

**DIREITO À EDUCAÇÃO INFANTIL E O ATIVISMO JUDICIAL:  
A LEGITIMIDADE DO JUDICIÁRIO COMO ARENA DE DELIBERAÇÃO DE  
POLÍTICAS PÚBLICAS PARA EDUCAÇÃO INFANTIL**

Fernanda Marques de Souza<sup>1</sup>

Orientador: Dr. Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia<sup>2</sup>

**RESUMO:** Nos últimos anos no Brasil o Poder Judiciário tem desempenhado funções que outrora eram exercidas apenas pelos Poderes Executivo e Legislativo. Agora os juízes, além de suas funções típicas de aplicadores da lei, também deliberam sobre importantes temas da sociedade. O fenômeno denominado ativismo judicial tem despertado há algum tempo a atenção da doutrina, que discute quais ou até mesmo se possuem limites esses magistrados quando, em suas decisões, e a fim de garantir direitos fundamentais, acabam invadindo a competência de outros poderes. Neste artigo trataremos do direito à educação infantil e o Poder Judiciário como garantidor deste direito fundamental diante da omissão por parte do Executivo e/ou do Legislativo – sobre este último, mostraremos um quadro com Projetos de Lei sobre a matéria os quais não receberam a devida atenção para a relevância do tema. Serão analisadas as questões e justificativas de cunho orçamentário, reserva do possível e o direito à educação como prioridade na realização das políticas públicas. Assim, o artigo busca analisar a possibilidade de efetivação do direito à educação sem resquícios de incompatibilidade com as questões constitucionais orçamentárias e os direitos fundamentais.

**PALAVRAS-CHAVE:** Ativismo judicial, educação infantil, políticas públicas, projetos de lei, legislativo.

**ABSTRACT:** In recent years in Brazil, the Judiciary has played roles that were once performed only by the executive and legislative. Now judges, beyond their typical roles of to enforce statues, also deliberate on important issues of society. The phenomenon called Judicial activism has attracted attention of doctrine since long time, which discusses what or even if they have limits when these judges”, in their decisions and to ensure fundamental

---

<sup>1</sup> Acadêmica da Faculdade de Direito do Sul de Minas

<sup>2</sup> Professor da Faculdade de Direito do Sul de Minas

rights, invade the jurisdiction of other powers. In this article we on the right to early education and the judiciary as guarantor of this fundamental right, considering the omission by the Executive and / or the Legislature – about this latter, we will show a table with some bills on the same matter, which have not had enough attention regarding their relevance. We analyze the difficulties and budgetary justifications, reserve of the possible, and the right to education as a priority in the implementation of public policies. Thus, the paper analyzes the possibility of realization of the right to education without remnants of incompatibility with the constitutional issues budgetary and fundamental rights.

**Key-Words:** judicial activism, early education, public policies, bills, legislative power.

## INTRODUÇÃO

O presente artigo é fruto das pesquisas realizadas pelo grupo de pesquisa PROCON (Processo e Constituição) que tem como professor coordenador Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia<sup>3</sup>. Este grupo desenvolve três eixos temáticos, sendo o direito à educação, saúde e direitos homoafetivos. O foco do grupo é analisar a efetivação destes direitos, as políticas públicas existentes, sua (não) eficácia e as decorrentes demandas via Poder Judiciário. Também é objeto da pesquisa a análise da legitimidade e os limites da atuação do Poder Judiciário.

Nos últimos anos observou-se em nosso país um grande aumento do raio de atuação do Poder Judiciário, denominado ativismo judicial: o Judiciário que outrora decidia sobre temas marcadamente “jurídicos”, agora delibera também sobre questões políticas. Os tribunais assim como a doutrina têm divididas suas posições. Por um lado temos os que defendem esta maior interferência do Judiciário no que tange à resolução de questões políticas, pois, (...) “o Judiciário, nos tempos atuais não pode propor-se a exercer função apenas jurídica, técnica, secundária, mas deve exercer papel ativo, inovador da ordem jurídica e social, com decisões de natureza e efeitos marcadamente políticos”.<sup>4</sup> E por outro lado temos o posicionamento doutrinário que vai absolutamente contra esta interferência do Judiciário

---

<sup>3</sup>Grupo registrado no CNPq: <<http://dgp.cnpq.br/diretorioc/fontes/detalhegrupo.jsp?grupo=J2NQ601BLS2DNU>> e conta com financiamento deste e da FAPEMIG.

<sup>4</sup> DOBROWOLSKI, Silvio. *A necessidade de ativismo judicial no estado contemporâneo*. Disponível em: <[www.periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/.../14280](http://www.periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/.../14280)>. Acesso em: 04 fev. 2012.

sobre questões eminentemente políticas, pois, isto feriria a democracia e tornaria insustentável o ambiente democrático. Sem contar é claro, que isto faria que se perdesse o sentido da democracia: inerte ou não, quem possui a legitimidade para fazer as leis e representar o povo é o Congresso e não os juízes. Espera-se que o Legislativo possua mais representatividade, assumindo as funções que são de sua competência. E que o Judiciário limite-se à função de aplicar a lei e apontar os defeitos de uma norma defeituosa. Trabalhando a lei no limite do texto constitucional.<sup>5</sup>

O presente artigo tem o intuito de demonstrar esta ação do Judiciário, bem como a inércia do Legislativo e Executivo no que tange ao direito à educação infantil. O objetivo geral da pesquisa é analisar a interferência do Judiciário no em relação ao acesso à educação básica, bem como a ineficácia das políticas públicas que versam sobre a educação. Dentro dessa meta geral, a pesquisa pretende: analisar os pressupostos históricos sobre a educação básica no Brasil; verificar as leis atuais e programas que versam sobre a educação básica e sua eficácia; relacionar a educação com desenvolvimento da cidadania; identificar possíveis falhas no acesso a esta etapa da educação e a busca pela efetivação deste direito perante o Judiciário.

A educação está diretamente relacionada com o desenvolvimento do cidadão, mostrando-se importante instrumento de inclusão e de transformação social. O desenvolvimento de um país está diretamente relacionado com o desenvolvimento da educação. Não bastam políticas públicas e programas excepcionais versando sobre este direito, se não são implementados e se não alcançam os destinatários. Este trabalho buscará compreender os motivos da não efetivação dos programas educacionais (educação infantil) como a possibilidade de obtenção deste direito perante o Judiciário levando em consideração os aspectos democráticos e a legitimidade dessas decisões. Para a realização dos objetivos a pesquisa consistiu em levantamento da bibliografia, sendo analítica indutiva, para explicitar a relação entre o ativismo judicial como fonte de implementação de políticas públicas, o direito à educação e os limites dessa atuação.

---

<sup>5</sup> RAMOS, Elival da Silva, *O ativismo judicial é ruim independente do resultado*. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2009-ago-01/entrevista-elival-silva-ramos-procurador-estado-sao-paulo>. Acesso em 25 Fev. 2012.: Acesso em 25 Fev. 2012

A presente pesquisa parte da possibilidade da busca pelo direito à educação infantil pela via Judicial, levando em consideração que no aspecto legislativo já existem inúmeras ações versando sobre a temática. Embora exista vasta legislação em âmbito federal versando sobre a educação principalmente dando diretrizes gerais, estas leis nem sempre são efetivadas, já que faltam ações governamentais (federal, estadual e municipal) eficazes que viabilizem a materialização do direito à educação. Como será tratado ao longo do artigo, as questões de cunho orçamentário e a má gestão dos administradores acabam impossibilitando a eficácia e concretização das leis. Além do não cumprimento das leis que já existem, foram observados durante as pesquisas que centenas de projetos de lei foram abandonados e arquivados, projetos que se aprovados poderiam significar grandes avanços para concretização dos ideais constitucionais para a educação. O grande problema é entender por que este direito à educação infantil, mesmo sendo um direito consagrado pela nossa Constituição e necessário ao desenvolvimento da cidadania ainda não é plenamente efetivado tendo diversas demandas sendo pleiteadas em âmbito Judicial.

## **1. EDUCAÇÃO E CIDADANIA: DEVER DA FAMÍLIA, SOCIEDADE E ESTADO**

O homem educa-se em primeiro lugar para superar a si mesmo, para tornar-se melhor a cada dia e, em seguida, para conviver em sociedade. Se o Estado não se interessa por viabilizar este trabalho, as consequências malélicas serão sentidas por toda sociedade.<sup>6</sup> Segundo o jurista Dalmo de Abreu Dallari uma característica fundamental do ser humano, que o diferencia das demais espécies animais, dando-lhe superioridade, é a possibilidade de promover o seu próprio desenvolvimento.<sup>7</sup>

O artigo 1º da Constituição de 1988, trás como um dos fundamentos do Estado democrático de direito a cidadania. Entendemos que a Cidadania que será alcançada apenas quando os desafios para uma educação de qualidade forem atingidos. Sendo o homem um ser social, que estabelece os mais variados tipos de relacionamentos, faz-se de grande

---

<sup>6</sup> MUNIZ, Maria Regina Fonseca *apud* VICTOR. Rodrigo Albuquerque de. *Judicialização de Políticas públicas para a educação infantil, limites e ferramentas para um controle judicial legítimo*. São Paulo Ed. Saraiva 2011. P. 58.

<sup>7</sup> DALLARI. Dalmo de Abreu. *Educação e preparação para cidadania*. In: BENEVIDES, Maria Victória de Mesquita; BERCOVICI, Gilberto; MELO Claudineu. (organizadores) *Direitos Humanos, Democracia e República*. São Paulo 2009. Ed. Quartier Latin do Brasil. P 324.

importância o pleno desenvolvimento de sua educação. Educação esta que se desenvolve em vários níveis e âmbitos, começando pela família nos primeiros anos de vida, e posteriormente na escola e na sociedade. Cada um desses entes possui um grau de responsabilidade para o pleno desenvolvimento do indivíduo.

A legislação pátria, atenta à necessidade de inclusão da família como importante órgão de desenvolvimento do cidadão incube aos pais o dever de zelar pela educação dos filhos; são vários dispositivos que tratam da temática, quais sejam: o artigo 6º da LDB impõe que os pais ou responsáveis devem efetuar a matrícula dos menores no ensino fundamental a partir dos 6 anos, o ECA nos seus artigos 4º e 22, bem como a Constituição Federal no artigo 227 dispõe que a educação é dever da família, em conjunto com a sociedade e o Estado, o Código Civil por sua vez aponta os artigos 231, VI, 233, IV, e 384 I e II, o dever dos pais zelarem pela educação de sua prole, e por fim Código Penal disciplina o abandono intelectual em seu artigo 246. Em âmbito internacional temos várias disposições sobre o dever dos pais na educação dos filhos, por exemplo, a Declaração dos Direitos Humanos de 1948. Todavia não é apenas deste tipo de educação que a Constituição incube como dever dos pais, sendo necessário também que a família compartilhe com seus filhos sobre valores, religiosos e sociais, já que o ambiente familiar será o primeiro contato do indivíduo com a sociedade.

Como bem afirma Regina Maria Fonseca Muniz, o protagonismo (ou omissão) dos genitores é determinante nos desequilíbrios, delitos e degradação moral da sociedade.<sup>8</sup> A mesma autora afirma que neste ponto, a educação do caráter sobrepõe a educação intelectual.<sup>9</sup> A formação do educando depende de uma harmonia entre a estrutura escolar e formação familiar, pois a sua formação como cidadão poderá ser comprometida se apenas tiver uma boa estrutura escolar e o desinteresse familiar. Portanto compete aos pais zelarem para que os educandos possuam as melhores condições para seu pleno desenvolvimento. Como boa alimentação e horários para dormir, apoio e incentivo aos estudos.

A sociedade por sua vez também desempenha importante função no processo de educação da criança, podendo ser ressaltado o papel, por exemplo, da mídia, do rádio e da televisão que poderiam contribuir com conteúdos de formação social. A grande influência que

---

<sup>8</sup> MUNIZ, Maria Regina Fonseca. O direito à Educação. Rio de Janeiro/São Paulo. Ed. Renovar 2002. P, 219 in VICTOR. Rodrigo Albuquerque de. *Judicialização de Políticas públicas para a educação infantil, limites e ferramentas para um controle judicial legítimo*. São Paulo Ed. Saraiva 2011. P. 79.

<sup>9</sup> *Ibidem*.

a mídia possui na vida dos cidadãos, poderia ser uma munição importante para a conscientização das crianças. O conteúdo dos programas de televisão, por exemplo, quando preocupados com a formação destes pequenos cidadãos, poderia levar mensagem de inclusão social, respeito à diversidade, incentivos à cultura e a leitura desde a infância. No Brasil, por exemplo, o papel desempenhado pela mídia acaba influenciando no comportamento social e para as crianças que possuem pouco discernimento, um conteúdo que incite a violência ou a discriminação poderá ser absorvido como comum. A sociedade, que no caso engloba as mídias de comunicação, a empresas privadas, ONGs e etc., contribui para a complementação da educação do indivíduo. Segundo Rodrigo Albuquerque, sem a contribuição da sociedade o projeto estatal poderia naufragar.<sup>10</sup> Ainda a respeito da mídia, o constituinte de 1988 no artigo 221, I, demonstrou atenção quanto à influência que a mídia exerce sobre a sociedade, estabeleceu então alguns princípios, mostrando que preferencialmente a programação deve ter finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas. Em outro passo o papel das ONGs suprindo as lacunas deixadas pelo Estado representa bem a ideia de qual deve ser o papel da sociedade em geral no que toca ao direito à educação. Temos no Brasil exemplos de ONGs com incentivo à cultura, esportes, projetos de capacitação para o primeiro emprego, de assistência social dentre outras, que suprem de certa forma o déficit deixado pelo Estado.

Por fim, o dever do Estado na promoção da educação. Os valores morais e religiosos serão alcançados com o engajamento da família e da sociedade na formação das crianças; cabe então ao Estado promover a educação intelectual. Algumas ações são necessárias para o pleno desenvolvimento da educação, quais sejam: a estruturação das escolas, materiais, didáticos, merenda de qualidade e professores bem qualificados e bem remunerados, acessibilidade do ensino, etc. No que toca a educação infantil, podem ser apontados dois grandes desafios: sendo o primeiro sobre o número de vagas em escolas e creches que não consegue suprir a demanda, e que por vezes geram ações que deságuam no Judiciário, como será tratado ao longo do trabalho. Porém o segundo desafio tange a figura do professor e sua capacitação, que nesta faixa do ensino (o infantil) exige deste profissional uma formação específica, visto que por serem pequenas as crianças demandam mais cuidados. O próprio Plano Nacional de Educação ressalta esta formação e nas palavras de Rodrigo Albuquerque:

---

<sup>10</sup> VICTOR. Rodrigo Albuquerque de. *Judicialização de Políticas públicas para a educação infantil, limites e ferramentas para um controle judicial legítimo*. São Paulo Ed. Saraiva 2011. P. 81.

Conforme pontuado pelo próprio Plano Nacional de Educação (Lei n. 10.172/2001), a educação infantil demanda profissionais com formação específica e em maior número, afinal, crianças na idade de zero a seis anos requerem cuidados especiais, se comparados com alunos mais velhos. A hipossuficiência dos educandos nesta faixa etária exige do professor tarefas como alimentação, higiene pessoal, cuidados médicos, entre outros.<sup>11</sup>

Ainda dentro desta relação entre cidadania e educação, como já ressaltado, o professor apresenta-se como importante ator no processo educacional. Infelizmente no cenário atual este profissional, que já gozou de status diante do reconhecimento da importância de sua função, hoje sofre com os baixos salários e até mesmo com ameaças de alunos dentro das salas de aula. Sobre esta desvalorização do trabalho do professor vemos as ponderações de Dallari:

Nos padrões anteriores atribuía-se grande valor moral aos professores e havia o cuidado de assegurar-lhes um padrão de vida digno, livre de preocupações econômicas, para que pudessem dedicar-se serenamente as suas funções docentes, transmitindo conhecimentos, mas também exemplo de decência e serenidade, como um padrão para a vida social (...). Havia um consenso no sentido de considerar muito importante a contribuição do professor para a formação dos educandos, não só em termos de transmissão de conhecimento, mas também preparando cidadãos conscientes dos padrões éticos da sociedade, assim como da necessidade de se prepararem para assumir responsabilidade como profissionais e na vida social. O professor era tratado com respeito, em todos os lugares e nas pequenas cidades era visto como personalidade pública de grande importância. (...) Depois de meio século de transformações, tudo isso mudou muito. O professor perdeu seu prestígio social, de modo geral não existe o reconhecimento de que seu papel social tenha relevância, pois ele é visto como um profissional que simplesmente cumpre tarefas e para isso é remunerado.<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> *Ibidem.*

<sup>12</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *Educação e preparação para cidadania*. BENEVIDES, Maria Victória de Mesquita, BERCOVICI, Gilberto, MELO Claudineu. (organizadores) *Direitos Humanos, Democracia e República*. São Paulo 2009. Ed. Quartier Latin do Brasil. P 327e 328.

Com relação a este tema, o governo federal, nos últimos anos, tem despertado sobre a relevância do professor na formação das crianças, portanto estabeleceu algumas medidas para a valorização da classe e bem como a criação de um Piso Salarial Nacional como mandamento constitucional. Segundo Fernando Haddad, um dos principais pontos do PDE (Plano de Desenvolvimento da Educação) é a formação dos professores e a valorização dos profissionais da educação. Ainda segundo Haddad, a Emenda Constitucional n° 53 estabeleceu a obrigação de que a lei federal fixe o piso salarial nacional do magistério, resgatando o compromisso histórico firmado no Palácio do Planalto, em 1994, entre o Ministério da Educação, o Conselho Nacional de Secretários de Educação, a União Nacional de Dirigentes Municipais de Educação, a Confederação Nacional dos Trabalhadores em Educação entre outros.<sup>13</sup> Neste Plano são observadas várias ações para valorização, avaliação e formação dos professores, visando à melhoria da educação para os docentes e educandos.

Sobre o aspecto dos professores sofrerem com as ameaças dos alunos, tramita o PL 267 de 2011, que acrescenta o art. 53-A a Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990, que “dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências”, a fim de estabelecer deveres e responsabilidades à criança e ao adolescente estudante.

Art. 53-A. Na condição de estudante, é dever da criança e do adolescente observar os códigos de ética e de conduta da instituição de ensino a que estiver vinculado, assim como respeitar a autoridade intelectual e moral de seus docentes.

Parágrafo único. O descumprimento do disposto no caput sujeitará a criança ou adolescente à suspensão por prazo determinado pela instituição de ensino e, na hipótese de reincidência grave, ao seu encaminhamento a autoridade judiciária competente.<sup>14</sup>

A justificativa da deputada Cida Borghetti ao propor o PL foi a de que no atual contexto brasileiro, os professores sofrem com agressões verbais e físicas, ainda apontando o ECA omissivo sobre as punições quando desse tipo de comportamento.

---

<sup>13</sup> HADDAD, Fernando. *O Plano de Desenvolvimento da Educação: Razões, Princípios e programas*. BENEVIDES, Maria Victória de Mesquita, BERCOVICI, Gilberto, MELO Claudineu. (organizadores) *Direitos Humanos, Democracia e República*. São Paulo 2009. Ed. Quartier Latin do Brasil. P 436.

<sup>14</sup> Projeto de Lei n. 267/2011. Disponível em: <[www.camara.gov.br](http://www.camara.gov.br)>. Acesso em: 20/02/03.



Por certo que devem existir discussões sobre a constitucionalidade das punições e sobre o mérito PL. No entanto é importante observar que o Estado já voltou à atenção em relação à importância da figura do professor no desenvolvimento de uma sociedade saudável. Sendo demasiadamente válidas as manifestações que visam promover o professor, sua proteção, valorizando o profissional que esta nas bases da formação do cidadão.

## **2. A EDUCAÇÃO NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS**

O intuito do trabalho não é o de demonstrar a evolução histórica do direito à educação, todavia faz se mister breves considerações sobre o tratamento dispensado à educação em nossas Constituições antes de adentrar no acesso à educação infantil pela via judicial.

Ao longo da história, o Brasil possuiu oito Constituições, sendo três escritas pelo Legislativo (1891, 1934 e 1946), três outorgadas pelo Executivo (1824, 1937 e 1969). A Constituição de 1967 sancionada pelo presidente Castello Branco, foi elaborada por juristas tendo sua tramitação ocorrida no Legislativo, porém sob controle dos militares que instauraram o Regime Militar de 1964.

Na Constituição de 1824, segundo Maliska, o tratamento dispensado à educação foi bastante reduzido e reproduz o entendimento da época que a educação ficava a cargo, preponderantemente da família e da igreja.<sup>15</sup> Dispunha também esta Constituição sobre a gratuidade do ensino primário para todos os cidadãos, todavia vale ressaltar que a grande maioria sendo escravos, a exclusão viria por questões referentes à cidadania.

Em 1891, o Brasil inaugura uma nova fase em seu constitucionalismo, temos então a República Federativa do Brasil, com fortes influências do modelo Norte-americano, possuía esta Constituição como base a democracia, a federação e o fim dos privilégios honoríficos. Um grande salto no que tange o direito à educação foi sobre o caráter laico do ensino. O artigo 72 no parágrafo sexto dispunha que o ensino deveria ser leigo nos estabelecimentos públicos. Nesta Constituição passa o Congresso Nacional a ser o único legitimado a legislar sobre o ensino superior. Na esfera estadual, competiria aos Estados legislar, criar ou manter

---

<sup>15</sup> MALISKA. Marcus Augusto. *O direito à educação e a Constituição*. Porto Alegre 2001 Ed. Sergio Antonio Fabris. P.22.

sobre o ensino primário sem prejuízo de que o governo federal também pudesse fazê-lo. E, diferentemente da Constituição do Império, esta sequer menciona a gratuidade do ensino, porém sobre a gratuidade, como salienta Cury “não passou, seja por causa do Federalismo, seja e sobretudo pela impregnação do princípio liberal de que a individualidade é uma conquista progressiva do indivíduo que desenvolve progressiva e esforçadamente a sua virtus<sup>16</sup>.

Em 1934, influenciada pelos modelos “Renovadores”, a Constituição indicou significativo avanço no que tange ao direito à educação. Porém não chegaram a serem efetivadas todas essas garantias visto que um grande retrocesso aos avanços conquistados com esta Constituição ocorreu em razão do regime ditatorial do Estado Novo. A Constituição de 1934 estabeleceu a garantia da educação como direito de todos, devendo ser ministrada pela família e pelos poderes públicos, também assegurou a gratuidade ao ensino primário integral além de frequência obrigatória extensiva aos adultos. Foi em 1934 que o princípio de criar diretrizes para a educação nacional foi estabelecido pela primeira vez e vigora até os dias de hoje. O artigo 149 da Constituição de 1934 dispunha que: “a educação é um direito de todos e deve ser ministrada pela família e pelos Poderes Públicos, cumprindo a estes proporcioná-la aos brasileiros e estrangeiros domiciliados no País, de modo que possibilite eficientes fatores da vida moral e econômica da Nação, e desenvolva num espírito brasileiro a consciência da solidariedade humana”.

Em 1937 o Brasil estava sob o domínio de um regime fascista e a Constituição trazia o patriotismo, os símbolos e a figura do Presidente em evidência. A Constituição trazia o caráter subsidiário do Estado, mesmo o texto trazendo a obrigatoriedade e a gratuidade do ensino, o Estado proveria a educação nos casos de faltarem recursos, “numa clara inspiração privatista”.<sup>17</sup>

Em 1946, com o fim do Estado Novo e com a redemocratização, a Constituição traz novamente preceitos educacionais semelhantes ao da Constituição de 1934. Dispõe a Constituição sobre a obrigatoriedade do ensino primário oficial composto de cinco anos, conforme estabelecido pela Lei Orgânica do Ensino primário, de 1946. O ensino superior

---

<sup>16</sup> CURY, Carlos R. J. *A educação e a primeira Constituinte republicana*. In: FÁVERO, Osmar (org.). *A educação nas Constituintes brasileiras (1823-1988)* p. 78. Campinas, SP: Autores Associados, 1996.

<sup>17</sup> SOUZA JUNIOR, Luis de. *Fundev e o direito à educação básica*. Pg. 9. Disponível em: <[www.anped.org/reunioes/23/texto/0530t.PDF](http://www.anped.org/reunioes/23/texto/0530t.PDF)>. Acesso em: 22/02/2013.

ficaria a cargo da União se comprovada à insuficiência de recursos. A União possuía competência para legislar sobre as diretrizes e bases da educação, porém não excluindo a competência dos Estados de legislar de maneira subsidiária. Ainda trazia em seu texto (artigo 173) que o Estado deveria dar amparo à cultura, devendo a lei promover a criação de institutos de pesquisas de preferencialmente junto aos estabelecimentos de ensino superior. Até 1961, segundo Luis de Souza Junior, os debates centraram-se em torno da aprovação de uma Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB) que teve como polêmica maior a questão do repasse de verbas públicas para o ensino privado. Todavia, em se tratando da obrigatoriedade do ensino, a LDB de 1961 promoveu um passo atrás em comparação com a própria Constituição de 1946 ao instituir, em seu artigo 30, casos de isenção para essa obrigatoriedade, a saber: comprovado estado de pobreza dos pais, insuficiência de escolas, matrículas encerradas, doença ou anomalia grave da criança.<sup>18</sup> Com o golpe de 1964 houve a reforma da Constituição basicamente sem a discussão do Congresso, criada então a Constituição de 1967. Houve nesta Constituição, um avanço sobre o período de escolarização obrigatória, sendo dos sete aos quatorze anos e também o incentivo à educação privada com incentivos técnicos e financeiros e bolsas de estudos.

Em 1968, com o Ato Institucional número 5 o Brasil entra no ápice da repressão, marcada por violentas ações e violações aos direitos humanos. As lutas contra o Regime militar ensejaram no governo a necessidade de criar uma nova Constituição. Ainda mais rígida e para dar ares de que a Constituição de 1969 respeitou todos os aspectos formais democráticos, ela se apresentou como forma de emenda, porém todo o texto foi alterado visando o interesse dos que estavam no poder. Sobre a educação, além do já disposto sobre o Plano Nacional de Desenvolvimento da Educação, houve também a disposição sobre um Plano Regional de Desenvolvimento. O artigo 176, que repetia o artigo 168 da Constituição de 1967, teve suprimida a expressão “igualdade de oportunidade”.

O cenário começa a ser alterado com os movimentos populares em favor dos direitos humanos e contra os regimes autoritários, a luta pela reconquista dos direitos políticos, a ampla comoção e participação popular, a pressão da sociedade com envio de emendas, (mais de 12 milhões de assinaturas) no processo de formação da Constituição de 1988, que

---

<sup>18</sup> *Ibidem.*

contribuíram para a conquista dos direitos como analisou Almino Affonso<sup>19</sup>: “A Constituição de 1988 é fruto do ressurgimento de um espírito de luta dos movimentos populares, sindicatos, ligas camponeses, que foram abafados durante a ditadura”. Estas lutas iriam contribuir para a formação da Constituição de 1988, a “Constituição Cidadã” que traria grandes avanços no aspecto da educação.

Nas palavras de Rodrigo Albuquerque, sem dúvida a Constituição Republicana de 1988 agasalhou de forma mais contundente o direito à educação. No atual contexto Constitucional, o direito à educação pressupõe tanto o ensino intelectual, como as lições de cunho ético-moral.<sup>20</sup> Ficou reservado à educação o Capítulo III do Título VIII. Vejamos o disposto no artigo 205.

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

O texto também faz menção à gratuidade, ao ensino especial para crianças portadoras de deficiência, atendimento em creche e pré-escola as crianças de zero a seis anos de idade, dentre outras garantias que trouxeram ao menos no aspecto formal grandes avanços para o desenvolvimento da educação em nosso país. É importante ressaltarmos o artigo 60 das ADCT que dispõe:

Nos dez primeiros anos da promulgação da Constituição, o poder público desenvolverá esforços, com a mobilização de todos os setores organizados da sociedade e com a aplicação de, pelo menos, cinquenta por cento dos recursos a que se refere o art. 212 da constituição, para eliminar o analfabetismo e universalizar o ensino fundamental.

---

<sup>19</sup> Entrevista concedida à: THAIT, Márcia. *Participação popular foi crucial para assegurar direitos políticos*. Disponível em: <<http://www.unicamp.br/unicamp/divulgacao/2008/10/08/participacao-popular-foi-crucial-para-assegurar-direitos-politicos>>. Acesso em: 04 jan. 2012.

<sup>20</sup> VICTOR. Rodrigo Albuquerque de. *Judicialização de Políticas públicas para a educação infantil, limites e ferramentas para um controle judicial legítimo*. São Paulo:Ed. Saraiva 2011. P. 58

Todavia, este artigo trouxe mais problemas que soluções visto que o governo nunca pôde dispor da metade dos recursos para eliminar o analfabetismo e universalizar o ensino fundamental, sobretudo porque o Estado tem investido cinquenta por cento dos investimentos em educação superior<sup>21</sup>. Com a Emenda 14 de 1996 procurou-se destinar mais recursos para a educação fundamental através da criação do FUNDEV. Sobre o ensino médio, foi alterado o inciso II do artigo 208, substituindo-se a expressão “progressiva extensão da obrigatoriedade e gratuidade do ensino médio” por “progressiva universalização do ensino médio gratuito”.

A alteração é sutil e, a rigor, teria sido até desnecessária. A razão disso é que só cabe pensar em universalização do ensino médio se ele for obrigatório (além de gratuito). A idéia de universalização não implica apenas a obrigatoriedade da oferta pelo Estado, mas igualmente a da frequência à escola.<sup>22</sup>

Sobre o ensino infantil, a criação do Fundev pode significar avanços; a grande pergunta que se faz é se estes recursos atenderão a todas as crianças em idade para as creches e pré-escolas. Pra Luis Souza Júnior ainda são necessários muitos investimentos para que esta meta seja cumprida. Todavia, recentemente o governo, com o intuito de investir e resgatar os valores educacionais, desenvolveu o já citado, Plano de Desenvolvimento da Educação, que estabelece programas educacionais para todos os níveis, desde a educação nas creches, chegando ao ensino superior. Segundo Fernando Haddad, o plano visa um compromisso fundado em diretrizes e consubstanciado em um plano de metas concretas, efetivas, voltadas para a melhoria da qualidade da educação.<sup>23</sup> O PDE no que toca ao ensino básico, tem como meta principal investimentos na formação dos professores,<sup>24</sup> por exemplo, a CAPES que passa a fomentar não apenas a formação de pessoal para o nível superior, mas a formação a formação de pessoal de nível superior para todos os níveis de educação. Atualmente além dos dispositivos Constitucionais que tratam sobre a Educação, em âmbito federal temos: O Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei de Diretrizes e Bases da Educação, O Fundo de

---

<sup>21</sup>JUNIOR. Luis de Souza. *Fundev e o direito à educação básica* P.13. Disponível em: <[www.anped.org/reunioe/23/texto/0530t.PDF](http://www.anped.org/reunioe/23/texto/0530t.PDF)>. Acesso em: 22/02/2013

<sup>22</sup> *Ibidem*. P.16

<sup>23</sup> HADDAD. Fernando. *O Plano de Desenvolvimento da Educação: Razões, Princípios e programas*. BENEVIDES, Maria Victória de Mesquita, BERCOVICI, Gilberto, MELO Claudineu (organizadores) *Direitos Humanos, Democracia e República*. São Paulo 2009. Ed. Quartier Latin do Brasil. P 436.

<sup>24</sup> *Ibidem* P 437.

Desenvolvimento da Educação, Fundo de Desenvolvimento da Educação básica, O Plano Nacional da Educação e a Lei do Piso Salarial.

Podemos dizer que houve em nosso país depois de tantas lutas e retrocessos, um modelo de educação que, se implementado, de fato poderá alcançar as metas constitucionais.

Nestas breves considerações sobre a evolução histórica da educação no Brasil, podemos observar que existe uma boa legislação versando sobre a matéria. Mas, então, quais os motivos de ainda termos que pleitear judicialmente o acesso às escolas e creches? Sabemos que quando um tema é inserido na Constituição ele pode ser pleiteado pelas vias judiciais, mas o Poder Judiciário possui a legitimidade para deferir estas demandas? E quais seriam os limites desta atuação judicial, que em nosso país nos últimos tem sido demasiadamente ativa?

### **3. A OMISSÃO DO LEGISLADOR: PROJETOS DE LEI ARQUIVADOS NOS ÚLTIMOS 10 ANOS**

Como uma das hipóteses levantadas pela pesquisa sobre o aumento do raio de atuação do Poder Judiciário em realizar políticas públicas, está a omissão dos Poderes Executivo e Legislativo, principalmente na formulação de leis que atendam as necessidades da população. Neste ponto, o foco é dado ao Poder Legislativo na esfera federal. O grupo de pesquisa ProCon realizou um levantamento dos projetos de lei arquivados desde 1997 até 2011, e foram encontrados mais de 360 projetos de lei que passaram por boa parte da tramitação mas que em dado momento foram arquivados. A tabela abaixo demonstra que algumas importantes ações foram deixadas de lado, ações que se transformadas em lei poderiam significar grandes avanços para a educação do país. Políticas que significariam grande melhoria no currículo educacional, como por exemplo, a implementação da matéria de direitos humanos na grade escolar, ou a obrigatoriedade de escola pública a menos de 12 quilômetros de casa. Por outro lado, embora também arquivados, pode ser observado que o legislador federal não tem se preocupado com questões relativas à igualdade e laicidade do Estado. Quando, por exemplo, dispõe no PL 3618/2000 sobre a garantia de destinação de vagas nas instituições de ensino universitário federal e de ensino fundamental e médio, controlados pela União, aos filhos de ministros religiosos de qualquer credo. Estes tipos de ações revelam o caráter ainda imaturo do legislador sobre questões de direitos fundamentais e

princípios norteadores do Estado democrático de Direito, uma vez que dar privilégio em escolas para filhos de ministros religiosos atenta não só contra a igualdade, como também à laicidade do Estado. O que justificaria esta política de preferência? Funcionariam como cotas raciais, exerceriam a mesma função de inclusão ou se estaria apenas criando mais privilégios? Em que momento histórico ou atual os filhos dos ministros religiosos possuíram dificuldade ao acesso as escolas?

O PL 1021/2012 proposto pelo deputado pastor Marco Feliciano dispõe sobre o ensino religioso na escola, sob a justificativa de que “todos temos um papai do céu que cuida de nós” e de que segundo o livro de Provérbios devemos ensinar a criança no caminho certo. Sendo o Brasil um país com diversidade em religiões, conseguiria este projeto abarcar todas e trazê-las para sala de aula? Ou apenas seria pautada no cristianismo?

O PL 6112/2009 autorizaria a União a instituir o programa nacional de reforço escolar na educação básica pública, denominado programa de apoio ao sucesso escolar na educação básica pública. Este projeto também foi arquivado, o que para as crianças com dificuldades no aprendizado, significaria uma chance de rever as matérias e de conseguir alcançar níveis aceitáveis de alfabetização.

Tabela 1: Projetos de Leis Arquivados de 1997 até 2011.<sup>25</sup>

PROPOSTA	EMENTA	AUTOR	SITUAÇÃO
<b>PL 3798/1997</b>	Acrescenta inciso ao artigo 27 da lei nº 9.394, de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Explicação: inclui dentre os conteúdos curriculares da educação básica, a valorização da pluralidade étnica e cultural de nossa formação histórico-social.	Paulo Paim	Mesa - arquivado nos termos do artigo 105 do regimento interno
<b>PL 4227/1998</b>	Dispõe sobre a inclusão obrigatória da disciplina "política" no currículo escolar, a partir da 5ª série.	Enio Bacci	Mesa - arquivado nos termos do artigo 164, § 4º do regimento interno. dcd 06 10 99 p. 47191 col 01.
<b>PL 77/1999</b>	Acresce os incisos xiii, xiv e xv, ao art. 20 da lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990. Explicação: permite a movimentação da conta vinculada do fgts para o custeio da educação do trabalhador e seus dependentes.	Enio Bacci	Mesa - arquivamento do pl-77/1999 04 01 pág. 16293 col 02.
<b>PL 3618/2000</b>	Dispõe sobre a garantia de destinação de vagas nas	Lincoln	Mesa - arquivado nos termos do artigo

<sup>25</sup> PROCON- Tabela Projetos de Lei arquivados nos últimos 14 anos.

	instituições de ensino universitário federal e de ensino fundamental e médio, controlados pela União, aos filhos de ministros religiosos de qualquer credo.	Portela	133 do ri. Dcd 06 10 01 pág. 48069 col 01.
<b>PL 5387/2001</b>	Dispõe sobre a leitura da bíblia nos estabelecimentos de ensino fundamental.	Nair Xavier Lobo	Mesa - arquivamento do pl 5387/2001, nos termos do artigo 133 do ri. Dcd 01 11 02 pág. 45815 col. 02.
<b>PL 6448/2002</b>	Inclui a disciplina direitos humanos no currículo do ensino fundamental.	Wolney Queiroz	Mesa - arquivamento do pl 5432/2001 e do pl-6448/2002, apensado, nos termos do artigo 133 do ri.
<b>PL 6780/2002</b>	Dispõe sobre horário integral na educação fundamental	Airton Dipp	Mesa - arquivado nos termos do artigo 105 do regimento interno. Dcds 01/02/03 pág. 0539 col 01.
<b>PL 706/2003</b>	Acrescenta parágrafo único ao art. 4º da lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que "estabelece as diretrizes e bases da educação nacional". Explicação: inclui os alunos do período noturno do ensino fundamental como beneficiários do programa suplementar de alimentação escolar.	Elimar Máximo Damasceno	- Ao Arquivo - Memorando nº 44/08 - COPER
<b>PL 815/2003</b>	Dispõe sobre horário integral na educação fundamental.	Sandes Júnior	Mesa - arquivamento do pl 7222/2002 e do pl-815/2003, apensado, nos termos do artigo 133 do ri.
<b>PL 4411/2004</b>	Dispõe sobre a inclusão obrigatória da disciplina "política" no currículo escolar a partir da 5ª série	Enio Bacci	Mesa - arquivada, nos termos do artigo 133 do ri. Dcd 12 05 05 pág. 17847 col. 01.
<b>PL 5361/2005</b>	Altera os artigos 3, 24, 26 e 36 da lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, instituindo nos currículos escolares do ensino fundamental, conhecimento sobre a língua, usos, costumes e a cultura dos povos tradicionais e minorias étnicas formadores do povo brasileiro.	Eduardo Valverde	Mesa - arquivado nos termos do artigo 105 do regimento interno da câmara dos deputados. Publicação no dcd do dia 01/02/2011 - suplemento ao nº 14.
<b>PL 7666/2006</b>	Dispõe sobre o regime de colaboração entre a união, os estados, o distrito federal e os municípios, na organização dos seus sistemas de ensino e dá outras providências.	Ricardo Santos	Mesa - arquivado nos termos do artigo 133 do ricd. Dcd de 03/07/08 pág 30957 col 01.
<b>PL 720/2007</b>	Altera a lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que institui as diretrizes e bases da educação nacional, para dispor sobre o limite máximo de alunos por sala de aula e a jornada escolar mínima na rede pública de educação básica.	Leonardo Quintão	Mesa - arquivada nos termos do artigo 163 c/c 164, § 4º, do ricd.
<b>PL 3477/2008</b>	Altera o art. 26 da lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que "estabelece as diretrizes e bases da educação nacional", para incluir o § 6º. Explicação: inclui a prática da leitura, didaticamente orientada, no currículo obrigatório da educação básica.	Claudio Cajado	Mesa - arquivado nos termos do artigo 133 do ricd (rejeição na comissão de mérito). Dcd de 25/02/10 pag. 4757 col 01.
<b>PL 6112/2009</b>	Autoriza a união a instituir o programa nacional de reforço escolar na educação básica pública, denominado	Senado federal -	Plen - arquivado nos termos do artigo 133 do ricd (rejeição na comissão de



	programa de apoio ao sucesso escolar na educação básica pública (passebem).	Marcelo Crivella	mérito). Dcd de 07/05/10 p. 18787 col 02.
<b>PL 7783/2010</b>	Institui novo valor para o piso salarial profissional nacional para os profissionais do magistério público da educação básica, regulamentado pela lei nº 11.738, de 16 de julho de 2008. Explicação: fixa em R\$ 1.575,00 (mil, quinhentos e setenta e cinco reais).	Eliseu Padilha	Mesa - arquivado nos termos do artigo 105 do regimento interno da câmara dos deputados. publicação no dcd do dia 01/02/2011 - suplemento ao nº 14.
<b>PL 1021/2011</b>	Institui o programa nacional "papai do céu na escola".	Pastor Marco Feliciano	Memorando n.º 330/2011 ao Arquivo

Com estes projetos arquivados, o que podemos observar é a falta de preparo e interesse do legislador em melhorar de fato a educação no Brasil. A omissão pode ser observada quando dos projetos com potencial de transformação social foram arquivados. Bem como o tempo gasto em ações de cunho religioso favorecendo uma minoria e que nunca se sentiu ofendida tendo seus direitos sonogados. O legislador foi eleito para representar o povo. A grande pergunta que se faz é se este representante realmente está representando seus eleitores. O fato é que temos um legislativo que não representa que não chama para si a responsabilidade e não utiliza o poder de transformação e mobilização social que possui para transformar a sociedade. E, por consequência disso, a sociedade acaba desaguando suas reivindicações no Poder Judiciário, que, seja para bem ou mal, ao menos fornece uma resposta ao cidadão.

#### **4. O ACESSO À EDUCAÇÃO INFANTIL E O PODER JUDICIÁRIO**

Conforme artigo 29 da LDB, a instrução infantil é a primeira etapa da educação básica. Tem como finalidade o desenvolvimento integral da criança até os seis anos de idade, em seus aspectos físico, psicológico, intelectual e social, complementando a ação da família e da comunidade.

Consiste em educação infantil o acesso às creches e entidades que cuidem das crianças até os três anos de idade e também as pré-escolas no caso de quatro, cinco e seis anos. Com a Constituição de 1988 o atendimento às crianças com menos de seis anos ganhou notoriedade Constitucional, visto que antes este ramo do ensino era apenas de índole assistencial. A Lei de Diretrizes e Base da Educação conferiu ao governo Municipal o dever de oferecer e gerenciar a educação infantil.

Deve-se ressaltar a natureza jurídica do direito à educação infantil, para então demonstrarmos a possibilidade de intervenção judicial. O Supremo tribunal Federal manifestou-se sobre o tema, em 26/04/07<sup>26</sup> entendendo que, a partir do capitulado no art. 208, IV, da CF/88, o direito à educação consubstancia norma cogente. No mesmo processo, o Ministro Marco Aurélio Mello averbou que o dever inserto no artigo 208, IV, da Carta Fundamental impõe observância irrestrita, “não cabendo tergiversar mediante escusas relacionadas com a deficiência de caixa”<sup>27</sup> Podemos então entender que o direito à educação infantil é um direito público-subjetivo. Segundo a Desembargadora Des. Maria Olivia Alves, o direito à educação infantil é considerado um direito líquido e certo, sendo um dever do município assegurá-lo. Vejamos:

As crianças de zero a seis anos têm garantido, por expressa disposição constitucional, o direito, não em tese, não imaginário, não meramente ideal, mas concreto, efetivo, de atendimento em creche e pré-escola. Nada mais é necessário se dizer que um tal direito seja exercido. Nenhuma outra lei ou qualquer medida legislativa é necessária para a exequibilidade dessa prestação. Está claramente identificada a pessoa obrigada à prestação. Está também precisamente identificado, da mesma forma com singular clareza, o objeto dessa prestação social. [...] É direito líquido e certo.<sup>28</sup>

Como já ressaltado, apontaremos o Poder Judiciário como uma via para a efetivação ao direito à educação, o que se faz necessário vislumbrar são os limites e a legitimidade das decisões.

Mesmo com vasta legislação, a educação infantil ainda não consegue amparar todas as crianças, esbarrando em questões de cunho econômico.

---

<sup>26</sup> BRASIL, STF, RE-AgR 384201. Pleno. Rel. Min. Marco Aurélio. DJU 03/08/07.

<sup>27</sup> VICTOR. Rodrigo Albuquerque de. *Judicialização de Políticas públicas para a educação infantil, limites e ferramentas para um controle judicial legítimo*. São Paulo Ed. Saraiva 2011. São Paulo. P. 76

<sup>28</sup> SP: STJ, Câmara Especial. Apel. Cível n.152. 802/5-00Rel.Min. Maria Olívia Alves. DJe Apelação improvida 15/10/07.

Segundo o Seminário CAQi<sup>29</sup> da Educação Infantil, realizado pela Campanha Nacional Pelo Direito à Educação em 2010, o tripé para a realização da educação de qualidade, consiste em: gestão democrática e avaliação, valorização dos profissionais e o financiamento adequado. Somente com políticas públicas afirmativas é que o país conseguirá alcançar este tripé e conseqüentemente a educação de qualidade. Nossa legislação ampara a busca por esses três pilares da educação, demonstrando a sensibilidade do legislador ao tratar do direito à educação. Vejamos:

Constituição Federal- art. 206:

O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; (...)  
V - valorização dos profissionais do ensino, garantido, na forma da lei, plano de carreira para o magistério público, com piso salarial profissional; (...)  
VII - garantia de padrão de qualidade.

Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – LDB, art. 4º:

IX: Padrão mínimo de qualidade de ensino: “variedade e quantidade mínimas, por aluno, de insumos indispensáveis ao desenvolvimento do processo de ensino-aprendizagem”.

Plano Nacional de Educação – PNE, lei 10.172/2001:

Definição de padrões mínimos de infraestrutura das escolas e de qualificação dos docentes.

Segundo o CAQi (custo aluno/qualidade) também apresentado na “Campanha Nacional pelo Direito à Educação” os atuais investimentos com o ensino, quando realizados, não são suficientes para a manutenção de uma educação com os padrões de qualidade que a própria lei exige. Conforme tabela indicando os investimentos por aluno bem como os valores

---

<sup>29</sup> Campanha Nacional todos pelo Direito À Educação. Seminário: “Educação pública de qualidade quanto custa este direito?” Realizada em Petrolina 16 de Junho de 2010. Disponível em: <[www.campanhaeducacao.org/publicações](http://www.campanhaeducacao.org/publicações)>. Acesso em: 23/02/2013.

que deveriam ser investidos para que a educação alcançasse níveis de qualidade. Conforme tabela 2: “Custo Aluno de Qualidade”

<b>ETAPA</b>	<b>CUSTO ALUNO QUALIDADE</b>	<b>ATUAIS INVESTIMENTOS ATÉ 2010</b>	<b>DIFERENÇA</b>
<b>CRECHE</b>	5.266	1.556,33	3.709,67
<b>PRÉ-ESCOLA</b>	2.042	1.414,85	627,15
<b>ENS. FUNDAMENTAL 1</b>	1.942	1.414,85	527,17
<b>ENS. FUNDAMENTAL 2</b>	1.902	1.556,33	345,67
<b>ENS. MÉDIO</b>	1.957	1.697,08	259,18
<b>ENS. FUNDAMENTAL- CAMPO 1</b>	3.219	1.627,08	1.591,92
<b>ENS. FUNDAMENTAL- CAMPO 2</b>	2.464	1.697,82	766,18

Tabela 2: Custo Aluno de Qualidade. Dados apresentados na Campanha Nacional todos pelo Direito À Educação. Seminário: “Educação pública de qualidade quanto custa este direito?” Realizada em Petrolina 16 de Junho de 2010.

Estes dados foram apontados para demonstrar que além do acesso à educação, faz-se necessário que esta seja de qualidade. Todavia os gastos para manutenção de creches e pré-escolas nem sempre se encaixam no orçamento dos municípios. Quando então deságuam os problemas nas vias judiciárias, que ao proferir uma sentença garantindo uma vaga em creche ou até mesmo deferindo a construção de novas instalações, esbarra em questões de competência e até mesmo nas orçamentárias. O aclamado princípio da reserva do possível é sempre suscitado nestes casos, sendo aquele cujo indivíduo pode de maneira razoável exigir da sociedade, não tendo o Estado que garantir todo direito que não se encaixe no razoável. Todavia faz-se mister saber até que ponto o Poder Executivo possui a discricionariedade quando, por exemplo, não constrói uma escola por falta de orçamento. Conforme o caso do município de Criciúma, que no Recurso Especial n. 1.185.474 – SC alegou que por questões orçamentárias não poderia criar vaga em creche deferida por sentença judicial para menor de

idade. O município alegou ofensa à separação dos poderes bem como ao orçamento público que não havia previsto tal gasto. Nestes termos aduziu que:

A forma com que o Estado deve garantir o direito à educação infantil está condicionada às políticas sociais e econômicas, o que faz crer que qualquer atuação deve ser realizada na medida das suas possibilidades estruturais e financeiras, ou seja, da reserva do possível.<sup>30</sup>

O Relator à época, Ministro Humberto Martins, manifestou-se no sentido de promover o direito à educação, dada a falta demonstração da insuficiência dos recursos, indeferindo o recurso e ressaltando a necessidade da promoção dos direitos fundamentais em detrimento a discricionariedade do administrador.

Assim, há casos em que cabe ao Poder Executivo, discricionariamente, optar por fazer algo ou não, tendo em vista o orçamento público, ou seja, quando não há recursos suficientes para prover todas as necessidades, a decisão do administrador de investir em determinada área implica escassez de recursos para outra que não foi contemplada.” Entretanto, inexistente discricionariedade na consecução dos direitos humanos fundamentais, porque estes devem ser garantidos; assim, “observa-se que a realização dos Direitos Fundamentais não é opção do governante, não é resultado de um juízo discricionário nem pode ser encarada como tema que depende unicamente da vontade política”.<sup>31</sup>

Neste mesmo recurso o Ministro dispôs que a atuação do Poder Judiciário deve ser dar apenas em casos excepcionais no tange à efetivação de políticas públicas, bem como a prioridade da educação de uma criança quando do orçamento.

Então adentramos no cerne do problema, conforme já demonstrado, o direito à educação infantil encontra amparado como um direito público subjetivo, portanto poderá ser

---

<sup>30</sup> SC : STJ , 2ª Turma, Resp. n.1885.474 , Rel. Min. Humberto Martins, DJe Recurso Especial improvido 20/04/10.

<sup>31</sup> *Ibidem*

pleiteado juridicamente. Porém, temos as questões de orçamento, que são competências do Poder Executivo e Legislativo. Quando se busca através de uma via Judicial o direito à educação, e um juiz defere o pedido, por exemplo, de uma vaga em creche, está o Poder Judiciário invadindo a competência dos outros poderes? Está criando uma política pública por via judicial? Também podemos levantar a questão de que quando o Poder Judiciário realiza uma política pública, estaria usurpando o poder do povo que escolheu para representá-los os Poderes Executivo e Legislativo e não o Poder Judiciário?

A doutrina diverge, ora defendendo esta postura ativista do Judiciário, ora se posicionando contra. Vejamos conforme Sílvio Dobrowolski “(...) o Judiciário, nos tempos atuais não pode propor-se a exercer função apenas jurídica, técnica, secundária, mas deve exercer papel ativo, inovador da ordem jurídica e social, com decisões de natureza e efeitos marcadamente políticos”.<sup>32</sup>

Peter Häberle também defende a importância do ativismo judicial nas democracias mais jovens, ele entende ‘ser saudável’ para as ‘novas repúblicas’ o ativismo judicial praticado pelos tribunais que, através de sua ação no tecido social, obriga os demais poderes a agirem também<sup>33</sup>.

O fato é que mesmo o Poder Judiciário sendo uma válvula de escape para assegurar a educação infantil, tal ampliação em seu raio de atuação não pode ter qualquer resquício de incompatibilidade com os ideais democráticos. Ou seja, deve existir um equilíbrio entre fornecer ao cidadão a garantia de seus direitos e limitar cada poder político à suas funções constitucionais. O grande risco desta excessiva atuação judicial é o desequilíbrio que gera em relação à separação e harmonia entre os poderes além das questões orçamentárias que breve destacaremos. Segundo Gisele Cittadino<sup>34</sup> muitos autores afirmam que quando se deixa por conta dos tribunais estabelecerem uma síntese interpretativa dos valores constitucionais forjados pelo povo, o processo de judicialização da política atua contrariamente ao império da

---

<sup>32</sup> DOBROWOLSKI, Sílvio. *A necessidade de ativismo judicial no estado contemporâneo*. Disponível em: <[www.periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/.../14280](http://www.periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/.../14280)>. Acesso em: 04 fev. 2012.

<sup>33</sup> Mencionado por STRECK, Lenio Luiz. *O que é isso - Decido conforme minha consciência?* 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. P. 22.

<sup>34</sup> CITTADINO, Gisele. *Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação dos poderes*. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002. P. 35.

lei. O Judiciário não deve abdicar de sua função, mas deve respeitar os limites que os procedimentos processuais lhes impõem. Como demonstra o professor Lenio Streck:<sup>35</sup>

De pronto, consigno que, quando o Judiciário age – desde que devidamente provocado no sentido de fazer cumprir a Constituição, não há que se falar em ativismo. O problema do ativismo surge exatamente no momento em que a corte extrapola os limites impostos pela Constituição e passa a fazer política judiciária, seja para o “bem”, seja para “mal” (...).

A respeito do tema a possibilidade do controle Judicial para a viabilização de políticas públicas, desperta indagações, cuja resposta torna-se demasiadamente complexa. No decorrer do trabalho, ficou demonstrado que para a efetivação do direito à educação de qualidade são necessárias ações de cunho material e financeiro. E em um país no qual o governo não está autorizado a utilizar recursos que estejam em desarmonia com o Plano Plurianual, Lei de diretrizes Orçamentárias, Lei de Responsabilidade Fiscal e com a lei orçamentária anual, cumprir com uma decisão Judicial que comprometa ou esteja fora do orçamento, torna-se tão inconstitucional quanto a própria violação ao direito à educação. Embora o Chefe de Governo tenha relativa liberdade para fazer suas políticas, elas devem passar pelo crivo do Legislativo e serem inseridas no orçamento. Segundo Rodrigo Albuquerque:

As normas orçamentárias consubstanciam uma garantia à sociedade, constituem um fator limitador à atuação do Estado. Eventualmente podem comprometer até a efetivação de direitos sociais.<sup>36</sup>

As questões relativas ao orçamento e as limitações constitucionais aos órgãos administradores devem ser levadas em consideração quando do cumprimento da sentença que defere pedido de vaga em creches e pré-escolas. Vejamos outro exemplo de uma decisão em que o Poder Judiciário, além de estabelecer a possibilidade de criação de políticas públicas perante a omissão dos demais poderes, afirma que questões de cunho orçamentário não

---

<sup>35</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O que é isso - Decido conforme minha consciência?* 2. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. P. 22.

<sup>36</sup> VICTOR. Rodrigo Albuquerque de. *Judicialização de Políticas públicas para a educação infantil, limites e ferramentas para um controle judicial legítimo*. São Paulo: Ed. Saraiva 2011. P. 107.

podem ser legítimas para justificar o abandono à educação infantil. No Recurso Extraordinário n. 410.715, o STF ordenou fazer valer o artigo 211, §2º da Constituição independente das alegações orçamentárias:

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.<sup>37</sup>

Conforme disposto no artigo 222 §2º da Constituição Federal, os municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil, o Supremo também manifestou no sentido de que o direito à educação infantil, não poderá ser sonegado mediante conveniência do Poder Executivo Municipais, por tratar-se de preceito constitucional vinculante.

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.

Vale ressaltar que quando questionados estes tipos de decisões, um aspecto importante sempre levantado é a ofensa à separação dos poderes. No caso, a interferência do Judiciário em questões de cunho executivo. No mesmo recurso supracitado, o relator Gilmar Mendes fundamenta sua decisão e justifica esta atuação judicial quando da omissão dos poderes na implementação dessas políticas públicas, que sonegam os direitos e ferem por consequência a Constituição. Afirmando a legitimidade das ações judiciária para cumprimento e aplicação direta da Constituição.

---

<sup>37</sup> Decisão da Segunda Turma do STF, no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 410715 – SP, em acórdão da lavra do Ministro Celso de Mello.



Embora resida, primariamente, nos poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao poder judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à "reserva do possível". Doutrina.

Alguns doutrinadores como o professor Lenio Streck criticam a interferência do Judiciário para resolver esse tipo de questão. Para o professor Lenio Streck este é o risco da democracia.<sup>38</sup> Pois compete ao Poder Executivo deliberar sobre políticas públicas. Para os que são contra o ativismo, a ação do Judiciário não pode ser tida como legítima, visto que agindo desta forma acaba usurpando a competência do Legislativo e enfraquecendo a democracia. Ainda que as decisões tenham sido acertadas, no que tange ao mérito, o aspecto democrático fica defasado. Em um Estado Democrático de Direito não se pode tolerar que qualquer ação ou omissão por mais revolucionárias e justas que pareçam venham ferir a Constituição e a democracia. Para esta corrente deve o Judiciário limitar-se à função de aplicar a lei e apontar os defeitos de uma norma defeituosa. Trabalhando a lei no limite do texto constitucional.<sup>39</sup>

Como já analisado, tanto sonegação do direito das crianças à educação, quanto à violação dos limites orçamentários estão de alguma forma sendo inconstitucionais.

Neste ponto faz-se necessário vislumbrar algumas breves considerações sobre as questões constitucionais orçamentárias. Visto que no capítulo anterior ficou demonstrado o claro posicionamento do STF no sentido de efetivar o direito à educação infantil mesmo em face do Poder Executivo quando alega falta de receita e de planejamento orçamentário.

---

<sup>38</sup> RECONDO, Felipe. *Constituição só reconhece união 'entre homem e mulher'*. Estadão. 05 de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/vidae.para-.../so-reconhece-uniao-entre-homem-e-mulher,715310,0.htm>> Acesso em 26/02/2012.

<sup>39</sup> RAMOS, Elival da Silva, *O ativismo judicial é ruim independente do resultado*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-ago-01/entrevista-elival-silva-ramos-procurador-estado-sao-paulo>>. Acesso em 25/02/2012.

Segundo Aliomar Baleeiro, o orçamento público é o ato pelo qual o Poder Legislativo autoriza o Poder Executivo, por certo período e, em pormenor, a realizar as despesas destinadas ao funcionamento dos serviços públicos e outros fins adotados pela política econômica ou geral do país, assim como a arrecadação das receitas já criadas em lei.<sup>40</sup>

As despesas do poder público devem estar em consonância com o Plano Plurianual, Lei de Diretrizes Orçamentárias e a Lei Orçamentária Anual. Encontrando então o administrador limites para suas ações. Devemos ressaltar que o administrador possui a liberdade de elaboração de suas políticas, porém deve respeitar os limites impostos pela lei, deve também submeter os planos ao crivo do Poder Legislativo dentre outras formalidades que visam proteger o cidadão da má administração. As normas orçamentárias são uma garantia para o cidadão e um limitador do Estado, que na figura do Chefe do Executivo encontra limites tendo que cumprir o contemplado princípio da legalidade estrita. Neste aspecto segundo Eduardo Appio, o gestor prudente deve antecipar-se às decisões Judiciais. Existe a previsão de que a LOA contenha um “anexo de riscos” para atender a este desiderato.<sup>41</sup> Neste caso o administrador poderá dar cumprimento à decisão judicial, sem estar ferindo o planejamento orçamentário, pois o próprio legislador demonstrou a importância de verbas para cumprimento de situações com caráter de urgência. Sobre a educação infantil, é importante ressaltarmos que a lei 8.069/90 deu à educação o status de prioridade pública. Recebendo inclusive a prioridade para a formulação e realização de políticas públicas. Outro aspecto importante que devemos analisar é que quando uma decisão judicial defere a efetivação de um direito social, por exemplo, a educação infantil, uma vaga em creche ou a construção de uma escola, este Poder não possui a legitimidade de apontar qual é a fonte para obter este recurso. Deve-se então ser encaminhado ao setor de gestão do município que detém a competência para tal ação que indicará de onde virão os recursos para o cumprimento da sentença judicial.

---

<sup>40</sup> BALEEIRO, Aliomar. *Uma Introdução à Ciência das Finanças*. 15ª ed. revista e atualizada por Dejalma de Campos, Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 411.

<sup>41</sup> APPIO, Eduardo. *Controle Judicial de Políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2005. P.181.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decorrer da pesquisa foi analisada a importância da educação para a formação do cidadão, bem como o dever da família, sociedade e Estado neste processo, sendo a responsabilidade solidária e cada um deles necessários para formar o cidadão em seus aspectos éticos, morais, religiosos e intelectuais. Ao percorrer a trajetória sobre o direito à educação em nosso país, ficou claro que mesmo sendo a educação um direito essencial ao desenvolvimento da sociedade, esta foi deixada em segundo plano por diversas vezes, ora sendo um direito de todos, e responsabilidade do Estado, ora limitando o seu acesso e aparecendo o Estado como figura apenas subsidiária na concretização deste direito. Até que em 1988, a Constituição Cidadã eleva o status da educação sendo um direito de todos e dever da família, Estado e sociedade.

Embora hoje o Estado tenha despertado na criação de programas que impulsionem a concretização da educação, como o PDE, algumas questões relativas ao orçamento são suscitadas. Existe a previsão de que a LOA contenha um “anexo de riscos” para atender a este desiderato.<sup>42</sup> Ocorre o descaso e omissão do legislador quando da propositura e abandono/arquivamento de projetos de lei que deveriam melhorar o cenário da educação. Se por um lado os parlamentares deixaram de aprovar leis que ajudariam no desenvolvimento da educação, por outro, projetos que foram propostos visando o interesse de grupos religiosos, sem respeito às questões de laicidade e igualdade. O levantamento dos projetos de lei arquivados nos últimos dez anos, confirma uma das hipóteses levantada no início das pesquisas. Sendo que a omissão do legislador faz com que questões importantes que deveriam ser resolvidas nas arenas políticas, deságuem no Poder Judiciário, fortalecendo o ativismo judicial.

A proposta da pesquisa foi a de relacionar a omissão do legislador com o fenômeno do ativismo judicial e a legitimidade dessas decisões que realizam políticas públicas. Sobre o foco da pesquisa que foi o acesso à educação infantil (creches e pré-escolas) pelas vias judiciais, ficou claro que o posicionamento do STF e demais tribunais, têm sido o de efetivar

---

<sup>42</sup> APPIO, Eduardo. Controle Judicial de Políticas públicas no Brasil. Curitiba: Juruá, 2005. P.181.

o direito à educação, mesmo diante das alegações dos municípios relativas à escassez de recurso e falta de previsão orçamentária. Para o STF, a educação é um direito que detém prioridade na formulação de políticas públicas, não cabendo justificativas orçamentárias e reserva do possível para justificar a sonegação deste direito. Justificando este posicionamento, vale lembrar Eduardo Appio sobre o tema, para o autor o gestor prudente deve antecipar-se às decisões Judiciárias. Existe a previsão de que a LOA contenha um “anexo de riscos” para atender a este desiderato.<sup>43</sup> Sendo esta solução uma via para que se possa cumprir com a sentença judicial sem violar as questões relativas ao planejamento e orçamento.

Claro que a solução em um Estado Democrático de Direito seria que os poderes agissem de forma adequada quanto às suas competências, sem sonegação ou invasão de um poder por outro. Mas esta ainda não é uma realidade em nosso país, portanto cabe ao Judiciário manifestar-se, quando comprovada a má gestão do administrador, principalmente para garantir os direitos relativos à educação que são como já demonstrados prioridades de nosso ordenamento e objeto de transformação da realidade social. Porém, suas decisões sempre devem ser fundamentadas de maneira racional e em conformidade com a Constituição. É importante ressaltar que o uso do Judiciário deve ser o último recurso para se garantir os direitos e não como a primeira e mais importante forma de se conseguir os direitos constitucionais como têm se observado.<sup>44</sup> O Poder Legislativo, segundo Dierle Nunes e Alexandre Bahia, ainda é a primeira e principal arena institucionalizada para a discussão, e que deve ser resgatada/reconstruída uma teoria constitucionalmente adequada sobre esta função essencial ao Estado Democrático de Direito.<sup>45</sup>

O ativismo judicial está interligado com a omissão legislativa, que por sua vez é muito difícil de ser corrigida sem colocar os poderes em certo atrito. Uma vez que em um Estado Democrático de Direito onde a separação dos poderes é consagrada, cada poder possui uma função específica e deve cumprir esta, para que se sustente o ambiente democrático. Pois,

---

<sup>43</sup> *Ibidem*

<sup>44</sup> NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Processo jurisdição e processualismo constitucional democrático na América Latina:alguns apontamentos. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n.101, Belo Horizonte, jul/dez 2010, p. 68.

<sup>45</sup> *Ibidem*, p. 70

todo poder quando não exercido (ou quando não bem exercido) deixa vácuo e sempre existe alguém pronto para preencher esse espaço vazio por ele deixado.<sup>46</sup>

## REFERÊNCIAS

BENEVIDES, Maria Victória de Mesquita, BERCOVICI, Gilberto, MELO Claudineu(organizadores). Direitos Humanos, Democracia e República. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

BALEEIRO, Aliomar. Uma Introdução à Ciência das Finanças. 15ª ed. revista e atualizada por Dejalma de Campos, Rio de Janeiro: Forense, 1997.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário n. 410715, Relator Ministro Celso de Mello, DJ. 03/02/2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário n. 384.201, Relator Ministro Marco Aurélio, DJ. 03/08/2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Resp. n. 1.885.474, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJe. 20/04/10.

SP: STJ, Câmara Especial. Apel.n. 152.802-0/5-00 . Rel.Min. Maria Olívia Alves. DJe Apelação improvida 15/10/07.

CASTRO, Alexandre Barros. O orçamento público, sua natureza e atuais vicissitudes. Datavenia, ano V, n. 49, agosto de 2001. Disponível em: <[http://www.datavenia.net/opiniao/2001/O\\_ORCAMENTO\\_PUBLICO.htm](http://www.datavenia.net/opiniao/2001/O_ORCAMENTO_PUBLICO.htm)>. Acesso em: 10 de janeiro 2013.

CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação dos poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). A democracia e os três poderes no Brasil. Belo Horizonte: UFMG / Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002.

CURY, Carlos R. J. A educação e a primeira Constituinte republicana. In: FÁVERO, Osmar (org.). A educação nas Constituintes brasileiras (1823-1988). Campinas, SP: Autores Associados, 1996.

DOBROWOLSKI, Silvio. A necessidade de ativismo judicial no estado contemporâneo. Disponível em: <[www.periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/.../14280](http://www.periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/.../14280)>. Acesso em: 04/02/2012.

THAIT, Márcia. Participação popular foi crucial para assegurar direitos políticos. Disponível em: <<http://www.unicamp.br/unicamp/divulgacao/2008/10/08/participacao-popular-foi-crucial-para-assegurar-direitos-politicos>>. Acesso em: 04/01/2012.

---

<sup>46</sup> GOMES, Luiz Flávio. *O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes?* Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12921/o-stf-esta-assumindo-um-ativismo-judicial-sem-precedentes>>. Acesso em: 04 fev. 2012.

GOMES, Luiz Flávio. O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes? Jus Navigandi, a. 14, n. 2164, 04/06/2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12921>>. Acesso em: 22/02/2013.

SOUZA JUNIOR. Luis de. Fundev e o direito à educação básica. Disponível em: <[www.anped.org/reunioe/23/texto/0530t.PDF](http://www.anped.org/reunioe/23/texto/0530t.PDF)>. Acesso em: 22/02/2013.

MALISKA. Marcus Augusto. O direito à educação e a Constituição. Porto Alegre: Ed. Sergio Antonio Fabris, 2001.

NUNES, Dierle. BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Processo jurisdicional e processualismo constitucional democrático na América Latina: alguns apontamentos. Revista Brasileira de Estudos Políticos, n.101, Belo Horizonte, jul/dez 2010, p. 61-95.

RAMOS, Elival da Silva, O ativismo judicial é ruim independente do resultado. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2009-ago-01/entrevista-elival-silva-ramos-procurador-estado-sao-paulo>>. Acesso em 25/02/2012.

RECONDO, Felipe. Constituição só reconhece união 'entre homem e mulher'. Estadão, 05 de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/vidae,para-.../so-reconhece-uniao-entre-homem-e-mulher,715310,0.htm>>. Acesso em 26/02/2012.

STRECK, Lenio Luiz. O que é isso - Decido conforme minha consciência? 2. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

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