

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

IZABELLA FREZA NEIVA DE MACEDO

**JUDICIALIZAÇÃO DA EDUCAÇÃO INFANTIL: UMA ANÁLISE DA DINÂMICA DO
FENÔMENO NO MUNICÍPIO DE CURITIBA**

CURITIBA

2018

IZABELLA FREZA NEIVA DE MACEDO

JUDICIALIZAÇÃO DA EDUCAÇÃO INFANTIL: UMA ANÁLISE DA DINÂMICA DO
FENÔMENO NO MUNICÍPIO DE CURITIBA

Dissertação apresentada como requisito parcial à
obtenção do grau de Mestre em Educação , no Curso
de Pós-Graduação em Educação, linha de Políticas
Eduacionais, Setor de Educação, da Universidade
Federal do Paraná.

Orientadora: Profa. Dra. Adriana A. Dragone Silveira

CURITIBA

2018

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA PELO SISTEMA DE
BIBLIOTECAS/UFPR-BIBLIOTECA DO CAMPUS REBOUÇAS
MARIA TERESA ALVES GONZATI, CRB 9/1584
COM OS DADOS FORNECIDOS PELO(A) AUTOR(A)

Macedo, Izabella Freza Neiva de.

Judicialização da educação infantil : uma análise da dinâmica do
fenômeno no município de Curitiba / Izabella Freza Neiva de
Macedo. – Curitiba, 2018.

149 f.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná . Setor
de Educação, Programa de Pós-Graduação em Educação.

Orientadora: Profª Drª Adriana A. Dragone Silveira

1. Política educacionais. 2. Escolas – Educação infantil – Curitiba
(PR). 3. Tribunal de justiça – Paraná – Educação. 4. Educação e
Estado. I. Título. II. Universidade Federal do Paraná.

CDD 379.81

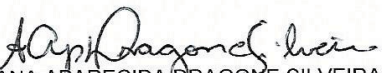


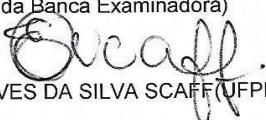
MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
SETOR EDUCAÇÃO
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EDUCAÇÃO

TERMO DE APROVAÇÃO

Os membros da Banca Examinadora designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação em EDUCAÇÃO da Universidade Federal do Paraná foram convocados para realizar a arguição da Dissertação de Mestrado de **IZABELLA FREZA NEIVA DE MACEDO**, intitulada: **JUDICIALIZAÇÃO DA EDUCAÇÃO INFANTIL: UMA ANÁLISE DA DINÂMICA DO FENÔMENO NO MUNICÍPIO DE CURITIBA**, após terem inquirido a aluna e realizado a avaliação do trabalho, são de parecer pela sua aprovação no rito de defesa. A outorga do título de Mestre está sujeita à homologação pelo colegiado, ao atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca e ao pleno atendimento das demandas regimentais do Programa de Pós-Graduação.

Curitiba, 05 de Julho de 2018.


ADRIANA APARECIDA DRAGONE SILVEIRA(UFPR)
(Presidente da Banca Examinadora)


ELISANGELA ALVES DA SILVA SCAFF(UFPR)


ELTON VENTURI(UFPR)

A judicialização da política brasileira calibra a tensão máxima dos embates em torno do controle do Estado, instando os políticos detentores de mandatos pelo voto a negociar contenciosos com a elite togada, cuja legitimidade se escora na competência simbólica validada pelo diploma escolar, trunfo cultural irredutível ao capital econômico.

Sergio Miceli

no prefácio de *Sobre o Estado* de Pierre Bourdieu

AGRADECIMENTOS

À família, por tudo.

Àqueles que acreditaram.

Às minhas colegas que foram importantes na minha formação.

Especialmente à Adriana, minha orientadora, que acreditou, incentivou e possibilitou meu crescimento acadêmico e pessoal apesar de minhas ausências.

RESUMO

Esta dissertação insere-se no campo de estudos do fenômeno da judicialização da educação e teve por objetivo analisar a atuação do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná frente ao movimento de judicialização da educação infantil no município de Curitiba, no período de 2015 a 2017, verificando se o Judiciário paranaense se configura um ator político nesse cenário. Para tanto, foram analisadas decisões proferidas pelo Tribunal em recursos de apelação e reexame necessário em ações que pleiteiam vaga em creche no município de Curitiba, consubstanciando-se uma pesquisa qualitativa pela análise documental de decisões judiciais e documentos correlatos. Da análise, constatou-se um curioso contrassenso do Tribunal na análise da disputa pela política educacional, uma vez que embora venha garantindo a efetividade de demandas individuais pela confirmação de sentenças favoráveis, em 98,4% das decisões analisadas, não sustenta essa postura em demandas coletivas. Isto porque além de restar pendente de julgamento pelo Tribunal uma ação civil pública proposta pelo Ministério Público estadual em 2014 que pleiteia a expansão da oferta de vagas em creche no município de Curitiba, ainda foi concedida, pelo próprio Tribunal, uma Suspensão de Liminares que suspende o efeito das decisões em ações individuais que concedem vaga em creche no município até que se tenha decisão definitiva. Um importante elemento, portanto, se evidenciou no município de Curitiba: as ações individuais que demandam por expansão da política educacional de oferta de vagas em creche se demonstra mais efetiva do que demanda coletiva com o mesmo propósito.

PALAVRAS-CHAVE: Judicialização da Educação. Política Educacional. Educação Infantil. Vaga em creche. Município de Curitiba.

ABSTRACT

This dissertation studies the phenomenon of judicialization of education and aims to analyze the current actions of the Justice Court of Paraná in regards to the judicialization of basic education in the city of Curitiba between 2015 and 2017. This is performed by assessing whether the Judiciary of the state of Paraná has a political role in this scenario. In order to achieve this, we analyzed the decisions of the Court in appeals and reviews concerning lawsuits demanding for spots in nurseries in the city of Curitiba. The research was based on a qualitative analysis of judicial decisions and documents. The analysis shows an intriguing contradiction in the role of the Court in conflicts regarding educational policies because, despite ensuring the effectiveness of individual claims by deciding in favor of these claims – 98.4% of the decisions analyzed – the Court's decisions regarding collective demands do not follow this pattern. For, besides the lack of any decision by the Court regarding a civil lawsuit filed by the State Department of Public Prosecution in 2014 that calls for the expansion of the number of spots in nurseries in the city of Curitiba, the same Court made void any injunctions related to individual lawsuits for spots in nurseries until a final decision is made. Therefore, the city of Curitiba witnessed an important element: the fact that individual lawsuits that demand the expansion of the educational policy of spots in nurseries are more effective than collective demands with the same purpose.

KEYWORDS: Judicialization of Education. Educational Policy. Spot in Nursery. Childhood Education. City of Curitiba.

LISTA DE GRÁFICOS

GRÁFICO 3- NÚMERO DE DECISÕES EM AÇÃO POR VAGA EM CRECHE, CURITIBA, 2015-2017	77
GRÁFICO 4 – DISTRIBUIÇÃO DAS DECISÕES COLETIVAS OU INDIVIDUAIS	81

LISTA DE QUADROS

QUADRO-RESUMO 1: ARGUMENTOS JURÍDICOS.....	86
--	----

LISTA DE TABELAS

TABELA 1 - DISTRIBUIÇÃO DE DECISÕES EM AÇÕES POR VAGA EM CRECHE POR RELATOR, CURITIBA, TJPR, 2015-2017	78
--	----

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ANEB – Avaliação Nacional da Educação Básica

ANPED – Associação Nacional de Pós Graduação e Pesquisa em Educação

ANEI – Avaliação Nacional da Educação Infantil

BDTD - Biblioteca Digital de Teses e Dissertações

CIDH – Convenção InterAmericana de Direitos Humanos

CAPES - Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior

CAQ – Custo Aluno Qualidade

CAQi – Custo Aluno Qualidade Inicial

CNE – Conselho Nacional de Educação

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CPC/1973 – Código de Processo Civil – Lei nº 5.869/1973

CPC/2015 – Código de Processo Civil – Lei nº 13.105/2015

CF/88 – Constituição da República Federativa do Brasil

EC – Emenda Constitucional

ECA – Estatuto da criança e do adolescente

EJA – Educação de jovens e adultos

ENEM – Exame nacional do ensino médio

EUA – Estados Unidos da América

INEP – Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira

LDB – Lei de diretrizes e bases da educação nacional

MEC – Ministério da Educação

MIEIB – Movimento interfóruns de educação infantil do Brasil

PNE – Plano Nacional de Educação

PPGE – Programa de pós-graduação em educação

PROINFÂNCIA - Programa Nacional de Reestruturação e Aquisição de Equipamentos para a Rede Escolar Pública de Educação Infantil

SciELO - Scientific Electronic Library Online

STF – Supremo Tribunal Federal

TAC – Termo de Ajustamento de Conduta

TJPR – Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

TJRJ – Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

TJSP – Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

UFPR – Universidade Federal do Paraná

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	14
1 – A JURIDIFICAÇÃO DA EDUCAÇÃO INFANTIL: DO DIREITO À JUDICIALIZAÇÃO	18
1.1 – A EDUCAÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL	19
1.2 – O DIREITO À EDUCAÇÃO INFANTIL.....	37
1.3 – JUDICIALIZAÇÃO DA EDUCAÇÃO: EXISTE UMA DEFINIÇÃO?	41
2 – A JUDICIALIZAÇÃO DA EDUCAÇÃO: O JUDICIÁRIO, OS DIREITOS SOCIAIS E O CONTEXTO JUSPOLÍTICO CONTEMPORÂNEO	46
2.1 – O JUDICIÁRIO E OS DIREITOS SOCIAIS: O CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS	47
2.2 – O VIÉS POLÍTICO DA JUDICIALIZAÇÃO.....	53
2.3 – O DESLOCAMENTO DA DISPUTA: CONSIDERAÇÕES SOBRE O (DES)PREPARO DO SISTEMA JURÍDICO	57
2.4 – CONJECTURAS QUANTO AO CONTEXTO JUSPOLÍTICO CONTEMPORÂNEO	61
3 – A JUDICIALIZAÇÃO DA EDUCAÇÃO INFANTIL NO MUNICÍPIO DE CURITIBA	66
3.1 – CONSIDERAÇÕES SOBRE O PERCURSO DE COLETA DE DADOS	66
3.2 – O CONTEXTO DE JUDICIALIZAÇÃO NO MUNICÍPIO DE CURITIBA.....	70
3.3 – O POSICIONAMENTO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ EM AÇÕES QUE PLEITEIAM VAGA EM CRECHE NO MUNICÍPIO DE CURITIBA	76
3.4 – O CONTRAFLUXO DE JUDICIALIZAÇÃO: A SUSPENSÃO DE LIMINAR N. 1407201-4	88
3.5 – REFLEXÕES SOBRE A DINÂMICA DO FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO DA EDUCAÇÃO INFANTIL NO MUNICÍPIO DE CURITIBA	101
CONSIDERAÇÕES FINAIS	104
REFERÊNCIAS.....	109
APÊNDICES I	124
ANEXOS I	126

ANEXOS II 130

ANEXOS III 136

INTRODUÇÃO

A interferência dos órgãos do sistema de justiça na educação vem sendo estudada desde 2005, com a tese de doutoramento de Romualdo Portella Oliveira “Educação e cidadania: o direito à educação na Constituição de 1988 da República Federativa do Brasil” (Faculdade de Educação, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1995) (SILVEIRA, 2015), sendo hoje objeto de estudo no campo das Políticas Educacionais (OLIVEIRA, 1995; MACHADO JR., 2003; MACHADO, 2003; LIMA, 2005; LOPES, 2006; TAVARES, 2006; GRACIANO ET.AL., 2006; PACHECO, 2006; CURY, FERREIRA, 2009; MARINHO, 2009; RANIERI, 2009; RIZZI, XIMENES, 2010; TUTUNGI JR, 2010; AFONSO, 2010; SILVEIRA, 2010; GOTTLIEB, 2011; FONTES, 2011; GALEGO, 2011; CORDEIRO, 2011; VICTOR, 2011; PINTO, 2014; CARVALHO, 2014; ZANDER, 2014; CURY E AMARAL, 2014; FELDMAN, 2017; TAPOROSKY, 2017; GONÇALVES, 2018). Consigne-se, ainda, que esta dissertação é resultado parcial do projeto de pesquisa “Efeitos da atuação do sistema de justiça no direito à educação infantil: um estudo da judicialização da política educacional em três estados brasileiros”, financiado pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) e coordenado pela Profa. Dra. Adriana A. Dragone Silveira.

Embora ainda não haja consenso quanto à definição do conceito de “judicialização da educação”, considera-se como definição do termo a atuação de órgãos do sistema de justiça para a exigibilidade do direito à educação, em seus diversos aspectos, que impactam a política, sendo pela via judicial ou extrajudicial. Dentro desse amplo espectro, esta pesquisa debruça-se sobre a judicialização da educação infantil, utilizando como campo empírico a dinâmica do fenômeno no município de Curitiba.

Esta dissertação teve como objetivo analisar a atuação do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR) frente ao movimento de judicialização da educação infantil verificando em que medida o judiciário se configura como um ator político nesse cenário, tendo como objeto de estudo decisões proferidas pelo TJPR de 2015 a 2017 em ações cujo pleito era vaga em creche, isto é, decisões cujo resultado pode impactar a política municipal de oferta de vagas em creche.

Primeiro a pesquisa delimitou caminhos teóricos, fazendo uma construção referencial temática que auxiliou a análise empírica. Esta, por sua vez, debruçou-se sobre 322 decisões proferidas em recursos de apelação e reexame necessário individuais que pleiteavam vaga em creche no município de Curitiba e nos autos de Suspensão de Liminares 1407201-4 proposta pelo município de Curitiba em 2015. Para o estudo empírico, adotou-se a abordagem qualitativa, pela análise documental das decisões coletadas. Inicialmente coletaram-se as decisões no sítio eletrônico do TJPR, elaborando-se um banco de dados com todas as decisões que se enquadravam no objetivo da pesquisa. Após, foram analisadas todas as decisões, proferidas por 18 diferentes desembargadores, verificando-se qual a postura adotada no Tribunal e quais os argumentos, políticos e jurídicos, que embasaram as decisões. Após, analisaram-se todos os despachos decisórios proferidos nos autos da Suspensão de Liminares, estes proferidos pelo Presidente do TJPR.

A questão que norteou as análises foi: em que medida o judiciário paranaense reveste-se de caráter político quando avoca a possibilidade de resolução de disputas por políticas públicas em educação?

Chegou-se a esse recorte de pesquisa porque alguns aspectos se mostraram relevantes durante a formação da pesquisadora e durante a própria pesquisa teórica e empírica. Primeiro porque a judicialização da política pública tem expandido no cenário nacional, de modo que anseios por direitos sociais têm sido disputados não mais apenas nas arenas políticas propriamente, Executivo e Legislativo, mas resolvidas no âmbito do sistema de justiça e vêm impactando o planejamento dos entes políticos e do administrador público (LOPES, 2002; SARMENTO, 2010). Não obstante, verifica-se, na literatura processual civil do Direito, inclusive, que os instrumentos processuais e a lógica judicial não têm sido eficientes para resolver demandas coletivas no âmbito das políticas públicas (ARENHART, 2015). Neste sentido, estudos sobre o fenômeno não podem descartar o judiciário como ator político relevante no cenário das políticas públicas (TAYLOR, 2007).

Ressalta-se que o embate quanto à oferta de vagas em creche é bastante peculiar quando se trata da educação básica. Isto porque embora a educação infantil seja a primeira etapa da educação básica (crianças de 0 a 5 anos de idade), a compulsoriedade da educação escolar engloba apenas a subetapa da pré-escola (crianças de 4 e 5 anos de idade), sendo facultativa a presença da criança de 0 a 3 anos de idade nos centros de educação infantil. Esse cenário normativo gera efeitos

na atuação do gestor público, uma vez que acaba priorizando as etapas cuja presença da criança é obrigatória, não ofertando vagas suficientes para toda a demanda por creche¹.

Não obstante, o Supremo Tribunal Federal (STF) já se manifestou em 2005, assentando a jurisprudência desde então, de que a educação infantil (creche e pré-escola) é direito público subjetivo não adstrito à discricionariedade administrativa (BRASIL, 2005). Desde então, os demais Tribunais parecem seguir a jurisprudência pacífica do STF, no sentido de que demandas por vaga em creche, mesmo que propostas de forma individual, devem ser procedentes, uma vez que não cabe ao gestor municipal deixar de ofertá-la.

Em linhas gerais, a pesquisa demonstrou, teoricamente, que o controle jurisdicional de políticas públicas não só é possível, como um dever do sistema de justiça, posto que a negativa de direitos sociais é questão necessária à análise do judiciário. Não obstante, constatou-se que o judiciário não está preparado para lidar com demandas que versam sobre políticas públicas, pois os mecanismos jurídicos criados para processar demandas coletivas não se demonstra eficiente. Ainda, além da deficitária estrutura processual, o próprio magistrado, quando decide, não parece considerar os impactos de suas decisões, sobretudo em ações individuais, de modo que deixa de analisar questões de ordem estrutural e orçamentária do município para atender a ordem judicial.

A análise empírica trouxe resultados curiosos. Primeiro, constatou-se um crescente número de ações individuais que pleiteiam vaga em creche propostas pela Defensoria Pública do estado (DP), com mais de 98% de decisões favoráveis. Dos 18 desembargadores que proferiram decisões nessas demandas, apenas uma desembargadora posicionou-se contrariamente, avocando argumentos jurídicos para a negativa do pleito. Não obstante o posicionamento claramente favorável do TJPR a essas demandas, o próprio Tribunal, por intermédio de suspendeu os efeitos de decisões não definitivas que concedem vaga em creche no município de Curitiba, por intermédio de sucessivas decisões proferidas nos autos de Suspensão de Liminares nº 1407201-4. Isto é, o próprio Tribunal que concede é o Tribunal que barra os efeitos de suas decisões. Ainda, consigne-se, que à época da pesquisa empírica (2015-17) estava ainda pendente no TJPR de decisão uma ação civil pública (ACP) proposta em

¹ O déficit de vagas no município de Curitiba da demanda manifesta é de 7 a 9 mil (GONÇALVES, 2018)

2014 pelo Ministério Público estadual (MP) requerendo vagas em creche e pré-escola no município de Curitiba.

A pesquisa trouxe elementos relevantes à análise global do fenômeno da judicialização da educação. Demonstrou que os órgãos do sistema de justiça, MP e DP sobretudo, têm judicializado demandas sociais de acesso a políticas públicas de educação e evidenciou um despreparo do judiciário para atender a essa demanda, o que é discutido com mais robustez e profundidade no corpo da dissertação, com ponderações nas considerações finais.

1 – A JURIDIFICAÇÃO DA EDUCAÇÃO INFANTIL: DO DIREITO À JUDICIALIZAÇÃO

A educação é um direito consagrado no ordenamento jurídico brasileiro como direito (social) fundamental, com grande arcabouço legislativo que o (re)afirma e o regulamenta. A Constituição da República Federativa do Brasil, comumente denominada Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), deu um grande passo no que se refere a direitos sociais, dando um importante espaço para a educação.

Estar declarada como direito é essencial, mas não bastante. Princípios e regras, sejam de ordem constitucional, sejam infraconstitucionais, estipulam o *dever-ser* na educação, mas não representam a realidade social. Apesar de ainda se identificar um abismo entre o que está declarado e a realidade, verdade é que um primeiro passo é que o direito esteja reconhecido na legislação (CURY, 2002), tornando, assim, viável que seja exigido, seja pela via extrajudicial seja, em último extremo, pela via judicial.

A educação brasileira sofreu uma reconfiguração em 2009, com a aprovação da Emenda Constitucional nº 59 de 2009 (EC 59/09) que modificou a definição de educação obrigatória no país e deu novas perspectivas à educação básica. A compulsoriedade, que antes estava adstrita ao ensino fundamental, isto é, o critério era a etapa de ensino, sendo 9 (nove) anos de escolarização obrigatória, com a reforma, estendeu-se para 14 (quatorze) anos a escolarização obrigatória no país uma vez que a obrigatoriedade ficou definida pelo critério de idade/faixa etária, sendo hoje compulsória dos 04 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, englobando, portanto, a educação infantil e o ensino médio para que seja possível atender as crianças e os adolescentes sem distorção idade/série.

Esse contexto propiciou um aumento na garantia do acesso à educação, caracterizado pela compulsoriedade da frequência escolar por parte da família do educando (ou de seus responsáveis legais) e na obrigação de oferta de vagas pelo Estado.

Conquanto, apesar de não ser etapa obrigatória, a creche (que engloba a faixa etária dos 0 aos 3 anos de idade) figura-se como primeira etapa da educação básica no país. Eis que surge a grande questão fática de déficit de vagas que vem ensejando um movimento de judicialização da política em busca de vagas: não sendo

compulsória a frequência da criança na creche, subsiste a obrigatoriedade de oferta pelo Estado a quem demanda?

Para responder a essa pergunta, faz-se necessário explicar acerca do direito à educação no Brasil e sobre as especificidades da educação infantil, em especial à creche - etapa não obrigatória - que engloba crianças na faixa etária dos 0 aos 3 anos de idade, o que se fará a seguir.

1.1 – A EDUCAÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Os direitos do homem são frutos de uma construção histórica. São reflexo dos anseios sociais e, portanto, se sucedem e se somam com o decorrer do tempo e com as transformações sociais, estando em constante expansão (BOBBIO, 2004).

A Declaração dos Direitos do Homem de 1948 considera a educação um direito essencial, já em seu preâmbulo quando afirma que os povos e as nações devem promover os direitos e liberdades do homem através da educação². Dispõe, no art. XXVI, que a *instrução* (leia-se, *educação*, nos termos deste trabalho) é direito de todo homem e que deve ser orientada “no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos do homem e pelas liberdades fundamentais”.

A educação está intimamente ligada à dignidade da pessoa humana e à construção da cidadania, pois é a educação que proporciona a plenitude do indivíduo dentro da sociedade, de modo que se trata não só de um direito individual, mas um bem social, uma vez que é possível pensar na igualdade educacional como “provisão de bem-estar-social, na qual todas as crianças, consideradas futuras cidadãs, têm a mesma necessidade de conhecimento” (WALZER, 2009, p.276). Neste sentido, não pode depender de capacidade econômica ou posição social para ser distribuída³, deve ser um bem social acessível a todas as pessoas.

² Outros documentos internacionais, como o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 e a Convenção dos Direitos da Criança de 1989 consideram a educação um direito do homem.

³ Para Walzer (2009), explicar o pluralismo na justiça distributiva é necessária uma *teoria dos bens*, pois são os bens, dotados de significação por meio de algum princípio geral que constroem os agentes distribuidores. A criação desses bens pressupõe: “o ato de dar nome aos bens, e a concessão de significado, e a criação coletiva” (p.6). Ainda ressalta que “os bens do mundo compartilham significados porque a concepção e a criação são processos sociais” (p.7), de modo que “todos os bens de que trata a justiça distributiva são bens sociais” (p.6). Por isso que “é o significado do bem que define sua movimentação” (p.8), pois “se entendermos o que ele é, o que significa para aquele para quem é um bem, entenderemos como, por quem e por quais motivos deve ser distribuído” (p.8).

Além de reconhecida como direito humano no âmbito internacional, no Brasil, educação é consagrada como direito fundamental, estando no rol de direitos sociais. Mas o que significa considerar a educação um direito fundamental?

Inicialmente, é importante destacar que comumente os termos *direitos humanos* e *direitos fundamentais* são utilizados como sinônimos, mas são conceitualmente distintos, uma vez que:

o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal independente da sua vinculação a determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional) (SARLET, 2005, p. 35-36).

Por serem direitos fundamentais os “direitos reconhecidos ou outorgados e protegidos pelo direito constitucional interno de cada Estado” (SARLET, 2005, p.36), é que este estudo se restringe a utilizar esta terminologia, vez que o direito a educação é aqui estudado partindo do texto constitucional brasileiro. Com efeito, resta necessário compreender o que são *direitos fundamentais*,

É possível definir *direitos fundamentais* como (i) direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), (ii) contidos em dispositivos constitucionais e que (iii) encerram caráter normativo supremo dentro do Estado; (iv) tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual (DIMOULIS e MARTINS, 2011).

Dessa definição se extraem alguns elementos básicos a uma primeira orientação sobre direitos fundamentais, quais sejam, (a) Os sujeitos da relação criada pelos direitos fundamentais (pessoas vs. Estado); (b) a finalidade desses direitos (limitação do poder estatal para preservar a liberdade individual); (c) sua posição no sistema jurídico, definida pela supremacia constitucional (DIMOULIS e MARTINS, 2011).

Trata-se portanto de direitos do homem, frutos de transformações e anseios sociais (BOBBIO, 2004), positivados na constituição de um Estado. Neste sentido, “os direitos fundamentais são definidos como base em sua força formal, decorrente da

maneira de sua positivação” (DIMOULIS e MARTINS, 2011, p. 49), ou seja, são os direitos que “gozam de proteção constitucional, isto é, da peculiar força jurídica que lhes oferece a supremacia das normas constitucionais” (DIMOULIS e MARTINS, 2011, p. 48).

Neste ponto, ressalta-se que “a principal finalidade dos direitos fundamentais é conferir aos indivíduos uma posição jurídica de direito subjetivo”, ou seja, dar garantia ao indivíduo de que o Estado fica obrigado a agir ou a abster-se de atuar, motivo pelo qual cada direito fundamental se constitui um “direito público subjetivo” que, em outras palavras, é o “direito individual que vincula o Estado” (DIMOULIS e MARTINS, 2011, p. 57).

Para compreender a inter-relação entre indivíduo, Estado e direitos fundamentais, deve-se imaginar o Estado e o indivíduo como duas esferas em interação, de modo que os direitos fundamentais existem para garantir a autonomia da esfera individual e delinear as situações em que deve haver o contato entre as esferas; isto é, os direitos fundamentais figuram como instrumentos que intermedeiam limites e deveres na relação indivíduo-Estado (DIMOULIS e MARTINS, 2011).

Entretanto, vale ressaltar, os direitos fundamentais possuem duas facetas, vez que são considerados direitos subjetivos individuais e, também, “elementos objetivos fundamentais da comunidade” (SARLET, 2005, p.155). Nesse sentido, além de serem garantias do cidadão perante o Estado, os direitos fundamentais constituem um conjunto de valores objetivos básicos de natureza jurídico-objetiva com eficácia em todo o ordenamento jurídico; isto é, além da função de serem “direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do poder público”, formam decisões valorativas e “fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos” que “fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos” (SARLET, 2005, p. 157). Em suma, os direitos fundamentais consagram direitos subjetivos individuais e impõem obrigações de cunho objetivo aos poderes públicos.

Destaque-se, ainda, a posição e o significado dos direitos fundamentais na constituição de um Estado Democrático e Social de Direito: (i) constituição, (ii) Estado Democrático de Direito e (iii) direitos fundamentais são instituições intimamente ligadas, no sentido de que existe uma interdependência entre elas (SARLET, 2005).

Repise-se que já no artigo 16 da Declaração Francesa de Direitos do Homem e do Cidadão (1789) restara implícita tal relação, senão, veja-se: “toda sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes

determinada não possui Constituição”. Segundo Sarlet (2005), com essa referida formulação, restaram estabelecidas as bases do núcleo material das primeiras Constituições escritas, quais sejam: (i) o princípio da separação dos poderes; (ii) a noção de limitação jurídica do poder estatal; e (iii) a garantia de alguns direitos fundamentais. De modo que Os direitos fundamentais integram, portanto, ao lado da definição da forma de Estado, do sistema de governo e da organização do poder, a essência do Estado constitucional, constituindo, neste sentido, não apenas parte da Constituição formal, mas também elemento nuclear da Constituição material” (SARLET, 2005, p. 67).

Com efeito, os direitos fundamentais podem ser elencados como *conditio sine qua non* do Estado constitucional democrático, no sentido de que a proteção da liberdade por intermédio dos direitos fundamentais é uma proteção juridicamente mediada e, portanto, a Constituição é condição de existência desses direitos: “de tal sorte que os direitos fundamentais somente poderão aspirar à eficácia no âmbito de um autêntico Estado constitucional” (SARLET, 2005,p. 68).

Neste sentido, é possível inferir que os direitos fundamentais são essenciais ao próprio regime democrático, senão, veja-se:

os direitos fundamentais podem ser considerados simultaneamente pressuposto, garantia e instrumento do princípio democrático de autodeterminação do povo por intermédio de cada indivíduo, mediante o reconhecimento do direito de igualdade (perante a lei e de oportunidades), de um espaço de liberdade real, bem como por meio da outorga do direito à participação (com liberdade e igualdade), na conformação da comunidade e do processo político, de tal sorte que a positivação e a garantia do efetivo exercício de direitos políticos (no sentido de direitos de participação e conformação do *status* político) podem ser considerados o fundamento funcional da ordem democrática e, neste sentido, parâmetro de sua legitimidade (Sarlet, 2005, pp. 70-71).

Verifica-se, então, que a existência dos direitos fundamentais para o exercício das liberdades e garantia de igualdade de oportunidades é essencial à democracia e a um Estado de Direito “guiado pelo valor da justiça material” (SARLET, 2005, p. 71). E, sendo assim, é possível concluir que “as noções de Estado de Direito, Constituição e direitos fundamentais (...) constituem condição de existência e medida da legitimidade de um autêntico Estado Democrático e Social de Direito” (SARLET, 2005, p.72).

Os direitos fundamentais evidenciam-se, portanto, como espinha dorsal do Estado Democrático de Direito, na medida em que regulam a relação indivíduo-Estado, sendo ao mesmo tempo, direitos subjetivos e um valor-guia que dita critérios objetivos à atuação estatal. Importa explorar, neste ponto, os aspectos dos direitos fundamentais no Estado brasileiro.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88) trata da matéria dos direitos fundamentais com expressiva (e merecida) relevância de maneira inédita. Esse caráter social de garantias fundamentais ao cidadão se deve ao contexto social que se vivia no Brasil: um período de redemocratização após mais de duas décadas de ditadura. As eleições livres consagraram um Congresso-Constituinte (em 1º de fevereiro de 1987) que oportunizaram debates inéditos no país que acabaram por gerar o conteúdo na Constituição de 1988 (SARLET, 2005).

Pode-se atribuir à CF/88 três características extensivas à matéria de direitos fundamentais, quais sejam, (i) caráter analítico; (ii) pluralismo; e (iii) cunho programático ou dirigente. Em apertada síntese, explica-se: *caráter analítico* pelo grande número de dispositivos legais; *pluralismo* em razão da extensa gama de direitos abarcados, como os sociais, os clássicos, os políticos; e *cunho programático*⁴ por ter diversos dispositivos que dependem de regulamentação legislativa infraconstitucional para sua plena eficácia (SARLET, 2005).

Especificamente no que diz respeito aos direitos fundamentais, vale destaque a situação topográfica dos seus dispositivos (Título II – dos Direitos e Garantias Fundamentais: sete artigos, seis parágrafos e cento e nove incisos), em seguida do preâmbulo e dos princípios fundamentais da República. Para Sarlet (2005), essa posição reflete, além de maior rigor lógico, o *status* de parâmetro hermenêutico e traduz valores superiores ao de toda a ordem constitucional e jurídica. Conquanto, repise-se, embora se valha de local de destaque, “referências a tais direitos encontram-se em diversas partes do texto constitucional” (DIMOULIS e MARTINS, 2011, p. 33).

Ademais, os direitos sociais, dentre os quais a educação, figuram-se em capítulo próprio dentro do catálogo dos direitos fundamentais, o que evidencia a autenticidade desses direitos como fundamentais (SARLET, 2005). Ressalta-se ainda

⁴ Vale ressaltar que no tocante aos direitos fundamentais esse caráter dirigente é extremamente mitigado pela previsão do artigo 5º, § 1º (BRASIL, 1988) de aplicabilidade imediata das normas de direitos fundamentais, conforme se verá mais detalhadamente adiante.

que, estão dentre as cláusulas pétreas (“garantias da eternidade”) do art. 60, §4º (BRASIL, 1988), motivo pelo qual não podem ser suprimidos do ordenamento jurídico brasileiro - salvo a hipótese de um novo regime constitucional, uma nova Constituinte.

Além de se enquadrarem no núcleo rígido da CF/88, uma norma de exímia importância para a análise de qualquer direito fundamental constante da Constituição de 1988 encontra-se disposta no art. 5º, § 1º, a qual proclama que todas as disposições que definem direitos como fundamentais como **direta e imediatamente vinculantes**, ou seja, proclama o **efeito imediato** dos direitos fundamentais (DIMOULIS e MARTINS, 2011, p. 96), o que significa que “o constituinte de 1988, além de ter consagrado expressamente uma gama variada de direitos fundamentais sociais, considerou todos os direitos fundamentais como normas de aplicabilidade imediata” (SARLET, 2005, p. 267).

Assim, o que se constata é que os direitos fundamentais dispostos na CF/88 são “normas imediatamente aplicáveis e plenamente eficazes” (SARLET, 2005, p. 267), não podendo ser consideradas normas dirigentes ou programáticas (que dependem de regulação infraconstitucional para sua plena eficácia). Isto é, “não há como tomar a sério os direitos fundamentais se não se levar a sério o disposto no art. 5º, § 1º”, de modo que é possível imprimir a ideia de que a referida norma “impõe aos órgãos estatais a tarefa de maximizar a eficácia dos direitos fundamentais” (SARLET, 2005, p. 268). Ainda, destaca-se o caráter dirigente e vinculante da norma ora debatida, que além do objetivo de

Assegurar a força vinculante dos direitos e garantias de cunho fundamental, ou seja, objetiva tornar tais direitos prerrogativas diretamente aplicáveis pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário,(...) investe os poderes públicos na atribuição constitucional de promover as condições para que os direitos e garantias fundamentais sejam reais e efetivos (PIOVESAN, 1995).

Com efeito, há sustentação doutrinária no sentido de que as garantias e direitos fundamentais vinculam todos os órgãos públicos e particulares, sendo que, nessa

concepção, os públicos têm de aplicá-los e os particulares têm de cumpri-los (SARLET, 2005)⁵.

Salienta-se, entretanto, que não se pode ser idealista ao ponto de ignorar que há limites para a efetivação de alguns direitos, ou seja, a plena eficácia dos direitos fundamentais não é independente de qualquer ato concretizador. Existem limites para a aplicabilidade imediata em razão de aspectos como (i) a colisão entre direitos fundamentais; (ii) a falta de qualificação/legitimação dos tribunais para implementá-los ou, (iii) a *reserva do possível* (SARLET, 2005).

Deve-se levar em conta, portanto, que a exegese da norma constante do art. 5º, § 1º (BRASIL, 1988) é essencialmente principiológica, ou seja, “uma espécie de mandado de otimização (ou maximização), isto é, estabelecendo aos órgãos estatais a tarefa de reconhecerem a maior eficácia possível aos direitos fundamentais” (SARLET, 2005, p. 270). Nesse sentido, a exegese de que ora se trata deve ser o *fio condutor* para se analisar um direito fundamental e sua efetividade.

Conquanto, apesar do “imperativo constitucional da aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais que cria uma vinculação direta e plena do destinatário passivo dos direitos e garantias” (DIMOULIS e MARTINS, 2011, p. 98), existem algumas condições para a efetivação dos direitos, principalmente os direitos que exigem prestação do Estado, destacando-se, desde logo, que o *fator custo* não é elemento impeditivo para a efetivação de um direito fundamental pela via jurisdicional (SARLET, 2005).

O direito fundamental à educação é um direito que para sua efetividade exige prestação estatal, ou seja, tem uma dimensão econômica que deve ser considerada. O que se impõe como um problema nesse ponto é a possibilidade de o órgão destinatário da norma de prestar aquilo que lhe é imposto, ou seja, quando a efetivação de um direito fundamental exige prestação estatal que exige certa conjuntura econômica, a problemática que se sobrepõe é “a dependência da real existência dos meios para cumprir com sua obrigação” (SARLET, 2005, p. 288).

É neste ponto que se chega à construção dogmática da **reserva do possível** (importada do direito constitucional alemão⁶). A disponibilidade efetiva de recursos

⁵ Mais a frente será analisada a posição das instituições de ensino privadas ao exercer a função de prestar serviços educacionais do Estado e como é possível exigirem-se direitos ainda que a instituição de ensino seja privada.

⁶ Decisão *Numerus clauses* do TCF alemão, estudada com mais detalhe no capítulo seguinte.

constitui um limite fático aos direitos fundamentais sociais prestacionais, isto é, o titular do direito quando este é inquestionável, pode esbarrar na possibilidade material de disposição de recursos pelo Estado para a prestação que se faz necessária.

Sarlet (2005) coloca essa contradição fática como *autêntico problema de competência constitucional*, pois a Constituição de 1988 não oferece instrumentos para a resolução desse impasse, ficando a encargo dos órgãos políticos tal resolução, de modo que “há que se questionar até que ponto estes aspectos têm o condão de efetivamente impedir a plena eficácia e realização destes direitos” (SARLET, 2005, p. 290).

Dimoulis e Martins (2011) afirmam que a *reserva do possível* não pode ser alegada a fim de limitar a imediata aplicabilidade dos direitos fundamentais. Destacam que o *possível* é questionável, pois “indica a ausência de vontade política para o seu cumprimento” (p.100), vez que “o “possível” não é grandeza objetivamente aferível no que diz respeito à atuação do Estado” (p.99) porque “o Estado pode utilizar um amplo leque de medidas para tornar possível uma prestação” (p.99). Ressaltam, também, que o Judiciário não possui ferramentas legítimas para estabelecer critérios a fim de aferir se determinada prestação é ou não é *possível* (p.100), cabendo aos poderes políticos fazerem tal constatação. Conquanto, embora se constate a possibilidade de limites orçamentários à prestação estatal na garantia de um direito, “a impossibilidade de o Estado atender demandas de despesa não pode servir como limite constitucional ao seu dever de concretizar um direito social tanto no plano geral (...) quanto individual” (p.100). Em suma,

não cabe à autoridade jurisdicional mensurar as capacidades financeiras e prioridades políticas estabelecidas pelos demais Poderes para atender demandas baseadas em direito fundamental social. Só lhe cabe verificar a inconstitucionalidade de eventual omissão. Mas isso independe do grau ou intensidade da omissão estatal e dos recursos financeiros efetivamente disponíveis em certo momento (em razão de anteriores decisões estatais) (DIMOULIS e MARTINS, 2011, p.101).

Assim, diante de tais ponderações, o que se constata é que “o intérprete e o aplicador do direito não devem se preocupar com a figura da reserva do possível, e sim com a determinação rigorosa da área de proteção de cada direito” (DIMOULIS e MARTINS, 2011, p.101).

O que se verifica é que as normas que consagram direitos fundamentais são imediatamente aplicáveis, isto é, não dependem de legislação infraconstitucional para que sejam aplicadas e, portanto, exigidas.

De outro vértice, existe a limitação fática na prestação do direito por envolver uma dimensão econômica que o Estado pode não suportar. Tais questões são levantadas agora, mas serão discutidas com mais profundidade no próximo capítulo, quando será extensivamente discutida a questão da possibilidade de judicialização de direitos sociais, o que implica a intervenção judicial na prestação estatal para a garantia de direitos constitucionalmente declarados. Conquanto, embora o assunto seja discutido no capítulo seguinte, ainda com enfoque no conceito de *direitos fundamentais*, entende-se oportuno discorrer sobre a concretização desses direitos pelo Poder Público.

A exegese da norma constante do art. 5º, §1º da Constituição de 1988 que serve como *fio condutor* para a análise e para a aplicação de qualquer direito fundamental, a qual garante a plena e imediata eficácia de todos os direitos e garantias fundamentais prescreve que tais garantias e direitos vinculam todos os órgãos estatais (e particulares). Tal norma também “determina que os titulares dos direitos não precisam aguardar autorização, concretização ou outra determinação estatal para poder exercer seus direitos fundamentais”(DIMOULIS e MARTINS, 2011, p. 96).

Partindo de tal premissa, infere-se que, inclusive, o Poder Legislativo está vinculado ao prescrito pelas normas de garantias fundamentais, devendo respeitá-las e regulamentá-las quando necessário. De acordo com Sarlet (2005), a doutrina majoritária sustenta que os direitos sociais prestacionais necessitam de concretização legislativa para sua efetivação (p.290) em razão da relevância econômica que implicam. Todavia, a omissão do Poder Legislativo dá ensejo para a atuação judicial que terá competência para apreciar os casos em que há violação dos direitos do cidadão (DIMOULIS e MARTINS, 2011, p. 96).

Os direitos sociais, nos quais se inclui o direito à educação, que exigem a prestação real do Estado para que se efetive, são a grande questão quanto à efetividade de direitos fundamentais. Os direitos fundamentais a prestações, conforme Sarlet (2005, p.281), “têm por objeto uma conduta positiva por parte do destinatário, consiste, em regra, numa prestação de natureza fática ou normativa”, ou seja, “têm

por objeto precípua conduta positiva do Estado (ou particulares destinatários da norma), consistente numa prestação de natureza fática” (p.284), ou seja

os direitos sociais de natureza positiva (prestacional) pressupõem seja criada ou colocada à disposição a prestação que constitui seu objeto, já que objetivam a realização da igualdade material, no sentido de garantirem a participação do povo na distribuição pública de bens materiais e imateriais (SARLET, 2005, p.284).

O problema reside, no entanto, na eficácia dos direitos sociais enquanto direitos subjetivos, ou seja, analisar se e “até que ponto e sob que condições é possível, com base numa norma proclamatória de direito fundamental social, reconhecer-se ao particular um direito subjetivo individual, isto é, a possibilidade de exigir judicialmente do Estado um determinada prestação material” havendo omissão legislativa referente ao que se pretende postular (SARLET, 2005, p.300). Todavia, cumpre salientar, “todas as normas consagradas de direitos fundamentais são dotadas de eficácia e, em certa medida, diretamente aplicáveis já ao nível da Constituição e independentemente de intermediação legislativa” (SARLET, 2005, p.296).

A possibilidade de exigir judicialmente uma determinada prestação material do Estado, com enfoque no direito originário à prestação educacional, ou seja, “a possibilidade de – a partir da norma constitucional e independentemente de qualquer mediação legislativa – reconhecer-se um direito subjetivo à prestação que se constitui no objeto precípua do direito fundamental consagrado pela Constituição”, (SARLET, 2005, p.301) é uma vertente que deve ser analisada neste estudo, ou seja, cabe “averiguar até que ponto os direitos sociais prestacionais efetivamente carecem de plena judiciabilidade” (SARLET, 2005, p.308), o que será discutido com profundidade no capítulo seguinte.

Verifica-se que das normas de cunho programático deduz-se um direito subjetivo individual, ainda que estas reclamem uma concretização legislativa, apresentando uma dimensão jurídico-subjetiva. Sarlet (2005) aponta, entretanto, duas vertentes existentes a esse respeito no mundo jurídico. O jurista explica que uma das vertentes sustenta que as normas de cunho programático têm um cunho essencialmente ideológico, de modo que não detém força prática para “uma análise jurídica mais detida”; enquanto a outra vertente sustenta que mesmo sem intermediação legislativa, é possível aplicar a norma constitucional mesmo que esta

seja de formulação vaga e aberta. Ressalta, ainda,, que há quem sustente a ideia de que, em havendo lacuna em razão da omissão legislativa, o Judiciário pode atuar na concretização do direito social sem que isso viole a competência de cada Poder, com base nos dispostos do art.5º, §1º e do art.5º, inciso XXXV (inafastabilidade do Poder Judiciário).

Tendo em vista o embate doutrinário acerca do tema que se evidencia, Sarlet (2005) elenca três teorias a esse respeito que “aderem à noção de um padrão mínimo de segurança material a ser garantido por meio de direitos fundamentais, que têm por objeto evitar o esvaziamento da liberdade pessoal, assegurando, de tal sorte, uma liberdade real” (p.348).

A primeira vertente é a de Christian Starck, jurista alemão, cuja tendência seria no entendimento de que, em regra, não é possível efetivar os direitos originários à prestação pela via interpretativa por si só, mas admite algumas exceções que devem atender aos seguintes pressupostos:

a) a premente e compulsória necessidade de assegurar materialmente um direito de liberdade; b) determinabilidade do conteúdo da prestação; c) garantia dos recursos necessários sem invasão da esfera de competência do legislador em matéria orçamentária; d) sujeição do direito social prestacional à cláusula vinculatória do art.1º, inc.III, da Lei Fundamental (princípio da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais). Os três primeiros requisitos possuem caráter cumulativo, ao passo que o último constitui decorrência deles. (SARLET, 2005, p.346)

Starck, portanto, relativiza sua concepção, de modo que “o conteúdo do objeto da pretensão, isto é, da prestação, deve ser suficientemente determinado ou determinável, contornando a necessidade de concretização legislativa” (SARLET, 2005, p.346) para a garantia de condições existenciais mínimas.

O segundo modelo levantado por Sarlet (2005) é a do Prof. R. Breuer. Nessa concepção, parte-se do pressuposto de que o indivíduo vive numa relação de *dependência existencial* com o Poder Público no Estado moderno prestacional e que este Estado deve promover a justiça social cujo parâmetro base é a *garantia das liberdades fundamentais*. Ou seja, nessa concepção, o indivíduo só exerce sua liberdade de forma autônoma com a atuação do Poder Público. Para Breuer, portanto, a existência de um direito subjetivo prestacional originário só é concebível caso a omissão legislativa possa colocar em risco as liberdades fundamentais do indivíduo.

A última vertente explicitada por Sarlet é a do germânico Robert Alexy, que seria uma *concepção minimalista genérica*, que tentou unir argumentos contrapostos no tocante ao assunto de direitos sociais prestacionais cuja base seria a ponderação de princípios (princípio da liberdade fática com princípios como o da competência decisória do Legislativo, da separação de poderes e outros ligados à liberdade jurídica de terceiros, direitos sócias e bens coletivos). Tal concepção reconhece, sem definir especificamente, direitos genéricos de prestação, sendo estabelecidos alguns *parâmetros genéricos*:

a) quando imprescindíveis ao princípio da liberdade fática; b) quando o princípio da separação de poderes (incluindo a competência orçamentária do legislador), bem como outros princípios materiais (especialmente concernentes a direitos fundamentais de terceiros) forem atingidos de forma relativamente diminuta. (SARLET, 2005, p.348)

Na teoria ora em questão, as condições acima assinaladas fazem referência a um *padrão mínimo*, no qual Alexy inclui o direito à formação escolar (SARLET, 2005).

Com efeito, o que se constata é que existe a possibilidade de efetivação de direitos sociais prestacionais mesmo na ausência de legislação infraconstitucional, levando-se em consideração um mínimo essencial à pessoa, desde que não haja sacrifício de outros direitos ou princípios constitucionais; ou seja, “o problema do reconhecimento de direitos subjetivos a prestações sociais se encontra intimamente vinculado ao questionamento dos próprios limites do Estado social de Direito” (SARLET, 2005, p.350).

A grande questão que surge neste ponto é se existe e, se sim, qual a medida desse *mínimo* ligado aos direitos sociais. Todavia, há que se ressaltar, existe um limite fático para que o Estado realize políticas públicas voltadas a direitos sociais, mas seria demasiadamente equivocado colocar barreiras à efetividade de direitos fundamentais em razão de dificuldades práticas, impedindo a aplicabilidade imediata de tais direitos. De modo que se deve dar ao disposto no art.5º, §1º o entendimento de norma que visa à *maximização* da eficácia dos direitos sociais.

Ademais, cumpre destacar que “os direitos sociais não configuram um direito de igualdade, baseado em regras de julgamento que implicam um tratamento uniforme: são, isto sim, um direito das preferências e das desigualdades, ou seja, um

direito discriminatório com propósitos compensatórios” (FARIA, 2002,p.105). Em outras palavras, os direitos sociais

encontram-se atrelados à concretização da igualdade material que pressupõe medidas que não sejam uniformes, mas que consigam criar um sistema equânime de oportunidades e de liberdade-igualdade (fundado na ideia de que é livre aquele que pode usufruir de *condições mínimas* para garantir sua dignidade) (PANSIERI, 2012, p. 130).

Com efeito, há “a possibilidade de se reconhecerem, sob determinadas condições, verdadeiros direitos subjetivos a prestações, mesmo que independentemente ou para além da concretização pelo legislador” (SARLET, 2005,p.352). E, então, verifica-se que a atuação estatal está em prol da “proteção da vida humana”, de modo que a negativa por parte do Estado de recursos materiais mínimos para que possa prover seu sustento (SARLET, 2005).

Entretanto, como ressalta Sarlet (2005), não é razoável analisar esse mínimo na esfera da *mera existência física do indivíduo*, devendo perpassar “pelo princípio da dignidade humana, que indubitavelmente pressupõe certo grau de autonomia do indivíduo, no sentido de ser capaz de conduzir a própria existência”. Nesse raciocínio, o jurista inclui o direito à educação, ressaltando que “não restam dúvidas de que manter o indivíduo sob o véu da ignorância absoluta significa tolher a sua própria capacidade de compreensão do mundo e sua liberdade (real) de autodeterminação e de formatar sua existência” (SARLET, 2005, p.353).

É nesse sentido que “o princípio da dignidade humana pode vir a assumir, portanto, importante função demarcatória, estabelecendo a fronteira para o que se convencionou denominar de padrão mínimo na esfera dos direitos sociais” (SARLET, 2005, p.353). Retoma-se aqui, portanto, a ideia de que o balizador quanto à disputa jurisdicional por política pública é o princípio da dignidade da pessoa humana, sendo o principal argumento de disputa por prestação estatal em políticas sociais.

Adiante, especificar-se-á a configuração constitucional do direito à educação, tomando-se como premissa que este se insere no arcabouço de direitos fundamentais consideradas todas as ponderações feitas até agora.

A educação surge timidamente no cenário constitucional brasileiro e aos poucos vai ganhando espaço, em relação ao repasse obrigatório pelas pessoas

públicas, em ser um direito de todos e uma obrigação estatal. É com a CF/88 que os direitos sociais, dentre os quais se destaca com grande relevância o direito à educação, tomam um espaço significativo no rol de direitos fundamentais. Destaque-se, neste ponto, que o contexto em que surgiu a Constituição de 1988 é marcado pela passagem do Estado liberal ao social, havendo grande movimentação social em prol de uma atuação estatal que regulasse as relações sociais; de modo que trouxe um rol extenso de direitos e garantias fundamentais.

Não obstante, a educação tem especial relevo na sociedade democrática, uma vez que um indivíduo sem o mínimo de instrução não pode tomar sua posição como cidadão (CANOTILHO, 2011), pois a democracia, sendo o poder em público, tem como regra a participação direta ou indireta do cidadão na tomada de decisões (BOBBIO, 2000). Assim, o exercício pleno da cidadania em um regime democrático pressupõe que o povo seja esclarecido, ou seja, o cidadão deve saber ou, ao menos, ser colocado em posição de saber (BOBBIO, 2000) para que possa exercer de forma plena seus direitos políticos.

A CF/88 deu especial destaque à educação e a outros direitos sociais, sendo, por isso, adjetivada como cidadã. Visando à “construção de um patamar mínimo de dignidade para os cidadãos”, o direito à educação tem assumido uma posição significativa dentre os demais direitos sociais, sobretudo porque “as falhas na formação intelectual da população inibem sua participação no processo político e impedem o aprofundamento da democracia” (MENDES, BRANCO, 2015, p.650-651).

No texto constitucional, a educação inaugura o capítulo dos direitos sociais (art.6º, BRASIL,1988). O art.6º da Constituição enuncia que a educação é direito social (fundamental), limitando-se a isso. Conquanto, nos arts.205⁷ a 214 da Carta Magna encontram-se delineados os contornos deste direito, confundindo-se aí princípios e regras que definem a educação no Brasil⁸.

⁷ O disposto no art. 205 afirma que a educação é dever da família e do Estado, o que evidencia uma feição notadamente programática e impositiva (SARLET, 2005), estabelecendo diretrizes genéricas a serem seguidas pelo Estado e pela família ao dispor que se deve buscar *o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho*. Isto é, “o art.205 exerce a função de impor tarefas e objetivos aos órgãos públicos e, em especial, ao legislador, servindo, além disso, como parâmetro obrigatório para a aplicação e interpretação das demais normas jurídicas” (SARLET, 2005,p.335).

⁸ O que diferencia regras e princípios “é a estrutura de direitos que essas normas garantem” (SILVA, 2011, p.45), isto é, os princípios são verdadeiros mandados de otimização, cujo limite de aplicação se dá pelo sopesamento com outros princípios no caso concreto, não havendo prioridade absoluta de um sobre o outro, enquanto as regras têm sua aplicabilidade definida no campo da validade – se válidas

Em uma primeira análise, é possível inferir que o texto constitucional, como instrumento jurídico-político do arranjo institucional do Estado, não deveria ser o local para se exprimirem regras afetas aos direitos sociais, mas somente princípios, sendo estes vistos como mandados de otimização, que devem ser baliza e referencial para atuação do poder público na garantia dos direitos.

Entretanto, a própria alocação dessas regras no âmbito constitucional, mais forte porquanto mais expressivo e com grau maior de dificuldade para mudanças e/ou adaptações em razão do trâmite formal necessário para tanto, implica inferir a relevância social dada à educação no contexto nacional.

Isto fica ainda mais evidente quando se verifica que, além das normas constitucionais que regem a educação no país, existe expressa vinculação constitucional de recursos à educação⁹, isto é, o financiamento da educação é visto como tema relevante a ponto de restar consignado com *status* constitucional no ordenamento jurídico nacional, especificamente no art. 212¹⁰.

A educação, nesse cenário, constitui-se forte elemento objetivo à atuação estatal, além de seu contorno subjetivo que instrumentaliza todos a exigirem do Poder Público sua prestação, mesmo porque, independente de normas infraconstitucionais reguladoras, a exegese da norma constante do art. 5º, parágrafo 1º (BRASIL,1988)

devem ser imediatamente aplicadas e se não-válidas não podem ser aplicadas (XIMENES, 2015; DUARTE, 2006).

Assim, mesmo que as normas constitucionais afetas à educação subdividam-se em regras e princípios, certo é que são plenamente exigíveis sob o ponto de vista jurídico.

⁹ Sobre recursos públicos destinados à educação, define a norma contida no art. 213 que estes serão destinados a escolas públicas, mas abre a possibilidade de destinação a escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas que demonstrem finalidade não lucrativa.

¹⁰ Art. 212. A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino. § 1º A parcela da arrecadação de impostos transferida pela União aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, ou pelos Estados aos respectivos Municípios, não é considerada, para efeito do cálculo previsto neste artigo, receita do governo que a transferir. § 2º Para efeito do cumprimento do disposto no "caput" deste artigo, serão considerados os sistemas de ensino federal, estadual e municipal e os recursos aplicados na forma do art. 213. § 3º A distribuição dos recursos públicos assegurará prioridade ao atendimento das necessidades do ensino obrigatório, no que se refere a universalização, garantia de padrão de qualidade e equidade, nos termos do plano nacional de educação. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 59, de 2009). § 4º Os programas suplementares de alimentação e assistência à saúde previstos no art. 208, VII, serão financiados com recursos provenientes de contribuições sociais e outros recursos orçamentários. § 5º A educação básica pública terá como fonte adicional de financiamento a contribuição social do salário-educação, recolhida pelas empresas na forma da lei. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006) § 6º As cotas estaduais e municipais da arrecadação da contribuição social do salário-educação serão distribuídas proporcionalmente ao número de alunos matriculados na educação básica nas respectivas redes públicas de ensino. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006).

garante a plena e imediata eficácia de todos os direitos e garantias fundamentais, vinculando todos os órgãos estatais (e não estatais), de modo que o exercício de um direito fundamental não depende de autorização, concretização ou outra determinação estatal qualquer (SARLET, 2005).

Com efeito, embora a educação se traduza um direito individual na medida em que é respaldado ao indivíduo singular o direito de exigí-la, é inegável que se trata de um direito dotado de significação social, ganhando contorno de direito público. Em outras palavras, a educação transcende o indivíduo singular, ou seja, excede a esfera individual, pois numa sociedade onde a educação é sustentada pelo Estado, numa perspectiva igualitária, o benefício se torna coletivo, atingindo toda a coletividade. Tal dicotomia é bem colocada por Duarte (2007, p.269):

embora a educação, para aquele que a ela se submete, represente uma forma de inserção na cultura e mesmo um bem individual, para a sociedade que a concretiza, ela se caracteriza como um bem comum, já que representa a busca pela continuidade de um modo de vida que, deliberadamente, se escolhe preservar.

Nesse sentido, a educação, por sua essência, interessa ao Estado, cuja natureza é pública por excelência, uma vez que é instrumento de ação política; e, sendo assim, acaba tendo um caráter de bem público essencial, por permear os próprios fundamentos e finalidades do Estado, de modo que o direito à educação impõe ao poder público uma obrigação inexorável (ARNESEN, 2010).

Destaque-se o posicionamento de Bobbio (2004), de que existe certa facilidade na declaração de direitos sociais, surgindo reservas e oposições na sua execução, de modo que se trata de um problema essencialmente político e não filosófico.

Nessa linha, vale destaque o posicionamento adotado por Cury (2002) de que apesar do avanço existente na declaração de direitos relativos à educação, ainda há muito a se evoluir no país para a sua plena satisfação. Ainda, destacando o aspecto público do direito à educação, e da necessária atuação estatal em prol de sua efetividade, Cury (2002, p.246) preleciona que se trata de “uma dimensão fundante da cidadania, e tal princípio é indispensável para políticas que visam à participação de todos nos espaços sociais e políticos e, mesmo, para reinserção no mundo profissional”.

Repise-se, ainda, a educação deve ser encarada não apenas como um bem em si, mas um pré-requisito para o exercício da cidadania¹¹ posto que permite o exercício da liberdade civil e, em última instância, da própria democracia (MARSHALL, 1967).

É nesse cenário que a educação ganha especial contorno do ordenamento jurídico pátrio. Conforme destacada acima, além de figurar como protagonista no catálogo dos direitos sociais, a educação é tratada em Seção própria que designa, dentre outras regras – inclusive de financiamento –, finalidade, responsabilidade e princípios norteadores da educação no Brasil. É nesse conjunto normativo que a educação básica ganha, expressamente, o caráter de *direito público subjetivo* lhe garante contorno distinto para sua exigibilidade perante o Judiciário, uma vez que se pode dizer que o direito quando assim caracterizado importa direito de ação (judicial) a todo aquele que se sentir lesado (LOPES, 2002).

Conquanto, a essência do direito subjetivo extrapola o reflexo de um dever jurídico posto que garante ao indivíduo o poder de interpelar o poder público via ação judicial para a fazer-lhe valer o direito (LOPES, 2002). Posto que se trata, a educação, de um direito social, com todos os contornos que essa categoria implica, refletir acerca de sua natureza permite “refletir de quem se deve exigir e quem está obrigado a prestá-los” (LOPES, 2002, pp. 126/127).

Apesar do critério individual que emana da categoria de direito subjetivo do direito à educação possibilitando, inclusive, a propositura de demandas judiciais individuais para sua garantia, vale destacar que existe no direito social em geral um aporte político intrínseco “na medida em que implica discutir justiça geral e justiça distributiva” (LOPES, 2002, p.127).

Nesse sentido é que o caráter público do direito merece especial relevo, podendo inclusive ser invocado como reflexo à compulsoriedade de determinada faixa etária de frequência escolar. Isto é, o processo de luta pela garantia do direito à educação permitiu que, ao longo da construção do Estado brasileiro, esta fosse se

¹¹ A educação das crianças está diretamente relacionada com a cidadania, e, quando o Estado garante que todas as crianças serão educadas, este tem em mente, sem sombra de dúvida, as exigências e a natureza da cidadania. Está tentando estimular o desenvolvimento de cidadãos em formação. O direito à educação é um direito social de cidadania genuíno porque o objetivo da educação durante a infância é moldar o adulto em perspectiva. Basicamente, deveria ser considerado não como o direito da criança frequentar a escola, mas como o direito do cidadão adulto ter sido educado (CURY, 2002, pp.249-250).

tornando mais acessível e universal, sendo hoje obrigatória¹² a faixa etária dos 04 aos 17 anos de idade, garantida a gratuidade da educação básica mesmo àqueles que não puderam concluí-la na idade certa (BRASIL/1988)¹³.

Nessa linha, especialmente pela análise da compulsoriedade da educação, seria pertinente refletir acerca de sua (in)disponibilidade: seria a educação um direito indisponível? Em que pese não exista definição conceitual do que se entende por direito indisponível, tradicionalmente é compreendido de modo generalizado como aquele direito irrenunciável, intransmissível e inalienável. Nesse contexto, a adjudicação da sua tutela, ante efetiva ou potencial violação, é medida impositiva, de modo que se entende legítima a intervenção estatal mesmo que a despeito das liberdades individuais e sociais¹⁴ (VENTURI, 2016).

Com efeito, características essenciais dos chamados direitos indisponíveis seriam, portanto, sua inegociabilidade e a exclusividade de o Estado promover a solução para os conflitos que os envolvem. Tais características promovem impacto de ordem material com relevante consequência no campo processual. A inegociabilidade do direito indisponível impede, tradicionalmente, a resolução do conflito que o envolve pela via consensual ou mesmo de adjudicação privada (arbitragem/mediação), mesmo porque imperiosa a participação direta do Estado pela intervenção do Ministério Público e pela exclusividade do Judiciário como âmbito legítimo para a resolução (VENTURI, 2016).

¹² A compulsoriedade, por faixa etária, da educação gera implicações que merecem destaque, especialmente porque pressupõe uma dicotomia, qual seja, a obrigação de o Estado fornecer vaga para todos que estão na faixa etária obrigatória e a obrigação de a família (ou responsáveis legais) de matricular a criança ou adolescente em instituição regular de ensino (LDB, art.). Nessa hipótese, pela omissão estatal, a autoridade competente pode incorrer em crime de responsabilidade (CRFB/88, §2º do art.208) e, os responsáveis, por não efetuarem a matrícula, podem responder por crime de abandono intelectual (Código Penal, art.246).

¹³ A educação básica engloba (i) a educação infantil, subdividida em duas etapas, creche (0 a 3 anos de idade) e pré-escola (4 e 5 anos de idade); (ii) o ensino fundamental (6 aos 14 anos de idade); (iii) e o ensino médio (15 a 17 anos de idade). Considerando o fluxo “regular”, sem distorção idade/série, a educação compulsória no Brasil (de 04 a 17 anos de idade) engloba a segunda etapa da educação infantil – a pré-escola –, o ensino fundamental e o ensino médio. A educação superior, nesse cenário, é acessível pelo critério de “capacidade” individual (inciso V do art.208), de modo que sua garantia não é universal. A creche, por sua vez, apesar de não ser compulsória, sendo a primeira etapa da educação básica, deve ser seu acesso garantido pelo poder público, por entendimento puramente jurisprudencial.

¹⁴ Características essenciais dos chamados direitos indisponíveis seriam, portanto, sua inegociabilidade e a exclusividade de o Estado promover a solução para os conflitos que os envolvem. Tais características promovem impacto de ordem material com relevante consequência no campo processual. A inegociabilidade do direito indisponível impede, tradicionalmente, a resolução do conflito que o envolve pela via consensual ou mesmo de adjudicação privada (arbitragem/mediação), mesmo porque imperiosa a participação direta do Estado pela intervenção do Ministério Público e pela exclusividade do Judiciário como âmbito legítimo para a resolução (VENTURI, 2016).

Entender a educação, portanto, como direito indisponível, ou ao menos parcela do direito como a educação básica, importa compreender a necessária intervenção estatal, por meio de controle jurisdicional, na resolução do conflito atinente a este campo. Não seria, nessa hipótese, possível negociar o direito, mas garanti-lo integralmente e, na hipótese de sua violação, necessariamente conduziria à intervenção judicial.

Nesse sentido, por toda a lógica construída até agora, infere-se que a educação, como direito fundamental e indisponível, impõe ao Estado o dever objetivo de prestá-la, da forma disposta na legislação.

1.2 – O DIREITO À EDUCAÇÃO INFANTIL

Foi possível compreender até agora que a educação se reveste de grande força normativa uma vez que se trata de um direito fundamental, indisponível, que impõe ao Estado o dever objetivo de prestá-la, consubstanciada no caráter subjetivo que confere ao seu titular o direito de exigí-la ao passo que impõe critérios objetivos ao Estado para sua prestação.

Como já se indicou em alguns tópicos acima, a primeira etapa da educação infantil, a creche, que atende crianças de 0 a 3 anos de idade, não está abarcada na faixa compulsória da escolarização no país, que se adstringe na faixa etária dos 4 aos 17 anos de idade. Retoma-se a questão outrora levantada: não sendo etapa compulsória, impõe ao Estado a obrigatoriedade de oferta de vagas a todos aqueles que desejam e/ou precisam da vaga a despeito da compulsoriedade? Para responder essa questão cumpre averiguar algumas peculiaridades da educação infantil, que lhe trazem certa especificidade no cenário brasileiro.

Conquanto, destaca-se, de plano, considerando o que já se estudou sobre o direito à educação no país, que uma vez sendo primeira etapa da educação básica, a educação infantil consagra-se como direito e é, portanto, exigível, diante da justiciabilidade que a legislação lhe consagra; explica-se adiante.

A educação infantil deixou de possuir caráter assistencialista com a CF/88, quando passou a ser entendida como um direito, o que foi resultado de lutas, movimentos sociais, intervenção de educadores e pesquisadores da área, configurando, assim, a possibilidade de imposição de oferta frente ao Estado (CURY, 1998).

Ainda nesse movimento de nova configuração do direito, a educação infantil passou a integrar a educação básica com a Lei de Diretrizes e Bases da Educação de 1996 (LDB) - Lei nº 9.394/1996 (BRASIL, 1996) (TAPOROSKI, 2017), o que, segundo Cury (1998), foi o que induziu a União a discipliná-la na legislação. Destaque-se que o Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei nº 8.069/1990 (BRASIL, 1990), corroborou o *status* constitucional da educação infantil ao garantir que deve-se dar à criança absoluta prioridade (SILVEIRA, 2014).

Mais recentemente, o Marco Legal da Primeira Infância – Lei nº 13.257 de 2016 (BRASIL, 2016), “prevê a educação infantil como uma das áreas prioritárias nas políticas públicas para a primeira infância, disciplinando ainda que essa etapa da educação deve ser expandida de forma a assegurar a qualidade de sua oferta” (TAPOROSKI, 2017, p.44).

Assim, apesar de a educação infantil ter suas raízes históricas ligadas à assistência social (VICTOR, 2011), essa visão deflagrada antes de 1988 foi superada no aspecto da legislação (LUCAS; MACHADO, 2012), e a educação infantil, nas suas sub-etapas (creche e pré-escola), passou a ser impositiva frente ao Estado, na garantia de oferta, isto é, apesar de a creche não ser etapa compulsória da educação básica, não cabe ao Estado oferta-la de acordo com o critério de conveniência, senão, veja-se:

reconhecimento da educação infantil como direito fundamental, assegurado nas normas constitucionais e ordinárias, não sendo sua concretização uma avaliação discricionária da administração pública e a não observância do atendimento pelo Poder Executivo, enseja sua proteção pelo Poder Judiciário (SILVEIRA, 2014, p. 186-187).

Superada a visão assistencialista que era dada à educação infantil, integrando-se como primeira etapa da educação básica, parte dessa etapa (a pré-escola) só passou a ser obrigatória com o advento da Emenda Constitucional nº 59 de 2009 (EC 59/2009), que alterou o texto constitucional que previa a obrigatoriedade do ensino fundamental para tornar obrigatória a faixa etária dos 04 aos 17 anos, de modo que a faixa etária dos 4 e 5 anos de idade, atendida pela sub-etapa pré-escola da educação infantil, tornou-se obrigatória (TAPOROSKY, 2017).

Repise-se que embora a compulsoriedade de frequência na educação infantil esteja adstrita à pré-escola, que atende a faixa etária dos 4 e 5 anos de idade, a

creche, que atende crianças da faixa etária dos 0 aos 3 anos de idade, compõe a educação infantil e, portanto, configura-se a primeira etapa da educação básica.

Nesse sentido, o que se verifica é que não existe a compulsoriedade de frequência escolar da criança,. Todavia, o fato de não ser etapa compulsória não exime o Estado de ofertar vagas suficientes para atender à demanda, o que enseja um sem-número de demandas judiciais que interpelam o Poder Público a ofertá-la (RIZZI; XIMENES, 2012).

Com efeito, diante do embate judicial por vagas na educação infantil no Brasil, abriu-se precedente favorável a esse tipo de demanda com o julgamento do Recurso Extraordinário nº 436.996 no Supremo Tribunal Federal (STF), que determinou o atendimento da demanda manifesta pelo Poder Público, disponibilizando vagas na educação infantil de acordo com a procura (TAPOROSKY, 2017), no qual se reconheceu a educação infantil como “prerrogativa constitucional indisponível”, e que, por isso, “impõe, ao Estado (...) a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das ‘crianças de zero a seis anos de idade’ (...), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola”, senão, veja-se:

A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das ‘crianças de zero a seis anos de idade’ (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo poder público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da CF. A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da administração pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental.” (RE 436.996 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 22-11-2005, Segunda Turma, DJ de 3-2-2006).

No mesmo sentido, sobrevieram outras decisões, consolidando o entendimento (RE 582.825, Rel. Min. Ayres Britto, decisão monocrática, julgamento em 22-3-2012, DJE de 17-4-2012; ARE 635.679-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, julgamento em 6-12-2011, Primeira Turma, DJE de 6-2-2012; RE 463.210-AgR, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 6-12-2005, Segunda Turma, DJ de 3-2-2006. Vide: AI 734.487-AgR,

Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 3-8-2010, Segunda Turma, DJE de 20-8-2010.), de modo que a questão restou pacificada no âmbito do STF.

Destaque-se ainda que recentemente, em 2016, no Recurso Extraordinário nº 956475/RJ, de Relatoria do Ministro Celso de Mello, o STF assumiu a possibilidade do controle jurisdicional de políticas públicas posicionando-se favoravelmente à pretensão de matrícula em vaga na creche no município de Volta Redonda no Rio de Janeiro¹⁵.

Assim, diante do que prevê a legislação e a posição pacificada do STF, o que se constata é que mesmo que a creche não esteja incorporada à faixa etária compulsória da educação básica possui caráter de um verdadeiro direito público subjetivo, o que permite sua exigibilidade inclusive em juízo (SILVEIRA, 2014). Isto é,

¹⁵ EMENTA: CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE. ATENDIMENTO EM CRECHE MUNICIPAL. EDUCAÇÃO INFANTIL. DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV, NA REDAÇÃO DADA PELA EC Nº 53/2006). COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO. DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º). O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO. A FÓRMULA DA RESERVA DO POSSÍVEL NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE DE SUA INVOCAÇÃO PARA LEGITIMAR O INJUSTO INADIMPLEMENTO DE DEVERES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTOS AO PODER PÚBLICO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO.

– A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e, também, o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV).

– Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das “crianças até 5 (cinco) anos de idade” (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal.

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

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

– Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e de executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter impositivo, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatutura constitucional. A questão pertinente à “reserva do possível”. Doutrina (STF, 2016).

o ordenamento jurídico brasileiro confere à educação básica, em especial também à educação infantil sendo primeira etapa da educação básica embora não seja compulsória em sua integralidade, força impositiva frente ao Poder Público, de modo que sua garantia é exigível, sendo, inclusive, judicializável.

Nesse sentido, surge novo espectro de análise dessa situação: quando a agenda se desloca para a arena jurídica, na busca por garantia de direitos sociais, como esse fenômeno se evidencia, quais seus limites e suas possibilidades? Para compreender o fenômeno, importa verificar em que medida o embate das esferas política e jurídica acarreta um contexto de tensão ante as distintas perspectivas estruturais e analíticas desses campos, de modo que o capítulo seguinte irá trazer elucubrações que permitam essa análise com base na literatura disponível de diferentes campos do conhecimento.

1.3 – JUDICIALIZAÇÃO DA EDUCAÇÃO: EXISTE UMA DEFINIÇÃO?

Apesar da corriqueira utilização do termo “judicialização”, seja em sentido mais amplo, “judicialização da política” ou “judicialização de políticas públicas”, seja em sentido estrito “judicialização da educação”, para fins desta dissertação, não existe consenso na literatura ou definição paradigma que conceitue o signo.

A disputa para definir o termo advém de distintas concepções analíticas do fenômeno a da própria compreensão do que pode ser entendido como interferência jurisdicional no processo de decisão política. Ou seja, parece haver um certo consenso na literatura de que a judicialização pressupõe a interferência do Sistema de Justiça no processo decisório essencialmente político, em tese prerrogativa dos Poderes eleitos, Executivo e Legislativo.

Essa possibilidade jurídica de exigir está contida na definição de *direito público subjetivo*, instituto muito utilizado como argumento para afirmar a exigibilidade de um direito. Essa característica pressupõe que haja no ordenamento instrumentos jurídico que consagrem tal força ao direito, o que ocorre com a educação – conforme explanado no tópico anterior.

Isto é, se um direito social está declarado, tendo força normativa que permita sua exigência frente ao Poder Público, este parece estar passível de judicialização mesmo que pela via individual – sobretudo em razão do caráter de direito público subjetivo de que dispõe. Ao menos o Judiciário, ao receber demandas que importem

a concretização do direito a ser tutelado mediante a criação ou implementação de determinada política pública, tem avocado para si a possibilidade dessa decisão por ter legislação e normas constitucionais que lhe confirmam impositividade.

Conforme já se expôs no capítulo anterior, a educação, indiscutivelmente, é direito no Brasil, tendo status constitucional (BRASIL, 1988, art.6º) e legal (BRASIL, 1990, art.53); é direito público subjetivo, o que pressupõe seu caráter individual, inclusive para exigí-lo (BRASIL, 1988, §1ºart.208; BRASIL, 1996, §1ºart.54). A educação infantil, por sua vez, além de estar regulamentada na legislação nacional e prevista no âmbito constitucional, foi reconhecida como direito impositivo frente ao Estado pelo STF, de modo que a ausência de prestação por Parte do Poder Público importa em violação ao ordenamento e, portanto, em conduta ilegal.

Isto porque, o Brasil, por ser um Estado de Direito, está subordinado ao ordenamento jurídico interno, ou seja, deve atuar na justa medida do que proclamam as suas normas. Especificamente no que diz respeito aos direitos fundamentais, além de consagrarem direitos subjetivos (individuais), impõem “obrigações de cunho objetivo aos poderes públicos” (SARLET, 2005, p. 157). Assim, ante a inércia ou insuficiência de atuação do Estado na prestação do direito declarado, cabe ao cidadão exigí-lo.

Assim, apesar de a prerrogativa de formular e de executar políticas públicas¹⁶ é do Poder Executivo. Todavia, revela-se possível ao Poder Judiciário interferir nessa seara de forma excepcional, sobretudo porque todo aquele que se sente lesado no seu direito pode demandar judicialmente contra o Poder Público, sendo obrigação do Poder Judiciário conceder tutela ao jurisdicionado sob o prisma do princípio da inafastabilidade da jurisdição esculpido no art. 5º, XXXV da Constituição da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988).

Conquanto, a atuação do Judiciário depende, necessariamente, de provocação, ou seja, a “jurisdição precisa de provocação externa para ser exercida” (MENDES, BRANCO, 2015, p. 1027), de modo que o descolamento da disputa por política pública para a arena judicial parece estratégica, na medida em que transfere para o Poder Judiciário o poder decisório no que diz respeito à destinação de recursos públicos, mesmo que este não esteja a par da situação orçamentária e do planejamento adstrito à atividade do agente político.

¹⁶ Aqui entendendo-se *política pública* como “governo em ação” (OLIVEIRA, 2013), destacando que não há um consenso sobre a definição do conceito do termo “política pública” (MARCHETTI, 2011).

Então, ante a possibilidade de se buscar o Sistema de Justiça para a efetivação de direitos declarados, tem-se acionado o Judiciário para resolver demandas não resolvidas no âmbito dos poderes eleitos (ARENHART, 2015; SARMENTO, 2010; TAYLOR, 2007), Executivo e Legislativo, especialmente no que concerne à ausência de garantia de direitos sociais pela ausência ou à deficiência na prestação de política pública adequada.

Sem adentrar nos aspectos fáticos da judicialização e seus efeitos no campo da política, sobretudo se considerados o orçamento público, a necessária previsão orçamentária e a discricionariedade do administrador público, posto que estas são questões a serem problematizadas com a análise dos dados e nas reflexões finais desta dissertação, o que se destaca aqui são os pressupostos e os aspectos que devem ser considerados para que se adote determinada concepção do que pode ser considerado judicialização da educação.

Assim, apesar da efervescência do fenômeno, não há consenso sobre o conceito de “judicialização”. Notadamente porque, além da propositura de demandas judiciais que versam sobre políticas públicas e garantia de direitos sociais, existe um deslocamento da política para o âmbito jurídico quando suas instituições atuam extrajudicialmente, de forma que mesmo a atuação extrajudicial importa o deslocamento da agenda política para o âmbito jurídico. Em outras palavras, parece mais adequado compreender como sendo *judicialização da política* o fenômeno do deslocamento da decisão política dos Poderes eleitos para esfera do Sistema de Justiça em sentido amplo e não apenas quando o conflito é judicializado por meio de demanda judicial, mas também pela atuação extrajudicial dos órgãos que compõem o Sistema de Justiça que acabam por interferir no processo de tomada de decisão.

A miúdo, a *judicialização da educação* surge como um espectro dentro do fenômeno da judicialização da política pública. Em que pese não exista um consenso quanto à definição do conceito de *judicialização da educação*, esta pode ser “compreendida como deslocamento da discussão dos conflitos educacionais das arenas tradicionais, legislativo e executivo, para as instituições do Sistema de Justiça” (SILVEIRA, 2015, p.7).

Isto é, parece adequado adotar uma concepção mais ampla do que se entende como *judicialização da educação*, incorporando-se ao conceito a atuação extrajudicial dos órgãos do SJ no campo da educação, sobretudo porque pesquisas já demonstraram o deslocamento suprarreferido em atuação extrajudicial de órgãos

do Sistema de Justiça, especialmente com relação à atuação do MP nesse cenário (MARTINES, 2003; SILVEIRA, 2006; BORGES, 2007; DAMASCO, 2008; CARBONESI, 2008; BRAGA, 2011; OLIVEIRA, 2011; ARANTES, 2011; ARRUDA NETO, 2011; FELDMAN, 2017). Assim, parece insuficiente definir como judicialização da educação “a intervenção do Poder Judiciário nas questões educacionais” (CURY, FERREIRA, 2009, p.33), de modo que esta intervenção compõe o fenômeno, mas não o delimita.

Notadamente, pesquisas desenvolvidas nesse campo utilizam os termos “judicialização” e “justiciabilidade” para caracterizar o processo de intervenção do Poder Judiciário na garantia dos direitos (SILVEIRA, 2015). Segundo Marinho (2009), o termo “justiciabilidade” insere-se no âmbito da judicialização e que se refere “à revisão judicial de atos ou omissões do Poder Executivo no desenvolvimento de políticas sociais” (MARINHO, 2009, p. 8). Sobre o assunto, preleciona Ximenes (2014) que o processo de regulação jurídica da educação, que abarca, mas não se limita à judicialização, “se manifesta tanto na disseminação como na complexificação das ferramentas de juridificação¹⁷ utilizadas no campo educacional” (p.1037).

A judicialização aparece, portanto, como um meio viável de exigir o direito que não está sendo garantido pelo Poder Público dentro daquilo que lhe compete ante o que consigna declarado no ordenamento posto. Isto é, a judicialização da educação é a exigibilidade do direito frente aos órgãos do Sistema de Justiça¹⁸, que atuam na proteção do direito à educação intervindo no cenário das políticas públicas. Nesse sentido, Arantes (2010) invoca a relação existente entre a exigibilidade e a justiciabilidade de um direito, entendendo esta última “como a possibilidade e a viabilidade de exigência de determinado direito no âmbito do sistema de administração de justiça, que não se resume apenas ao Poder Judiciário, englobando o Ministério Público, a Defensoria Pública, dentre outros” (ARANTES, 2011, p. 71).

Os estudos sobre a interferência do Sistema de Justiça, englobando não só a atuação do Judiciário propriamente mas também dos demais órgãos a ele correlatos, no campo da educação tiveram pontapé inicial com a tese de doutorado de Romualdo Portela Oliveira, “Educação e cidadania: o direito à educação na Constituição de 1988

¹⁷ Pode-se entender “juridificação” como o fenômeno da “ampliação dos temas juridificáveis nos quadros da positivação do direito” (NEVES, 2011, p. 165).

¹⁸ Inclusive, Rizzi e Ximenes (2010) invocam o termo “exigibilidade” pela via do sistema de justiça como um sinônimo de “justiciabilidade”.

da República Federativa do Brasil” (Faculdade de Educação, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1995), na qual se apresentam os mecanismos de tutela da educação pós Constituição de 1988 e se apontou a necessidade de ampliação e aprofundamento dos estudos na área (SILVEIRA, 2015), o que deu ensejo para a exploração acadêmica dessa temática (OLIVEIRA, 1995; MACHADO JR., 2003; MACHADO, 2003; LIMA, 2005; LOPES, 2006; TAVARES, 2006; GRACIANO ET.AL., 2006; PACHECO, 2006; CURY, FERREIRA, 2009; MARINHO, 2009; RANIERI, 2009; RIZZI, XIMENES, 2010; TUTUNGI JR, 2010; AFONSO, 2010; SILVEIRA, 2010; GOTTLIEB, 2011; FONTES, 2011; GALEGO, 2011; CORDEIRO, 2011; VICTOR, 2011; PINTO, 2014; CARVALHO, 2014; ZANDER, 2014; CURY E AMARAL, 2014; FELDMAN, 2017; TAPOROSKY, 2017; FERREIRA, 2018).

Nesta dissertação adota-se, portanto, a concepção mais ampla do que se concebe por *judicialização da educação*, incorporando ao conceito além da atuação judicial propriamente dita, via controle jurisdicional, a atuação extrajudicial dos órgãos jurisdicionais que compõe o denominado Sistema de Justiça (conforme se explanou em tópico anterior), podendo ser sintetizado como o fenômeno do deslocamento do processo de decisão política no âmbito das políticas públicas para a concretização do direito à educação dos Poderes eleitos, Executivo e Legislativo, para a arena jurídica, independente de sua atuação estar adstrita ao campo extrajudicial ou com a existência de demanda judicializada pelo ajuizamento de ação judicial, seja individual ou coletiva.

2 – A JUDICIALIZAÇÃO DA EDUCAÇÃO: O JUDICIÁRIO, OS DIREITOS SOCIAIS E O CONTEXTO JUSPOLÍTICO CONTEMPORÂNEO

Nos capítulos anteriores, constatou-se que o Brasil configura-se um Estado constitucional e que suas normas detêm força impositiva sobre sua atuação, limitando seu poder e alargando-o na medida em que é interpelado a garantir (cada vez mais) direitos sociais por meio de políticas públicas. Nesse rol de direitos sociais, constatou-se que a educação ganha especial relevo, estando já pacificado o entendimento de que a educação infantil, mesmo a sub-etapa creche, é direito público subjetivo e impõe ao Estado o dever de oferta.

Indicou-se a existência de um movimento social que vem utilizando, com cada vez mais frequência, o Sistema de Justiça como um espaço de demanda por direitos sociais. Conquanto, existe na literatura uma grande discussão acerca do limite da atuação do Sistema de Justiça nessa seara, sobretudo porque parte da doutrina do Direito entende que as normas constitucionais que declaram direitos sociais são programáticas e não possuiriam, em tese, força vinculativa que pudesse interpelar o Poder Público a prestar materialmente o direito em disputa sem que houvesse legislação infraconstitucional que regulamentasse a prestação.

Embora ainda se verifique alguma resistência quanto à atuação jurisdicional no campo das políticas públicas para a garantia de direitos sociais constitucionais, o que se verifica é que o Sistema de Justiça - aqui englobando tanto Ministério Público, Judiciário, Defensoria Pública, e a advocacia privados (estes dois últimos na qualidade de representantes) – avocou para si a possibilidade de controlar juridicamente a prestação de política pública, entendendo legítima a atuação jurisdicional nesse sentido¹⁹.

Assim, neste capítulo, serão apresentados conceitos e discussões correlatas a essa atuação, verificando-se as possibilidades e os limites da judicialização de direitos sociais, dentre os quais a educação infantil. Destaca-se, neste ponto, que a literatura existente parece ainda não dar conta do embate *jurídico x político* desse fenômeno, sobretudo sob um viés crítico, de modo que foram selecionados autores que compartilham de uma visão mais abrangente do fenômeno, considerando os aspectos pragmáticos do embate para além dos dogmatismos clássicos do Direito.

¹⁹ Essa constatação foi feita por diferentes campos do conhecimento, dando-se destaque neste trabalho à literatura do Direito e da Educação, que serão exploradas ainda neste capítulo.

2.1 – O JUDICIÁRIO E OS DIREITOS SOCIAIS: O CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Sendo o Brasil um dos países mais ativistas no que diz respeito à proteção de direitos sociais, tornaram-se corriqueiras decisões judiciais favoráveis à prestação material que garantam tais direitos, tanto pela via individual quanto pela via coletiva²⁰, consolidando o Judiciário como instrumento disponível para luta por garantia de direitos sociais (SARMENTO, 2010).

Posto que escassos os recursos públicos, e que a prestação de direitos sociais envolve custo, não é possível que o Poder Público os garanta em seu grau máximo, sem contar que “o grau de desenvolvimento socioeconômico de cada país impõe limites, que o mero voluntarismo de bacharéis não tem como superar” (SARMENTO, 2010, p.3).

Nessa lógica, factível compreender que o Poder Público deve alocar recursos a determinada política pública e que tal alocação implica a retirada de recurso de outra política pública qualquer, residindo aí parte da discricionariedade que detém o governante.

Ou seja, sendo a escassez um fato, os recursos são limitados e, na distribuição do fundo público o agente político toma decisões que implicam a destinação de determinado recurso àquela política pública escolhida, em detrimento de outras. Nessa linha de raciocínio, “cada vez que uma decisão judicial concede alguma prestação material a alguém, ela retira recursos do bolo destinado ao atendimento de todos os outros direitos fundamentais e demandas sociais” (SARMENTO, 2010, p.4).

Conquanto, aponta-se um argumento contrário a medidas individuais que garantam a execução da política pública a um indivíduo ou a um grupo específico de indivíduos em detrimento de todo aqueles que se encontram em uma mesma situação de violação:

[...] adicione-se a este panorama a constatação de que o acesso à justiça no Brasil está longe de ser igualitário. Por diversas razões, os segmentos mais excluídos da população dificilmente recorrem ao Judiciário para proteger os seus direitos. Daí resulta um delicado paradoxo, uma vez que, quando não

²⁰ Sobre os instrumentos jurídicos de exigibilidade, individuais e coletivos, tratar-se-á adiante nesta dissertação.

pautado por certos parâmetros, o ativismo judicial em matéria de direitos sociais – que deveriam ser voltados à promoção da igualdade material – pode contribuir para a concentração da riqueza, com a canalização de recursos públicos escassos para os setores da população mais bem aquinhoados. (SARMENTO, 2010, p.4).

Sobre o assunto, Sarmento (2010) destaca que apesar do aspecto positivo de decisões judiciais favoráveis a demandas individuais por políticas públicas que garantam direitos sociais, existem equívocos nessas decisões, mesmo que causados por boa intenção, posto que podem comprometer outras políticas públicas relevantes, drenando recursos escassos e criando privilégios não universalizáveis. Criar-se-ia, portanto, uma possibilidade de privatização do público ao passo que se socializaria o dano por essa privatização na hipótese de judicializarem questões sociais sobretudo em caráter individual.

Explica Arenhart (2015) que na esfera puramente individual de pretensão à efetivação da política pública por meio do Judiciário, o grave problema é reduzido (simplificado) a um conflito entre o direito subjetivo do autor (mesmo que referente a direitos sociais) e o interesse patrimonial estatal. Adotando-se tal perspectiva, o problema se reduz e é facilmente solucionado, quando na verdade o conflito que advém da pretensão é a própria política pública em disputa - o que é muito mais complexo do que uma disputa bilateral²¹.

O que ocorre, pela redução da verdadeira disputa que dá causa ao processo individual por efetivação de política pública, é a ocultação do que se está em disputa que, em verdade, tem relação com a distribuição de recursos públicos (a disputa pelo fundo público) e o deslocamento da tomada de decisão.

A utilização de demanda individual nesse cenário importa a alocação dos recursos a determinada política pública, como a saúde ou a educação, por exemplo, segundo os seguintes critérios: “a) a maior compreensão do emprego do Judiciário na tutela dos próprios interesses; b) a anterioridade do exercício do direito de ação; c) o mais alto nível cultural, econômico e social do requerente (que, *ultima ratio*, é aquele que mais facilmente preenche os dois primeiros requisitos)” (ARENHART, 2015, p.3).

²¹ A ideia de Arenhart (2015) aqui exposta pode ser traduzida como uma preocupação quanto ao reducionismo da questão quando a disputa por política pública no âmbito judicial é tratada como se fosse uma disputa de A contra B (bilateral), deixando-se de enxergar a situação com toda a complexidade de fatores (e de partes) que estão envolvidas na disputa. É neste ponto que reside a crítica do jurista, que propõe a ampliação do escopo de análise nessas disputas e destaca a insuficiência de recursos/instrumentos processuais para esse tipo de demanda judicial.

Com efeito, o controle jurisdicional de políticas públicas pela via individual acaba por privilegiar não aqueles que mais necessitam de proteção estatal, mas aqueles em condições sociais menos desfavoráveis (ARENHART, 2015).

Nessa lógica, os direitos sociais, nos quais se inclui a educação, não podem ser encarados como puramente individuais (LOPES, 2002), justamente porque sua eficácia depende de “ação concreta do Estado, e não simplesmente de uma possibilidade de agir em juízo” (LOPES, 2002, p.130). Neste sentido,

existe, fundamentalmente, uma dupla série de questões jurídicas a serem enfrentadas. Em primeiro lugar, (1) trata-se de saber se os cidadãos em geral têm ou não o direito de exigir, judicialmente, a execução concreta de políticas públicas e a prestação de serviços públicos. Em segundo lugar, (2) trata-se de saber se e como o Judiciário pode provocar a execução de tais políticas (LOPES, 2002, p.130).

Para a garantia do direito à educação pela via judicial, portanto, parece ser mais adequado utilizar mecanismos coletivos de tutela, visando a dar uma solução homogênea a todos que se encontram em situação de violação (ARAÚJO, 2013), evitando-se, assim, a concessão de tutela jurisdicional e a efetividade do direito apenas ao indivíduo que tem acesso à justiça, em detrimento dos demais também em situação de violação (SILVEIRA, 2013).

Sarmento (2010, p.5) afirma, todavia, que não se deve rejeitar a possibilidade de pleitear em juízo a satisfação de direitos sociais mesmo que pela via individual, mas que se torna “essencial traçar critérios racionais para o Judiciário atuar neste domínio, que estejam em conformidade não só com a letra da Constituição, mas também com os valores morais que lhe dão suporte”.

Importa destacar, outrossim, que “a via judicial parece ter sido definitivamente incorporada ao arsenal dos instrumentos à disposição dos cidadãos para a luta em prol da inclusão social e da garantia da vida digna”, podendo-se afirmar que “o Poder Judiciário brasileiro “leva a sério” os direitos sociais, tratando-os como autênticos direitos fundamentais” (SARMENTO, 2010, pp.2/3).

Defendendo a possibilidade de se judicializarem demandas por políticas públicas que garantam direitos sociais, Sarmento (2010) confronta a tese quanto ao caráter antidemocrático do Judiciário que, em tese, impossibilitaria a adjudicação dessas demandas a magistrados, aduzindo três argumentos centrais, quais sejam: (i)

o déficit democrático das próprias instituições representativas; (ii) a própria compreensão sobre o significado da democracia; e (iii) a natureza normativa da Constituição.

Em apertada síntese, o autor destaca ser descabido o argumento de que o Judiciário não seria um poder legítimo para tratar de direitos sociais pelo viés das políticas públicas uma vez que a própria população deposita pouca confiança nos poderes eleitos, além de que a noção que se tem de democracia não condiz apenas com a questão de sufrágio universal e alternância de poder, mas pressupõe “a fruição de direitos básicos por todos os cidadãos, de molde a permitir que cada um forme livremente as suas opiniões e participe dos diálogos políticos travados na esfera pública” (SARMENTO, 2010, p.9). E, ainda, a força normativa da Constituição permite que o Judiciário desempenhe sua função típica, quando a ele se adjudicam direitos sociais, sendo o seu exercício um elemento da democracia e não um ato antidemocrático (SARMENTO, 2010).

Destaque-se, todavia, que deve existir certa cautela no excesso do ativismo judicial nessa matéria, posto que o Judiciário não deve assumir um papel de protagonista, mas um papel de protetor dos direitos sociais positivados, mesmo porque a tensão democrática que aí se instaura advém de a sociedade centralizar o foco no Judiciário como principal foro de reivindicações dos direitos de cidadania, enfraquecendo a sua atuação participativa (SARMENTO, 2010).

Nesse cenário, o Judiciário acaba assumindo uma dimensão de criação do próprio direito, posto que aplica normas amplas e gerais advindas do textos normativos vagos que garantem os direitos sociais, isto porque a efetivação desses direitos extrapola a dimensão jurídica, envolvendo “um emaranhado de ações estatais” (SARMENTO, 2010).

Sarmento (2010) também ultrapassa o entendimento de parte tradicional da doutrina brasileira que avoca os direitos sociais como normas programáticas, aduzindo que se trata de direitos puramente fundamentais, sendo as pessoas humanas seus titulares, de modo que é inegável o caráter de direito subjetivo desses direitos.

Conquanto, apesar de ser inegável a dimensão subjetiva dos direitos sociais, Sarmento (2010) entende que não se trata de direitos subjetivos definitivos, uma vez que devem ser balizados diante da escassez de recursos e da existência de distintas formas de efetivação dos direitos sociais pelo Poder Público. Assim, consigna como

coerente o entendimento adotado por parte da doutrina que entende se tratar de direitos *prima facie*:

os direitos sociais são direitos subjetivos, que, contudo, possuem natureza principiológica, sujeitando-se a um processo de ponderação no caso concreto, anterior ao seu reconhecimento definitivo. Nesta ponderação, comparece, de um lado, o direito social em jogo, e, do outro, princípios como os da democracia e da separação de poderes, além de eventuais direitos de terceiros que seriam afetados pela garantia do direito contraposto. A possibilidade da tutela judicial, bem como o seu conteúdo, dependerão do resultado da ponderação, que, como sói acontecer, deve ser pautado pelo princípio da proporcionalidade (SARMENTO, 2002, p.17).

Com efeito, considerando que no Brasil os direitos sociais são plenamente judiciáveis, a ponderação a ser feita, no entendimento de Sarmento (2010), com base no próprio direito social que está em jogo e não com base na liberdade material, como proposto por Alexy (2004). Isto é,

o reconhecimento da dimensão subjetiva dos direitos sociais não exclui a presença da sua dimensão objetiva. Em razão desta última, é possível detectar, por exemplo, a força irradiante dos direitos sociais, que os torna diretrizes importantes para interpretação de outras normas e atos jurídicos; o dever do Estado de proteger perante terceiros os bens e valores subjacentes a tais direitos; e a obrigação estatal de instituir organizações e procedimentos aptos à realização dos mesmos direitos (SARMENTO, 2010, p.18).

Nesse cenário de escassez, havendo limites fáticos à efetivação plena dos direitos sociais positivados surge corriqueiramente a defesa do Poder Público com base no argumento da *reserva do possível*, que pode ser assim explicado:

A expressão “reserva do possível” foi difundida por uma célebre decisão da Corte Constitucional alemã proferida em 1972, e conhecida como o caso Numerus Clausus, que versou sobre a validade da limitação do número de vagas em universidades públicas, tendo em vista a pretensão de ingresso de um número maior de candidatos. Na Alemanha, não está constitucionalmente consagrado o direito fundamental à educação, mas o Tribunal Constitucional entendeu que a liberdade de escolha profissional exigia, em alguma medida, o direito de acesso ao ensino universitário. Contudo, frisou que este direito “se encontra sob a reserva do possível, no sentido de estabelecer o que pode o indivíduo razoavelmente exigir da sociedade”. Para a Corte, esta avaliação sobre a reserva do possível deveria ser feita, “em primeira linha, pelo legislador”, que “deve atender, na administração do seu orçamento, também

a outros interesses da coletividade, considerando ... as exigências de harmonização econômica geral (SARMENTO, 2010, p.19).

Assim, a ideia da *reserva do possível*, trazida do direito alemão para o cenário jurídico brasileiro, desdobra-se em dois elementos, o fático e o jurídico: (i) sendo que o primeiro refere-se à possibilidade econômica de suportar a prestação do direito, (ii) enquanto o segundo diz respeito à previsão (legal) orçamentária que possibilite que o poder público dispenda dos custos necessários à efetivação do direito (SARMENTO, 2010). Sendo este um argumento de defesa em ações judiciais que discutem a prestação material por parte do Estado de direitos sociais, sua pertinência há de ser analisada caso a caso, não sendo este um pressuposto, mas uma variável nessas demandas²².

Constatada a possibilidade de se judicializarem os direitos sociais visando à sua proteção, o que se tensiona é para quem se concederá o direito. Ou seja, não parece possível que o Estado seja compelido judicialmente a ofertar a um indivíduo singular determinada concessão que importa custos o que não pode ofertar a todos aqueles que se encontram na mesma situação de violação (SARMENTO, 2010). Tal posicionamento comporta esteio no próprio princípio da igualdade, que deve ser baliza à atuação estatal. Ademais, “os direitos sociais não são direitos puramente individuais, justamente porque são distintos em sua fruição” (LOPES, 2002. p.129), posto que “dependem, para sua eficácia de uma ação concreta do Estado, e não simplesmente de uma possibilidade de agir em juízo” (LOPES, 2002, p.130).

É neste ponto que cumpre averiguar de que forma o Judiciário conduz a sua atuação nessas demandas. De um lado a possibilidade jurídica de se pedir, individual ou coletivamente, o direito vez que amparado pelo ordenamento e que a ausência de prestação importa violação por parte do Poder Público, cabendo ao Judiciário o controle jurisdicional dessa atuação; de outro lado a necessidade de se respeitar a universalização da prestação a todos aqueles que se encontram em situação de violação.

Caberia ao Judiciário decidir, mesmo em demandas individuais, apenas com base nos ditames normativos, ou para uma decisão mais equânime seria necessário

²² No capítulo seguinte, quando serão analisadas decisões judiciais proferidas no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná que versam sobre demandas por vagas em creche no município de Curitiba, verificar-se-á como o Tribunal valora o argumento da reserva do possível, e se este é um critério de negação à efetivação do direito em disputa.

incorporar aos critérios decisivos os aspectos orçamentários e demais implicações de ordem estratégica para a concessão de uma política pública? Essa análise será feita no capítulo seguinte, com base nas decisões judiciais coletadas, de acordo com critérios objetivos que configuraram uma metodologia própria de seleção.

Conquanto, antes de adentrar à análise referida, cumpre averiguar outros aspectos teóricos quanto ao controle jurisdicional de políticas públicas, levantando-se a questão do viés política da atuação do Judiciário nas políticas públicas e problematizando-se a ausência de instrumentos para uma atuação específica nesse campo; o que será feito nos tópicos seguintes.

2.2 – O VIÉS POLÍTICO DA JUDICIALIZAÇÃO

Taylor (2007) destaca que o controle jurisdicional da política pública possui um aspecto político que não pode ser desconsiderado, devendo, inclusive, ser inserido no *mainstream* da ciência política brasileira. Essencialmente porquanto “o debate judicial permite o avanço da democracia ao permitir as discussões de temas relevantes” (LOPES, 2002, p.136). Isto porque, assuntos que não foram incorporados à agenda do governo, por quaisquer razões que assim permitiram, são colocados em discussão independentemente de não incorporar à pauta escolhida pelos poderes eleitos. Nesse sentido, “o Judiciário transforma-se em arena de uma luta que o transcende. Suas decisões têm hoje a importância política de dar visibilidade às consequências concretas desta disputa política, social e econômica em que se encontra a sociedade brasileira” (LOPES, 2002, p.142).

O Judiciário, portanto, como poder não eleito, reveste-se de caráter político na medida em que se transforma em instrumento de luta política ao colocar na pauta demandas que suscitam a questão (re)distributiva dos recursos.

Com efeito, embora possua um *impacto significativo* no campo das políticas públicas, “o papel do Judiciário na arena das políticas públicas permanece nebuloso tanto no Brasil quanto no resto da América Latina” (TAYLOR, 2007, p.229). Isto porque, mesmo com o crescente número de pesquisas no campo, muitas delas desconsideram o papel político do Judiciário no sistema político (TAYLOR, 2007),

adotando uma análise meramente descritiva da sua atuação e não problematizando o viés político de seu controle²³.

Desconsiderar a relevância política do Poder Judiciário parece ser temerário, mesmo porque se trata de um poder passivo, na medida em que sua atuação precisa ser provocada, de modo que a ele se adjudicam conflitos existentes entre *forças ou instituições políticas*, fato este que não pode ser ignorado (TAYLOR, 2007)²⁴.

A dimensão institucional do Judiciário e o poder que detém de fazer valer coercitivamente suas decisões permite que os grupos políticos o procurem como uma arena para se contestarem políticas públicas, e, assim sendo, revela-se um importante ator político que deve ser incorporado ao “*mainstream* da ciência política brasileira” (TAYLOR, 2007, p.239). Com efeito, “à luz desse papel manifesto e tão recorrente, torna-se claro que o Judiciário precisa ser melhor incorporado às nossas análises do sistema político” (TAYLOR, 2007, p.237).

Assim, considerando que o sistema político é majoritário, sendo limitada a participação no poder decisório na agenda e, também, no processo de deliberação no que concerne a políticas públicas, o Judiciário acaba propiciando a ampliação do *leque de atores* a influenciar nesse campo, mesmo após as cadeiras majoritárias terem deliberado sobre o tema (TAYLOR, 2007):

As regras institucionais, como constatamos anteriormente, podem dar poder a grupos minoritários que não agem no momento da deliberação entre Executivo e Legislativo, inserindo-os no debate *pós-hoc* e permitindo que usem os tribunais como um ponto de veto no jogo político (p.245).

Nesse sentido, é possível invocar o Poder não eleito como elemento importante para o fortalecimento da democracia, mesmo porque, “provocado adequadamente,

²³ É exatamente neste ponto que esta dissertação pretende avançar no campo de estudos da judicialização. Levantar a questão do viés político da atuação jurisdicional na disputa por políticas públicas, que implica, necessariamente, a disputa pelo fundo público e pelo critério de redistribuição. Isto é, apesar dos critérios jurídicos utilizados como argumentos na disputa jurisdicional, em verdade o que se disputa é a formulação de política pública, que garante a efetividade do direito social. Ao avocar o poder decisório no âmbito das políticas públicas, o Sistema de Justiça reveste-se de dimensão política, não sendo apenas a *boca que diz o direito*, mas um verdadeiro *criador de políticas*. É sob esse viés que as decisões judiciais selecionadas na pesquisa de campo serão analisadas no capítulo seguinte.

²⁴ Segundo Taylor (2007), Destaque-se, todavia, que a dificuldade de se interpretar objetivamente o impacto do Judiciário na tomada de decisão dos poderes eleitos potencializa a sua desconsideração.

pode ser um poderoso instrumento de formação de políticas públicas” (LOPES, 2002, p.136).

Todavia, considerando que precisa de provocação para que possa agir, “o Judiciário há de dividir o papel de protagonista dos casos com os cidadãos e advogados iniciadores das ações.” (LOPES, 2002, p.136). Evidentemente, “o juiz dificilmente é o único ator relevante na deliberação das políticas públicas no Judiciário” (TAYLOR, 2007, p.245):

a política pública pode ser contestada judicialmente por uma série de atores tanto do mundo político quanto da sociedade civil. O fato de o Judiciário ter, necessariamente, que lidar com essas contestações força-o – mesmo contra sua vontade ou protelando ao máximo – a ouvir e a tratar de opiniões muitas vezes minoritárias e contrárias aos interesses predominantes no eixo Executivo-Legislativo.

Não obstante, importa destacar que “os integrantes do Judiciário brasileiro têm capacidade de influenciar a discussão das políticas públicas antes de elas serem aprovadas” (TAYLOR, 2007, p.241). Isto porque, mesmo sem a utilização de recursos formais, a influência dos integrantes do Sistema de Justiça, ao sinalizarem determinada posição e/ou pretensão, exercem força sobre os integrantes dos demais Poderes²⁵, surtindo efeitos e alterando a política, por “constranger a liberdade de ação de outros atores políticos” (TAYLOR, 2007, p.241).

Repise-se que apesar de Taylor (2007) apontar a influência dos integrantes do Sistema de Justiça sobre outros atores políticos, mesmo sem a utilização de instrumentos formais de constrição, indicando a existência de impacto da deliberação de políticas públicas pela sinalização de determinada(s) posição (ões) sem a utilização

²⁵ Aqui interessante destacar como esse movimento de submissão dos Poderes eleitos vem ocorrendo principalmente nos municípios menores com relação aos promotores de justiça. Muitas vezes, antes mesmo de tomar decisões que importem alocação de recursos públicos, os agentes políticos têm procurado anuência dos promotores de justiça com medo das represálias posteriores, como ações civis públicas ou ações de improbidade. Outro recurso muito utilizado pelo *parquet* tem sido as chamadas Recomendações, que indicam um sem número de instruções de conduta a serem tomadas pelos Poderes Executivo e Legislativo a fim de evitar futuras ações judiciais que os interpelem ou punam por suas condutas. Essa constatação foi feita pela própria pesquisadora a atuar na procuradoria de um município do Estado do Paraná, cujo prefeito não tomava mais decisões importantes sem a anuência dos promotores; este mesmo prefeito chegou a exonerar mais de 140 comissionados em atendimento à uma Recomendação de um promotor de justiça, pouco antes do período eleitoral. Além da impressão pessoal da pesquisadora, esse fenômeno foi citado com viés bastante crítico pelo Prof. Dr. Mauricio Dieter em uma entrevista concedida ao programa televisivo Voz Ativa sobre o julgamento do ex-presidente Lula no dia 22 de janeiro de 2018, disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2018/01/22/politica/1516629807_806757.html.

de uma teoria sociológica que o embasa, é possível encontrar explicação para tamanha influência em Bourdieu. Sem pretensão de aprofundamento ou, sobretudo, de esgotamento, mas tão somente para indicar a posição da pesquisadora sobre a força simbólica do campo jurídico sobre os demais, sucintamente se explicita em que medida o poder simbólico desse campo deve ser considerado quando se fala em judicialização da política.

Explica Bourdieu (1989, p.7) que “o poder simbólico é, com efeito, esse poder invisível o qual só pode ser exercido com a cumplicidade daqueles que não querem saber que lhe estão sujeitos ou mesmo que o exercem”, ou seja, “é um poder de construção da realidade que tende a estabelecer uma ordem gnoseológica: o sentido imediato do mundo (e, em particular, do mundo social)” (BOURDIEU, 1989, p.9). O campo jurídico, notadamente, exerce sobre os outros campos uma força simbólica dominante, de modo que o posicionamento adotado acaba por influenciar mesmo que sem instrumentos formais de coerção estatal o poder decisório dos atores políticos.

Todavia, a utilização dos meios formais coercitivos do Judiciário para agir no campo das políticas públicas é mais conhecida, destacando-se “duas características que dão alguma margem de manobra aos juízes: os instrumentos de decisão e o *timing* do uso deles” (TAYLOR, 2007, p.242), sobre o que se destaca:

No que diz respeito aos instrumentos, sabemos que alguns são mais robustos, por assim dizer, que outros, do ponto de vista de seu impacto nas políticas públicas. Uma Adin ou uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF, por exemplo, têm muito mais impacto e sobrevida do que uma decisão recorrível de juiz federal de primeira instância. Há, portanto, uma capacidade considerável dos ministros do STF de controlar o *timing* e as conseqüências de seu impacto, seja sustentando políticas públicas que apóiam ou atrasando a derrota daqueles que eles acreditam ser de constitucionalidade duvidosa, porém preferíveis. O controle por juízes de instâncias inferiores é menos decisivo, já que seus pareceres são passíveis de recurso (TAYLOR, 2007, p.242).

Com efeito, não se pode desconsiderar a dimensão política e estratégica da utilização do Judiciário para demandas de cunho essencialmente político, posto que sua atuação permite a alteração da política pública, controlando, assim, a agenda de política pública ou mesmo sua implementação (TAYLOR, 2007, p.243). Nesse sentido, “a judicialização pode ser vista como uma extensão da política por outros meios,

tornando-se mais provável quando os custos de uma determinada política são muito concentrados entre um pequeno grupo de perdedores” (TAYLOR, 2007, p.245).

Percebe-se, portanto, que a atuação jurisdicional, sobretudo no campo das políticas públicas, não parece neutra ou desprovida de interesses políticos. Desde o exercício da influência do magistrado ao emitir sua opinião e posicionamento pessoal sobre determinado aspecto da política até o *timing* utilizado como recurso para emitir decisão em determinada demanda judicial são aspectos que evidenciam a existência de um viés político na atuação do Sistema de Justiça, em especial quando o que se discute são elementos próprios do campo da política, de modo que a neutralidade não se evidencia um aspecto dessa atuação.

Ocorre que o deslocamento da agenda política para o cenário jurídico acarreta outra possibilidade de reflexão: o Sistema de Justiça, e especialmente o Judiciário, estaria preparado para a tomada de decisão política, que importa considerar a necessidade coletiva, a demanda, a representatividade, o orçamento público disponível, a previsão orçamentária, e aspectos internos de disputa política que estruturam os Poderes eleitos, como embate entre partidos ou o embate entre atender a vontade da maioria ou dar voz às minorias não representadas? A seguir, destacar-se-ão algumas dessas reflexões.

2.3 – O DESLOCAMENTO DA DISPUTA: CONSIDERAÇÕES SOBRE O (DES)PREPARO DO SISTEMA JURÍDICO

O advento da Constituição de 1988 propiciou um cenário de evolução social no país. A grande força dada aos direitos sociais e o reconhecimento da democracia como cenário propício para a concretização desses direitos conduziu a estrutura estatal ao pós-positivismo e permitiu um olhar mais acurado à justiça humanizada por parte do Judiciário. Em outras palavras, com a redemocratização do país, além do fortalecimento de instituições de acesso à justiça, como o Ministério Público e Defensoria Pública e maior conscientização da população de seus direitos, o Judiciário, em consonância com o ideário democrático que se instalara, parece ter construído um posicionamento mais humano, visando à construção de uma justiça mais humana e não apenas uma posição arbitrária, positivista e burocrática.

Nesse contexto, a arena judicial deixa de ser apenas um cenário de erudição dos magistrados e assume o papel de *locus* de garantia de direitos declarados.

Conquanto, embora se constate a possibilidade de intervenção judicial na esfera dos direitos sociais, posto que plenamente judiciáveis, passíveis, portanto, de controle jurisdicional ante sua violação por ausência ou deficiência na atuação estatal em prol de sua garantia, necessário se faz cotejar elementos fáticos dessa intervenção, tais como escassez de recursos públicos e concessão individual de direitos não universalizáveis.

Arenhart (2015) afirma que o Judiciário está despreparado para enfrentar a temática, uma vez que prescinde de instrumentos jurídicos delineados para atender esse tipo de demanda, seja pela individual, seja pela via coletiva. Lopes (2002, p.114), por sua vez, destaca que “o despreparo jurídico para lidar com o tema, no entanto, parece tão grande quanto a gravidade das questões sociais brasileiras”, ou seja, os operadores do direito estão, de modo geral, despreparados para lidar com a complexidade que o conflito que envolve política pública detém, mesmo porque seu trato pressupõe tratar de orçamento e finança pública, além dos critérios técnicos específicos:

As políticas públicas são um conjunto heterogêneo de medidas do ponto de vista jurídico [...] Envolvem elaboração de leis programáticas, portanto de orçamento de despesas e receitas públicas” [...] Para além disso, existem atos concretos de execução de tais políticas, normalmente exercidos por órgãos administrativos centralizados e descentralizados (autarquias e empresas públicas), sem contar o poder de polícia, exercido por antecipação (na forma de autorizações e licenças) ou posteriormente (na forma de fiscalização) (LOPES, 2002, p.134)

Ainda segundo Arenhart (2015,p.2) “o controle jurisdicional de políticas públicas é tratada com pueril irresponsabilidade”. Conquanto, não se trata de irresponsabilidade por atuação inadequada do juízo, mas decorrente da inadequação dos instrumentos processuais empregados, constatando-se, do processo individual ao coletivo, a insuficiência para uma efetiva prestação jurisdicional no campo das políticas públicas (ARENHART, 2015).

Assim, em que pese se constate a inadequação de medidas individuais de interpelação judicial para efetivação de políticas públicas, as ações coletivas também não resolvem o problema; mesmo porque as demandas coletivas brasileiras se traduzem verdadeiros processos individuais nos quais um autor legitimado atua em nome de uma coletividade. Com efeito, as técnicas adotadas no Brasil que visam à

tutela coletiva não dispõem de mecanismos de efetiva participação do coletivo (ARENHART, 2015).

Paradoxalmente, portanto, o processo coletivo aliena exatamente o grupo que é protegido, na medida em que não permite sua participação direta, mas apenas autoriza a presença, no processo, dos entes legitimados para a tutela desses grupos. E faz tudo isso segundo a mesma lógica da tutela individual ou seja, segundo um processo bipolarizado, onde necessariamente se veem posições antagônicas em que uma deve prevalecer sobre a outra Segundo Arenhart (ARENHART, 2015, p.4).

A posição enquadrada pelo autor é a de que o Judiciário ainda não dispõe de mecanismos efetivos que suportem a tutela de direitos sociais, isto porque não consegue ainda atender demandas coletivas em uma lógica minimamente adequada à sua efetivação. Assim, para que seja possível o controle jurisdicional de políticas públicas, é preciso que o Judiciário brasileiro expanda no sentido de não apenas utilizar a lógica bipolar do processo comum (individual), possibilitando a participação da sociedade, com a “ampliação da latitude de cognição judicial, de modo a permitir que o Judiciário tome contato com todo o problema, sob suas várias perspectivas” (ARENHART, 2015, p.7).

Conclui-se, portanto, que o processo coletivo brasileiro, embora adaptado para atender a algumas modalidades de interesses metaindividuais, ainda está longe de servir de palco adequado à tutela de interesses sociais. Porque mantém suas raízes no mesmo ideário do processo individual, carrega consigo os mesmos defeitos daquele e, portanto, não é capaz de servir de cenário para o debate de políticas públicas. Por outras palavras, porque o processo coletivo brasileiro mantém-se arraigado à mesma racionalidade do processo individual, à sua dinâmica bipolar, à adstrição da sentença ao pedido, à disponibilidade do processo e a todas as consequências dessa lógica, os mesmos defeitos que se vê em um processo individual podem também ser vistos no processo coletivo (ARENHART, 2015, p.6).

Nesse sentido, parece ser necessário o aprimoramento da atuação jurisdicional no que diz respeito à tutela de direitos sociais, pela busca de efetivação de políticas públicas que os garantam, mediante *processos estruturais*, nos quais mecanismos de ampla e efetiva participação da comunidade afetada se faça real, como, por exemplo, a realização de audiências públicas e a ampliação da utilização da figura do *amicus*

*curiae*²⁶, visando ao desenvolvimento de uma relação processual multifacetária e plúrima superando a visão de antagonismo dos polos, mesmo porque no campo das políticas públicas não necessariamente existem visões opostas, havendo evidente possibilidade de se chegar a um denominador comum (ARENHART, 2015).

Além da insuficiência de mecanismos jurídicos e institutos processuais que possam ser convenientes para a atuação judicial nos conflitos essencialmente políticos, em especial para o controle jurisdicional de políticas públicas, posto que não consegue ultrapassar o caráter bilateral do processo no Brasil – um autor e um réu e, portanto, um ganhador e um perdedor –, os magistrados brasileiros parecem agir de maneira bastante formal, dando ênfase aos princípios norteadores do ordenamento, privilegiando a proteção de direitos individuais, desconsiderando as implicações e/ou consequências (políticas) de sua proteção judicial (TAYLOR, 2007)²⁷.

O que se percebe, portanto, é que apesar de haver o deslocamento da decisão política para o Sistema de Justiça, o Judiciário parece estar despreparado para lidar com essa temática, além de prescindir de mecanismos processuais adequados de efetivação do direito social em disputa. E, repise-se, a ausência de instrumentos adequados podem levar à fragilidade do mecanismo, posto que desconsidera a complexidade da disputa e as particularidades dos envolvidos.

Entende-se que o ponto abordado neste tópico é bastante relevante para a análise do fenômeno da judicialização de políticas públicas. Trazer à reflexão as fragilidades do sistema auxilia a analisar o conteúdo empírico coletado, podendo-se chegar, assim, a conclusões mais coerentes e fidedignas ao estudo que se propõe.

Ainda visando a um viés crítico de análise e não apenas descritivo do conteúdo empírico a ser analisado (decisões judiciais que compõem o arcabouço documental objeto de análise nesta dissertação), o tópico a seguir trará elementos à reflexão quanto ao contexto contemporâneo de inter-relação entre os Poderes e a tensão que daí se exaspera.

²⁶ Para compreensão do conceito de *amicus curiae*, adota-se o conceito exposto por Talamini (2016): O *amicus curiae* (art.138 do CPC/2015) é terceiro admitido no processo para fortalecer subsídios instrutórios (probatórios ou jurídicos) à solução da causa revestida de especial relevância ou complexidade, sem, no entanto, passar a titularizar posições subjetivas relativas às partes – nem mesmo limitada e subsidiariamente, como o assistente simples. Auxilia o órgão jurisdicional no sentido de que lhe traz mais elementos para decidir. Dai o nome “amigo da corte”. Disponível em: <http://m.migalhas.com.br/depeso/234923/amicus-curiae-no-cpc15>.

²⁷ Essa hipótese será analisada em conjunto com o resultado da pesquisa empírica, pela análise das decisões coletadas, no capítulo seguinte.

2.4 – CONJECTURAS QUANTO AO CONTEXTO JUSPOLÍTICO CONTEMPORÂNEO

O princípio da separação de poderes é elemento estruturante do estado constitucional moderno – Poder Executivo; Poder Legislativo e Poder Judiciário. A República do Brasil positivou esse princípio no art. 2º da Constituição de 1988, definindo-os como independentes e harmônicos entre si. Isto implica considerar que existem competências atribuídas a cada um desses Poderes que compõem o Estado, isto é, o Estado atua por meio de seus Poderes dentro das atribuições de cada um, constitucionalmente delineadas²⁸.

Conquanto, existem alguns aspectos fáticos a seguir explorados que precisam ser levantados²⁹. Neste contexto de intensa politização do Sistema de Justiça, com a figura do *super-juiz* ganhando cada vez mais força no imaginário social, o agigantamento ininterrupto do Ministério Público dentro do aparato burocrático estatal e a descrença generalizada no agente político, escrever sobre a inter-relação dos Poderes do Estado se torna um desafio extenuante, sobretudo sob o enfoque da tensão entre o viés político face o viés jurídico no fenômeno da judicialização em busca de prestação estatal para a garantia de direitos.

Cotidianamente, os embates ideológicos são acirrados por distintas posições quanto à atuação jurisdicional nas mais diversas áreas, sobretudo quando o controle jurisdicional se debruça sobre temas correlatos à Administração Pública e aos agentes políticos.

O operador do direito que tem em suas mãos o poder de interferir no sistema político através de ferramentas jurídicas vê-se não mais como um agente estatal escondido sob a mesa de seu gabinete e engessado pelo aparato burocrático que o sistema normativo regurgita, mas como protagonista na ribalta com os holofotes da imprensa vigiando seus passos (ou melhor: suas canetas).

²⁸ Outra composição que importa saber, diz respeito à organização político-administrativa do Estado, que compreende a União, Estados-membro, Distrito Federal e Municípios, todos dotados de autonomia (administrativa, política, tributária e financeira), que decorre da configuração federalista de Estado, também adotada no Brasil.

²⁹ As análises feitas neste trabalho não seguem a linha do dever-ser e, portanto, não podem desconsiderar o contexto social no qual o fenômeno estudado se insere. Mesmo porque este é um trabalho atrelado à linha de Políticas Educacionais, que não se insere em um ambiente neutro, mas sim em um ambiente de intensa politização, de modo que se destaca a seguir o contexto social e político nacional focado na atuação do Sistema de Justiça, objeto de estudo desta dissertação.

A atuação dos membros do *parquet* bem como a dos magistrados tornou-se alvo da crítica social e dos escândalos midiáticos, trazendo ao público questões que outrora ater-se-iam a critérios técnicos, estritamente jurídicos, mas que hoje parecem responder aos anseios sociais e a posturas políticas dos próprias agentes muito mais do que ao tecnicismo clássico da Ciência do Direito.

Em outras palavras, o que vem se tornando comum no cenário institucional brasileiro é uma resposta muito mais politizada do que técnica do Sistema de Justiça, a qual advém de uma atuação de contorno quase que estritamente político do operador do direito, inclinada a posições políticas previamente estabelecidas muitas vezes em detrimento do que prescreve o ordenamento.

Com efeito, essa atuação extremamente politizada vem surpreendendo cientistas do Direito que (ainda) sustentam a necessidade de um posicionamento jurídico do Sistema de Justiça pautado em critérios técnicos, mesmo na hipótese de não se alinhar aos anseios sociais ou às inclinações políticas majoritárias ou por vezes estritamente pessoais.

Destaque-se, neste ponto, que os membros do Ministério Público e os magistrados são submetidos a concursos de conteúdo técnico para assumir os respectivos cargos, isto é, compõem um grupo técnico não eleito justamente porque sua atuação deve se dar não em resposta a um eleitorado, mas em garantia da segurança jurídica que ampara o cidadão advinda das normas jurídicas que caracterizam o Estado de Direito, isto é, um estado que se submete ao que prescrevem suas normas.

Essencialmente, ao exercer o controle jurisdicional sobre a atuação dos Poderes Executivo e Legislativo, o Judiciário exerce um papel manifestamente contraposto ao dos Poderes eleitos, pois tem o dever de se ater ao que está prescrito, verificando se os atos dos demais Poderes estão alinhados aos ditames constitucionais e legais³⁰.

Com efeito, a existência de um ordenamento jurídico posto, isto é, de previsões normativas, prescritivas, é importante na medida em que equivale a uma garantia do cidadão frente ao Poder Público; nesse sentido, quando os operadores do Sistema de Justiça atuam mais de acordo com suas crenças pessoais, seus axiomas ou mesmo em resposta a anseios sociais e/ou a inclinações políticas e menos de acordo com o

³⁰ Nesses termos, o Sistema de Justiça submeter-se-ia (deveria submeter-se) ao que dispôs o Parlamento.

que está prescrito, acabam por incorrer em conduta temerária ao passo que o cidadão não consegue ter qualquer previsibilidade da atuação estatal, violando assim a segurança jurídica que é propriamente uma garantia do povo frente à arbitrariedade do Estado.

Destaque-se que a democracia é o regime que outorga ao povo o poder, o que implica que através do sufrágio universal os representantes dos Poderes Legislativo e Executivo são eleitos e que, através de um procedimento constitucionalmente delineado, elaboram leis que regem as condutas e limitam o poder estatal.

Isto é, ao não pautar sua atuação no ordenamento, o Sistema de Justiça viola não apenas a norma posta, mas o próprio regime democrático, posto que age de acordo com suas convicções ou inclinação política e não de acordo com o que se convencionou coletivamente.

Obviamente que a legislação não é absoluta, e nem imutável. É possível que o controle jurisdicional invoque inconstitucionalidades ou mesmo ilegalidades em normas que são incongruentes com o ordenamento jurídico já consagrado sendo este controle um dos papéis essenciais do Judiciário; entretanto, alguns princípios constitucionais basilares parecem estar sendo violados, inclusive com uma técnica jurídica muito pouco acurada³¹.

Em suma, o que parece reger o Sistema de Justiça contemporaneamente é a imprevisibilidade diante da inclinação política de cada operador. E, em uma verdadeira confusão de papéis institucionais dentro do sistema burocrático que estrutura o Estado, com evidente descolamento do magistrado da ideal neutralidade ao proferir suas decisões e do engrandecimento do Ministério Público em proporções assustadoras, falar das tensões existentes entre o político e o jurídico na atuação dos Poderes diante do fenômeno social da judicialização de anseios por prestação estatal parece uma verdadeira ousadia.

Conquanto, apesar da imprevisibilidade do sistema institucional erigido constitucionalmente no contexto contemporâneo, esta dissertação se debruça no fenômeno da judicialização da educação e busca analisar o objeto sem olhos ingênuos.

³¹ Constatação feita pelo Prof. Dr. Maurício Dieter ao analisar a sentença de condenação do Caso Tríplex do ex-presidente Lula no programa televisivo Voz Ativa da Rede Minas em 23 de janeiro de 2018 (disponível em https://brasil.elpais.com/brasil/2018/01/22/politica/1516629807_806757.html)

Nos primeiros três capítulos deste trabalho, discorreu-se sobre o conceito de estado moderno e a configuração de estado constitucional. Explanou-se acerca do direito à educação e suas características fundamentais dentro do estado democrático de direito. Elucubrou-se sobre o conceito de judicialização da educação e verificou-se quais as vicissitudes do fenômeno apontadas pela literatura. Por fim, destacaram-se as fragilidades do sistema para tratar de demandas judiciais por políticas públicas e do contexto inconstante do cenário juspolítico brasileiro.

As questões abordadas restam imprescindíveis para a análise dos dados coletados, que ilustram e dão contornos ao fenômeno estudado. Para adentrar a essa análise empírica destaca-se por derradeiro o que vem a seguir:

A judicialização como fenômeno social surge em contextos de violação de direitos previamente declarados (mesmo que apenas constitucionalmente em contornos principiológicos). Isto porque o cidadão que se vê diante de uma situação de ausência ou insuficiência de prestação estatal tem buscado mecanismos jurídicos de exigir o direito, consagrando o Judiciário como uma arena de disputa por políticas públicas; isto é, o Judiciário se tornou um *locus* que põe o cidadão em patamar menos desigual frente ao Poder Público, uma vez que mesmo através de mecanismos individuais é possível interpelar o Estado a prestar a política pública da qual o cidadão necessita.

Na educação, houve um aumento de número de ações judiciais pleiteando vagas em creche³². Isto porque, como já explanado, não sendo uma etapa obrigatória da educação básica, não é universalizada, isto é, o Poder Público não disponibiliza, de maneira geral, vagas a todos que estão na faixa etária dos 0 aos 3 anos de idade. Conquanto, diante da previsibilidade do direito, muitas ações são procedentes e o pleito é atendido, inclusive liminarmente, de modo que o Poder Público é interpelado pelo cidadão, via Sistema de Justiça, a promover a política pública almejada.

No capítulo seguinte serão analisadas decisões judiciais proferidas em segunda instância pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, em demandas judiciais por vaga em creche no município de Curitiba. A análise será feita com base em todas as reflexões e levantamento teóricos feitos nestes três primeiros capítulos.

³² Os dados que corroboram essa afirmação serão apresentados no capítulo seguinte.

3 – A JUDICIALIZAÇÃO DA EDUCAÇÃO INFANTIL NO MUNICÍPIO DE CURITIBA

Discorreu-se nos capítulos anteriores sobre a possibilidade de judicialização de direitos sociais, em especial a educação com enfoque específico à educação infantil – sub-etapa creche. Verificou-se que a força normativa da educação importa sua exigibilidade frente ao Poder Público na hipótese de ausência ou insuficiência na prestação estatal. Com efeito, verificou-se que além do arcabouço legislativo que preenche de conteúdo o direito à educação no Brasil, o STF já consagrou o entendimento de que a educação infantil é direito subjetivo e a ausência de oferta de vaga importa violação.

Considerando este contexto, cumpre averiguar situações fáticas que ensejaram o interesse da pesquisa. Isto é, as elucubrações teóricas apontadas até o presente momento se justificam na medida em que servem de aparato para uma robusta análise dos dados empíricos que se apresentam. E, tratando-se de um fenômeno social importante para o campo das Políticas Educacionais e também para o campo do Direito, na medida em que impacta as duas áreas de conhecimento, estudar a judicialização da educação com perspectiva empírica pode trazer relevantes contribuições do ponto de vista acadêmico.

Para tanto, será estudada a dinâmica de judicialização da educação infantil no município de Curitiba, que acarretou em um grande número de ações judiciais que pleiteiam vaga em creche, com relevante atuação de instituições jurídicas – Ministério Público e Defensoria Pública, e curioso contrassenso do TJPR frente a essas demandas.

3.1 – CONSIDERAÇÕES SOBRE O PERCURSO DE COLETA DE DADOS

O estudo empírico realizado nesta dissertação se consubstancia essencialmente pela análise qualitativa das decisões judiciais proferidas pelo TJPR em demandas judiciais por vaga em creche no município de Curitiba. Foram levantadas todas as decisões proferidas em recursos de apelação e/ou reexame necessário TJPR em ações judiciais que pleiteiam vagas em creche no município de Curitiba de 01/01/2015 a 31/12/2017.

A coleta inicial foi feita no portal eletrônico do TJPR - <https://www.tjpr.jus.br/>, de modo que os recursos necessários para este tipo de pesquisa são: acesso à rede mundial de computadores (internet); acesso ao sítio eletrônico do TJPR; acesso às decisões judiciais de segunda instância publicadas no portal eletrônico do TJPR³³. Realizada a coleta, as decisões devem ser analisadas por sua ementas, ainda sem análise qualitativa do seu conteúdo, mas tão somente para fins de descarte daquelas cujo objeto não tem relação com o tema da pesquisa.

Em que pese se demonstre acessível, a metodologia adotada para a coleta de dados utilizada nesta dissertação comporta limites. Optou-se por coletar as decisões judiciais proferidas pelo tribunal estadual nessas demandas em razão dos limites de acesso aos processos que correm em primeira instância. Isto porque o sistema que disponibiliza acesso ao sistema digital de processos judiciais em primeira instância no estado do Paraná, o Projudi, não possui um mecanismo de busca de processos judiciais por tema, de modo que para encontrá-los é necessário que se tenham informações específicas de cada um, tal como número do processo, nome das partes e juízo no qual tramita; para encontrá-los, portanto, é necessário ter dados específicos previamente, de modo que este é um limite de pesquisa nesse seara.

O portal eletrônico do TJPR, entretanto, disponibiliza as decisões judiciais proferidas pelo Tribunal, em ações submetidas ao duplo grau de jurisdição, portanto, no campo “JURISPRUDÊNCIA”, conforme mecanismo de acesso acima descrito passo a passo. A possibilidade de acesso por tema, mediante a utilização de descritor definidor de critério de pesquisa, define o mecanismo adotado para a análise pretendida nesta dissertação - uma vez que se pretende analisar, em sentido amplo, o fenômeno da judicialização da educação especificamente pelo controle jurisdicional, resta necessário verificar a dinâmica do fenômeno começando pela quantificação desse tipo de demanda.

Conquanto, apesar da disponibilização das decisões judiciais no portal eletrônico do TJPR, não se pode afirmar que esta pesquisa corresponde ao número real de decisões proferidas no âmbito do TJPR sobretudo em razão de que existe a prática de se manter em sigilo as ações judiciais cujo teor tenha relação com criança ou adolescente, de modo que até as decisões judiciais proferidas nesses processos são mantidas em segredo de justiça. Na ocorrência dessa hipótese, além de não

³³ Nos apêndices desta dissertação, descreve-se o passo a passo feito para cada descritor escolhido,

existir mecanismo de acesso ao conteúdo dessas ações resta prejudicada a quantificação por ausência de identificação da temática.

Vale destacar, ainda, que as sentenças proferidas em Juízo de primeiro grau contra pessoas jurídicas de direito público – contra o Poder Público por conseguinte -, devem necessariamente ser submetidas ao duplo grau obrigatório de jurisdição (art.496 do Código de Processo Civil 2015 (NCPC) – Lei nº 13.105/2015), o chamado reexame necessário, sendo esta uma condição de eficácia dessas decisões pois só surtem efeito quando confirmadas pelo Tribunal, em segunda instância portanto. Conquanto, existem hipóteses em que se dispensa o reexame, sendo hipóteses legais taxativas descritas nos parágrafos 3º e 4º do art. 496 do NCPC.

Como regra, portanto, a sentença proferida pelo Juízo singular de primeira instância não surtirá efeitos se não confirmada pelo Tribunal ao qual se vincula, em segunda instância, sendo, neste caso, o reexame condição necessária para a eficácia da sentença proferida contra o Poder Público. Destaque-se, todavia, que para a quantificação das demandas este se configura um limite metodológico, uma vez que essa condição só se configura na hipótese de a sentença ser contrária ao Poder Público, de modo que pode ser que existam demandas finalizadas em primeira instância que não foram objeto de recurso voluntário pela parte sucumbente e que, por serem favoráveis à Administração, não se enquadram na hipótese de reexame necessário.

Os limites metodológicos contra o qual esse tipo de pesquisa se defronta não desqualificam, entretanto, os resultados quantitativos e qualitativos do mecanismo de coleta de dados adotado; sobretudo porque, apesar de não serem fidedignos ao número real de demandas, os números coletados apresentam a tendência do fenômeno uma vez que analisados em conjunto com o contexto no qual se insere permite a aferição de conjecturas possíveis à constatação da dinâmica do fenômeno.

Após se levantarem as ações judiciais com base nos descritores “educação infantil” e “creche”, apresentando um resultado numérico, optou-se por focar a análise às decisões proferidas pelo TJPR em recursos de apelação e/ou reexame necessário coletadas pelo descritor “educação infantil” referente a demandas por vagas em creche na Comarca do município de Curitiba, limitando o universo de análise.

A opção por reduzir a pesquisa empírica a recursos de apelação e/ou reexame necessário se explica pelo seguinte: outros tipos de recurso submetidos à análise em segunda instância não tem o condão de reanalisar o conteúdo da sentença (decisão

final do processo de primeira instância); mas apenas modificar ou manter decisões interlocutórias, de modo que o processo em primeiro grau terá um desfecho desconhecido, como é o caso do Agravo de Instrumento, que indica a existência de uma demanda judicial na temática, mas não traz elementos quanto à posição final do Tribunal nesse tipo de demanda. Ainda, entendeu-se melhor desconsiderar decisões proferidas em Embargos de Declaração, pois este tipo de recurso também não possui o condão de modificar o conteúdo da decisão, mas apenas esclarecer pontos obscuros ou contraditórios da decisão já proferida. Ou seja, a opção por analisar apenas decisões proferidas em Apelação e/ou Reexame Necessário se deu porque é neste tipo de recurso que se tem uma decisão efetiva sobre um processo que já foi finalizado em primeira instância, de modo que a pesquisa qualitativa dessas decisões poderá ter resultados mais fidedignos à posição adotada pelo Tribunal neste tipo de demanda.

Tais limitações do universo empírico se justificam porque se optou por fazer a análise qualitativa dessas decisões, elaborando um banco de dados³⁴, com as seguintes especificações de cada demanda: (i) descritor; (ii) comarca; (iii) ano; (iv) natureza do recurso; (v) número dos autos; (vi) relator; (vii) tipo da decisão – se acórdão ou monocrática; (viii) resultado – favorável/desfavorável à concessão da vaga; (ix) argumento central; (x) ementa.

Com a elaboração do banco de dados, foi possível separar as demandas de acordo com filtros interessantes à análise, como ano, relator e porcentagem de decisões em favor da concessão, cujos dados serão apresentados e analisados no tópico seguinte. Ainda, essa organização inicial permitiu averiguar a tendência das decisões por magistrado, de modo que se optou por analisar integralmente ao menos uma decisão de cada relator, levantando-se os argumentos centrais e outros aspectos interessantes à pesquisa.

Não obstante, outros aspectos importantes para a análise da dinâmica do fenômeno da judicialização da educação infantil no município de Curitiba se mostram relevantes, especialmente quanto à propositura de uma ação civil pública (ACP) por parte do Ministério Público estadual em 2014 e o processo de Suspensão de Liminares interposto pelo Município de Curitiba em 2015.

³⁴ O banco de dados ficará disponível ao Grupo de Pesquisa ao qual a pesquisadora se vincula, já citado neste trabalho, cujo tema é judicialização da educação, coordenado pela Prof. Dra. Adriana Aparecida Dragone Silveira, vinculado ao NUPE/UFPR.

Quanto à ACP proposta pelo Ministério Público em 2014 e a Suspensão concedida pelo Presidente do TJPR, em trâmite desde 2015, a metodologia adotada foi diferentes daquela adotada para o levantamento das decisões proferidas pelo TJPR nas ações individuais. Primeiro porque a pesquisa pública por tema não traz essas ações a conhecimento, isto é, pela metodologia adotada até então não seria possível chegar a essas ações. A ACP corre em segredo de justiça, motivo pelo qual não se pode ter acesso ao seu conteúdo ou a seu trâmite.

Quanto à Suspensão, que não corre em segredo de justiça, mas por se tratar de autos físicos o acesso ao seu conteúdo fica restrito. Conquanto, apesar da restrição física ao conteúdo da Suspensão, estão disponíveis no sítio eletrônico do TJPR, em consulta pública, as decisões proferidas no processo, de modo que é possível fazer uma análise documental de seu conteúdo³⁵, o que foi feito. Ainda, a pesquisadora teve acesso ao memorial protocolado pelo município no processo de Suspensão, que dá diversos elementos importantes à análise do processo, motivo pelo qual foi inserido como elemento documental de análise nesta dissertação.

Assim, com todos os limites metodológicos enfrentados pelo tipo da pesquisa, a análise estará detida ao material angariado, de modo que os elementos trazidos se perfazem um arcabouço documental importante para a análise do fenômeno da judicialização da educação infantil no município de Curitiba, cujo escopo de análise foi delimitado nos conceitos e elementos teóricos trazidos e explorados nos capítulos anteriores.

3.2 – O CONTEXTO DE JUDICIALIZAÇÃO NO MUNICÍPIO DE CURITIBA

Embora a creche não seja uma etapa obrigatória de escolarização, a oferta de vagas em CMEI's no município está aquém da procura. Ou seja, há no município de Curitiba um déficit de vagas nessa etapa, o que desencadeou a criação de uma lista de espera por vagas, cujo critério de distribuição obedece alguns critérios de prioridade indicados pelo próprio município (GONÇALVES, 2018).

A escassez de vagas, que aparece mesmo diante da expansão de atendimento, é a causa do movimento de judicialização por matrícula em creche no município. Uma

³⁵Documento encaminhado pela Procuradoria Municipal de Curitiba à pesquisadora Lusiane Ferreira Gonçalves via e-mail após requisição formal para fins de pesquisa, que submeteu o documento para integrantes da pesquisa coordenada pela Profa. Dra. Adriana A. Dragone Silveira, já mencionada nesta dissertação, para acesso e estudos.

vez que administrativamente as crianças de idade entre 0-3 anos que não conseguem matrícula, buscam o Sistema de Justiça para conseguirem ter seu direito satisfeito, mesmo que à revelia da estrutura da política municipal de atendimento.

Curitiba não investia em políticas voltadas à infância, que não fosse de caráter assistencial, até a década de 1970 (COSTA, 1997). Uma das razões que levaram o município a investir em instituições públicas de atendimento a crianças de 0-6 anos adveio da política municipal de transformação de Curitiba em modelo de reforma urbana do país, um programa de desfavelamento elaborado pelo Instituto de Pesquisa e Planejamento Urbano de Curitiba (IPPUC) na década de 1960, e implementado na década de 1970 (SOCZEK, 2006).

O programa previa a construção de conjuntos habitacionais Companhia de Habitação (COHAB), de modo que o município passara a incentivar o trabalho feminino, com o intuito de garantir o financiamento das moradias (GONÇALVES, 2018), isto porque “[...] além de várias famílias serem mantidas por mulheres, acreditavam os profissionais que coordenavam este trabalho, que ‘as mulheres melhor cumpriam os compromissos financeiros e, se apegavam mais facilmente a suas casas, impedindo que as vendessem’.” (COSTA, 1997, p. 217). As obras de infraestrutura que embasavam as reformas urbanas indicadas no Plano Diretor da Cidade de Curitiba passaram a ser destaque nacional quando o então presidente do IPPUC, Jaime Lerner, foi eleito prefeito do município (SOCZEK, 2006).

Em 1976 foram criadas as primeiras creches públicas integralmente financiadas com recursos públicos no município, como resultado do desfavelamento que impulsionou o mercado de trabalho feminino, restando a necessidade de atendimento às crianças de 0-6 anos de idade (SOCZEK, 2006; GONÇALVES, 2018). Costa (1997) afirma que se tratava de “galpões provisórios” e que foram nesses galpões que nasceram as políticas de atendimento à infância em Curitiba (COSTA, 1997, p. 218).

Assim, as primeiras creches implementadas junto à entrega dos conjuntos habitacionais pela COHAB de Curitiba faziam parte das propostas dos Centros Sociais Urbanos do governo federal, com o objetivo de atender a população carente com a prestação de serviços de atendimento materno-infantil, de assistência médica, de ensino profissionalizante e de ação social (FERREIRA, 2018, p.92).

Diante do contexto de criação de creches no município³⁶, inicialmente priorizava-se o atendimento à população mais pobre e, especialmente, para atendimento das moradoras dos conjuntos habitacionais da COHAB (COSTA, 1997); tendo sido ampliada a política de atendimento na década de 1980, nas gestões municipais, que se deu em um contexto de mobilização por serviços sociais e de educação (SOCZEK, 2006).

A política foi expandindo e deixando de ter caráter assistencial, com a preocupação de efetivar propostas pedagógicas e desenvolver um corpo profissional especializado por meio de concurso público, sobretudo durante as gestões de Maurício Fruet e Roberto Requião (SOCZEK, 2006).

Na década de 1990 ampliou-se o atendimento por meio de creches comunitárias conveniadas e no início dos anos 2000 o então gestor municipal Cassio Taniguchi tentou terceirizar parte das creches públicas municipais, movimento barrado por uma ACP³⁷ proposta pelo Conselho Estadual de Defesa da Criança e do Adolescente junto com o Partido dos Trabalhadores (PT) (SOCZEK, 2006). Foi então que

No ano de 2003, após a tentativa de terceirização das creches (que não ocorreu) para atender às prerrogativas legais da LDB/1996 a PMC incorporou os 125 CMEIs à SME provenientes da Secretaria Municipal da Criança (extinta no final de 2002) e nove unidades conveniadas, das quais oito eram administradas pelo Instituto Pró-Cidadania de Curitiba e uma administrada pelo Instituto Ciência e Fé. Outras 78 instituições de educação infantil do município que eram atendidas pela Fundação de Ação Social (FAS) tiveram convênios de cooperação técnica e financeira formalizados. (CURITIBA, 2017) (FERREIRA, 2018, pp. 93-93).

De acordo com Ferreira (2018, p.94), pouco antes do advento da Lei n. 11.274/2006 que estendeu o ensino fundamental para 9 anos, “a PMC realizou junto ao FAS um estudo sobre os critérios de priorização para as vagas da educação infantil, pois, não havia vaga para todas as crianças”, surgindo então a necessidade da criação de uma lista de espera, o chamado “Sistema de Cadastro”, cujo critério de

³⁶ Para uma melhor compreensão da expansão da política de creche no município ler: COSTA, 1997; SOCZEK, 2006; e GONÇALVES, 2018.

³⁷ AÇÃO CIVIL PÚBLICA, Liminar concedida ao Centro de Defesa da Criança e do Adolescente, e ao Partido dos Trabalhadores – em Defesa dos Direitos Coletivos e Difusos das Crianças, 4ª Vara da fazenda da Comarca de Curitiba 19/02/2001

prioridade³⁸ deixou de ser *filhos de pais trabalhadores* e passou a ser “criança em situação de risco” e “crianças cuidadas por menores ou avós com problemas de saúde” (GONÇALVES, 2018, p.94), contexto no qual se criaram os Conselhos dos CMEIs³⁹, visando a dar transparência na distribuição das vagas.

A questão da distribuição de vagas em creche no município permanece nesse sistema de distribuição de acordo com a lista de espera, sendo definidos critérios de prioridade para crianças em situação de risco cujo diagnóstico deve ser realizado pelos Conselhos dos CMEI's de acordo com ofício circular anualmente encaminhado pelo Departamento de Educação Infantil do município. Repise-se, no entanto, que a lista de espera não é publicizada pelo município, mesmo que a divulgação já tenha sido cobrada pelo Ministério Público e pela Defensoria Pública (GONÇALVES, 2018).

A pesquisa de Gonçalves (2018) indica que, embora o município tenha expandido o atendimento com a criação de novos CMEI's, “a fila de espera pouco baixou” (p.98), permanecendo um padrão de 7 a 9 mil crianças aguardando vaga⁴⁰.

O excessivo número de crianças não atendidas pela política municipal de ofertas de vagas em creche no município de Curitiba iniciou um movimento de judicialização no qual são protagonistas o Ministério Público (SILVEIRA, 2015) e a Defensoria Pública (FERREIRA, 2018).

A busca judicial por vagas em creche centrou-se inicialmente na atuação do Ministério Público, por meio da Promotoria de Justiça de Proteção à Educação de Curitiba. Primeiro fora firmado um Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) em 2008-2009 com o então prefeito Carlos Alberto Richa, visando à criação de vagas nas instituições de educação infantil (SILVEIRA, 2015).

³⁸ Segundo Gonçalves (2018, p.94): “A questão da vulnerabilidade da criança se tornou mais importante do que o trabalho dos pais e foi assimilada junto com o Sistema de Cadastro. O critério de “pais trabalhadores” continuou presente para a priorização da vaga, contudo não era mais o primeiro a ser analisado.”

³⁹ De acordo com Ferreira (2018, p.94): “Os Conselhos dos CMEIs³⁹ foram criados pelo Departamento de Educação Infantil e têm como uma de suas funções a análise da situação das fichas de cadastro das crianças que aguardam pela vaga. Cada CMEI possui o seu próprio Conselho que é composto por pais, professores, educadores, pedagoga, assistente administrativo, diretora e, quando possível, uma pessoa da saúde oriunda da FAS, podendo também participar um representante do núcleo regional para fazer parte do processo de discussão, assim como um representante da associação de bairro ou da comunidade quando essas existirem”.

⁴⁰ Ferreira (2018, p.99) destaca que: “Uma das decisões da PMC para conseguir ampliar as vagas para as crianças de quatro e cinco anos, visando à universalização da pré-escola, foi utilizar o espaço dos berçários e também reduzir uma das turmas de maternal. Em notícia publicada em 23 de janeiro de 2018⁴⁰, a PMC relatou o fechamento de 42 turmas de berçário para cumprir com o prazo da EC 59/09, o que causou um impacto em 750 famílias, as quais ficaram sem vagas para seus bebês de zero a um ano e seis meses”.

Conquanto, apesar do acordo, em 2010, apenas 39,5% das crianças de zero a três anos de idade frequentavam a creche, havendo mais de nove mil crianças aguardando por uma vaga na fila de espera. Então, apesar de ter sido firmado o TAC, o Ministério Público continuou a receber reclamações de famílias não atendidas, que solicitavam o ajuizamento de ações para pleitear vagas. Ou seja, a política municipal ainda não era suficiente para o atendimento da demanda (GONÇALVES, 2018).

Em 2014 o Ministério Público ajuizou uma Ação Civil Pública nº 10646-81.2014.8.16.0188 junto à 2ª Vara da Infância e Juventude, ainda pendente de julgamento⁴¹, cujo pleito era de que o Município assegurasse 1783 vagas para crianças de 0 a 3 anos de idade e 155 vagas para crianças de 4 a 5 anos de idade no início de 2015 (CURITIBA, 2017).

Diante da intensa procura por parte de famílias, o Ministério Público se reuniu com a Defensoria Pública, pois uma vez ajuizada a ACP, não caberia o ajuizamento de ações individuais por parte do Ministério Público. A Defensoria Pública passou, então, a ajuizar ações individuais em nome daqueles que procuravam o Sistema de Justiça para serem atendidos em seu pleito. Nesse movimento, a Defensoria Pública ajuizou 663 ações requerendo vagas no município de Curitiba entre o ano de 2015 e fevereiro de 2016⁴² (GONÇALVES, 2018).

De acordo com Gonçalves (2018, p.18):

Antes de chegarem à Defensoria Pública, os responsáveis pelas crianças de zero a três anos se dirigem a uma instituição de educação infantil, percorrendo inicialmente o caminho pelas vias administrativas em busca de seu direito ao acesso à educação. Ao receber uma resposta negativa, procuram o Conselho Tutelar, que requisita a vaga para a criança formalmente à Secretaria Municipal de Educação (SME) e esta, ao receber uma resposta negativa do Núcleo Regional de Educação, encaminha os responsáveis para a Defensoria Pública na tentativa de obter a vaga por meio de um pedido pela via judicial.

⁴¹ A ação corre em segredo de justiça, de modo que o acesso ao seu conteúdo e andamento é restrito. A última notícia dada por membros do MP ao Grupo de Estudos da qual a pesquisadora faz parte é a de que não tinha sido julgado o mérito da ACP que estaria no TJPR para julgamento de recurso. A liminar concedida em primeiro grau foi suspensa por meio de Agravo de Instrumento pelo Desembargador D'Artagnan Serpa Sá

⁴² Dados disponíveis em: <<http://acervo.paranaportal.com.br/blog/2016/02/11/defensoria-moveu-663-processos-contra-a-prefeitura-de-curitiba-por-falta-de-vagas-em-creches/>>. Acesso em: 12 jan 2017.

O município de Curitiba conseguiu suspender a liminar na ACP, tendo controle sobre seu resultado, cujo impacto é previsto dentro de um valor global previamente indicado na petição inicial. Todavia, na enxurrada de ações individuais que são propostas pela Defensoria Pública, o município perde o controle das consequências, de modo que decisões liminares acabam impactando a política pelo número excessivo de determinações esparsas não previstas.

De acordo com o município⁴³, esse movimento de judicialização individual, sobretudo por conta da atuação da Defensoria Pública⁴⁴, ensejou a propositura da Suspensão de Liminar nº 1407201-4 em 2015, que naquele primeiro ato já requeria a suspensão de mais de 600 liminares concedidas para matrícula imediata sob pena de multa diária ao Município.

É nesse contexto de judicialização que este trabalho se insere. Considerando as peculiaridades do fenômeno de judicialização no município aqui descritas, analisa-se a Suspensão de Liminares, estratégia processual adotada pelo município no intuito de barrar o movimento de judicialização por vagas em creche no município.

Ato contínuo, são analisadas as decisões judiciais proferidas pelo TJPR durante o período de 2015 a 2017, verificando em que medida se fez eficaz essa suspensão e se a sua procedência impacta decisões finais proferidas pelos desembargadores nos recursos de apelação/reexame necessário nas ações judiciais individuais propostas contra o município.

Verificar-se-á, portanto, qual o posicionamento do TJPR quanto à concessão judicial de vagas em creche no município de Curitiba - considerando que a Ação Civil Pública de mesmo objeto proposta pelo Ministério Público não fora julgada (destacando-se o acesso restrito ao seu andamento por ser segredo de justiça).

Não obstante a relação que se pretende, extraem-se dos dados coletados, por análise qualitativa das decisões coletadas (conforme metodologia descrita no início deste capítulo), os principais argumentos indicados pelos magistrados relatores, chegando-se a um quadro-resumo. Destaque-se, ainda, que se propõe a indicação de um contraponto entre argumentos jurídicos e políticos, haja vista que o próprio

⁴³ Memoriais apresentados pelo município nos autos de Suspensão de Liminares nº 1407201-4, concedido pela Procuradoria Municipal ao Grupo de Estudos.

⁴⁴ Especificamente sobre a atuação da Defensoria Pública do Estado do Paraná no movimento de judicialização por vagas em creche no município de Curitiba ler a dissertação de mestrado em Educação na linha de Políticas Educacionais no Programa de Pós- Graduação em Educação da Universidade Federal do Paraná de Lusiane Gonçalves Ferreira (2018)

município traz como argumento à suspensão e, portanto, à sua defesa, argumentos de ordem político-orçamentária, não contradizendo o direito à educação infantil em seu aspecto normativo de direito fundamental.

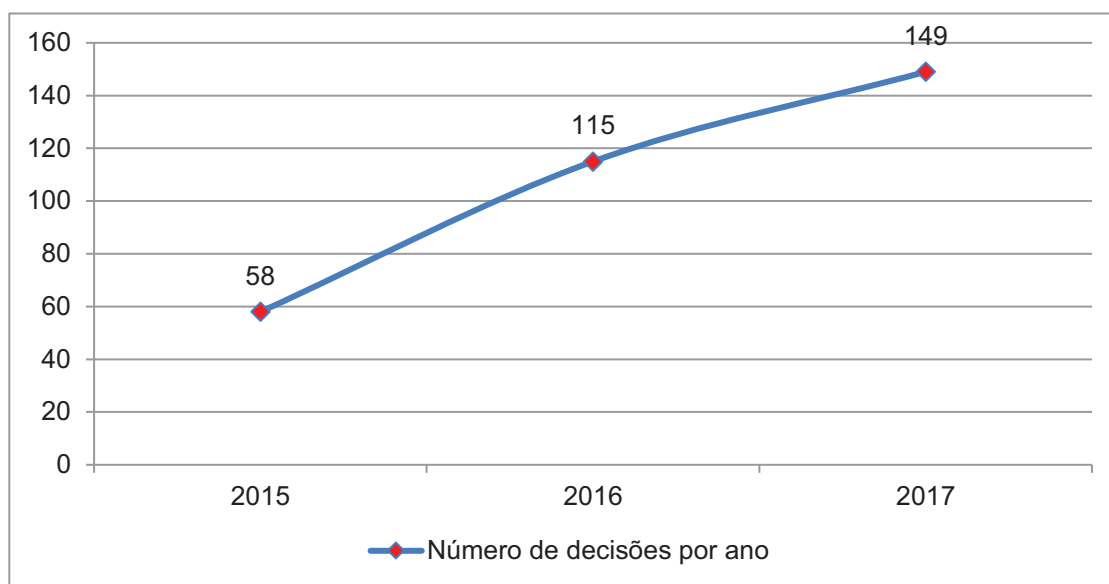
3.3 – O POSICIONAMENTO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ EM AÇÕES QUE PLEITEIAM VAGA EM CRECHE NO MUNICÍPIO DE CURITIBA

Para a análise do fluxo das demandas judiciais por vaga em creche no município de Curitiba limitou-se o universo empírico de acordo com os critérios metodológicos apresentados em tópico anterior. Depois do levantamento quantitativo dessas demandas, em números absolutos por descritor, apresentados em tópico anterior, chegou-se ao seguinte campo empírico de análise: total de 322 decisões - que compõem o banco de dados resultado dessa pesquisa.

Dessas 322 decisões, 58 decisões foram proferidas em 2015; 115 decisões foram proferidas em 2016; e 149 decisões proferidas em 2017, aumento representado em números absolutos (

GRÁFICO 1):

GRÁFICO 1- NÚMERO DE DECISÕES EM AÇÃO POR VAGA EM CRECHE, CURITIBA, 2015-2017



FONTE: Elaborado pela pesquisadora com base nos dados coletados.

Note-se que do ano 2015 para o ano 2016 o aumento no número das decisões judiciais foi de 98%⁴⁵, isto é, houve quase o dobro no número de recursos de apelação/reexame necessário sobre demandas por vaga em creche no município de Curitiba de um ano para o outro. Esse dado se demonstra bastante coerente considerando o contexto da dinâmica da atuação dos órgãos do Sistema de Justiça, Ministério Público e Defensoria Pública, pois foi a partir do ano 2015 que a Defensoria Pública passou a ajuizar ações judiciais individuais requerendo vaga em creche no município de Curitiba, de modo que o *timing* de aumento do número de decisões em segunda instância coincide com a proliferação das demandas propostas.

Já do ano 2016 para 2017 o aumento foi na proporção de 29,5%⁴⁶ nesse mesmo tipo de demanda, de modo que se percebe uma conduta permanente de ajuizamento de ações individuais com o mesmo pleito acima indicado.

Note-se que no início do levantamento de dados, descrito na introdução desta dissertação, a pesquisadora focou sua pesquisa na educação infantil porque identificou um aumento expressivo e não linear de decisões judiciais proferidas pelo TJPR em ações que demandam vaga em creche especialmente do ano 2014 para o ano 2015. Essa primeira inquietação já se pacifica, na medida em que os dados coletados corroboram com as informações coletadas, chegando-se à pretensa

⁴⁵ A proporção exata apresentada entre 115 decisões para 58 decisões é de 1,98276.

⁴⁶ Aqui a proporção entre 149 decisões e 115 do ano anterior é de 1,29565.

resposta que justifica o expressivo número e o aumento não linear: a estratégia conjunta adotada pelo Ministério Público e Defensoria Pública estaduais para interpelar judicialmente o município a ofertar as vagas, expandindo a política de oferta de vaga em creche por meio da judicialização. Ou seja, diante da ausência de decisão do TJPR na ACP proposta pelo Ministério Público e contínua demanda pela expansão da política, a Defensoria Pública passou a ajuizar as pretensões individualmente, ocasionando um desenfreado número de decisões judiciais que determinam a imediata matrícula das crianças em CMEI's.

Cumpra-se averiguar, neste ponto, como o TJPR se posiciona frente a essas demandas, embora juridicamente ainda não tenha se posicionado na ACP – politicamente o TJPR se posiciona nessa demanda coletiva, pois o *timing* é também uma estratégia do tribunal (TAYLOR, 2007) que impacta a política uma vez que a cada ano de não decisão é um ano sem a expansão da política pleiteada na ACP.

As 322 decisões foram relatadas por diferentes magistrados no âmbito do TJPR, não se constatando uma linearidade na distribuição dessas ações. O que se constata é que a distribuição pela matéria, além de dispersa (grande número de relatores que decidem sobre o mesmo tipo de demanda), não é equânime, havendo uma grande disparidade no número de decisões proferidas por relator (TABELA 1):

RELATORES	2015	2016	2017	TOTAL	DISTRIBUIÇÃO
Fábio Haick Dalla Vecchia	5	0	0	5	1,55%
Luciane Bortoleto	1	0	0	1	0,31%
Ana Paula Kaled Accioly Rodrigues da Costa	11	8	4	23	7,14%
D'Artagnan Serpa As	1	0	0	1	0,31%
Luiz Antônio Barry	12	18	29	59	18,32%
Luiz Sérgio Neiva de Lima Vieira	8	0	0	8	2,48%
Prestes Mattar	9	17	5	31	9,63%
Carlos Eduardo Andersen Espínola	1	21	23	45	13,98%
Victor Martim Batschke	10	6	0	16	4,97%
Lilian Romero	0	6	24	30	9,32%
João Antônio De Marchi	0	2	8	10	3,11%
Ramon de Medeiros Nogueira	0	12	47	59	18,32%
Joscelito Giovani Ce	0	4	9	13	4,04%
Fabiana Silveira Karam	0	3	0	3	0,93%
Clayton Camargo	0	1	0	1	0,31%
Clayton de Albuquerque Maranhão	0	7	0	7	2,17%
Ana Lúcia Lourenço	0	4	0	4	1,24%
Anderson Ricardo Fogaça	0	6	0	6	1,86%
TOTAL DE DECISÕES	58	115	149	322	100%

FONTE: Elaborado pela pesquisadora com base nos dados coletados nesta pesquisa.

Interessantes destacar que, embora sejam 18 magistrados decidindo sobre o tema, constatou-se haver uma compatibilidade no posicionamento posto que do universo de decisões coletadas, 322, apenas 5 forma desfavoráveis à concessão de vaga em creche e 317 foram favoráveis; o que percentualmente indica uma proporção de 1,57% de decisões desfavoráveis para 98,43% de decisões favoráveis.

Quanto a este resultado, é importante destacar o seguinte: em 2015 e 2016 a porcentagem de decisões favoráveis à oferta da vaga foi de 100%.

Apenas em 2017, uma das relatoras, Joeci Machado Camargo, de 6 decisões que proferiu, negou a pretensão de vaga em 5 casos⁴⁷. A relatora entendeu que o município atende a contento a meta de atendimento a 15% da demanda em 2017 prevista na Lei nº 13.005/2007, o Plano Nacional de Educação, entendendo não haver direito universal à creche. Destaque-se, neste ponto, que a relatora vai de encontro com o consolidado entendimento do Tribunal, cujos magistrados têm seguido o fluxo

⁴⁷ No tópico seguinte serão analisadas integralmente uma decisão de cada relator, apontando-se os principais argumentos apresentados. Assim, o teor das decisões de Joeci Machado Camargo será analisado com rigor, dando-se especial destaque ao fato de ela ser a única a não conceder a pretensão de vaga em creche dentre todas as decisões coletadas.

favorável a esse tipo de demanda com base no argumento de que se trata de um direito constitucional indisponível, consignando o entendimento jurisprudencial dos Tribunais Superiores (STF e STJ) e do próprio TJPR.

Assim, apesar de haver um irrisório marco de decisões desfavoráveis, é possível afirmar que o TJPR tem se manifestado favoravelmente às demandas judiciais por vaga em creche no município de Curitiba, adotando um pacífico entendimento sobre o tema, com a exceção pontual de uma magistrada.

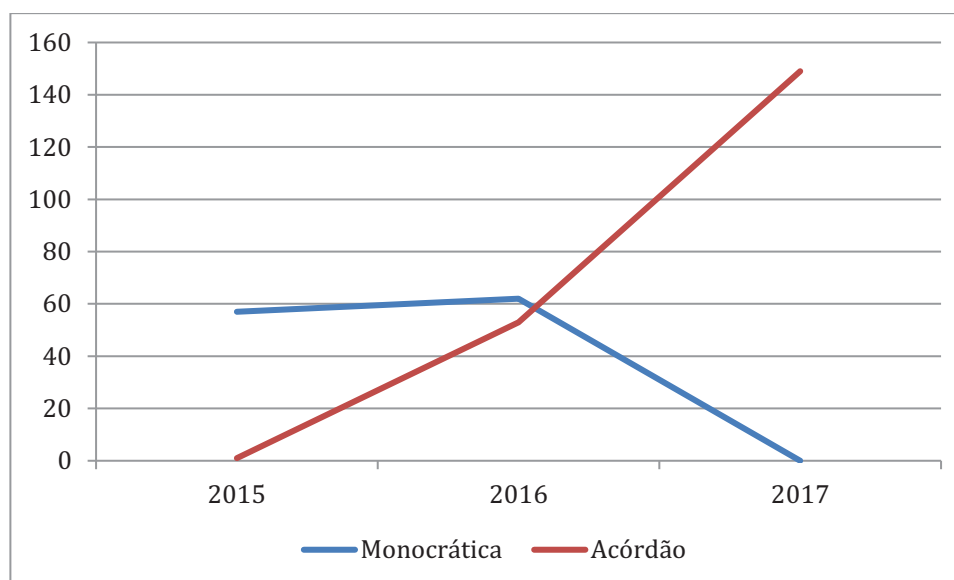
Outro elemento parece importante para essa análise é quanto ao tipo da decisão, mesmo porque houve uma curiosa mudança de 2015 para 2017.

Em 2015 a grande maioria das decisões (57 decisões de um total de 58) proferidas foi monocrática (proferida apenas pelo relator sem ter sido submetida à pauta para julgamento em conjunto com outros desembargadores), tendo apenas uma sido submetida à pauta e decidida em acórdão.

Os relatores que optaram pela decisão monocrática e, portanto, não submeteram ao crivo do julgamento da Câmara em sessão jurídica adotaram essa medida negando seguimento ao recurso em razão do assentado entendimento do Tribunal, razão pela qual não haveria necessidade de nova discussão uma vez que já pacificado o teor das decisões. Ou seja, os relatores não chegaram nem a analisar o mérito recursal, pois entenderam que o recurso não deveria prosseguir para decisão conjunta da Câmara, mediante acórdão, uma vez que não haveria mais razão para discutir o tema já que o TJPR havia adotado uma postura pacífica pela concessão de vagas em creche nessas ações.

Todavia, uma curiosa mudança se instaurou de 2015 para 2017, não quanto ao resultado das decisões, pois a absoluta maioria continuou a posicionar-se favoravelmente à oferta de vaga, mas passou-se a se submeter os recursos para julgamento mediante acórdão - em 2016 o número de decisões monocráticas já foi quase proporcional ao número de acórdão, sendo 62 decisões monocráticas e 53 acórdãos. E em 2017 100% das decisões foram acórdãos.

GRÁFICO 2 – DISTRIBUIÇÃO DAS DECISÕES COLETIVAS OU INDIVIDUAIS



FONTE: Elaborado pela pesquisadora com base nos dados coletados.

Sem conjecturar hipóteses no posicionamento dos magistrados quanto à necessidade de submeter os recursos à pauta de julgamento coletivo, destaca-se que o fato de decisões coletivas corroboradas por no mínimo 3 desembargadores e/ou juízes substitutos em segundo grau evidencia que não se trata de posicionamentos individuais adotados por magistrados pontualmente, mas uma posição pacífica dentro do Tribunal.

Assim, do panorama geral das decisões analisadas foi possível constatar o seguinte:

- (i) o TJPR adotou o entendimento favorável à propositura de demandas judiciais por vaga em creche no município de Curitiba;
- (ii) o número de decisões judiciais proferidas vem aumentando, tendo sido um aumento de 98% de 2015 para 2016 e de 29,5% de 2016 para 2017, de modo que de um ano para o outro o aumento de decisões judiciais caiu 70%;
- (iii) apenas uma magistrada foi de encontro ao entendimento do TJPR negando a pretensão de vaga em creche no município de Curitiba;
- (iv) em 2015 quase a totalidade das decisões foi monocrática, tendo sido negado seguimento ao recurso em razão da jurisprudência já

pacificada no Tribunal, mas em 2017 isso se inverteu completamente sendo a totalidade das decisões proferidas mediante acórdão.

Apresentou-se até aqui o panorama geral das decisões coletadas proferidas em segunda instância no âmbito do TJPR de 2015 a 2017, apontando-se para algumas conclusões iniciais.

Com efeito, com o intuito de se averiguar o viés político dessas decisões, ou mesmo desse posicionamento, entende-se necessário verificar quais os elementos trazidos pelos magistrados ao proferir suas decisões. Salienta-se que existem duas grandes vertentes de argumentação, uma jurídica (na qual o magistrado se adstringe a preceitos legais e constitucionais, emitindo sua decisão sob o viés estritamente normativo) e uma política (na qual o magistrado consideraria pontos importantes para o planejamento da política pública, como por exemplo questões orçamentárias ou de pessoal).

Para essa análise, foi necessário averiguar se os relatores mantiveram a mesma postura em todas as suas decisões, tendo similaridade (ou mesmo identidade) nos argumentos colacionados. As decisões foram então repartidas por relator e foi possível constatar que todos mantiveram o entendimento, com exceção da magistrada Joeci Machado Camargo que dentre as 6 decisões que proferiu, todas em 2017, posicionou-se favoravelmente à pretensão em apenas uma das demandas (caso que será analisado com especificidade também neste tópico).

Assim, analisou-se uma decisão por relator, destacando-se os elementos centrais e os argumentos mais relevantes. São ao todo de 19 decisões que compõem a análise qualitativa a seguir, que será categorizada de acordo com os argumentos utilizados – jurídicos ou políticos - para o posicionamento favorável ou contrário à concessão da vaga, sendo que, neste caso, trata-se apenas de uma decisão. Repise-se, outrossim, que os achados não diferem daqueles já encontrados em pesquisas anteriores, como as de Silveira (2014), que analisou decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo a respeito do direito à educação infantil e Scaff e Pinto (2016), que apresentam as decisões do STF sobre a temática.

Um dos argumentos mais utilizados para a concessão do direito pelos desembargadores do TJPR é o da previsão constitucional do direito à educação infantil. Em apenas duas das decisões o direito à educação é citado como previsto

constitucionalmente sem indicar os artigos da CF/88 nos quais se baseiam⁴⁸. Nos demais, utilizam-se⁴⁹ do art. 205, que prevê o direito à educação como direito de todos e dever do Estado e da família, reafirmando sua imprescindibilidade, art. 206, que elenca os princípios sob os quais o ensino deve ser ministrado, art. 208, IV da CF/88, que prevê o dever do Estado na oferta da educação infantil, bem como o art. 211, §2º, que responsabiliza os municípios para que atuem prioritariamente nesta etapa educacional, motivo pelo qual, conforme consta das decisões, não há que se falar em discricionariedade administrativa. Em dois⁵⁰ casos, apresentam a noção de absoluta prioridade do direito à educação inscrita no art. 227 desta carta de direitos.

Contudo, uma única desembargadora⁵¹ utiliza-se das normas constitucionais, tais como os arts. 208, 205, 211 e 214 da CF/88 para argumentar que, às etapas não compreendidas pela faixa etária considerada obrigatória, não tem o Poder Público o dever de disponibilizar vagas além daquelas previstas na legislação, especialmente o Plano Nacional de Educação (PNE) e eventual plano municipal de educação. Entretanto, em uma das decisões analisadas, a citada desembargadora argumentou que o município não se desonerou de comprovar que atende ao percentual de matrículas previsto na legislação, além da questão fática de a criança já estar matriculada em razão do cumprimento, pelo município, de decisão liminar. Em outra decisão, a mesma desembargadora nega o direito à educação infantil, argumentando que a previsão constitucional, no caso desta etapa educacional, trata-se de norma de eficácia contida, vinculada às determinações da legislação infraconstitucional. Tendo em vista as previsões do PNE, compreende que o cumprimento da meta deve ser progressivo, de forma que no ano de 2017 – ocasião do julgamento – o município deveria atender a 15% das crianças com até três anos em creches. Como o município já teria cumprido esta meta, tendo em vista que 39,48% das crianças na faixa etária estão matriculadas, e o direito à educação infantil não se trata de direito universal, mas limitado pela legislação infraconstitucional, apresenta julgamento desfavorável ao direito da criança.

⁴⁸ Relatores Clayton Camargo e Luiz Sérgio Neiva de Lima.

⁴⁹ Relatores: Victor Martins; Carlos Eduardo Espíndola; Prestes Mattar; Dartagnan Serpa Sá; Luciane Bortoleto; Fábio Haick Dalla Vecchia; Ana Paula Kaled; Ramon de Medeiros Nogueira; Lilian Romero; Anderson Ricardo Fogaça; Ana Lúcia Lourenço; Joselito Giovani Ce; Clayton Abulquerque Maranhão; Fabiana Karam; João Antonio de Macrhi.

⁵⁰ Relatores Victor Martins e Carlos Eduardo Espíndola.

⁵¹ Joeci Machado Camargo

Em outra decisão⁵² é citado o art. 6º da CF/88, apresentando a educação como direito social fundamental. O argumento, então, é de que cabe ao Estado a realização de prestações sociais para a concretização deste direito, visando melhorar a qualidade de vida e a redução das desigualdades sociais.

A argumentação relacionada à absoluta prioridade do direito à educação, de acordo com o art. 227 da CF/88, é apresentada pelo TJPR como contraponto aos argumentos de viés político apresentados pelo município⁵³ de Curitiba em suas razões recursais em três casos⁵⁴, nos quais se esclarece que eventual impacto financeiro não é suficiente a afastar a exigência constitucional. Nestes casos⁵⁵ há o claro posicionamento no sentido de que questões financeiras, orçamentárias, estruturais ou administrativas não podem condicionar a oferta da vaga. Dentre eles, inclusive, ressalta-se a inaplicabilidade da teoria da reserva do possível em casos nos quais há o prejuízo à dignidade da criança.

Outro argumento aventado nas decisões do TJPR tratam do direito à educação enquanto direito fundamental e, portanto, dever do Estado. Em quatro⁵⁶ dos casos estudados, esta discussão é apresentada para esclarecer que quaisquer razões econômicas não podem se opor ao seu cumprimento. Em outros três⁵⁷, consta que, enquanto direito fundamental, o direito à educação é norma de aplicabilidade imediata e plenamente oponível e exigível do Estado, não se tratando de norma programática. Ainda um desembargador⁵⁸ utiliza-se deste fundamento para indicar que a questão é passível de controle judicial sem que ocorra invasão de competências nas esferas próprias de outros poderes.

Há também alegações do município no sentido de que a matrícula das crianças em cumprimento às determinações judiciais ofenderiam o princípio da isonomia. Contudo, o TJPR entende⁵⁹ que a determinação da matrícula não fere, mas sim dá cumprimento a este princípio, por se tratar de direito fundamental. Em outro caso⁶⁰, o argumento é de que o princípio da isonomia deve ser flexibilizado, pois a solução padrão, ou seja, a inclusão da criança em fila de espera, não atenderá suas

⁵² Relatora Ana Lúcia Lourenço.

⁵³ Relator: Clayton Camargo

⁵⁴ Relatores: Victor Martins; Carlos Eduardo Espíndola e Ana Lúcia Lourenço

⁵⁵ Relator: Ramon de Medeiros Nogueira

⁵⁶ Relatores: Luiz Sérgio Neiva de Lima; Clayton Camargo; Fabiana Karam e João Antonio de Macchi.

⁵⁷ Relatores: Luiz Antonio Barry; Lilian Romero e João Antonio de Marchi.

⁵⁸ Dartagnan Serpa Sá.

⁵⁹ Relatora: Lilian Romero Anderson Fogaça.

⁶⁰ Relatora: Ana Lúcia Lourenço.

necessidades específicas e nem dará cumprimento ao seu direito individual à educação.

O argumento do direito à educação enquanto direito fundamental é utilizado, ainda, para afastar as alegações de ofensa à separação dos poderes, comumente aventadas pelo município⁶¹. Contudo, alguns desembargadores⁶² utilizam-se, ainda, da inafastabilidade do controle jurisdicional, prevista no art. 5º, XXXV, da CF/88.

Para além da discussão do direito à educação infantil enquanto direito constitucional, doze desembargadores⁶³ fundamentam suas decisões no ECA. Dentre as disposições da norma legal, a base da argumentação destas decisões encontram-se em seus artigos 4º, que prevê como dever da família, sociedade e comunidade em geral a garantia do direito à educação com absoluta prioridade, 53, I e V que garantem a igualdade de acesso e permanência das crianças e adolescentes à escola e o acesso à escola pública e gratuita próxima à residência, respectivamente, e 54, IV e §2º, que prevê como dever do Estado a oferta da educação infantil em creches e pré-escolas às crianças de zero a cinco anos de idade, sendo que seu não oferecimento ou oferta irregular importa em responsabilização da autoridade competente.

Silveira (2010) destaca que a LDB é pouco citada como fundamento nas decisões do TJSP sobre o direito à educação. No caso do TJPR, embora esta legislação seja mais citada, ainda é em menor número dentre as decisões analisadas.

Em oito ⁶⁴ das dezenove decisões analisadas a LDB é citada como fundamento para a decisão favorável ao direito à educação infantil, utilizando-se especificamente do art. 4º, indicando que apresenta a indisponibilidade do direito à educação, bem como seus incisos IV, que prevê o atendimento gratuitos em creches e pré-escolas às crianças entre zero e seis anos de idade e X, que prevê o dever do Estado na garantia de vaga na instituição de educação infantil mais próxima de sua residência a partir do dia em que completar quatro anos de idade. Utilizaram-se, ainda, dos arts. 21, que apresenta a educação infantil como etapa da educação básica, 29,

⁶¹ Relator: Anderson Fogaça.

⁶² Carlos Eduardo Espíndola; Prestes Mattar e Fábio Haick Dalla Vecchia.

⁶³ Victor Martins, Carlos Eduardo Espíndola, Prestes Mattar, Luiz Sérgio Neiva de Lima, Luciane Bortoleto, Fábio Haick Dalla Vecchia, Ana Paula Kaled Ramon de Medeiros Nogueira, Ana Lúcia Lourenço, Joselito Giovani Ce, Clayton Abulquerque Maranhão, Fabiana Karam, João Antônio de Macrhi.

⁶⁴ Victor Martins; Prestes Mattar; Dartagnan Serpa Sá; Luciane Bortoleto, Ana Paula Kaled Anderson Fogaça, Joselito Giovani Ce; Clayton Abulquerque Maranhão e João Antonio de Marchi.

indicando a importância desta etapa da educação para o desenvolvimento das crianças e 30, que organiza a educação infantil em creche e pré-escola.

Encontrou-se uma decisão⁶⁵ na qual adicionam-se aos argumentos o art. 19 da Convenção Americana dos Direitos Humanos, para afirmar que se trata de um direito fundamental e indisponível, que deve ser atendido com absoluta prioridade.

Chegou-se, portanto, a outra conclusão: a de que o que aparece com mais força para a determinação judicial para matrícula em vaga de creche são os argumentos constitucionais, apontando-se em menor número dispositivos infraconstitucionais, além de indicações de imperativos dogmáticos (QUADRO-RESUMO 1).

QUADRO-RESUMO 1: ARGUMENTOS JURÍDICOS

ARGUMENTOS JURÍDICOS		
ARGUMENTOS CONSTITUCIONAIS	ARGUMENTOS LEGAIS	IMPERATIVOS DOGMÁTICOS
ART. 6º	ART. 4º ECA	PRECEDENTES STF
ART. 205	ART. 4º, IV ECA	PRECEDENTES STJ
ART. 206	ART. 4º, X, LDB	NORMA DE APLICABILIDADE IMEDIATA
ART. 208, INCISO IV	ART. 21 ECA	DIGNIDADE DA CRIANÇA
ART. 211, § 2º CF/88	ART. 29 ECA	EDUCAÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL
ART. 227 CF/88	ART. 30 ECA	ABSOLUTA PRIORIDADE
ART. 19 CADH	ART. 53, I ECA	
	ART. 53, V ECA	
	ART. 54, IV ECA	
	ART. 54, § 2º ECA	
	ART. 4º, X, LDB	

FONTE: Elaborado pela pesquisadora com base nos documentos analisados.

Não obstante os argumentos jurídicos levantados, constatou-se que aqueles argumentos de vertente política são utilizados como critério de defesa pela municipalidade, mas verifica-se que dentre as decisões coletadas eles não são considerados, pelos desembargadores do TJPR, como suficientes a autorizar o descumprimento do direito pelo município de Curitiba.

Dentre estes argumentos, encontra-se o de que, embora caiba aos Poderes Legislativo e Executivo a formulação de políticas públicas, o Judiciário pode mandar

⁶⁵ Relator: Fabiana Karam.

realizá-las visando a garantia dos direitos sociais previstos na CF/88.⁶⁶ Nesta toada, esclarecem que é dever do Poder Público formular políticas públicas e destinação de recursos específicos para proteção da infância e que eventual superlotação das instituições não é justificativa para a negativa da matrícula, sendo necessária a efetivação de políticas públicas de inclusão⁶⁷.

Em outra⁶⁸ decisão, argumenta-se que é dever do poder público pesquisar a demanda por educação infantil no município visando atendê-la, inclusive destinando recursos para tal. Outro argumento político apresentado⁶⁹ é que a matrícula de crianças na educação infantil é necessária para que os pais possam trabalhar para a manutenção da família.

Há, ainda, em uma decisão⁷⁰, a discussão em torno da questão da qualidade da educação. O município, em seu recurso, alega que a matrícula de crianças além de suas disponibilidades orçamentárias, acarretaria prejuízo na qualidade da educação ofertada. O TJPR entendeu, neste caso, que a qualidade compõe o direito à educação e que, ao ofertar-se a vaga deve garantir também qualidade.

Note-se que nenhuma das decisões analisadas se debruçou sobre questões práticas da concessão judicial da vaga, tal como o impacto orçamentário gerado, ou a análise da estrutura municipal para expansão da rede de atendimento. Poucos são os argumentos jurídicos e, quando aparecem, são colocados como insuficientes para se sobrepor à força do direito à vaga pela interpretação sistemática aferida à pretensão.

E, embora se apresentem argumentos de ordem político-orçamentária por parte do município, é pacífico o posicionamento do TJPR nas ações individuais de que a concessão do direito à matrícula na creche não se submete aos critérios de conveniência e oportunidade próprios da Administração Pública e, portanto, o TJPR refuta, nessas ações, critérios político-econômicos, considerando a supremacia do direito à educação infantil face à precariedade municipal para atendimento.

Não obstante, no início deste trabalho, levantou-se a hipótese de que o Judiciário ao decidir ações que versam sobre políticas públicas preocupa-se muito mais com o viés jurídico do direito discutido do que a configuração política de sua

⁶⁶ Relator: Carlos Eduardo Espíndola e Prestes Mattar.

⁶⁷ Relator: Ramon de Medeiros Nogueira

⁶⁸ Relator: Lilian Romero

⁶⁹ Relator: Prestes Mattar e Dartagnan Serpa Sá.

⁷⁰ Relator: Anderson Fogaça.

concessão. Nesse sentido, aponta-se a um problema de ordem pragmática: parece não haver preocupação do Judiciário quanto ao impacto das suas decisões sobre questões orçamentárias e estruturais da agenda do governo. Isto é, decisões que utilizam argumentos jurídicos apenas, demonstrando ausência de aprofundamento nos aspectos políticos da concessão de política pública mediante judicialização apontam para um problema de aspecto pragmático na formulação da política, pois para atender demandas judiciais não esperadas, o Poder Político deverá dispor de estrutura e orçamento que teriam outro destino, interferindo diretamente no planejamento dos Poderes eleitos.

Nesse sentido, a hipótese parece ter sido confirmada: há uma sobreposição numérica e de peso dos argumentos jurídicos àqueles denominados de políticos, que trazem elementos político-orçamentários que se relacionam à pretensão de expansão da política de oferta de vagas nos CMEI's de Curitiba; de modo que os magistrados não parecem identificar a real análise do contexto político-orçamentário da pretensão e não parecem preocupar-se com esse aprofundamento diante da concessão do direito.

Cumprir refletir, portanto, com base na empiria aqui estudada se estaria então o Judiciário exercendo sua competência de controle constitucional de violação de direitos declarados, ou representaria essa atuação um ativismo judicial e, portanto, uma interferência demasiada no cenário da política pública que se caracteriza pela mudança no planejamento, inclusive orçamentário, do Poder Público.

3.4 – O CONTRAFLUXO DE JUDICIALIZAÇÃO: A SUSPENSÃO DE LIMINAR N. 1407201-4

Nos tópicos anteriores deste capítulo, discorreu-se sobre a dinâmica do fenômeno da judicialização da educação infantil no município de Curitiba. Constatou-se que o atendimento das crianças de 0-3 anos nos CMEI's municipais é insuficiente e que há milhares de crianças na lista de espera e que as famílias não atendidas, diante da expansão do acesso à justiça pelo fortalecimento e projeção das instituições jurídicas – Ministério Público e Defensoria Pública aqui especialmente -, passaram a procurar mecanismos de exigibilidade do direito de acesso à educação infantil ante a negativa de matrícula por parte do município.

Esse contexto inicialmente desembocou em tentativas extrajudiciais de interpelação do Poder Público municipal, mediante a assinatura de um TAC durante a gestão do prefeito Alberto Richa nos anos 2008-2009 visando à expansão do atendimento nos CMEI's. Constatou-se que as tentativas municipais foram insuficientes para suprir a demanda, pois as famílias continuaram procurando o Ministério Público que tomou uma medida coletiva para a garantia de acesso à creche com a propositura de uma ACP contra o município em 2014.

A propositura da ACP parece ter sido frustrada, uma vez que o processo teve sua liminar (concedida na primeira instância) suspensa pelo TJPR por meio de um recurso de agravo de instrumento e ainda, 4 anos depois, está pendente de julgamento pelo próprio TJPR. Isto é, passados 4 anos, as crianças de 0-3 anos de idade que precisavam ser atendidas naquele momento, já estão na pré-escola (faixa obrigatória de escolarização); embora reste necessária ainda a expansão da política para outras crianças que hoje se encontram na lista de espera.

Ainda nesse contexto, verificou-se que uma vez proposta a demanda coletiva, mas diante da frustração (ao menos temporária da medida), o Ministério Público passou a indicar que as famílias procurassem a Defensoria Pública estadual, para que esta interpelasse o Poder Público por meio de ações individuais para a garantia de acesso à creche. De acordo, a Defensoria Pública passou a ajuizar ações individuais, tendo sido propostas só em 2015 mais de 600 ações requerendo vaga em creche no município de Curitiba.

De acordo com o município (CURITIBA, 2017), as liminares requeridas eram concedidas pelos juízos de primeiro grau, e a gestão municipal se viu diante de um contexto de movimento de interpelação judicial para a expansão da política de atendimento nos CMEI's, sob pena de multa diária para a hipótese de descumprimento.

Esse volume de determinações judiciais levou o município de Curitiba a adotar uma curiosa estratégia para barrar o movimento de judicialização. A procuradoria municipal utilizou-se de um mecanismo processual pouco comum: a Suspensão de Liminares.

O município já havia conseguido barrar a pretensão inicial de expansão da política suspendendo a liminar concedida na ACP ajuizada pelo Ministério Público em 2014, por meio de interposição de recurso de agravo de instrumento (CURITIBA, 2017); mas se viu diante de outra estratégia jurídica que trouxe uma avalanche de

pretensões concedidas com a adoção do critério individual de ajuizamento de ações pleiteando vagas em creche por intermédio da Defensoria Pública.

Foi então que o município adotou uma curiosa estratégia para barrar o movimento: interpôs uma Suspensão de Liminares diretamente no TJPR cuja pretensão era a suspensão coletiva de todas as liminares e decisões não definitivas que concediam vaga em creche no município de Curitiba. Destaque-se que a Suspensão de Liminares é um tipo específico de ação na qual o Presidente do Tribunal decidirá sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público. A estratégia processual adotada pelo município de Curitiba tem respaldo especificamente na norma que se extrai no art. 4º da Lei nº 8.437 de 1992 que prevê a possibilidade de o Presidente do Tribunal competente a:

suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

A possibilidade é estendida para sentenças proferidas em ações populares ou ação civil pública que ainda não transitaram em julgado, isto é, que apesar de já terem sido objeto de decisão final em primeira instância, ainda são passíveis de recurso. Ou seja, na hipótese de haver concessão de tutela do direito mediante sentença, ainda existe a possibilidade de o Presidente do Tribunal avocar para si, mediante provocação, o poder decisório, suspendendo os efeitos da decisão até que se esgotem as possibilidades recursais e o processo transite em julgado (tenha fim definitivo no campo processual).

Os pedidos de aditamento, por sua vez, ganham contorno legal com a norma prevista no parágrafo 8º do art. 4º da referida Lei, que autoriza que se estendam os efeitos da decisão primeira em liminares (ou sentenças de ação popular (AP) ou de ação civil pública (ACP)) de objeto idêntico, podendo ser inclusive uma única decisão para todos os processos em trâmite:

§ 8º As liminares cujo objeto seja idêntico poderão ser suspensas em uma única decisão, podendo o Presidente do Tribunal estender os efeitos da suspensão a liminares supervenientes, mediante simples aditamento do

pedido original.(Incluído pela Medida Provisória nº 2,180-35, de 2001) (BRASIL, 1992).

Repise-se que, curiosamente, o teor deste parágrafo fora incluído por Medida Provisória (MP), e não por procedimento comum de elaboração de lei junto ao Congresso Nacional, destacando o interesse do Executivo que se aplicasse a suspensão também a sentenças em ações de natureza coletiva como a ação civil pública.

Ainda, a mesma MP (nº 2180-35 de 2001)⁷¹ incluiu o texto do parágrafo seguinte⁷², do qual se extrai a norma de que uma vez concedida a suspensão pelo Presidente do Tribunal, mantêm-se suspensos os efeitos da decisão contra a qual se insurgiu, incidindo a suspensão, até que transite em julgado a ação principal, isto é, até que não se discuta mais processualmente a tutela requerida por meio da ação judicial em trâmite.

Destaque-se que apesar de ter entrado em vigor o Novo Código de Processo Civil no Brasil (NCPC), com a Lei nº 13.115/2015, parece que não existe incompatibilidade com as normas suprarreferidas. Não se constata, pela consulta à lei no sítio do Planalto (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8437.htm), expressa revogação dos referidas dispositivos legais, de modo que, em princípio, entende-se estarem em pleno vigor.

Nos autos da Suspensão de Liminares, o município destacou que “a Defensoria Pública do Estado do Paraná tem ajuizado centenas de ações de obrigação de fazer com pedido de tutela antecipada para vaga em creche contra o Município de Curitiba”, e que nessas ações, “os Juízos das Varas da Infância e Juventude têm, como regra, deferido o pedido de antecipação de tutela obrigando o Município a efetuar a matrícula das crianças num prazo exíguo de 10 dias, sob pena de multa diária, cujos valores variam”, colacionando um resumo da argumentação adotada pela Defensoria Pública nessa ações:

⁷¹ “Acresce e altera dispositivos das Leis nos 8.437, de 30 de junho de 1992, 9.028, de 12 de abril de 1995, 9.494, de 10 de setembro de 1997, 7.347, de 24 de julho de 1985, 8.429, de 2 de junho de 1992, 9.704, de 17 de novembro de 1998, do Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, das Leis nos 5.869, de 11 de janeiro de 1973, e 4.348, de 26 de junho de 1964, e dá outras providências” (BRASIL, 2001)

⁷² § 9º A suspensão deferida pelo Presidente do Tribunal vigorará até o trânsito em julgado da decisão de mérito na ação principal. (Incluído pela Medida Provisória nº 2,180-35, de 2001)

Sustenta, em síntese: **a)** a inexistência de interesse público e ilegitimidade, bem como inexistência de grave lesão à ordem, segurança e economia públicas; **b)** que a educação é direito público subjetivo; **c)** que a oferta irregular do acesso ao ensino obrigatório importa responsabilidade da autoridade competente; **d)** que a teoria da reserva do possível não pode ser aplicada contra aquilo que se considera integrante do mínimo existencial; **e)** que pelo julgado ARE 639337/STF, os Municípios não podem exercer esse dever com juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade; **f)** que não há desrespeito à separação de poderes; **g)** que a alegação de que os recursos públicos são escassos e que o cumprimento de tais decisões liminares ensejariam um acréscimo de 35,3% no orçamento não merece acolhimento; **h)** que os aspectos econômico-financeiros não podem ser manejados de modo a negar a autoridade do texto constitucional; **i)** que pelo princípio da isonomia, o acesso à rede pública de ensino deve ser garantido a todas as crianças; **j)** reconhece que ***“a qualidade do ensino pode ser prejudicada com o aumento do número de estudantes”*** (fls. 3083); **k)** que caso não existam vagas, o administrador público deverá construir mais creches; **l)** que o direito à vaga em creche é também um direito do trabalhador e um direito da mulher; **m)** que *“o papel da mulher na procriação não deve ser causa de sua exclusão no mercado de trabalho”*; **n)** que o Município de Curitiba se furta de suas incumbências decorrentes de compromissos internacionais assumidos pelo Brasil de adotar todas as medidas necessárias para a superação da desigualdade de gênero e combate à discriminação; **o)** que a garantia de vaga em creche tem importância estratégica para a superação da desigualdade de gênero e o combate à discriminação contra a mulher (CURITIBA, 2017).

Em defesa, o município alegou que as decisões favoráveis à concessão de vagas em creche “tem causado grave lesão à saúde, à segurança e à economia públicas”, pois estariam atendendo em sua capacidade máxima por conta do movimento de judicialização no município. Aduz que o “excesso de crianças por sala” sem o devido planejamento “prejudica não só as crianças normalmente matriculadas como aquelas inseridas além da capacidade, por determinação do Judiciário”. Justifica o interesse público com a seguinte apelação:

Se as decisões liminares não forem suspensas a situação das crianças matriculadas nos CMEIs será caótica, pois teremos um “amontoado de crianças” por sala de aula já que o espaço é insuficiente e sem professores que certamente se recusarão a compactuar com essa situação periclitante e de risco às crianças.

Aduz que foram efetuadas até aquele momento 310 matrículas pela Secretaria Municipal de Educação por determinação judicial, desconsiderando a fila de espera administrativa por matrículas.

Como argumento favorável à concessão da suspensão das liminares, o município traz o fato de existir uma ação civil pública (ACP) ajuizada pelo Ministério Público em 2014, destacando que mesmo não tendo liminar concedendo as vagas pretendidas na referida ACP – em razão de Agravo de Instrumento favorável, a DP vem interpelando o município a conceder centenas por meio de ações judiciais esparsas:

Corroborando a possibilidade da suspensão dessas liminares, o fato do Ministério Público do Paraná ter ajuizado Ação Civil Pública nº 10646-81.2014.8.16.0188 junto à 2ª Vara da Infância e Juventude na qual foi deferida liminar determinando ao Município que no início de 2015 assegurasse 1783 vagas para crianças de 0 a 3 anos de idade e 155 vagas para crianças de 4 a 5 anos de idade.

Isso corresponderia a 20% das vagas necessárias. Os outros 80% de vagas, 7.136 para crianças de 0 a 3 anos e 622 para crianças de 4 a 5 anos, a determinação é para criação destas vagas até o final de 2015, sendo 50% até o final de cada semestre. Fixou multa de R\$ 10.000,00 para o caso de descumprimento.

O Desembargador D'Artagnan Serpa Sá, Relator do Agravo, em decisão que suspendeu a liminar, sensível aos argumentos do Município, consignou que:

“(...) Dessa forma, é relevante a fundamentação exposta pelo MUNICÍPIO DE CURITIBA a justificar a suspensão da determinação imposta: o agravante informou que o Município teria que construir e implantar 13 CMEIS até o final do ano de 2015 para atender os 80% restantes, sendo que o custo de tal operação alcança o patamar de R\$ 272.355.600,00, ou seja, um acréscimo de 35,3% no orçamento anual destinado para Educação Infantil.

Uma vez suspensa a determinação judicial na demanda proposta pelo Ministério Público a Defensoria Pública ajuizou centenas de ações buscando o mesmo fim: vagas em creche, principalmente para crianças de 0 a 3 anos.

Traz, então, argumentos de ordem financeira, aduzindo que “a economia pública também é afetada”, consignando que as determinações ensejam custos não previstos nas leis orçamentárias:

Ainda, condicionando-se a execução da política de educação à estrita observância das leis orçamentárias, a implantação, manutenção e operação

dos Centros de Educação Infantil dependem da existência de dotações próprias, o que, evidentemente, reflete na oferta de vagas. Consequentemente, situações imprevistas derivadas de determinações no sentido de se proceder a novas matrículas, além de alterar os resultados dos levantamentos e estudos que embasaram a proposta orçamentária, comprometem o planejamento realizado e privam a Administração de recursos para o atendimento da clientela prevista.

Consigna custos da manutenção e de construção de um Centro Municipal de Educação Infantil (CMEI) e alega que o município tem destinado à educação recurso acima do percentual obrigatório de 25% previsto constitucionalmente.

Resgata o argumento da reserva do possível, destacando que na ponderação, não se pode consagrar a pretensão se esta se mostra incompatível às possibilidades orçamentárias do ente público, alegando a escassez de recursos para atender à demanda por parte do município de Curitiba.

Perceba-se que o Município colaciona argumentos políticos, sem confrontar propriamente os argumentos jurídicos que vêm sendo trazidos nas concessões judiciais de vagas. Trata-se, todavia, de um confronto desequilibrado, uma vez que os tipos de argumento não são contrapostos, mas complementares. O fato de o direito à educação infantil ser um direito constitucionalmente garantido e impositivo frente ao Estado, não contradiz o fato de que o município não dispõe de recursos estruturais e financeiros para atender a demanda. São aspectos concorrentes mas não contrapostos. Nesse sentido, o que se verifica é que o município não nega, em sua manifestação, a existência do Direito, mas solicita a negativa da pretensão por parte do Tribunal alegando insuficiência de estrutura, de recursos e por ausência de previsão orçamentária.

Diante do requerimento do município de Curitiba, em julho de 2015, nos autos da Suspensão de Liminares nº 1407201-4 (NPU nº 0028950-76.2015.8.16.0000), o Presidente do TJPR proferiu uma decisão suspendendo os efeitos de decisões que concediam, em ações judiciais esparsas, a tutela liminar para matrícula de crianças em vagas na creche no município de Curitiba.

Da leitura da decisão, extraem-se alguns elementos que evidenciam embates tradutores do cenário da judicialização. Destaque-se, inicialmente, que na decisão faz-se menção aos fundamentos utilizados pelo município de Curitiba para o pedido de Suspensão de Liminares; colacionando-se os seguintes argumentos:

- (i) que decisões favoráveis a matrículas de crianças em vagas na creche causam “grave lesão à saúde, à segurança e a economia públicas” uma vez que os Centros Municipais de Educação Infantil (CMEI) atendem acima da capacidade;
- (ii) que o número excessivo de crianças nas salas de aula é prejudicial;
- (iii) o potencial agravamento do problema diante do risco de multiplicidade de ações idênticas;
- (iv) o potencial “colapso no sistema”;
- (v) a inviabilidade orçamentária;
- (vi) a aplicabilidade do argumento da reserva do possível;
- (vii) a necessidade de se assegurarem padrões mínimos de qualidade;
- (viii) que a concessão judicial do pedido mediante liminar viola a isonomia uma vez que desconsidera a lista de espera por vagas em creche no município;
- (ix) que o município cumpre os parâmetros de atendimento da educação infantil;
- (x) que o município não age com omissão ou abuso;
- (xi) que atenderá as metas previstas no Plano Nacional de Educação (PNE) – Lei nº 13.005/2014 – para a universalização da educação infantil;
- (xii) que a concessão dessas liminares importa violação ao princípio da separação de poderes; e
- (xiii) essas decisões causarão lesão de grave e de difícil reparação.

Note-se que os argumentos não estão adstritos ao direito de acesso à educação infantil propriamente, mesmo porque o instituto da Suspensão de Liminares não comporta análise do mérito do direito requerido, mas apenas a análise do potencial lesivo das concessões liminares. Com efeito, os argumentos do município podem ser traduzidos em recursos tangentes ao direito discutido, que tem mais relação com o contexto de interferência judicial no campo das políticas públicas do que na tutela do direito em questão.

Em outras palavras, o que se verifica da análise da síntese dos argumentos trazidos pelo município para o pedido de suspensão, são argumentos que combatem a judicialização da demanda pela política pública. Isto é, avoca-se a violação dos

princípios da separação de poderes e da isonomia; a ausência de recursos públicos, a impossibilidade orçamentária de atendimento; a ausência de estrutura para atendimento; a existência de lista de espera para atendimento da demanda por creche no município; e a reserva do possível.

Estes argumentos são todos próprios do contexto de planejamento e destinação de recursos públicos pelo agente político a determinada política pública, argumentos normalmente não acolhidos pelos magistrados paranaenses ao concederem tutela ao pleito de vaga em creche, pois estes ficam adstritos às normas constitucionais e legais que garantem o direito e impõem ao Estado a obrigação da oferta. Argumentos políticos são confrontados com argumentos jurídicos, quando na verdade estão relacionados a pontos distintos do conflito judicializado. E é exatamente neste ponto que o Judiciário parece estar despreparado para lidar com a questão da judicialização de políticas públicas.

Embora se constate que o TJPR não evidencia questões político-orçamentárias em decisões que concedem a tutela para a pretensão de vaga em creche em municípios paranaenses (constatação feita em uma análise qualitativa por amostragem⁷³), de modo que o que se constata nos fundamentos trazidos pelo TJPR na concessão de vagas em creche é a ampla utilização de argumentos estritamente jurídicos para assegurar o direito de acesso à creche, sem se evidenciar questões orçamentárias ou de financiamento da educação (ANEXO I) .

Conquanto, questões de ordem político-orçamentária parecem ter sido incorporadas pelo Presidente do TJPR na primeira decisão que proferiu nos autos de Suspensão de Liminares. Isto porque o Presidente do TJPR faz a seguinte ressalva apesar de conceder o pedido de suspensão coletiva ao município de Curitiba: “independentemente da juridicidade das decisões impugnada”. Ou seja, o Presidente do TJPR justifica sua decisão por entender que mesmo ante o respaldo jurídico sobre o qual as decisões que concedem a tutela ao determinar a matrícula na creche se sustentam, os aspectos pragmáticos dessas decisões, que atingem o campo da política pública diretamente, garantem a possibilidade de suspensão até que a matéria

⁷³ Para a pesquisa, utilizou-se a expressão “vaga em creche” como critério no sítio oficial do TJPR. O resultado foi de 2410 registros, tendo sido selecionados os primeiros (por ordem cronológica inversa de publicação – os mais atuais primeiro) de Magistrados distintos. Assim, havendo mais de uma decisão de relatoria de um mesmo Magistrado, selecionou-se apenas a primeira, topograficamente, utilizando a subsequente de Magistrado distinto. Apesar de se detectar equivalência na argumentação das decisões colacionadas, este não foi um critério para seleção, mas apenas os critérios (i) decisões mais recentes e (ii) magistrados relatores distintos, totalizando 10 acórdãos.

seja julgada em definitivo, pelo próprio TJPR. Segundo o que se extrai da fundamentação da decisão do Presidente, a adoção da medida de suspender as decisões não definitivas protegeria: (i) a ordem; (ii) a saúde; (iii) a segurança; e a (iv) economia pública, uma vez que a concessão liminar da tutela compromete, de acordo com o Presidente do TJPR, “os recursos públicos para atendimento imediato do pleito e pela falta de estrutura física e de pessoal”.

É importante destacar nesta altura da análise que o Presidente do TJPR se coaduna com os argumentos trazidos pelo município ressaltando o caráter temporário da medida, isto é, sem contradizer o posicionamento do TJPR para decisões de caráter definitivo: o que parece ser um contrassenso! Ora, mais uma vez o tempo (*timing*) aparece como uma estratégia do TJPR para se posicionar politicamente quanto à decisões coletivas que impactam a política municipal de oferta de vagas na creche, sem contudo confirmar o posicionamento contrário mediante argumentos jurídicos, como o fez na ACP proposta pelo Ministério Público que até o presente está pendente de julgamento pelo TJPR.

Ou seja, mais uma vez a posição política adotada pelo TJPR é de barrar o movimento de judicialização para a expansão de oferta de vagas no município de Curitiba, fazendo-o, no entanto, sob o manto da estratégia de administração do tempo de suas decisões, aspecto esse levantado por Taylor (2007) e que se verifica na presente análise do fenômeno.

Ademais, a Suspensão de Liminares parece trazer à baila o embate juspolítico que caracteriza o controle jurisdicional de políticas públicas. Note-se que as decisões liminares são suspendidas com base em critérios específicos do cenário político como destinação de recurso público e falta de estrutura para atendimento da população. A necessidade de utilização deste recurso processual parece demonstrar a ausência de mecanismos eficazes para a discussão no âmbito jurídico, justamente porque a discussão não é incorporada ao processo coletivo em andamento ou mesmo nas ações individuais que tramitam no TJPR mas em autos separados que não interferem no mérito das demandas, sendo apenas um mecanismo de administração do tempo e não de resolução da disputa que é a expansão da política municipal de acesso à creche.

Continuando a análise da decisão proferida na Suspensão de Liminares, verifica-se que o Presidente do TJPR destaca a existência da ACP, afirmando que uma vez concedida a tutela requerida na ACP, as finanças municipais e a

administração do ensino no município entrariam em colapso, isto porque significaria um acréscimo de 35,3% no orçamento destinado à educação infantil em Curitiba. Novamente, o que se percebe é o destaque de nuances políticas da interferência judicial no plano da política pública, sem que se destaquem aspectos normativos do direito à educação infantil e da obrigação do Estado em ofertá-la, em clara distinção do que se constatou no tópico anterior quando da análise das decisões proferidas nas ações individuais pelos magistrados do TJPR.

Curioso é que o Presidente do TJPR parece incorporar a ACP na sua fundamentação como um argumento contrário à própria concessão das liminares, ao invés de destacar a omissão estatal na garantia do direito ou mesmo a lentidão de tomada de decisão por parte do próprio TJPR. O desembargador parece incorporar a preocupação com o *colapso* do orçamento municipal na hipótese de a ACP ser provida, e que a replicação de demandas judiciais nesse cenário que espera o impacto da ACP importaria no “agigantamento insustentável da estrutura do Sistema Municipal de Ensino”.

Por sim, o Presidente do TJPR aduz que a concessão liminar da tutela seria uma concretização apenas formal do princípio da absoluta prioridade da criança, vez que o município não tem estrutura para receber a demanda imediatamente, mas destaca, em poucas palavras, que a carência do município não justifica a negativa de cumprimentos constitucionais em aparente contradição com a estrutura desenvolvida em sua argumentação.

A medida processual adotada pelo município é, certamente, paliativa. Isto porque não interfere no mérito das ações que correm no município, mas apenas tem o condão de suspender os efeitos de decisões não definitivas que concedem a tutela da pretensão de acesso à creche no município de Curitiba, sem interferir diretamente nas decisões definitivas proferidas nessas ações.

Conquanto, apesar de ter força para surtir efeitos práticos no campo da política, uma vez que barra por tempo indeterminado a expansão da política de acesso à creche no município, o fato de ter sido concedida a pretensão do município para suspender as decisões pendentes de julgamento definitivo que concederam tutela à pretensão de matrícula em CMEI's não surtiu efeito no conteúdo e no posicionamento adotado pelo TJPR nas demandas individuais. Isto foi constatado no tópico anterior, pois verificou-se que 98,43% das decisões proferidas pelo TJPR nessas ações foram favoráveis à pretensão.

Destaque-se que após o deferimento da Suspensão de Liminares ainda em 2015, o município aditou inúmeras vezes o pedido inicial – sob o fundamento com fundamento no art. 15, § 5º, da Lei nº 12.016/2009, e argumento de que existe “risco real e iminente de grave lesão à ordem e ao erário público” e que “a manutenção das liminares concedidas, antes da apreciação final do mérito, poderá acarretar provocar o colapso do sistema público de ensino infantil mantido e administrado pelo Município de Curitiba-PR”, sendo o efeito multiplicador (muitas ações com o mesmo teor) uma real preocupação⁷⁴ - requerendo a replicação da suspensão em outras decisões que sobrevieram após a propositura inicial da Suspensão de Liminares em 2015. Foram mais de 40 aditamentos feitos pelo município de Curitiba de 2015 a 2017.

Em 2017, na oportunidade de um novo pedido de aditamento, o Presidente do TJPR se manifestou trazendo novos elementos à decisão, em especial os que se destacam a seguir, retirados dos autos:

Aduziu que entre outubro de 2014 e junho de 2015 foram efetuadas 310 matrículas em cumprimento a determinações judiciais, prejudicando 310 crianças que já estavam matriculadas.

[...]

Informou que a demanda divulgada pela imprensa chega a 10.000 vagas, o que equivale a 83 creches, sendo o atendimento de imediato, impossível.

[...]

Narrou que está tomando medidas de expansão com a passagem de estabelecimentos de educação infantil para a Secretaria Municipal de Educação e com a ampliação do número de vagas de 83% entre 2002 e 2012, mas que a demanda continua a crescer.

[...]

Explanou que as decisões causam lesão grave ao impedirem o atendimento das leis orçamentárias.

[...]

De acordo com os documentos trazidos, em especial os de fls. 78/108, todos os Centro de Atendimento de Educação Infantil do Município estão com o quadro de vagas preenchido ou até com excesso de crianças.

[...]

Por outro lado, não há como se impor que haja a melhora imediata das condições dos centros, com o aumento quantitativo do número de profissionais, porque o Poder Público está submetido ao princípio da legalidade e a uma série de leis orçamentárias. As medidas devem ser planejadas e seguir as diretrizes orçamentárias. O Município de Curitiba já demonstrou que não está inerte, que está tomado medidas de expansão inclusive com a ampliação do número de vagas de 83% entre 2002 e 2012.

[...]

Finalmente, oportuno salientar que as suspensões de liminares somente têm cabimento em relação às decisões e sentenças não definitivas, já proferidas em processos pendentes, sendo inadmissível a postulação e a concessão de contracautela genérica ou relativa a processos, decisões ou sentenças futuras.

⁷⁴ As decisões proferidas nos autos de Suspensão nº 1407201-4 em trâmite no TJPR serão parte integrante desta dissertação em apêndice.

[...]

pedido formulado pelo Estado do Paraná para que seja suspensa a execução das decisões exaradas nas ações por ele indicadas nas petições de fls. 1202, fls. 1248, fls. 2168/2169, fls. 2219/2221, fls. 2293/2294, fls. 2321/2322, fls. 2788/2790, fls. 2840/2841, fls. 2871 e fls. 2877/2880

Em 2017 parece que o Presidente do TJPR ganhou mais argumentos em favor do município de Curitiba. Trouxe elementos orçamentários e descreveu o aumento do atendimento no município para educação infantil. Afirmou a ausência de omissão do Poder Público municipal e que não há como impor a imediata melhoria das condições dos CMEI's uma vez que o município está adstrito às previsões orçamentárias, pelo princípio da Legalidade.

Ao final faz uma menção curiosa ao Estado do Paraná, afirmando ter sido pleiteado o aditamento da suspensão pelo Estado do Paraná e não pelo município de Curitiba; esse aparente equívoco não pode ser esclarecido no presente porque os autos são físicos e as petições têm seu conteúdo adstrito ao que fora anexado em papel nos autos, de modo que a pesquisadora não teve acesso, sendo desconsiderado para o fim de pesquisa – até porque não parece interferir no conteúdo da decisão, na estrutura da demanda ou mesmo no rumo desta análise.

Não obstante o curso de 2 anos do processo de Suspensão de Liminares, em março de 2017 a Defensoria Pública estadual interpôs Agravo Interno⁷⁵, petição nº 201700041860, cujo conteúdo não está exposto na plataforma online do TJPR. E, apesar da interferência da DP, nova decisão sobreveio⁷⁶, concedendo novas suspensões e determinando a inclusão em pauta do processo para decisão do Agravo.

Em maio de 2017, a Rede de Mulheres Negras do Paraná, ingressou com pedido para integrar a lide na condição de *amicus curiae* (Petição nº 201700100670), requerendo o provimento do Agravo Interno interposto pela DP. Destaque-se que o conteúdo desta petição também não está disponível na plataforma digital, uma vez que os autos são físicos, devendo ser explorada quando do acesso ao processo físico pela pesquisadora. Também requereu ingressar no processo na qualidade de *amicus*

⁷⁵ Agravo Interno é um tipo de recurso previsto no art. 1.021 do NCPC, no qual se insurge contra decisão proferida pelo relator em um processo que corre no âmbito do Tribunal, cujo procedimento é previsto no Regimento Interno de cada Tribunal. No Regimento Interno do TJPR, o recurso está previsto nos arts. 332 a 334.

curiae a Federação de Pais, Mães ou Responsáveis de Alunos e Alunas das Escolas Públicas do Estado do Paraná (FEPAMEF-PR), em maio de 2017 (Petição nº 201700106374). Enquanto pendente de julgamento do recurso interposto pela DP, e dos pedidos de integração, novo pedido para integrar a lide sobreveio em julho de 2017, pela União Brasileira de Mulheres Seção Paraná (Petição nº 201700115681).

O último despacho decisório proferido nos autos, estendendo os efeitos na decisão inicial a outro grande número de ações que concederam vaga em creche para crianças no município de Curitiba foi publicado em 29/03/2017. Após peticionamentos realizados nos autos em maio (conteúdo restrito), em último ato processual realizado pela Presidência do Tribunal, em 16/05/2017, destacou-se que os autos já contêm 15 volumes e determinou-se a inscrição dos autos em pauta de julgamento, mas a data ainda não foi designada⁷⁷.

3.5 – REFLEXÕES SOBRE A DINÂMICA DO FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO DA EDUCAÇÃO INFANTIL NO MUNICÍPIO DE CURITIBA

Pelas análises dos dados coletados feitas neste capítulo, constatou-se que Curitiba se enquadra como exemplo de judicialização da educação, resgatando a definição adotada neste trabalho de que a interferência do Sistema de Justiça, judicial ou extrajudicialmente, que impacta no cenário da política educacional caracteriza-se como judicialização da educação, embora ainda se constate a ausência de consenso quanto ao conceito e, portanto, de uma definição paradigma.

Em síntese, foi possível identificar um movimento social de interpelação do Poder Público municipal por intermédio de instituições jurídicas estaduais para a expansão da política de acesso à creche no município de Curitiba. O Ministério Público e a Defensoria Pública estaduais atuaram representando a parcela da população não atendida pela política municipal e buscaram medidas jurídicas, judiciais e extrajudiciais, para a sua expansão da política e consequente atendimento das crianças que estão fora dos CMEI's.

O Ministério Público inicialmente firmou um TAC com o município e depois ingressou com uma ACP, que teve sua liminar suspensa por meio de recurso de agravo de instrumento interposto pelo município no TJPR, cujo mérito está ainda

⁷⁷ Último acesso realizado aos autos foi feito em 06/09/2017.

pendente de julgamento⁷⁸, de modo que as medidas adotadas pelo Ministério Público se mostraram inefetivas face o controle do uso do tempo por parte do TJPR que ao passo que não toma posicionamento formal (jurídico) para o pleito coletivo contido na ACP, demonstra que o *timing* de suas decisões é em si uma posição política e uma estratégia de não efetivação da política que é urgente àqueles cujo pleito representa.

Diante da inefetividade dos mecanismos coletivos, a Defensoria Pública passou a ingressar com ações individuais, requerendo tutela de acesso à vaga em creche a um impactante número de crianças. Com o posicionamento favorável adotados pelos juízos de primeiro grau concedendo liminares para matrícula imediata na rede municipal, Curitiba buscou barrar esse movimento com a propositura de uma Suspensão de Liminares requerendo diretamente ao Presidente do TJPR que suspendesse o efeito dessas decisões ainda não definitivas.

O TJPR mais uma vez posiciona-se pela barragem do movimento de judicialização, concedendo a suspensão das decisões favoráveis à pretensão de vaga em creche no município enquanto não são proferidas decisões definitivas na ACP e nas ações individuais em trâmite. Mais uma vez, o *timing* aparece como importante subterfúgio para a não concessão da expansão da política pretendida.

Não obstante a clara posição adotada pelo TJPR na administração do tempo pela não decisão da ACP e pela suspensão das decisões favoráveis à pretensão não definitivas, constatou-se que o próprio TJPR vem, à revelia dessas informações, adotando a posição favorável ao pleito de vaga em creche nas ações individuais quando da decisão definitiva dessas ações. Ou seja, embora a ACP não tenha sido julgada e as decisões não definitivas permaneçam com a sua tutela suspensa, as decisões tomadas em caráter definitivo pelo TJPR demonstram, em mais de 98% dos casos, posição favorável à expansão da política de acesso à vaga em creche no município de Curitiba.

O curioso é que as medidas coletivas não surtiram efeito, do ponto de vista da judicialização. Entretanto, mecanismos individuais de tutela se demonstram efetivos à pretensão de modificação da política educacional no município. Essa constatação é relevante na medida em que dialoga com considerações apontadas nos capítulos anteriores, que levantaram a questão de que o Brasil não dispõe de mecanismos

⁷⁸ Última informação tida em dezembro de 2017.

efetivos de tutela coletiva, ao menos que sejam condizentes com as vicissitudes dessas demandas.

Ademais, outro aspecto relevante é o de que o próprio TJPR parece não saber como lidar com a questão da judicialização de políticas públicas. Decisões de caráter coletivo parecem surtir cautelas por parte do TJPR, o que não se constata nas ações individuais analisadas individualmente por diferentes desembargadores. Isso demonstra que não é o fato de conceder a tutela a quem pleiteiam acesso à educação infantil que suscita cautelas, mas entender que sua decisão impactará a política municipal – o que fica camuflado em ações individuais.

O fato de instituições jurídicas adotarem essa estratégia, demonstra a fragilidade do Poder Judiciário paranaense para tratar do movimento de judicialização de políticas públicas, hipótese levantada nesta pesquisa quando das digressões teóricas sobre o tema. Assim sendo, evidencia-se um despreparo não tanto do Sistema de Justiça, mas do próprio Judiciário para lidar com o movimento de judicialização da política.

O Ministério Público e a Defensoria Pública parecem ter atuado naquilo que lhes compete sem cautelas do ponto de vista de evitar a utilização de mecanismos jurídicos disponíveis para interpelar o Poder Público a prestar tutela às demandas sociais que lhes bateram na porta. Não se coloca aqui em posição de defesa dessa atuação, mesmo porque não seria possível porque não se debruçou sobre essas atuações com o rigor e a extensão necessárias para uma posição, mas se evidencia uma atuação ativa e destemida na busca de tutela jurisdicional à população que lhes procura. Entretanto, vale questionar: seria a propositura de ações judiciais, coletiva e/ou individuais, o mecanismo mais eficiente do ponto de vista social, público e coletivo para resolver demandas de acesso a políticas públicas?

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É preciso definir, objetivamente, o que se considera *judicializar* a política educacional, ou, o que se entende por “judicialização da educação”. Isto é, em que medida o controle jurisdicional opera dentro da função natural do Sistema de Justiça na garantia do direito declarado ou em que medida o que se judicializa é a discussão política que é competência dos Poderes políticos. Em síntese, é este o grande ponto de reflexão que norteia as pesquisas sobre judicialização de políticas públicas, de modo que esta é uma primeira definição importante em uma pesquisa que se debruce sobre o tema.

Embora ainda não se possa afirmar que há na academia um conceito paradigma, isto é, não se tem consenso quanto à definição do conceito de judicialização, pesquisas desenvolvidas pelas integrantes do Grupo de Pesquisa de direito à educação vinculado ao criado e coordenado pela Prof. Dra. Adriana Aparecida Dragone Silveira, têm chegado à conclusão de que interferências do Sistema de Justiça no âmbito das políticas educacionais que geram impacto na política (previsão orçamentária, estrutura, contratação de profissionais, etc.), não sendo portanto casos isolados de controle jurisdicional de garantia do direito, mas um movimento de luta política pela garantia do direito sendo o Judiciário um ator nessa disputa, devem ser consideradas como judicialização da educação.

Em síntese, para que se enquadre a atuação do Sistema de Justiça no âmbito das políticas educacionais é preciso que a dinâmica dessa atuação gere impacto no âmbito da política, fazendo com que o Sistema Político adote mecanismos diversos daqueles planejados para atender as demandas do Sistema de Justiça. Nesse sentido, tanto medidas judiciais como medidas extrajudiciais podem ser consideradas *judicialização da educação*, mesmo porque o Ministério Público atua por meio de pressões extrajudiciais de modo a interferir no planejamento político, com as chamadas Recomendações Administrativas e os Termos de Ajustamento de Conduta.

Ainda nesse cenário, determinações judiciais advindas de demandas individuais e/ou coletivas também se inserem no conceito na medida em que fazem o plano político se mexer para atender o que determina o Judiciário.

Adotando-se essa concepção de judicialização da educação, verifica-se que o município de Curitiba vem sendo um exemplo de município cuja atuação do Sistema de Justiça vem impactando a atuação da gestão municipal para ampliação da política pública de oferta de vagas em creche em centros municipais de educação infantil, razão pela qual estudou-se de que forma o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná tem se posicionado frente à pretensão social, representada pelo Ministério Público e pela Defensoria Pública que vêm interpelando judicialmente o município para que ofereça vagas.

Visando a uma análise mais robusta, preocupou-se inicialmente com uma construção teórica que embasasse a análise empírica. Nos primeiros capítulos construiu-se um arcabouço teórico cuja escolha de literatura definiu limites à compreensão do fenômeno da judicialização da educação.

Inicialmente, percorreu-se sobre a configuração do direito à educação no ordenamento jurídico brasileiro, trazendo elementos à compreensão das razões que lhe consagram tamanha força normativa posto que se trata de um direito fundamental. Explanou-se sobre o conceito de direito fundamental, evidenciando-se que os direitos assim traduzidos são *conditio sine qua non* do estado democrático de direito e que além de configurarem o aspecto subjetivo que traz ao sujeito a possibilidade de exigir sua prestação, evocam critérios objetivos à atuação estatal, que deve ter por base e referencial os direitos fundamentais à sua atuação.

Dissertou-se sobre a configuração do direito à educação infantil e sobre as peculiaridades do direito à creche. Constatou-se que embora a creche não seja etapa obrigatória, é a primeira etapa da educação básica e figura-se como direito fundamental não adstrito à cláusula da reserva do possível e, então, não sendo passível de submissão aos critérios de conveniência de oportunidade e conveniência próprios da discricionariedade da Administração Pública. Indicou-se que o Supremo Tribunal Federal adota, desde 2005, o posicionamento supra, colocando, ainda, que o direito à educação infantil, mesmo não sendo etapa compulsória, é direito público subjetivo e, portanto, importa caráter mandatário à atuação estatal.

Após discussão sobre o conceito de judicialização da educação, trazendo elementos para a reflexão sobre uma definição paradigma, anotaram-se relevantes

reflexões sobre o deslocamento da discussão sobre políticas públicas para o Sistema de Justiça, indicando que o controle jurisdicional de direitos sociais traz em si aspectos controvertidos do ponto de vista teórico, uma vez que mesmo diante da possibilidade jurídica de se judicializar essas questões, existem peculiaridades do ponto de vista político-econômico que devem ser consideradas.

Levantou-se a hipótese de que embora seja receptivo a demandas dessa natureza, o Judiciário brasileiro não está preparado para tratar de demandas que versam sobre políticas públicas. Isto porque além de o sistema processual não dispor de mecanismos efetivos para o processamento de demandas coletivas, os magistrados não encontram em sua atuação a percepção da magnitude do impacto de decisões sobre políticas públicas e acabam não aprofundando a análise e a fundamentação nas concessões de tutela a pretensões dessa natureza em questões pragmáticas de ordem político-orçamentária ou mesmo estrutural para recepção das determinações judiciais no âmbito da política questionada.

Por fim, nos capítulos teóricos, refletiu-se sobre o cenário juspolítico contemporâneo, evidenciando uma posição crítica para a análise crítica do conteúdo empírico.

Não obstante, chegou-se à conclusão de que embora exista literatura para mais digressões e novos e mais diversificados apontamentos teóricos sobre o tema da judicialização de direitos sociais, judicialização de políticas públicas e especialmente judicialização da educação, a literatura aqui estudada trouxe aporte à digressão da pesquisa empírica, pois foi possível constatar-se aspectos da dinâmica do fenômeno da judicialização da educação no município de Curitiba que dialogaram com as hipóteses teóricas apontadas nos capítulos 2 e 3.

Da análise de dados, constatou-se um importante movimento de judicialização da educação infantil no município, com interferência direta do Ministério Público e da Defensoria Pública estaduais que buscaram mecanismos jurídicos judiciais e extrajudiciais para interpelar o Poder Público municipal para a expansão da política de vagas em creche.

Verificou-se que está pendente de julgamento no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná uma ação civil pública proposta pelo Ministério Público em 2014, cuja pretensão é a expansão da política de vagas em creche no município de Curitiba. Quanto a este ponto, destacou-se o *timing*, ou o uso da administração do tempo para proferir a decisão como uma posição política adotada pelo Tribunal, na medida em

que a ausência de decisão em uma ação coletiva acarreta a não expansão da política pela via judicial sendo, em si, uma consequência de sua não intervenção.

Identificou-se um aumento expressivo de decisões judiciais proferidas em ações por vaga em creche no município de Curitiba a partir do ano 2015, e constatou-se que esse aumento está alinhado com a estratégia adotada pelas instituições jurídicas, pois após a propositura da demanda coletiva pelo Ministério Público, a Defensoria Pública passou a ajuizar centenas de ações judiciais individuais requerendo a matrícula da criança em Centros Municipais de Educação Infantil.

Nesse movimento de interpelação judicial, verificou-se que o município de Curitiba utilizou-se de uma estratégia processual, interpondo uma Suspensão de Liminares em 2015 requerendo a suspensão do efeito das decisões não definitivas que concediam tutela à pretensão individual de vaga em creche no município diretamente ao Presidente do Tribunal de Justiça. Analisou-se o processo de Suspensão de Liminares, no qual o Tribunal se posicionou favoravelmente à suspensão da tutela, incorporando à sua fundamentação argumentos de ordem político-orçamentárias apresentadas pelo Município, sem no entanto, ter o condão de interferir no mérito das decisões impugnadas, mas tão-somente suspender-lhes o efeito até sobreposição de decisão definitiva nas ações.

Constatou-se, por fim, que o Tribunal de Justiça do Paraná assentou entendimento favorável à pretensão judicial de vaga em creche no município de Curitiba, sobrepondo argumentos jurídicos às alegações de ordem política-orçamentárias, sem aprofundar as análises e a fundamentação dos julgados quanto ao cenário político sobre o qual impacta a decisão. Esse posicionamento é em si uma tomada de decisão política de poder que implica a redistribuição do fundo público que, em fim último, é a própria essência do meio político.

Não se nega a existência e o caráter imperativo do direito, tampouco se desconsidera a possibilidade de determinação judicial para cumprimento de políticas públicas que garantam o gozo do direito constitucional declarado. Conquanto, problematiza-se, com veemência, a ausência de percepção por parte dos integrantes do Judiciário da magnitude do impacto de suas decisões no cenário das políticas públicas. Assim, consubstancia-se a necessidade de uma análise mais detida e mais robusta do contexto no qual será executada sua decisão, verificando-se seus impactos. Não basta uma atuação Judicial pautada no abstrato, sob pena de se tornarem inexecutáveis suas decisões. É preciso que sejam verificados os aspectos

pragmáticos do resultado de uma decisão judicial, sobretudo quando se verifica a não universalidade da garantia.

Nesse contexto de análise, indica-se, portanto, passar a considerar os órgãos do Sistema de Justiça como importantes atores políticos no campo da política educacional, na medida em que a atuação do Ministério Público, da Defensoria Pública e do próprio Judiciário tem impactado significativamente a política municipal de oferta de vagas em creche no município de Curitiba.

Destaca-se, por fim, que os resultados obtidos nesta dissertação integram a pesquisa coletiva *Efeitos da atuação do sistema de justiça no direito à educação infantil: um estudo da judicialização da política educacional em três estados brasileiros* financiado pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico coordenado pela Prof. Dra. Adriana Aparecida Dragone Silveira da Universidade Federal do Paraná em conjunto com o Prof. Dr. Salomão Barros Ximenes da Universidade Federal do ABC.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Víctor. Linhas de trabalho em direitos econômicos, sociais e culturais: instrumentos e aliados. **SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos**. Ano 2, número 2, 2005. p. 188-223.

AGÊNCIA CURITIBA. **Perfil Econômico da Regional Bairro Novo**. Disponível em: < <http://www.agencia.curitiba.pr.gov.br/arquivos-regionais/perfil-economico-regional-bairro-novo.pdf> >. Acesso em: 26 jan. 2018. Este caderno contém informações socioeconômicas sobre a Regional Bairro Novo, é um dos dez estudos sobre a economia dos bairros, agrupados por regionais e é atualizado anualmente.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. Tradução de: Virgílio Afonso da Silva.

ALMEIDA, Marcos Neri de. **O direito à educação infantil e a discricionariedade administrativa**. 2008. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&o_obra=112663>. Acesso em: 02 jan. 2016.

ALVES, T.; SILVA, R. M. da. Estratificação das oportunidades educacionais no Brasil: contextos e desafios para a oferta de ensino. **Educ. Soc.**, Campinas, v. 34, n. 124, p. 851-879, jul.-set. 2013. Disponível em: < http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-73302013000300011&script=sci_abstract&lng=pt >. Acesso em: 22 jan. 2018

ANTONIO, Nila M. Leonardi. O controle jurisdicional de políticas públicas como controle de constitucionalidade e seus limites. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2013. 2. ed. p. 183-212.

ARANTES, Paulo Henrique de Oliveira. **Perspectivas de atuação do Ministério Público nas lutas pela efetividade do direito à educação infantil**. 2011. 147 f. Dissertação (mestrado) - Universidade Estadual Paulista, Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, 2011.

ARAÚJO, Fernanda Raquel Thomaz de. **Controle judicial de políticas públicas e realinhamento da atividade orçamentária na efetivação do direito à educação: processo coletivo e a cognição do judiciário**. 2013. 197 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito Negocial, Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2013.

ARENHART, Sergio Cruz. As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo poder judiciário. **Revista Eletrônica do Ministério Público Federal**. Custos Legis. 2009. Ano I – Número 1 – 2009 – página 1 de 20. Disponível em: <http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista_2009/2009/aprovados/2009a_Tut_Col_Arenhart%2001.pdf>. Acesso em 05 de jun. 2017.

ARNESEN, Erik Sadi. Direito à educação de qualidade na perspectiva neoconstitucionalista. In RANIERI, Nina; RIGHETTI, Sabine. **Direito à educação:**

aspectos constitucionais. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2009. P. 145-166.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, n. 18, abr. 2009. Trimestral. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 19 jan. 2016.

BEISEGEL, Celso de Rui. **A qualidade do ensino na escola pública**. Brasília, Liber Livro Editora, 2006.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992. Tradução de: Carlos Nelson Coutinho.

BONDIOLI, Anna; SAVIO, Donatella. **Participação e qualidade em educação da infância**. Curitiba: Editora UFPR, 2013.

_____. Construir compartilhando a qualidade: a contribuição das partes interessadas. In BONDIOLI, Anna; DONATELLA, Savio. **Participação e qualidade em educação da infância**. Curitiba: Editora UFPR, 2014a, p. 25-49.

_____. O método. In BONDIOLI, Anna; DONATELLA, Savio. **Participação e qualidade em educação da infância**. Curitiba: Editora UFPR, 2014b, p. 23-24.

BORGHI, Raquel Fontes; ADRIÃO, Theresa Maria de Freitas; GARCIA, Teise de Oliveira Guaranha. As parcerias público-privadas para a oferta de vagas na educação infantil: um estudo em municípios paulistas. **Revista Brasileira de Estudos Pedagógicos**. Brasília, v. 92, n. 231, ago. 2011. p. 285-301.

BRASIL. Conselho Nacional de Educação (CNE). Câmara de Educação Básica (CEB). **Parecer CNE/CEB no 8, aprovado em 5 de maio de 2010**. Estabelece normas para aplicação do inciso IX do artigo 4º da Lei no 9.394/96 (LDB), que trata dos padrões mínimos de qualidade de ensino para a Educação Básica pública. 2010a. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/index.php?Itemid=866&id=15074&option=com_content>. Acesso em 08 mar. 2016.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 5 out. 1988.

_____. **Decreto nº 6.494, de 30 de junho de 2008**. Dispõe sobre o Programa Nacional de Reestruturação e Aquisição de Equipamentos para a Rede Escolar Pública de Educação Infantil - Pro-Infância. Brasília, 2008a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/decreto/D6494.htm>. Acesso em: 10 mai. 2017.

_____. **Emenda Constitucional nº 53, de 19 de dezembro de 2006**. Dá nova redação aos arts. 7º, 23, 30, 206, 208, 211 e 212 da Constituição Federal e ao art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Brasília, 20 dez. 2006a. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc53.htm>. Acesso em: 19 jan. 2016.

_____. **Emenda Constitucional nº 59, de 11 de novembro de 2009.** Acrescenta § 3º ao art. 76 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para reduzir, anualmente, a partir do exercício de 2009, o percentual da Desvinculação das Receitas da União incidente sobre os recursos destinados à manutenção e desenvolvimento do ensino de que trata o art. 212 da Constituição Federal, dá nova redação aos incisos I e VII do art. 208, de forma a prever a obrigatoriedade do ensino de quatro a dezessete anos e ampliar a abrangência dos programas suplementares para todas as etapas da educação básica, e dá nova redação ao § 4º do art. 211 e ao § 3º do art. 212 e ao caput do art. 214, com a inserção neste dispositivo de inciso VI.. Brasília, 12 nov. 2009a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc59.htm>. Acesso em: 19 jan. 2016.

_____. Instituto Nacional de Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira. **Plano nacional de educação PNE 2014-2024:** linha de base. Brasília: INEP, 2015a.

_____. **Lei federal nº 11.114, de 16 de maio de 2005.** Altera os arts. 6º, 30, 32 e 87 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, com o objetivo de tornar obrigatório o início do ensino fundamental aos seis anos de idade. Brasília, 2005a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11114.htm>. Acesso em: 14 mai. 2017.

_____. **Lei federal nº 11.274, de 06 de fevereiro de 2006.** Altera a redação dos arts. 29, 30, 32 e 87 da Lei no 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, dispondo sobre a duração de 9 (nove) anos para o ensino fundamental, com matrícula obrigatória a partir dos 6 (seis) anos de idade. Brasília, 2006b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11274.htm>. Acesso em: 14 mai. 2017.

_____. **Lei federal nº 13.257, de 8 de março de 2016.** Dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância e altera a Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, a Lei no 11.770, de 9 de setembro de 2008, e a Lei no 12.662, de 5 de junho de 2012. Brasília, 2016a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13257.htm> Acesso em 14 mai. 2017.

_____. **Lei federal nº 4.024, de 20 de dezembro de 1961.** Fixa as diretrizes e bases da educação nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4024.htm>. Acesso em 14 mai. 2017.

_____. **Lei federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990.** Estatuto da criança e do adolescente. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial, 1990.

_____. **Lei federal nº 9.394.** Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Brasília, 23 dez. 1996.

_____. **Lei n.º 11.738, de 16 de julho de 2008.** Regulamenta a alínea “e” do inciso III do caput do art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir o piso salarial profissional nacional para os profissionais do magistério público da educação básica. Brasília, 2008b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11738.htm>. Acesso em: 31 out. 2016.

_____. **Lei nº 10.172, de 9 de janeiro de 2001.** Aprova o plano nacional de educação e dá outras providências. Brasília, 2001a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10172.htm> Acesso em: 22 jun. 2016.

_____. **Lei nº 13.005, de 25 de junho de 2014.** Aprova o Plano Nacional de Educação - PNE e dá outras providências. Brasília, 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13005.htm>. Acesso em: 19 jan. 2016.

_____. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Brasília, 2015b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 19 jan. 2016.

_____. **Lei nº 13.415, de 16 de fevereiro de 2017.** Altera as Leis nos 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, e 11.494, de 20 de junho 2007, que regulamenta o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação, a Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943, e o Decreto-Lei no 236, de 28 de fevereiro de 1967; revoga a Lei no 11.161, de 5 de agosto de 2005; e institui a Política de Fomento à Implementação de Escolas de Ensino Médio em Tempo Integral. Brasília, 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13415.htm>. Acesso em: 06 mai. 2017.

_____. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.** Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 19 jan. 2016.

_____. Ministério da Educação. Conselho Nacional da Educação. **Parecer CNE/CEB n.º 20/2009.** Revisão das diretrizes curriculares nacionais para a educação infantil. Brasília: MEC, 2009b.

_____. Ministério da Educação. Conselho Nacional da Educação. **Parecer CNE/CEB n.º 22/1998.** Diretrizes curriculares nacionais para a educação infantil. Brasília: MEC, 1998a.

_____. Ministério da Educação. Conselho Nacional da Educação. **Parecer nº 23/2012:** reexame do parecer CNE/CEB nº 8/2011, que trata da admissibilidade de períodos destinados a férias e a recesso em instituições de educação infantil. Brasília: MEC/SEB, 2012a.

_____. Ministério da Educação. **Educação infantil: subsídios para construção de uma sistemática de avaliação.** Brasília: MEC, 2012b.

_____. Ministério da Educação. Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação. **Resolução nº 6, de 24 de abril de 2007.** Estabelece as orientações e diretrizes para execução e assistência financeira suplementar ao Programa Nacional de Reestruturação e Aquisição de Equipamentos para a Rede Escolar Pública de Educação Infantil - PROINFÂNCIA. Brasília, 2007a. Disponível em: <https://www.fnnde.gov.br/fndelegis/action/UrlPublicasAction.php?acao=abrirAtoPublico&sgl_tipo=RES&num_ato=00000006&seq_ato=000&vlr_ano=2007&sgl_orgao=CD/FNDE/MEC>. Acesso em: 10 mai. 2017.

_____. Ministério da Educação. Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira. **Avaliação nacional da educação infantil.** MEC: INEP, 2016c. 30p.

_____. Ministério da Educação. Maria Malta Campos (Coor.). **Educação infantil no Brasil: avaliação qualitativa e quantitativa.** 2010b. 424 p.

_____. Ministério da Educação. Maria Malta Campos (Coord.). **Critérios para um atendimento em creches que respeite os direitos fundamentais das crianças.** 2009c. 2. ed. 44p.

_____. Ministério da Educação. **Política nacional de educação infantil: pelo direito das crianças de zero a seis anos à educação.** 2005b. 32 p.

_____. Ministério da Educação. Secretaria de Educação Básica. **Diretrizes curriculares nacionais para a educação infantil.** Secretaria de Educação Básica. – Brasília : MEC, SEB, 2010c.

_____. Ministério da educação. Secretaria de educação básica. **Contribuições para a política educacional: a avaliação em educação infantil a partir da avaliação de contexto.** Curitiba: Imprensa/UFPR, 2015c. 104p.

_____. Ministério da Educação. Secretaria de Educação Básica. **Indicadores da qualidade na educação infantil.** 2009d. 69p.

_____. Ministério da Educação. Secretaria de Educação Básica. **Parâmetros nacionais de qualidade para a educação infantil.** 2006c.

_____. Ministério da Educação. Secretaria de Educação Básica. **Parâmetros básicos de infra-estrutura para instituições de educação infantil.** 2006d. 50p.

_____. Ministério da Educação. **Subsídios para credenciamento e funcionamento de instituições de educação infantil.** 1998b.

_____. **Resolução CNE/CEB nº 05/2009.** Fixa as diretrizes nacionais para a educação infantil. Brasília: MEC/SEB, 2009e.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 410715. Recorrente: Município de Santo André. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 22 de janeiro de 2005. **Diário de Justiça da União**. Brasília, 03 fev, 2006e.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 463210. Recorrente: Município de Santo André. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Carlos Velloso. Brasília, 06 dez. de 2005. **Diário de Justiça da União**. Brasília, 03 fev. 2006f.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 635679. Recorrente: Município de Santo André. Recorrido: Jéssica de Jesus Muniz. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 13 dez. 2006. **Diário de Justiça da União**. Brasília, 16 fev. 2007b.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 45. Recorrente: Presidente da República. Recorrido: Partido da Social Democracia Brasileira. Relator: Ministro Celso de Melo. Brasília, 29 de abril de 2004. **Diário de Justiça da União**. Brasília, 04 maio 2004.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 163231. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorrido: Associação Notre Dame de Educação e Cultura. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, 26 de fevereiro de 1997. **Diário de Justiça da União**. Brasília, 29 jun. 2001c.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 436996. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorrido: Município de Santo André. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 26 de janeiro de 2005. **Diário de Justiça da União**. Brasília, 07 nov. 2005c.

BURGO, V. O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário. In: GRINOVER, A. P.; WATANABE, K. (Coord.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

CABRAL, Karina Melissa **O ministério público estadual e a justiciabilidade do direito à qualidade do ensino fundamental público no brasil: funções e interpretações**. 2014. 272 f. Tese (Doutorado) - Curso de Educação, Universidade Estadual Paulista, Presidente Prudente, 2014. Disponível em: <<http://repositorio.unesp.br/handle/11449/123335>>. Acesso em: 30 dez. 2015.

_____. **A justiciabilidade do direito à qualidade do ensino fundamental no brasil**. 2008. 195 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Educação, Unesp, Presidente Prudente, 2008.

CABRAL, Karina Melissa; Di Giorgi, Cristiano Amaral Garboggini. O direito à qualidade da educação básica no Brasil: uma análise da legislação pertinente e das definições pedagógicas necessárias para uma demanda judicial. **Educação**, vol 35, n. 1., jan.-abr., 2012, p. 116-128.

CAJUELLA, F. S. **O acesso à justiça e o direito à educação infantil**: um estudo sobre a atuação da Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Dissertação (Mestrado em Direito) - Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. 2016.

CAMPOS, Maria Malta; COELHO, Rita de Cássia; CRUZ, Silvia H. Vieira. **Consulta sobre qualidade da educação infantil**: relatório técnico final. São Paulo: FCC/DPE, 2006.

CAMPOS, Maria Malta; FÜLLGRAF, Jodete; WIGGERS, Verena. A qualidade da educação infantil brasileira: alguns resultados de pesquisa. **Cadernos de Pesquisa**, [s.l.], v. 36, n. 127, p.87-128, abr. 2006. FapUNIFESP (SciELO). DOI: 10.1590/s0100-15742006000100005. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0100-15742006000100005&script=sci_arttext>. Acesso em: 02 jan. 2016.

CAMPOS, Maria Malta; HADDAD, Sérgio. O direito humano à educação escolar pública de qualidade. In HADDAD, Sérgio; GRACIANO, Mariângela. **A educação entre os direitos humanos**. Campinas: Autores Associados, 2006. P. 95-125.

CAMPOS, Rosânia. As indicações dos organismos internacionais para as políticas nacionais de educação infantil: do direito à focalização. **Educação e pesquisa**. São Paulo, n. 1, v. 39. mar. 2013. p. 195-209.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. O orçamento e a “reserva do possível”: dimensionamento no controle judicial de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2013. 2. ed.

CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. **Acesso à Justiça**. Tradução de: NORTHFLEET, E. G.. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARREIRA, Denise; PINTO, José Marcelino de Rezende. **Custo aluno-qualidade inicial**: rumo à educação pública de qualidade no Brasil. Campanha Nacional pelo Direito à Educação: São Paulo, 2006.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. **Rev. Sociol. Polít.** Curitiba, n. 23, p. 115-126, nov. 2004.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil**: o longo caminho. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. 3. ed.

CENTAZZO, Roberto. As instituições de educação infantil no contexto organizacional do órgão local: as outras faces da qualidade. In CIPOLLONE, Laura. **Instrumentos e indicadores para avaliar a creche**. Curitiba: Editora UFPR, 2014. P. 125-145.

CHAUÍ, Marilena. Direitos humanos e medo. In. **Direitos humanos e** São Paulo, Comissão de Justiça e Paz: Editora Brasiliense, 1989.

CIPOLLONE, Laura. Introdução. *In* CIPOLLONE, Laura. **Instrumentos e indicadores para avaliar a creche**. Curitiba: Editora UFPR, 2014a. P. 15-23.

_____. O percurso da análise da qualidade. *In* CIPOLLONE, Laura. **Instrumentos e indicadores para avaliar a creche**. Curitiba: Editora UFPR, 2014b. P. 27-45.

COMPARATO, Fabio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, n. 138, jun. 1998. p. 39-48.

CORRÊA, Bianca. A educação infantil. *In*. **Organização do ensino no Brasil**. São Paulo: Xamã, 2007. 2. ed. P. 13-30.

_____. Considerações sobre qualidade na educação infantil. **Cadernos de Pesquisa**, [s.l.], n. 119, p.85-112, 2003. FapUNIFESP (SciELO). DOI: 10.1590/s0100-15742003000200005. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0100-15742003000200005&script=sci_abstract&tlng=pt>. Acesso em: 02 jan. 2016.

CORRÊA, Luiza Andrade. **A judicialização da política pública de educação infantil no Tribunal de Justiça de São Paulo**. 2014. 236 f. Dissertação (Mestrado) – Curso de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014.

CORTEZ, Luís Francisco Aguilar. Outros limites ao controle jurisdicional de políticas públicas. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2013. 2. ed. p. 285-307.

CURITIBA, SECRETARIA MUNICIPAL DE EDUCAÇÃO (SME). **Ofício circular n. 02 de 2016**. Departamento de Educação Infantil, 03 de março de 2016.

CURITIBA, PROCURADORIA JUDICIAL. **Memoriais**. Em face do julgamento a ser realizado no recurso de Agravo interposto pela Defensoria Pública do Estado do Paraná. Deferido por Miguel Adolfo Kalabaide, Procurador Judicial do Município em 7 de junho de 2017.

_____. CONSELHO MUNICIPAL DE CURITIBA (CME). Deliberação n. 02 de 08 de agosto de 2012. **Normas e Princípios para a educação infantil no Sistema Municipal de Ensino de Curitiba (SISMEN)**. Disponível em: <http://files.sismuc.org.br/ARQUIVOS/DOC_ANTIGOS/400_1177.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2018.

_____. **Lei n. 14.681, de 24 de junho de 2015**. Aprova o Plano Municipal de Educação - PME, da cidade de Curitiba. Disponível em: <<https://leismunicipais.com.br/a/pr/c/curitiba/lei-ordinaria/2015/1469/14681/lei-ordinaria-n-14681-2015-aprova-o-plano-municipal-de-educacao-pme-da-cidade-de-curitiba>>. Acesso em 02 mar. 2018.

CURY, Carlos Roberto Jamil; FERREIRA, Luiz Antonio Miguel. Justiciabilidade no campo da educação. **Rbpae**, Goiânia, v. 26, n. 1, p.75-103, jan. 2010. Quadrimestral. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/rbpae/article/viewFile/19684/11467>>. Acesso em: 02 jan. 2016.

CURY, Carlos Roberto Jamil. A educação infantil como direito. In BRASIL. Ministério da Educação. **Subsídios para credenciamento e funcionamento de instituições de educação infantil**. 1998. v. 2. p. 9-15.

_____. A qualidade da educação brasileira como direito. **Educação e Sociedade**, Campinas, v. 35, n. 129, p.1053-1066, out. 2014. Trimestral. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-73302014000401053&script=sci_abstract&tlng=es>. Acesso em: 09 nov. 2015.

_____. Direito à educação: direito à igualdade, direito à diferença. **Cadernos de Pesquisa**, São Paulo, n. 116, jul. 2002. p. 245-262.

DANIEL, Juliana Maia. Discricionariedade administrativa em matéria de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2013. 2. ed. p.93-124.

DIDONET, Vital. **A avaliação na e da educação infantil**. Disponível em: <<http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Educacao/Doutrina/Avalia%C3%A7%C3%A3o%20na%20Educa%C3%A7%C3%A3o%20Infantil%20-%20Vital%20Didonet.doc>> Acesso em: 21 jun. 2016.

_____. Desafios legislativos na revisão da LDB: aspectos gerais e a educação infantil. In **Insumos para o debate 2 - emenda constitucional nº 59/2009 e a educação infantil: impactos e perspectivas**. São Paulo: Campanha Nacional Pelo Direito à Educação, 2010. p. 15-29.

DINIZ, Hirmínia Dorigan de Matos. **O direito fundamental à educação infantil e o controle jurisdicional de políticas públicas**. 2007. 185 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2007. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp032685.pdf>>. Acesso em: 02 jan. 2016.

DOURADO, Luiz Fernandes; OLIVEIRA, João Ferreira; SANTOS, Catarina de Almeida. **A qualidade da educação: conceitos e definições**. Brasília: INEP, 2007.

DUARTE, Clarice Seixas. Direito público subjetivo e políticas educacionais. **São Paulo em Perspectiva**. São Paulo, v. 18, n. 2, 2004. p. 113-118.

_____. Reflexões sobre a justiciabilidade do direito à educação no Brasil. In HADDAD, Sérgio; GRACIANO, Mariângela. **A educação entre os direitos humanos**. Campinas: Autores Associados, 2006. P. 127-153

DURAO, Aylton Barbieri. Habermas: os fundamentos do estado democrático de direito. **Trans/Form/Ação**, Marília, v. 32, n. 1, p. 119-137, 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-31732009000100008&lng=en&nrm=iso>. acesso em 19 set. 2017.

FELDMAN, M. **Os Termos de Ajustamento de Conduta para efetivação do direito à Educação Infantil**: Considerações a partir do contexto Paranaense. Dissertação (mestrado). – Pós-Graduação em Educação da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2017.

FERNANDES, Yrama Siqueira. **Direito à educação e trabalho educacional**: relações possíveis entre a justiciabilidade, avaliações de larga escala e educar em direitos humanos. ANPED, 2015. Disponível em <<http://37reuniao.anped.org.br/wp-content/uploads/2015/02/Trabalho-GT05-4125.pdf>>. Acesso em 02 jan. 2016.

FERRARI, Monica. Ler os dossiês. *In* CIPOLLONE, Laura. **Instrumentos e indicadores para avaliar a creche**. Curitiba: Editora UFPR, 2014. P. 93-110.(b)

_____. Uma experiência de pesquisa-formação com instrumentos avaliativos. *In* CIPOLLONE, Laura. **Instrumentos e indicadores para avaliar a creche**. Curitiba: Editora UFPR, 2014. P. 73-92.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Poder judiciário na constituição de 1988: judicialização da política e politização da justiça. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 198, dez. 1994, p. 1-17.

FLORES, Maria Luiza Rodrigues. Movimentos na construção do direito à educação infantil: histórico e atualidade. **Educação**, [s.l.], v. 35, n. 1, p.25-38, jan. 2010. Quadrimestral. Universidade Federal de Santa Maria. DOI: 10.5902/19846444. Disponível em: <<http://cascavel.ufsm.br/revistas/ojs-2.2.2/index.php/reeducacao/article/view/1601>>. Acesso em: 09 jan. 2016.

GRACIANO, Mariângela; MARINHO, Carolina; FERNANDES, Fernanda. As demandas judiciais por educação na cidade de São Paulo. *In* HADDAD, Sérgio; GRACIANO, Mariângela. **A educação entre os direitos humanos**. Campinas: Autores Associados, 2006. P. 156-196.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2013. 2. ed. p. 125-150.

HEUKO, Guilherme Ramon. A efetividade e a atuação judicial na promoção dos direitos sociais prestacionais. *In*: SAVARIS, José Antonio; Strapazzon, Carlos Luiz (Org.). **Direitos fundamentais da pessoa humana**. Curitiba: Alteridade editora, 2012. p. 357-379.

JACOB, Cesar Augusto Alckmin. A “reserva do possível”: obrigação de previsão orçamentária e de aplicação da verba. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2013. 2. ed. p. 237-283.

KRAMER, Sônia. As crianças de 0 a 6 anos nas políticas educacionais no Brasil: educação infantil e é fundamental. **Educ. Soc.** Campinas, n. 96, v. 27, p. 797-818, out. 2006.

KUHLMANN JR., Moysés. **Infância e educação infantil**: uma abordagem histórica. Porto Alegre: Mediação, 2004. 3. ed.

LAGE, Livia Regina Savernini Bissoli. Políticas públicas como programas e ações para o atingimento dos objetivos fundamentais do Estado. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2013. 2. ed. p. 151-182.

LEAL, Márcio Flávio Mafrá. **Ações coletivas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

LIBERATI, Wilson Donizeti. Conteúdo material do direito à educação escolar. In: LIBERATI, Wilson Donizeti. **Direito à educação**: uma questão de justiça. São Paulo: Editora Malheiros, 2004. P. 121-168.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do judiciário no estado social de direito. In: FARIA, José Eduardo (Org.). **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

LUCAS, Maria Angélica Olivo Francisco; MACHADO, Maria Cristina Gomes. Percalços da Educação Infantil como direito da criança: análise da história e da legislação das décadas de 1980 e 1990.. **Prax. Educ.**, [s.l.], v. 7, n. 1, p.107-128, 28 jun. 2012. Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG). DOI: 10.5212/praxeduc.v.7i1.0006. Disponível em: <<http://www.revistas2.uepg.br/index.php/praxiseducativa/article/view/2963>>. Acesso em: 09 jan. 2016.

MARINHO, Carolina Martins. **Justiciabilidade dos direitos sociais**: análise de julgados do direito à educação sob o enfoque da capacidade institucional. 2009. 120 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

MARSHALL, Thomas Humphrey. **Cidadania e classe social**. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MIRANDA, Pontes de. **Direito à educação**. Rio de Janeiro: Editorial Alba Limitada, 1933.

OESTREICH, Marlise. **Democratização da educação infantil no município de Florianópolis**: uma análise das “creches ampliadas”. 2011. 209 f. Dissertação (mestrado). Curso de Educação, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2011.

OLIVEIRA, Romualdo Portela de; ARAUJO, Gilda Cardoso de. Qualidade do ensino: uma nova dimensão da luta pelo direito à educação. **Revista Brasileira de Educação**, Rio de Janeiro, n.28, abr. 2005. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-24782005000100002&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 05 ago. 2014.

_____. **Estado e política educacional no Brasil: desafios do século XXI**. 2006. 106 f. Departamento de economia e administração escolar. Faculdade de Educação, Universidade de São Paulo, 2006.

OLIVEIRA, Vanessa Elias de; MARCHETTI, Vitor. O Judiciário e o Controle sobre as Políticas Públicas: a judicialização da educação no município de São Paulo. In: ENCONTRO ANUAL DA ANPOCS, 37., 2013, São Paulo. **Trabalho Apresentado**. São Paulo: Anpocs, 2013. Disponível em: <http://portal.anpocs.org/portal/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=8553&Itemid=459>. Acesso em: 01 jan. 2016.

PANNUNZIO, Eduardo. O poder judiciário e o direito à educação. In RANIERI, Nina; RIGHETTI, Sabine. **Direito à educação: aspectos constitucionais**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2009. P. 61-88.

PINTO, José Marcelino de Rezende. Uma proposta de custo-aluno-qualidade na educação básica. **RBPAE**. n. 2, v. 22, p. 197-227, jul./dez.2003.

PIOVESAN, Flávia. Direitos sociais: proteção internacional e perspectivas do constitucionalismo latino-americano. In: SAVARIS, José Antonio; STRAPAZZON, Carlos Luiz (Org.). **Direitos fundamentais da pessoa humana**. Curitiba: Alteridade editora, 2012. p. 223-248.

REBELL, Michael A.; HUNTER, Molly A. The right to preschool in education adequacy litigations. Disponível em: <http://www.schoolfunding.info/resource_center/issuebriefs/preschool.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2016.

REHEM, Faní Quitéria Nascimento; FALEIROS, Vicente de Paula. A educação infantil como direito: uma dimensão da materialização das políticas para a infância. **Revista Diálogo Educacional**. Curitiba, n. 39, v. 13, ago. 2013. p. 691-710.

RIZZI, Ester; XIMENES, Salomão de Barros. Litigância estratégica para a promoção de políticas públicas: as ações em defesa do direito à educação infantil em São Paulo. In: FRIGO, Darci; PRIOSTE, Fernando; ESCRIVÃO FILHO, Antônio Sérgio. **Justiça e direitos humanos: experiências de assessoria jurídica popular**. Curitiba: Terra de Direitos, 2010. p. 105-127.

ROCHA, Taciana Alves de Paula. **A tutela jurisdicional do direito prestacional à educação: ensino fundamental regular em ação civil pública no Brasil**. 2008. 158 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Católica de Pernambuco, Recife, 2008.

ROSEMBERG, Fúlvia. Educação infantil pós-FUNDEB: avanços e tensões. In: SOUZA, G. (Org.). **Educar na Infância: perspectivas histórico-sociais**. São Paulo: Contexto, 2010.

SADEK, Maria Tereza. Judiciário e arena pública: um olhar a partir da ciência política. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2013. 2. ed. p. 2-32.

SARLET, Ingo Wolfgang.

_____. Ingo Wolfgang. **Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais:** contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo_Ingo_DF_sociais_PETROPOLIS_final_01_09_08.pdf>. Acesso em: 06 jan. 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang; SAAVEDRA, Giovani Agostini. Breves notas sobre a garantia do mínimo existencial e os limites materiais de atuação do legislador, com destaque para o caso da Alemanha. In: SAVARIS, José Antonio; STRAPAZZON, Carlos Luiz. **Direitos fundamentais da pessoa humana:** um diálogo latino-americano. Curitiba: Alteridade editora, 2012. P. 65-88.

SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SARMENTO, Daniel. **Por um constitucionalismo inclusivo.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 179-215.

SCAFF, Elisângela Alves da Silva; PINTO, Isabela Rahal de Rezende. O Supremo Tribunal Federal e a garantia do direito à educação. **Revista Brasileira da Educação.** Rio de Janeiro, v. 21, n. 65, jun. 2016. p. 431-454.

SILVA, Edina Pischaraka Itcak Dias da. **Os efeitos da atuação do sistema de justiça nas políticas de educação infantil:** estudo de caso no município de Araucária/Pr. Dissertação (mestrado). – Pós-Graduação em Educação da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2016.

SILVEIRA, Adriana Aparecida Dragone. A exigibilidade do direito à educação básica pelo Sistema de Justiça: uma análise da produção brasileira do conhecimento. **Revista brasileira de política e administração da educação.** v. 24, n. 3, p. 537-555, dez. 2008.

_____. Conflitos e consensos na exigibilidade judicial do direito à educação básica. **Educ. Soc.**, [s.l.], v. 34, n. 123, p.371-387, jun. 2013. FapUNIFESP (SciELO). DOI: 10.1590/s0101-73302013000200003. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-73302013000200003>. Acesso em: 09 jan. 2016.

_____. **Direito à educação e o ministério público:** uma análise da atuação de duas promotorias de justiça da infância e juventude do interior paulista. 2006. 263 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Educação da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

_____. Exigibilidade do direito à educação infantil: uma análise da jurisprudência. In: SILVEIRA, Adriana Dragone; GOUVEIA, Andréa Barbosa; SOUZA, Ângelo Ricardo de. **Conversas sobre políticas educacionais.** Curitiba: Appris, 2014. p. 167-188.

_____. **O direito à educação de crianças e adolescentes:** análise da atuação do Tribunal de Justiça de São Paulo (1991-2008). 2010. 303 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Educação da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

_____. **Possibilidades e limites da judicialização da educação:** análise do sistema de justiça do Paraná. Curitiba: UFPR, 2015. 104 páginas. Relatório técnico.

SOARES, Ademilson de Sousa. A educação infantil na rede pública de ensino: por um projeto pedagógico de qualidade. **Práxis educativa**, Ponta Grossa, v. 10, n. 2, dez. 2015, p. 511-532.

SOCZEK, M. B. **Políticas públicas para a educação infantil no Município de Curitiba (1997-2004).** Dissertação (Mestrado em Educação). Curso de Pós-Graduação em Educação – Linha Políticas e Gestão em Educação, Setor de Educação. Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2006.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. The global expansion of judicial power: the judicialization of politics. In. TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. **The Global Expansion of Judicial Power.** Nova Iorque: New York University Press, 1995. p. 1-10.

TAYLOR, Matthew M. O judiciário e as políticas públicas no Brasil. **Dados Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 50, n. 2, 2007, p. 229-257.

VALLINDER, Torbjörn. When the courts go marching in. In. TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. **The Global Expansion of Judicial Power.** Nova Iorque: New York University Press, 1995. p. 13-26.

VENTURI, Elton. Transação de direitos indisponíveis? São Paulo, Revista de Processo, v. 251, jan. 2016.

VICTOR, Rodrigo Albuquerque De. **Judicialização de políticas públicas para a educação infantil:** características, limites e ferramentas para um controle judicial legítimo. São Paulo: Saraiva, 2011.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Império da lei ou da corte?** Revista USP, São Paulo, n. 21, maio, 1994, p. 70-77.

VIOLIN, Jordão. **Protagonismo judiciário e processo coletivo estrutural:** o controle jurisdicional de decisões políticas. Salvador: Juspodivm, 2012.

WATANABE, Kazuo. Controle jurisdicional das políticas públicas – “mínimo existencial” e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. **O controle jurisdicional de políticas públicas.** Rio de Janeiro: Forense, 2013. 2. ed. p. 213-236.

XIMENES, Salomão Barros. O CAQ na meta 20 do plano nacional de educação: um novo regime jurídico para a realização do padrão de qualidade do ensino. **Jornal de políticas educacionais.** Curitiba, n. 17 e 18, v. 9, p. 26-37. Jan-dez./2015.

_____. O Conteúdo Jurídico do Princípio Constitucional da Garantia de Padrão de Qualidade do Ensino: uma contribuição desde a teoria dos direitos fundamentais. **Educ. Soc.**, [s.l.], v. 35, n. 129, p.1027-1051, dez. 2014a. FapUNIFESP (SciELO). DOI: 10.1590/es0101-73302014143815.

_____. **Direito à qualidade na educação básica**: teoria e crítica. São Paulo: Quartier Latin, 2014b.

ZABALZA, Miguel A. O desafio da qualidade. In. ZABALZA, Miguel A. **Qualidade em educação infantil**. Porto Alegre: Artmed, 2007a. p. 31-47

_____. Os desafios que a educação infantil deve enfrentar nos próximos anos. In. ZABALZA, Miguel A. **Qualidade em educação infantil**. Porto Alegre: Artmed, 2007b. P. 11-30.

_____. Os dez aspectos-chave de uma educação infantil de qualidade. In. ZABALZA, Miguel A. **Qualidade em educação infantil**. Porto Alegre: Artmed, 2007c. p. 49-61.

ZANETI JR., Hermes. A teoria da separação de poderes e o estado democrático constitucional: funções de governo e funções de garantia. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2013. 2. ed. p. 33-72.

ZUFELATO, Camilo. Controle judicial de políticas públicas mediante ações coletivas e individuais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2013. 2. ed. p. 310-331.

APÊNDICES I

Para melhor compreensão de como se faz esse tipo de busca, muito usada por quem opera no campo jurídico, optou-se por descrever um passo a passo da coleta: 1º) acessar <https://www.tjpr.jus.br/>; 2º) selecionar a aba “CONSULTAS”; 3º) selecionar a aba “JURISPRUDÊNCIA” na parte superior da tela “consultas”; 4º) selecionar a aba “2º GRAU E TURMAS RECURSAIS” (assim que se clica na aba sugerida acima, abre-se a tela para pesquisa de decisões judiciais proferidas em segunda instância pelo TJPR; 5º) selecionar a aba “PESQUISA DETALHADA” na parte superior da tela “2º Grau e Turmas Recursais - a razão pela qual se utiliza o mecanismo de busca de “pesquisa detalhada” e não “pesquisa básica” justifica-se em razão da limitação deste último mecanismo, explica-se: ao utilizar “pesquisa básica”, que seria a pesquisa *padrão* não é possível delimitar critérios específicos tais como comarca, período, além de que busca apenas decisões que utilizaram o descritor definidor da pesquisa (que neste caso serão as etapas da educação básica) na EMENTA⁷⁹ da decisão, desconsiderando as decisões que por ventura tenham utilizado o descritor apenas no corpo da decisão; 6º) Na tela “pesquisa detalhada” inseriu-se (i) o descritor objeto da pesquisa – colocando-se o descritor definidor da pesquisa entre aspas - e (ii) o âmbito no qual se proferiram as decisões - 2º Grau⁸⁰ - , (iii) período a ser pesquisado – aqui considerou-se a data da *publicação da decisão* – e (iv) tipo da decisão – *acórdão* (proferida pelo órgão colegiado composto por 3 magistrados, desembargadores e/ou juízes substitutos em segundo grau, pertencentes a uma mesma Câmara – divisão interna do TJPR) sendo um deles o Relator que emite a propriamente a decisão, cabendo aos demais seguirem ou divergirem do voto do Relator, e *decisão*

⁷⁹ Pode-se definir “ementa” como um resumo da decisão composto por palavras-chave que a definem. Esse recurso serve justamente para que a pesquisa de jurisprudência (esta muito utilizada para fundamentar petições ou mesmo outras decisões judiciais) seja mais célere e eficaz, uma vez que aquele que está buscando decisões do Tribunal sobre determinado tema, para estudar ou mesmo para utilizá-las para argumentação - em razão de seu conteúdo e da tendência do órgão julgador – não precisará ler todas as decisões em sua integralidade para verificar se está enquadrada no seu critério de escolha, seja qual for, mas poderá selecioná-las pela análise deste resumo.

Expõe-se a seguir uma ementa a título exemplificativo:

⁸⁰ Deixou-se de selecionar “Turmas Recursais” em razão da competência de julgamento das ações. Turma recursal é a segunda instância dos Juizados Especiais, cuja atuação é limitada em razão do valor da causa e da complexidade da demanda, conforme critérios objetivos descritos na Lei nº 9.099/1995. Notadamente, as causas de competência desse tipo de Juízo foram desconsideradas nesta coleta de dados uma vez que a referida lei veda que sejam julgadas no seu âmbito causas de interesse da Fazenda Pública e relativas ao estado, ainda que de cunho patrimonial (§2º do art. 3º) e, sendo o cerne da pesquisa a judicialização da educação e, portanto, a judicialização de políticas públicas, resta prudente desconsiderar demandas que por ventura tenham sido propostas no âmbito dos juizados especiais ainda que versem em seu conteúdo sobre educação.

monocrática (proferida apenas pelo Relator), desconsiderando-se todos os outros filtros. Após clicar em *pesquisar*, aparecerão as decisões que se encaixam nos critérios de pesquisa pré-selecionados, cabendo ao pesquisador analisar as ementas que aparecem (eventualmente haverá a necessidade de leitura integral da decisão para verificar se está enquadrada à pesquisa por ser insuficiente ou inexistente a ementa).

ANEXOS I

SUSPENSÃO DE LIMINAR NO 1407201-4, DA VARA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE DO FORO DESCENTRALIZADO DO BAIRRO PINHEIRINHO, COMARCA DE CURITIBA-PR. REQUERENTE: MUNICÍPIO DE CURITIBA-PR RELATOR: DES. PAULO ROBERTO VASCONCELOS

Vistos.

O Município de Curitiba, com fundamento no artigo 4º da Lei nº 8.437/1992, requereu a suspensão, até o trânsito em julgado, da execução das liminares proferidas no âmbito das ações de obrigação de fazer de números 2432-58.2015, 2620-51.2015, 2597-08.2015, 2596-23.2015, 2574-62.2015, 2572-92.2015, 2078-33.2015, 2438-65.2015, 2522-66.2015 e 2487-09.2015, nas quais lhe foi imposta a obrigação de efetivar a matrícula das partes interessadas em Centros Municipais de Educação Infantil específicos do Município, sob pena de multa diária.

Alegou, em suma: que tais decisões causam grave lesão à saúde, à segurança e a economia públicas ao imporem matrículas em CMEI sem vaga e que já atende acima da capacidade; que o excesso de crianças em sala é prejudicial; que os alunos já matriculados e os em fila são prejudicados com estas medidas; que o risco de multiplicidade de ações idênticas poderá agravar o problema, causando um colapso no sistema; que os recursos financeiros municipais não são suficientes para permitir a implantação de políticas públicas capazes de suprir as carências existentes nas áreas de atuação pública; que se aplica o princípio da reserva do possível; que devem ser assegurados padrões mínimos de qualidade; que a intervenção judicial, mediante a concessão de liminares, viola o princípio da isonomia ao desrespeitar a ordem de classificação em lista de espera; que não age com omissão ou abuso, cumprindo os parâmetros de atendimento da educação infantil na rede municipal de ensino; que as metas contidas na Lei 13005/2014, para a implantação da universalização da educação infantil, são e serão observados; que as liminares implicam violação ao princípio da separação dos poderes e irão causar lesão grave e de difícil reparação.

Pugnou pela suspensão das liminares deferidas nos autos indicados e juntou documentos.

É o breve relatório. Passo a decidir.

Nos termos do artigo 4º da Lei nº 8.437/92, compete ao Presidente do Tribunal, para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, suspender a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público. Não há, nessa tarefa, análise do mérito da decisão impugnada, senão exclusivamente juízo de aptidão dessa decisão para causar lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, sendo nesse sentido a lição de Marcelo Abelha Rodrigues:

"... o mérito do instituto, qual seja, o seu objeto de julgamento, não coincide com o da causa principal, não sendo lícito, pois, que o órgão jurisdicional competente para apreciar o instituo em tela possa pretender funcionar como órgão de duplo grau de jurisdição para reformar a decisão recorrida. (...) O que justifica, pois, a suspensão da execução da decisão não é a sua antijuridicidade (da decisão), ainda que tal possa ocorrer, porque, repito e repiso, o objeto de julgamento desse incidente é a verificação se há o risco potencial de grave lesão entre a decisão proferida e os interesses públicos tutelados pelo incidente". (Suspensão de Segurança, Ed. RT - 3ª ed, 2010, págs. 155/156).

Nessa perspectiva, independentemente da juridicidade das decisões impugnada, o risco de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública autoriza sua suspensão, pelo comprometimento dos recursos públicos para atendimento imediato do pleito e pela falta de estrutura física e de pessoal.

Em que pese a necessidade premente de melhorar a qualidade do ensino no Município, no que se refere à educação infantil, não se pode perder de vista a proporcionalidade, ou seja, o reconhecimento de que a solução jurídica não pode ser produzida por meio de isolamento do aplicador em face da situação concreta. Marçal Justen Filho ensina que "não é possível extrair a solução pelo exame de textos legais abstratos. O intérprete tem o dever de avaliar os efeitos concretos e efeitos potencialmente derivados da adoção de certa alternativa. Deverá selecionar aquela que se configurar como a mais satisfatória, não do ponto de vista lógico, mas em vista da situação real existente" (Curso de Direito Administrativo, São Paulo:Ed. Saraiva,2005).

Conforme se extrai da documentação apresentada pelo Município, mais precisamente à fl. 78, no Núcleo Regional do Pinheirinho há um excedente nos níveis "B I" (uma matrícula), "B único" (duas matrículas), "M I" (oito matrículas), "B II" (três

matrículas). Portanto, o Município recebeu ao todo 14 matrículas acima do número de vagas das unidades, comprometendo não só a estrutura dos estabelecimentos como também colocando em risco a própria salubridade do ambiente escolar destinado às crianças. A situação não é diferente nos demais Núcleos retratados no documento.

Como bem pontuado pelo Relator do Agravo de Instrumento nº 1.276.308-1 (fls. 71/74), que atribuiu efeito suspensivo à liminar deferida na ação civil pública nº 0010646-81.2014.8.16.0188 (que compelira o Município a ofertar 20% a mais de vagas no Sistema Municipal de Ensino), o cumprimento da determinação judicial importaria um acréscimo de 35,3% no orçamento destinado à Educação Infantil. Isso por certo significar o colapso na administração do ensino e nas finanças do Município de Curitiba.

No caso em questão, embora se cuide de 5 liminares somente, esse mesmo receio se faz presente pelo efeito multiplicador das decisões em questão: sua aptidão para gerar outras causas e decisões replicantes, para um universo de indivíduos em situações equivalentes. Efeito que, é bom esclarecer, já pode ser extraído do pequeno conjunto de causas ajuizadas, se é indiscutível a existência de um sem-número de indivíduos em situação equivalente, que levou o Ministério Público, na ação civil pública mencionada, a demandar um acréscimo de 20% na oferta de vagas, à qual o Município não tem condições de fazer frente imediatamente.

É concreto, pois, o receio de que a replicação de causas leve ao agigantamento insustentável da estrutura no Sistema Municipal de Ensino ou - o que é mais indesejável - ao atendimento de crianças com a estrutura atual superlotada. Embora não seja admissível que a situação atual de carência, sirva de fundamento para a negativa do cumprimento de deveres constitucionais e legais do Município com relação à Educação Infantil, o cumprimento imediato das liminares, com prejuízo evidente à qualidade do atendimento, não representaria cumprimento senão formal do princípio da absoluta prioridade (Constituição de 1988, art. 227, caput).

Ante o exposto, defiro o pedido de suspensão das liminares concedida nos autos de ações de obrigação de fazer de números 2432-58.2015, 2620-51.2015, 2597-08.2015, 2596-23.2015, 2574-62.2015, 2572-92.2015, 2078-33.2015, 2438-65.2015, 2522-66.2015 e 2487-09.2015, em trâmite perante o Juízo da Vara da Infância e Juventude do Foro descentralizado do bairro Pinheirinho, Comarca de Curitiba-PR.

Comunique-se ao juízo de origem. Intimem-se. Curitiba, 21 de julho de 2015.

PAULO ROBERTO VASCONCELOS

Desembargador

Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

ANEXOS II

APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO - MANDADO DE SEGURANÇA - MATRÍCULA EM CRECHE DA REDE MUNICIPAL DE ENSINO - NORMAS CONSTITUCIONAIS E INFRACONSTITUCIONAIS QUE ASSEGURAM O DIREITO À EDUCAÇÃO - PRECEDENTES DO STF E DESTA CORTE - AUSÊNCIA DE DISCRICIONARIEDADE PELA ADMINISTRAÇÃO - DIREITO PÚBLICO SUBJETIVO - ENTENDIMENTO DA SUPREMA CORTE - SUPOSTA OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA IGUALDADE - DESCABIMENTO - SE A MUNICIPALIDADE DEU CAUSA À LISTA DE ESPERA, NÃO PODE SE VALER DE TAL SITUAÇÃO PARA INOBSERVAR OBRIGAÇÃO CONSTITUCIONAL - OFENSA AO DIREITO LÍQUIDO E CERTO DA IMPETRANTE CONFIGURADA - RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO - SENTENÇA MANTIDA EM REEXAME NECESSÁRIO. VISTA, relatada e discutida a matéria destes autos de Apelação Cível e Reexame Necessário nº 1.585.788-4, originários da Vara de Infância e Juventude do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Londrina, nos quais figuram, como apelantes, MUNICÍPIO DE LONDRINA e SECRETARIA MUNICIPAL DE EDUCAÇÃO DE LONDRINA, e, como apelada, ANA JULIA NOGUEIRA.I -(TJPR - 6ª C.Cível - ACR - 1585788-4 - Região Metropolitana de Londrina - Foro Central de Londrina - Rel.: Carlos Eduardo Andersen Espínola - Unânime - - J. 21.02.2017)

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DIREITO À EDUCAÇÃO. APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA NECESSÁRIA - MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO OBJETIVANDO A MATRÍCULA EM CRECHE DA REDE MUNICIPAL - INEXISTÊNCIA DE VAGA - NORMAS CONSTITUCIONAIS E INFRACONSTITUCIONAIS QUE ASSEGURAM O DIREITO À EDUCAÇÃO - VIOLAÇÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO, QUE NÃO SE SUJEITA À DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E À CLAUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL - SEGURANÇA CONCEDIDA. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. SENTENÇA CONFIRMADA EM REMESSA NECESSÁRIA. (TJPR - 6ª C.Cível - ACR - 1627030-5 - Região Metropolitana de Londrina - Foro Central de Londrina - Rel.: Renato Lopes de Paiva - Unânime - - J. 21.02.2017)

APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. EDUCAÇÃO INFANTIL. VAGA EM CRECHE DA REDE MUNICIPAL. DIREITO ASSEGURADO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - ART. 208, IV. ADMISSIBILIDADE DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO DIANTE DA OMISSÃO DO EXECUTIVO EM IMPLEMENTAR DIREITO SOCIAL BÁSICO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. ORDEM DE DISPONIBILIZAR VAGA À CRIANÇA IMPETRANTE CONFIRMADA. INSURGÊNCIA PRELIMINAR PARA CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO RELATIVO À APLICAÇÃO DE MULTA COMINATÓRIA E DE OFÍCIO DO CRIME DE DESOBEDIÊNCIA, BEM COMO DE MATRÍCULA EM CRECHE DA REDE PRIVADA. DISPOSIÇÕES QUE NÃO CONSTAM DA SENTENÇA. FALTA DE INTERESSE RECURSAL. RECURSO NÃO CONHECIDO NESTA PARTE. RECURSO DO MUNICÍPIO APELANTE NÃO PROVIDO NAS DEMAIS RAZÕES. CONFIRMAÇÃO DOS DEMAIS TERMOS DA SENTENÇA, EM REEXAME NECESSÁRIO. (TJPR - 6ª C. Cível - ACR - 1597518-3 - Araucária - Rel.: Lilian Romero - Unânime - - J. 14.02.2017)

APELAÇÕES CÍVEIS (1) E (2) E REEXAME NECESSÁRIO. AÇÃO ORDINÁRIA. MATRÍCULA EM CRECHE DA REDE MUNICIPAL DE ENSINO. SENTENÇA. PARCIAL PROCEDÊNCIA. REEXAME NECESSÁRIO CONHECIDO. RECURSOS. APELAÇÃO (1): A) AUSÊNCIA DE VAGAS. IRRELEVÂNCIA. DIREITO GARANTIDO. PREVISÃO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E NA LEI DE DIRETRIZES E BASES DA EDUCAÇÃO NACIONAL. DIREITO QUE NÃO SE SUBMETE AOS CRITÉRIOS DE CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E NEM AO PRINCÍPIO DA Estado do Paraná PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA Apelação Cível e Reexame Necessário nº 1.596.821-1 - 6ª CCV Pág. 2 Cód. 1.07.030 RESERVA DO POSSÍVEL. NÃO OCORRÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. PRECEDENTES. B) IMPOSIÇÃO DE MULTA. VIABILIDADE (CPC/2015, ARTS. 536, § 1º E 537). CRIME DE DESOBEDIÊNCIA EM CASO DE DESCUMPRIMENTO DA ORDEM. POSSIBILIDADE, EM TESE (CP, ART. 330; CPC/2015, ART. 536, § 3º). PRECEDENTES. APELAÇÃO (2): HONORÁRIOS

ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA.POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. ÔNUS DEVIDO PELO MUNICÍPIO RÉU, E NÃO PELO ESTADO DO PARANÁ. ORIENTAÇÕES EMANADAS DA SÚMULA 421 DO STJ E DO JULGAMENTO DO RESP 1.108.013/RJ, REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA REPETITIVA (CPC/2015, ART. 1036, CAPUT). FIXAÇÃO NOS TERMOS DO ART. 85, § 8º, DO CPC/2015. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS RECURSAIS. FIXAÇÃO NOS TERMOS DO ART. 85, § 1º, PARTE FINAL, E § 11, DO CPC/2015. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA.APELAÇÃO (1) CONHECIDA E NÃO PROVIDA.APELAÇÃO (2) CONHECIDA E PROVIDA.REEXAME NECESSÁRIO CONHECIDO E SENTENÇA MANTIDA NESTA SEDE.(TJPR - 6ª C.Cível - ACR - 1596821-1 - Araucária - Rel.: João Antônio De Marchi - Unânime - - J. 14.02.2017)

REEXAME EM MANDADO DE SEGURANÇA - ENSINO É CONSTITUCIONAL - PEDIDO PELA MATRÍCULA EM CRECHE LOCALIZADA PRÓXIMO À RESIDÊNCIA - SEGURANÇA CONCEDIDA - ACESSO À EDUCAÇÃO - INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 208, IV DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - RESPONSABILIDADE DO MUNICÍPIO PELA OFERTA DE VAGAS EM CRECHES AFIRMADA - SENTENÇA QUE SE CONFIRMA EM SEDE DE REEXAME.(TJPR - 7ª C.Cível - RN - 1596378-5 - Araucária - Rel.: Fabiana Silveira Karam - Unânime - - J. 14.02.2017)

APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. NORMA PROCESSUAL APLICÁVEL. SENTENÇA PUBLICADA SOB A VIGÊNCIA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. SEGURANÇA CONCEDIDA. INSURGÊNCIA DO MUNICÍPIO. PLEITO DE MATRÍCULA EM CRECHE DA REDE MUNICIPAL DE ENSINO. CRITÉRIO ETÁRIO. CRIANÇAS DE ZERO A TRÊS ANOS. AUSÊNCIA DE VAGA. DIREITO CONSTITUCIONALMENTE GARANTIDO. PREVISÃO NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. EXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO À DIREITO LÍQUIDO E CERTO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. IMPOSSIBILIDADE. SUM. 105 STJ. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.1. Direito a educação que se configura como direito social básico e necessário ao mínimo básico e existencial ao ser humano.2. O serviço de educação é dever fundamental do Estado, e ante o descumprimento do dever constitucional pelo Município, deve o

Judiciário, quando provocado, determinar que se cumpra a ordem fundamental, sob pena de aplicação de multa diária. Cível nº 1.561.168-0 fl. 2 (TJPR - 7ª C.Cível - AC - 1561168-0 - Região Metropolitana de Londrina - Foro Central de Londrina - Rel.: D'artagnan Serpa Sa - Rel.Desig. p/ o Acórdão: Luiz Antônio Barry - Por maioria - - J. 29.11.2016)

APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO.PLEITO DE MATRÍCULA EM CRECHE DA REDE MUNICIPAL DE ENSINO. AUSÊNCIA DE VAGA.PEDIDO JULGADO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSO 1: SUPREMACIA DO INTERESSE DA CRIANÇA - DIREITO CONSTITUCIONALMENTE GARANTIDO.PREVISÃO NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (ECA). ALEGAÇÃO DE INOBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA SEPARAÇÃO DOS PODERES - RESERVA DO POSSÍVEL - NORMAS CONSTITUCIONAI E INFRACONSTITUCIONAIS QUE ASSEGURAM O DIREITO Á EDUCAÇÃO - VIOLAÇÃO A DIREITO CONSTITUCIONALMENTE GARANTIDO. MULTA COMINATÓRIA - POSSIBILIDADE. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA - AUSÊNCIA DE PREVISÃO.RECURSO 2: FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - DEFENSORIA PÚBLICA - Apelação Cível e Reexame Necessário nº 1.556.370-7 fls. 2ACOLHIMENTO. NO MAIS, SENTENÇA MANTIDA EM SEDE DE REEXAME NECESSÁRIO.RECURSO 1 PARCIALMENTE PROVIDO E RECURSO 2 PROVIDO.(TJPR - 6ª C.Cível - ACR - 1556370-7 - Curitiba - Rel.: Roberto Portugal Bacellar - Unânime - - J. 07.02.2017)

APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM ANTECIPAÇÃO DE TUTELA - SENTENÇA QUE CONCEDE A ORDEM MATRÍCULA EM CRECHE REDE MUNICIPAL DE ENSINO - NORMAS CONSTITUCIONAIS QUE GARANTEM O DIREITO À EDUCAÇÃO - VIOLAÇÃO À DIREITO LÍQUIDO E CERTO - ARTIGO 208 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E ARTIGOS 53 E 54 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - ASSISTÊNCIA PELA DEFENSORIA PÚBLICA - CONDENAÇÃO DA PARTE VENCIDA AO PAGAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS, A SEREM REVERTIDOS AO FUNDO DE

APARELHAMENTO DA INSTITUIÇÃO - DIREITO À EDUCAÇÃO - APELAÇÃO CONHECIDA E PROVIDA - NO MAIS, MANTIDA A SENTENÇA EM SEDE DE REEXAME NECESSÁRIO. (TJPR - 6ª C.Cível - ACR - 1508323-1 - Foz do Iguaçu - Rel.: Fabiane Pieruccini - Unânime - - J. 13.12.2016)

APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. NORMA PROCESSUAL APLICÁVEL. SENTENÇA PUBLICADA SOB A VIGÊNCIA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. SEGURANÇA CONCEDIDA. INSURGÊNCIA DO MUNICÍPIO. PLEITO DE MATRÍCULA EM CRECHE DA REDE MUNICIPAL DE ENSINO. REFERÊNCIA A LEI MUNICIPAL Nº 12.291/2015 - PLANO MUNICIPAL DE EDUCAÇÃO - PME.PARÂMETROS E METAS IMPOSTOS POR LEI. IMPETRANTE QUE CONTA COM QUATRO ANOS DE IDADE. PONDERAÇÃO DE INTERESSES CONSTITUCIONAIS. ARTIGO 208, IV DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DEFICIÊNCIA NO OFERECIMENTO DE VAGAS EM CRECHES PÚBLICAS. CONDICIONAMENTO DOS PEDIDOS INDIVIDUAIS À PROVA EFETIVA DO RISCO PESSOAL, SOCIAL E NUTRICIONAL DO MENOR, SOB PENA DE VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA IMPESSOALIDADE, INSCULPIDOS NOS ARTIGOS 5º, INCISO I, E 37, CAPUT, AMBOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CRIANÇA QUE NO CASO JÁ SE ENCONTRA COM QUATRO ANOS.MANUTENÇÃO DA SEGURANÇA CONCEDIDA, PARA PRESERVAR O MELHOR INTERESSE DO MENOR. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. SENTENÇA MANTIDA EM REEXAME NECESSÁRIO. Apelação Cível nº 1.537.679-3 fls. 2 (TJPR - 7ª C.Cível - AC - 1537679-3 - Região Metropolitana de Londrina - Foro Central de Londrina - Rel.: D'artagnan Serpa Sa - Unânime - - J. 29.11.2016)

APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO - MANDADO DE SEGURANÇA - MATRÍCULA EM CRECHE NÃO REALIZADA, SOB O FUNDAMENTO DE AUSÊNCIA DE VAGA - AFRONTA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL E AO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - GARANTIA DO PLENO DESENVOLVIMENTO EDUCACIONAL E DA PROTEÇÃO INTEGRAL À CRIANÇA - ARTS. 205, 206 E 208 DA CF E 53 E 54 DO ECA - DECISÃO CORRETA - RECURSO DE APELAÇÃO NÃO

PROVIDO, SENTENÇA MANTIDA EM SEDE DE REEXAME NECESSÁRIO.(TJPR - 6ª C.Cível - ACR - 1573955-4 - Araucária - Rel.: Prestes Mattar - Unânime - - J. 29.11.2016)

ANEXOS III

ADITAMENTO DO PEDIDO EM SUSPENSÃO DE LIMINAR Nº 1407201-4

REQUERENTE: MUNICÍPIO DE CURITIBA

INTERESSADOS: JOÃO VITOR ALVES DOS SANTOS E OUTROS.

I. O Município de Curitiba, por intermédio das petições de fls. 2983/2984, fls. 3012/3013, fls. 3043/3044 e fls. 3100/3101, requereu o aditamento do pedido formulado na petição inicial deste incidente, a fim de que os efeitos da decisão de fls.189/190, que suspendeu as decisões liminares proferidas nas ações nº 2432-58.2015.8.16.0075, 2620-51.2015.8.16.0075, 2597-08.2015.8.16.0075, 2596-23.2015.8.16.0075, 2574-62.2015.8.16.0075, 2572-92.2015.8.16.0075, 2078-33.2015.8.16.0075; 2438-65.2015.8.16.0075; 2522-66.2015.8.16.0075 e 2487-09.2015.8.16.0075 sejam estendidos e igualmente suspendam as decisões que deferiram as tutelas antecipadas, respectivamente, nas ações nº 0016109-33.2016.8.16.0188, 0014964-39.2016.8.16.0188, 0013581-26.2016.8.16.0188, 0005698-28.2016.8.16.0188, 0000076-31.2017.8.16.0188, 0000079-83.2017.8.16.0188, 0000059-92.2017.8.16.0188, 0000234-86.2017.8.16.0188, 0000236-56.2017.8.16.0188, 0000566-53.2017.8.16.0188 (1º Vara da Infância e Juventude de Curitiba), 0000320-36.2017.8.16.0195, 0000759-47.2017.8.16.0195, 0000758-62.2017.8.16.0195 (Vara da Infância e Juventude do Boqueirão), 0005998-02.2016.8.16.0184, 0005970-34.2016.8.16.0184, 0000185-57.2017.8.16.0184, 0005971-19.2016.8.16.0184, 0000239-23.2017.8.16.0184 (Vara da Infância e Juventude de Santa Felicidade), 0001792-93.2017.8.16.0188, 0001786-86.2017.8.16.0188, 0001784-19.2017.8.16.0188, 0002122-90.2017.8.16.0188, 0002205-09.2017.8.16.0188, 0002111-62.2017.8.16.0188 (2ª Vara da Infância e Juventude de Curitiba) e no Agravo de Instrumento nº 1649504-4, interposto contra decisão exarada na ação nº 0004991-63.2016.8.16.0187 (Vara Descentralizada da Cidade Industrial).

Ratificou o requerente as alegações expostas na petição que deu origem à presente suspensão de liminar. Naquela ocasião, afirmou o Município que há centenas de liminares determinando-lhe a realização de matrículas de crianças em CMEI, escolas essas que, contudo, já se encontram operando acima de sua capacidade regular.

Salientou que o cumprimento das decisões em questão gera excedente de alunos e coloca em risco a segurança das crianças.

Aduziu o requerente que, entre outubro de 2014 e junho de 2015, foram efetuadas 310 matrículas em cumprimento a determinações judiciais, o que prejudicou outras 310 crianças que já estavam na fila de espera por uma vaga.

Alegou que não ignora a importância da educação para a formação das futuras gerações, bem como que não despreza o papel das creches para as famílias trabalhadoras de menor renda, tanto que vem realizando significativos investimentos para aumentar a disponibilidade de vagas, com previsão de implantação de 35 novos Centros de Educação Infantil, conforme Plano Plurianual 2014-2017 e Lei Ordinária nº 14371/2013. Por outro lado, declarou que os recursos financeiros de que dispõe são insuficientes para permitir a implantação de políticas públicas capazes de suprir, com a qualidade exigida pela legislação, todas as demandas a cargo do Poder Público, devendo ser observado, na concretização dos direitos constitucionais de segunda geração, o princípio da reserva do possível.

Informou que o atendimento imediato da manifesta demanda de vagas divulgada pela imprensa (10.000 - dez mil - vagas) lhe exigiria a construção de 83 (oitenta e três) novas creches, o que não se mostra possível.

Narrou que, de toda forma, já está adotando as providências necessárias para a expansão do atendimento na educação infantil dentro dos prazos que lhe foram previstos pela legislação em vigor, os quais não podem ser reduzidos pelo Poder Judiciário, o qual vem equivocadamente interferindo em políticas públicas de competência do Poder Executivo.

Finalmente, pontou que as decisões que pretende suspender têm o condão de causar grave lesão grave lesão à economia públicas. Sendo assim, pugnou pela suspensão da execução das medidas liminares indicadas nas petições de aditamento até o trânsito em julgado das decisões finais das reportadas demandas.

É o relatório.

II. O artigo 4º, § 8º, da Lei nº 8.437/92 estabelece que "as liminares cujo objeto seja idêntico poderão ser suspensas em uma única decisão, podendo o Presidente do Tribunal estender os efeitos da suspensão a liminares supervenientes, mediante simples aditamento do pedido original".

No presente caso, verifica-se que o objeto das decisões já suspensas nestes autos é idêntico aos das decisões cuja suspensão também pretende o ente público.

Em todos os pronunciamentos judiciais foi determinado que o Município, em prazo exíguo, efetue a matrícula de crianças em Centros de Atendimento de Educação Infantil, sob pena de incidência de multa diária. O fundamento dessas determinações é o direito à educação previsto na Constituição Federal e o direito à creche para crianças de até 05 (cinco) anos firmado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Inicialmente, cumpre esclarecer que não se nega o direito das crianças à educação e à creche. Todavia, a concessão indiscriminada de liminares visando assegurar vagas nos estabelecimentos públicos de educação, sem que elas efetivamente existam e sem a possibilidade de sua imediata implantação, gera repercussões lesivas na ordem, na segurança e na economia públicas.

Os documentos trazidos aos autos, em especial os de fls. 78/108, demonstram que todos os Centro de Atendimento de Educação Infantil do Município estão com o quadro de vagas integralmente preenchido, ou mesmo se já se encontram operando com excesso de crianças.

Logo, determinar de forma coercitiva o recebimento de ainda mais infantes pelas unidades em questão, sem melhorar sua estrutura e sem contratar mais profissionais para nelas atuar, põe em risco a ordem pública e a segurança dos próprios, que não terão qualidade no atendimento tampouco atenção necessária, podendo se envolver em acidentes. Tratar-se-ia de uma observância meramente formal do princípio da prioridade absoluta.

Da mesma forma, também não há como se impor ao Município a imediata melhoria das condições dos Centros de Educação Infantil, tampouco o aumento quantitativo do número de profissionais neles atuantes, pois o Poder Público está submetido ao princípio da legalidade e a uma série de leis orçamentárias que lhe exigem extenso planejamento previamente à consecução de qualquer medida de ampliação.

Frise-se, nesse ponto, que a municipalidade já demonstrou não estar alheia ou inerte quanto ao problema versado nestes autos, informando ter adotado diversas medidas de expansão que, inclusive, possibilitaram a ampliação do número de vagas em 83% entre os anos de 2002 e 2012.

Finalmente, também merece destaque o fato de que a problemática discutida nos presentes autos é recorrente e, por isso, há nítido efeito multiplicador na situação em tela, na medida em que as decisões que se pretende suspender têm aptidão de gerar

inúmeras outras causas e pronunciamentos judiciais replicantes, o que vem inclusive se comprovando pelo número de aditamentos já postulados neste caderno processual. Como bem exposto na decisão inicialmente proferida neste incidente:

"No caso em questão, embora se cuide de 05 liminares somente, esse mesmo receio se faz presente pelo efeito multiplicador das decisões em questão: sua aptidão para gerar outras causas e decisões replicantes, para um universo de indivíduos em situação equivalente. Efeito que, é bom esclarecer, já pode ser extraído do pequeno conjunto de causas ajuizadas, se é indiscutível a existência de um sem-número de indivíduos em situação equivalente, que levou o Ministério Público, na ação civil pública mencionada, a demandar um acréscimo de 20% na oferta de vagas, à qual o Município não tem condições de fazer frente imediatamente" (fls. 189/190).

Quanto ao efeito em comento, oportuna se faz a transcrição da seguinte passagem da obra de Elton Venturi:

Para a apuração do grau de lesividade que o cumprimento de determinado provimento judicial pode acarretar ao Poder Público é necessário que o juiz Presidente do Tribunal valha-se de todas as informações disponíveis sobre a situação concreta, analisando-as não só através da ótica individual e endoprocessual. (...) Preconiza-se uma avaliação sobre a conjuntura fática que envolve a tutela o interesse público especificado no incidente. Justamente por isso, no mais das vezes o órgão judicial não pode mirar única e exclusivamente os efeitos derivados da execução da liminar ou da sentença sustanda, apreciando tão somente a relação entre autor e Poder Público, sendo imprescindível que afira sistematicamente suas consequências no contexto político e social. (VENTURI. Nelson. Suspensão de Liminares e Sentenças Contrárias ao Poder Público. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 123).

Ressalte-se, por derradeiro, que as suspensões de liminares somente têm cabimento em relação às decisões e sentenças não definitivas, já proferidas em processos pendentes, sendo inadmissível a postulação e a concessão de contracautela genérica ou relativa a processos, decisões ou sentenças futuras.

Assim sendo, deve ser deferido o pedido formulado pelo Município de Curitiba para que seja suspensa a execução das decisões exaradas nas ações por ele indicadas nas petições de fls. 2983/2984, fls. 3012/3013, fls. 3043/3044 e fls. 3100/3101.

Consigno, apenas, que em razão deste caderno processual já contar com 15 (quinze) volumes, eventuais novos pedidos idênticos ao formulado nestes autos deverão ser

protocolados pelo requerente de forma apartada, para formação de novo incidente de suspensão de liminar.

III. Isto posto:

a) Defiro o pedido de extensão dos efeitos da decisão proferida nestes autos (fls. 189/190) às decisões liminares exaradas nas ações nº 0016109-33.2016.8.16.0188, 0014964-39.2016.8.16.0188, 0013581-26.2016.8.16.0188, 0005698-28.2016.8.16.0188, 0000076-31.2017.8.16.0188, 0000079-83.2017.8.16.0188, 0000059-92.2017.8.16.0188, 0000234-86.2017.8.16.0188, 0000236-56.2017.8.16.0188, 0000566-53.2017.8.16.0188 (1º Vara da Infância e Juventude de Curitiba), 0000320-36.2017.8.16.0195, 0000759-47.2017.8.16.0195, 0000758-62.2017.8.16.0195 (Vara da Infância e Juventude do Boqueirão), 0005998-02.2016.8.16.0184, 0005970-34.2016.8.16.0184, 0000185-57.2017.8.16.0184, 0005971-19.2016.8.16.0184, 0000239-23.2017.8.16.0184 (Vara da Infância e Juventude de Santa Felicidade), 0001792-93.2017.8.16.0188, 0001786-86.2017.8.16.0188, 0001784-19.2017.8.16.0188, 0002122-90.2017.8.16.0188, 0002205-09.2017.8.16.0188, 0002111-62.2017.8.16.0188 (2ª Vara da Infância e Juventude de Curitiba) e no Agravo de Instrumento nº 1649504-4, interposto contra decisão exarada na ação nº 0004991-63.2016.8.16.0187 (Vara Descentralizada da Cidade Industrial).

b) Comunique-se imediatamente o teor desta decisão aos respectivos Juízos de origem.

c) Em relação Agravo nº 1407201-4/01 interposto nestes autos, nos termos do artigo 1.021, § 2º, do Novo Código de Processo Civil e do artigo 332, § 2º, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, intime-se a parte agravada para, querendo, manifestar-se sobre o recurso no prazo de 15 (quinze) dias.

Intime-se.

Curitiba, 16 de março de 2017

DES. RENATO BRAGA BETTEGA

Presidente do Tribunal de Justiça

ANEXO IV

DECISÃO 1:

APELAÇÃO CÍVEL. OBRIGAÇÃO DE FAZER. DIREITO DE ACESSO À EDUCAÇÃO. VAGA EM CRECHE INFANTIL. ARTIGOS 208, INCISO IV E 211, § 2º DA CF/88. ARTIGOS 53, INC. I E 54, INC. IV DO ECA.FALTA DE VAGAS QUE NÃO EXIME A AUTORIDADE COATORA DE VIABILIZAR A INCLUSÃO. ALEGAÇÃO DE FALTA DE DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA.IMPOSSIBILIDADE DE AFASTAR A PREVISÃO CONSTITUCIONAL. PRECEDENTES DO STF E STJ.TESE RECURSAL EM CONFRONTO COM A JURISPRUDENCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES.ART. 557, CAPUT, DO CPC. RECURSO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO.

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1423258-3, de Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba - 1ª Vara da Infância e da Juventude e Adoção, em que é Apelante MUNICÍPIO DE CURITIBA e Apelado CHARLIE DIEGO FRANCO DA SILVA PEREIRA.

I - RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Cível de sentença que, na Ação de Obrigação de Fazer sob o nº 0023280-12.2014.8.16.0188, em que o juízo de 1º Grau confirmou a liminar que determinou a matrícula da autora EM Centro de Educação Infantil, preferencialmente próximo a residência da criança.

Inconformado, o Município interpôs recurso de apelação pugnando pela reforma da r. sentença. Sustentou que o decisum deve ser alterado em razão da escassez de recursos financeiros para suprir integralmente a falta de vagas em creches e a obrigatoriedade da estrita observância às diretrizes constantes das leis orçamentárias. É a breve exposição.

II - FUNDAMENTAÇÃO

Primeiramente, conheço do reexame necessário por estarem presentes os requisitos legais, tendo em vista a natureza da matéria a qual se sujeita ao duplo grau de jurisdição, nos termos do artigo 475 do Código de Processo Civil e da Súmula 253 do Superior Tribunal de Justiça.

"O art. 557 do CPC, que autoriza o relator a decidir o recurso, alcança o reexame necessário".

Contudo, o pleito recursal não merece guarida, porque está em confronto com a jurisprudência dominante deste Egrégio Tribunal, assim como dos Tribunais Superiores, nos termos do artigo 557 do Código de Processo Civil, devendo ser mantida a sentença hostilizada para disponibilizar à criança vaga no Centro de Educação Infantil.

A r. sentença deve ser mantida, porquanto o direito de acesso à educação está assegurado pelos artigos 208, inciso IV e 211, § 2º da Constituição Federal e, pelos artigos 53, inciso I e 54, inciso IV do Estatuto da Criança e Adolescente e constitui dever do Estado garantir o ingresso da criança em uma creche.

Além disso, a existência de superlotação nas creches não exime o Estado de viabilizar políticas públicas e destinação de recursos específicos para a inclusão em observância da norma constitucional. Em caso semelhante, o Supremo Tribunal Federal já se pronunciou:

SUSPENSÃO DE LIMINAR. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. VAGA EM CRECHE. PROXIMIDADE DA ESCOLA À RESIDÊNCIA OU AO LOCAL DE TRABALHO. OBRIGAÇÃO ALTERNATIVA. FORNECIMENTO DE TRANSPORTE ESCOLAR. AUSÊNCIA DE RISCO DE LESÃO À ORDEM E À ECONOMIA PÚBLICAS. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

I - Decisão em ação civil pública que determinou ao município a disponibilização de vagas a crianças de 0 a 5 anos em creche da rede pública ou particular próxima à residência ou ao local de trabalho dos responsáveis legais.

II - Determinação alternativa para fornecimento de transporte público caso não seja possível matricular o menor em creche próxima ao local de trabalho ou à residência dos responsáveis legais.

III - Não constatado o risco de lesão à ordem e à economia públicas, deve ser mantido o indeferimento da suspensão da liminar. IV - Agravo regimental a que se nega provimento. (SL 770 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 05/03/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-056 DIVULG 20-03-2015 PUBLIC 23- 03-2015)

DIREITO CONSTITUCIONAL E DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. GARANTIA ESTATAL DE VAGA EM CRECHE. PRERROGATIVA CONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE INGERÊNCIA NO PODER DISCRICIONÁRIO DO PODER EXECUTIVO. PRECEDENTES.

1. A educação infantil é prerrogativa constitucional indisponível, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a creches e unidades pré-escolares.

2. É possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo.

3. Agravo regimental improvido. (RE 464143 AgR, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 15/12/2009, DJe-030 DIVULG 18-02-2010 PUBLIC 19-02-2010 EMENT VOL-02390-03 PP-00556 LEXSTF v. 32, n. 375, 2010, p. 161-164) RECURSO EXTRAORDINÁRIO - CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - RECURSO IMPROVIDO. - A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível,

que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). - Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das “crianças de zero a seis anos de idade” (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal.

- A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. - Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art.

208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. - Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à “reserva do possível”.

(RE 410715 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 22/11/2005, DJ 03-02- 2006 PP-00076 EMENT VOL-02219-08 PP-01529 RTJ VOL-00199-03 PP-01219 RIP v. 7, n. 35, 2006, p. 291-300 RMP n.

32, 2009, p. 279-290) (grifo nosso)

No mesmo sentido, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL.

MATRÍCULA DE MENOR EM CRECHE PRÓXIMA À RESIDÊNCIA. EDUCAÇÃO INFANTIL VIOLAÇÃO AO ART.

535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. MALFERIMENTO DOS ARTS. 3º, 53, V, 54, IV, DA LEI N. 8.069/90 E 4º, IV, 5º, 11, V, 29, 30, I e II, 31, DA LEI N. 9.394/96. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. FORNECIMENTO DE VAGA EM CRECHE INFANTIL. SÚMULA 83/STJ.

1. Não merece prosperar a tese de violação do art. 535 do CPC, porquanto o acórdão recorrido fundamentou, claramente, o posicionamento por ele assumido, de modo a prestar a jurisdição que lhe foi postulada.

2. Sendo assim, não há que se falar em omissão do aresto. O fato de o Tribunal a quo haver decidido a lide de forma contrária à defendida pelo recorrente, elegendo fundamentos diversos daqueles por ele propostos, não configura omissão ou qualquer outra causa passível de exame mediante a oposição de embargos de declaração.

3. As matérias referentes aos arts. 3º da Lei n. 8.069/90 e 4º, IV, 5º e 31 da Lei n. 9.394/96 não foram objeto de análise pelo Tribunal de origem. Desse modo, carecem os temas do indispensável prequestionamento viabilizador do recurso especial, razão pela qual não merecem ser apreciados, a teor do que preceituam as Súmulas 211 desta Corte e 282 do Supremo Tribunal Federal.

4. Esta Corte Superior possui entendimento de que compete à Administração Pública propiciar às crianças de zero a seis anos acesso à frequência em creches, pois é dever do Estado assegurar que tal serviço seja prestado mediante rede própria.

5. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg nos EDcl no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 656.070 - MG (2015/0019433-6))

Inclusive, no mesmo caminho seguem as decisões deste e. Tribunal de Justiça:

REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. VAGA EM CRECHE INFANTIL. GARANTIA CONSTITUCIONAL DE ACESSO À EDUCAÇÃO INFANTIL. DIREITO FUNDAMENTAL.

IMPOSIÇÃO LEGAL AO MUNICÍPIO DE ATENDIMENTO GRATUITO EM CRECHES OU PRÉ- ESCOLAS ÀS CRIANÇAS DE ZERO A CINCO ANOS (ART. 208, INCISO IV, NA REDAÇÃO DADA PELA EC Nº 53/2006). FALTA DE VAGAS QUE NÃO AUTORIZA O ENTE FEDERADO A SE ESQUIVAR DO DEVER CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTO. SENTENÇA MANTIDA EM SEDE DE REEXAME NECESSÁRIO.

(TJPR - 6ª C.Cível - RN - 975313-1 - Foro Regional de Araucária da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba - Rel.: Sérgio Arenhart - Unânime - - J. 21.05.2013)
(grifo nosso)

Ressalte-se que, a alegação de dotação orçamentária insuficiente não basta para dar provimento ao recurso.

Isso em razão de que, por menor que seja o orçamento do ente municipal, a educação é uma das questões as quais deve ser dada prioridade.

Portanto, o impacto financeiro causado não se presta a afastar a exigência constitucional.

Nesse sentido é o posicionamento deste e.Tribunal de Justiça:

APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PLEITO DE MATRÍCULA EM CRECHE DA REDE MUNICIPAL DE ENSINO EM PERÍODO INTEGRAL. AUSÊNCIA DE VAGA. DIREITO CONSTITUCIONALMENTE GARANTIDO.

PREVISÃO NO ECA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO ORÇAMENTÁRIA. IRRELEVÂNCIA. INOCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA SEPARAÇÃO DE PODERES.DEVER DO ENTE MUNICIPAL. EXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO À DIREITO LÍQUIDO E CERTO. RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO E DESPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA EM REEXAME NECESSÁRIO.

Tendo em vista que tanto a Constituição Federal quanto o Estatuto da Criança e do Adolescente garantem o acesso à criança de até cinco anos de idade à creches e pré-

escolas, qualquer obstáculo existente no sentido de negar ou impedir tal acesso à rede pública municipal de ensino implica em ato abusivo ou ilegal contra a criança. A ausência de previsão orçamentária não justifica a espera da menor, pois uma vez existente o dever do ente público, impõe-se a superação deste obstáculo através dos mecanismos próprios disponíveis em nosso ordenamento jurídico. A determinação de matrícula de menor em creche não caracteriza violação ao Princípio da Divisão dos Poderes, vez que o direito à educação não se encontra no âmbito dos atos discricionários da Administração Pública, mas se constitui em dever previsto na própria Constituição Federal.

(TJPR - 5ª C. Cível - ACR - 1205401-2 - Foro Regional de Araucária da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba - Rel.: Luiz Mateus de Lima - Unânime - - J. 15.07.2014) (grifo nosso)

Assim, corretamente decidiu o magistrado de 1º Grau quando considerou ilegal a negativa de matrícula da apelante.

Destarte, havendo imposição legal de atendimento gratuito em creches ou pré-escolas às crianças de zero a cinco anos de idade conforme o artigo 208, inciso IV, da Constituição Federal, não pode o ente federado esquivar-se do dever sob alegação de falta de vagas e/ou escassez de recursos financeiros.

Consoante a Lei de Diretrizes e Bases da Educação, Lei 9.394/1996, em seu artigo 4º, inciso X nota-se expressamente a tese em questão:

Art. 4º O dever do Estado com educação escolar pública será efetivado mediante a garantia de: X - vaga na escola pública de educação infantil ou de ensino fundamental mais próxima de sua residência a toda criança a partir do dia em que completar 4 (quatro) anos de idade.

Pelo exposto, havendo imposição legal de atendimento gratuito em creches ou pré-escolas às crianças de zero a cinco anos de idade conforme o artigo 208, inciso IV, da Constituição Federal, não pode o ente federado esquivar-se do dever sob alegação de falta de vagas, razão pela qual nego seguimento ao recurso, nos termos do artigo 557 do Código de Processo Civil.

III - DECISÃO

1 - Deste modo, diante dos fundamentos acima expostos e com fulcro no disposto do artigo 557 do Código de Processo Civil NEGÓ SEGUIMENTO AO RECURSO, mantendo a decisão do Juízo de 1º Grau.

Publique-se.

Transitado em julgado a decisão, remetam-se os autos à origem.

Diligências necessárias. Cumpra-se.

Curitiba, 10 de dezembro de 2015.

VICTOR MARTIM BATSCHE RELATOR CONVOCADO