimento ao pedido formulado, o que, em virtude da argumentação acima tecida, se afigura ontologicamente inconcebível, **as crianças seriam alocadas na série correspondente.**

A pretensão sob exame denota, porém, a existência do denominado ***periculum in mora inverso***, disposto claramente no parágrafo 2º do art. 273 do Código de Processo Civil, aplicável às liminares de natureza antecipatória do provimento final, como é caso:

***§ 2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.***

No caso concreto, a manutenção da liminar concedida **acarretará sérios transtornos ao sistema educacional, pois retirará o referencial catedrático de cada uma das séries que compõem os nove anos de ensino fundamental, em prejuízo aos próprios infantes.**

É intuitivo que atribuir decisões deste jaez ao Poder Judiciário, habituado a uma visão minimalista e naturalmente deficiente de todos os fatores, e estruturalmente voltado à realização da “microjustiça”, dá margem a **distorções de proporções incalculáveis**

Há, na verdade, algo muito mais grave do que o simples “perigo de irreversibilidade” a que alude o parágrafo 2º do art. 273 do CPC. Há **efetiva e absoluta certeza da irreversibilidade do provimento antecipado**, haja vista as nefastas conseqüências que se avultam.

Dentre elas podemos citar, sem pretensão de exauri-las: (i) o **descompasso do conteúdo programático em relação à maturidade intelectual das crianças, acarretando o baixo aproveitamento do ensino** e o desperdício de sinergia dos professores; (ii) as **reiteradas reprovações**; e (iii) o **aumento da evasão escolar**, em virtude do óbice criado pela medida judicial à implementação do novo modelo educacional.

Logo, diante do caótico cenário desenhado, de resultados imprevisíveis para a população campista, **é impensável a prorrogação da vigência das liminares deferidas.**

### 3.5. Princípio da Razoabilidade na Fixação de Astreintes

Ainda que prosperasse a decisão recorrida nos seus demais termos, o que não se considera verossímil, verifica-se que o valor inicialmente fixado para as *astreintes* foi além da medida do razoável.

Com efeito, deve-se atentar para o fato de que a decisão agravada, ao acolher sem ressalva o pedido do Ministério Público, determinou que o Estado não crie óbice à matrícula de crianças de até seis anos no ensino fundamental, e libere as matrículas anteriormente vetadas, sob pena de **multa diária de 100 (cem) salários mínimos**.

O princípio constitucional da razoabilidade, corolário do devido processo legal, é irretocavelmente conceituado na pena de Luís Roberto Barroso:

“O princípio da razoabilidade é um **parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo o ordenamento jurídico: a justiça**. Sendo mais fácil de ser sentido do que o conceituado, o princípio se dilui em um conjunto de proposições que não o libertam de uma dimensão excessivamente subjetiva. É razoável o que seja conforme à razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia, o que não seja arbitrário ou caprichoso; o que corresponda ao senso comum, aos valores vigentes em dado momento ou lugar. A doutrina – tanto lusitana quanto brasileira – que se abebera no conhecimento jurídico produzido na Alemanha reproduz e endossa essa tríplice caracterização do princípio da proporcionalidade, como é mais comumente referido pelos autores alemães. **Assim é que dele se extraem os requisitos (a) da adequação, que exige que as medidas adotadas pelo Poder Público se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos; (b) da necessidade ou exigibilidade, que impõe a verificação da inexistência de meio menos gravoso para atingimento dos fins visados; e (c) da proporcionalidade em sentido estrito, que é a ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se é justificável a interferência na esfera dos direitos dos cidadãos.**”<sup>3</sup>

Assim, o princípio da razoabilidade representa o vetor por meio do qual o intérprete busca a adequação, a racionalidade, a idoneidade, a lógica, o bom senso, a prudência e a moderação na compreensão dos atos editados pelo Poder Público. Especificamente, destaca-se que o requisito da necessidade exibe uma faceta de **vedação ao excesso**, a qual determina uma **postura de auto contenção por parte do órgão decisório**, evitando-se a total supressão dos valores contrapostos.

Por óbvio que a coerção em pecúnia é instrumento hábil a conferir a máxima eficácia às decisões judiciais, contando com expressa previsão no bojo dos Artigos 461 e 461-A, e parágrafos do diploma processual civil.

**Contudo, tal postura pró-ativa não pode ser convalidada em mecanismo de empobrecimento do pólo passivo da demanda, máxime se for levado em consideração que o réu é pessoa jurídica de direito público, com restrições orçamentárias e gastos vertidos ao atendimento do interesse público primário.**

<sup>3</sup> Barroso, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, pp. 204,205 e 209.

Destarte, com arrimo no princípio da razoabilidade, deve o Poder Judiciário perfilhar uma forma de atuação construtiva no combate a atos arbitrários dos órgãos públicos, de sorte a controlar-lhes a discricionariedade, **mas nunca impingir dano superlativo à Administração**. Neste sentido segue a jurisprudência do E. Tribunal de Justiça deste Estado:

002.08202-AGRAVO DE INSTRUMENTO  
BENEDICTO ABICAIR - Julgamento: 09/05/2007 - SEXTA CAMARA CIVEL  
**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ANTECIPAÇÃO PARCIAL DOS EFEITOS DA TUTELA. INTEGRAÇÃO DO JULGADO. MULTA DIÁRIA COMINATÓRIA FIXADA EM R\$500,00 (QUINHENTOS REAIS). REDUÇÃO. OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE, SOB PENA DE CONSTITUIR-SE A ASTREINTES UM GRAVAME EXCESSIVO E INCOMPATÍVEL COM A OBRIGAÇÃO ESTABELECIDO OU, EM SENTIDO OPOSTO, NÃO SURTIR QUALQUER REPERCUSSÃO NA ESFERA DO DEVEDOR. MANUTENÇÃO DA PERIODICIDADE ESTABELECIDO. ACOLHIMENTO PARCIAL.**

Justifica-se, portanto, a **necessidade de moderar a multa imposta com o tempero da razoabilidade e da proporcionalidade**.

### 3.6. Do Exíguo Prazo Fixado para o Cumprimento da Tutela Concedida

Caso se entenda pela pertinência *in totum* das decisões agravadas, há que se oferecer ao Estado um prazo para cumprimento da decisão maior que as 72 (setenta e duas) horas deferidas.

Isso porque o agravante, na qualidade de integrante da Administração Pública, **deve obedecer a mandamentos legais e procedimentos administrativos mínimos para atendimento da decisão, os quais são intrinsecamente demorados**. A jurisprudência deste E. Tribunal de Justiça vem entendendo pelo alargamento do prazo concedido para cumprimento da decisão judicial em determinadas hipóteses, tendo em vista os procedimentos burocráticos que envolvem a determinadas situações:

*“Ação de obrigação de fazer. Cidadã declarada hipossuficiente, em estado crítico de saúde, postulando a compulsão da municipalidade carioca a fornecer-lhe medicamentos necessários sem ônus para ela. Antecipação tutelar, no mesmo sentido, fixado o prazo de cinco dias, sob pena de multa diária de cem reais. Agravo de Instrumento restrito à dita sanção cominatória. Efeito Suspensivo decretado pelo Relator. Razão que pertence em parte a ambos os litigantes. Rigor que se impõe em assegurar-se à Autora o fornecimento rápido de tais remédios, demonstrados indispensáveis ao alívio de suas dores e efetiva melhora de seu quadro. Rigor que também se impõe na compreensão de trâmites administrativos de percurso imperioso. Medida satisfativa provisória que deve ser alterada, a uma para ser majorado o prazo para quinze dias, e a duas para redução da “astreinte”*”

para setenta reais por dia. Conhecimento e provimento parcial do Recurso.” [grifo nosso] DES. LUIZ FELIPE HADDAD -  
Julgamento: 21/10/2003 - TERCEIRA CAMARA CIVEL  
2003.002.11458 - AGRAVO DE INSTRUMENTO

Diante do exposto, requer-se, ao menos, seja revista a decisão para conceder ao Estado um lapso de tempo superior para cumprimento da obrigação.

#### 4. Da Antecipação da Tutela Recursal: Efeito Suspensivo ao Agravo

De acordo com os artigos 527, inciso III, e 558, ambos do Código de Processo Civil, pode o relator emprestar efeito suspensivo ao agravo de instrumento em verificando se tratar de caso no qual haja possibilidade de ocorrência de lesão grave ou de difícil reparação e quando relevante a fundamentação.

À luz dos argumentos expendidos e dos precedentes jurisprudenciais a que já se referiu, em rol meramente exemplificativo, resta patente a injuridicidade da tutela antecipada concedida em primeiro grau.

A decisão recorrida carece de suporte jurídico, pois: (i) exarada em desconformidade com o Artigo 2º, da Lei 8.437/92; (ii) substitui a ação direta de inconstitucionalidade ao estipular obrigação de não fazer com nítido efeito *erga omnes* decorrente de apreciação de inconstitucionalidade *in abstracto* por órgão diverso da Corte Suprema brasileira; (iii) invade a política pública formulada pelos Poderes legitimados constitucionalmente, violando a separação de poderes; (iv) não observa a legislação aplicável à espécie, desde as normas constitucionais até os atos infralegais.

A isto se alia o **ingente dano ao sistema de educação infantil e ao próprio aprendizado das crianças**, representado pelo *periculum in mora* inverso, pois a **matrícula em série descompassada com a maturidade intelectual gera deficiência no aprendizado, superando-se uma mera probabilidade de dano para chegar à certeza de sua futura ocorrência.**

**Torna-se, portanto, imperiosa a concessão de efeito suspensivo ao agravo de instrumento.**

#### 5. Conclusão

Sem prejuízo de outros, consideram-se **expressamente prequestionados**, para fins de recurso aos Tribunais Superiores, os artigos:

- 1º, § 3º, da Lei nº 8.437/92 e 1º, da Lei nº 9.494/97: impossibilidade de concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação;
- 2º, da Lei 8.437/92: imprescindibilidade da oitiva prévia do ente público para a concessão de liminar em Ação Civil Pública;
- 102, I, a e 103, CRFB/88: supressão de competência do Supremo Tribunal Federal e usurpação da legitimidade ativa para controle de constitucionalidade abstracto, quando da utilização da Ação Civil Pública com esta finalidade;
- 2º, 205 e 208, §1º, da CRFB/88: insindicabilidade judicial da política pública de educação, sob pena de quebra da tripartição de poderes;
- 208, IV, CRFB/88, e 29 e 32, da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996: ensino infantil até os seis anos e ensino fundamental a partir desta idade; e
- 273, §2º, do CPC: óbice intransponível à concessão de tutela antecipada quando houver evidente irreversibilidade da medida.

*Ex positis*, o Estado do Rio de Janeiro requer seja **dado provimento ao presente agravo de instrumento para:**

1. **anular, liminarmente, a decisão recorrida, com fulcro no Artigo 557, §1º-A, do CPC**, eis que em franco descompasso com os Artigos 1º, § 3º, e 2º da Lei nº 8.437/92 e 1º, da Lei nº 9.494/97; ou, alternativamente,
- 2.1. **suspender liminarmente a eficácia da tutela antecipada**, nos termos do Artigo 527, III c/c 558, do CPC, pois demonstrada a verossimilhança das alegações do Estado do Rio de Janeiro e a certeza do impacto, de dimensões incalculáveis, para o sistema educacional do Norte Fluminense; e
- 2.2. **ao final, dar provimento ao recurso para reformar-se a decisão que concedeu a medida in limine**, de modo a submeter as crianças de até seis anos ao ensino infantil, e aquelas com idade superior ao ensino fundamental, tudo de conformidade com a legislação aplicável à espécie.

Termos em que,  
E. deferimento.

Rio de Janeiro, 5 de dezembro de 2010.

PAOLO HENRIQUE SPILOTOS COSTA  
PROCURADOR-CHEFE  
COORDENADORIA GERAL DAS  
PROCURADORIAS REGIONAIS

NICOLA TUTUNGI JÚNIOR  
PROCURADOR-ASSISTENTE  
COORDENADORIA GERAL DAS  
PROCURADORIAS REGIONAIS

BERNARDO DE VILHENA SAADI  
PROCURADOR REGIONAL DO ESTADO  
10ª PROCURADORIA REGIONAL

RAFAEL GAIA EDAIS PEPE  
PROCURADOR DO ESTADO  
10ª PROCURADORIA REGIONAL

LEONARDO BARIFOUSE  
PROCURADOR DO ESTADO

**EXMO. SR. JUIZ DE DIREITO DA VARA DA INFÂNCIA, DA  
JUVENTUDE E DO IDOSO DA COMARCA DE CAMPOS DOS  
GOYTACAZES/RJ**

**PROCESSO. Nº: 2009.014.009941-0**

**O ESTADO DO RIO DE JANEIRO**, por seus procuradores infra-assinados, nos autos da Ação Civil Pública proposta pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL**, em cumprimento ao art. 526 do Código de Processo Civil, vem juntar aos autos cópia do **AGRAVO DE INSTRUMENTO** interposto, declarando, ainda, que foi anexada **cópia integral** dos autos.

E. Deferimento.

Do Rio de Janeiro para Campos dos Goytacazes, 18 de maio de 2009.

**PAOLO HENRIQUE SPILOTROS COSTA**  
PROCURADOR-CHEFE  
COORDENADORIA GERAL DAS  
PROCURADORIAS REGIONAIS

**NICOLA TUTUNGI JÚNIOR**  
PROCURADOR-ASSISTENTE  
COORDENADORIA GERAL DAS  
PROCURADORIAS REGIONAIS

**BERNARDO DE VILHENA SAADI**  
PROCURADOR REGIONAL DO ESTADO  
10ª PROCURADORIA REGIONAL

**RAFAEL GAIA EDAIS PEPE**  
PROCURADOR DO ESTADO  
10ª PROCURADORIA REGIONAL

**LEONARDO BARIFOUSE**  
PROCURADOR DO ESTADO  
11ª PROCURADORIA REGIONAL