

DESAFIOS JURÍDICOS: RETRATOS DE POLÍTICAS PÚBLICAS QUANTO AO ACESSO E QUALIDADE DO ENSINO INFANTIL

DESAFÍOS JURÍDICOS: RETRATOS DE POLÍTICAS PÚBLICAS AL ACCESO Y CALIDAD DE LA ENSEÑANZA INFANTIL

Fayola Sant'Anna Cajuela¹

RESUMO

O presente trabalho seleciona como objeto o controle jurisdicional relativo ao acesso e qualidade do ensino infantil com o objetivo de relevar compreender a arquitetura jurídica nas ações coletivas e individuais promovidas pelos legalmente legitimados e em que medida estes estabelecem diálogos institucionais para estruturarem soluções judiciais e extrajudiciais de forma a proteger e promover direitos fundamentais. O exame merece atenção para construir novos caminhos nos estudos, ainda reduzidos, quanto à judicialização de políticas educacionais brasileiras. Diante disso, será apresentada a dinâmica jurídica envolvendo políticas públicas de educação de crianças em creches e pré-escolas promovida pelos órgãos do sistema de justiça brasileiro.

Palavras-chave: Sistema de justiça. Direitos fundamentais. Educação infantil. Políticas públicas.

RESUMEN

El presente trabajo selecciona como objetivo el control jurisdiccional relativo al acceso y calidad de la enseñanza infantil con el objetivo de revelar y comprender la arquitectura jurídica en las acciones colectivas promovidas por los legalmente legitimados y en qué medida, éstos, establecen diálogos institucionales para estructurar soluciones jurídicas y extrajudiciales de forma que protejan y promuevan derechos fundamentales. El examen merece atención para construir nuevos caminos en los estudios, todavía reducidos, desde el

¹ Mestranda em Direito e Desenvolvimento na Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas.

punto de vista unidireccional de políticas educacionais brasileiras. Diante de eso, va a ser presentada la dinámica jurídica envolvendo políticas de educación de niños en círculos infantiles y pre escuelas promovidas por los órganos de justicia brasileños.

Palabras llaves: Sistema de justicia. Derechos fundamentales. Educación infantil. Políticas públicas.

INTRODUÇÃO

A saúde é o tema, dentre os direitos sociais, que desperta discussões a respeito do controle judicial de políticas públicas, especialmente quanto ao fornecimento de medicamentos por parte do poder público². No entanto, o direito à educação vem ganhando espaço tanto nas pesquisas jurídicas empíricas³ quanto por meio do crescente número de ações judiciais individuais e coletivas propostas com pedidos relacionados ao acesso à vaga em creches e pré-escolas.

O destaque para maior atuação do Poder Judiciário nas políticas públicas, em especial nas ações judiciais individuais e coletivas traz algumas primeiras perguntas: o controle judicial para o acesso e qualidade da educação infantil é viável para alcançar a eficiência dos direitos fundamentais elencados na Constituição Federal de 1988? A partir das recentes decisões do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJ/SP) envolvendo essa temática encontramos inovações no campo judiciário?

A partir de tais questões o presente estudo oferece reflexões a respeito dos desafios enfrentados pelo sistema de justiça brasileiro, em especial do TJ/SP e atores envolvidos em discussões de direitos fundamentais.

A jurisprudência⁴ firmou-se apenas em 2006 ao adotar o entendimento que o direito à educação infantil é direito público subjetivo e não obstante o Poder Executivo tenha uma

² Neste ponto são recomendáveis as pesquisas empíricas realizadas por Octavio Ferraz e Daniel Wei Liang.

³ Nessa perspectiva os trabalhos de Lara Barbosa Quadros Côrte (Direito GV), Dalton Tria Cusciano (Direito GV) e Adriana Dragone (FE/Usp).

⁴ O Supremo Tribunal Federal (STF) declara expressamente que cabe ao Judiciário determinar que sejam asseguradas vagas a todos os que demandarem, sempre que comprovada a omissão dos demais poderes, revelando, portanto, a exigibilidade jurídica imediata do direito à educação infantil.

margem de discricionabilidade, esta não deve ser escusa para o descumprimento de norma constitucional.

Anteriormente, eram poucas as ações com pedidos de vagas em creches. Nesse contexto, é possível situar alguns cenários jurídicos quanto ao baixo número de ações judiciais propostas envolvendo pedidos relativos ao acesso à educação infantil, dentre elas: reduzido acesso à Justiça em razão da ausência ou insuficiência de informação por parte daqueles que necessitam de vagas em creches e pré-escolas; o conhecimento da morosidade de processos judiciais – o que inviabiliza o exercício pleno do direito à educação, uma vez que o tempo acarreta irreversibilidade da perda do direito referente ao período não frequentado no estabelecimento de ensino; a ausência de Defensoria Pública⁵ (instalada no Estado de São Paulo apenas em 2006).

Com a judicialização, a tendência dos juízes de primeira instância era de acolhimento das ações individuais em detrimento das ações coletivas - em posição favorável em relação aos pedidos de acesso às vagas em creche ou pré-escola em decisão interlocutória concedendo liminares.

Introduzido, em apertada síntese, os pontos de partida vale apresentar a forma pela qual é desenvolvido o presente estudo. Este artigo está estruturado da seguinte forma: como ponto inicial é preciso compreender, ainda que de forma breve, a trajetória histórica a respeito do direito do ensino infantil; a partir disso, é exposto um panorama do direito brasileiro relativo ao direito à educação. Em seguida, é abordada a tutela judicial como instrumento de garantia de políticas públicas como também a relevância da participação democrática como braços fortes para assegurar, dentro do sistema de justiça, a promoção e proteção do direito educacional, além das atuações extrajudiciais. Em um segundo bloco, decisões judiciais recentes no TJ/SP são investigadas de forma a retratar os argumentos constitucionais envolvidos considerando os desafios jurídicos envolvendo os direitos fundamentais.

⁵ Antes da instalação da Defensoria Pública do Estado de São Paulo (DPE/SP) o atendimento à população carente era realizado pela Procuradoria de Assistência Judiciária (PAJ), a qual consistia em um sub-órgão da Procuradoria Geral do Estado, instituição prevista para prestar serviços jurídicos ao Governo do Estado. A regulamentação da DPE/SP ocorreu apenas em de 09 de janeiro de 2006 por meio da Lei Complementar Estadual n. 988. A promulgação dessa lei foi o resultado de crescente pressão feita por diversos setores da sociedade civil – o que culminou na criação do “Movimento pela Criação da Defensoria” em meados de 2002. Apesar de prevista desde 1988 pela Constituição Federal, o Estado de São Paulo instituiu quase 18 anos sedeprópria da DPE.

1. BREVE PERCURSO: O DIREITO EDUCACIONAL BRASILEIRO

A partir de um breve percurso no campo constitucional é possível compreender o contexto político-social que resultou no debate público de ausência de vagas no ensino básico.

Vale ressaltar, que o contexto fático por meio do qual a norma surgiu importa diretamente para o Direito, não apenas para a interpretação do dispositivo legal como também para a visão macro e interdisciplinar viabilizadora para atingir os fins concretos.

Para compreender o cenário educacional brasileiro não devemos esquecer que o Brasil durante o Império, no século XIX, ficou atrás de muitos países da América Latina, dentre eles, Argentina, Chile, Uruguai, os quais implantaram medidas de expansão da educação pública.

O cenário brasileiro construiu alterações com forte influência de convenções internacionais.

No Brasil, a não efetividade do direito à educação está imbricado a certos pontos: desigualdades derivadas de questões étnico-raciais, de gênero e socioeconômicas.

É preciso recordar que no período colonial, no Brasil, era considerada dispensável a educação – como receptores de oferta institucional – para aqueles indivíduos considerados como força de trabalho. O que iniciou uma lenta mudança com a Independência, em 1822, sendo incluída a instrução primária, gratuita a todos os cidadãos no artigo 179, XXXII, da Constituição de 1824 (CURY, 2013).

Nesse sentido Carlos Roberto Jamil Cury (2013, p. 107) complementa:

“À época da Independência, por exclusão socioétnica, 40% dos habitantes não tinham acesso à Educação. Se a isso juntarmos as mulheres que, pela concepção organicista da época, eram limitadas a uma cidadania passiva, então o universo dos considerados não cidadãos ou cidadãos imperfeitos sobe consideravelmente. É importante acrescentar que, à época, o direito de voto era privativo do sexo masculino e se regia pelo voto censitário”.

A instrução primária foi regulada inicialmente pela lei geral da Educação, em 1827, a qual era direcionada apenas as vilas e áreas mais populosas. Apenas em 1834, houve mudança considerável quanto à descentralização do ensino primário com o Ato Adicional (Lei n. 16) com a divisão de recursos fiscais e reconhecimento da autonomia das Províncias.

Neste ponto, esclarece o professor Cury (2013, p.108):

Iniciava-se, em nosso País, ainda que imperial e centralizado, uma duplicidade de redes de ensino. O ensino superior, voltado para as elites, continuava competência dos poderes centrais dotados de impostos robustos. Já a instrução primária e a formação docente foram confiadas às províncias as quais dotadas de impostos com menor valor ficaram impedidas de uma ação mais resoluta resultando daí uma oferta dispersa e muito pouco abrangente

No período republicano, a Constituição de 1891 adotou federalismo educacional semelhante ao Ato Adicional de 1834, e concedeu a autonomia dos Estados declarar ou não a gratuidade – ausente na Constituição Federal de 1891 - e a obrigatoriedade do ensino primário.

A Constituição de 1934 apresentou avanços ao mencionar a gratuidade e obrigatoriedade do ensino primário, o plano nacional de educação e a institucionalização dos conselhos de educação (CURY, 2013, p.109).

No entanto, em razão do golpe de Estado de 1937 o papel foi centralizado na família e no ensino privado – o que resultou em um papel secundário do Estado, sendo alterado apenas pela Constituição de 1946, a qual resgatou as ideias da Constituição de 1934.

No período da ditadura militar, a Constituição de 1967 excluiu a obrigatoriedade do percentual obrigatório dos impostos direcionados ao campo educacional – apenas os Municípios adquiriram, em 1969, tal fonte de recursos.

A partir da trajetória brasileira antes da CF/88, nesse período brevemente relatado, é possível compreender a abrangência de dispositivos elencados na “Constituição-cidadã” – resultado da presença de diferentes grupos de interesses quando discutida a elaboração dos pontos na seara educacional.

Deste modo, o regime de colaboração⁶ está alinhado com a redemocratização do país, período constituído por mudanças com inflexões tanto no *conteúdo* como no *regime* de políticas públicas, em que o *conteúdo* teve como paradigma a incorporação de parcelas da população não incluídas até o momento, entre os beneficiários de serviços públicos (FARAH, 2001). Em relação ao *regime* as mudanças em destaque são as que envolvem os novos sujeitos no processo de formulação, implementação e controle de políticas públicas. (FARAH, 2013, p.171-172).

⁶ O regime de colaboração é mencionado no artigo 211, da CF/88 e a colaboração conjunta entre os entes em um aspecto mais abrangente no artigo 23.

Nessa esteira, Marta Ferreira Santos Farah (2013, p.189) defende o enfrentamento do desafio no caminho de uma “cooperação federativa de estabelecer relações não-hierarquizadas e cooperativas entre os entes federados”.

A partir desse olhar, quais seriam as bases constitucionais quanto à discussão do acesso e qualidade da educação? Sob a ótica constitucional, quais seriam os instrumentos de garantia de políticas públicas para a promoção e proteção do direito educacional?

2. QUADRO CONSTITUCIONAL DO DIREITO AO ACESSO E QUALIDADE DA EDUCAÇÃO

Em 1945 com a criação da Organização das Nações Unidas (ONU) e em 1948 com a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) foi atribuído ao direito à educação o *status* de direito humano inserido nos direitos culturais (DUDH, art. 26) como também no Pacto Internacional de Direitos Econômicos e Sociais e Culturais (PIDESC) e no Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos (conhecido como Protocolo de São Salvador).

No plano internacional o direito à educação, assim como no direito interno, está relacionado à dignidade humana, aos valores emancipatórios do ser humano.

O direito internacional mapeia o caráter global da educação, reflexo dos objetivos desse direito humano em promover a paz, tolerância, afirmação de sociedades livres e democráticas por mecanismos de compreensão dos direitos e liberdades.

No contexto brasileiro, a partir da Constituição Federal promulgada em 1988, nas bases da democracia e prevalência dos direitos humanos temos nova perspectiva.

A partir dos preceitos descritos na CF/88 e da LDB podemos visualizar um panorama da compreensão do conceito, escopo, garantias da educação atualmente.

Cabe destacar que o imperativo da qualidade no ensino é traduzido pela CF/88 nos artigos 206, inciso VII; 208, inciso IX; 210, *caput*; 211, §1º; 214, inciso III bem como no artigo 4º, inciso IX da LDB.

Os direitos fundamentais apontam prestações positivas, instituídos como um rol exemplificativo na Constituição Federal de 1988. A educação, além de direito fundamental e

social, faz parte dos direitos humanos com o objetivo de proteger e promover a dignidade da pessoa humana, observados os direitos à liberdade e à igualdade.

A eficácia de um direito fundamental interfere diretamente no sistema jurídico de validade, assim como, a eficácia da norma constitucional diante da realidade reflete na evolução das normas jurídicas em uma relação dialética.

O reconhecimento da força normativa transparece pela disposição do artigo 5º, §1º ao instituir que os direitos e garantias fundamentais possuem aplicação imediata, independente de ato legal ou administrativo.

As normas referentes aos direitos sociais expõem uma finalidade do Estado a ser cumprida, sem, entretanto, delinear a regulamentação uma vez que esta é dever da legislação ulterior designar.

2.1. Tutela judicial do direito à educação

O fenômeno da judicialização da política causa diversas discussões, envolvendo o conceito de dignidade humana, direitos fundamentais, conceitos jurídicos indeterminados, reserva do possível e separação dos poderes.

Quanto aos conceitos jurídicos indeterminados Marcos Paulo Veríssimo (2006) ao discutir a teoria faz ressalva ao mencionar que a zona não tão clara não é espaço livre para a ação da administração. Do ponto de vista do Poder Judiciário, limitações também são apresentadas no sentido da impossibilidade de caráter irrestrito da análise e rechaçar critérios políticos.

A dignidade humana é um valor reconhecido internacionalmente, por meio da Declaração Universal dos Direitos Humanos, pelas Constituições da Alemanha, Portugal, Espanha e Chile.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 estabelece, no seu artigo 1º, inciso III, a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito, sendo esta consubstanciada no núcleo essencial dos direitos fundamentais.

Convém mencionar que o núcleo essencial da dignidade humana deve ser preservado, tendo em vista ser fundamento do Estado Democrático de Direito, exige que o Estado assegure o cumprimento das normas que sustentam sua atuação no plano fático.

Os limites relacionados aos direitos fundamentais apresentam desafios de ordem prática no Judiciário. Diante disso, a contribuição da professora Suzanna de Toledo Barros esclarece que:

[o] núcleo essencial constituiria o conteúdo mínimo de um direito, insuscetível de ser violado, sob pena de aniquilar-se o próprio direito. O legislador, então, ao restringir direitos, estaria limitado pelo núcleo essencial do direito a ser restringido. (BARROS, 2003, p.102). [...] Para não se permitir o relativismo constante de conteúdo desses direitos – o que poderia gerar uma ineliminável distorção de fins contrária à ideia de proteção – é necessária julgar as razões das restrições a partir de um dado previamente fixo (conteúdo essencial), embora se deva valorizar uma solução que, prestigiando a concordância prática entre vários bens concorrentes, possa definir limites mais elásticos aos direitos (mais além ou mais aquém daquilo que teoricamente se poderia prever como limite absoluto), dada a situação apresentada. (BARROS, 2003, p. 104).

De forma geral, na seara do direito educacional os instrumentos processuais de exigibilidade dos direitos individuais são o mandado de segurança (MS) e a ação de obrigação de fazer enquanto na esfera que ultrapassa o interesse individual temos a ação popular, o mandado de segurança coletivo, o mandado de injunção, a ação civil pública.

O artigo 5º, incisos XXXIV, “a” e XXXV da CF/88 trazem os deveres de apreciação pelo Judiciário de qualquer lesão ou ameaça de direito bem como o direito de petição, os quais aliados aos mandamentos do art. 60, §4º, inciso IV e do artigo 5º, §2º possibilitam a proteção ampla, por exemplo, por meio de ações cautelares, ordinárias e penais.

Em âmbito processual constitucional temos também em controle abstrato a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 102, I, CF/88), ação direta de inconstitucionalidade (art. 102, I, “a” CF/88), a ação direta de inconstitucionalidade interventiva (art. 28, da Lei n. 11.494, de 20-06-2007), a ação declaratória de constitucionalidade (art. 102, I, “a”, CF/88), a arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, §1º, CF/88 e Lei n. 9.882, de 03-12-1999) como forma de viabilizar questionamentos no Supremo Tribunal Federal.

3. RETRATOS DO JUDICIÁRIO PAULISTA QUANTO AO ACESSO E QUALIDADE DO ENSINO INFANTIL

De forma introdutória, vale indicar breve exposição conceitual para compreendermos o objeto central dos debates judiciais envolvendo políticas públicas educacionais.

Inicialmente trazemos a definição de políticas públicas de Maria Paula Dallari Bucci (2002, p. 241): “são programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”.

Dentro da lógica do Estado Democrático de Direito é imprescindível, no que tange as deliberações de políticas públicas educacionais, a participação democrática para as decisões de alocações de recursos como também as que envolvam justiça distributiva.

A relevância do diálogo entre a sociedade civil traz maior legitimidade, eficiência e efetividade nas medidas instituídas, bem como o maior interesse dos contribuintes em fiscalizá-las, cobrá-las e acompanhá-las.

Nesse sentido, Amartya Sen (2000, p.178) defende que as liberdades civis e políticas possibilitam o direcionamento do olhar para as carências de modo a exigir a ação pública adequada.

É notável que o exercício da cidadania, dos direitos políticos e civis produzem reais mudanças quando tratamos de resultados das políticas de governo.

Nesse ponto esclarece Maria Paula Dallari Bucci (2006, p. 238):

A política de Estado destina-se às funções essenciais do Estado, que não podem ser delegadas a terceiros, a não ser de forma subsidiária e subordinada, por serem razão de existência do próprio Estado, nem sofre quebra de continuidade, por serem políticas que dão estrutura básica do Estado e cuja quebra de continuidade pode colocar em risco a própria existência do mesmo. Já as políticas de governo destinam-se à consecução dos objetivos mais diversos, podendo variar de governo para governo, desde que dentro dos limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico e sempre voltadas à consecução dos objetivos constitucionais. Essas políticas de governo poderão ter sua execução delegada ou terceirizada, até mesmo integralmente. As políticas de governo podem, inclusive, ser interrompidas e substituídas por outro tipo de política voltada à consecução do mesmo objetivo da anterior, o que não é admitido para as políticas de Estado.

Nesse sentido, vale a contribuição de Ingo Wolfgang Sarlet (2005 p.226), o qual compreende “que os direitos fundamentais sociais, nada mais são do que políticas públicas”.

A partir desse raciocínio, a responsabilização educacional do administrador público, gestores de políticas públicas e profissionais da educação deve ocorrer quando desobedecidos os preceitos da CF/88 (por exemplo, o artigo 37), a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB), Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei de Improbidade Administrativa e demais resoluções e convenções específicas.

Nesse diapasão, temos um início de construção de um sistema de responsabilidade como forma de promover *accountability* (entendida como prestação de contas ou mesmo como controle democrático por meio de participação em deliberações de políticas públicas).

Diversas instituições, no Estado de São Paulo, vêm promovendo debates, seminários, movimentos para acompanhar, fiscalizar e fomentar as ações estatais, dentre elas a Defensoria do Estado de São Paulo (DPE-SP), o Ministério Público de São Paulo (MPE-SP) por meio do Grupo de Atuação Especial de Educação (GEDUC) e a ONG Ação Educativa⁷.

Em virtude da crescente demanda de ações individuais para o acesso à vaga em creche e pré-escola, bem como de decisões emblemáticas⁸ em recurso extraordinário, do Supremo Tribunal Federal (STF) ao declarar o direito à educação um direito subjetivo e afastar um dos principais argumentos de decisões a favor da impossibilidade do Judiciário interferir nas políticas públicas – “a reserva do possível” – nota-se uma mudança nas composições tradicionais das tutelas jurisdicionais coletivas, em especial com a criação do Grupo de Trabalho Interinstitucional sobre Educação Infantil (GTIEI)⁹.

O GTIEI foi criado em 2012 por iniciativa da Ação Educativa Assessoria, Pesquisa e Informação, pelo escritório de advocacia Rubens Naves, Santos Jr. e Hesketh, pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo e pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, além do

⁷A Ação Educativa (Assessoria, Pesquisa e Informação) é uma associação civil sem fins lucrativos fundada em 1994, localizada na cidade de São Paulo, que desempenha promoção de direitos educativo, culturais e da juventude por meio de atividades de formação e apoio a grupos de educadores, jovens e agentes culturais. Desenvolve pesquisas, divulga informações e análises enfocando as políticas públicas na perspectiva dos direitos humanos e da igualdade étnico-racial e de gênero. A entidade promoveu, inclusive, ações judiciais coletivas com objetivo de ampliação de oferta de vagas na educação infantil.

⁸VIEIRA, Oscar Vilhena. Experimentalismo judicial. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/colunas/oscarvilhena/2014/05/1448931-experimentalismo-judicial.shtml>>. Acesso em 13 de maio de 2014.

⁹A criação do grupo traz mudança notória entre os atores do sistema de justiça diante de questões complexas e desafiadoras relativas a políticas públicas educacionais e efetividade de direitos fundamentais.

Grupo de Trabalho de Educação da Rede Nossa São Paulo. O principal objetivo do GTIEI é desenvolver, em articulação e diálogo com outras iniciativas relevantes, estratégias para solucionar a violação do direito à educação infantil no Município de São Paulo.

Quanto ao acesso à justiça podemos destacar os artigos 133 a 135 da CF/88, os quais determinam as primeiras premissas de atuação da Defensoria Pública.

Ao contrário do que acontece das funções institucionais do Ministério Público¹⁰, a assistência gratuita que a Defensoria Pública¹¹ presta não é universal, em razão de possuir um critério socioeconômico e com relação à proteção do direito à educação pode ser exemplificada por meio dos pedidos de abertura de creches no período de férias, alegações de falta de vagas no ensino fundamental, falta de transporte escolar e ensino de melhor qualidade.

Com base nos objetivos da Defensoria Pública descritas no artigo 3º como também das funções institucionais elencadas no artigo 4º, ambos da Lei Complementar 80/94 aliada com a atuação dos Núcleos Especializados¹² são revelados mecanismos internos legais e administrativos para a atuação nas temáticas debatidas.

¹⁰ Vale mencionar, que apesar do trabalho conjunto do MPE/SP e a DPE/SP por meio do GTIEI, consta pendente de julgamento na ADI 3943 (STF) quanto à constitucionalidade da inclusão da Defensoria Pública no artigo 5º, da Lei da Ação Civil Pública. Tal ação foi ajuizada Associação Nacional dos Membros do Ministério Público-Conamp. Esse processo chegou ao STF em 2007 e tem como relatora a ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha. Defendemos aqui um posicionamento contrário ao da Conamp, uma vez que o trabalho deve seguir passos de cooperação jurídica e interinstitucional ao fomentar a otimização dos procedimentos promovendo a celeridade e combate às injustificadas burocracias.

¹¹O trabalho da Defensoria Pública é em âmbito judicial e extrajudicial. Ademais, dentro das resoluções internas existe a Deliberação 144 do Conselho Superior da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, a qual determina que atuação na área da infância e juventude deve ser prioridade em todas as Regionais.

¹² “[...] os Núcleos também propõem ações judiciais e são responsáveis por coordenar o acionamento de Cortes Internacionais quando for necessário. [...] As competências previstas pela Lei Complementar Estadual nº 988 de 2006 aos Núcleos Especializados:

- I - compilar e remeter informações técnico-jurídicas, sem caráter vinculativo, aos Defensores Públicos;
- II - propor medidas judiciais e extrajudiciais, para a tutela de interesses individuais, coletivos e difusos, e acompanhá-las, agindo isolada ou conjuntamente com os Defensores Públicos, sem prejuízo da atuação do Defensor Natural;
- III - realizar e estimular o intercâmbio permanente entre os Defensores Públicos, objetivando o aprimoramento das atribuições institucionais e a uniformidade dos entendimentos ou teses jurídicas;
- IV - realizar e estimular o intercâmbio com entidades públicas e privadas, bem como representar a instituição perante conselhos e demais órgãos colegiados, por qualquer de seus membros, mediante designação do Defensor Público-Geral do Estado;
- V - atuar e representar junto ao Sistema Interamericano dos Direitos Humanos, propondo as medidas judiciais cabíveis;
- VI - prestar assessoria aos órgãos de atuação e de execução da Defensoria Pública do Estado;
- VII - coordenar o acionamento de Cortes Internacionais.” Disponível no site: <<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Default.aspx?idPagina=3145>> Acesso em 10 de junho de 2014.

O Supremo Tribunal Federal apresenta decisões favoráveis ao direito à educação a partir de 2005. O acórdão proferido pelo ministro relator Celso de Mello no RE 410.715-5 AgR/São Paulo é considerado um marco nas decisões da Corte em razão de declarar o direito à educação infantil como direito público subjetivo e afastar a argumentação relativa à reserva do possível de tal modo que a incapacidade econômico-financeira deve ser comprovada de forma objetiva.

Nas decisões do STF é reiterada a imagem da educação infantil como prerrogativa constitucional indisponível¹³, e que tal obrigação constitucional não aceita ponderações simplesmente discricionárias para abster do cumprimento dos encargos político-jurídico (Ag.Reg no RE 410.715-5/SP, de 22/11/2005. Ministro Celso de Mello).

A mudança no padrão decisório em casos envolvendo o direito ao acesso à creche e pré-escola no Judiciário paulista é recente. “Das demandas que abrangem o acesso à educação básica, em suas diferentes etapas e modalidades, os litígios acerca da negação do direito à Educação Infantil (EI) são os mais presentes nos julgados do TJ-SP, no período de análise¹⁴, seguido das demandas por acesso no Ensino Fundamental (EF).” (DRAGONE, p. 106).

A partir da crescente demanda no Poder Judiciário paulista, utilizaremos a última decisão do TJ/SP, fruto de intensos debates para trilhar a dinâmica jurídica atual com base nos argumentos jurídicos utilizados no processo.

Embora a Lei da Ação Civil Pública tenha sido promulgada em 1985, a partir de 2007, por meio da Lei n. 11.448 a legitimidade ativa de associações civis para a propositura de ações judiciais de forma coletiva encontra-se disposta. Apenas no ano de 2008 com a propositura de ação civil pública (n. 0150735-64.2008.8.26.0002) e a maior visibilidade da atuação do Judiciário paulista maiores debates jurídicos quanto à judicialização de políticas educacionais são fortalecidos.

Tal ação civil pública representa a inclusão da educação na agenda política e maior visibilidade social a questões que antes estavam restritas ao campo de atuação dos

¹³ Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=354801>>. Acesso em 05 de janeiro de 2014. Igual conteúdo no Recurso Extraordinário 436.996 em que o recorrido é o MPE-SP e o recorrente é o Município de Santo André (Ministro Relator Celso de Mello).

Disponível em <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re436996.pdf>>. Acesso em 05 de janeiro de 2013.

¹⁴ A doutora em educação utilizou o período de 1991-2008 para traçar os pedidos nas ações judiciais do TJ/SP.

educadores. As organizações que compõem o “Movimento Creche para Todos”¹⁵ são os proponentes da ação civil pública referida em que possui como entidade em destaque a Ação Educativa.

Dentro dessa temática, a despeito de eventuais argumentos contrários quanto à possibilidade e modo de controle judicial de políticas públicas podemos encontrar um ponto comum: um consenso contra a negativa do caráter indispensável do acesso à educação em estabelecimentos de ensino como forma inicial para a obtenção de conhecimento para o desenvolvimento individual e conseqüentemente coletivo da sociedade.

Nesse sentido, ainda que haja divergências quanto ao modo de operação do ensino – ao falar em qualidade –, é possível lançar um olhar diferenciado com relação às demandas judiciais coletivas em que possui o acesso como seu pedido principal, uma vez que é estimável que as partes processuais possuem interesse final comum, ou seja, que as crianças e adolescentes tenham o direito ao acesso à educação garantido – o que difere de litígios convencionais bilaterais em que o autor, via de regra, possui posicionamento oposto ao réu quanto ao objeto em discussão.

Em oposição aos argumentos favoráveis concernentes à intervenção judicial nas políticas públicas educacionais deparamos com as seguintes alegações: falta de conhecimento e legitimidade dos juízes para alocarem recursos escassos uma vez que esta deveria ser reservada aos políticos eleitos pelo povo e que estão sujeitos à *accountability*; falta de equidade na distribuição, por exemplo, no caso de ingresso de ações judiciais para pleitear vaga em creche em que resulta em mudança constante na ordem atribuída no cadastro de crianças para a obtenção de vaga em creches¹⁶.

Por outro lado, existem aqueles que defendem que: promover ações judiciais pode ser uma forma de participação popular; os governantes eleitos não podem esquivar-se do compromisso constitucional alegando a reserva do possível e insuficiência de recursos uma vez que constitui direito público subjetivo a oferta de vagas em creches e pré-escolas.

¹⁵ São membros do “Movimento Creche para Todos”: a Ação Educativa – Assessoria, Pesquisa e Informação; Instituto de Cidadania padre Josimo Tavares; centro de Direitos Humanos e Educação Popular de Campo Limpo (CDHEP); Casa dos Meninos e Associação Internacional à Humanidade Jd. Emílio Carlos e Irene; Associação Comunidade Ativa de Vila Clara.

Neste ponto vale acrescentar a provocação de Thiago Acca¹⁷ e Flávia Scabin (2014) quanto à necessidade de mudança nas discussões jurídicas no sentido de trazer maiores critérios objetivos de justiça no tocante ao controle jurisdicional de políticas públicas.

Em um primeiro momento as decisões dos tribunais, ao tratarem de políticas públicas, limitavam a fundamentação apenas no sentido de que a separação dos poderes constitui motivo primeiro para a não interferência do Poder Judiciário nas escolhas do Poder Executivo, o qual possui margem de discricionariedade conforme conveniência e oportunidade – o que viabiliza apenas a interferência do Judiciário em campo externo ao mérito administrativo, de modo a rejeitar os pedidos de ações judiciais em âmbito coletivo.

Depreende-se que a teoria da separação dos poderes é a primeira invocada pelos magistrados quando provocados em ações judiciais coletivas. A passagem para o segundo ponto constituidor de fortes debates é a reserva do possível.

A ideia de reserva do possível é utilizada pela Procuradoria do Município de modo a trazer as dificuldades que o administrador público enfrenta em razão da ausência de recursos financeiros suficientes a atender a demanda como também de afetar o orçamento previamente estabelecido para o cumprimento de eventuais decisões judiciais favoráveis aos autores das ações judiciais.

Ao longo do tempo é possível perceber a mudança de argumentação da Procuradoria do Município uma vez que em primeiras contestações afirmavam a ausência de recursos em seguida questões como: entraves para a promoção de desapropriação de terrenos para a construção de creches e pré-escolas bem como burocracia e lentidão para as licitações para a obtenção de produtos e serviços.

Conforme a proporção das decisões judiciais contra o Município foi aumentando, em diversos setores, os argumentos por parte da procuradoria foram ganhando maior volume¹⁸ considerando diversas decisões condenando a Administração Pública municipal.

¹⁷ Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2014/07/1478934-flavia-scabin-e-thiago-acca-os-tribunais-em-busca-de-criterios-de-justica.shtml>>. Acesso em 02 de julho de 2014.

¹⁸ Vale aqui mencionar que para o atual secretário da SME, César Callegari, a decisão do Tribunal de Justiça ao impedir o aumento do Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU), em dezembro de 2013, em período simultâneo em que o acórdão referente a ação civil pública n. 0150735-64.2008.8.26.0002 impôs o dever de ampliar vagas em creches e pré-escola inviabiliza a expansão da oferta de vagas. De acordo com o secretário a primeira decisão refletiu em um corte de R\$ 249 milhões do orçamento da Secretaria Municipal de Educação, que seriam usados prioritariamente para a expansão das vagas, nesta etapa do ensino, por meio de convênios

Ao final o TJ/SP, na ação civil pública n. 0150735-64.2008.8.26.0002, ordena a criação de 150 mil vagas para educação infantil, sendo 105 mil para crianças de 0 a 3 anos e o restante em pré-escola (crianças de 4 e 5 anos), sendo metade em até 18 meses¹⁹. Além disso, obriga o Município a incluir na proposta orçamentária a ampliação da rede de ensino como também apresentar semestralmente relatórios completos das medidas tomadas – com critérios detalhados para distribuição das vagas. De modo que a Coordenadoria da Infância e Juventude do TJ/SP ficou responsável para o acompanhamento de forma a garantir efetividade da decisão.

A decisão discutida no presente estudo não revela uma fórmula a ser padronizada e distribuída aos demais tribunais, no entanto, revela novo padrão de relacionamento entre tribunais e poderes políticos.

Vale pontuar que o conteúdo material unitário de determinadas políticas públicas – instituídas pela União ou Estados -, ou seja, modelos de atuação instituídos por meio de textos infraconstitucionais fechados constituem fissuras aos limites à revelação de direitos sociais adequadas as circunstâncias regionais.

Em um último bloco, podemos sintetizar alguns pontos quanto às transformações sociais e jurídicas a partir das decisões emblemáticas do STF e do TJ/SP – o que não significa que foi em decorrência da decisão, mas em confluência ao caráter promocional ao direito educacional: em caráter nacional temos a *Campanha Nacional ao Direito à Educação* (rede de organizações da sociedade civil que contribui para os direitos educacionais); *Todos pela Educação*²⁰; em plano legislativo temos a recente alteração na LDB por meio da Lei n.

ou da administração direta. Além disso, diante de uma decisão, em âmbito da Justiça do Trabalho de São Paulo, ainda não transitada em julgado, em ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Trabalho, iniciada em outubro de 2010, ainda na gestão de Gilberto Kassab (PSD), com o objetivo de coibir a contratação de trabalhadores, sobretudo dos professores, por meio de convênios, proferida na 26ª Vara do Trabalho de São Paulo, proíbe a administração municipal de realizar contratações "irregulares" de trabalhadores, sob pena de anulação dos convênios, multa diária de R\$ 50 mil por trabalhador, pagamento de danos morais de R\$ 10 mil para o Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT) e impedimento de firmar novos convênios. Diante disso, as conclusões do secretário são pela inviabilidade de transferir todos alunos para escolas de administração direta da prefeitura, com professores contratados por concurso.

¹⁹ A decisão foi proferida em 16 de dezembro de 2013.

²⁰ Fundado em 2006, o movimento *Todos Pela Educação* tem como missão contribuir para que até 2022, ano do bicentenário da Independência do Brasil, o País assegure a todas as crianças e jovens o direito a Educação Básica de qualidade.

12.796, de 4 de abril de 2013 trouxe em sua redação²¹ no seu artigo 5º como também o Projeto de Lei n. 8.039, de 2010, do Poder Executivo, que tramita na Câmara dos Deputados, o qual modifica a Lei n. 7.347, de 24-7-1985, para criar e regulamentar a ação civil pública de responsabilização educacional (BUCCI, 2013) como também o Projeto de Lei n. 7.420, de 2006, de autoria da Deputada Raquel Teixeira (PSDB-GO), conhecido como Projeto de Lei da Responsabilidade Educacional, prescreve a respeito da qualidade da Educação Básica e a responsabilidade de gestores públicos na sua promoção (BUCCI, 2013).

Por fim, as demandas individuais e coletivas transparecem que o mínimo não é cumprido, ou seja, se quer o acesso à vaga é cumprido, o que nos leva a pensar o árduo caminho que temos pela frente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Poder Judiciário como protagonista em relação a políticas públicas envolvendo direitos sociais traz diversos debates quanto às possibilidades e limites dessa atuação.

As discussões são decorrentes de novas posturas institucionais dos atores do sistema de justiça o que nos leva a refletir quais são as tendências para atualizações de teorias envolvendo as ideias de dignidade humana, separação dos poderes e critérios a partir da teoria de justiça uma vez que o Direito é dinâmico e deve ser visto no seu interior de forma conjunta como interdisciplinar com outras ciências.

As políticas públicas atualmente revelam que a organização da ação estatal não é mais sobre a sociedade, mas sim junto à sociedade de modo articulado entre as entidades, órgãos de controle, agentes econômicos privados, organizações da sociedade civil e particulares.

Parte-se aqui do entendimento contrário a uma reação imediata no sentido de concluir que há uma zona de perigo entre o direito e a política nesses casos. Isso porque a experiência traz a necessidade de diálogos institucionais como matizes harmônicas na nova tela judicial.

Tal abertura permite visualizamos que o sistema de justiça caminha para maior interlocução entre os órgãos e organizações não governamentais de modo a formular

²¹“O acesso à educação básica obrigatória é direito público subjetivo, podendo qualquer cidadão, grupo de cidadãos, associação comunitária, organização sindical, entidade de classe ou outra legalmente constituída e, ainda, o Ministério Público, acionar o poder público para exigi-lo.”

caminhos extrajudiciais e/ou demandas coordenadas e, quiçá, inovadoras por meio de elementos jurídicos-institucionais nas estratégias de desenvolvimento.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACCA, Thiago dos Santos. SCABIN, Flávia. **Os tribunais em busca de critério de justiça.** *Folha de São Paulo*. São Paulo, 01 jul. 2014. Acesso em: 02 jul. 2014, em <<http://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2014/07/1478934-flavia-scabin-e-thiago-acca-os-tribunais-em-busca-de-criterios-de-justica.shtml>>.

AÇÃO EDUCATIVA. **Educação e desigualdades na cidade de São Paulo.** São Paulo: Ação Educativa, 2013, 1º edição. (Em questão; 8).

_____. **Petição inicial da ação civil pública n. 0150735-64.2008.8.26.0002.** Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Disponível em:<<http://www.acaoeducativa.org.br/portal/images/stories/pdfs/peticaoinicialacp1.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2014.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direito Fundamentais.** Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Editora Malheiros, 2008, 668p.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle da constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais.** 3ed. Brasília: Editora Brasília Jurídica, 2003.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 05 jun. 2014.

_____. **Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985.** Lei da Ação Civil Pública. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347Compilada.htm>. Acesso em: 05 jun. 2014.

_____. **Lei n. 8.490/92, de 19 de novembro 1992.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8490.htm>. Acesso em: 05 jun. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 410.715-5,** São Paulo, 22 de novembro de 2005. Relator Ministro Celso de Mello. Disponível em

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=354801>>. Acesso em: 05 jun. 2014.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Acórdão na ação civil pública n. 0150735-64.2008.8.26.0002.** Disponível em:

<http://www.acaoeducativa.org/images/stories/pdfs/decisao_tjsp_educacao_infantil.pdf>.

Acesso em: 01.03.2014.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e políticas públicas.** São Paulo: Saraiva, 2002, p. 241.

_____. **Políticas públicas – reflexões sobre o conceito jurídico.** São Paulo: Saraiva, 2006, p. 238.

CAPPELLETTI, Mauro. Garth, Bryant. **Acesso à justiça.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.

CORTEZ, Lara Barbosa. **O Ministério Público e a Defesa do Direito à Educação: Um estudo de caso sobre a atuação dos Promotores de Justiça da Grande São Paulo.** 2010. 101f. (Mestrado em Gestão de Políticas Públicas) - Escola de Administração de Empresas, Faculdade Getúlio Vargas, São Paulo, 2010.

CUNHA, Célio da. *Justiça pela inclusão e qualidade na Educação.* In: Associação Brasileira de Magistrados, Promotores de Justiça e Defensores Públicos da Infância e da Juventude e Todos pela Educação (Orgs.). **Justiça pela Qualidade na Educação.** São Paulo: Saraiva, 2013, p. 31-51.

CURY, Carlos Roberto Jamil. Do direito de aprender: base do direito à Educação. In: Associação Brasileira de Magistrados, Promotores de Justiça e Defensores Públicos da Infância e da Juventude e Todos pela Educação (Orgs.). **Justiça pela Qualidade na Educação.** São Paulo: Saraiva, 2013, p. 104-116.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, 334p.

FARAH, Marta Ferreira Santos. *Parcerias, novos arranjos institucionais e políticas públicas no nível local de governo.* **Revista de Administração Pública.** Rio de Janeiro, v. 35, n.1, p.119-144, jan.fev. 2001.

_____. *Políticas públicas e municípios: inovação ou adesão?* In: Lukic, Melina Rocha; Tomazini, Carla. (Org.). **As ideias também importam: abordagem cognitiva e políticas públicas no Brasil**. 1ed. Curitiba: Juruá Editora, 2013, v. 1, p. 171-193.

GLOPPEN, Siri. **Courts and Social Transformation: an analytical framework**. In: R. GARGARELLA, P. DOMINGO, & T. ROUX, Courts and social transformation in new democracies: an institutional voice for the poor? Aldershot, Inglaterra: Ashgate, 2006, p.35-59.

GRUPO DE TRABALHO INTERINSTITUCIONAL SOBRE EDUCAÇÃO INFANTIL (GTIEI). **10 Pontos Para um Plano de Expansão da Educação Infantil de Qualidade no Município de São Paulo**. Disponível em <http://www.mp.sp.gov.br/portal/pls/portal/!PORTAL.wwpob_page.show?_docname=2393818.PDF>. Acesso em: 25 ago. 2013.

KIM, Richard Pae; PEREZ, José Roberto Rus. **Responsabilidades públicas, controles e exigibilidade do direito a uma Educação de qualidade**. In: Associação Brasileira de Magistrados, Promotores de Justiça e Defensores Públicos da Infância e da Juventude e Todos pela Educação (Orgs.). *Justiça pela Qualidade na Educação*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 711-791.

LENHARD, Vanessa Aparecida. *Judicialização da política no debate constitucional contemporâneo*. In: CUSTÓDIO, André Vianna. CAMARGO, Mônica Ovinski. **Estudos contemporâneos de Direitos Fundamentais: visões interdisciplinares**. Curitiba: Multideia, 2008, v.1, 288p.

RANIERI, Nina Beatriz Stocco. *O direito educacional no sistema jurídico brasileiro*. In: Associação Brasileira de Magistrados, Promotores de Justiça e Defensores Públicos da Infância e da Juventude e Todos pela Educação (Orgs.). **Justiça pela Qualidade na Educação**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 55-103.

RAMOS, Ana Marcia Fornaziero. **Desafios para a formação de parcerias no serviço de creche da Secretaria da Assistência Social da PMSP**. 2003. 190f. Dissertação (Mestrado em Administração Pública e Governo) – Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2003.

ROSEMBERG, Fúlvia. **Expansão da educação infantil e processos de exclusão**. Cadernos de Pesquisa, São Paulo: Fundação Carlos Chagas, n. 107, p. 7-40, julho, 1999. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/cp/n107/n107a01.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5ed.rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, 464p.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

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

SOARES, Aline Zero; ARAUJO, João Augusto Aquino de; MONTEIRO, Karla de Mello; REIS, Sérgio Roberto Guedes. **Proposta de aceleração da oferta de vagas em creches na Cidade de São Paulo**, 2011. 194f. (Mestrado em Gestão de Políticas Públicas) - Escola de Administração de Empresas, Faculdade Getúlio Vargas, São Paulo, 2011.

SUNDFELD, Carlos Ari. ROSILHO, André (org.) **Direito da regulação e políticas públicas**. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 350.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. *Controle judicial da atividade normativa das agências de regulação brasileiras*. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. **O Poder Normativo das Agências Reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 377-417.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Experimentalismo judicial**. *Folha de São Paulo*. São Paulo, 03 mai. 2014. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/colunas/oscarvilhenavieira/2014/05/1448931-experimentalismo-judicial.shtml>>. Acesso em: 13 mai. 2014.

XIMENES, Salomão. RIZZI, Ester. **Litígio estratégico para a mudança do padrão decisório em direitos sociais: ações coletivas sobre educação infantil em São Paulo**. Disponível em <http://www.encontro2014.andhep.org.br/resources/anais/1/1398297850_ARQUIVO_Artigo_EsterRizzi_SalomaoXimenes_litigioestrategicoeducacaoinfantil.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2014.

WANG, Daniel Wei Liang. (Org.). **Constituição e Política na Democracia: aproximações entre direito e ciência política**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2013. 272p.