VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/BRAGA - PORTUGAL

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS

JARDEL DE FREITAS SOARES

ISA FILIPA ANTÓNIO DE SOUSA

CLÁUDIA VIANA

Copyright © 2017 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D597

Direitos sociais e políticas públicas [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UMinho

Coordenadores: Cláudia Viana; Isa Filipa António de Sousa; Jardel De Freitas Soares – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-488-4
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Interconstitucionalidade: Democracia e Cidadania de Direitos na Sociedade Mundial - Atualização e Perspectivas

1.Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Internacionais. 2. Cidadania. 3. Segmento social. VII Encontro Internacional do CONPEDI (7. : 2017 : Braga, Portugal).

CDU: 34

Universidade do Minho
Escola de Direito
Centro de Estudos em Direito da União Europeia

CONPEDI

VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/BRAGA - PORTUGAL

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS

Apresentação

Sem dúvida, a sociedade atual passa por transformações que ensejam uma demanda por aplicações de novos paradigmas na seara das Políticas Públicas e da Previdência Social.

Os Grupos de Trabalhos DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS e DIREITOS SOCIAIS, SEGURIDADE E PREVIDÊNCIA SOCIAL realizaram-se conjuntamente no dia 08 de setembro de 2017 na Universidade do Minho, durante o VII Encontro Internacional do CONPEDI, em Braga Portugal, condensou os debates de temáticas de diversos ramos do direito perpassadas por um viés interdiplinar e transdisciplinar, no qual estes sincretismos de saberes trouxeram novas perspectivas aos investigadores envolvidos.

Constatou-se nos Grupos de Trabalhos que os ramos do Direito, quais sejam: o Direito Constitucional, os Direitos Humanos, o Direito da Criança e do Adolescente, o Direto Penal; bem como, as ciências afins, a exemplo da Sociologia, História, Psicologia; e também dos movimentos sociais, a saber, a cultura e a religião, se tornam ferramentas importantes na preservação dos Direitos Sociais do cidadão.

As temáticas discutidas nestes Grupos de Trabalhos se expressam por várias naturezas, são estas: (a) Políticas públicas enquanto objeto do estudo do Direito; (b) As responsabilidades compartilhadas ente setor público a sociedade, na propositura, execução e controle de políticas públicas; (c) Políticas públicas e orçamento; (d) Intervenção do estado na ordem social; (e) Discussão dos conteúdos e forma de exercício de direitos sociais, tais como educação, saúde, alimentação, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, assistência aos desamparados entre outros.

Ao longo das discussões destacaram-se as preocupações com o programa minha casa minha vida enquanto política pública social e também de inclusão dos refugiados Sírios. Outro ponto a ser lembrado nos debates foram com relação a atuação do Estado na proteção dos direitos da criança de adolescente e sua reinserção social. E por fim, merece ainda ser enfatizado a necessidade de Políticas mais sérias de proteção à saúde.

Isto posto, abordar Direitos Sociais, Políticas Públicas e a Previdência Social não é tarefa fácil devido a sua complexidade material, contudo, ensejam reflexões necessária entre os vários segmentos diante dos câmbios sociais que avançam rapidamente no Brasil e no mundo.

Profa. Dra. Cláudia Viana

Prof. Dra. Isa Flipa António de Sousa

Prof. Dr. Jardel de Freitas soares

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Revista CONPEDI Law Review, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À EDUCAÇÃO NA INFÂNCIA

THE JUDICIALIZATION OF THE RIGHT CHILDHOOD EDUCATION

Cesar Riboli

Resumo

O texto retrata a pesquisa realizada para identificar o direito à educação infantil e sua proteção legal. O percurso inicia pela Constituição do Brasil de 1988, Emendas Constitucionais, Estatuto da Criança e do Adolescente, Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e do Supremo Tribunal Federal. Foi constato a proteção de natureza constitucional, assim como do surgimento de uma nova realidade, a presença da judicialização como forma de ação do indivíduo que objetiva assegurar a efetivação do direito a educação infantil enquanto dever do Estado. A Corte Suprema instada firmou jurisprudência pela efetivação do direito.

Palavras-chave: Direito, Educação infantil, Criança, Judicialização

Abstract/Resumen/Résumé

The text portrays the research carried out to identify the right to early childhood education and its legal protection. The course begins with the Brazilian Constitution of 1988, Constitutional Amendments, Statute of the Child and Adolescent, Jurisprudence of the Court of Justice of the State of Rio Grande do Sul. The protection of constitutional nature, as well as the emergence of a new reality, was the presence of the judicialization as a form of action of the individual that aims to ensure the realization of the right to early childhood education as a duty of the State. Established jurisprudence ight.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Right, Child education, Child, Judiciary

1 INTRODUÇÃO

Os avanços proporcionados pela democratização e pelo reconhecimento de direitos promovidos pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, delinearam um marco importante no que diz respeito a política nacional destinada a proteção a ao resguardo de direitos da criança. Iniciou-se com a Constituição uma nova caminha que permitiu novos avanços, o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069 de 1990, este influenciado também pela Declaração Universal de Direitos da Criança aprovados pela Assembleia Geral das Nações Unidas – ONU.

Tratando do dever do Estado para com a educação brasileira, a Emenda Constitucional nº 53, de 19 de dezembro de 2006, estabeleceu a garantia do direito a educação infantil em creches e pré-escolas às crianças de até 5 (cinco) anos de idade, (artigo 208, IV, CRFB/1988).

Por sua vez, a Emenda Constitucional nº 59, de 11 de novembro de 2009, introduziu importantes modificações no sistema de ensino brasileiro, notadamente no que diz respeito a fixação de novos limites de idade para a educação básica obrigatória e gratuita assegurando o direito, inclusive para aqueles que não tiveram acesso a ela na idade própria.

O novo limite etário fixado para obrigatoriedade do ensino na educação básica passou a ter seu marco inicial aos 4 (quatro) anos de idade e o final aos 17 (dezessete) anos de idade, nos termos do estabelecido pelo artigo 208, inciso I da Constituição Federal.

A partir da nova realidade que define a educação infantil, sua obrigatoriedade e gratuidade, uma nova realidade passa a ser evidenciada no Brasil, de modo que, então, o grande desafio imposto é o de efetivar o direito reconhecido constitucionalmente. Por isso, aqui o propósito é o de pesquisar o direito a educação infantil brasileira e a luta por efetivá-los.

Acontece que em um país marcado por desigualdades de todas as formas, em especial a econômica e social, passado algum tempo após a promulgação da Constituição, das Emendas posteriores e do Estatuto da Criança e do Adolescente, as políticas públicas ainda não conseguiram dar conta das demandas por efetivação dos direitos da infância brasileira.

O cenário vivenciado pela nova realidade é de avanços e também gerador de conflitos. Avanços, pois, representa importante conquista na formação das crianças, um cuidado com a formação e o desenvolvimento humano. Problemático porque efetivar o direito tornou-se um desafio enorme para o Estado brasileiro, como consequência da efetivação parcial do direito é uma conflitividadade que transcende a atuação da Administração Pública. O direito a efetivação do direito ao ensino na infância passa a ser buscado no Poder Judiciário, mediante a judicialização de demandas individualizadas.

Não menos importante que a conquista formal de direitos em favor da criança é efetiva-los, sob pena de se tornarem letras morta na Lei Maior. Assim, compreender a judicialização das políticas públicas educacionais brasileiras de natureza constitucional que garantem o direito ao ensino infantil obrigatório e gratuito é imprescindível no cenário contemporâneo.

O percurso estabelecido é o de pesquisar na legislação brasileira, notadamente na Constituição Federal de 1988, suas Emendas posteriores, no Estatuto da Criança e do Adolescente e na jurisprudência dos Tribunais para compreender a judicialização do direito a educação infantil e a atuação do Poder judiciário.

2 O TRATAMENTO DISPENSADO A EDUCAÇÃO NA INFÂNCIA BRASILEIRA

Uma breve analise da evolução do direito da criança no estado brasileiro, aponta para a existência de políticas públicas voltadas a sua proteção somente a partir do século XX. As crianças carentes, filhas de famílias com vulnerabilidade social antes desta época estavam aos cuidados da igreja católica que possuía algumas instituições que desenvolviam suas atividades com o propósito de proteger as crianças.

Dentre estas instituições, destacaram-se as Santas Casas de Misericórdia. Uma das pioneiras foi fundada na Vila de Santos, no ano de 1.543, na capital de São Vicente. As casas de misericórdia cuidavam das pessoas doentes, dos órfãos e dos pobres. No final do século XIX, veio da Europa para o Brasil o sistema denominado "Roda das Santas Casas"[1], o qual tinha como objetivo o de proteger as crianças abandonadas pelas famílias, recolhendo doações e donativos destinados ao atendimento das mesmas.

Um outro marco destacado na evolução da legislação destinada a tratar da criança no Brasil, foi o Código de Menores editado no ano de 1.927. O referido código proibiu o funcionamento das Rodas. Desde então, houve a obrigatoriedade de registro da criança, os bebes passaram a ser entregues diretamente as pessoas que respondiam pelas entidades, permitindo o resguardo do anonimato.

O ensino obrigatório foi previsto em Lei no ano de 1.854, entretanto, não era aplicado a todas as crianças, as crianças filhas de escravo não possuíam tal direito, assim como, as que

[1] A Roda era feita de madeira no formato de um cilindro que girava em torno de seu próprio eixo, possuindo uma abertura em um dos lados, no formato de uma janela, onde os bebes eram colocados. A forma estrutural da Roda destinava-se a proteger o anonimato das mães que não tinham condições de assumir a maternidade devido ao padrão de pobreza ou ainda por ser mãe solteira, situação reprovada pela sociedade da época.

possuíssem alguma doença contagiosa e as não vacinadas. Nesta fase, havia uma exclusão social, pois, a criança que não tivesse acesso a saúde, era excluída como consequência do acesso à educação. Havia exclusão dupla.

Em relação a vedação ao trabalho infantil, destaca-se a edição do Decreto nº 1.313, de 1.891, que proibia o trabalho para menores de 12 anos. Já no início do século XX, como resultado das lutas sociais efetivadas pelo proletariado das cidades, foi instituído um comitê durante a greve geral de 1.917, que reivindicava a proibição do trabalho para menores de 14 anos, entre outras reivindicações.

No ano de 1.923 surgiu o Juizado de Menores, Melo Mattos foi o primeiro juiz de menores do Brasil e da América Latina. Logo adiante, no ano de 1.927, foi aprovado a primeira legislação destinada aos menores de 18 anos, o Código de Menores, que popularmente ficou conhecido como o Código Mello Mattos, em homenagem ao primeiro juiz de menores do Brasil.

O Código de Menores não era uma legislação aplicável universalmente para as crianças, era aplicável tão somente aos menores em "situação irregular", o artigo 1º definia: "O menor, de um ou outro sexo, abandonado ou delinquente, que tiver menos de 18 anos de idade, será submetido pela autoridade competente ás medidas de assistência e proteção contidas neste Código." (Código de Menores – Decreto nº 17.943 A, de 12 de outubro de 1927).

O propósito do Código de Menores foi definir as regras de trato da infância e da juventude, incluindo regras para o trabalho infantil, pátrio poder, tutela, delinquência e a liberdade vigiada. O Código atribui grandes poderes ao juiz que decidia segundo suas convicções o destino do menor.

No ano de 1.942, durante o Estado Novo, foi criado o SAM – Serviço de Assistência ao Menor, um órgão que pertencia ao Ministério da Justiça, tratava-se de um órgão similar ao sistema prisional destinado aos menores, este sistema estabelecia um tratamento diferenciado para menor que praticasse ato infracional e para o menor pobre abandonado. Nesta época, surge a LBA – Legião Brasileira de Assistência – uma Agência Nacional de Assistência Social criada por Dona Darcy Vargas, voltada primeiramente ao atendimento das crianças órfãs da guerra e outras entidades.

O Governo Vargas redemocratiza o país, é promulgada nova Constituição de Caráter liberal, em 1.950 foi instalada em João Pessoa o primeiro escritório da UNICEF no Brasil, destinando atenção e a proteção a saúde das crianças do Nordeste. O SAM começa a ser vista como entidade repressiva das crianças pela população.

A partir do golpe militar de 1.964, instala-se no Brasil um regime autoritário, com edição de nova Constituição marcada pela presença autoritária do Estado. Nesta época, duas

legislações marcaram épocas: A Lei que criou a Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor – FEBEM (Lei 4.513 de 1/12/64), com o propósito de formular as políticas de governo denominadas de bem-estar do menor, era a grande instituição de assistência a infância que cuidava dos abandonados, infratores e carentes. O Código de Menores de 1.979 (Lei nº 6.697 de 10/10/79), ele instituiu o conceito de menor, "menor em situação irregular", os que viviam uma infância em situação de "perigo" e infância "perigosa".

Nos anos 80, o país retoma a abertura política, redemocratizado, acontece a promulgação da Constituição Federal de 1.988, a denominada Constituição Cidadã. Foi a partir da iniciativa de um grupo de trabalho da Assembleia Nacional Constituinte, preocupado e comprometido com a proteção da criança e do adolescente que este intento se tornou realidade. Foi, então, adotada a doutrina da "Proteção integral" concebida pela Organização das Nações Unidas - ONU. É o que ficou estabelecido no artigo 227 da Constituição:

> 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, 1988).

Foi a proteção da criança prevista na Constituição que abriu caminho para a aprovação do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, Lei nº 8.069/90, que ocorreu em 13 de julho de 1.990, consolidando uma grande conquista da sociedade brasileira. Trata-se da produção de um documento de direitos humanos que contempla o que há de mais avançado na normativa internacional em respeito aos direitos da população infanto-juvenil.

Este novo estatuto alterou significativamente as possibilidades de uma intervenção arbitrária do Estado na vida de crianças e jovens. Como exemplo disto pode-se citar a restrição que o Estatuto impõe à medida de internação, aplicando-a como último recurso, restrito aos casos de cometimento de ato infracional, sendo, nos termos da Constituição Federal, artigo 228, penalmente inimputáveis os menores de 18 (dezoito) anos.

Desta forma, quando se trata de direito a educação infantil, é feito referência ao direito da criança, isto porque, a educação infantil, que contempla o ensino em creche e pré-escola, é atribuído às crianças de até 5 (cinco) anos de idade (artigo 228, inciso IV da CRFB/88). Neste sentido, nos termos definidos pelo ECA, artigo 2º "Considera-se criança, para os efeitos da Lei, a pessoa até 12 (doze) anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade. Assim, o direito a educação infantil é um direito da criança brasileira.

No mais, merece destaque o fato de que o Brasil é um país pioneiro em termos de assegurar os direitos das crianças, independentemente de classe social, religião ou raça, inibindo através de sua legislação qualquer forma de descriminação.

3 O DIREITO A EDUCAÇÃO DA CRIANÇA E A PROTEÇÃO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

O Direito a educação integra o seleto rol de Direitos Sociais, expressamente previstos no Título II, "Dos Direitos e Garantias Fundamentais" da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, dispondo seu artigo 6º "São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição".

É da União a competência privativo para legislar sobre as diretrizes e bases da educação nacional, nos termos do artigo 22, XXIV da Constituição Federal. Por outro lado, nos termos do artigo 23, V, "É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação, à ciência, à tecnologia, à pesquisa e à inovação", trata-se, portanto de competência concorrente, onde os três Entes têm esta responsabilidade.

Para os Municípios o constituinte brasileiro reservou a competência prevista no artigo 30, inciso VI, qual seja, o de "Manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação infantil e de ensino fundamental".

Desta forma para a discussão das políticas públicas e especificamente as educacionais, imperioso é desvendar essa norma fundamental. Promulgada em 05 de outubro de 1998, após sua aprovação pela Assembleia Nacional Constituinte em 22 de setembro, é marco importante na redemocratização do país, em especial por vir após um longo período de ditadura militar e de cerceamento de direitos individuais e de liberdades.

A Carta Magna é a norma suprema, fundamental do Brasil, ela se constitui no parâmetro que sustenta a validade de todas as demais normas do sistema jurídico, isto porque, conforme já referido, está no topo do ordenamento jurídico pátrio. Suas principais e marcantes características são de um documento formal, escrito, promulgada, analítico, rígida e dogmática.

Esta norma fundamental brasileira está estruturada em nove títulos que sistematizam as temáticas normativas, sendo: Título I - Princípios Fundamentais; Título II - Direitos e

Garantias Fundamentais; Título III - Organização do Estado; Título IV - Organização dos Poderes; Título V - Defesa do Estado e das Instituições Democráticas; Título VI - Tributação e Orçamento; Título VII - Ordem Econômica e Financeira; Título VIII - Ordem Social; Título IX - Disposições Constitucionais Gerais.

Pela relação que tem com o tema aqui tratado, o Título II e o Título VIII, que tratam respectivamente dos Direitos e Garantias Fundamentais e da Ordem Social merecem uma compreensão específica. Os Direitos e Garantias Fundamentais estão previstos nos artigos 5º a 17, agrupados em capítulos que tratam de forma individualizada dos Direitos e deveres individuais e coletivos, dos direitos sociais, da nacionalidade, dos direitos políticos e dos partidos políticos, destacando-se que muitos outros direitos fundamentais se encontram dispersos no conjunto das normas da Constituição Republicana.

Por sua vez, o Título que trata da Ordem Social, subdivide-se em capítulos, onde estão os artigos 193 a 232, os quais disciplinam as questões relacionadas ao convívio e o desenvolvimento social dos indivíduos na relação com deveres imputados ao Estado no tocante a saúde, educação, cultura, esporte, ciência e tecnologia, comunicação social, meio ambiente, família e aos indígenas.

Merece também, um destaque, o Preâmbulo da Norma Fundamental brasileira:

> Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. (BRASIL, 1988).

O Poder originário, segundo a teoria de Kelsen e Bobbio, do qual decorre a norma fundamental, antes do texto constitucional, fez constar um conjunto de enunciados que tem o propósito de vincular todo o sistema a determinados fundamentos e valores conforme visto, dentre os quais está inserida a garantia ao direito à educação infantil.

Se um dos princípios fundamentais da Republica é garantir a dignidade da pessoa humana, construir uma sociedade livre, justa e solidaria, erradicar a pobreza, a marginalidade, reduzir as desigualdades sociais e regionais, promover o bem-estar de todos, sem qualquer tipo de preconceito ou discriminação, certamente, isto somente poderá ser alcançado mediante o implemento de políticas públicas educacionais, sem as quais, tais fundamentos representarão letras mortas em termos de normas fundamentais.

Enquanto direito fundamental, a educação necessita de concretude, por isso, o artigo 205, da Constituição estabelece que "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". Portanto, enquanto direito da sociedade brasileira, tem o Estado em colaboração com a família o dever em efetivá-lo, admitindo-se a participação da sociedade com o objetivo de promover o desenvolvimento humano, sua qualificação para exercer a cidadania e o preparo para o trabalho.

A Constituição definiu determinados princípios relacionados ao direito à educação, eles estão previstos no seu artigo 206, os quais devem ser observados quando o ensino for ministrado. São eles:

> Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:
> I - Igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;
> II - Liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber;
> III - Pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino;
> IV - Gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais;
> V - Valorização dos profissionais da educação escolar, garantidos, na forma da lei, planos de carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, aos das redes públicas;
> VI - Gestão democrática do ensino público, na forma da lei;
> VII - Garantia de padrão de qualidade.
> VIII - Piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, nos termos de lei federal. (BRASIL, 1988).

Estes princípios servem de norte para as políticas públicas educacionais a serem implementadas nos três níveis da educação, o Federal, o Estadual e o Municipal.

Para que o dever do Estado para com o direito fundamental social a educação seja efetivada, a Constituição em seu artigo 208, estabeleceu determinadas garantias:

> Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:
> I - Educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria;
> II - Progressiva universalização do ensino médio gratuito;
> III - Atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;
> IV - Educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade;
> V - Acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;
> VI - Oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando;
> VII - Atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didático escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde. (BRASIL, 1988).

O constituinte teve tamanha preocupação em assegurar o direito a educação enquanto dever do Estado que o incluiu no rol dos direitos subjetivos, o acesso ao ensino público obrigatório e gratuito, portanto, trata-se de um direito pessoal do indivíduo, passível de ser exigido do Estado, inclusive pela via judicial. (CFRB/88, art. 208, § 1º).

Além disso, a proteção é resguardada de modo que, em caso de não oferta ou da oferta irregular do ensino obrigatório pelo Poder Público, a autoridade competente será responsabilizada (CFRB/88, art. 208, § 2º). Ficou ainda a cargo do Poder Público manter recenseamento dos estudantes do ensino fundamental, efetuando chamadas e zelando com pais e responsáveis pela frequência à escola.

A proteção constitucional dispensada a infância vem assegurada também no Título que trata da Assistência Social. Neste sentido, assegura o artigo 203, da Constituição Brasileira, "A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; II - o amparo às crianças e adolescentes carentes".

Ao integrar o seleto grupo dos direitos fundamentais na Constituição Republicana brasileira de 1988, o direito à educação encontra o resguardo suficiente para que os indivíduos possam reivindicá-lo às expensas do Estado, pois:

> Dentre as inovações, assume, destaque a situação topográfica dos direitos fundamentais, positivados no início da Constituição, logo após o preâmbulo e os princípios fundamentais, o que, além de traduzir maior rigor lógico, na medida em que os direitos fundamentais constituem parâmetro hermenêutico e valores superiores de toda a ordem constitucional e jurídica, também vai ao encontro da melhor tradição do constitucionalismo na esfera dos direitos fundamentais". (SARTLE, 2010, p. 66).

Conforme definido por Sarlet, o direito a educação, enquanto direito fundamental, se constitui em parâmetro de interpretação e aplicação na ordem jurídica, devendo, portanto, ser observado pelo Judiciário quando reivindicado pelo indivíduo.

O atributo de direito fundamental, conforme entende Riboli (2013, p. 62), "diferente da declaração de direitos, os direitos fundamentais, uma vez positivados nas constituições, passam a exercer função vinculante, obrigando o Estado e também os particulares à sua observância". Portanto o direito a educação vincula o Estado a sua efetivação.

O direito a educação é efetivado pelo Estado mediante a adoção de políticas públicas, uma ação estatal que visa prestar um direito ao indivíduo. Neste sentido:

> As questões que envolvem as políticas públicas tratam das ações que refletem a expressão da efetividade dos direitos prestacionais sociais pela iniciativa dos gestores

> públicos e de suas políticas de governo, na tentativa de viabilizar os direitos fundamentais sociais assegurados pela constituição. (RIBOLI, 2013, p. 96).

Aliás, Canotilho ressalta a importância da constitucionalização de direitos, o que como consequência, implica em maior proteção:

> A constitucionalização tem como consequência mais notória a proteção dos atos normativos reguladores de direitos. Por isso e para isso, os direitos fundamentais devem ser compreendidos, interpretados e aplicados como normas jurídicas vinculativas e não como trechos ostentatórios ao jeito das grandes "Declarações de direitos". (CANOTILHO, 2003, p. 378).

Dada a importância em assegurar os direitos fundamentais, Alexy, ressalta tal importância para um ordenamento jurídico:

> Direitos fundamentais são posições que são tão importantes que a decisão sobre garanti-las ou não garanti-las não pode ser simplesmente deixada para maioria parlamentar simples. Essa definição está sujeita a uma série de refinamentos. Um deles deve ser feito de imediato: aqui se trata de dos direitos fundamentais da Constituição. (ALEXY, 2008, p. 446).

Portanto, uma vez reconhecido constitucionalmente um direito pela qualificação de fundamental, possui ele uma proteção especial, capaz de conferir ao seu titular uma posição privilegiada em termos de proteção jurídica em termos de efetivação. Neste aspecto, o direito a educação infantil é um direito elevando a proteção fundamental.

3.1 Da Reserva de Recursos Públicos e a Efetivação do Direito a Educação

Compreendendo a importância do direito a educação, em especial a do ensino fundamental, o constituinte brasileiro determinou a aplicação de percentuais mínimos da arrecadação de impostos para viabilizar a efetivação desse direito.

Neste aspecto, o artigo 212 da Constituição estabelece:

> Art. 212. A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino.
> § 1º A parcela da arrecadação de impostos transferida pela União aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, ou pelos Estados aos respectivos Municípios, não é considerada, para efeito do cálculo previsto neste artigo, receita do governo que a transferir.
> § 2º Para efeito do cumprimento do disposto no "caput" deste artigo, serão considerados os sistemas de ensino federal, estadual e municipal e os recursos aplicados na forma do art. 213.

> § 3º A distribuição dos recursos públicos assegurará prioridade ao atendimento das necessidades do ensino obrigatório, no que se refere a universalização, garantia de padrão de qualidade e equidade, nos termos do plano nacional de educação. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 59, de 2009)
> § 4º Os programas suplementares de alimentação e assistência à saúde previstos no art. 208, VII, serão financiados com recursos provenientes de contribuições sociais e outros recursos orçamentários.
> § 5º A educação básica pública terá como fonte adicional de financiamento a contribuição social do salário-educação, recolhida pelas empresas na forma da lei. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006)
> § 6º As cotas estaduais e municipais da arrecadação da contribuição social do salário-educação serão distribuídas proporcionalmente ao número de alunos matriculados na educação básica nas respectivas redes públicas de ensino. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006). (BRASIL, 1988).

A obrigatoriedade constitucional da aplicação de no mínimo 18% (dezoito por cento), por parte da União, de um mínimo de 25% (vinte e cinco por cento) por parte dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios do total da receita arrecadada de impostos na manutenção e no desenvolvimento do ensino, tem claro propósito de proporcionar a efetivação do direito fundamental a educação.

A inobservância por parte da Administração pública da aplicação dos referidos percentuais da arrecadação de impostos em educação implicará em responsabilização dos agentes públicos, uma medida que tem a pretensão de dar efetividade ao direito a educação.

4 AS POLÍTICAS PÚBLICAS EDUCACIONAIS BRASILEIRAS DESTINADAS A EDUCAÇÃO NA INFÂNCIA

Não se pode falar em efetivação de direitos a educação, e especificamente, aqui, no que diz respeito a educação infantil sem a existência de políticas públicas. Trata-se de uma intervenção estatal que se faz presente no século XX no Estado brasileiro, esteve ligada a oferta e a proteção de alguns poucos direitos da cidadania, por isso, o papel regulador do Estado, desde quando ainda imperava uma concepção liberal clássica de política de governo.

A introdução da política pública enquanto ferramenta das decisões de governo, segundo Souza, é resultado da Guerra Fria e da consequente valorização da tecnocracia como modo de enfrentar as consequências decorrentes. Foi Robert McNamara quem incentivou em 1.948 a criação da *Corporation* – RAND, uma organização não governamental, considerada a

percursora dos *think tanks*[2], financiada com recursos públicos. Com base na teoria dos jogos[3] de Neuman, o grupo de matemáticos, cientistas políticos, engenheiros, analistas de sistemas, sociólogos, entre outros, tinham como objetivo mostrar como a guerra poderia ser administrada como um jogo racional. Essa proposta de utilização de métodos científicos se expande para outras áreas de produção governamental, incluindo a política social, mediante a formulação e de decisões de governo sobre problemas públicos.

Na Europa, por outro lado, os estudos e pesquisas nessa área do conhecimento humano, centravam-se no Estado e suas instituições, dessa forma a política pública enquanto área do conhecimento decorre dos desdobramentos dos trabalhos desenvolvidos com base em teorias que explicavam o papel do Estado e de uma de suas principais instituições, o governo, agente produtor por excelência de políticas públicas.

Cury ao tratar do "Estado e Políticas de Financiamento em Educação, destaca que a educação no Brasil sempre esteve ligada de alguma forma a políticas públicas de intervenção estatal, assinalando que:

> Educação escolar, em nosso país, desde a Independência, esteve de alguma maneira ligada a políticas públicas desde que se considere essas últimas, entre outras coisas, como alguma forma de intervenção estatal na oferta e proteção de determinados direitos da cidadania. O Estado passa a ter um papel regulador no estabelecimento de uma política social ainda dentro de uma concepção liberal clássica. (CURY, 2007, p. 832).

As políticas públicas educacionais pensadas nos primeiros passos do país independente, já elegiam a educação enquanto um pré-requisito indispensável para o exercício da liberdade civil dos indivíduos, uma condição essencial para que ele pudesse exercer outros direitos relacionados a sua cidadania. Continua Cury, afirmando que os motivos pelos quais a educação brasileira se torna pública enquanto dever do Estado:

> Daí a instrução se torna pública como a função do Estado e, mais explicitamente, como dever do Estado, a fim de que, após o impulso interventor inicial que ela

[2] Tratam-se de instituições ou Organizações da Sociedade Civil que desenvolvem suas atividades relacionadas aos interesses do grupo que a constitui, produzem ideologias, conhecimento em determinados assuntos, difundindo-os com o propósito de interferir nas transformações sociais, econômicas, políticas ou cientificas, atuam de forma independente, ligados a partidos políticos, a governos e a organizações privadas.

[3] Utilizada para estudo de situações estratégicas pela matemática aplicada, pode também ser compreendida como teoria das decisões independentes, isto porque, ela tem como propósito estudar situações que as consequências de determinada ação de um indivíduo ou de um grupo, ou ainda de uma instituição, vai ser fortemente influenciada por ações dos outros que estiverem envolvidos. As decisões não podem ser tomadas em que seja levado em conta as decisões possíveis dos demais envolvidos na ação. As ações a serem escolhidas são na tentativa de se obter o melhor retorno.

> propicia, o indivíduo pudesse se autogovernar como ente dotado de liberdade capaz de participar de uma sociedade de pessoas autônomas. (CURY, 2007, p. 832).

Conforme se pode evidenciar, o impulso e intervenção estatal inicial a que se refere a autora, tem a pretensão de além de ofertar uma educação gratuita, a necessidade de serem incorporadas outras ações por parte do Estado, quais sejam, a obrigatoriedade, a assistência, o estabelecimento de diretrizes, a necessidade de autorização de funcionamento, de planejamento e também da indispensável ação de financiamento.

Daí porque, as sucessivas Constituições brasileiras impõem aos governos a vinculação de percentuais de recursos destinados ao financiamento das políticas públicas educacionais. Na sequência surge a descentralização de políticas e de recursos entre Entes da federação seguindo o regime federativo e a educação rural.

A preocupação com a educação ganha contornos globais com o fim da segunda guerra mundial, desde então, os países industrializados passaram a concentrar suas atenções na educação e no social. Como consequência desta opção, as políticas públicas educativas, passam a delinear as prioridades dos governos, representando o propósito e a prioridade do estado com a educação. A pretensão era a de fomentar o desenvolvimento humano e o de preparar as pessoas como mão-de-obra para o trabalho na indústria. A partir de então houve a evolução das políticas públicas educacionais, as quais chegaram ao Brasil.

As políticas públicas se disseminaram pelo mundo cada vez mais globalizado, elas ganham força pela ação e pela força do Estado, sem ele, não seria possível efetivar os direitos a educação, em especial em um país como Brasil, de gritantes desigualdades:

> [...] Somos todos interdependentes neste nosso mundo que rapidamente se globaliza, e devido a essa interdependência nenhum de nós pode ser senhor de seu destino por si mesmo. Há tarefas que cada indivíduo enfrenta, mas com as quais não se pode lidar individualmente. O que quer que nos separe e nos leve a manter distância dos outros, a estabelecer limites e construir barricadas, torna a administração dessas tarefas ainda mais difícil. Todos precisamos ganhar controle sobre as condições sob as quais enfrentamos os desafios da vida - mas para a maioria de nós esse controle só pode ser obtido coletivamente. (BAUMAN, 2003 p. 134).

Bauman deixa claro que o esforço coletivo e somente ele é capaz de aproximar os indivíduos e com isso ser gerado de força capaz de exigir do Estado a efetivação de políticas públicas que resguardem o desenvolvimento humano, como é o caso da educação.

A concepção teórica de política pública, extraída da conceituação de Souza, compreendida enquanto campo do conhecimento humano, envolve o governo e suas ações:

> O campo do conhecimento que busca, ao mesmo tempo, "colocar o governo em ação" e/ou analisar essa ação (variável independente) e, quando necessário, propor mudanças no rumo ou curso dessas ações e/ou entender por que e como as ações tomaram certo rumo em lugar de outro (variável dependente). Em outras palavras, o processo de formulação de políticas públicas é aquele através do qual os governos traduzem seus propósitos em programas e ações, que produzirão resultados ou as mudanças desejadas no mundo real. (SOUZA, 2003, p. 13).

Da concepção acima, alguns pontos devem ser destacados. A ideia do governo em ação, a análise dessas ações governamentais, a possibilidade de serem propostas mudanças de direção no andamento das ações, permite compreender o porquê de determinado curso das ações em detrimento de outro, em síntese, refere-se as mudanças que podem ocorrer no mundo real, decorrentes das ações formuladas pelos governos que manifestam seus propósitos.

Em decorrência da ideia de que a educação é capaz de operar mudança no tecido social, pois orienta as pessoas a buscarem melhores condições de vida, de reconhecimento, igualdade e respeito, é preciso compreender que a educação decorre inexoravelmente das políticas públicas implementadas pela administração pública, que são capazes de contribuir decisivamente para a construção de uma sociedade mais justa e fraterna.

As políticas públicas educacionais têm a capacidade de gerar marcos profissionais e sociais com reflexo em vários aspectos da vida humana. Suas marcas positivas, vivenciam-se pelos sujeitos na forma de agir e pensar, capaz de operar mudanças profundas na sociedade.

No Brasil, as políticas públicas garantidoras do direito a educação infantil estão previstas na Constituição Federal. Portanto, elas ostentam uma força, uma proteção jurídica especial, superior, em termos de hierarquia. Além da previsão constitucional, o Plano Nacional de Educação - PNE, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação - LDB e o Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, impõem o dever de concretude do direito a educação na infância através de políticas públicas de natureza constitucional.

5 A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO A EDUCAÇÃO NA INFÂNCIA

Conforme evidenciado, a educação no Estado brasileiro se constitui em um dever estatal de natureza constitucional. A educação infantil, objeto de estudo, compreende a primeira etapa da educação básica, tendo como finalidade o desenvolvimento integral da criança com idade até 5 (cinco) anos, nos aspectos físico, psicológico, intelectual e social.

Por outro lado, a educação é direito da criança, condição definida no Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual deve ser assegurado com absoluta prioridade. O referido

Estatuto definiu o direito a educação como direito fundamental da criança, sem o qual não se pode conceber a efetivação de outros, como a liberdade, a vida e o respeito à dignidade. Este direito fundamental visa o pleno desenvolvimento da criança, o seu preparo para o exercício da cidadania e a qualificação para o trabalho, assegurando nos termos do artigo 53 do Estatuto:

> I - Igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;
> II - Direito de ser respeitado por seus educadores;
> III - Direito de contestar critérios avaliativos, podendo recorrer às instâncias escolares superiores;
> IV - Direito de organização e participação em entidades estudantis;
> V - Acesso à escola pública e gratuita próxima de sua residência. (BRASIL, 1990).

Além disso, é direito dos pais ou dos responsáveis tomar ciência do processo pedagógico, assim como, o de participar da definição das propostas educacionais.

Apesar de todo o resguardo ao direito à educação infantil no Brasil, efetivado pela Constituição Federal, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e pela Lei que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, um longo caminho ainda necessita ser percorrido até que este direito fundamental da criança seja efetivado em plenitude.

No que diz respeito ao contexto brasileiro, a judicialização é acontecimento, uma realidade que decorre de alguns fatores decisivos, como é o modelo de estado adotado pela Constituição da República, pelo exercício da cidadania e pela autonomia dos indivíduos.

Não guardando relação com a vontade política, o Judiciário passa a ser protagonista de uma nova realidade que ganha espaço desde a redemocratização do país. Esta possibilidade vislumbrada pelo indivíduo de judicializar seus direitos quando não efetivados está gerando novas formas de da atuação e gestão das políticas públicas. É uma ferramenta a disposição do cidadão que a utiliza para propor uma pretensão resistida pelo Estado ou não ofertada pela política pública, tanto em aspecto subjetivo quanto objetiva.

Ao judiciário impõem conhecer da pretensão e dela proferir uma decisão. Difere do ativismo judicial, que se caracteriza por um juízo proativo do juiz julgador, uma atitude do julgador, de interpretar a Constituição ao expandir o alcance e o sentido das suas normas.

Ganha ênfase e importância na nova realidade brasileira pós constitucionalismo democrático as questões que tratam da justiça social, notadamente como forma de equacionar o princípio da igualdade e sua relação com o princípio da liberdade. Estabelece-se uma forte tensão entre justiça, igualdade e liberdade. O indivíduo vê a justiça a serviço de uma democratização social cada vez maior e como intuito de efetivação de direitos.

5.1 A judicialização do Direito a Educação Infantil no Estado do Rio Grande do Sul

Uma pesquisa realizada no Relatório Estatístico Anual de 2016 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, uma instituição pública que visa aperfeiçoar o trabalho do sistema judiciário brasileiro, principalmente no que diz respeito ao controle e à transparência administrativa e processual contribuir para que a prestação jurisdicional seja realizada com moralidade, eficiência e efetividade em benefício da Sociedade permite conhecer a quantidade de processos judicializados nos diversos órgãos do Judiciário brasileiro.

A Estatística produzida pelo CNJ aponta a realidade da judicialização no Brasil em números crescentes a cada ano. Por isso, uma vez constatado que a judicialização é uma realidade nacional, optou-se em pesquisar os números de demandas propostas perante o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul de forma específica.

O Estado do Rio Grande do Sul está localizado na região Sul do Brasil, faz fronteira com o Estado de Santa Catarina, com o Oceano Atlântico e com os países do Uruguai e Argentina. A capital é Porto Alegre. A área territorial (281,7 milhões de km^2) corresponde a pouco mais que 3% do território brasileiro. A população de (10,8 milhões) representa 6% da população do país. O Estado tem como característica marcante ter alcançado o melhor índice de qualidade de vida e de desenvolvimento humano do país. São 496 Municípios. O Poder Judiciário possui 164 Comarcas que atendem as demandas judicializadas em todo o Estado.

Para demonstrar a existência da judicialização do direito a educação infantil, a pesquisa foi realizada no site oficial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, onde tramitam as ações judicializadas em face da Administração Pública com o propósito de buscar a efetivação do direito. O período definido para a pesquisa foram os anos de 2016 a 2012, portanto um intervalo de cinco anos.

Ingressaram no ano de 2016 no Primeiro Grau da Justiça Estadual do Rio Grande do Sul 1.275.330 ações, deste total, subiram para o Tribunal de Justiça para julgamento em Segundo Grau 498.668 com alguma forma de recurso. Portanto, o percentual de recorribilidade de ações na Justiça Estadual é de 39,10% das ações judicializadas subiram para o Segundo Grau na forma de recurso. (tjrs.gov.br/relatório[4]).

Considerando que toda a judicialização do direito a educação infantil ocorre através de ações proposta no Primeiro Grau e que somente 39,10% delas sobem para o Segundo Grau

[4] Os Relatórios Estatísticos têm por objetivo a apresentação dos dados consolidados da movimentação Jurisdicional em todas as instâncias do Poder Judiciário do Rio Grande do Sul. Originam-se dos Sistemas TJP, para o 2º Grau e Turmas Recursais; SAV, APJ e Themis para o 1º Grau e Juizados Especiais.

onde os dados foram extraídos, o número de ações judicializadas no tocante ao direito a educação infantil foi obtido pelo multiplicado por 2,56. O número de judicializações nas 164 Comarcas do Estado no período pesquisado é o demonstrado a seguir:

ANO	PARÂMETRO DE PESQUISA	Nº DE JUDICIALIZAÇÕES
2016	“Educação infantil”	13.635
2015	“Educação infantil”	12.503
2014	“Educação infantil”	11.467
2013	“Educação infantil”	3.738
2012	“Educação infantil”	2.688

Os números da judicialização apontam para uma crescente ação dos indivíduos na busca pela efetivação do direito a educação infantil. Mesmo que não tenha sido objeto de pesquisa as causas da judicialização, as análises de algumas das decisões judiciais indicam que se trata de busca de efetivação de um direito a educação para a infância resguardado pela Constituição Federal e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

A posição do Poder Judiciário do Estado do Rio Grande do Sul, manifestada através de sua jurisprudência é pacífica em reconhecer o direito fundamental social a educação infantil como direito que deve ser assegurado pelos Poderes Públicos (União, Estados, distrito Federal e Municípios), com absoluta prioridade, valor mínimo de uma sociedade que se pretenda justa, livre e solidária, conforme previsto pela Constituição Federal:

> **Ementa:** REMESSA NECESSÁRIA. APELAÇÃO. ECA. DIREITO À EDUCAÇÃO. EDUCAÇÃO INFANTIL. VAGA EM PRÉ-ESCOLA. IDADE MÍNIMA. O direito à educação infantil constitui direito fundamental social que deve ser assegurado pelos entes públicos, garantindo-se o atendimento em escola pública ou, na falta, em escola da rede privada às suas expensas. No caso, o ente público municipal, tem o dever de assegurar o acesso à educação infantil às crianças de zero a cinco anos de idade, em turno integral, com absoluta prioridade. Ademais, a educação é direito social, valor mínimo de uma sociedade que se pretende justa, livre e solidária, nos termos da Constituição da República. O direito à educação, como direito fundamental social, deve ser assegurado pelo ente municipal com absoluta prioridade, nos termos dos arts. 208, I, e § 1º, e 227, caput, da CF, e arts. 4º, 54, I, e § 1º, do ECA, não havendo razoabilidade em impedir-se a matrícula na pré-escola, de criança que complete quatro anos durante o transcorrer do ano letivo. Precedentes desta Corte de Justiça. NEGARAM PROVIMENTO AO APELO, E, QUANTO AO MAIS, MANTIVERAM A SENTENÇA EM REMESSA NECESSÁRIA. (Apelação e Reexame Necessário Nº 70073131120, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 11/05/2017).

O Supremo Tribunal Federal – STF, ao julgar pela sua Segunda Turma um Agravo em Recurso Extraordinário (ARE 639337), em data de 23/08/2011, relatado pelo Ministro Celso de Melo deixou clara a responsabilidade dos Municípios em efetivar o direito a educação infantil, pondo fim a qualquer tentativa do ente público em restringir o direito fundamental:

> E M E N T A: CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - SENTENÇA QUE OBRIGA O MUNICÍPIO DE SÃO PAULO A MATRICULAR CRIANÇAS EM UNIDADES DE ENSINO INFANTIL PRÓXIMAS DE SUA RESIDÊNCIA OU DO ENDEREÇO DE TRABALHO DE SEUS RESPONSÁVEIS LEGAIS, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA POR CRIANÇA NÃO ATENDIDA - LEGITIMIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DAS "ASTREINTES" CONTRA O PODER PÚBLICO - DOUTRINA - JURISPRUDÊNCIA - OBRIGAÇÃO ESTATAL DE RESPEITAR OS DIREITOS DAS CRIANÇAS - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV, NA REDAÇÃO DADA PELA EC Nº 53/2006) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM CASO DE OMISSÃO ESTATAL NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO - INOCORRÊNCIA DE TRANSGRESSÃO AO POSTULADO DA SEPARAÇÃO DE PODERES - PROTEÇÃO JUDICIAL DE DIREITOS SOCIAIS, ESCASSEZ DE RECURSOS E A QUESTÃO DAS "ESCOLHAS TRÁGICAS" - RESERVA DO POSSÍVEL, MÍNIMO EXISTENCIAL, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL - PRETENDIDA EXONERAÇÃO DO ENCARGO CONSTITUCIONAL POR EFEITO DE SUPERVENIÊNCIA DE NOVA REALIDADE FÁTICA - QUESTÃO QUE SEQUER FOI SUSCITADA NAS RAZÕES DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO -PRINCÍPIO "JURA NOVIT CURIA" - INVOCAÇÃO EM SEDE DE APELO EXTREMO - IMPOSSIBILIDADE - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. POLÍTICAS PÚBLICAS, OMISSÃO ESTATAL INJUSTIFICÁVEL E INTERVENÇÃO CONCRETIZADORA DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE EDUCAÇÃO INFANTIL: POSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL.

O Ministro relator destacou que a "educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola", conforme previsto no artigo 208, IV da Constituição Federal. Em decorrência disso, impõem-se ao Estado, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que viabilizem de forma concreta, em favor das crianças o efetivo acesso e atendimento em creches e pré-escolas, sob pena de implicar em omissão estatal inaceitável, capaz de frustrar injustificadamente, por inercia, o integral adimplemento pelo Estado de uma prestação de responsabilidade estatal imposta pela Constituição Federal.

A decisão da Corte Suprema não desconhece que a responsabilidade pela efetivação do direito a educação infantil decorre de políticas públicas que decorrem de prerrogativas de sua formulação Pelos Poderes Executivos e Legislativo. Entretanto, em caso de omissão, torna-

se possível a intervenção do Poder Judiciário, mesmo que de forma excepcional, para determinar que as políticas públicas constitucionais sejam efetivadas:

> DESCUMPRIMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DEFINIDAS EM SEDE CONSTITUCIONAL: HIPÓTESE LEGITIMADORA DE INTERVENÇÃO JURISDICIONAL. O Poder Público - quando se abstém de cumprir, total ou parcialmente, o dever de implementar políticas públicas definidas no próprio texto constitucional - transgride, com esse comportamento negativo, a própria integridade da Lei Fundamental, estimulando, no âmbito do Estado, o preocupante fenômeno da erosão da consciência constitucional. Precedentes: ADI 1.484/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO.

Por outro lado, é injustificável a teoria da reserva do possível, como forma de ser tolerada a inércia do Estado em resguardar direito fundamental a educação, isto porque, a destinação de recursos públicos, sempre escassos, sempre será uma definição dramática, estas "escolhas trágicas" conforme definida na jurisprudência não pode se sobrepor a dignidade da pessoa humana conforme entendimento da Corte Suprema. Não se pode admitir, por outro lado, qualquer retrocesso legal ou gerencial que impeça o exercício do direito fundamental a educação infantil, sob pena de afronta ao princípio de proibição do retrocesso.

Por isto que o entendimento do Supremo Tribunal Federal é de que a intervenção do Poder Judiciário, atuando na solução de demandas judicializadas não implica afronta ao poder discricionário do Poder Executivo. A decisão a seguir deixa clara a posição da Corte:

> DIREITO CONSTITUCIONAL E DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. GARANTIA ESTATAL DE VAGA EM CRECHE. PRERROGATIVA CONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE INGERÊNCIA NO PODER DISCRICIONÁRIO DO PODER EXECUTIVO. PRECEDENTES. 1. A educação infantil é prerrogativa constitucional indisponível, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a creches e unidades pré-escolares. 2. É possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo. 3. Agravo regimental improvido. (RE 464143 AgR, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 15/12/2009, DJe-030 DIVULG 18-02-2010 PUBLIC 19-02-2010 EMENT VOL-02390-03 PP-00556 LEXSTF v. 32, n. 375, 2010, p. 161-164).

A constatação foi de que a educação infantil se constitui em prerrogativa constitucional indisponível, a qual impõe ao Poder Público a obrigação de criar através de políticas públicas as condições objetivas que viabilizem as crianças brasileiras o acesso à educação durante sua infância. Neste sentido, cada vez mais os indivíduos estão se utilizando da judicialização das demandas de forma individualizada para ver efetivado o direito a educação infantil.

Se a judicialização é uma realidade, resta ao Estado encontrar formas para dar conta ao direito a educação infantil através de políticas públicas, caso não as efetive, será compelido por decisões judiciais que tendem a surgir nos mais diversos locais do país.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do objetivo estabelecido na presente pesquisa, qual seja, o de identificar o direito a educação infantil e sua proteção legal, pois colocado no patamar de obrigatoriedade e da gratuidade enquanto dever do Estado, uma nova realidade passa a estar presente na relação do Estado com as crianças, possuidoras de direito subjetivo a educação infantil.

Ficou evidenciado que os direitos das crianças brasileiras passaram por vários estágios no decorrer dos tempos. De uma época inicial de total desconhecimento por parte do Estado, onde o resguardo nesta época foi parcialmente compensado pela atuação da Igreja Católica e suas Casas de Misericórdia a uma proteção de natureza constitucional na atualidade.

Uma longa e árdua trajetória foi percorrida pelos defensores dos direitos a educação na infância, de modo que somente a partir do século XX se pode vislumbrar no Brasil, políticas públicas voltadas para a proteção das crianças em termos de educação infantil.

O desejo de tornar concreto uma justiça escolar no que diz respeito ao ensino na infância é indiscutível sob o ponto de vista de uma nova sociedade que surge a partir da Constituição Federal de 1988. Por isso, é preciso resgatar os avanços promovidos por ela que delineou um marco divisor em termos de direitos, notadamente no que diz respeito a política nacional destinada a proteção a ao resguardo de direitos da criança. A Constituição Federal abriu caminho para outros avanços, em especial através da edição de Emendas constitucionais e do Estatuto da Criança e do adolescente, Lei 8.069 de 1990, que impulsionado pela Carta Política e pela Declaração de Direitos da Criança aprovados pela Assembleia Geral das Nações Unidas – ONU, produziram uma nova realidade que é vivenciada pela sociedade brasileira.

Tão importante quanto garantir direitos formalmente é viabilizar recursos públicos de forma vinculativa para que as políticas públicas em favor das crianças possam ser viabilizadas. Neste intento o constituinte fez constar no texto Maior a obrigatoriedade de destinação de significativos percentuais da arrecadação de impostos a serem aplicados em educação.

Acontece que em um país marcado por desigualdades de todas as formas, em especial a econômica e social, passado algum tempo após a promulgação da Constituição e do Estatuto, as políticas públicas implementadas não conseguiram dar conta das demandas por efetivação

dos direitos da criança brasileira a educação infantil, de modo que, os conflitos entre os postulantes do direito e o Estado se tornaram uma realidade.

A atitude dos indivíduos está sendo recorrer ao Poder Judiciário, judicializando demandas de cunho individualizado, com propósito de efetivar o direito fundamental a educação infantil. Está é uma realidade que se consolida no decorrer dos anos conforme identificou a pesquisa, ao utilizar o Estado do Rio Grande do Sul como parâmetro específico.

A judicialização do direito a educação infantil como forma de exercício da cidadania e efetivação de direito é uma realidade brasileira que não pode ser desconhecida pelos gestores públicos responsáveis pelo implemento de políticas públicas educacionais.

O Brasil por muitos e muitos anos ficou em dívida com suas crianças, deixou de fazer aquilo que Aristoteles disse com muita propriedade "a justiça significa dar às pessoas o que elas merecem". Então, partindo da premissa aristotélica com muito atraso o Brasil começou a fazer justiça com suas crianças. Para que isto acontecesse, a judicialização constitui-se em um instrumento eficaz a disposição dos indivíduos que ganha notoriedade face a posição do Poder Judiciário em suas decisões que tem determinado a efetivação do direito a educação infantil.

7 REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. Política. Coleção Obra Prima de Cada Autor. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Editora Martin Claret, 2002.

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BAUMAN, Zygmunt. Modernidade Líquida. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

_____. Comunidade, A Busca Por Segurança no Mundo Atual. Rio de janeiro: Zahar, 2003.

BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. 13 ed., Trad. Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.

BRASIL. Constituição da República Federativa do brasil de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao.htm>. Acesso em: 20 mar. 2017.

_____. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/politica-nacional-de-priorizacaode-jurisdicao>. Accesso em: 10 abr. 2017.

_____. Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1930-1949/L0378.htm>. Accesso em: 10 abr. 2017.

_____. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1930-1949/L0378.htm>. Acesso em 10 mai. 2017.

_____. Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1930-1949/L0378.htm>. Acesso em 02 abr. 2017.

_____. Decreto nº 17.943, de 12 de outubro de 1.927. Institui o Código de Menores. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1930-1949/L0378.htm>. Acesso em 10 mar. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Disponivel em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisar.asp>. Acesso em: 12 mai. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do sul. Disponível em <http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=jurisnova&partialfields>. Acesso em: 06 mai. 2017.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra, Portugal: Almedina, 2003.

CURY, Carlos Roberto Jamil. Estado e Políticas de Financiamento em Educação. Revista Educação e Sociedade, vol. 28, n. 100 – Especial, p. 831-855, out. 2007. Disponível em: <http://www.cedes.unicamp.br>. Acesso em: 14 abr. 2017.

DECLARAÇÃO de Direitos do Homem e do Cidadão. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2017.

DUBET, François. O Que é uma Escolha Justa. Trad. Édi Gonçalves de Oliveira e Sergio Cataldi. Caderno de Pesquisa, v. 34, nº 123, p. 539-555, set./dez. 2004.

KELSEN, Hans. Teoria Geral do Direito e do Estado. Trad. Luís Carlos Borges. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

LESSARD, Claude. CARPENTIER, Anylène. Politicas educativas. Aplicação na prática. Trad. Stephania Matousek. Petrópolis, RS: Editora Vozes, 2016.

RIBOLI, Cesar. O Direito fundamental à Saúde e os Limites Materiais do Estado. Frederico Westphalen, RS: Editora URI, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SOUZA, Celina. Políticas Públicas: uma revisão da literatura. Sociologia, Porto Alegre, ano 8, nº 16. jul/dez 2006, p. 20-45. <Acesso em 10 Abr 2017 >