

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS – UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM EDUCAÇÃO
NÍVEL DOUTORADO**

CESAR RIBOLI

**A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À EDUCAÇÃO INFANTIL
NO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL (2008-2018)**

SÃO LEOPOLDO

2019

CESAR RIBOLI

**A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À EDUCAÇÃO INFANTIL
NO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL (2008-2018)**

Tese apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Doutor, pelo Programa de Pós-Graduação em Educação da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS.

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Manoel Dias da Silva

SÃO LEOPOLDO

2019

R486j

Riboli, Cesar.

A judicialização do direito à educação infantil no estado do Rio Grande do Sul (2008-2018) / por Cesar Riboli. – São Leopoldo, 2019.

219 f. : il. ; 30 cm.

Tese (doutorado) - Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Educação, São Leopoldo, RS, 2019.

Orientação: Prof. Dr. Rodrigo Manoel Dias da Silva, Escola de Humanidades.

1.Educação infantil - Rio Grande do Sul. 2. Educação de crianças - Política governamental - Rio Grande do Sul. 3. Poder judiciário e questões políticas - Rio Grande do Sul. 4. Controle jurisdicional de atos administrativos - Rio Grande do Sul. 5.Educação e Estado. I. Silva, Rodrigo Manoel Dias da. II. Título.

CDU 373.2(816.5)

37-053.2(816.5)

37.014.5(816.5)

342.733(816.5)

CESAR RIBOLI

**A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À EDUCAÇÃO INFANTIL
NO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL (2008-2018)**

Tese apresentada como requisito parcial à
obtenção do título de Doutor, pelo Programa de
Pós-Graduação em Educação da Universidade
do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS.

Aprovada em 27/11/2019.

BANCA EXAMINADORA

Profa. Dra. Berenice Corsetti - UNISINOS

Profa. Dra. Flavia Werle - UNISINOS

Profa. Dra. Luci Mary Duso Pacheco - URI

Profa. Dra. Marilú Camacho López - Universidade Autónoma de Chiapas, México.

Dedico este trabalho a minha querida esposa Cleci Janete, aos meus filhos Daniela Regina, Alessandra e Marcos Vinicius. Vocês são a fortaleza onde encontro as palavras que se traduzem em ideias e essas ideias se transformaram em uma tese. Em todos os momentos de minha vida, vocês são o lugar de apoio, compreensão, amizade e amor. Esta conquista contou com a sempre amável compreensão, ajuda e apoio de vocês.

AGRADECIMENTOS

Toda a construção é um resultado de esforço coletivo, de muitas mãos e mentes, uma única pessoa não é capaz de dar conta de uma edificação completa, por mais que seja a idealizadora, que seja competente, dedicada e muito trabalhadora, sempre será preciso contar com a ajuda de muitas outras pessoas que com ela compartilham a vida terrena.

Uma tese pode ser comparada à construção de uma edificação, a qual precisou de ajuda desde muito cedo. Também, foram as pessoas que durante o processo de construção contribuíram e deixaram sua marca na obra que terminou. O processo seletivo foi o marco inicial, quando houve a contratação da obra.

Iniciaram as aulas, um mundo desconhecido começou a ser desbravado. Os primeiros passos: conhecer os colegas, o ambiente de estudo e pesquisa, os professores, as aulas, aliás, as belas aulas que deixaram saudade. As luzes começaram a apontar o caminho a ser seguido. As leituras, as incansáveis leituras aproximaram o pensar dos marcos teóricos, da evolução do conhecimento, do mundo da educação.

As primeiras contribuições chegaram pelas mãos dos mestres, de muitos mestres, cada um e cada uma a seu modo, sem medir esforços, colocaram suas mãos e mentes a serviço da edificação, solidificando uma parceria solidária, competente e fundamental na construção do conhecimento. Por isso, a todos os professores do doutorado, a eterna gratidão e agradecimento, vocês foram os grandes responsáveis pela base e pela infraestrutura desta edificação.

À Coordenação do programa de doutoramento, relevo o reconhecimento pela competência na construção do projeto de parceria entre UNISINOS e URI, pelo apoio, pela organização e pelo cuidado com cada um dos doutorandos.

Ao orientador professor doutor Rodrigo Manoel Dias da Silva, um engenheiro paciente, estudioso, sempre pensante e cuidadoso com os detalhes da construção, foi sábio em ajudar na definição do percurso e na escolha dos materiais, acompanhou a colocação dos tijolos e do acabamento. Obrigado professor por toda a ajuda, compreensão paciência e disponibilidade.

Aos colegas de doutoramento que foram parceiros, amigos, trabalhadores que contribuíram com a construção de foram solidários, deram forças nos momentos de dificuldades e de cansaço. Obrigado a todos vocês e sucesso em suas próprias edificações.

Aos meus familiares, minha esposa Cleci Janete, às filhas Daniela e Alessandra, ao filho Marcos Vinicius. Vocês que sentiram falta, na minha ausência, e mesmo assim seguiram meus passos. A ajuda, a compreensão, o apoio e o carinho de cada um de vocês foram fundamentais na construção desta tese que considero uma obra, uma obra coletiva.

RESUMO

Esta tese trata da judicialização do direito à Educação Infantil no estado do Rio Grande do Sul no período de 2008 a 2018. O objetivo foi identificar, a partir das decisões judiciais proferidas pelo Tribunal de Justiça do Estado, quais são os fatores determinantes da judicialização e o papel desta na efetivação do direito fundamental social à Educação Infantil. As indicações metodológicas e o percurso realizado tem como ponto de partida uma pesquisa bibliográfica com a análise de conteúdo documental apoiada em bases teóricas. Em seis capítulos, é tratado das transformações no Estado e a judicialização, o direito à educação no Estado Constitucional e a influência das Declarações Internacionais, a Educação Infantil, do reconhecimento como direito fundamental social a sua proteção jurídica. A conclusão, a partir do estudo do referencial teórico e das análises da pesquisa, foi de que são fatores determinantes da judicialização dos direitos à Educação Infantil: a) fundamento social - baseado em diagnóstico social - o indivíduo contemporâneo elege e atribui novos valores e formas de conceber os destinos de sua vida, por isso age e reage; b) estatal - mudanças no Estado - as transformações do Estado possibilitou com que as forças políticas decorrentes da organização social definissem as prioridades da sociedade em termos de direitos, a Constituição foi a força jurídica na qual foram incluídos direitos fundamentais e sociais; c) proteção constitucional - enquanto Lei Maior de um Estado soberano é a Constituição que define os direitos fundamentais e sociais dos indivíduos, dotando estes de uma proteção jurídica subjetiva própria e especial, ela estabelece a Divisão de Poderes, dotando o Judiciário de competência para fazer cumprir as leis; d) pedagógico - mudança na concepção de infância - o tratamento dedicado à criança muda de uma concepção assistencialista para uma de sujeito merecedor de atenção especial, a criança é vista como protagonista do meio social, uma pessoa detentora de direitos e garantias, merecedora da atenção do Estado, da sociedade e da família como prioridade absoluta. A Educação Infantil passa a ser compreendida como a primeira e decisiva etapa da educação básica, objetivando o desenvolvimento integral da criança. Por isso, as instituições voltadas ao atendimento das crianças mudam, creches e pré-escolas passam de local de assistência para estabelecimentos de ensino. Um dos fundamentos da judicialização é o impacto nas políticas educacionais - a judicialização de direitos relacionados à Educação Infantil acontece porque as políticas públicas do Estado não dão conta da demanda de acesso e efetivação. Em se tratando de direito social, ela somente pode ser efetivada através de ações do Estado, das políticas públicas. Não assegurado o acesso universal, a reação dos indivíduos é buscar, através da judicialização, a garantia da efetivação

de um direito concebido como pré-requisito para a cidadania e para os demais direitos indispensáveis para a dignidade humana. Outro fundamento é a autonomia do Judiciário - a partir da independência enquanto Poder e da autorização constitucional, o Judiciário passou a interferir nas ações do Estado, utilizando como fundamento a força jurídica dos direitos fundamentais contidos na CF, na LDB e no ECA, para determinar a efetivação do direito à Educação Infantil. Um terceiro fundamento da judicialização é a definição conceitual de judicialização – construiu-se uma conceituação de judicialização. Finaliza-se este texto apresentando a importância do papel da judicialização na efetivação do direito fundamental social à Educação Infantil. Nesse sentido, a constatação de que 88,20% das demandas por direitos foram acolhidas pelo Judiciário faz com que se confirme a importância da judicialização para suprir a omissão estatal e exigir ações efetivas quanto ao acesso à Educação Infantil no Rio Grande do Sul.

Palavras-chave: Educação Infantil. Estado. Judicialização. Políticas Públicas. Efetivação.

ABSTRACT

This thesis deals with the judicialization of the right to Early Childhood Education in the state of Rio Grande do Sul from 2008 to 2018. The objective was to identify, from the judicial decisions issued by the State Court, what are the determining factors of the judicialization and its role in the realization of the fundamental social right to early childhood education. The methodological indications and the path taken have as their starting point a bibliographic research with the analysis of documentary content supported on theoretical bases. In six chapters, it deals with the transformations in the State and the judicialization, the right to education in the Constitutional State and the influence of the International Declarations, the Early Childhood Education, the recognition as its fundamental social right and its legal protection. The conclusion, based on the study of the theoretical framework and the analysis of the research, was that are determining factors of the judicialization of the rights to early childhood education: a) social foundation - based on social diagnosis - the contemporary individual elects and assigns new values and forms to conceive the destinies of his life, so he acts and reacts; b) state - changes in the state - the transformations of the state made it possible for the political forces arising from social organization to define society's priorities in terms of rights; the constitution was the legal force in which fundamental and social rights were included; c) Constitutional protection - as a major law of a sovereign state is the constitution that defines the fundamental and social rights of individuals, endowing them with their own and special subjective legal protection, it establishes the Division of Powers, giving the judiciary the power to make comply with the laws; d) pedagogical - change in the conception of childhood - the treatment dedicated to the child changes from a welfare conception to one of subject deserving special attention, the child is seen as protagonist of the social environment, a person with rights and guarantees, deserving attention State, society and family as an absolute priority. Early childhood education comes to be understood as the first and decisive stage of basic education, aiming at the integral development of the child. For this reason, institutions focused on childcare change, day care centers and preschools move from assistance to educational establishments. One of the fundamentals of judicialization is the impact on educational policies - the judicialization of rights related to early childhood education happens because the state's public policies do not account for the demand for access and effectiveness. When it comes to social law, it can only be realized through state actions, public policies. If universal access is not guaranteed, the reaction of individuals is to seek, through judicialization, the guarantee of the realization of a

right conceived as a prerequisite for citizenship and for the other rights indispensable for human dignity. Another foundation is the autonomy of the judiciary - from independence as a power and constitutional authorization, the judiciary began to interfere in the actions of the state, using as a foundation the legal force of fundamental rights contained in the CF, LDB and ECA, to determine the implementation of the right to early childhood education. A third ground of judicialization is the conceptual definition of judicialization - a conceptualization of judicialization has been constructed. This text concludes by presenting the importance of the role of judicialization in the realization of the fundamental social right to early childhood education. In this sense, the finding that 88.20% of the demands for rights were upheld by the judiciary confirms the importance of judicialization to meet the state omission and demand effective actions regarding access to early childhood education in Rio Grande do Sul.

Keywords: Early Childhood Education. State. Judicialization. Public policy. Effectiveness.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

- a.C** - Antes de Cristo.
- AC** - Apelação Cível.
- ADC** - Ação Declaratória de Constitucionalidade.
- ADPF** - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.
- AI** - Agravo de Instrumento.
- ANPEd** - Associação Nacional de Pós-graduação em Educação.
- Art.** Artigo de Lei.
- CF** - Constituição Federal.
- CNE** - Conselho Nacional de Educação.
- CNJ** - Conselho Nacional de Justiça.
- DINTER** - Doutorado Interinstitucional.
- DUDH** - Declaração Universal dos Direitos Humanos.
- ECA** - Estatuto da Criança e do Adolescente.
- FGTS** - Fundo de Garantia Por Tempo de Serviço.
- FNDE** - Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação.
- FUNDEB** - Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica.
- IBGE** - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística.
- IHU** - Instituto Humanitas da Unisinos.
- LDB** - Lei de Diretrizes e Bases da Educação Brasileira.
- LDO** - Lei de Diretrizes Orçamentárias.
- ONU** - Organização das Nações Unidas.
- PIDESC** - Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.
- PNE** - Plano Nacional de Educação.
- PPA** - Plano Plurianual.
- RE** - Recurso Especial.
- STF** - Supremo Tribunal Federal.
- TJRS** - Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.
- UNICAMP** - Universidade de Campinas.
- UNISINOS** - Universidade do Vale do Rio dos Sinos.
- UNICEF** - Fundo das Nações Unidas para a Infância.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	13
2 INDICAÇÕES METODOLÓGICAS E PERCURSO INTELECTUAL	23
2.1 Da Abordagem e dos Procedimentos de Percorso Intelectual.....	23
2.2 Estrutura de Apresentação da Tese.....	29
3 AS TRANSFORMAÇÕES NO ESTADO E A JUDICIALIZAÇÃO	32
3.1 O Estado: Origem e Transformações	32
3.1.1 Concepções e Abordagens.....	32
3.1.2 O Estado Sua Evolução e Formas.....	35
3.2 A Judicialização no Estado Contemporâneo.....	44
4 O DIREITO À EDUCAÇÃO NO ESTADO CONSTITUCIONAL E A INFLUÊNCIA DAS DECLARAÇÕES INTERNACIONAIS.....	56
4.1 O Direito À Educação na História das Constituições Brasileiras	59
4.1.1 O Direito À Educação na Primeira Constituição Brasileira (1824).....	60
4.1.2 O Direito À Educação na Constituição de 1891.....	63
4.1.3 O Direito À Educação na Constituição de 1934.....	65
4.1.4 O Direito À Educação na Constituição de 1937.....	67
4.1.5 O Direito À Educação na Constituição de 1946.....	70
4.1.6 O Direito À Educação na Constituição de 1967.....	72
4.1.7 O Direito À Educação na Constituição Vigente Desde 1988.....	75
4.2 A Educação nas Declarações Internacionais de Direitos	79
4.2.1 A Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.....	81
4.2.2 A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e do Cidadão de 1948.....	82
4.2.3 Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.....	83
4.2.4 Convenção das Nações Unidas Sobre os Direitos da Criança de 1959.....	86
4.2.5 Convenção Americana Sobre Direitos Humanos de 1969.....	86
4.2.6 Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1976.....	87
4.2.7 Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência	89
4.3 As Políticas Públicas Como Ação do Estado na Efetivação do Direito À Educação Infantil	91
4.4 Políticas Públicas Educacionais Brasileiras	94

5 A EDUCAÇÃO INFANTIL, DO RECONHECIMENTO ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL A SUA PROTEÇÃO JURÍDICA	101
5.1 A Educação Infantil.....	101
5.2 A Educação Infantil Enquanto Direito Fundamental Social.....	105
5.3 A Proteção Jurídica do Direito Fundamental Social À Educação Infantil	108
6 A JUDICIALIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS À EDUCAÇÃO INFANTIL.....	121
6.1 O Contexto Educacional e da Judicialização no Brasil e no Estado.....	121
6.2 A Educação Infantil e as Ações Judicializadas de 2008/2018	125
6.2.1 A Educação Infantil Judicializada no Ano de 2008	125
6.2.2 A Educação Infantil Judicializada no Ano de 2009	127
6.2.3 A Educação Infantil Judicializada no Ano de 2010	129
6.2.4 A Educação Infantil Judicializada no Ano de 2011	131
6.2.5 A Educação Infantil Judicializada no Ano de 2012	133
6.2.6 A Educação Infantil Judicializada no Ano de 2013	135
6.2.7 A Educação Infantil Judicializada no Ano de 2014	137
6.2.8 A Educação Infantil Judicializada no Ano de 2015	139
6.2.9 A Educação Infantil Judicializada no Ano de 2016	141
6.2.10 A Educação Infantil Judicializada no Ano de 2017	142
6.2.11 A Educação Infantil Judicializada no Ano de 2018	144
7 FATORES DETERMINANTES DA JUDICIALIZAÇÃO E SEU PAPEL NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À EDUCAÇÃO INFANTIL.....	147
7.1 Os Direitos À Educação Infantil Judicializados	147
7.1.1 Vaga em Creche.....	148
7.1.2 Vaga em Pré-Escola.....	150
7.1.2.1 <i>Da Responsabilidade pela Efetivação de Matrícula na Educação Básica</i>	<i>151</i>
7.1.2.2 <i>Da Distinção Creches e Pré-Escolas</i>	<i>153</i>
7.1.2.3 <i>Vagas em Pré-Escolas Judicializadas.....</i>	<i>154</i>
7.1.3 Requisito de Idade Mínima	155
7.1.4 Transporte Escolar	158
7.1.5 Professores na Educação Infantil.....	159
7.1.6 Acessibilidade.....	161

7.1.7 Turno Integral	164
7.1.8 Aumento de Vagas	166
7.1.9 Contratação Vagas Particular	168
7.1.10 Vagas Próximas a Residência.....	169
7.1.11 Percentual Mínimo em Educação	171
7.2 Argumentos que Fundamentam as Decisões Judicializadas	173
7.2.1 Constituição	174
7.2.2 Educação É Dever/Obrigação do Estado.....	177
7.2.3 Educação É Direito Fundamental Social	180
7.2.4 Educação É Direito Subjetivo.....	184
7.2.5 Divisão de Poder.....	186
7.2.6 Direito da Criança - ECA	192
8 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	196
REFERÊNCIAS	204

1 INTRODUÇÃO

Esta tese trata da temática da judicialização de direitos relacionados à Educação Infantil. Para tanto, de uma forma específica, são analisados alguns aspectos importantes que estão diretamente relacionados ao tema. Estes aspectos serviram de suporte para as conclusões que são apresentadas ao final deste texto.

No que diz respeito ao objetivo da tese, este é o de analisar as decisões judiciais proferidas pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, no período de 2008 a 2018, a partir das informações oficiais contidas em julgamentos realizados e disponibilizados pelo Tribunal, isso de modo a compreender os fatores determinantes da judicialização e o papel dela na efetivação do direito fundamental à Educação Infantil.

Trata-se de uma problemática contemporânea, a qual envolve diretamente os indivíduos da sociedade, o Estado e suas políticas públicas direcionadas à educação na infância. Questiona-se a efetividade de um direito fundamental do indivíduo, por isso, passa a existir uma realidade conflituosa entre o indivíduo e o Estado a qual se materializa através da judicialização. A judicialização está presente nas diversas relações sociais do Estado contemporâneo, ela ultrapassa a esfera de gestão administrativa das políticas públicas, já que os conflitos passam a ser direcionados ao Poder Judiciário que é incitado a resolver importantes questões que dizem respeito a uma realidade social.

Desse modo, mostra-se importante compreender esta realidade que envolve o direito à educação, no contexto social atual de conflito pela sua efetivação. Por isso, compreender o Estado e suas transformações representa identificar a proteção dedicada à educação e aos pactos sociais que envolvem as políticas educacionais, já que a educação é concebida enquanto um “pré-requisito” para o alcance de outros direitos básicos do ser humano.

A judicialização representa uma novidade impactante na forma tradicional da gestão das políticas públicas e da organização social do Estado contemporâneo. Isto, porque, ela retrata uma nova forma de concepção de vida pelo indivíduo em sociedade. O Judiciário, como um todo, neste cenário, nos dizeres de Barroso (2018), passa a exercer uma centralidade na tomada de decisões relativas a grandes questões de repercussão nacional, geradoras de aplausos por um lado, e de outro, de críticas, as quais exigem uma reflexão cuidadosa. O protagonismo do Judiciário diante do fenômeno da judicialização, em especial de direitos fundamentais sociais e de suas decisões a eles relacionadas, diz respeito a questões de abrangência política, envolvendo e impactando diretamente na implementação de políticas públicas e as escolhas morais em diversos temas que são controvertidos na sociedade.

A partir das perspectivas evidenciadas e de todos os desafios que enfrenta o Estado contemporâneo, notadamente no que diz respeito à efetivação dos direitos fundamentais sociais onde está inserido o direito à educação na infância, mostra-se reveladora a problemática/conflito que leva os sujeitos a buscarem, através da judicialização, o exercício desses direitos, gerando impactos nas políticas públicas do Estado. Vislumbra-se a existência de uma sociedade constituída por um conjunto de indivíduos detentores de direitos subjetivos, com proteção constitucional, portanto, investidos de um poder que justifica a reivindicação através das formas que possam estar ao seu dispor e alcance como é o caso a judicialização, o que denota a importância da investigação do tema e suas contradições.

As mudanças que acontecem na sociedade, ocorrem cada vez de forma mais rápida e com um alcance globalizado, interferindo na vida das pessoas, no que diz respeito às questões relacionadas ao trabalho e às mais diversas dimensões da existência humana. Profundas e preocupantes, tais questões se intensificam para aqueles que não detêm conhecimento e capacitação técnica, que se tornam incapazes de acompanhar as evoluções tecnológicas e científicas. A flutuação dos capitais pelo mundo, aumenta a massa de indivíduos desempregados de forma gigantesca, como consequência, aprofunda a instabilidade social. Diante dessa realidade, muda o indivíduo e suas expectativas de vida, muda também o Estado, são mudanças não por vontade própria, mas pelas imposições sociais exigidas, trata-se, portanto, de um imperativo produzido pela Modernidade.

O cotidiano do indivíduo, em tal cenário, está sendo marcado profundamente por crises sucessivas e diversificadas, conforme acentuado por Beck (2011). Crise de trabalho, de desigualdade social, de violência, de indiferença, de xenofobismo, de gênero, situação dos refugiados, de aquecimento global, de consumo, do meio ambiente, de acesso a direitos elementares e de impacto de novas tecnologias. Enfim, uma crise da sociedade humana, típica deste século, que a conduz a uma crise de identidade. Vislumbra-se que a realização dos ideais da Revolução Francesa - liberdade, igualdade e fraternidade -, continuam sendo tão sonhados ou mais que na época da Revolução. Esses ideais não podem ser esquecidos, sob pena de comprometimento da justiça social, por isso, o papel do Estado é fundamental.

Uma das consequências da barbárie da Segunda Guerra Mundial foi a de fazer emergir a disposição humana para a construção de uma nova sociedade. A instituição da Organização das Nações Unidas (ONU) foi decisiva para a edição da Declaração Universal dos Direitos Humanos, um documento histórico, com forte impacto nos países do mundo inteiro, que passou a ser entendido como um marco para o reconhecimento de importantes direitos fundamentais, como o direito à vida, à liberdade, à propriedade e à educação.

O reconhecimento destes direitos entendidos como fundamentais para a existência do ser humano e para sua dignidade enquanto tal, decorre de uma forte influência da Declaração Universal dos Direitos Humanos, uma vez que ela passou a ser recomendada como ideal para todos os povos no mundo. O direito ao ensino e à educação passaram, desde então, a serem concebidos como um esforço a partir do qual é possível a promoção e o respeito aos direitos e às demais liberdades humanas.

A influência da Declaração também foi decisiva para que os direitos fundamentais do ser humano fossem incorporados pelas Constituições de países signatários. Eles, os direitos, passaram a ser assegurados aos indivíduos sob a proteção de uma Lei Fundamental, a qual lhes assegura proteção em termos jurídicos, passando, desde então, a figurar em um seleto rol de direitos. O direito à educação, então, passa a ser concebido, como um dos principais direitos do ser humano, compreendido como indispensável para o desenvolvimento humano e a sua falta, implica no cerceamento do exercício de outros importantes direitos.

É a partir da concepção de que na sociedade contemporânea o direito à educação representa um direito basilar, um fator determinante de inclusão social dos indivíduos, que revela-se importante a compreensão de Dubet (2003), no sentido de que é impreterível que seja assegurado a todos os indivíduos, por parte do Estado, com um mínimo de recursos destinados à proteção dos desfavorecidos economicamente para que eles possam acessar um limite mínimo indispensável dessa educação, necessário para o reconhecimento enquanto ser humano, pois isso significa efetivar uma das formas de justiça social. O direito à educação, nesse sentido, faz-se instrumento importante também para o enfrentamento das desigualdades sociais.

É na sociedade que reconhece direitos fundamentais sociais, como é caso da educação e que evolui no reconhecimento de muitos outros direitos, que novos discursos se transformam em teses, nos dizeres de Sarlet (2010) como são os casos da “expectativa de direito” da “efetivação de direitos”, o de “um mínimo existencial” o da “reserva do possível” o da “capacidade orçamentária” e do “retrocesso legislativo” gerando fortes embates discursivos no que diz respeito aos direitos sociais.

São questões complexas, geralmente relacionadas aos limites materiais de recursos que o Estado dispõe para efetivar direitos sociais, que são geradoras de fortes impactos e embates no meio social no qual o indivíduo está inserido. Logo, a luta pela efetivação do direito à educação na infância, assim como é o caso de outros direitos fundamentais sociais, passa a ser motivo causador de constantes conflitos, os quais, na visão de Bauman, (2016), são a realidade de um “Estado em Crise” e, conseqüentemente, de uma sociedade em semelhante condição.

O indivíduo deste “Estado em Crise” parece não mais estar disposto a se conformar com

discursos justificadores de dificuldades e impossibilidades enquanto motivação estatal para sonegar direitos fundamentais, até porque, a nova realidade social descrita por Bauman, desafia o sujeito, o qual passa a ser o único responsável pelas conquistas e pelos próprios fracassos enquanto ser humano. Então, a atuação proativa, seria uma necessidade, uma reação do sujeito na tentativa de compreender e dar sentido às suas iniciativas na luta por direitos fundamentais. Isso decorre também de uma “sociedade líquida¹” que, em termos de atuação coletiva, não mais dá conta de organizar seus membros em torno de demandas coletivas.

A partir destas premissas concebidas por Bauman (2016), torna-se importante uma reflexão acerca das relações entre a incapacidade do Estado quanto à efetivação de direitos fundamentais através de suas políticas públicas, como é o caso do direito à educação na infância, e o modo de agir dos indivíduos em uma sociedade líquida e individualizada.

E, nesta sociedade, os indivíduos são obrigados a se adaptar a novas formas de concepção e ação na defesa dos projetos e perspectivas pessoais. Em consequência, o sujeito obediente ao discurso estatal, nitidamente muda de comportamento, é a compreensão a partir de Bauman. Portanto, sua relação com o Estado diante da negativa de acesso ou do não oferecimento de políticas públicas viabilizadoras dos direitos fundamentais sociais, como é o caso da educação, não é mais a de acomodação e aceitação.

A partir da nova realidade social e das novas concepções de direitos, os indivíduos identificam e elegem os direitos fundamentais sociais, enquanto objetivos de luta e de reivindicações de vida, pois concebem como valores indispensáveis ao desenvolvimento enquanto ser humano. Em decorrência disso, a capacidade de indignação dos sujeitos face à falta ou à falha no atendimento de direitos por parte do Estado pode ser determinante no agir dos sujeitos, passando estes a adotar determinadas providências, dentre as quais ganha novos contornos aquilo que se tem denominado de “judicialização de direitos”.

Enquanto instituição e organização social, segue sendo do Estado, como principal responsável, de quem o sujeito espera a promoção das transformações sociais. Então, se esta sociedade, em crise e injusta muitas vezes, não dá conta da efetivação de direitos fundamentais sociais, como é o caso do direito à Educação Infantil, o indivíduo, cansado de esperar pela solução estatal, pode se sentir autorizado a se tornar protagonista em busca da mudança da própria história. Acontece o que diz Bauman (2008), em uma sociedade individualizada, o

¹ Trata-se de um conceito da sociedade moderna definido por Zygmunt Bauman, pois vivemos em tempos marcados pela flexibilidade que provoca uma certa fragilidade no que diz respeito às relações com as pessoas e com as coisas. Ele compara a sociedade líquida com a água, que altera a forma de estar conforme o recipiente onde está. As pessoas estão tendo uma característica instável, moldando-se conforme o andar da vida. Desaparece o aspecto durável e sólido das coisas, tudo está sujeito a mudanças.

sujeito é o grande responsável por si mesmo, pela realidade e por seu destino.

No que diz respeito à judicialização de direitos no Brasil, a saúde é um exemplo emblemático, ela tem se mostrado expressivo e de grande magnitude. Com isso, desperta-se inúmeras pesquisas e estudos que tentam, cada um a seu modo, explicar suas causas e consequências, sem possibilidade de conclusão e, por enquanto, não há resposta que represente consenso entre os resultados das pesquisas. Um longo percurso está reservado aos pesquisadores do tema.

A judicialização do direito fundamental à saúde no Brasil, por exemplo, tem preocupado o Poder Judiciário, exigindo dele medidas para fazer frente ao grande número de demandas. Em virtude disso, o Conselho Nacional de Justiça - (CNJ), editou a Resolução nº 107, de 06 de abril de 2010 instituindo o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde. Em 06 de setembro de 2016, editou a Resolução nº 238, dispondo sobre a criação e manutenção de Comitês Estaduais da Saúde, bem como a criação de varas especiais da Fazenda Pública para tentar obter melhor desempenho devido à alta demanda.

O resultado de uma pesquisa realizada por Asensi e Pinheiro (2015), aponta as questões mais discutidas relacionadas ao direito à saúde, destacando-se: disponibilização de serviços de saúde, tais como fornecimento de medicamentos, disponibilização de exames e cobertura em tratamento médico e hospitalar de doenças. Conclui-se, no que diz respeito à judicialização da saúde enquanto realidade da modernidade que “o resultado deste processo é a intensificação do protagonismo do Judiciário na efetivação da saúde e uma presença cada vez mais constante deste Poder no cotidiano da gestão em saúde.” (ASENSI; PINHEIRO, 2015, p. 9).

Situação semelhante do que foi abordado anteriormente em relação ao direito à saúde ocorreu no Brasil com a correção dos saldos das cadernetas de poupança decorrentes dos sucessivos planos econômicos do governo Fernando Collor de Mello (1992), os quais causaram prejuízos aos poupadores. Centenas de milhares de brasileiros judicializaram o direito de revisão do critério de atualização dos valores depositados em poupança, acarretando uma verdadeira enxurrada de ações visando reconhecer esse direito dos poupadores.

E, recentemente, milhares de ações individuais chegaram ao Judiciário para discutir a correção dos saldos do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - (FGTS). Essas ações são capazes de impulsionar um papel determinante no que diz respeito à judicialização.

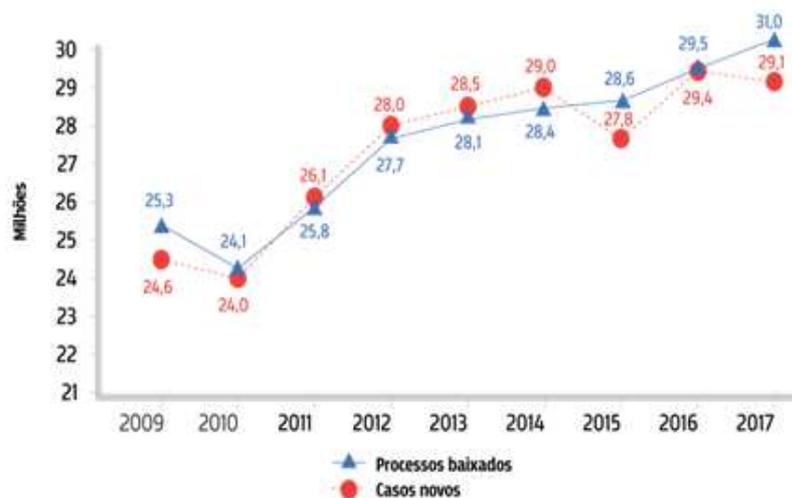
Segundo dados oficiais publicados no Relatório Justiça em Números (2018), foi contabilizado no ano de 2017, 80,1 milhões de ações tramitando (pendentes de uma decisão final). Neste mesmo ano, foram judicializadas 29,1 milhões de ações.

No final do ano de 2009 tramitavam (pendentes de decisão) no Judiciário 60,7 milhões

de ações. Em nove anos, o quantitativo cresceu para mais de 80 milhões de casos pendentes, variação acumulada no período de 31,9%, ou crescimento médio de 4% a cada ano. A taxa média de congestionamento situa-se na faixa de 69,3%, significando que apenas 30,7% das ações foram solucionadas definitivamente.

Tais dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) evidenciam números expressivos acerca da judicialização de direitos, o que demonstra a presença crescente do fenômeno no cenário atual. A judicialização no Brasil, a partir dos indicadores apontados pelo Conselho Nacional de Justiça, reproduz a série histórica dos casos novos e processos baixados, conforme é demonstrada graficamente:

Figura 01.



Fonte: CNJ

Arte CNJ

Em nível nacional restou evidenciado que os números da judicialização são bastante significativos e impactantes, sinalizando uma linha crescente com o passar dos anos.

Por outro lado, no Estado do Rio Grande do Sul, a judicialização também apresenta números importantes. Os dados numéricos existentes, permitem identificar o estágio da judicialização a nível estadual, os quais dado a sua importância ao contexto de pesquisa são objetos de análise de uma forma pormenorizada.

O quadro demonstrativo 1 a seguir, descreve a cada ano do período escolhido a judicialização estadual e sua relação com a população.

Quadro 1 - Judicialização e População Rio-grandense (2000/2018)

ANO	1º GRAU	2º GRAU	TOTAL	POPULAÇÃO	AÇÃO/100 HABITANTES
2000	734.199	141.944	879.143	10.187.798	8,63
2001	744.348	178.966	923.314	10.260.330	9,00
2002	920.754	202.884	1.123.638	10.316.752	10,89
2003	1.522.039	274.213	1.796.252	10.371.315	17,32
2004	1.376.778	356.658	1.733.436	10.425.735	16,63
2005	1.481.328	397.959	1.879.284	10.479.714	17,92
2006	1.758.976	499.694	2.258.670	10.530.809	21,45
2007	1.989.239	536.748	2.525.987	10.575.263	23,89
2008	2.075.646	641.321	2.716.967	10.844.476	25,06
2009	2.129.040	713.901	2.842.941	10.906.958	26,07
2010	2.079.515	813.600	2.893.115	10.965.071	26,39
2011	2.172.269	772.889	2.945.158	11.019.030	26,73
2012	2.111.032	734.469	2.845.501	11.069.861	25,71
2013	2.215.520	670.025	2.885.545	11.118.261	25,95
2014	2.287.823	690.949	2.978.772	11.164.043	26,68
2015	1.902.779	643.802	2.546.581	11.207.274	22,72
2016	1.872.359	580.272	2.452.631	11.247.972	21,81
2017	1.244.694	339.247	1.583.941	11.286.500	14,19
2018	1.553.723	342.103	1.895.826	11.286.500	16,79

Fonte²: elaborado pelo autor.

O número de ações judicializadas em 1º Grau³ ou primeira instância, corresponde à soma

² Dados obtidos no site do IBGE, disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/>>. Acesso em 10 mar. 2019. Ações judicializadas foram obtidas em: <<https://www.tjrs.jus.br/site/administracao/prestacaodecontas/relatorio>>. Acesso em: 08 mar. 2019.

³ A primeira instância ou primeiro grau são as varas ou seções judiciárias onde atuam o juiz de Direito. Essa é a principal porta de entrada do Judiciário. Grande parte dos cidadãos que entra com uma ação na Justiça tem o caso julgado por um juiz na primeira instância, que é um juiz chamado de singular (único), que profere (dá) a sentença

das ações ajuizadas por ano em Varas da justiça comum estadual e às ações propostas nas Varas dos Juizados Especiais⁴, todas elas iniciadas pelo 1º Grau.

No que diz respeito as ações de 2º Grau⁵ ou segunda instância, elas representam o total de recursos que foram interpostos das decisões de 1º Grau, estes são computados pelo ingresso nas Turmas Recursais⁶ e no Tribunal de Justiça.

A população brasileira está representada pela estimativa anual publicada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - (IBGE), o que torna possível constatar que o aumento populacional foi de 10,18 milhões de habitantes em 2000, para 11,28 milhões no ano de 2018. Por sua vez, a partir dos dados das ações e da estimativa populacional, é possível calcular o número daquelas ações que foram judicializadas no Estado do Rio Grande do Sul, a cada ano pesquisado, considerando o seu número por grupo de 100 habitantes.

A partir do Quadro 1, identifica-se a existência de uma média superior a 20,39 ações judicializadas para cada grupo de 100 pessoas no Estado do Rio Grande do Sul, no período de 2000 a 2018, um percentual bastante significativo de litigiosidade existente, em que estão incluídas todas as formas possíveis de ações. Este mesmo quadro, serviu de base para a definição do período de alcance da pesquisa (2008/2018). Isso, porque, além de ser um período recente, atual, é o de maior incidência da judicialização.

Conforme já referido, a judicialização atinge os mais diversos setores da sociedade, de modo que as políticas públicas, todas, de alguma forma estão sendo atingidas. Esta é a conclusão evidenciada pela Revista do Instituto Humanitas Unisinos - (IHU), que dedicou toda a edição de nº 494, de outubro de 2016, para relatar a “Judicialização da política e da vida dos cidadãos: a democracia e o Estado de Direito em tensão”, ao perceber a importância do tema.

O editorial da publicação destaca a judicialização, a partir da concepção de Frederico Noronha Ribeiro de Almeida, professor da UNICAMP, (IHU, 2016, p. 2), para quem a origem do termo judicialização “veio da ciência política estadunidense para compreender o protagonismo dos Tribunais na tomada de decisões políticas de importância, num quadro institucional baseado numa separação um tanto esquemática e normativa dos poderes

(decisão monocrática, de apenas 1 magistrado) (CNJ, 2019).

⁴ Juizados Especiais a nível estadual julgam questões de valor até 40 salários mínimos nacionais.

⁵ No segundo grau, os juízes, também chamados de desembargadores, trabalham nos tribunais (exceto os tribunais superiores). Os tribunais de Justiça (TJs) são responsáveis por revisar os casos já analisados pelos juízes singulares de primeira instância. São 27 TJs, um em cada unidade da Federação, cuja competência é julgar recursos das decisões dos juízes de primeiro grau. Isso significa que, se o cidadão não concordou com a sentença do juiz de primeiro grau, ele pode recorrer para que o caso seja julgado no TJ. Então, se o processo subiu para a segunda instância, quer dizer que houve recurso contra a decisão do juiz e, assim, o caso passa a ser examinado pelos desembargadores. A decisão agora será colegiada, ou seja, feita por uma turma/grupo de magistrados. (CNJ, 2019).

⁶ As Turmas Recursais julgam em recurso inominado as ações propostas nos Juizados Especiais.

Judiciário, Executivo e Legislativo”.

No que diz respeito aos direitos fundamentais e à luta dos indivíduos por eles mesmos, parece que a “Era dos Direitos” (1992), vislumbrada por Norberto Bobbio na década de noventa, está ainda muito longe de se tornar realidade para significativa parcela da população brasileira. Eis a conjuntura atual, mas isso não significa desconsiderar determinados avanços. Há, entretanto, que se destacar que tais mudanças sociais evidenciam que o acesso à justiça e da judicialização de direitos no Brasil é tensionado por uma dinâmica individualizada, pelo revivescimento por demandas de cidadania no contexto pós-Constituição de 1988 e por um recente movimento de protagonismo do Poder Judiciário frente à provocação para decidir a respeito de importantes questões sociais e políticas vividas no país.

Enfim, é certo que existe uma discussão que é contemporânea no Brasil, no que diz respeito à judicialização, a qual envolve diversas temáticas, dentre as quais, pode ser exemplificado as obras de autores como: Luiz Roberto Barroso (2018), “A Judicialização da Vida”, Ronei Danielli (2018), “A Judicialização do Direito a Saúde”, Mônica Clarissa Hennig Leal e Felipe Dalenogre Alves (2015), “Judicialização e Ativismo Judicial”, Rodrigo Albuquerque de Victor (2011), “Judicialização de Políticas Públicas para a Educação Infantil”, Luiz Werneck Viana (1999), “A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil” e a tese de doutorado desenvolvida por Adriana Dragone Silveira (2010) na Universidade de São Paulo e as suas produções posteriores relacionadas à temática.

Então, a partir do cenário analisado, e tendo sido constatada a existência de grande número de ações judicializadas, no Brasil e no Estado do Rio Grande do Sul, e em sendo o direito à educação na infância um dos mais importantes direitos sociais e fundamentais dos indivíduos, a base para outros tantos direitos. Outro aspecto relevante, diz respeito, as Meta prevista no Plano Nacional de Educação - PNE e a definição de novas políticas instituídas constitucionalmente pela Emenda Constitucional nº 59/2009, em relação a educação infantil. Por isso, mostra-se relevante o contexto, as causas e efeitos que envolvem a judicialização de direitos relacionados a educação infantil.

Neste sentido, a construção do trabalho organiza-se de modo a compreender e demonstrar as questões e relações que estão presentes, nesta relação marcada por fortes tensões relacionadas a proteção destes direitos educacionais basilares da criança.

A pretensão foi apresentar uma conclusão que possa oferecer uma contribuição ao conhecimento já produzido, a partir de novas perspectivas no que diz respeito à efetivação do direito à educação na infância e ao desenvolvimento humano dele decorrente. Essa perspectiva está direcionada para a sociedade em geral, para o Estado enquanto instituição de organização

social, responsável pelas políticas públicas, para o mundo acadêmico e para os indivíduos enquanto membros de uma sociedade em evolução e transformação. Tal tema, por fim, diz respeito a um instrumento presente nas tensões sociais da sociedade contemporânea.

Com a oportunidade de tornar público e acessível às pessoas os resultados desta investigação científica, a expectativa é de proporcionar uma contribuição para a evolução do conhecimento. Além disso, espera-se, a partir de uma consciência da realidade social e seus problemas, contribuir com a efetividade do direito fundamental à Educação Infantil a partindo da compreensão das relações de conflitividade estabelecidas entre o indivíduo e o Estado, geradoras da judicialização e sua proteção jurídica.

2 INDICAÇÕES METODOLÓGICAS E PERCURSO INTELECTUAL

2.1 Da Abordagem e dos Procedimentos de Percurso Intelectual

Para a construção da presente tese, a partir do objetivo estabelecido, qual seja o de identificar a partir das decisões judiciais proferidas pelo Tribunal de Justiça do Estado, quais são os fatores determinantes da judicialização e o papel desta na efetivação do direito fundamental social à Educação Infantil, foi necessário a definição de um percurso de investigação a ser percorrido para que fosse possível operacionalizar os dados e construir conclusões. Dessa forma, a observância de procedimentos metodológicos permitiu construir justificativas que reproduzem a fidelidade científica das análises apresentadas.

A conexão entre os métodos e as técnicas utilizadas, se revelaram importantes para o desenvolvimento de uma fórmula sequencial, na qual se baseou o pesquisador para investigar o objeto, para interpretar os dados e para relatar resultados constatados. O conjunto diferenciado de dados e informações coletadas, permitiram a realização de operações intelectuais baseadas em uma sequência lógica de conclusões a partir de uma análise de conteúdo documental.

Dentro do conjunto das técnicas de análise de conteúdo, a análise por categoria, ou análise categorial, “funciona por operações de desdobramento do texto em unidades, em categorias segundo reagrupamentos analógicos.” (BARDIN, 2016, p. 202). Entre as diferentes possibilidades de categorização, a investigação dos temas, ou análise temática, é rápida e eficaz aplicada a discursos diretos (significações manifestas) e simples. (BARDIN, 2016). Esta concepção metodológica, da análise de conteúdo documental foi aplicada na categoria de decisões judiciais que envolvem a judicialização do direito à Educação Infantil.

No que diz respeito ao tratamento dedicado as informações contidas nas decisões judiciais objeto de análise, entende-se que “a análise documental tem por objetivo dar forma conveniente e representar de outro modo essa informação, por intermédio de procedimentos de transformação.” (BARDIN, 2016). O propósito foi, portanto, alcançar o armazenamento das decisões judiciais de tal modo que fosse possível obter um máximo de informação (aspecto quantitativo) com o máximo de pertinência (aspecto qualitativo).

Para o desenvolvimento da pesquisa foram definidos como material de base as decisões judiciais do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, proferidas no período de 2008 a 2018. Essas decisões formam o conjunto de textos selecionados, são estas decisões judiciais que são o parâmetro de análise. Em uma primeira seleção, foi feita a identificação das decisões judiciais separando-as pelos parâmetros: “educação”, “Educação Infantil”, “ensino

fundamental” e “ensino médio”. Na sequência, buscou-se também quantitativamente identificar a existência de documentos que servissem de base para a pesquisa. A investigação apontou a existência de farto material disponível, viabilizando o prosseguimento da pesquisa qualitativa que culminou com a construção das conclusões que são apresentadas.

A pesquisa aponta que a judicialização é uma realidade existente no Estado do Rio Grande do Sul, ela retrata a luta dos indivíduos pela concretização do direito fundamental social à educação. Esse direito social, só pode ser assegurada mediante a efetivação de políticas públicas estatais, muito embora se tenha a clareza de que ele é usufruído de forma individual pelos sujeitos que são os destinatários das políticas públicas.

Uma pesquisa, necessariamente, precisa apresentar um caráter programático, ou seja, ela será um “processo formal e sistemático de desenvolvimento do método científico. O objetivo fundamental da pesquisa é descobrir respostas para problemas mediante o emprego de procedimentos científicos.” (GIL, 1999, p. 42). Então, para que a pesquisa atinja seus objetivos, é preciso que sejam estabelecidos um conjunto de ações a serem observados e seguidos para que, ao final, se torne possível encontrar uma resposta para o problema como resultado dos procedimentos de racionalidade e de sistematicidade que melhor se ajustem ao percurso.

No que diz respeito as premissas e perspectivas para construir modos adequados de pesquisa, retomando a autora Marlucci Paraíso (2014), em termos modernos, muitos desafios se apresentam e isso decorre das constantes transformações pelas quais passa a sociedade:

Temos como premissa, em primeiro lugar, que este nosso tempo vive mudanças significativas na educação porque mudaram as condições sociais, as relações culturais, as racionalidades. Mudaram os espaços, a política, os movimentos sociais e as desigualdades. Mudaram também as distâncias, as geografias, as identidades e as diferenças. Mudaram as pedagogias e os modos de ensinar e aprender. Mudaram as estratégias de ‘colonizar’, de educar e de governar. Mudaram os pensamentos, os raciocínios, os modos de ‘descolonizar’, os mapas culturais. (PARAÍSO, 2014, p. 28).

Segundo a autora, é possível deduzir que diante de um cenário de mudanças na educação em decorrência das transformações sociais, culturais e das racionalidades, dos espaços, da política, dos movimentos sociais, das distâncias, das geografias, das identidades e das diferenças é que mudaram também os indivíduos, suas práticas de comportamento e ação.

A metodologia é o instrumento pelo qual são estabelecidos os modos de se chegar à empiria, viabilizando um novo olhar sobre determinada temática, de forma curiosa, criativa e indagadora, para que seja possível atingir os objetivos pré-estabelecidos.

Referindo-se à importância da metodologia para o desenvolvimento de um estudo, com a contribuição de Paraíso (2014), é preciso destacar como consciência a necessidade de ser

dedicado muito esforço para identificar metodologicamente quais questionamentos efetivamente nos movem:

Dedicamos esforços para construirmos nossas metodologias, então, porque sabemos que o modo como fazemos nossas pesquisas vai depender dos questionamentos que fazemos, das interrogações que nos movem e dos problemas que formulamos. (PARAÍSO, 2014, p. 26).

Diante dessa concepção, “a especificação da metodologia da pesquisa responde, a um só tempo, às questões: como?, com quê?, quanto?.” (MARCONI; LAKATOS, 2017, p. 107), exigindo os seguintes componentes: métodos de abordagem, métodos de procedimento, técnicas de pesquisa, delimitação do universo, tipos de abordagem e tratamento específico.

No que diz respeito à forma de abordagem do problema de pesquisa, ela é qualitativa, isso porque, parte de uma premissa de existência de uma relação dinâmica entre a realidade social e os indivíduos, de modo que existe um vínculo inseparável entre a realidade objetiva e a sua relação com os sujeitos que não se traduz só em números. Logo, a interpretação dos fenômenos, suas causas e significados é determinante.

Em relação ao problema, o entendimento é de que existe, entre a realidade social e os indivíduos, uma relação em constante movimento de mudanças importantes, as quais impactam e estabelecem um vínculo objetivo na realidade social com o comportamento enquanto sujeitos. Daí se dá a importância da interpretação da realidade da judicialização (BARROSO, 2018) de modo a atribuir significados.

A análise textual e de conteúdo apresenta-se como importante instrumento de investigação científica. Ao tratar da análise textual discursiva Moraes e Galiazzi (2007, p. 48/49), no que diz respeito à desconstrução e à construção do objeto da pesquisa, entendem que a análise documental “representa um movimento de leitura e interpretação em que os significantes dos textos são interpretados produzindo-se diversificados significados, resultando deste processo elementos ou unidades”, o que permite destacar os aspectos significativos de um determinado fenômeno, no caso a judicialização do direito à educação na infância.

A análise de conteúdo, por sua vez, enquanto uma metodologia de pesquisa, permite indicar um caminho a ser seguido, aponta as possibilidades de percurso, oportuniza o manejo de um conjunto de técnicas e procedimentos possíveis de utilização. A análise de conteúdo é um mecanismo de apoio para a busca de respostas a partir da base material de pesquisa que são às decisões judiciais proferidas pelo Judiciário gaúcho.

Bardin (2016, p. 52) faz uma importante observação no que diz respeito à relação

existente entre a análise de conteúdo e a análise documental. Para a autora, o objetivo da análise documental “é a representação condensada da informação, para consulta e armazenamento”, por sua vez, o da “análise de conteúdo” é a manipulação de mensagens (conteúdo e expressão desse conteúdo) para evidenciar os indicadores que permitam inferir sobre uma outra realidade que não a da mensagem”. Entende a autora que “a análise de conteúdo procura conhecer aquilo que está por trás das palavras sobre as quais se debruça”. De acordo com Bardin (2016), a análise de conteúdo visa o conhecimento de variáveis de ordem psicológica, sociológica, histórica, entre outras, através dos mecanismos de dedução de uma base de indicadores reconstruídos em uma determinada amostra, no caso da pesquisa, aplicado as decisões judiciais.

O objetivo da análise de conteúdo “é o de saber explicar a especificidade e campo de atuação da análise de conteúdo.” (BARDIN, 2016, p. 51). Enquanto a análise documental é “uma operação ou conjunto de operações visando representar o conteúdo de um documento sob a forma diferente da original, a fim de facilitar, num estado ulterior, a sua consulta e referência”.

Por outro lado, a base, enquanto fonte da pesquisa, foi a bibliográfica, onde foram investigadas teorias descritas em livros e textos publicados em revistas especializadas, na legislação nacional e na jurisprudência de Tribunais brasileiros (decisões judiciais reiteradas em mesmo sentido de interpretação).

O aprofundamento teórico foi obtido a partir da análise de artigos recentes publicados em periódicos científicos, destacando-se: Revista Contemporânea de Educação da UERJ, Educação e Pesquisa da USP, Revista InovaEduc da UNICAMP, Revista Educação e Realidade da UFRGS, Revista da ANPEd - Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Educação, Revista de Educação UNISINOS entre outras, os quais constituíram-se de importante suporte de estudo.

No que diz respeito às leis, elas foram pesquisadas a partir de seus textos originais e oficiais, disponibilizados no site do Palácio do Planalto, em Brasília, o qual mantém atualizado e disponível todos os textos da legislação brasileira (Constituições, Leis e Decretos). Trata-se, portanto, de base oficial de legislação nacional.

A jurisprudência, por sua vez, foi buscada em bancos de dados oficiais dos Tribunais Superiores da Justiça, no caso das decisões judiciais que foram objeto de análise em específico, a fonte foi o portal de jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

A partir da definição dos materiais de análise, no caso, os documentos (decisões judiciais) e do respectivo período de abrangência da pesquisa, os princípios analíticos de interpretação passam a exercer papel determinante para a construção dos resultados. Uma

pesquisa bibliográfica que utiliza o método de pesquisa de análise de conteúdo documental parte de tais fontes para obter conclusões a partir da interpretação dos documentos fonte.

A descrição da pesquisa necessita apresentar os fatores determinantes para a ocorrência de determinados fatos, no caso da judicialização do direito à educação na infância, ela deve partir do conhecimento da realidade para explicar as razões de sua ocorrência e importância. Neste sentido, o método observacional e dedutivo, seguindo a teoria racionalista contribui para ordenar o pensamento e conceber que enquanto pressuposto, somente a razão é capaz de conduzir ao conhecimento e as conclusões sobre ele.

O processo de investigação documental, realizado através da análise de conteúdo, partiu do documento enquanto objeto de investigação. Na pesquisa bibliográfica, a investigação analisa documentos de domínio científico, como livros, artigos científicos, periódicos, entre outros, proporcionando ao pesquisador um contato direto com a fonte. São de domínio científico as contribuições de autores em relação ao tema por eles pesquisados.

No que diz respeito à pesquisa documental, na concepção de Oliveira (2007, p. 69), essa “caracteriza-se pela busca de informações em documentos que não receberam nenhum tratamento científico, como relatórios, reportagens de jornais, revistas, cartas, filmes, gravações, fotografias, entre outras matérias de divulgação”. Por outro lado, para Apolinário (2009, p. 67), se trata de “qualquer suporte que contenha informação registrada, formando uma unidade, que possa servir para consulta, estudo ou prova. Incluem-se nesse universo os impressos, os manuscritos, os registros audiovisuais e sonoros, as imagens, entre outros”. Os documentos que reproduzem decisões judiciais estão enquadrados nessa última concepção.

A análise documental proporciona ao pesquisador produzir novos conhecimentos, conceber novas formas de compreender fenômenos pesquisados através da análise de dados. A credibilidade da análise e representatividade das conclusões liga diretamente o pesquisador aos fatos e à relação fiel para com eles. Não pode o pesquisador descuidar do contexto histórico em que o documento foi produzido, também do universo social e político e para quem ele foi destinado. A qualidade da fonte documental, sua autenticidade e confiabilidade, implicam um importante nexos entre quem escreve e produz, com quem é destinatário das informações, dos dados. Nesse aspecto, textos de natureza jurídica tiveram, na análise, o cuidado de que é preciso ser identificado seu sentido, tendo em vista que determinadas palavras representam conceitos técnicos, a partir de uma linguagem específica, jurídica, a qual faz parte da argumentação.

Por outro lado, no que diz respeito à metodologia qualitativa em investigações a partir de fontes documentais, destaca-se sua preponderância na utilização por pesquisadores da Linha de Pesquisa do Programa de Pós-Graduação da Unisinos, Educação, História e Políticas,

conforme conclusões de estudo realizado por Berenice Corsetti (2006). A análise documental permite evidenciar importantes elementos no processo de pesquisa ao relacionar e associar de forma fundamental, o momento de elaboração do questionamento e seu problema de pesquisa.

Corsetti (2006, p. 36) destaca que o cruzamento e o confronto das fontes de pesquisa constituem uma “operação indispensável [...] já que nos possibilita uma leitura não apenas literal das informações contidas nos documentos, mas uma compreensão real”, que se torna contextualizada diante do cruzamento entre as fontes que se completam em termos explicativos. Em uma pesquisa de cunho social, as comparações entre os dados, as modalidades de análise e as relações entre os eventos são a maneira pela qual uma verdade pode ser demonstrada.

Nas sociedades modernas, através de um nível instrumental, as tensões e as ambiguidades que envolvem as pesquisas documentais estão sendo impactadas e estão mudando conforme mais pesquisadores passam a utilizar-se de documentos. Isso acontece devido a uma crescente disponibilidade de dados e informações, o que eleva a já crescente importância das fontes de pesquisas disponíveis pela internet. Essas fontes incluem publicações de textos, leis, declarações e registros de governos, também textos físicos contendo o conteúdo de registros oficiais governamentais, dentre os quais incluem-se as decisões judiciais.

A pesquisa utilizou como fontes primárias as decisões judiciais que foram produzidas por aqueles que de fato interpretaram os eventos que descreveram. Ademais, são documentos públicos, acessíveis a pesquisadores. No caso, os documentos representam uma realidade na qual é possível encontrar uma relação entre a sua descrição e os eventos aos quais eles se referem. Em regra, tais documentos têm suas descrições aceitas como fato independente de qualquer questionamento, já que seus signatários são agentes públicos.

Documentos podem ser encontrados e armazenados de diversas formas. No caso da presente pesquisa, estes estão disponibilizados em arquivos eletrônicos. Reproduzem um contexto social e político amplo da educação, no momento de sua produção. Por outro lado, o significado interno dos documentos, dos relatos, das qualidades, da sua autenticidade, da credibilidade e da representatividade vai depender da análise qualitativa de conteúdo feita.

A análise de conteúdo documental teve como propósito encontrar uma resposta à problemática eleita para a pesquisa, além de eleger como orientação o contraditório e as discussões pautadas na questão da judicialização do direito à educação na infância para a construção de significados. Procurou-se respostas de modo a evidenciar o sentido, as implicações e, especificamente, entendê-las através das análises do conteúdo nas decisões. Eis o caminho que foi trilhado.

Destaca-se que as decisões utilizadas para a análise são aquelas proferidas pelo Tribunal

de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, em julgamento de segundo grau, ou seja, a análise abrange apenas a judicialização que foi objeto de recurso da sentença de primeiro grau. Deve ser ressaltado que a quantidade de ações propostas na Justiça gaúcha de 1º Grau é bem maior. Isto porque, considerando os dados das ações julgadas pelo Tribunal de Justiça e o índice de recorribilidade obtido através de cálculo realizado, identificou-se que 28%, é o índice de recursos (CNJ 2018).

Utilizando-se o método dedutivo, foi possível identificar a judicialização de ações na Justiça Estadual de primeiro grau. A dedução é encontrada a partir da regra de três simples⁷ e esta, aponta que a cada 100 ações judicializadas, 28 são recorridas, o que equivale também concluir que são ajuizadas 3,57 ações a cada um dos recursos interpostos e que foram objeto de análise. Portanto, na análise e interpretação dos dados da pesquisa, é preciso ressaltar que em termos de quantidade, a cada ação judicializada e julgada pelo Tribunal de Justiça do Estado 3,57 vezes mais foram judicializadas no 1º Grau da Justiça Estadual.

2.2 Estrutura de Apresentação da Tese

A tese está estruturada em capítulos de modo a apresentar de forma sequencial o desenvolvimento da construção teórica e a análise de dados coletados durante a pesquisa. São seis capítulos ao todo, ligados umbilicalmente, de modo a reproduzir as conclusões evidenciadas no decorrer da pesquisa.

Assim, a partir da introdução, o capítulo I intitulado “Indicações Metodológicas e Percorso intelectual”, apresenta a partir da temática estabelecida, dos objetivos e do problema investigado, as fontes teóricas, os dados e as categorias que foram analisadas. A partir do conjunto de técnicas e métodos disponíveis pelo reconhecimento científico, adotou-se a análise textual de conteúdo de documentos jurídicos (Decisões Judiciais) para se chegar as conclusões que são apresentadas como resultado da investigação científica.

O estudo das teorias relacionadas a temática, das leis que regem os direitos que envolvem a Educação Infantil objeto de judicialização e a jurisprudência dos Tribunais nesse sentido, foram fortalecidas pela análise de produções em periódicos especializados, contribuindo com as análises qualitativas e quantitativas.

⁷ A regra de três simples, na matemática, é uma forma de descobrir um valor a partir de outros três, divididos em pares relacionados cujos valores têm mesma grandeza e unidade. Para realizar os cálculos é necessário se verificar a relação entre os pares de grandezas: se são diretamente ou inversamente proporcionais. De maneira mais prática, se quando o valor de a1 crescer, o de b1 também crescer, são grandezas diretamente proporcionais. O mesmo vale para a2 e b2. Fonte: https://pt.wikipedia.org/wiki/Regra_de_tr%C3%As_simples. Acesso em: 30 mar. 2019.

O capítulo II trata “As Transformações no Estado e a Judicialização”, nele busca-se conhecer e compreender o Estado enquanto instrumento da ordem social e jurídica que protege e efetiva direitos sociais e individuais e transformações relacionadas. Para tanto, foi realizado uma incursão histórica, a partir das teorias que sustentam e definem sua origem desde o pacto originário até a forma contemporânea de organização.

A judicialização no Estado contemporâneo é apresentada enquanto instrumento do estado constitucional que reconhece direitos e tem deveres para com os indivíduos em efetivá-los, constituindo-se em um mecanismo a disposição dos indivíduos para lutarem por seus direitos, principalmente à Educação Infantil, quando as políticas públicas não os efetivarem.

O terceiro capítulo analisa o “Direito à Educação no Estado Constitucional e a Influência das Declarações Internacionais”, partindo da conceituação de educação, passando pela proteção reservada pelos constituintes em todas as Constituições brasileiras, iniciando-se com a do Império de 1824 para culminar com a atual Constituição, promulgada em 1988. O propósito é compreender a proteção dispensada pelas Constituições no decorrer dos tempos em relação ao direito à educação, por isso, a necessidade de identificar e analisar todas elas.

O estudo das Declarações Internacionais de Direitos, tem como intuito o de encontrar fundamentos de proteção ao direito à educação dos indivíduos, até porque, elas e em especial a Declaração Universal dos Direitos Humanos exerceu forte influência sobre a forma de organização do Estado Contemporâneo, da sua atuação e da definição de direitos fundamentais. O Estado brasileiro e sua Constituição foram fortemente influenciados pelos Documentos Internacionais. Neste mesmo capítulo, ainda, foi objeto de análise, as políticas públicas enquanto ação do Estado na efetivação do direito à Educação Infantil, culminando com a identificação da proteção jurídica do direito fundamental social à Educação Infantil.

O capítulo IV retrata “A Educação Infantil, do Reconhecimento Enquanto Direito Fundamental Social a sua Proteção Jurídica”, analisando a concepção da Educação Infantil e de toda a proteção jurídica a ela reservada em termos constitucionais e das leis de Diretrizes e Bases da Educação - LDB e Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA.

O capítulo quinto trata da “A Judicialização de Direitos Fundamentais Sociais à Educação Infantil”, parte-se de uma demonstração do contexto educacional, populacional e da judicialização no Brasil e no Estado do Rio Grande do Sul, relacionada a educação de uma forma geral e da Educação Infantil de uma forma específica. Trata-se de um capítulo descritivo.

A partir de uma contextualização, são analisadas as judicializações relacionadas a Educação Infantil em cada um dos anos, iniciando-se em 2008 e culminando no ano de 2018. São identificados a cada ano os direitos que foram objeto de judicialização e na sequência os

fundamentos da judicialização e os argumentos das decisões judiciais analisadas.

Concluindo a tese, no capítulo VI, é onde é enfrentado os “Fatores Determinantes da Judicialização e seu Papel na Efetivação do Direito Fundamental Social à Educação Infantil”, neste capítulo, são agrupadas as categorias objeto de análise, onde foi possível identificar os principais direitos relacionados à Educação Infantil que foram objeto de judicialização no período analisado. Por fim, nas considerações finais, é apresentado de forma concisa as conclusões da pesquisa, onde o problema de pesquisa e a tese evidencia-se de forma objetiva.

3 AS TRANSFORMAÇÕES NO ESTADO E A JUDICIALIZAÇÃO

O Estado compreendido como uma organização social e política, que é responsável por disciplinar e assegurar regras de convivência social e imbuído das competências e das responsabilidades para com o reconhecimento e a efetividade de direitos sociais e individuais, é um produto concebido e idealizado pela sociedade humana para atuar no interesse dessa.

A partir desta concepção de Estado, a educação enquanto um direito social e fundamental do indivíduo tornou-se uma escolha dessa sociedade humana, que no passar dos tempos passou a atribuir maior importância e significado. Em decorrência disso, a responsabilidade do Estado para com este direito é cada vez mais importante e representativa.

Já a judicialização, por sua vez, enquanto ação dos sujeitos do Estado, existe porque foram concebidos e atribuídos mecanismos ao aparato do Estado que viabilizam um controle social de um lado, e de outro, um controle dos indivíduos em relação a atuação deste Estado, a partir de uma premissa de que todo o poder e atribuições lhe foram outorgadas pelos indivíduos e pela sociedade e de que o Estado deve atuar a serviço da sociedade e seus indivíduos.

3.1 O Estado: Origem e Transformações

O Estado como um produto da sociedade que se organiza para a defesa de interesses comuns, teve um propósito originário e passou por diversas transformações desde então. Por isso, a pretensão é compreender esta origem e transformações, isto porque, da mesma forma com que a sociedade humana evolui e se transforma no decorrer dos tempos e de suas gerações, o Estado, por sua vez, também se transforma, ajustando-se enquanto instituição as constantes transformações sociais.

3.1.1 Concepções e Abordagens

A concepção de Estado como sendo uma instituição, parte de uma premissa que sinaliza para a compreensão de que em certo momento da história da humanidade, se tornou necessário a criação de uma instituição que fosse capaz de assegurar proteção e preservação da vida, e, que além disso fosse capaz de proporcionar a realização de interesses comuns. São justificativas plausíveis para um propósito que sustenta a sua existência no decorrer dos tempos e gerações.

A compreensão do surgimento do Estado, nos moldes como é conhecido na modernidade, não é extraída a partir de um consenso dos pensadores, de forma que a filosofia

e a sociologia desenvolveram várias teorias que tentam, cada qual a seu modo, sustentar suas afirmações. Não ignorando o debate filosófico e sociológico ou ainda a construção dos historiadores, é certo que há controvérsias quanto a origem e denominação do Estado enquanto instituição. Mesmo que o propósito aqui não seja analisar esta controvérsia de uma forma aprofundada, é certo que se torna necessária e oportuna uma compreensão daquilo que as teorias predominantes apresentam.

Partindo-se de Aristóteles, (384 a. C - 322 a. C) na sua obra “*A Política*” encontra-se a concepção de que “o Estado é constituído pela união das famílias” (2002, p. 15), o autor defende a ideia de uma associação de famílias (sociedade natural) que almejam algum tipo de bem. Essa associação decorreu de um instinto natural do ser humano, o qual, pela sua racionalidade, é um ser social e político, necessitando da comunidade para sobreviver, pois é nela onde encontra segurança e proteção. Assevera “ora, o que não consegue viver em sociedade, ou que não necessita de nada porque se basta a si mesmo, não participa do Estado; é um bruto ou uma divindade. A natureza faz, assim, com que todos os homens se associem.” (ARISTÓTELES, 2002, p. 15). Da associação decorre a cidade (*Polis*), posteriormente o Estado para Aristóteles.

Em Hobbes (1588 - 1679), na sua celebre obra “*O Leviatã*”, encontra-se uma concepção divergente da abordada por Aristóteles. A sociedade organizada politicamente decorre do caos e da desordem que existia entre os homens. Essa situação inviabilizava a própria existência dos indivíduos. Então, a única maneira pela qual os indivíduos poderiam se defender das invasões e da morte, seria celebrar um pacto, instituindo um poder comum capaz de garantir a sobrevivência. O Estado desse pacto pretende pôr fim à desordem e ao caos existente, diferente dos argumentos de Aristóteles que decorrem do fato de ser o homem um sujeito social e político. Para Hobbes (2003), o poder soberano ocorre da disposição dos indivíduos que celebram este pacto, constituindo-se um Estado por instituição.

A obra de Hobbes, na vigência do Absolutismo, configurou-se num engenhoso tratado que tinha como objetivo justificar os poderes externos em que a segurança sacrifica a liberdade e a lei aliena a justiça, desde que fosse mantido a qualquer preço a conservação social. No contrato social estaria a força infinita do governo de manter a ordem. O filósofo ficou marcado como contratualista do medo, do absolutismo, pelos pensadores positivistas.

Locke (1712 - 1778) defende um estado de natureza como antecessor do estado de sociedade. Locke, no livro “*Segundo Tratado Sobre o Governo*”, segue as ideias de Hobbes, um contratualista por essência. Concebe o início do Estado pelo contrato social e isso fica claro quando ele afirma que “sempre que, pois, certo número de indivíduos se reúne em sociedade, de tal modo que cada um abra mão do próprio poder em executar a lei da natureza, transferindo-

o à comunidade, nesse caso, e somente nele, haverá uma sociedade civil ou política” (LOCKE, 2006, p. 70) e justifica essa sua forma de conceber o Estado:

O único modo legítimo pelo qual alguém abre mão de sua liberdade natural e assume os laços da sociedade civil consiste no acordo com outras pessoas para se juntar e unir-se em comunidade, para viverem em segurança, conforto e paz umas com as outras, com a garantia de gozar de suas posses, e de maior proteção contra quem não faça parte dela. (LOCKE, 2006, p. 76).

Parte o autor da premissa de que os homens nascem livres por natureza, iguais e independentes, por isso, justifica-se a única coisa pela qual eles abririam mão das liberdades naturais, qual seja, a de unir-se em sociedade para viver com segurança, com paz e para assegurar a preservação de suas posses.

Em Rousseau e Kant, a premissa é a de que é o pacto social quem dá efetivamente origem ao Estado. Afirmou Rousseau (2001, p. 32) que “cada um de nós põe em comum sua pessoa e todo o seu poder sob a suprema direção da vontade geral e recebemos, enquanto corpo, cada membro como parte indivisível do todo”. É por isso que em um determinado momento da história, os homens livres e em estado de natureza resolveram pactuar. Abriram mão do direito pessoal em favor de um direito em sociedade que eles próprios constituem. Para Kant, é na união dos indivíduos sujeitos às leis do direito que se encontra proteção jurídica para assegurar a sobrevivência. Rousseau atribui ao pacto social a origem do poder político.

Por outro lado, de acordo com as concepções de Engels (1984), compartilhada por Bobbio, o surgimento do Estado ocorreu:

Entendido como ordenamento político de uma comunidade, nasce da dissolução da comunidade primitiva fundada sobre os laços de parentesco e da formação de comunidades mais amplas derivadas da união de vários grupos familiares por razões de sobrevivência interna (sustento) e externas (a defesa). (BOBBIO, 2014, p. 73).

Contudo, existe certo consenso de entendimento que foi a partir de Maquiavel que a concepção consagrada pela ciência como Estado Moderno surge pela primeira vez na história. Em “*O Príncipe*”, ele refere que “todos os Estados, todos os governos que tiveram e têm autoridades sobre os homens, foram e são república ou principado.” (MACHIAVELLI, 2015, p. 9). Portanto, ele liga a concepção de Estado a poder e a autoridade.

É, portanto, a partir de Maquiavel que efetivamente surge a expressão “Estado”, por isso, ele é considerado seu criador. Porém, o uso do modo como ficou consagrado somente foi reconhecido muito tempo depois, pois carecia de um vínculo estabilizador que desse legitimidade ao conceito “que unicamente a face jurídica lhe havia de ministrar para associá-

lo, em definitivo, à instituição nascente, ou seja, o Estado, definido já em seus elementos constitutivos e positivado num sistema de organização permanente e duradoura.” (BONAVIDES, 2012, p. 37). A concepção de soberania empresta a completude ao conceito de Maquiavel, ela vem com a obra do publicista francês Jean Bodin (2001), “*Seis Livros da República*”, na referida obra, não foi intitulado estado, mas república, a qual, atribui-se o mesmo significado.

Segundo Bobbio (2014), existem duas teorias que são reconhecidas e que tentam explicar a origem do Estado, são elas: a teoria da continuidade e a teoria da descontinuidade. A teoria da continuidade de Engels (1984), a qual sustenta o argumento de que o Estado é resultado de uma continuidade, da passagem da comunidade primitiva, dos laços familiares, para uma comunidade de parentesco que gera uma sociedade civil, um ordenamento jurídico. Por outro lado, para os defensores da teoria da descontinuidade como Weber (2011), a origem do Estado, nos termos que é concebido na modernidade, resulta de um rompimento com os sistemas tradicionais e políticos que o precederam. O Estado, então, é como produto da modernidade, da organização da sociedade moderna.

Em Kelsen, o Estado surge a partir dos interesses de uma classe dominante que objetiva proteger valores e interesses, tem a definição de “uma organização política, uma ordem de coação, uma ordem jurídica relativamente centralizada, uma comunidade social construída por uma ordem normativa, composta de acordo com a doutrina tradicional por três elementos: população, território e poder.” (KELSEN, 2009, p. 318). Esse entendimento é um dos mais importantes desenvolvidos pela ciência que estuda a teoria do Estado.

3.1.2 O Estado Sua Evolução e Formas

Independentemente da discussão no que diz respeito a origem do Estado, de seu reconhecimento como Estado na Antiguidade ou apenas como produto da sociedade Moderna, há, por parte dos pensadores, a definição de alguns tipos de Estado em uma evolução histórica. Destacam-se: O Estado Antigo, o Estado Medieval e o Estado Moderno. De acordo com Bobbio (2014, p. 114), “a mais corrente entre historiadores é: Estado Feudal; Estado Estamental; Estado Absoluto e Estado Representativo”.

O Estado Feudal ficou marcado por duas ideias centrais: Exercício das funções de Estado, centradas nas mesmas pessoas e pela fragmentação do poder central em pequenos agregados de poder. A burocracia era um traço característico desse modelo, marcado, então, pela concentração e pela especialização das funções de governo.

Já no Estado Estamental, as características que se destacam são a organização política pela qual se formam órgãos colegiados, o estado (*stände*), onde se reuniam indivíduos detentores de uma similar posição social, chamados estamentos. Enquanto estados, eles eram detentores de determinados direitos e prerrogativas, as quais faziam valer contra o detentor do poder soberano mediante deliberação em assembleia na forma de parlamentos.

No Estado Absoluto (século XVIII), há prevalência da ideia de território que “ocorre através de um duplo processo paralelo de concentração e de centralização do poder num determinado território.” (BOBBIO, 2014, p. 115). A concentração se refere à forma de exercer a soberania, de editar leis, de exigir tributos cobrados pelo rei ou pelos seus funcionários. Na forma de centralização, os poderes inferiores foram eliminados; as cidades, as corporações e as sociedades privadas não mais possuíam ordenamentos jurídicos autônomos e passaram a estar sujeitas exclusivamente à autoridade do poder central.

Em relação ao Estado Representativo, denota-se a existência de uma Monarquia Constitucional, inicialmente, para após uma Monarquia Parlamentar, o que se verificou na Europa e na República presidencial nos Estados Unidos da América mais tarde. Esse tipo de Estado foi o responsável pela transformação do modelo Contemporâneo.

Diferente de Bobbio, Bonavides, em sua Teoria Geral do Estado (2012), descreve que a evolução histórica das raízes do Estado é marcada pelo absolutismo e pelo modelo constitucional da democracia participativa. A evolução histórica, segundo o autor, tem como criação os seguintes modelos de Estado: o Estado na Antiguidade, Estado na Idade Média, Estado Moderno, Estado Constitucional, Estado Constitucional da Separação dos Poderes, Estado Constitucional dos Direitos Fundamentais e, finalmente, o modelo contemporâneo também chamado de Estado Constitucional da Democracia Participativa.

O Estado na Antiguidade é entendido como sendo “a cidade, condensação de todos os poderes. Da cidade se irradiam as dominações, as forças expansivas de poder. De tal sorte que, ordinariamente, ela é a cabeça dos Impérios, as hegemonias dos grandes reinos formados ao redor da boa fortuna.” (BONAVIDES, 2012, p. 33/34). Ele é resultado decorrente do uso das armas e das triunfantes conquistas. Como exemplo, cita o autor a Babilônia, Tebas, Esparta, Atenas, Roma, Nínive, entre outros. Nesse modelo, reinava o governo absoluto dos homens dotados de poderes sobrenaturais que provinham das divindades.

Já o Estado na Idade Média ficou marcado pela influência do colapso causado pelo Império Romano. Logo, era composto por uma organização feudal construída a partir do fim do referido Império. Na época, havia uma ideia fraca e pálida de Estado enquanto instituição. Durante toda a Idade Média, em decorrência da sua já referida organização feudal que se

levantou das ruínas do Império Romano, “viria em certa maneira arrefecer a concepção de Estado. Pelo menos do Estado no sentido de instituição materialmente concentradora de coerção, apta a estampar a unidade de um sistema de plenitude normativa e de eficácia absoluta.” (BONAVIDES, 2012, p. 34). De um lado predominava a autoridade temporal do Santo Império Romano-Germânico e, de outro, predominava a autoridade espiritual advinda dos Papas e decorrente de suas Majestades. Ficou clara a marca da rivalidade entre o sumo Pontífice e os Imperadores do Império Romano-Germânico.

O período ficou ainda marcado pela existência de militantes das correntes que, “inspiradas no modelo romano, buscavam restabelecer menos a unidade do sistema, expressa pela fusão das duas esferas, a política e a religiosa, rompida para sempre com o advento do cristianismo.” (BONAVIDES, 2012, p. 34), do que uma universalidade dos poderes desmembrados. Portanto, o Estado na Idade Média é aquele concebido com início a partir da queda do Império Romano e termina com a transição para o denominado Estado Moderno.

Durante o fim da Idade Média, no século XVIII, quando ocorre a revolução da razão, começam a surgir traços do Estado Moderno num conceito melhor e unificador: o de soberania. Traço que ainda hoje é mais característico, já que as teorias contemporâneas ligam o Estado, enquanto instituição, ao poder.

De acordo com Bonavides (2012), o Estado Moderno inicia com a primeira revolução iluminista, a renascença, inspiradora da revolução da razão e com forte manifestação concreta do conceito supremo e unificador concebido como soberania, permanecendo no decorrer da história como uma de suas características, como é conhecido na atualidade. Esse modelo de Estado é fortemente impactado pela nova soberania dos mercados gerenciados por gigantescas corporações globalizadas de capital, as quais não possuem nenhum compromisso com a nação e com os povos menos favorecidos, que foram jogados para as periferias da sociedade.

O Estado Moderno ficou marcado e teorizado pela força da autoridade central que detinha o monopólio da coerção de forma unitária. Reflete-se aqui, também, o período de transição entre o Estado Absoluto para a era do Estado Constitucional. Entretanto, não se pode descuidar do fato de que é a soberania o grande princípio que integra esse modelo de Estado, sem o qual seria “impossível de se constituir se lhe falecesse a sólida doutrina de um poder inabalável e inexpugnável, teorizado e concretizado na qualidade superlativa de autoridade central, unitária, monopolizadora de coerção.” (BONAVIDES, 2012, p. 35).

Sociologicamente, Weber aborda o Estado Moderno “como uma comunidade humana, que, dentro dos limites de determinado território - a noção de território corresponde a de um dos elementos essenciais do Estado -, reivindica o monopólio do uso legítimo da violência

física.” (2011, p. 66/67). Logo, o Estado se constitui na única fonte do direito à violência, já que ele, segundo o autor, se funda na força.

Em Weber (2011) encontra-se a concepção que o Estado Moderno é resultado de uma relação de dominação do homem sobre o próprio homem, relação essa de dominação que se fundamenta no instrumento da violência, considerado legítimo. O argumento é o de que o Estado, enquanto instituição, somente encontra razão de existir em condições em que os indivíduos se submetam à dominação, à autoridade que é reivindicada por aqueles indivíduos que dominam. Os dominadores são justificados por três fatores que lhes atribuem legitimidade: autoridade eterna do passado; autoridade em dons pessoais extraordinários e na devoção superior; e autoridade que se impõe em razão de uma legalidade que decorre da competência.

Já no que diz respeito ao Estado em reação com o grau de democracia reconhecida enquanto direito de seu povo, uma das formas de classificação da instituição, sob a ótica admitida enquanto majoritária, é: o Estado de Direito, o Estado Social de Direito, o Estado Democrático e o Estado Democrático de Direito (SILVA, 2017). Considerando que a relação sociedade, participação e direito ganham importância, a partir das concepções apresentadas, fez-se necessário uma análise destas formas de conceber um Estado.

O denominado Estado de Direito surge com a democracia liberal, por isso, é também conhecido como Estado Liberal de Direito. Nessa fase, é colocado em debate a relação da sociedade do liberalismo com a democrática. A principal característica desse modelo é a sujeição ao império da Lei, sendo esta emanada do Poder Legislativo, constituído por representantes cidadãos. “A ideia do Estado de direito exige, em contrapartida, uma organização do poder público que obriga o poder político, constituído conforme o direito, a se legitimar, por seu turno, pelo direito legitimamente instituído.” (HABERMAS, 2012, p. 211/212). O Estado deve garantir o efetivo exercício da autonomia política dos cidadãos socialmente autônomos.

Por outro lado, a divisão dos Poderes em Executivo, Legislativo e Judiciário, com atuação harmônica e independente, se mostra presente e consolidada. As garantias dos direitos individuais e suas premissas passam a ser vistas como postulados do estado de direito, refletindo as conquistas da sociedade liberal.

O Estado Social de Direito decorre de necessidades geradas pelo Estado de Direito, o qual foi responsável por gerar um individualismo e, por parte do Estado, uma abstenção e um neutralismo liberal, que provocam grandes injustiças sociais. A ação dos movimentos sociais foi responsável por desenvolver uma consciência da necessidade da justiça social. A correção das desigualdades sociais, decorrem do propósito de afirmação e reconhecimento de direitos

sociais, atingindo, como consequência, uma justiça social. Nesse sentido:

Quando o Estado, coagido pelas pressões das massas, pelas reivindicações que a impaciência do quarto estado faz ao poder político, confere, no Estado constitucional ou fora deste, os direitos do trabalho, da previdência, da educação, intervém na economia como distribuidor, dita o salário, manipula a moeda, regula os preços, combate o desemprego, protege os enfermos, dá ao trabalhador e ao burocrata a casa própria, controla as profissões, compra a produção, financia as exportações, concede crédito, constitui comissões de abastecimento, provê necessidades individuais, enfrenta crises econômicas, coloca na sociedade todas as classes na mais estreita dependência de seu poder econômico, político e social, em suma, estende sua influência a quase todos os domínios que dantes pertenciam em grande parte, à área de iniciativa individual, nesse instante o Estado pode, com justiça, receber a denominação de Estado Social. (BONAVIDES, 2009, p. 186).

O surgimento do Estado Social de Direito, conforme foi visto, decorre dos “regimes constitucionais ocidentais que prometem, explícita ou implicitamente, realizar o Estado Social de Direito, quando definem um Capítulo de Direitos Econômicos e Sociais. Expressas são as Constituições da República Federal Alemã e da Espanha.” (SILVA, 2017, p. 115), que definiram, nos respectivos textos, a denominação de Estados Sociais de Direito. Esse modelo estabelece como objetivo primordial, promover o bem-estar e o desenvolvimento humano como prioridades absolutas de Estado.

O Estado Democrático, por sua vez, é caracterizado pela premissa da soberania do poder por parte do povo. O princípio basilar é da soberania popular, a qual exige que haja uma participação efetiva e operante da população no que diz respeito à coisa pública. Essa participação não pode ser limitada à formação das instituições, é preciso o acompanhamento e participação no desenvolvimento das ações. A democracia denota a exigência da participação popular na definição das ações e no seu controle, assim como das decisões de governo.

Já o Estado Democrático de Direito, além de unificar o Estado de Direito e o Estado Democrático, cria uma nova forma de concepção de Estado, incorporando novos valores e um *status* próprio. A democracia é uma qualificação atribuída ao modelo de Estado, ela irradia todos os demais valores constitutivos e a ordem jurídica que passam a estar sujeitos a ela. O Direito concebido a partir dessa premissa deve ajustar-se ao interesse definido pelo coletivo.

Por sua vez, a concepção de Estado Constitucional, decorre do fato de ser o Estado regido por uma Carta Maior, por um ordenamento jurídico basilar, chamado Constituição, a qual define poderes e estabelece limites, define as formas de organização e de participação da sociedade, elege direitos e deveres. Ele surge pela primeira vez na história no século XVIII, a partir da Revolução Francesa, nos moldes e traços característicos do momento, com importância histórica para a evolução e consolidação das sociedades livres. (BONAVIDES, 2012). A Carta

Francesa utiliza um capítulo para estabelecer a limitação do poder, resultado da ascensão da burguesia e participação do povo.

O Estado Constitucional resulta da transição do Estado Absolutista, marcado pela separação de Poderes, das formas de governo e dos direitos de liberdade (individuais, civis e políticos). A consolidação desse modelo de Estado surge, então, logo após as duas grandes revoluções que ocorreram na segunda metade do século XVIII, quais sejam a Revolução da Independência Americana e, como já citado, a Revolução Francesa. O princípio da separação de poderes exerceu forte influência neste modelo de Estado.

A tripartição de poder, é atribuída, pela história e pela doutrina à Montesquieu, pois foi ele quem a sistematizou em sua obra “*Do Espírito das Leis*”. Definindo que “há em cada Estado três tipos de poderes: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o poder executivo das que dependem do direito civil.” (MONTESQUIEU, 2010, p. 168). Entretanto, mesmo nos tempos modernos, na Idade Média e na Antiguidade, existiram precursores da ideia. Destacando-se Locke que assinala a distinção entre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, com pensamento ligado à Constituição Inglesa.

Bodin, Swife e Bolingbrok estiveram próximos de uma teorização, concebiam poderes no interior do ordenamento do Estado que se contrabalançam. Até Aristóteles havia percebido que há distinção na natureza das funções de Estado, ele identificava uma assembleia-geral, o corpo de magistrados e o corpo judiciário.

O certo é que a teoria da separação de poderes foi fortemente influenciada por pensadores e filósofos contratualistas dispostos a transformar o mundo e reformar as instituições existentes. Destacaram-se na Idade Moderna, além de Montesquieu, publicistas como Locke, Rousseau, Sièyes, Constant e Kant. Eles foram responsáveis por idealizar novas ideias de governo, influenciando na construção de princípios do Estado Liberal. As obras que se destacaram foram: “*O Contrato Social*” e “*Espírito das Leis*”.

Portanto, é desta época que emerge a fórmula da tripartição do poder, que passou a ser adotada em todas as Constituições. “O princípio da separação dos Poderes traçava, por indução, raias ao arbítrio do governante, em ordem a prevenir a concentração de poderes num só ramo da autoridade pública.” (BONAVIDES, 2012, p. 44), como consequência, passou-se a uma configuração do antigo e clássico Estado de Direito. “Foi a intenção de enfraquecer o poder do Estado, complementando a função limitadora exercida pela Constituição, que impôs a separação de poderes como um dos dogmas do Estado Moderno, chegando-se mesmo a sustentar a impossibilidade de democracia sem aquela separação.” (DALLARI, 2010, p. 221/222).

Este princípio da separação de poderes que é atribuída ao Estado Constitucional, exerce fundamental importância no que diz respeito a judicialização de direitos, da política e de outras formas de direitos que fazem parte da vida na sociedade moderna, de modo que, está intimamente ligada ao direito à Educação Infantil aqui tratada.

O Estado Constitucional dos Direitos Fundamentais parte de um modelo que já havia assegurado a liberdade e o positivismo. O anseio a ser perseguido era a justiça enquanto valor social, ainda distante de uma realidade. O suporte desse modelo de Estado passa a ser a liberdade e a justiça; a inovação decorrente de sua concepção é a de Estado Social.

Durante o Estado Moderno, quando prevalecia os direitos de primeira geração (liberdades individuais em face do Estado), a lei era o sumo. Porém, a partir de uma nova identidade constitucional, a dos direitos sociais concebidos como direitos de segunda geração, o que passa a ser o determinante é a legitimidade, a qual substitui a lei, que se fez paradigma dos catálogos fundamentais. “No constitucionalismo contemporâneo a Teoria da Norma constitucional passou a ter, a nosso ver, a legitimidade por fundamento. A legitimidade é o direito fundamental, o direito fundamental é o princípio, e o princípio é a Constituição na essência; é sobretudo sua normatividade.” (BONAVIDES, 2012, p. 49/50). Bonavides conseguiu resumir de forma clara e objetiva o que em termos de direitos representa o Estado Constitucional dos Direitos Fundamentais e a difícil tarefa de efetivação:

O Estado constitucional dos direitos fundamentais, com a rede de implicações derivadas das complexidades sociais de nosso tempo, é uma praça de guerra onde porfiam interesses, valores, pretensões, reivindicações, em contextura de luta que fez da estabilidade do sistema a utopia dos governos. Mas nem por isso a conquista daqueles direitos, em progressão alentadora, há cessado, em meio à refrega e dinamismo da sociedade. (BONAVIDES, 2012, p. 53).

Destarte, o modelo constitucional fundamental, que tem a legitimidade enquanto fundamento, garantiu, em termos de proteção constitucional, os direitos fundamentais dos indivíduos, viabilizando uma nova frente de lutas pelo exercício de direitos. O Estado Constitucional da Democracia Participativa é o modelo de Estado de cidadania do povo e de cidadania da nação, uma concepção contemporânea. Ele traz na sua essência a proteção do direito ao desenvolvimento, ao meio ambiente, ao patrimônio comum da humanidade, à cultura. Os titulares desses direitos passam a ser a humanidade e a nação.

Esse modelo de Estado Contemporâneo esbarra na sua principal dificuldade, a concretização dos direitos. Por sua vez, “já no tocante aos direitos individuais e direitos sociais, respectivamente, a titularidade cabe a um ser singular, individual, único - ou seja, o indivíduo,

a pessoa humana - e à sociedade mesma no seu conjunto, na sua referência abstrata, enquanto postulatória da igualdade e da dignidade da pessoa humana.” (BONAVIDES, 2012, p. 54), em contextos sociais, marcados pelo traço de universalidade.

O binômio caracterizador desse modelo de Estado é a liberdade e a justiça. Entretanto, enquanto sucessor de um modelo que garantiu proteção legal aos direitos de cunho constitucional, passa a enfrentar um grande desafio, atual e contemporâneo, qual seja, ele esbarra na dificuldade de efetivação, de concretização dos direitos conquistados formalmente. Estas dificuldades estão presentes nos direitos sociais, no direito ao desenvolvimento das nações, no direito à paz, a um meio ambiente preservado, como consequência de uma concretude normativa conquistada.

Resume Bonavides que a “soberania do estado moderno, enquanto estado da democracia participativa, não há de ser outro senão a soberania constitucional, a forma mais avançada, ilustrativa, fiel e legítima da vontade popular expressa na Lei das Leis.” (2012, p. 55), o que significa que a Constituição de um país, leva à era contemporânea a compreensão como sendo a era do constitucionalismo. O povo passa a ser eleito pelas constituições como instância maior da soberania e do poder do Estado.

Sintetizando, a análise da origem e evolução do Estado, é possível concluir que se está diante de uma instituição que se consolidou no decorrer dos tempos, da história dos povos e das nações. Durante toda uma trajetória, sempre esteve muito presente na concepção de Estado, uma luta incansável dos indivíduos pelos direitos básicos à vida e à liberdade, direitos esses que se consolidaram depois de muitos movimentos e transformações das sociedades mais antigas.

O modelo de Estado adotado pelo constituinte brasileiro, conforme consta na Constituição Federal, Título I, que trata dos Princípios Fundamentais, em seu artigo 1º é de uma “República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito”. Vê-se que não se trata de mera promessa, ao contrário, trata-se de proclamação basilar do texto Maior.

Essa democracia definida pelo modelo de Estado há que decorrer e propiciar uma sociedade livre, justa e solidária, onde todo e qualquer poder tenha como origem a vontade soberana do povo e em benefício desse, o exercido. Assim, o cidadão poderá exercer papel de protagonista, de participar na escolha dos governantes, na definição das ações, na definição de direitos e deveres, de participar nas decisões e no controle dessas.

O modelo moderno ou contemporâneo de Estado adotado pelo ocidente, do qual o Brasil se filiou, passa a ter o direito enquanto base de sustentação e a tripartição do poder torna-se um instrumento de garantia do império da Lei. A evolução, no decorrer dos tempos, transforma o

império da lei em uma Lei Maior, a Constituição de um Estado soberano (o Estado Constitucional), a partir dela, irradia todo um ordenamento jurídico.

Um dos maiores avanços em termos de reconhecimento de direitos dos indivíduos decorre do modelo constitucionalista de Estado. Ao adotar nos textos legais os direitos e garantias individuais e fundamentais, os indivíduos passaram a ser sujeitos de direito, de um direito individual com proteção na Carta Magna de cada país. Juntamente com o reconhecimento dos direitos e garantias individuais vem a proteção dos direitos sociais, os quais representam uma evolução em termos de reconhecimento do ser humano, fundamentada na justiça e na igualdade. Toda uma caminhada dos indivíduos no decorrer dos tempos e modelos de Estado culmina com a realidade contemporânea. Essa realidade está marcada pela consolidação dos direitos individuais e dos direitos sociais. Pois está incluído neste rol de direitos individuais e sociais o direito à educação, analisado sob o viés da judicialização.

Marcado pela consolidação do reconhecimento de direitos fundamentais, naquilo que Bobbio (1992), define enquanto “A Era dos Direitos”, o direito à educação, é uma importante conquista dessa era, o qual passa a fazer parte de uma realidade que desafia o Estado Moderno. Isto porque, garantir efetivação ao direito fundamental social, exige disponibilidade de recursos e disposição política enquanto prioridade.

É, pois, neste Estado que o indivíduo, na condição de protagonista pela efetivação deste direito, passa a conviver com uma realidade muitas vezes frustrante. Ele tem o direito social à educação reconhecido enquanto direito público subjetivo e dever do Estado, porém, por outro lado, vivencia a concretização, a efetivação desse direito com inúmeras barreiras, pois o Estado não o disponibiliza a todos. É dessa realidade que decorrem conflitos entre o Estado e o indivíduo. É, então, a partir da não concretização do direito à educação que surge a ação do indivíduo, o qual busca na judicialização assegurar direito fundamental.

A constatação pode ser relacionada a percepção de Habermas (2012, p. 171), no que diz respeito à importância do Estado, de que ele “é necessário como poder de organização, de sanção e de execução, porque os direitos têm que ser implantados, porque a comunidade de direitos necessita de uma jurisdição organizada e de uma força para estabilizar a identidade, e porque a formação da vontade política cria programas que têm que ser implementados”.

A vontade política que cria programas que necessitam ser implementados, conforme referido por Habermas, foi decisiva na aprovação da Constituição brasileira de 1988, que estabeleceu o direito a Educação Infantil enquanto um direito fundamental social, por isso deve ser implementado enquanto um dever de Estado.

Acontece que o Estado não é um espaço pacífico e estável, onde as promessas e acordos

são efetivados em plenitude. Ao contrário é um espaço de constantes embates de forças. Bourdieu (2014, p. 24) concebeu o Estado em constante tensão:

Um espaço de relações de força e de sentido, como produtor de princípios de classificação suscetíveis de serem aplicados ao mundo social. Tais categorias são formas entranhadas em condições históricas de produção, ou melhor, estruturas mentais em conexão com estruturas sociais, como que retraduzindo as tensões entre os grupos em oposições lógicas.

O Estado na concepção de Bourdieu, representa uma construção simbólica, que exerce um poder centralizado da força física e da força simbólica, pensado a partir de interesses coletivos de corporações em colisão é constituído a partir de lutas históricas, que reproduzem tensões e embates de contenciosos existentes na sociedade, típico dos conflitos de um mundo social, produzido a partir de uma adesão a esta ordem social, não representando, necessariamente um consenso de interesses.

A judicialização dos direitos a Educação Infantil está ligada a concepção de Estado feita por Bourdieu, pois nele é vivenciado uma relação de jogo político em face do dissenso e dos conflitos que são inerentes a este Estado. Um estado em constante litígio, não estável, com forte disputa por poder e interesse representa a realidade brasileira, onde a disputa por grupos de interesse que concentra o poder, define as prioridades de ação, e estas muitas vezes não atendem o interesse da universalidade.

3.2 A Judicialização no Estado Contemporâneo

Quando os direitos do homem eram considerados unicamente como direitos naturais, a única defesa possível contra a sua violação pelo Estado era um direito igualmente natural, o chamado direito de resistência. Mais tarde, nas Constituições que reconheceram a proteção jurídica de alguns desses direitos, o direito natural de resistência transformou-se no direito positivo de promover uma ação judicial contra os próprios órgãos do Estado. (BOBBIO, 1992, p. 31).

Bobbio não utilizou o termo judicialização em sua teoria desenvolvida na obra “*A Era dos Direitos*” (1992). Entretanto, é possível estabelecer um liame entre as suas concepções e a atitude dos indivíduos de resistir em face do Estado quando direitos são violados (sonogados ou omitidos). Nos tempos em que vigoravam os direitos naturais, o instrumento utilizado pelos indivíduos para a autoproteção era o chamado direito de resistência, exercido através da contestação ou da revolução. O direito natural surgiu e esteve presente de formas diversas no decorrer dos tempos e da história dos povos e dos Estados, sendo que algumas de suas

concepções sobreviveram, e sobrevivem, às transformações. Trata-se de um direito em que qualquer ser humano, pelo fato de existir, tem de se insurgir e resistir contra fatos que possam colocar em risco a sua sobrevivência enquanto ser, ou ainda, que possam se caracterizar como uma violência aos valores humanos sejam eles éticos ou morais.

Kant (2006) concebia o direito natural como um direito que todo o homem tem de obedecer, sendo relacionado unicamente a lei a qual o indivíduo seria o legislador. Seria um direito que liga a autonomia com a liberdade da pessoa, de onde se origina o poder de legislar em benefício próprio ou, ainda, pode ser relacionado a ideia de que “todos os povos têm direito à autodeterminação”, conforme definido pela Assembleia Geral das Nações Unidas (ONU) em 1966. Esse direito natural de resistência, segundo Henry David Thoreau (2001), foi utilizado como fundamento para muitas das rebeliões realizadas pelos povos, dentre as quais, podem ser citadas a Revolução Francesa e a Revolução Americana que levou à independência do país, entre tantas outras, pois “o governo, no melhor dos casos, nada mais é do que um artifício conveniente; mas a maioria dos governos é por vezes uma inconveniência, e todo o governo algum dia acaba por ser inconveniente.” (THOREAU, 2001, p. 2).

A desobediência civil da população, em relação às ordens ou normas editadas por um governo, é uma forma de protesto de natureza política contra a ordem considerada injusta, até porque, o dever de lealdade acaba quando a tirania e a ineficiência tornam-se tamanha que não mais são passíveis de serem suportadas pelos indivíduos, o que caracteriza uma das formas tradicionais de exercício do direito de resistência a que se refere Bobbio (1992).

O direito natural no qual a igualdade e a liberdade eram concebidas enquanto um direito nato, como outrora dito por Locke e Rousseau em que os homens nascem livres e iguais em direito e dignidade, com o passar dos tempos passou a ser visto como um ideal porque, de fato, os homens não nascem livres e iguais, “eles não são um dado de fato, mas um ideal a perseguir; não são uma existência, mas um valor; não são um ser, mas um dever ser.” (BOBBIO, 1992, p. 29), o que passa a ser visto como teoria.

Segundo Bobbio (1992), após tais valores serem originados enquanto teorias, eles passaram a ser acolhidos por legisladores. A primeira vez em que há esse reconhecimento foi com a Declaração de Direitos dos Estados Unidos (1948) e posteriormente com a Revolução Francesa (1789) que são movimentos base de uma nova concepção de Estado (contemporâneo ou constitucional). Um Estado no qual o poder absoluto passa a ser limitado, que não mais representa um fim em si mesmo, passando a ter fins a serem alcançados, os quais são determinados pelo povo. Trata-se, segundo Bobbio (1992), do ponto de partida para um sistema de direito efetivo e escrito, o que passou a ser compreendido hodiernamente como direito

positivo e efetivo.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), para Bobbio, se constitui o marco para a afirmação de direitos, pois ao mesmo tempo ela passa a ser universal e positiva: universal no sentido de reconhecer direitos não apenas aos cidadãos de um determinado Estado, mas de todos os homens do universo, e positiva no sentido de que “põem em movimento um processo cujos direitos do homem deverão ser, não mais, apenas proclamados ou apenas idealmente reconhecidos, porém efetivamente protegidos até mesmo contra o próprio Estado que os tenha violado” (BOBBIO, 1992, p. 30), e isso ocorre a partir da segunda metade do século XX. Essa Declaração, inegavelmente, exerceu forte influência perante os legisladores do mundo todo, de modo que os direitos nela reconhecidos passaram a figurar nas constituições de muitos dos Estados modernos e soberanos.

Com a constitucionalização dos direitos, houve uma proteção jurídica para alguns deles, o que implicou na transformação da categoria de resistência para um direito positivado que coloca à disposição do indivíduo a ação judicial enquanto mecanismo capaz de opor-se contra o Estado quando direitos não forem assegurados. Essa é a concepção de Bobbio (1992). Portanto, a partir dessa concepção, o direito de ação judicial posto à disposição dos sujeitos para exigir dos órgãos do próprio Estado que ele assegure direitos, tem-se uma nova realidade, a realidade da instrumentalização dos indivíduos em um Estado Constitucional que reconhece, positiva e assegura os direitos.

A partir dos entendimentos de Bobbio (1992), é possível sustentar que a judicialização de direitos dos indivíduos tenha origem no Estado moderno, contemporâneo, constitucional e de direito, formando e consolidando a partir das Declarações sobre tal assunto, tendo em vista que há uma consolidação e uma expansão do Direito e das demandas por eles. É necessário ser evidenciado que no decorrer dos tempos este direito subjetivo de ação do indivíduo não esteve ligado ao que denomina-se judicialização, esse termo passa a fazer parte do discurso brasileiro atual, compreendido enquanto ação judicializada.

Habermas (2012), por sua vez, justifica a defesa dos direitos dos indivíduos por estarem eles legitimados em um processo democrático. Afirma que o “direito subjetivo é conceitualmente um poder jurídico, conferido ao indivíduo através da ordem jurídica, cujo fim consiste em ser um meio para a satisfação de interesses humanos.” (HABERMAS, 2012, p. 117). Portanto, partindo-se da concepção de Habermas (2012, p. 211), de que a “ideia do Estado de Direito exige em contrapartida uma organização do poder público, que obriga o poder político”, sendo este constituído a partir do direito, ele é legitimado pelo próprio direito que é instituído e normatizado legitimamente. Esse direito legítimo seria produzido a partir do poder

comunicativo (discurso). O autor continua (p. 242) “eu parto da ideia de que os sistemas jurídicos surgidos no final do século XX, nas democracias de massa dos Estados Sociais, denotam uma compreensão procedimentalista do direito”. Então, o procedimento de exigir a efetivação dos direitos do poder administrativo a partir de uma compreensão procedimental em que a organização do poder público estabelece mecanismos que obriguem o poder político conduza a ideia de ação para reivindicar direitos assegurados, levando a uma compreensão de judicialização.

Há, ainda, uma outra corrente teórica que entende que a judicialização tem seu marco inicial com os julgamentos proferidos pela Suprema Corte Americana no ano de 1977, pela notoriedade que se tornou a decisão do caso “Bakke”, resultado de uma ação proposta por Allan Bakke, um americano de cor branca que foi excluído do curso de medicina da Universidade da Califórnia em virtude da adoção do denominado “programa de força-tarefa”.

Esse programa de ação afirmativa reservava vagas para as minorias de raça e, pelo fato de ser branco, Bakke foi excluído mesmo com nota maior que os concorrentes pertencentes às minorias. A decisão da Corte Americana, fundamentada em princípios constitucionais, apontou uma questão relevante em termos de educação superior, independente dos limites da lei, ao analisar o controle de constitucionalidade dessas leis de políticas públicas. Reproduzido por Ronald Dworkin em “*Uma Questão de Princípio*” (2005), o protagonismo exercido pela Corte Constitucional Americana passou a impulsionar uma discussão entendida enquanto “ativismo judicial”, não podendo ser relacionada com judicialização, somente como consequência desta.

É certo que, não se pode confundir o fenômeno da judicialização com o denominado ativismo judicial bastante em evidência no cenário nacional e internacional. O ativismo judicial não pode ser dado como fenômeno, até porque ele está diretamente relacionado a uma atitude dos juízes, à adoção de um modelo proativo e específico de interpretar a Constituição, de lhe atribuir um efeito expandido de alcance e de sentido, entende Barroso (2018). O ativismo pode ser exemplificado nos casos em que a Constituição define direitos e os remete ao legislador ordinário para regulamentar, a não regulamentação pelo Poder Legislativo ou Executivo, leva os juízes a suprir as lacunas. Isso está ligado de forma preponderante aos direitos sociais, onde os juízes viabilizam o atendimento destes direitos ao concretizar valores e fins previstos na Constituição, interferindo em espaços reservados a outros poderes.

Portanto, o ativismo judicial é compreendido juridicamente como sendo uma atuação, uma postura proativa do Judiciário que interfere nas escolhas políticas dos outros poderes. Está ligado às decisões que são denominadas progressistas ao darem efetividade a direitos fundamentais sociais, consolidando jurisprudência. Logo, trata-se de decisões judiciais políticas

que interferem em searas decisórias de outros poderes, os quais não a exercem.

A partir destes entendimentos, é possível estabelecer uma nítida distinção entre ativismo judicial e judicialização. Inclusive, conforme foi visto, no ativismo há uma interpretação dos juízes nos limites da hermenêutica, na manifestação de uma vontade proativa do julgador para concretizar direitos. Na judicialização, por outro lado, a origem advém do modelo de Estado constitucional, na tripartição do Poder, no fato de o indivíduo buscar (ação), socorre-se do Judiciário para ver efetivados direitos que não puderam ser usufruídos diante da inércia do Estado e de suas políticas públicas. Nesse caso, a decisão dos julgadores decorre de suas prerrogativas constitucionais que foram estabelecidas pelo constituinte, que dotou o Judiciário de competência e força para fazer valer a vontade da Constituição em relação ao Poder político.

Barroso (2018), ao tratar da judicialização da vida, define esse termo como sendo o significado de muitas das questões de grande repercussão de natureza política e social que “estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo - em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a Administração Pública em geral” (BARROSO, 2012, p. 24), implicando em uma ação proativa do Judiciário que enfrenta as demandas.

Essa atuação proativa do Poder Judiciário, em seu todo, é geradora de um comportamento de protagonismo nas decisões, pelo enfrentamento de questões importantes no âmbito nacional. Notadamente no que diz respeito às políticas públicas em geral, tem gerado reconhecimento e também fortes críticas, fazendo com que este fenômeno exija uma reflexão mais apurada, face às consequências geradoras dos embates. Isso ocorre pela tênue fronteira estabelecida entre a justiça e a política. Sob esta ótica, a judicialização implica em uma transferência do poder de gestão das políticas públicas de competência do Executivo para o Judiciário, algo que resultaria em impacto nas concepções do sistema democrático, notadamente em ofensa ao princípio de separação de poderes.

Segundo Barroso (2012), o fenômeno da judicialização não tem uma origem única e definitiva, ele decorre de algumas tendências a nível mundial e outras relacionadas ao modelo de estado brasileiro, destacam-se como sendo as principais causas: a) a redemocratização do país com a Constituição Federal de 1988; b) a constitucionalização abrangente, pois incorporou ao texto, muitas matérias que até então eram relegadas ao processo político e à legislação ordinária; c) o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade.

A cerca da redemocratização do país, que ocorreu com a Constituição de 1988, ela recuperou garantias dos magistrados, por isso o Judiciário não mais atuou como departamento especializado, foi transformado em um Poder Político com capacidade de impor a vontade da

Constituição e das leis inclusive em relação aos demais Poderes. Por sua vez, na Corte Suprema, novos ministros desvinculados do poder militar, passaram a ostentar autonomia assegurada pela Constituição. A cidadania, diante de mais informação e conhecimento de direitos, passou a ser exercida no resguardo aos direitos através do Judiciário.

Soma-se a isso, a missão e a autonomia institucional do Ministério Público e o fortalecimento da defensoria pública. Em síntese, “a redemocratização fortaleceu e expandiu o Poder Judiciário, bem como aumentou a demanda por justiça na sociedade brasileira.” (BARROSO, 2012, p. 24). Na implementação dos direitos sociais “ao longo do século XX, o Judiciário passou por um processo de expansão, tanto na função de controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos, como na proteção da justiça comum.” (SILVEIRA, 2011, p. 32).

No que diz respeito à ideia da constitucionalização abrangente de direitos, a Carta de 1988 seguiu uma tendência existente a nível mundial. As Constituições dos países, de uma forma mais abrangente, passaram a disciplinar muitas matérias, de modo que políticas públicas e direitos constitucionalizados - como é o caso dos direitos à educação, das prestações do Estado ou de uma finalidade pública -, uma vez previstos no texto constitucional se transformam potencialmente em uma pretensão de direito subjetivo, passível de ser reivindicada pelos sujeitos através de uma demanda judicial.

Por outro lado, no que diz respeito ao sistema de controle de constitucionalidade adotado pela Constituição Federal, compreendido como um dos mais abrangentes entre os países democráticos de modo em que um juiz poderá deixar de aplicar uma lei quando entender que ela afronta a Constituição, essa premissa, implica uma permissão para serem levadas diversas questões à Corte Suprema. A isso, ainda deve ser incluído um modelo jurídico que permite amplo direito de propositura de demandas por indivíduos e entidades representativas diversas. Isso faz com que praticamente todas as questões políticas ou relevantes moralmente possam ser levadas à apreciação do Judiciário.

Portanto, é o modelo de Estado brasileiro que propiciou uma expansão de direitos aos indivíduos e o direito de ação, de ir ao Judiciário defender direitos, implica, como consequência, um dever do Judiciário em decidir. Então, tratar da judicialização enquanto fenômeno que ganha contornos de destaque na modernidade concebida por Bauman (2001), é compreender qual é seu real significado. Uma percepção simples, é aquela que conduz para uma concepção de simplesmente remessa à justiça, ao ato de ir à justiça, ou seja, de levar uma pretensão de direito violada ao Judiciário para que ele dê efetividade.

O significado de judicialização é compreendido por todos, de uma forma usual. A

concepção é que se trata de uma ação promovida por alguém que vai ao Judiciário reivindicar direitos. Embora as concepções populares ou usuais sejam suficientes para o indivíduo comum, entender a judicialização merece, por parte da ciência, uma compreensão de caráter científico. É necessário um estudo mais aprofundado, de modo que, em relação a ela possa ser construído um significado, um entendimento que representa o resultado de alguma forma de conhecimento.

Compreender a origem semântica do termo judicialização, a partir do dicionário de latim⁸, resulta no entendimento de que ele deriva de justo, justiça, judicial, direito. Esses termos, de acordo com o latim, derivam de *justus*, *justitia*, *jus*, *juris*. Justiça deriva de *justitia*, com significado de direito, o que administra o legal. A justiça é originária do termo latino *justus*, que significa justo, o que decorre de *jus*, e esse tem como significado o que é certo, correto, lei, direito. A judicialização, portanto, guarda estreita relação com tudo aquilo que está de acordo com as regras, com as leis. Indica uma qualidade a qual se entenda que esteja “conforme” “de acordo”, que seja “direito”; consequentemente uma atitude, uma ação que vise alcançar o justo. O direito à judicialização pode ser concebido como um fato, um acontecimento ou uma atitude de alguém que procura o Poder Judiciário, através de uma ação no intuito de obter um provimento que atenda sua expectativa de direito, que solucione um conflito que não obteve uma solução pelos meios de acordo, de modo que o juiz, através de uma decisão de mérito, estabeleça o império da justiça. Trata-se de tentativa de alguém de obter a justiça em sua compreensão através dos meios existentes e de quem detenha certo Poder.

O certo é que a judicialização está cada vez mais presente nas relações sociais e humanas. De alguma forma, a cada dia ela se constitui em instrumento utilizado pelos indivíduos e pelas entidades para reivindicarem direitos ou como forma de manifestação de inconformidades. A judicialização de conflitos de interesse privado entre indivíduos, aliás, não é nenhuma novidade, até porque, desde que houve a divisão de poderes idealizada por Montesquieu e efetivada com a Revolução Francesa, onde foi instituído o Poder Judiciário com a missão de pacificar a sociedade e resolver os conflitos, as demandas visando o resguardo de direito sempre estiveram presentes, porém, o aumento na quantidade de demandas contemporaneamente é algo diferente.

Nas relações com o Estado, a judicialização passou a ser algo moderno, resultado da sociedade contemporânea. Cada vez mais, são judicializados interesses controvertidos e o Estado passou a ser parte presente e frequente nas demandas. Uma análise da judicialização que vem ocorrendo no Brasil em relação às políticas públicas, indica um inconformismo dos

⁸ Obra de domínio público, de autoria do Ministério da Educação, está disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/me001612.pdf>>. Acessado em: 15 abr. 2018.

indivíduos em relação à proteção que essas políticas deveriam efetivar.

O caso da judicialização do direito à saúde é de notório conhecimento, por exemplo. É visível, portanto, que algo não está como deveria nessa relação existente entre Estado, suas políticas públicas e o indivíduo dentro da convivência social.

A quebra de uma ética do coletivo, através da qual as soluções tendo o todo enquanto ideal, uma visão geral e igualitária, passa a existir sob a ótica de uma nova ética que constitui um paradigma individualista que fragmenta um todo coletivo, passando a delinear nova realidade social, o que é compreendido enquanto resultado de uma “Sociedade Individualizada”, abordada por Bauman. (2008).

Tem ganhado destaque no cenário jurídico e social especialmente em terras brasileiras, a questão da judicialização e ela tem despertado atenções, pois envolvem os indivíduos e a sua relação com as políticas de governo. E, não é apenas essa relação, mas, fundamentalmente questões relacionadas à democracia, à cidadania e às tensões que se fazem presente cada vez mais decisivamente no Estado de direito. Aliás, é preciso ser ressaltado que a judicialização não funciona apenas em relação às políticas públicas estatais, mas também no que tem relação com a vida das pessoas. Ela está cada vez mais presente nos diversos aspetos que dizem respeito às relações sociais mais amplas.

Um dos riscos da judicialização, enquanto prática do indivíduo contemporâneo, é de que a justiça talvez se torne seletiva. O controle social deve se constituir um instrumento controlado da judicialização. Os membros do Judiciário não são eleitos pelo povo como acontece com o Executivo e com o Legislativo, portanto, as funções não devem substituídas. A judicialização, pelo viés social, tem relação direta com as lutas sociais, com o reconhecimento do sujeito enquanto pessoa e com o resultado da constante luta pela emancipação dos indivíduos, contribuindo com um sentimento de empoderamento.

No que diz respeito ao contexto brasileiro, a judicialização é uma realidade que decorre de alguns fatores decisivos, seno o caso do modelo de estado adotado pela Constituição da República. Não guardando relação com a vontade política, o Judiciário passa a ser protagonista em decorrência desse novo modelo de Estado brasileiro. Isso surge uma possibilidade de atuação que propicia que o cidadão a utilize, para propor uma pretensão resistida pelo Estado ou não ofertada pela política pública, tanto de um aspecto subjetivo quanto de um objetivo. Ao Judiciário imporá conhecer da pretensão e dela proferir uma decisão.

A judicialização ganha ênfase e importância nos últimos tempos, pois está ligada diretamente a uma concepção de justiça, por parte dos sujeitos. Notadamente ela atua 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 e uma pretensão individual. Essa tensão, enquanto fenômeno, é crescente no Brasil e pode ser compreendida teoricamente a partir da construção concisa descrita na teoria constitucional do Ministro do Supremo Tribunal Federal Luiz Roberto Barroso, (2012, p. 24), isto ocorre quando “questões relevantes do ponto de vista político, social e moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário”. Dentre as questões relevantes que infere Barroso está o direito à saúde, à educação, à moradia, à alimentação, entre outros direitos fundamentais sociais dos indivíduos.

Em outro viés, partindo-se de uma premissa de Bauman (2008), da sociedade líquida e de uma sociedade individualizada como modelo da sociedade contemporânea, a judicialização pode ser compreendida como resultado da luta dos indivíduos que objetivam dar sentido para suas próprias vidas, por isso a individualização passou a ser compreendida como um destino e não mais como uma opção do sujeito. A “incerteza de hoje é uma poderosa força individualizante.” (BAUMAN, 2008, p. 36), de modo que cada um dos sujeitos luta pela sua própria existência e destino. Contrapondo Bauman e sua visão de sociedade individualizada, em uma sociedade justa requer-se um forte sentimento de comunidade e “ela precisa encontrar uma forma de inculcar nos cidadãos uma preocupação com o todo, uma dedicação ao bem comum.” (SANDEL, 2013, p. 325). Isso está relacionado a uma ideia de cidadania e há uma preocupação de todos os membros de uma sociedade com a distribuição justa da renda e da riqueza produzida pela própria sociedade.

A ênfase e a importância que tem ganhado nos últimos tempos a questão da justiça, notadamente como uma forma de ponderar o princípio da igualdade e sua necessária relação com o princípio da liberdade, é latente. Existe uma forte tensão entre justiça, igualdade e liberdade, por outro lado, a forma como a justiça é percebida no âmbito do direito à educação é que ela deve estar a serviço de uma democratização social.

Já no que diz respeito às questões que envolvem justiça e igualdade, verificam-se que elas estão presentes em maior intensidade no modelo de Estado Social. Aqui a diferença entre igualdade jurídica e a igualdade real ou material ganha mais sentido. Isso ocorre porque no Estado Social assenta-se uma base construída a partir de um ideário de uma distribuição justa e igualitária em relação aos benefícios que são produzidos por uma determinada sociedade. Não só a distribuição justa de recursos materiais, mas também do reconhecimento dos direitos econômicos. Há uma preocupação em produzir o bem-estar da comunidade, como resultado pela ação de compensar as mazelas produzidas pelo capitalismo moderno e globalizado.

As disputas por direitos sociais, juntamente com suas lutas e a questão da judicialização podem colocar em risco a própria autoridade do Estado moderno, consequência do não

atendimento das demandas sociais por incapacidade gerencial, escolha de prioridades ou de governança. A crise de governabilidade pode reverter em prejuízo da própria sociedade em seu todo e isso afetará, de forma peculiar e principalmente, aos menos favorecidos que dependem mais das ações e da proteção social do Estado. Nesse cenário, uma justiça distributiva carece de compreensão, pois é fato que os bens materiais são escassos ou não existem na quantidade desejada pelos indivíduos de um Estado Social, então, a judicialização gera impactos decisivos nas políticas públicas, entretanto, por si só não será capaz de resolver a situação.

A educação enquanto direito social, está envolvida em questão crucial, a qual diz respeito à igualdade em um Estado Democrático de Direito, a uma justiça vista como promotora da igualdade de oportunidades. O mérito e a equidade estão diretamente ligados ao direito à educação quando se discute a forma de atender suas finalidades.

Na sociedade líquida definida por Bauman (2008), surgem novos critérios, novos registros, novos fatos que passam a exercer influência na definição de desigualdade. Os diferentes *status e as* identidades pessoais e nacionais dos indivíduos, os quais não eram considerados pela sociedade tradicional e na grande maioria das vezes não valorizados ou reconhecidos pelos demais sujeitos, seno assim, em decorrência dessa realidade nova, produzem novas formas de desigualdades individuais e sociais. Esses fatos impõe uma inviabilidade de construção e de reconhecimento de uma identidade do sujeito, que é tolerável e socialmente aceita quando a educação não exercer um papel de protagonismo na formação.

O conhecimento social das desigualdades, não foi até então, enfrentado como deveria ter sido. O “encontro entre a afirmação da igualdade dos indivíduos com as múltiplas desigualdades que fracionam as situações e as relações sociais nunca foi tão ameaçador para o sujeito.” (DUBET, 2003, p. 51). A judicialização motiva o sujeito em busca da efetivação da igualdade material, trata-se de uma luta diante da desigualdade existente de origem, exposta por Rousseau quando analisou da igualdade e da propriedade:

Tal foi ou deve ter sido a origem da sociedade e das leis, que deram novos entraves ao fraco e novas forças ao rico, destruíram irreparavelmente a liberdade natural, fixaram para sempre a lei da propriedade e da desigualdade, fizeram de uma hábil usurpação um direito irrevogável e, em proveito de alguns ambiciosos, sujeitaram, a partir de então, todo o gênero humano ao trabalho, à servidão e à miséria. (ROUSSEAU, 2015, p. 21).

Uma tarefa nada fácil, pois a desigualdade surge nas primeiras sociedades, conforme visto. Então, assegurar os direitos fundamentais do indivíduo àqueles que são capazes de proporcionar autonomia, como é o caso do direito a educação, capaz de garantir iniciativa e independência aos sujeitos diante dos demais membros de uma sociedade, é também

compromisso dessa mesma sociedade.

Nesse sentido, Habermas (2012) entende que os direitos subjetivos, como é o caso da educação, “só podem ser estatuídos e impostos através de organismos que tomarão decisões que possam ser obrigatórias para a coletividade. E, vice-versa, tais decisões devem a sua obrigatoriedade coletiva à forma jurídica da qual se revestem.” (HABERMAS, 2012, p. 170). A decorrência é de umnexo interno entre o direito e o poder político que representa implicações objetivas para o Estado, que são jurídicas ao assegurar um direito subjetivo e exigível.

Bobbio afirmou que “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los” (1992, p. 24) revelando uma compreensão de que o problema não é filosófico, ao contrário, se trata de um problema político. Nesse sentido, a judicialização do direito à educação representa uma das formas do indivíduo buscar a proteção de direitos. Até porque o indivíduo, segundo o autor, atua geralmente em virtude das finalidades que ele projeta para o seu futuro e a educação é uma das formas que tem a capacidade de ofertar perspectivas de futuro.

Vista sob a ótica do indivíduo, a judicialização tem relação com a percepção de Paulo Freire (2014), descrito em Educação e Mudança, seria compreendida como a ação de um sujeito comprometido, conectado com a realidade, por isso disposto a operar mudanças. Aquele que propõe a judicialização é o homem concreto, compromissado com o trabalhador social, na visão de Freire, que atua em ação disposto a conquistar mudanças em sua vida, sobrepondo-se a uma visão universalista de efetivação de direitos sociais.

No mais, é necessário também estabelecer uma distinção entre o que se tornou usual para retratar discussões judiciais, aquilo que é conhecido por “litigiosidade”. Esta representa a tradução de conflito, de disputa, de algo que já está instaurado e decorre de situações conflituosas, representa algum tipo de disputa jurídica.

A ideia de judicialização tem em sua raiz um conflito que se torna litigioso. Neste sentido, os direitos a Educação Infantil diante de seu reconhecimento social e da proteção jurídica que resultou da força política que define as ações do Estado, quando estas não forem efetivadas, dá-se causa a resistência dos indivíduos manifesta através de ações judiciais de natureza litigiosa.

Após o estudo realizado das questões que envolvem as demandas judiciais dos direitos a Educação Infantil e das relações que estão envolvidas nos conflitos, a título de contribuição científica, optou-se pela construção de uma conceituação teórica que servira como um dos legados da tese sobre o termo judicialização.

Neste sentido, judicialização do direito à educação é concebida como sendo ato pelo

qual um indivíduo que não tem efetivado seu direito através das políticas de gestão do Estado, recorre ao Judiciário propondo uma ação com o intuito de ver seu direito subjetivo protegido e efetivado com fundamento em uma proteção jurídica, a partir de uma determinação judicial.

Assim, retomando a citação inicial de Bobbio, ultrapassada a era dos direitos naturais, na era do constitucionalismo (Estado Constitucional) que reconhece a proteção jurídica de determinados direitos, o direito de resistência se transforma em direito positivo para promover uma ação judicial contra o próprio Estado com a intenção de exigir direitos - a judicialização.

4 O DIREITO À EDUCAÇÃO NO ESTADO CONSTITUCIONAL E A INFLUÊNCIA DAS DECLARAÇÕES INTERNACIONAIS

A educação na concepção de Veiga-Neto (2010, p.14), representa “o conjunto de ações que têm por objetivo principal conduzir os que não estavam aí - os recém-chegados, as crianças, os estranhos, os estrangeiros, os outros - para o interior de uma cultura que já estava aí”, desse modo, para o autor, ela está ligada ao ato de conduzir as pessoas para um conhecimento que já é existente e que seja de domínio de pessoas, tendo a condição de nivelar os indivíduos ao ponto de partida, sendo uma importante característica para a emancipação e a igualdade.

A ligação entre educação enquanto direito e o Estado é uma realidade moderna, surge mais fortemente nos tempos da Revolução Francesa, quando a educação passou a ser entendida como uma condição para o aperfeiçoamento do indivíduo. Entretanto, foi a partir da Revolução e de suas lutas que houve uma discussão e a incorporação da educação em novo patamar, concebeu-se pública e universal.

A história registra que no século XVIII houve, por parte dos indivíduos, a conquista dos direitos civis. No século XIX, o avanço com os direitos civis possibilitou o reconhecimento dos direitos políticos e, após, no decorrer dos séculos XIX e XX, ocorreu o reconhecimento dos direitos sociais. A partir do século XXI, as atenções se voltam à luta dos indivíduos pela efetivação, em especial, dos direitos sociais, onde está inserido o direito à Educação Infantil. Esse é um dos principais direitos do ser humano, pois tem caráter fundamental no que tange viabilizar o exercício, a conquista e a efetivação de outros importantes direitos do indivíduo, por isso pode ser concebido um pré-requisito para o alcance de outros direitos.

Em decorrência desta concepção, somente será possível construir uma sociedade livre, organizada e justa quando o direito à educação for assegurado a todos os membros da sociedade, por isso, é importante que ele esteja protegido pela Lei Maior de um país, sua Constituição.

O termo Constituição está ligado com o conceito e origem do Estado, ela representa um conjunto de normas jurídicas que regem toda a organização e funcionamento de um Estado, é ela que estabelece os seus poderes, funções e define seus limites de atuação. O conjunto todo destas regras é que constitui, forma o ente estatal, o país. Para Alexy (2008), ela é uma expressão abstrata que assume uma forma concreta de normas de direitos fundamentais, os enunciados de proteção ao direito elementar de um indivíduo, um pressuposto de critérios que disciplinam a conduta do Poder do Estado e do seu povo.

O conteúdo de uma Constituição não é meramente descritivo, ele deve ser interpretado e aplicado como disposição, determinação normativa, dotada de força impositiva, pois, ao

limitar o alcance e funcionamento do próprio governo, ela tem como propósito assegurar determinados direitos as pessoas pertencentes a uma nação.

Assim, qualquer sistema jurídico, independentemente da forma como irradia suas concepções, necessita de um suporte básico, fundamental, que lhe de sustentação, que sirva de referência para todo um ordenamento que dele derivar. Uma norma fundamental.

Em Kelsen é possível encontrar a resposta para esta norma fundamental que dá validade, de acordo com sua concepção, “o fundamento para a validade de uma norma é sempre uma norma, não um fato.” (KELSEN, 2005, p. 163).

Seguindo na busca de um fundamento que de sentido e sustentação de um sistema jurídico, para que ele seja reconhecido por uma sociedade como válido e, portanto, possível de ser exigido por todos, teria como ponto de partida, em sua gênese os princípios basilares que deem sustentação a todo o sistema dele decorrente.

Kelsen foi quem conseguiu explicar da melhor forma possível a interrogação, sendo responsável pela teoria da “norma fundamental” que deu sentido aos sistemas jurídicos como um todo. Essa norma fundamental concebida por Kelsen não tem origem numa norma superior, portanto, essa é a superior, a primeira, a base que sustenta um ordenamento como um todo. A definição do autor parte desta premissa:

Chamamos de norma “fundamental” a norma cuja validade não pode ser derivada de uma norma superior. Todas as normas cuja validade podem ter sua origem remontada a uma mesma norma fundamental formam um sistema de normas, uma ordem. Esta norma básica, em sua condição de origem comum, constitui um vínculo entre todas as diferentes normas em que consiste uma ordem. (KELSEN, 2005, p. 163).

A norma fundamental é que sustenta um sistema, que embasa uma ordem, da qual derivam as demais normas, que se forma em um pressuposto lógico de uma ordem jurídica, a qual se constitui no último fundamento de validade desta ordem.

Foi a partir dessas ideias que Kelsen sustenta em sua “Teoria Pura do Direito” que um ordenamento jurídico decorre de uma consequência, de todo um conjunto de normas hierarquizadas que estão estruturadas de forma ordenada e escalonada. Essa hierarquia abordada por Kelsen não é infinita, por isso, a maior das normas, a última desta hierarquia não está assentada em nenhuma outra norma superior que lhe de validade, isto porque, segundo ele, a norma fundamental é a maior, a que está posicionada no ponto mais alto, no topo da pirâmide, por isso elevada a fundamento de validade de todas as demais normas de um ordenamento jurídico, é o seu pressuposto.

Em consequência dessa concepção, uma autoridade não pode editar essa norma, isto

porque, a autoridade deriva dessa norma fundamental, então, somente o povo pode ser o signatário desta norma fundamental. A Teoria Pura do Direito, realizada por Kelsen, parte de uma norma pressuposta, designada por ele como “Norma Fundamental” (*Groundnorm*), da qual, a validade objetiva, não permite ser questionada.

Norberto Bobbio exerceu significativa importância no estudo do Direito e do Estado, desenvolveu sua “Teoria do Ordenamento Jurídico”, originando uma norma fundamental, compartilhando seu entendimento, portanto, concordando com a teoria de Kelsen, isto porque, releva a existência de uma norma que atribui um pressuposto de validade normativa de todo o sistema jurídico.

Para Bobbio, existe um poder normativo, do qual, derivam as normas constitucionais e este poder, é o constituinte, poder primeiro, derradeiro de todo um ordenamento:

Portanto, se existem normas constitucionais, deve existir o poder normativo do qual elas derivam: esse poder é o constituinte. O Poder constituinte é o Poder último, ou, se quisermos, supremo, originário, num ordenamento jurídico. Mas, se vimos que uma norma jurídica pressupõe um poder jurídico, vimos também que todo poder normativo pressupõe, por sua vez, uma norma que o autorize a produzir normas jurídicas. Dado o poder constituinte como poder último, devemos pressupor, portanto, uma norma que atribua ao poder constituinte a faculdade de produzir normas jurídicas: *essa norma é a norma fundamental*. (BOBBIO, 1992, p. 58/59).

Por outro lado, afirma Bobbio em existindo um pressuposto de um poder jurídico, este poder normativo depende de uma norma autorizativa para produzir as normas. E essa norma que atribui ao poder constituinte a possibilidade de produzir as normas jurídicas de um ordenamento é a norma fundamental.

A partida da concepção de que a norma jurídica capaz de produzir o poder constituinte é a norma fundamental, Bobbio a descreve como sendo “o critério supremo que permite estabelecer se uma norma pertence a um ordenamento; em outras palavras, é o fundamento de validade de todas as normas de um sistema.” (BOBBIO, 1992, p. 62).

Evidentemente que a Teoria da Norma Fundamental não é consenso dentro da doutrina especializada, muito embora, é preciso ser reconhecido que é a predominante, notadamente em países que adotam a *Civil Law*, como é o caso dos países europeus e do Brasil.

Dentre os críticos da teoria de Kelsen e Bobbio, Herbert Lionel Adolphus Hart, um filósofo político jurídico, que se destacou neste estudo, em sua obra “Conceitos de Direito”, ele questiona a norma fundamental, exatamente por confrontá-la com o sistema da *Common Law*:

A norma fundamental de Kelsen tem, num certo sentido, sempre o mesmo conteúdo; porque é, em todos os sistemas jurídicos, simplesmente a regra de que a constituição

ou aqueles “que estatuíram a primeira constituição” devem ser obedecidos; esta aparência de uniformidade e simplicidade pode ser enganadora. Se uma constituição que especifique as várias fontes de direito for uma realidade viva, no sentido de que os tribunais e funcionários do sistema efetivamente identificam o direito de acordo com os critérios que prevê, então essa constituição é aceita e existe efetivamente. Parece ser uma duplicação repetida e inútil sugerir que há uma regra ulterior estabelecendo que a constituição (ou aqueles que “a editaram”) deve ser obedecida. Isso é particularmente claro onde, como no Reino Unido, não há constituição escrita: aqui parece não haver lugar para a regra “de que a constituição deve ser obedecida” em aditamento à regra de que certos critérios de validade (a promulgação da Rainha no Parlamento) devem ser utilizados ao identificar o direito. (HART, 1994, p. 275).

Parece aceitável a crítica de Hart a teoria da norma fundamental concebida por Kelsen e Bobbio, isto porque, ele analisa a teoria sob a ótica de um sistema jurídico distinto daquele que seus críticos vivenciaram. Deixando de lado a discussão crítica acerca da teoria da norma fundamental, é imperioso que seja reconhecido que o Brasil adotou a teoria defendida por Kelsen e por Bobbio, ou seja, o ordenamento jurídico pátrio tem sua base, sua matriz em uma norma fundamental, da qual irradia todo o ordenamento.

Assim sendo, a atual norma fundamental do país é a Constituição, pois se extrai um pressuposto de validade para todo o ordenamento jurídico. Em termos de sistema, é a maior das normas, logo, a mais alta na hierarquia das normas jurídicas brasileiras. Por isso, é relevante a análise na sequência, de cada uma das Constituições brasileiras as quais a importância e a proteção jurídica reservada têm ligação com a educação enquanto direito do povo brasileiro.

4.1 O Direito À Educação na História das Constituições Brasileiras

Considerada como a Lei Fundamental de um Estado, a Constituição é a organização dos seus elementos essenciais: um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regulam a forma do Estado, o modo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos, os limites de sua ação, os direitos fundamentais do homem e as respectivas garantias. Em síntese, a Constituição é o conjunto de normas que organizam os elementos constitutivos do Estado. (SILVA, 2017).

Em sendo a Constituição a Lei Maior do Estado brasileiro, ela é o diploma legal no qual estão previstos os direitos fundamentais sociais do indivíduo e as garantias desses direitos. Logo, sua análise reveste-se de vital importância para a proteção do direito a educação e em especial o da Educação Infantil.

A partir dessa concepção inicial, a incursão que se inicia para a compreensão da evolução da proteção jurídica dedicada ao direito à educação passa pela análise das Constituições do país, pois elas representam muito mais que um direito, elas representam a

preocupação do Estado em uma determinada época. Esses documentos podem, ou não, apontar para uma dívida social que o Estado brasileiro acumulou com os indivíduos no decorrer dos tempos. Por isso, é necessário conhecer o que as Constituição brasileira trataram da educação.

O Estado brasileiro, como país independente e soberano, teve sete Constituições, entre outorgadas⁹ e promulgadas¹⁰ em: 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e 1988. A Constituição de 1988 é a vigente no país.

4.1.1 O Direito À Educação na Primeira Constituição Brasileira (1824)

A primeira Constituição brasileira, surge como consequência da Independência do Brasil, quando predominava a preocupação do governo central em preservar a unidade nacional do Estado independente. Nessa época, o constitucionalismo era o princípio fundante do Estado, sendo influenciado pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e pelo liberalismo que predominava na Europa, portanto, influenciaram na definição do regramento do novo país.

A Constituição declarou que o Império do Brasil seria uma associação política de todos os cidadãos brasileiros, constituindo-se em uma nação livre e independente. Oficialmente denominada “Constituição Política do Império do Brasil”, a primeira Carta Política do país foi elaborada por um Conselho de Estado, atendendo a uma solicitação do então imperador Dom Pedro I, sendo promulgada por ele em 25 de março ano de 1824. “A primeira Constituição brasileira nascia de cima para baixo, imposta pelo rei ao “povo”, embora devamos entender por “povo a maioria de brancos e mestiços que votava e que de algum modo tinha participação na vida política.” (FAUSTO, 1995, p. 149).

A Constituição estabeleceu a divisão do império em províncias e adotou o modelo monárquico e hereditário de governo constitucional e representativo. Seguiu a proposta quadripartite de divisão de poder, sugerida por Benjamin Constant, formado pelo Poder Legislativo, Poder Moderador, Poder Executivo e Poder Geral. O Poder Moderador era exercido pelo Imperador, enquanto chefe supremo da nação e o principal representante. Esse

⁹ Denomina-se outorgada uma Constituição quando ela é resultado de um ato unilateral do Chefe do Poder Executivo. Ela é imposta ao povo pelo governo, representa a vontade de quem está no governo, não possuindo espírito democrático. É resultado da vontade política soberana do seu outorgante, representa uma concessão do Poder soberano ao povo que a ela se sujeita juridicamente e politicamente. No Brasil, foram outorgadas as Constituições de 1824, 1937 e 1967.

¹⁰ Constituição promulgada decorre da vontade do povo. O povo elege os representantes (parlamento) e estes representam a sociedade em uma Assembleia Nacional Constituinte, que transforma esta vontade popular em normas constitucionais (elaboram a Constituição). Ela é própria dos regimes de Estado democrático. No Brasil, são constituições promulgadas as de: 1891, 1934, 1946 e 1988.

poder era responsável pela harmonia entre os demais poderes políticos do Império. O único independente era o Poder Judiciário, formado por juízes e jurados.

Essa primeira Constituição do país foi a de “mais longa vigência em toda a história das Constituições brasileiras, tendo orientado o ordenamento jurídico do País por 65 anos. Regulamentou de maneira estável a vida institucional nas diversas crises e turbulências atravessadas no império.” (VIEIRA, 2007, p. 293).

A Constituição não continha um título específico reservado para tratar da Educação. Entretanto, no Título 8º, que tratava “Das Disposições Geraes e Garantias dos Direitos Civis e Políticos dos Cidadãos Brasileiros”, constou no artigo 179, uma tímida referência relacionada à Educação, nos seguintes termos:

Art.179. A inviolabilidade dos Direitos Civis e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.
XXXII. A Instrução primaria, e gratuita a todos os Cidadãos.
XXXIII. Collegios, e Universidades, aonde serão ensinados os elementos das Sciencias, Bellas Letras, e Artes. (BRASIL, 1824).

Denota-se que a Constituição do Império, ao tratar do resguardo de alguns poucos direitos civis e políticos, reconheceu determinados direitos ao povo brasileiro. A instrução primária e gratuita a todos constou como garantia da inviolabilidade dos direitos civis, tendo como fundamento a garantia da liberdade e da segurança individual. Previa que em colégios e universidades seriam ensinados os elementos das ciências, das belas artes e das artes. Evidentemente que em termos de proteção legal, não é possível considerar a referência feita pela Constituição do Império como alguma forma de direito à educação.

Conclui-se que o dispositivo constitucional que tratou de educação, se trata de uma tímida menção à educação, não podendo ser considerada esta como alguma espécie de direito do povo brasileiro previsto constitucionalmente no período do Império.

A Constituição de 1824, apresenta o descompromisso do Imperador para com a educação, implicando em menos responsabilidades:

A Constituição Federal promulgada nos auspícios da república possuía um caráter liberal, em consequência, responsabilizou mais a família do que o próprio Estado pela educação, fato lamentável, pois o contexto histórico anterior marcado pela escravidão de parte da população terminou por excluir milhares de pessoas que sequer eram consideradas cidadãs - a título citamos a população indígena e negra. (MACÊDO; DIAS, 2011, p. 167).

No que diz respeito aos direitos, era muito relativa à sua aplicação na época. “Aos

direitos se sobrepuja a realidade de um país onde mesmo a massa da população livre dependia dos grandes proprietários rurais, onde só um pequeno grupo tinha instrução e onde existia uma tradição autoritária.” (FAUSTO, 1995, p. 149).

A educação no Brasil Império, período colonial tinha a escola como sendo “umas das últimas preocupações dos habitantes do Brasil. Para os colonizadores, era preciso, primeiro, sobreviver, resistindo às febres, aos animais e aos índios hostis. A maioria das crianças nascidas aqui, muitas inclusive resultantes de estupros de índias e de escravas, eram deixadas à sua própria sorte.” (SILVA PINTO, 2002, p. 65). Segundo o autor, quem acolhia as crianças eram os jesuítas em suas missões, os quais criaram colégios para “ensinar o tupi, o português e a língua geral (que depois deu origem ao nheengatu) aos meninos, que depois passavam a ser intérpretes - eram chamados de meninos-língua”. Estes colégios estavam a serviço dos interesses religiosos, por isso o ensino era predominantemente religioso.

Após a expulsão dos jesuítas de Portugal e do Brasil, por ordem do Marquês de Pombal, em 1759, os governantes brasileiros tiveram que implantar escolas, então, não mais como estabelecimentos a serviço da fé, mas que serviam aos interesses do Estado, com o intuito de impor o ensino do idioma e a cultura de Portugal, sendo fundamental para a Corte, fazer os colonos trabalharem para melhorar a produção daquilo que a metrópole necessitava, como o açúcar, o pau-brasil e as pedras preciosas. A educação passou a ser uma das preocupações do Imperador, na época menos de 5% da população brasileira - praticamente só que viviam nas cidades – sabiam ler e escrever. (SILVA PINTO, 2002). Mantiveram-se, assim, dois graus de ensino: a formação da elite e a educação popular.

Antes do fim da vigência da Constituição, algumas iniciativas legislativas foram adotadas acerca da educação pública na época. No ano de 1827, a Lei de 11 de agosto, teve como intenção a criação dos cursos jurídicos de São Paulo e Olinda e a Lei de 15 de outubro, do mesmo ano, determinava a gratuidade do ensino primário. Em 1834, um Ato Adicional determinou que caberia às províncias cuidar do assunto “educação”, dispondo em seu artigo 10 que “competem às Assembleias legislar sobre instrução pública e estabelecimentos próprios a promovê-lá, não compreendendo as faculdades de medicina, os cursos jurídicos.

Então, as províncias, segundo (SILVA PINTO, 2002), passaram a assumir a responsabilidade pela formação e constituição dos quadros de professores para suas escolas, foi quando surgiram as chamadas escolas normais no país, e o ensino secundário passou a ser parcelado, irregular e de curta duração.

Em termos de educação, no período de vigência da Constituição do Império, a proteção é quase inexistente. O apontamento reside na previsão de instrução primária e gratuita aos

indivíduos, mas não eram efetivamente todos, já que somente determinadas classes sociais tinham acesso a esse direito civil.

4.1.2 O Direito À Educação na Constituição de 1891

Trata-se da primeira Constituição que foi promulgada no Brasil, sua concepção vem da resistência do movimento dos liberais federalistas, que discordavam do poder monárquico central do Império. Ela é, segundo Vieira (2007, p. 294) “produto do alvorecer de uma República marcada por contradições. Proclamada pelo Exército, tendo à frente um monarquista, desde seu nascedouro esta é assinalada por conflitos entre deodoristas e florianistas, que representam os dois segmentos das forças militares que tomam o poder”.

Instala-se no país uma monarquia federalista através de um processo constitucional. Ocorre nessa época a Inconfidência Mineira, a Revolução Pernambucana, a Balaiada, a Cabanada, a Sabinada, a República de Piratini. Sagram-se vencedoras as forças republicano-federalistas, instituindo novos valores na vida política do país, o federalismo¹¹. Após tantas revoltas, uma simples passeata militar proclama a República Federativa do Brasil, em 1891.

Foi instalado o governo provisório presidido pelo Marechal Deodoro da Fonseca. Afirmou-se o regime constitucional da República pelo Decreto nº 1, de 15 de novembro de 1889, comemorado como data histórica e feriado nacional para sempre no país. As Províncias, no exercício de sua autonomia, foram reunidas pelo laço da federação dando origem ao que foi concebido como Estados Unidos do Brasil.

A Constituição promulgada em 24.12.1891 previa a adoção da forma republicana de governo, constituída pela união indissolúvel de suas províncias (estados membros). Adotou-se o regime representativo e o governo presidencialista com freios e contra freios à moda americana de governar. O documento rompe com o regime quadripartite de poderes da época do Império e aprova o sistema tripartite de Montesquieu, instituindo os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, independentes e harmônicos entre si. Ficou estabelecida a autonomia aos Estados e às competências remanescentes do Poder Central.

Em todas as Constituições brasileiras, a partir desta foi tratado da educação, mesmo que em algumas se tenha abordado de forma superficial. A Constituição Republicana de 1891, apresentava a preocupação em aumentar a autonomia legislativa das Províncias. Assim, a Carta

¹¹ Trata-se de um princípio constitucional que estabelece o Estado estruturado em democracia enquanto regime político vigente, concebido pela relação estabelecida entre os entes federativos (União, Estados, Municípios), um sistema político que concede autonomia aos seus entes, que formam um todo que sustenta um governo central.

estabelecia as competências legislativas da União e dos estados (art. 34, inciso 30), reservando à União legislar sobre o ensino superior enquanto aos estados competia legislar sobre ensino secundário e primário, possibilitando, contudo, que a União e os estados pudessem criar e manter instituições de ensino superior e secundário. Há neste período o “rompimento com o histórico vínculo entre Igreja e Estado, abandonou a adoção de uma religião oficial, determinando o ensino laico nos estabelecimentos públicos.” (SILVA PINTO, 2002, p. 67). A Igreja e o Estado passam a ser instituições separadas, desaparece a religião oficial católica.

Mesmo sendo a primeira Constituição Republicana do país que tratou da educação, a abordagem foi extremamente tímida. A preocupação ou menção feita no texto constitucional constou na Seção II “Declaração de Direitos” que, no artigo 72, previa:

Art. 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes a liberdade, a segurança individual e a propriedade, nos termos seguintes:

§ 3º Todos os indivíduos e confissões religiosas podem exercer pública e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições do direito comum.

§ 6º Será leigo o ensino ministrado nos estabelecimentos públicos. (BRASIL, 1891).

Houve o resguardo constitucional unicamente em relação à liberdade de confissão religiosa para os indivíduos e uma tímida referência do § 6º, no sentido de que o ensino seria ministrado em estabelecimentos públicos. Aliás, a preocupação com a educação foi tão superficial na Constituição que sequer se pode adentrar em um mínimo de proteção em termos de direito à educação constitucionalmente.

Durante a vigência da Constituição, destacou-se no país a o início de uma política de reconhecimento de direitos trabalhistas. Foi durante o governo de Getúlio Vargas, que através do Decreto nº 19.402, de 14 de novembro de 1930, foi criado o Ministério da Educação e da Saúde, sendo seu primeiro dirigente Francisco Campos, jurista e político mineiro.

A Carta Constitucional, acabou por institucionalizar a exclusão social e cidadã dos analfabetos, os quais foram excluídos do direito ao voto, conforme constou no artigo 70, § 2º. Efetivamente, em termos constitucionais não houve preocupação com a educação. Esse documento não durou muito porque a Revolução de 1930 pôs Getúlio Vargas no governo, impulsionado pela luta contra o regime oligárquico que dominava o Brasil, o que acabou com a primeira república do país. No que diz respeito a educação, “os políticos vencedores de 1930 tinham a preocupação com a educação, seu objetivo principal era o de fomentar uma elite mais ampla, intelectualmente mais bem preparada.” (FAUSTO, 1995, p. 336).

4.1.3 O Direito À Educação na Constituição de 1934

Com Vargas no Poder, a Constituição de 1934 conservou os princípios formais e estruturais da Constituição anterior, manteve o regime republicano de governo, a federação, a divisão do poder em Executivo, Legislativo, Judiciário de modo a serem independentes e harmônicos entre si. Manteve-se o presidencialismo e o regime parlamentar representativo. Foram ampliados os poderes da União, conferindo-se aos Estados os poderes remanescentes.

A Constituição, ao lado da clássica declaração de direitos e garantias individuais, pela primeira vez na história do constitucionalismo nacional, inseriu um título dispendo sobre a ordem econômica e social. Houve significativo avanço em termos de direito à educação. Esse passou a ser concebido como um direito de todos, pela primeira vez em uma Lei Maior.

Esta Constituição ficou conhecida historicamente mais pelo seu cunho programático, porque não subjetivou o direito à educação. Faltaram os instrumentos necessários à disposição dos indivíduos que viabilizasse uma exigência em face do Estado, pois o texto limitou-se apenas a descrever direitos, como é o caso do contido no artigo 5º, inciso XIV que estabelecia que “Compete privativamente à União, traçar as diretrizes da educação nacional”.

O documento previu que o estímulo à educação eugênica seria de incumbência da União, dos Estados e dos Municípios, nos termos a serem definidos por Lei. No artigo 139, ficou atribuído à empresa industrial ou agrícola, localizadas fora dos centros escolares e que empregasse por volta de cinquenta pessoas contando seus filhos e pelo menos dez analfabetos, a obrigatoriedade em proporcionar o ensino primário gratuito.

Outra importante conquista, em termos de direito constitucional, pode ser constatada pelo fato de ter sido reservado um título exclusivo para tratar “*Da Família, da Educação e da Cultura*”, e um capítulo específico para disciplinar a educação e a cultura. Nesse capítulo, delega-se à União, aos Estados e aos Municípios a competência de “favorecer e animar o desenvolvimento das ciências, das artes, das letras e da cultura em geral, proteger os objetos de interesse histórico e o patrimônio artístico do país, bem como prestar assistência ao trabalhador intelectual” (artigo 148). Foi esta Constituição, a primeira na história do país, que reconheceu o direito à educação a todos os indivíduos brasileiros. A proteção constou no artigo 149:

A educação é direito de todos e deve ser ministrada pela família e pelos Poderes Públicos, cumprindo a estes proporcioná-la a brasileiros e a estrangeiros domiciliados no país, de modo que possibilite eficientes fatores da vida moral e econômica da Nação, e desenvolva num espírito brasileiro a consciência da solidariedade humana. (BRASIL, 1934).

A Constituição promulgada sob a influência de movimentos sociais importantes, que manifestavam uma forte intolerância dos brasileiros às oligarquias reinantes, é a primeira Constituição brasileira a reconhecer e declarar que a “educação é direito de todos e deve ser ministrada pela família e pelos poderes públicos”. A Constituição dedicou 17 artigos (148 a 158) a educação, especialmente o Capítulo II. “Inaugurava-se, assim, a educação como direito constitucional declarado. As constituições posteriores, mesmo as promulgadas durante regimes de exceção, mantiveram ou ampliaram esse direito.” (SILVA PINTO 2002, p. 69).

Ao mesmo tempo em que a educação foi reconhecida enquanto direito, ela foi definida como dever da família e do Estado, com um propósito de fomentar a solidariedade humana. Inúmeras atribuições relacionadas à educação foram fixadas enquanto competência da União. Dentre as quais, destaca-se: instituir o Plano Nacional de Educação, que deveria compreender todos os graus de ensino, além de ser responsável pela coordenação e fiscalização da execução deste em todo o país; estabelecer os critérios de reconhecimento oficial dos estabelecimentos de ensino secundário, complementando os critérios dos institutos superiores também quanto ao controle e apoiar supletivamente todo o país na falta de recursos ou deficiências dos estabelecimentos voltados para a educação dos brasileiros.

Ao Plano Nacional de Educação foi atribuído o dever de estabelecer o ensino primário integral gratuito e de frequência obrigatória extensiva aos adultos. Foi consignada uma tendência à gratuidade do ensino após o primário, de modo a facilitar o acesso. Esses documentos previram a liberdade de ensino em todos os graus e ramos, desde que em consonância com a legislação federal e estadual, estabeleceu a liberdade de ensino nos estabelecimentos particulares, desde que ministrado no idioma pátrio, ressalvado os estabelecimentos voltados para as línguas estrangeiras.

Tais textos ainda cuidaram do reconhecimento desses estabelecimentos particulares com a ressalva de que assegurassem estabilidade e salários condignos aos seus professores. Outra regulação atribuída foi quanto à limitação da matrícula à capacidade didática do espaço escolar e à delimitação desse acesso por meio de seleção utilizando provas de inteligência e de aproveitamento, ou por outros processos objetivos apropriados à finalidade do curso. Ainda foi delegada, ao Plano e às demais normas relacionadas à educação, a criação do conselho nacional e estaduais de educação e da instituição de fundos para a educação.

Aos Estados foi delegada a competência de organizar e manter os sistemas educativos em consonância com as diretrizes estabelecidas pela União. O ensino religioso, por exemplo, passou a ser facultativo em termos de frequência, respeitando a confissão das famílias. Disciplinou-se a contratação de professores mediante concurso público, dotando-os das

garantias de vitaliciedade e de inamovibilidade nos cargos.

A Constituição de 1934 ainda previu a isenção de impostos aos estabelecimentos de ensino particulares, desde que ofertassem ensino gratuito de formação primária ou profissional e ainda que fossem considerados idôneos pela União. Ela estabeleceu a garantia de liberdade de cátedra e também foi a primeira Carta a fixar a obrigatoriedade de aplicação de percentual de impostos na manutenção e no desenvolvimento dos sistemas educativos.

Para a União e Municípios ficou fixada a aplicação não inferior a 10%, já para os Estados e o Distrito Federal a obrigatoriedade de aplicação mínima de 20%. Para o ensino nas zonas rurais, a União ficou responsável em reservar um mínimo de 20% do montante reservado à educação em seu orçamento.

Apesar de muitos avanços em termos de educação, a Constituição manteve a exclusão já prevista na Carta anterior aos não alfabetizados, o que ficou expresso no artigo 108, “a”, do seu texto que dispôs: “São eleitores os brasileiros de um e de outro sexo, maiores de 18 anos, que se alistarem na forma da lei. Não se podem alistar eleitores: os que não saibam ler e escrever”. Portanto, não os reconhecendo como cidadãos.

Muito embora tenha sido a Constituição de menor duração no país, ela deixou aos brasileiros algumas importantes conquistas como herança em termos de direitos constitucionais. Ela reconheceu o direito de voto as eleitoras do sexo feminino, o voto secreto, uma maior independência ao Poder Judiciário, reconheceu direitos trabalhistas, liberdades básicas, tais como a de expressão e de organização de movimentos, ela consagrou três importantes direitos fundamentais, a segurança do indivíduo, a liberdade e o direito de propriedade. Ela encerrou seu ciclo de vigência em 1937 com a instituição do Estado Novo.

4.1.4 O Direito À Educação na Constituição de 1937

A Constituição de 1937 foi escrita em um cenário nacional conturbado. Trata-se de uma Carta de cunho limitadora de direitos e de forte concentração de poder em nome do Presidente, sob o objetivo de conter a perturbação da ordem pública, conter conflitos ideológicos, controlar a violência, conter a infiltração comunista, preservar o Estado e a defesa da paz, da segurança e do bem-estar do povo.

Esse foi o cenário que marcou o surgimento da Constituição do Estado Novo, denominado também pela história como Ditadura Vargas, pois muito embora prometido um plebiscito para referendar a nova ordem jurídica e constitucional, isso nunca aconteceu.

O mundo e o Brasil como consequência, vivenciavam a época do pós-guerra de 1918

quando os partidos políticos passaram a assumir posturas ideológicas semelhantes às de partidos da Europa. Com receio das influências de Hitler e Mussolini e da ascensão do Partido Comunista Brasileiro, Getúlio Vargas resolveu dissolver o Senado e a Câmara e revogar a Constituição de 1934, então vigente. Ele fundamentou o golpe de Estado com medo de que ocorresse um golpe por forças externas. Referiu Vargas, então, ao povo brasileiro:

Por outro lado, as novas formações partidárias, surgidas em todo o mundo, por sua própria natureza refratária aos processos democráticos, oferecem perigo imediato para as instituições, exigindo, de maneira urgente e proporcional à virulência dos antagonismos, o reforço do poder central. (SILVA, 2017, p. 84).

Do texto constitucional decorreu “um amontoado impreciso e amorfo de preceitos autoritários e de instruções estranhas à índole e à tradição jurídica do país.” (BONAVIDES, 2013, p. 63). O documento não foi aplicado regularmente enquanto lei maior de um regime jurídico. “Muitos de seus dispositivos permaneceram letra morta. Houve ditadura pura e simples, com todo o Poder Executivo e Legislativo concentrado nas mãos do presidente da República, que legislava por via de Decretos-leis que ele próprio depois aplicava, como órgão do Executivo.” (SILVA, 2017, p. 85).

Nos dizeres de Vieira (2007, p. 298) em termos de educação, o Estado Novo representa “uma retomada da centralização. Se nos anos anteriores a autonomia dos Estados florescera com o surgimento de vários movimentos reformistas, o início dos anos quarenta responde por reformas educacionais desencadeadas pelo poder central, especificamente as chamadas Leis Orgânicas de Ensino”.

Em termos de conteúdo, a Constituição manteve para a União a competência privativa para legislar sobre as diretrizes de educação nacional (artigo 16, XXIV), permitiu ainda que os Estados membros organizassem os serviços públicos no seu peculiar interesse, desde que bancassem os custos. Ao tratar da família (art. 125), estabeleceu que a “educação integral da prole é o primeiro dever e o direito natural dos pais, e que o Estado não seria estranho a esse dever, colaborando de maneira principal ou subsidiária para facilitar a sua execução ou suprir as deficiências e lacunas da educação particular”.

Em um tópico específico, o documento tratou da educação e da cultura, referindo no artigo 128 que a “arte, a ciência e o ensino são livres à iniciativa individual e a de associações ou pessoas coletivas públicas e particulares”, estabelecendo como dever do Estado contribuir direta ou indiretamente com o estímulo ao desenvolvimento de instituições artísticas, científicas e de ensino e, na falta destas, poderia criar instituições.

O artigo 129 fez uma menção ao ensino na infância e na juventude, referindo que quando faltarem “os recursos necessários à educação em instituições particulares, é dever da Nação, dos Estados e dos Municípios assegurar, pela fundação de instituições públicas de ensino em todos os seus graus, a possibilidade de receber uma educação adequada às suas faculdades”. Estabeleceu ainda que o ensino pré-vocacional, para as classes pobres, seria o primeiro dever do Estado mediante a fundação de institutos de ensino ou subsidiando a iniciativa de Estados, Municípios, indivíduos e associações particulares.

O texto também atribuiu às indústrias e aos sindicatos o dever de criar escolas de aprendizes a serem ofertadas aos filhos dos operários e aos associados, remetendo à lei a regulamentação de facilidades e subsídios por parte do Poder Público.

No que diz respeito ao ensino primário, foi assegurada a gratuidade e a obrigatoriedade nos termos do artigo 130, constando, entretanto, a ressalva de que a gratuidade “não exclui o dever de solidariedade dos menos para com os mais necessitados; assim, por ocasião da matrícula, seria exigida aos que não alegarem, ou notoriamente não puderem alegar escassez de recursos, uma contribuição módica e mensal para a caixa escolar”.

Em relação ao ensino religioso, havia a possibilidade de oferta como matéria de curso ordinário das escolas primárias, normais e secundárias. Porém, não poderiam ser obrigatórias para professores, nem de frequência compulsória para os alunos, manteve-se a laicidade do Estado em relação à educação. Com relação à cultura, um único artigo (art. 134) fez referência a ela, estabelecendo que “os monumentos históricos, artísticos e naturais, assim como as paisagens ou os locais particularmente dotados pela natureza, gozam da proteção e dos cuidados especiais da Nação, dos Estados e dos Municípios”. Consignou ainda que atentados contra os bens culturais seriam equiparados aos praticados contra o patrimônio nacional.

De acordo com Silva Pinto (2002), a Constituição de 1937, também chamada de “Constituição Polaca”, porque foi inspirada na Carta da Polônia e outros regimes fascistas da Europa, com o Estado Novo, passou a representar um ressurgimento do poder central, o qual passou a privilegiar a livre iniciativa, deixando em segundo plano o dever estatal em relação a educação, textualmente, estabelecia que o Estado daria apoio “à infância e à juventude, a que faltarem os recursos necessários à educação em instituições particulares”. Segundo o autor (p. 69), “em outras palavras, o Estado só ofereceria ensino gratuito a quem não pudesse pagar pelo ensino privado. A descontinuidade, alias, é problema político que se mantém ainda hoje, especialmente na educação”.

Foi uma Constituição, segundo Vieira (2007, p. 298), que não elegeu a educação como prioridade “O dever do Estado para com a educação é colocado em segundo plano, sendo-lhe

atribuída uma função compensatória na oferta escolar destinada à "infância e à juventude, a que faltarem os recursos necessários à educação em instituições particulares". E continua, a autor, afirmando que "É clara a concepção da educação pública como aquela destinada aos que não puderem arcar com os custos do ensino privado. O velho preconceito contra o ensino público presente desde as origens de nossa história permanece arraigado no pensamento do legislador estado-novista".

Trata-se, portanto, de uma Constituição que representa o autoritarismo ditatorial de Vargas em que, usando termos do próprio documento, a educação é atribuída como primeira das responsabilidades dos pais. Descreve-se uma referência de que o Estado não ficaria estranho a esse direito, manifestando apenas a intenção de garantir o ensino pré-vocacional e a disposição para construir estabelecimentos educacionais.

4.1.5 O Direito À Educação na Constituição de 1946

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, na qual o Brasil atuou juntamente com as forças Aliadas combatendo os nazifascistas, começam a surgir no país movimentos postulando a redemocratização. Mundialmente, ganha força no período pós-guerra os princípios constitucionais que exerceram forte influência no país para a reconstitucionalização. A partir disso, a nova Carta adotou o regime representativo. A independência e a harmonia entre os poderes foram descritas com nitidez. Estabeleceu-se o equilíbrio político e houve a fixação de uma política municipalista, atribuindo autonomia e condições de existência própria dos Municípios. A declaração de reconhecimento dos direitos e garantias individuais foi integralmente revisada. Os novos postulados constitucionais foram assentados tendo como objetivos a evolução, enquanto desenvolvimento e a justiça.

A Constituição resgata princípios contidos nas Cartas de 1891 e de 1934, em decorrência do enfraquecimento da era Vargas, depois da Segunda Guerra Mundial. Conforme Silva Pinto (2002), a Constituição promulgada por Eurico Gaspar Dutra, um político moderado, a educação retoma a condição de direito de todos e a prevalência da concepção de educação pública, muito embora, ainda fosse permitido o estabelecimento de instituições privadas, no espírito da livre iniciativa. Para a União a competência para legislar ficou restrita às diretrizes e bases da educação nacional, permanecendo para os estados a responsabilidade de legislar sobre matéria educacional e de seus sistemas de ensino próprio.

Enquanto princípios a Carta constitucional definiu o ensino primário obrigatório e gratuito, a liberdade de cátedra e o concurso para cargos de professores, em estabelecimentos

superiores públicos e nos estabelecimentos livres. Uma outra conquista foi constar a previsão da “criação de institutos de pesquisa. Restabeleceu-se também a vinculação de recursos. Isso significa que a manutenção e o desenvolvimento do ensino nunca poderiam receber da União menos de 10%, e dos estados, Municípios e Distrito Federal menos de 20% das receitas resultantes de impostos.” (SILVA PINTO, 2002, p. 70).

A competência para legislar sobre as diretrizes e bases da educação nacional foi reservada à União, da mesma forma como fora previsto nas Constituições anteriores. O novo texto constitucional teve como novidade a expressão de que “todos são iguais perante a lei” (art. 141, §1º). Entretanto, continuou-se negando a cidadania aos analfabetos, que não puderam ser alistados eleitoralmente.

A Constituição continha um Título VI, dedicado à família, à educação e à cultura, e o Capítulo II fora reservado especificamente para a educação e a cultura. Nesse sentido, merece destaque a previsão contida nos artigos 166 e 167 da Constituição:

Art. 166 - A educação é direito de todos e será dada no lar e na escola. Deve inspirar-se nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana.

Art. 167 - O ensino dos diferentes ramos será ministrado pelos Poderes Públicos e é livre à iniciativa particular, respeitadas as leis que o regulem. (BRASIL, 1946).

Após definir a educação como direito de todos, colocando o lar como primeiro local onde ela seria ministrada, estabeleceu-se que o ensino seria ofertado pelos poderes públicos, permitindo também a oferta pela iniciativa privada mediante regulamentação do Estado. No artigo 168 constam aspectos já reconhecidos em Constituições anteriores e foram erigidos os princípios que a legislação do ensino deveria observar, sendo eles:

- I - O ensino primário é obrigatório e só será dado na língua nacional;
- II - O ensino primário oficial é gratuito para todos; o ensino oficial ulterior ao primário sê-lo-á para quantos provarem falta ou insuficiência de recursos;
- III - As empresas industriais, comerciais e agrícolas, em que trabalhem mais de cem pessoas, são obrigadas a manter ensino primário gratuito para os seus servidores e os filhos destes;
- IV - As empresas industriais e comerciais são obrigadas a ministrar, em cooperação, aprendizagem aos seus trabalhadores menores, pela forma que a lei estabelecer, respeitadas os direitos dos professores;
- V - O ensino religioso constitui disciplina dos horários das escolas oficiais, é de matrícula facultativa e será ministrado de acordo com a confissão religiosa do aluno, manifestada por ele, se for capaz, ou pelo seu representante legal ou responsável. (BRASIL, 1946).

No texto constou também o provimento em cátedras no ensino secundário e no superior oficial, ou da iniciativa privada. Como princípio, estabeleceu a exigência de concurso público

e de prova de títulos. Aos professores contratados nesta última modalidade, lhes era assegurada a vitaliciedade e a liberdade de cátedra.

A Constituição também se preocupou em resguardar recursos públicos para aplicação na educação, estabelecendo, no artigo 169, que “Anualmente, a União aplicará nunca menos de dez por cento e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nunca menos de vinte por cento da renda resultante dos impostos na manutenção e desenvolvimento do ensino”. Ficou também sob a responsabilidade da União a organização do sistema federal de ensino e os territórios assumiram caráter supletivo. Ou seja, seria estendida ao país a necessidade estrita de atender deficiências locais. Aos Estados e ao Distrito Federal foi atribuída a responsabilidade de organizarem seus sistemas de ensino. (artigo 171). Para promover o desenvolvimento dos sistemas estaduais, à União ficou consignada a atribuição de cooperar com auxílio financeiro, em relação ao ensino primário, mediante recursos do Fundo Nacional. E ainda ficou previsto que cada sistema de ensino deveria oferecer serviços de assistência educacional, de modo que os alunos necessitados pudessem ter condições de eficiência escolar.

As ciências, as letras e as artes passaram a ser de livre exercício e oferecimento. Uma novidade que surge é o dever do Estado em amparar a cultura (artigo 174), referindo ainda que suas leis deveriam promover a criação de institutos de pesquisa, preferencialmente junto a estabelecimentos de ensino superior. “As obras, monumentos e documentos de valor histórico e artístico, bem como os monumentos naturais, as paisagens e os locais dotados de particular beleza ficam sob a proteção do Poder Público.” (artigo 175).

Em 31 de março de 1964, depois de um conjunto de eventos no país, é lançado um movimento “para livrar o país da corrupção e do comunismo e para restabelecer a democracia, mas o novo regime começou a mudar as instituições do país através de decretos, chamados de Atos Institucionais (AI).” (FAUSTO, 1995, p. 465), os decretos tinham como justificativa o exercício do poder constituinte, um poder inerente as revoluções. Chamada revolução de 1964, caracterizou-se como um golpe militar, pondo fim a era da Constituição de 1946.

4.1.6 O Direito À Educação na Constituição de 1967

A Constituição de 1967 é consequência do golpe militar que retirou do poder o presidente João Goulart em março do ano de 1964, quando iniciou o regime militar que perdurou por 21 anos, encerrando-se em janeiro de 1985 com a eleição indireta de Tancredo Neves. De acordo com Ghiraldelli Jr:

Esse período autoritário, ao longo de duas décadas que serviram de palco para o revezamento de cinco generais na Presidência da República, se pautou em termos educacionais pela repressão, privatização de ensino, exclusão de boa parcela dos setores mais pobres do ensino elementar de boa qualidade, institucionalização do ensino profissionalizante na rede pública regular sem qualquer arranjo prévio para tal feito, divulgação de uma pedagogia calcada mais em técnicas do que em propósitos com fins abertos e discutíveis, tentativas variadas de desmobilização do magistério por meio de abundante, e não raro confusa, legislação educacional. Somente uma visão bastante condescendente com o regime militar poderia encontrar indícios de algum saldo positivo na sua herança. (GHIRALDELLI, 2015, p. 99/100).

O Brasil no período da edição da Constituição passou por forte repressão no que diz respeito as liberdades individuais, o que refletiu também em termos de educação, pois houve uma ruptura no tratamento dispensado a ela:

A Constituição de 1967 foi concebida num cenário em que a supressão das liberdades políticas ainda não atingira seu estágio mais agudo. Assim, no caso da educação, os dispositivos não chegaram a traduzir uma ruptura com conteúdos de constituições anteriores. Antes expressam a presença de interesses políticos já manifestos em outras Cartas, sobretudo àqueles ligados ao ensino particular. A "liberdade de ensino", tema chave do conflito entre o público e o privado desde meados dos anos cinquenta, é visível no texto produzido no regime militar. (VIEIRA, 2007, p. 302).

Segundo Cashigunov (2015), neste período inicia-se na educação brasileira um processo de influência por parte de instituições internacionais na definição e no planejamento das políticas de organização do ensino, notadamente pelo Banco Mundial, estabelecendo um marco característico e marcante de influência externa na educação nacional. A educação direciona-se enquanto prioridade a de atender as carências e exigências da indústria nacional e do mercado de trabalho, assim como de forte controle político e ideológico.

A Constituição entrou em vigor quando assumiu a presidência do Brasil o Marechal Arthur da Costa e Silva, sendo promulgada na data de 24.01.1967, durante o período de regime militar vigente no país o qual, ascende ao poder em 1964. Ela adotou as características básicas da Constituição de 1937, preocupando-se primordialmente com a segurança nacional e ainda reforçou os poderes da União e do Presidente da República. Por outro lado, reduziu os direitos individuais e a autonomia, permitindo a suspensão dos direitos e garantias constitucionais, o que caracteriza uma demonstração de autoritarismo maior que das anteriores. Um avanço, pode ser verificado no que diz respeito a forma mais clara, que definiu os direitos dos trabalhadores.

Essa Constituição manteve a competência da União para legislar sobre as diretrizes e bases da educação nacional (artigo 8º, XVII, "b"). Conservou, também, a exclusão social dos não alfabetizados (artigo 142), os quais ficaram alijados do processo eleitoral, pois os impedia desse alistamento. Foi reservado um Título, IV, especialmente para tratar da educação e da cultura. Nesse

sentido, a proteção constou no artigo 168, que estabelecia: “A educação é direito de todos e será dada no lar e na escola; assegurada a igualdade de oportunidade, deve inspirar-se no princípio da unidade nacional e nos ideais de liberdade e de solidariedade humana”.

Os Poderes Públicos eram responsáveis por organizar o ensino nos diferentes graus. Manteve-se a possibilidade de o ensino ser ofertado pela iniciativa privada mediante observância de normas fixadas pela União e com amparo técnico e financeiro dos poderes públicos, fazendo menção a bolsas de estudo. Foi dada à legislação a observância de determinados princípios e normas, sendo eles:

- I - O ensino primário somente será ministrado na língua nacional;
- II - O ensino dos sete aos quatorze anos é obrigatório para todos e gratuito nos estabelecimentos primários oficiais;
- III - O ensino oficial ulterior ao primário será, igualmente, gratuito para quantos, demonstrando efetivo aproveitamento, provarem falta ou insuficiência de recursos. Sempre que possível, o Poder Público substituirá o regime de gratuidade pelo de concessão de bolsas de estudo, exigido o posterior reembolso no caso de ensino de grau superior;
- IV - O ensino religioso, de matrícula facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das escolas oficiais de grau primário e médio.
- V - O provimento dos cargos iniciais e finais das carreiras do magistério de grau médio e superior será feito, sempre, mediante prova de habilitação, consistindo em concurso público de provas e títulos quando se tratar de ensino oficial;
- VI - É garantida a liberdade de cátedra. (BRASIL, 1967).

Essa Constituição manteve a responsabilidade dos Estados e do Distrito Federal para organizar os próprios sistemas de ensino, ficando para a União o dever de organizar o sistema dos territórios e o sistema federal de caráter supletivo em todo o país, nos casos de deficiência de recursos locais. Previu também que a União deveria prestar assistência técnica e financeira para o desenvolvimento dos sistemas estaduais e do Distrito Federal. Ficou, ainda, atribuído aos sistemas de ensino o dever de prestar assistência educacional aos alunos necessitados e em condições de deficiência escolar.

A Carta incluiu novamente a obrigatoriedade às empresas comerciais, agrícolas e industriais em manter, nos termos disciplinados por lei, o ensino primário e gratuito aos empregados e a seus filhos, incluindo o dever de ministrarem essas empresas, em cooperação, a aprendizagem aos trabalhadores menores de idade. Foi mantida a liberdade de oferta e exercício às ciências, às letras e às artes, e o dever do Poder Público em incentivar a pesquisa científica e tecnológica. A proteção e o amparo à cultura ficaram definidos como dever do Estado. A proteção de documentos, das obras e dos locais de valor histórico ou artístico ficou sob a responsabilidade especial do Poder Público, bem como os monumentos e as paisagens naturais notáveis e as jazidas arqueológicas.

Ao tratar do vazio reservado as discussões educacionais em um período em que

predominou a intervenção no setor educacional, Fávero (2014, p. 16) refere que “Tratou-se de adequar o projeto educacional, em todos os níveis e em todas as modalidades do ensino e da formação profissional, ao novo projeto nacional. Para tanto, princípios, diretrizes, experiências, mecanismos e instrumentos foram abandonados, extintos ou substituídos”.

Como não cessaram as crises, a edição do Ato Institucional nº 5, em 13.12.1968 rompeu com a ordem constitucional. O Ato Institucional nº 12, de 31.08.1969, impediu o presidente de governar e atribuiu o governo aos Ministros da Guerra, do Exército e da Aeronáutica, os quais prepararam um novo texto constitucional, que foi promulgado em 17.10.1967, mas que entrou em vigor como Emenda Constitucional nº 1 na data de 30.10.1969. Para alguns doutrinadores, o entendimento é de que não se tratou de Emenda Constitucional, mas sim de uma nova Constituição, pois outorgou um texto reformulado integralmente, denominando-se de Constituição da República Federativa do Brasil, em substituição à denominação de Constituição do Brasil. Finalmente, por um ato político, após inúmeras emendas, em 27.11.1985, é convocada uma Assembleia Nacional constituinte, que dá origem à Constituição de 1988.

4.1.7 O Direito À Educação na Constituição Vigente Desde 1988

A busca pela normalização democrática do país e pela efetivação de um Estado Democrático de Direito, teve origem logo que se instalou o Golpe Militar de 1964, notadamente após o Ato Institucional nº 5, o qual se configurou como o instrumento de maior cunho autoritário da história política brasileira, conforme retrata a análise da Constituição de 1967.

O fortalecimento do movimento que buscava uma nova ordem jurídica ganhou impulso com a campanha pelas “Diretas Já” que iniciou no ano de 1984, a qual levou multidões de brasileiros às ruas pelo país afora reivindicando eleições diretas.

No ano de 1985, Tancredo Neves, em eleição indireta, foi escolhido Presidente da República através de um colégio eleitoral, instalando-se, assim, uma nova era para a redemocratização do país. Entretanto, mesmo com o impedimento do presidente em assumir o governo, em decorrência de uma doença que o levou a óbito, não foi interrompida a nova fase vivenciada no país, isso porque a posse do então vice-presidente, José Sarney à presidência fez com que houvesse continuidade de propósitos.

Com José Sarney ocupando a Presidência do Brasil, o primeiro presidente civil da fase pós-ciclo militar, denominada Nova República, foi encaminhado ao Congresso Nacional uma proposta de Emenda à Constituição, denominada EC nº 26, datada de 27 de novembro de 1985. A Emenda convocou uma Assembleia Nacional Constituinte integrada, na verdade, pelos

próprios parlamentares federais e senadores em mandato, sendo instalada em 1º de fevereiro de 1987, a qual concluiu seus trabalhos em 05 de outubro de 1988, data em que a Carta Política foi promulgada. Nas palavras de Silva (2017, p. 92), que reproduz as expressões de Ulysses Guimarães, então Presidente da Assembleia Nacional Constituinte, trata-se de uma “Constituição cidadã, porque teve ampla participação popular em sua elaboração e, especialmente, porque se volta decididamente para a plena realização da cidadania”. É um texto moderno, com avanços na esfera democrática e social, que se reveste de relevante importância para a vida do povo brasileiro contemporaneamente.

A Constituição foi editada em sintonia com o momento de abertura política. O espírito do texto é o de uma Constituição Cidadã que propõe a incorporação de sujeitos historicamente excluídos do direito à educação, expressa no princípio da “igualdade de condições para permanência e acesso na escola.” (VIEIRA, 2007, p. 304). Referindo-se ao momento e à importância da Constituição Federal de 1988, Dias da Silva (2016, p. 478), afirmou que “as políticas de Estado direcionadas à cultura e à educação, a educação integral, os direitos humanos, a igualdade racial e de gênero vão comungando interesses de justiça social, cuja teleologia alcança a reconstrução das relações democráticas, constantes nos movimentos políticos brasileiros desde a luta por redemocratização” se fizeram presentes de uma forma mais intensa na Constituição Federal.

A intenção do Constituinte brasileiro de 1988, no que diz respeito a que tipo de Estado representava a vontade política do momento, ficou estampada de forma muito clara e objetiva já nas primeiras palavras de seu texto. Nesse sentido, merece destaque o Preâmbulo da Norma:

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).

A opção foi pela instituição de um Estado Democrático que tem por objetivo assegurar o exercício de direitos fundamentais sociais e individuais, tendo a igualdade e a justiça como valores maiores da sociedade brasileira.

O poder originário, segundo a teoria de Bobbio (1992) e de Kelsen (2005), decorre da norma fundamental, o brasileiro, antes do texto constitucional, fez constar, conforme foi visto, um conjunto de enunciados que tem o propósito de vincular todo o sistema a determinados

fundamentos e valores, dentre os quais está a educação.

A Carta Magna do ordenamento jurídico brasileiro se constitui no parâmetro primeiro que sustenta a validade de todas as demais normas do sistema jurídico do país, isso porque, conforme já referido, está no topo do ordenamento jurídico pátrio. Suas principais e marcantes características são de um documento formal escrito, promulgada, analítica, rígida e dogmática. Esse novo documento está estruturado em nove Títulos que sistematizam as temáticas normativas, sendo: o Título I que disciplina os Princípios Fundamentais; o Título II que disciplina os Direitos e Garantias Fundamentais; o Título III que disciplina a Organização do Estado; o Título IV que disciplina a Organização dos Poderes; o Título V que disciplina a Defesa do Estado e das Instituições Democráticas; o Título VI que disciplina a Tributação e Orçamento; o Título VII que disciplina a Ordem Econômica e Financeira; o Título VIII que disciplina a Ordem Social; e, finalmente, o Título IX que disciplina as Disposições Constitucionais Gerais.

Pela relação que tem com o tema em análise, o Título II e o Título VIII merecem uma análise específica e mais aprofundada. Os Direitos e Garantias Fundamentais estão previstos nos artigos 5º a 17º da Constituição, 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 de 1988. Por sua vez, o Título VIII trata da Ordem Social, subdividindo-se em Capítulos que contém os artigos 193 a 232, os quais disciplinam as questões relacionadas ao convívio e ao desenvolvimento social dos indivíduos na relação com deveres imputados ao Estado no tocante à saúde, à educação, à cultura, ao esporte, à ciência e tecnologia, à comunicação social, ao meio ambiente, à família e aos indígenas.

Se um dos princípios fundamentais da República é garantir a dignidade da pessoa humana, construir uma sociedade livre, justa e solidária, 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, isso somente poderá ser alcançado mediante a implementação de políticas públicas que deem efetividade ao direito à educação. Sem isso, tais fundamentos representarão letras mortas em termos de normas fundamentais.

Enquanto direitos sociais dos indivíduos que integram a sociedade brasileira, a educação está prevista no artigo 6º da Constituição Federal, juntamente com os direitos à saúde, à alimentação, ao trabalho, à moradia, ao transporte, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção da maternidade e da infância e à assistência aos desamparados. Para dar a concretude

ao direito fundamental à educação, a Constituição Federal, no Capítulo III, dispôs sobre a educação, a cultura e o desporto, na Seção I. O artigo 205 da Carta Magna vigente 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 de 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 as atividades profissionais. O texto ainda adota e elege determinados princípios basilares relacionados ao direito à educação em 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 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).

Esses princípios servem de norte para as políticas públicas educacionais a serem implementadas nos três níveis da educação: o Federal, o Estadual e o Municipal (art. 211). Para que o dever do Estado para com o direito fundamental social à educação seja efetivado, a Constituição, em seu artigo 208, estabelece determinadas garantias. São elas:

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

- I - Educação básica obrigatória e gratuita dos 4 aos 17 anos, 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).

A Assembleia Constituinte teve tamanha preocupação em assegurar o direito fundamental à 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 (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 (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 Constituição estabelece ainda que a educação é obrigatória, por isso indisponível. Concepção essa, universalista de direitos sociais, de modo que, em caso de os pais ou responsáveis não cumprirem com o dever, estarão sujeitos à penalização.

Dessa forma, conclui-se, pela análise da Constituição brasileira de 1988, que existe a previsão legal de um direito à educação básica obrigatória em sua concepção objetiva (Norma Fundamental). Existe, portanto, uma norma de natureza constitucional, capaz de impor um dever ao poder político (governo) e, por conseguinte, capaz de produzir efeitos jurídicos. Por outro lado, para que um direito objetivo seja passível de ser exigido por um determinado indivíduo, é necessário que seja reconhecido também enquanto direito subjetivo.

Entende-se um direito subjetivo como sendo “todo o direito de que a regra objetiva dota os sujeitos de direito, conferindo-lhes projeção própria, e atuação voluntária, ou não.” (MIRANDA, 1993, p. 112). Nesse sentido, a análise do texto constitucional leva à conclusão da existência de um direito fundamental social à educação em sua modalidade objetiva e, também subjetiva, de modo que é possível ser exercido pelos indivíduos brasileiros.

Por outro lado, as disposições constitucionais foram regulamentadas pelo legislador nacional, através da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996 - (LDB), a qual “estabelece as diretrizes e bases da educação nacional”. Ela é uma norma de caráter geral, aplicável a todos os entes da federação (União, Estados e Municípios) e para as Instituições de Ensino Privadas, objetivando assegurar o acesso a todos a educação gratuita e de qualidade. Trata-se de norma impositiva, pois define a organização de todo o sistema de ensino nacional, seus princípios educativos, os níveis, modalidades, fundamentos e as ações a serem efetivadas.

4.2 A Educação nas Declarações Internacionais de Direitos

As declarações de direitos internacionais, inicialmente, assumiram a forma de proclamações solenes, onde são enunciados os direitos de toda a humanidade. Depois, passaram

a constituir o preâmbulo das Constituições, na França especialmente. Atualmente, ainda que os documentos internacionais assumam a forma das principais declarações, os ordenamentos nacionais as integram as Constituições, adquirindo o caráter concreto de normas jurídicas positivas constitucionais, subjetivando-se em direito particular de cada povo, passando a ter consequência jurídica prática relevante. (SILVA, 2017).

Conforme descreve Silva (2017), as Declarações Internacionais de Direitos surgem como uma concepção inicial de declaração solene, de enunciados de direitos e com o decorrer dos tempos elas passaram a ser incorporadas pelos Estados, integrando os preâmbulos (prefácios) e o próprio texto das Constituições. Contemporaneamente, passaram a adquirir concretamente um caráter de normas jurídicas constitucionais positivadas.

Assim, por representarem importantes implicações nos direitos dos indivíduos, considerados enquanto ser humano isolado, as Declarações Internacionais passaram a ter importância para o ordenamento jurídico brasileiro, notadamente pela incorporação ao constitucionalismo e aos direitos fundamentais sociais. No que diz respeito à origem das primeiras Declarações, “A Declaração dos direitos era antes de tudo um documento filosófico e jurídico que devia anunciar a chegada de uma sociedade ideal.” (SILVA, 2017, p. 160).

No que diz respeito à importância jurídica das Declarações para o ordenamento brasileiro, argumenta Del’Olmo (2009, p. 42), que “uma vez aprovado pelas partes signatárias e promulgado, passa o tratado a ter força de lei. A sua natureza jurídica é dupla, pois obriga tanto internamente quanto no plano internacional”. No caso do ordenamento do país, além de estarem ajustadas aos preceitos constitucionais, as Declarações estão situadas hierarquicamente entre a Constituição e as Leis Ordinárias.

Para que as Convenções Internacionais integrem o ordenamento jurídico nacional, é preciso necessariamente que estas sejam aprovadas pelo Congresso Nacional e promulgadas pelo Presidente da República¹² e ainda, para a vigência, deve ocorrer a troca de Cartas de ratificação da Convenção. O artigo 5º, § 2º da Constituição Federal, estabelece que “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Especificamente, no que diz respeito aos tratados internacionais e convenções, estabelece o artigo 5º, § 3º que “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem

¹² Neste sentido, dispõe o artigo 84, da constituição Federal “Compete privativamente ao Presidente da República: VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional.

aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional¹³, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

De acordo com Silva (2017, p. 155), “a primeira Declaração de direitos fundamentais, em sentido moderno, foi a Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia de 1776, uma das colônias americanas, sendo anterior à independência do Estado, inspirada em Rousseau, Locke e Montesquieu”. Em seguida, surge a Declaração de Independência Americana (Declaração Norte-Americana) e a Constituição de 1787, que culminou com a *Bill of Rights*, carta (lista de direitos) dos americanos.

Pela importância e influência das Declarações internacionais de direitos nas Constituições brasileiras, em especial aquelas em que o Brasil é signatário, elas serão analisadas a seguir, de modo a evidenciar a relação com o direito a educação.

4.2.1 A Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789

A Declaração Francesa foi ratificada em 05 de outubro de 1789 por Luís XVI ao ser pressionado pela Assembleia e pelo povo que se dirigiu a Versalhes em passeata. O documento constou do preâmbulo da primeira Constituição Francesa, promulgada no ano de 1791. Pela importância que representou a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, notadamente em relação ao Estado Moderno, serão aqui evidenciados alguns dos principais aspectos e a sua contribuição para os Estados Constitucionais. O texto oficial exerceu forte influência a nível internacional. Por outro lado, ele foi fortemente influenciado e inspirado na Declaração de Independência do Estado Americano de 1787.

Em relação ao documento francês, “O texto da Declaração de 1789 é de estilo lapidar, elegante, sintético, preciso e escoreito, que, em dezessete artigos, proclama os princípios da liberdade, da igualdade, da propriedade e da legalidade e as garantias individuais liberais que ainda se encontram nas declarações contemporâneas.” (SILVA, 2017, p. 160).

Por sua vez, Bobbio (1992, p. 87) afirma que a partir da revolução francesa, tem-se “uma nova época da história, com uma explícita referência à Declaração cuja finalidade era, a seu ver, a meta inteiramente política de firmar os direitos naturais, o principal dos quais é a liberdade, seguido pela igualdade diante da lei, enquanto uma sua ulterior determinação”.

A importância e a influência da Declaração Francesa para o Estado Moderno são

¹³ Estabelece o artigo 49, da constituição Federal que “É da competência exclusiva do Congresso Nacional: I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.

inegáveis, ela se constitui em marco histórico, demarca o fim do regime absolutista e inspira uma nova era, a do Estado Constitucional e de direitos, de modo que é citada na maioria das constituições dos Estados democráticos. Enquanto documento culminante da Revolução Francesa, definiu direitos individuais e coletivos, os quais passaram a ter uma concepção universal. Os principais princípios incorporados tratam da garantia da liberdade e da igualdade dos homens desde o seu nascer.

Merecem destaque os seguintes artigos da Declaração:

Art.1º. Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum.

Art. 12º. A garantia dos direitos do homem e do cidadão necessita de uma força pública. Esta força é, pois, instituída para fruição por todos, e não para utilidade particular daqueles a quem é confiada.

Art. 13º. Para a manutenção da força pública e para as despesas de administração é indispensável uma contribuição comum que deve ser dividida entre os cidadãos de acordo com suas possibilidades.

Art. 16.º A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição. (DUDH, 1789).

A Declaração consagrou importantes princípios que continuam vivos e buscados no Estado Contemporâneo, a liberdade e a igualdade, a vedação a distinções sociais. Para a garantia do exercício destes direitos foi previsto uma força pública (a força do estado), para que fosse possível assegurar direitos de todos.

A manutenção do Estado (força pública) foi assegurada mediante uma contribuição comum (impostos) partilhada entre os cidadãos, seguindo o critério das possibilidades pessoais. Por fim, ficou estabelecido a separação de poderes com o propósito de serem assegurados as garantias de direitos em uma Constituição.

Os princípios da Revolução Francesa, estão presentes nas constituições brasileiras ao longo da história, exerceram importante influência no reconhecimento e na consolidação de direitos dos indivíduos e de cunho social, pois o país, assim como muitos outros lugares, ocorreu, fortemente, impactos pelos movimentos que surgiram a partir da Revolução Francesa.

4.2.2 A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e do Cidadão de 1948

A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e do Cidadão, aprovada na IX Conferência Internacional Americana, em Bogotá, em abril de 1948, se constitui em importante marco internacional em relação ao direito à educação para a humanidade.

Para alguns historiadores, esta Declaração é uma das marcas iniciais de reconhecimento

de direitos humanos a nível internacional. Em relação a educação, ela é concebida como direito de todos a partir da inspiração nos princípios da liberdade, moralidade e da solidariedade. Constatou do artigo 12, a seguinte disposição:

Toda pessoa tem direito à educação, que deve inspirar-se nos princípios de liberdade, moralidade e solidariedade humana. Tem, outrossim, direito a que, por meio dessa educação, lhe seja proporcionado o preparo para subsistir de uma maneira digna, para melhorar o seu nível de vida e para poder ser útil à sociedade. (ONUBR, 1984).

O artigo 12, estabeleceu ainda os propósitos de uma igualdade de oportunidade, afirmando que todos tem direito a educação primária, no mínimo, gratuitamente:

O direito à educação compreende o de igualdade de oportunidade em todos os casos, de acordo com os dons naturais, os méritos e o desejo de aproveitar os recursos que possam proporcionar a coletividade e o Estado. Toda pessoa tem o direito de que lhe seja ministrada gratuitamente pelo menos, a instrução primária. (ONUBR, 1984).

Pelo seu conteúdo, esse documento influenciou internamente muitos países da América Latina, de sorte que a maior parte destes direitos passaram a ser contemplados nas Constituições, ganharam *status* de uma norma fundamental constitucional. O contido na Declaração Americana, em especial no que diz respeito ao direito à educação, foi inspirador, em conjunto com os princípios da liberdade, moralidade e da solidariedade humana para o ideário dos brasileiros.

4.2.3 Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948

A Declaração Universal dos Direitos do Homem representa a manifestação da única prova através da qual um sistema de valores pode ser considerado humanamente fundado e, portanto, reconhecido. (BOBBIO, 1992, p. 26).

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, os dirigentes dos países que se tornaram potências em um mundo pós-guerra, liderados pelos Estados Unidos e pela União Soviética, estremecidos pela barbárie vivenciada na guerra, passaram a se preocupar com a instituição de um mundo que estivesse alicerçado em novos parâmetros ideológicos. Então, em 1945, na conferência de Yalta, na Rússia, foram lançadas as bases para a constituição de uma organização multilateral que fosse capaz de promover negociações internacionais relacionadas a conflitos entre países, de modo que fosse possível promover a paz e a democracia, fortalecer os direitos humanos e evitar a ocorrência de guerras.

Surge a ONU, como uma organização internacional, constituída por países de forma voluntária, com o propósito de trabalhar pela paz e pelo desenvolvimento do mundo. Vale destacar o trecho abaixo da Carta das Nações Unidas, documento de fundação da organização internacional, expressando os propósitos e as ideias de sua constituição:

Nós, os povos das Nações Unidas, resolvidos a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que, por duas vezes no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas, e a estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes de direito internacional possam ser mantidos, e a promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade mais ampla. (ONUBR, 1945).

Proclamada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) é um documento que se constitui como marco importante no cenário internacional no que diz respeito à proteção de direitos básicos do ser humano. Ela foi adotada e aprovada pela Resolução nº 217 A (III) da Assembleia Geral ONU de 10 de dezembro de 1948. O preâmbulo indicava que os esforços para atingir os direitos humanos deveriam vir através do ensino e da educação, como condição para outros direitos:

A ASSEMBLÉIA GERAL proclama a presente DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade, tendo sempre em mente esta Declaração, se esforce, através do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universal e efetiva, tanto entre os povos dos próprios Estados-Membros, quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição. (ONUBR, 1948).

Mesmo não sendo uma Lei ou documento internacional de observância obrigatória pelas nações, a Declaração serviu de base importante para os tratados internacionais de direitos humanos. Ela influenciou diretamente a elaboração das Constituições dos países no mundo inteiro e no reconhecimento do direito à educação.

O artigo 1º da Declaração trata da liberdade e da igualdade de direitos e em dignidade, estabelece que “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”. Por sua vez, o artigo 7º, trata da igualdade perante a lei, estabelecendo que “Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação”.

Merece especial atenção o disposto no artigo 26, no qual foi consignado o direito à educação como direito da pessoa:

Artigo 26° Toda a pessoa tem direito à educação. A educação deve ser gratuita, pelo menos a correspondente ao ensino elementar fundamental. O ensino elementar é obrigatório. O ensino técnico e profissional deve ser generalizado; o acesso aos estudos superiores deve estar aberto a todos em plena igualdade, em função do seu mérito. 2. A educação deve visar à plena expansão da personalidade humana e ao reforço dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais e deve favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e todos os grupos raciais ou religiosos, bem como o desenvolvimento das atividades das Nações Unidas para a manutenção da paz. 3. Aos pais pertence a prioridade do direito de escolher o género de educação a dar aos filhos. (ONUBR, 1948).

Foi estabelecido como compromisso do Estado, o dever de garantir uma educação gratuita equivalente ao ensino elementar fundamental de carácter obrigatório. A DUDH estabeleceu como objetivo da educação a plena expansão da personalidade do ser humano, o reforço dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, atribuindo o direito aos pais de escolha do género de educação a ser oferecida a seus filhos.

A citação inicial de Bobbio, traz o fundamento através do qual a humanidade encontra a solução para a proteção dos direitos humanos, refletindo na maior prova da história da humanidade que representa um consenso de um sistema de valores humanos.

Para López (2017, p. 10) a Declaração de Direitos Humanos se constitui em um divisor de águas na evolução da humanidade:

Desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH-1948), el ser humanos se ha esforzado en sistematizar los derechos fundamentales, procurando su conocimiento, ejercicio y desarrollo, sin duda ha sido un parteaguas en la evolución de la humanidad; sin embargo, queda mucho por hacer, el mundo se ha vuelto más violento y pareciera que en lugar de avanzar en materia de justicia social, teniendo como base los Derechos Humanos (DHs), las distintas sociedades recularan en este apartado. (LÓPEZ, 2017, p. 10).

A partir da Declaração Universal, conforme descreve a autora, as pessoas tem se esforçado para sistematizar os direitos fundamentais, com o propósito de conhecer e exercê-los, nas diferentes sociedade humanas.

Somente após a Declaração Universal de Direitos Humanos é que “podemos ter certeza histórica de que a humanidade - toda a humanidade - partilha alguns valores comuns; e podemos, finalmente, crer na universalidade dos valores, no único sentido em que universal significa não algo dado objetivamente, mas algo subjetivamente” (BOBBIO, 1992, p. 28), esta concepção passou a ser acolhida universalmente.

4.2.4 Convenção das Nações Unidas Sobre os Direitos da Criança de 1959

Com o fim da Segunda Guerra Mundial e a instituição na Organização das Nações Unidas de um órgão voltado para os cuidados com as crianças, a UNICEF, a partir de 1950, este organismo e os países passaram a dedicar mais atenção aos menores.

A Convenção sobre os Direitos da Criança foi aprovada pela Resolução nº 44, de 20 de novembro de 1959, pela Assembleia Geral das Nações Unidas, constituindo-se um tratado que tem por objetivo a proteção da criança e do adolescente em todo o mundo.

O Brasil promulgou essa Convenção internacional através do Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. O documento considera criança o menor de 18 (dezoito) anos de idade. Ao tratar do direito à educação gratuita e ao lazer infantil, no princípio VII, estabelece que:

A criança tem direito a receber educação escolar, a qual será gratuita e obrigatória, ao menos nas etapas elementares. Dar-se-á à criança uma educação que favoreça sua cultura geral e lhe permita - em condições de igualdade de oportunidades - desenvolver suas aptidões e sua individualidade, seu senso de responsabilidade social e moral, chegando a ser um membro útil à sociedade. (BRASIL, 1990).

Surge com o princípio VII da Convenção, o denominado “interesse superior da criança”, impondo responsabilidades aos pais e ao Estado:

O interesse superior da criança deverá ser o interesse diretor daqueles que têm a responsabilidade por sua educação e orientação; tal responsabilidade incumbe, em primeira instância, a seus pais. A criança deve desfrutar plenamente de jogos e brincadeiras, os quais deverão estar dirigidos para educação; a sociedade e as autoridades públicas se esforçarão para promover o exercício deste direito. (BRASIL, 1990).

A legislação brasileira traduziu esse princípio em prioridade absoluta para os interesses da criança que devem ser atendidos antes de qualquer outro direito.

A adoção pelo Brasil da Convenção internacional inseriu o país no rol daqueles que demonstraram publicamente o compromisso com suas crianças a nível internacional, isto ocorreu em um momento em que internamente a população e as entidades brasileiras estavam comprometidas com a causa dos menores que ganhavam notoriedade, por isto a recepção dos compromissos estabelecidos na convenção internacional.

4.2.5 Convenção Americana Sobre Direitos Humanos de 1969

O Pacto de San José da Costa Rica, também conhecido como Convenção Americana

sobre Direitos Humanos, foi o resultado da convenção datada de 22 de novembro de 1969. Consta em parte de seu preâmbulo que “os direitos essenciais do homem não derivam do fato de ser ele nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos do ser humano, razão por que justificam uma proteção internacional, de natureza convencional, coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados americanos”.

A Convenção objetivou consolidar, entre os Estados Americanos, o regime de liberdade dos indivíduos e de justiça social, com fundamento no respeito aos direitos humanos fundamentais, independentemente do estado no qual os indivíduos tenham nascido ou residam.

A convenção adotou como parâmetro basilar a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, em especial, adotou os ideais de liberdade humana, de direitos econômicos, sociais, culturais, civis e políticos.

No que diz respeito aos direitos sociais, além de resguardar a dignidade da pessoa e da integridade pessoal, o Pacto tratou da educação no Capítulo III, onde constam também os direitos econômicos, sociais e culturais. Especificamente no artigo 26, estabeleceu:

Artigo 26. Desenvolvimento progressivo. Os Estados Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados. (ONUBR, 1948).

O documento foi promulgado e ratificado pelo Brasil, através do Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992, passando a integrar o ordenamento jurídico interno. Internamente se constituiu em importante passo no reconhecimento de direitos pelo país o que lhe coloca entre o grupo daqueles que reconhecem os pactos internacionais.

4.2.6 Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1976

O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), é um tratado internacional que foi aprovado pela Assembleia Geral da ONU em 16 de dezembro de 1966, entrando em vigor em 03 de janeiro de 1976.

O Brasil é um de seus signatários, ratificando o Pacto através do Decreto nº 591, de 06 de julho de 1992 que foi quando passou a integrar o ordenamento jurídico interno.

Esse acordo estabeleceu o compromisso dos Estados membros e signatários de

desenvolverem ações de governo no sentido de reconhecer direitos de seus indivíduos de natureza econômica, social e cultural. O compromisso inclui a obrigação de efetivação de políticas que priorizam o reconhecimento de direitos ao trabalho, à saúde, à educação e a um adequado padrão de vida.

O Pacto é considerado como uma parte da Declaração Universal dos Direitos Humanos, pela sua abrangência e conteúdo. É relevante destacar o que ficou consignado no artigo 13:

Art. 13, § 1º. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa à educação. Concordam em que a educação deverá visar ao pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de sua dignidade e fortalecer o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais. Concordam ainda em que a educação deverá capacitar todas as pessoas a participar efetivamente de uma sociedade livre, favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e entre todos os grupos raciais, étnicos ou religiosos e promover as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz. (ONUBR, 1976).

O § 2º, por sua vez, consigna que os Estados Partes reconhecem como objetivo, para garantir o pleno exercício dos direitos previstos no Pacto, que a educação primária deve ser obrigatória e gratuita, acessível a todos. A educação no nível secundário, técnica e profissional deverá ser generalizada de modo a se tornar acessível, devendo ser progressivamente ofertada gratuitamente a todos. Já em relação à educação superior, esta, igualmente deverá se tornar acessível, seguindo a capacidade de cada um, ampliando-se de forma progressiva e gratuita. Os Estados deverão fomentar e intensificar, de acordo com as disponibilidades, a educação básica para aquelas pessoas que não tiveram acesso à educação primária ou que não conseguiram, no tempo oportuno, concluir o ciclo da educação primária.

O Pacto recomenda, ainda, a necessidade de um desenvolvimento progressivo da rede escolar, em todos os níveis, e da necessidade de implementação de um sistema de bolsas de estudo, assim como da melhora das condições materiais do magistério. Estabelece o compromisso dos Estados em respeitar a liberdade dos pais e responsáveis legais de escolherem escolas diferentes daquelas propostas pelas autoridades públicas, desde que atendam aos padrões mínimos de ensino previsto e aprovados pelo Estado, permitindo a liberdade de crença e moral, de acordo com as convicções familiares.

O documento internacional ressalta que as disposições que compõem o artigo 13, especificamente, não poderão ser interpretadas restritivamente, evitando a restrição de liberdades individuais e das entidades em instituir e administrar instituições de ensino, observadas as prescrições do Estado.

É possível afirmar, a partir do estudo das Constituições brasileiras e das Declarações

internacionais de direito que os Documentos internacionais exerceram importante influência no que diz respeito ao reconhecimento no país de direitos que foram declarados a nível internacional enquanto direitos da humanidade. Aliás, não foram apenas as Constituições brasileiras que seguiram influenciadas pelos Documentos internacionais, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação - LDB e o Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, os quais possuem estrita relação com o direito a Educação Infantil, manifestam nítidas influências em termos de reconhecimentos de direitos da humanidade.

Assegurar os diversos tipos de direitos que foram reconhecidos pela humanidade, implica em dar sustentabilidade ao indivíduo na condição de cidadão. Isto porque, conforme destaca Carvalho (2002, p. 9), “tornou-se costume desdobrar a cidadania em direitos civis, políticos e sociais. O cidadão pleno seria aquele que fosse titular dos três direitos. Cidadãos incompletos seriam os que possuíssem apenas alguns dos direitos. Os que não se beneficiassem de nenhum dos direitos seriam não-cidadãos”.

4.2.7 Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência

Antes mesmo da edição da Convenção Internacional, pela ONU, o Brasil já possuía sua lei protegendo direitos da pessoa com deficiência, a Lei nº 10.098, de 19 de dezembro de 2000. Ela “Estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências”.

O destaque importante da referida lei, é a definição de acessibilidade. Nos termos do artigo 2º, inciso I “acessibilidade: possibilidade e condição de alcance para utilização, com segurança e autonomia, de espaços, mobiliários, equipamentos urbanos, edificações, transportes, informação e comunicação, inclusive seus sistemas e tecnologias, bem como de outros serviços e instalações abertos ao público, de uso público ou privados de uso coletivo, tanto na zona urbana como na rural, por pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida”.

Contudo, apesar de possuir legislação local, o Brasil foi signatário da Convenção, promulgando-a através do Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, dispondo o Decreto “Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007”.

Adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, ela tem como propósito, conforme descrito em seu artigo 1º “o de promover, proteger e assegurar o desfrute pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por parte de todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua inerente dignidade”.

Em relação à educação, a Convenção no artigo 24, estabeleceu que “Os Estados Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência à educação. Para efetivar esse direito sem discriminação e com base na igualdade de oportunidades, os Estados Partes assegurarão sistema educacional inclusivo em todos os níveis, bem como o aprendizado ao longo de toda a vida, com os seguintes objetivos”:

- a) O pleno desenvolvimento do potencial humano e do senso de dignidade e auto-estima, além do fortalecimento do respeito pelos direitos humanos, pelas liberdades fundamentais e pela diversidade humana;
- b) O máximo desenvolvimento possível da personalidade e dos talentos e da criatividade das pessoas com deficiência, assim como de suas habilidades físicas e intelectuais;
- c) A participação efetiva das pessoas com deficiência em uma sociedade livre. (ONU, 2006).

Para que sejam assegurados e realizados os direitos de acessibilidade, deverão, os Estados Partes assegurarão que:

- a) As pessoas com deficiência não sejam excluídas do sistema educacional geral sob alegação de deficiência e que as crianças com deficiência não sejam excluídas do ensino primário gratuito e compulsório ou do ensino secundário, sob alegação de deficiência;
- b) As pessoas com deficiência possam ter acesso ao ensino primário inclusivo, de qualidade e gratuito, e ao ensino secundário, em igualdade de condições com as demais pessoas na comunidade em que vivem;
- c) Adaptações razoáveis de acordo com as necessidades individuais sejam providenciadas;
- d) As pessoas com deficiência recebam o apoio necessário, no âmbito do sistema educacional geral, com vistas a facilitar sua efetiva educação;
- e) Medidas de apoio individualizadas e efetivas sejam adotadas em ambientes que maximizem o desenvolvimento acadêmico e social, de acordo com a meta de inclusão plena. (ONU, 2006).

Para assegurar a possibilidade de adquirir as competências práticas e sociais necessárias, de modo a facilitar às pessoas com deficiência sua plena e igual participação no sistema de ensino os Estados signatários deverão tomar as seguintes medidas apropriadas:

- a) Facilitação do aprendizado do braille, escrita alternativa, modos, meios e formatos de comunicação aumentativa e alternativa, e habilidades de orientação e mobilidade, além de facilitação do apoio e aconselhamento de pares;
- b) Facilitação do aprendizado da língua de sinais e promoção da identidade linguística da comunidade surda;
- c) Garantia de que a educação de pessoas, em particular crianças cegas, surdocegas e surdas, seja ministrada nas línguas e nos modos e meios de comunicação mais adequados ao indivíduo e em ambientes que favoreçam ao máximo seu desenvolvimento acadêmico e social. (ONU, 2006).

Para contribuir para o exercício dos direitos da pessoa com deficiência, deverão os

Estados Partes adotar “medidas apropriadas para empregar professores, inclusive professores com deficiência, habilitados para o ensino da língua de sinais e/ou do braille, e para capacitar profissionais e equipes atuantes em todos os níveis de ensino”. A capacitação deverá incorporar “a conscientização da deficiência e a utilização de modos, meios e formatos apropriados de comunicação aumentativa e alternativa, e técnicas e materiais pedagógicos, como apoios para pessoas com deficiência”, conforme descrito no item 4 do artigo 24.

4.3 As Políticas Públicas Como Ação do Estado na Efetivação do Direito À Educação

Infantil

Tratar de políticas públicas é enfrentar uma discussão que envolve o Estado, seus problemas e suas ações. Elas estão umbilicalmente ligadas a ideia de público, este público compreendido em uma dimensão distinta de estatal, ligada ao interesse coletivo. Em decorrência disso, muitas vezes há um tratamento com diferentes significados dependendo da abrangência que é atribuída. Segundo Fernandez (2006), ela indica um campo de atividade, um propósito político concreto, ainda, um programa de ação ou os resultados deste programa.

A origem deriva da concepção de *polis* e do conjunto de interesses que a ela estavam envolvidos. A partir de Aristóteles (2002, p. 11), sabe-se que a cidade é uma associação “e que qualquer associação é formada tendo em vista algum bem; pois o homem luta apenas pelo que ele considera um bem. As sociedades, todas elas, portanto, propõem-se algum lucro - especialmente a mais importante de todas”, a sociedade política ou a cidade, isto porque, trata de um bem mais importante, que envolve seu todo.

Esta ligação de *polis* a concepção de Estado e a concepção de política a partir de Aristóteles, impulsiona as denominações de temas ligados ao público e a seus interesses. As pesquisas de políticas públicas, em sua maioria, partem desta lógica de conhecimento.

Na definição de Klaus Frey (2007, p. 213) a Ciência Política costuma distinguir três abordagens para políticas, conforme o problema de investigação levantado:

Em primeiro lugar, podemos salientar o questionamento clássico da ciência política que se refere ao sistema político como tal e pergunta pela ordem política certa ou verdadeira: o que é um bom governo e qual é o melhor Estado para garantir e proteger a felicidade dos cidadãos ou da sociedade foram as preocupações primordiais dos teóricos clássicos Platão e Aristóteles. Em segundo lugar, temos o questionamento político, propriamente dito, que se refere à análise das forças políticas cruciais no processo decisório. E, finalmente, as investigações podem ser voltadas aos resultados que um dado sistema político vem produzindo. Nesse caso, o interesse primordial consiste na avaliação das contribuições que certas estratégias escolhidas podem trazer para a solução de problemas específicos.

Muitos aspectos envolvem o estudo da política, isto porque eles envolvem um amplo leque de perspectivas, compreendendo um vasto campo para a pesquisa. Em relação ao aspecto conceitual, ela é concebida sob três dimensões, quando tomado como ponto de partida a literatura inglesa. Os três termos que designam estas dimensões são *polity*, *politics* e *policy*.

O entendimento destes conceitos é fundamental para a compreensão de políticas públicas quanto para o delineamento de um processo investigativo que conduza a análise de políticas públicas educacionais. Frey (2007, p 215) afirma que se tem adotado na Ciência Política a utilização de conceitos em inglês “*polity* para denominar as instituições políticas, *politics* para os processos políticos e, por fim, *policy* para os conteúdos da política”.

Polity teria a dimensão institucional relacionada “à ordem do sistema político, delineada pelo sistema jurídico, e à estrutura institucional do sistema político-administrativo”. Os aspectos estruturantes dizem respeito a estrutura e funcionamento dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário e todo o aparato administrativo de funcionamento da máquina pública.

A dimensão processual *politics* “tem-se em vista o processo político, frequentemente de caráter conflituoso, no que diz respeito à imposição de objetivos, aos conteúdos e às decisões de distribuição”, trata do processo e da dinâmica política relacionado a disputa, a competição pelo poder. O assunto a ser abordado tem relação com as relações entre os poderes, os processos de tomada de decisão governamental, a relação entre os Estados, com a sociedade civil, a disputa eleitoral, a atuação política dos partidos e suas relações com os governos.

Por fim, a dimensão material *policy* “refere-se aos conteúdos concretos, isto é, à configuração dos programas políticos, aos problemas técnicos e ao conteúdo material das decisões políticas” (FREY, 2007, p. 215), é portanto, o Estado em ação, um resultado da política institucional e processual. Conclui o autor que na realidade política, as três dimensões, a institucional da política, a processual e a material estão entrelaçadas, por isso, influenciando-se mutuamente, de modo que, a materialização das políticas acontece através de diretrizes, de programas, de projetos e de atividades de Estado que tem como propósito solucionar problemas e as demandas advindas da sociedade.

Para compreender os fatores determinantes da judicialização do direito a Educação Infantil, se faz-se necessário compreender as políticas públicas, pois, conforme foi visto, após o reconhecimento do direito à educação, foi atribuído ao Estado, enquanto organização jurídica e social, a responsabilidade em dar efetividade. A efetividade de direitos sociais, como é o caso da Educação Infantil, acontece através de políticas públicas implementadas pelo Estado.

Então, adentrar nas políticas públicas educacionais, é tratar da ação de governo que tem

como propósito dar efetividade a direitos sociais. A judicialização tem estrita ligação com as políticas públicas, isto porque, quando estas não atendem a todos os indivíduos, ou os atende de forma incompleta, instalam-se conflitos que podem implicar na judicialização.

Boaventura de Souza Santos, situa bem a relação das políticas públicas com a judicialização em “Para Uma Revolução Democrática da Justiça”, em tópico específico em que aborda o protagonismo dos tribunais e as transformações do Estado. Afirma Boaventura:

O confronto do judiciário com os outros poderes do Estado dá-se quando, diante da apatia ou da incapacidade dos poderes políticos em resolver os conflitos ou em atender as demandas dos grupos sociais, o recurso aos tribunais leva o judiciário a interferir na política pública e nas condições da sua efetivação. (SANTOS, 2014, p. 13).

A partir destas premissas, da apatia estatal ou de sua incapacidade em atender demandas sociais, passa a ser importante, compreender as políticas públicas enquanto uma das áreas do conhecimento humano, enquanto ação de governo, por isso é preciso entender a sua ontologia, seus princípios, categorias, sua própria essência, de modo que, se torne possível vislumbrar seu desenvolvimento, o caminho percorrido, suas perspectivas, contradições e seus conflitos.

A concepção de política pública, enquanto processo que reproduz programas de ação dos governos, compreendida como campo do conhecimento humano, envolve a concepção de ações que implicam na mudança do mundo real:

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 exposta, 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 dessas ações, permite compreender o porquê de determinado curso das ações em detrimento de outro, em síntese, refere-se às mudanças que podem ocorrer no mundo real, decorrentes das ações formuladas pelos governos que manifestam o resultado de seus propósitos através de programas e ações.

Celina Souza, (2006: p. 20), cita três fatores que deram visibilidade ao campo do conhecimento, atualmente, conhecido como políticas públicas, que segundo ela ressurgem nas últimas décadas. Eles têm relação com as instituições, com as regras, com os modelos que regem as decisões/escolhas, elaboração e avaliação.

Como primeiro fator, destaca a adoção de políticas restritivas do gasto público, que passaram a dominar a agenda da maioria dos países, em especial os em desenvolvimento. A definição e a execução das políticas públicas econômicas e sociais ganham mais visibilidade, a partir dessas novas políticas. Como segundo fator, novas visões sobre o papel dos governos substituíram as políticas keynesianas do pós-guerra por políticas restritivas de gastos, dessa forma sob a ótica das políticas públicas, o ajuste fiscal implicou na adoção de orçamentos equilibrados no que diz respeito a relação despesa e receita pública, condicionando a intervenção do Estado na economia e nas políticas públicas. O terceiro fator, com forte impacto nos países em desenvolvimento e de democracias jovens, em especial nos da América Latina, é o de que ainda não foi possível construir coalizões políticas que sejam capazes de impulsionar o desenvolvimento em termos econômicos e de viabilizar a inclusão social de uma grande parcela da sua população.

A definição das políticas públicas e as regras que definem suas decisões, elaboração e implementação, também influenciam os resultados dos conflitos inerentes às decisões delas decorrente. São desafios difíceis que nem sempre são claros ou de consenso.

4.4 Políticas Públicas Educacionais Brasileiras

A partir de todo um processo histórico que resultou no reconhecimento de direitos da criança no mundo todo, dois documentos internacionais se destacaram em termos de reconhecimento e influência desse reconhecimento. Foram as declarações de direitos humanos e a dos direitos da criança. Estes documentos internacionais serviram de inspiração para o Brasil reconhecer direitos sociais educacionais, como é o caso da Educação Infantil.

A nível nacional, o reconhecimento vem com a definição de direitos fundamentais sociais, expresso nas Constituições do país e com o avanço nesse reconhecimento através de emendas constitucionais, com a valorização da primeira etapa da educação básica nos termos em que definido pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei nº 9.394/1996) e com a edição do Estatuto da Criança e do Adolescente, que colocou a criança como prioridade absoluta.

Merece destaque as modificações introduzidas no texto da Constituição Federal em relação ao direito a educação. Em sua redação original o constituinte brasileiro elegeu a educação enquanto um direito fundamental social e um dever do estado. Essa disposição constitucional inicial foi ampliada pelas alterações introduzidas pelas Emendas Constitucionais de nºs 53/2008 e 59/2009, impactando decisivamente na definição e implementação das políticas públicas educacionais brasileiras.

O reconhecimento de direitos da criança e da opção pela Educação Infantil como uma etapa indispensável para o desenvolvimento humano, muitas implicações decorreram do reconhecimento desse direito. Estas implicações impõem ao Estado o dever de disponibilizar políticas públicas educacionais para assegurar e efetivar o direito social eleito como fundamental para a criança, por isso a importância das 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 as políticas públicas, como uma forma de intervenção estatal, enfatizando:

Educação escolar, em nosso país, desde a independência, esteve de alguma maneira ligada a políticas públicas desde que se considere estas 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).

A intervenção estatal, portanto, está presente desde a origem do Estado brasileiro, estava ligada a oferta e a proteção de determinados direitos da cidadania, por isso, o papel regulador do Estado, desde quando ainda imperava uma concepção liberal clássica de política de governo.

As políticas públicas educacionais pensadas nos primeiros passos do país independente, já elegia a educação enquanto um pré-requisito indispensável para o exercício da liberdade civil dos indivíduos, como 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 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 a intervenção estatal inicial a que se refere o autor, 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, algumas das Constituições brasileiras impuseram aos governos a vinculação de percentuais de recursos públicos destinados ao financiamento das políticas públicas educacionais. Até porque, o efeito de políticas públicas sem uma garantia de recursos públicos

nada mais é que letra morta em um ordenamento jurídico, dado a carência de instrumentalidade.

Um outro passo importante em termos de políticas públicas educacionais, foi a descentralização realizada pelas Constituições e pelas leis, atribuindo responsabilidades aos entes da federação e a preocupação com a educação rural, de modo que os Estados, o Distrito Federal e os Municípios passaram a ser responsáveis por determinadas políticas públicas voltadas a educação, recebendo certas garantias de recursos para efetivar tais políticas.

Com o propósito de identificar as políticas públicas destinadas ao atendimento do direito à educação básica obrigatória, no decorrer dos tempos, conforme visto, aos poucos as Constituições brasileiras foram estabelecendo mecanismos jurídicos e financeiros com o objetivo de torná-las uma realidade. A evolução desta proteção e previsão foi bastante lenta, pode-se destacar a Constituição de 1834 e a Constituição de 1988 como Cartas que fizeram referência às políticas públicas educacionais enquanto responsabilidade de Estado.

Atualmente, considerando a proteção contida na Constituição Federal, as políticas públicas educacionais brasileiras, notadamente as voltadas ao ensino obrigatório, estão previstas no Plano Nacional de Educação e nos Planos dos demais entes da federação, algumas exceções estão dispersas em normas específicas.

O Plano Nacional de Desenvolvimento da Educação - (PNE), foi concebido, tendo como propósito o de enfrentar as desigualdades de oportunidades em termos educacionais e, promover a educação de qualidade durante o prazo de sua vigência. Para tanto está estruturado em eixos, sendo eles: Educação Básica, Educação Superior, Educação Profissional, Alfabetização e Diversidade. A sua prioridade é a educação básica obrigatória, o ensino profissional e o ensino superior. Ele está previsto para uma periodicidade decenal, foi delegado pelo constituinte ao legislador ordinário, para que este, através de uma Lei específica, estabeleça os objetivos para articular o sistema nacional de educação em colaboração, definindo diretrizes, objetivos, metas, e as estratégias de implementação, de modo a garantir a manutenção e o desenvolvimento do ensino em todos os seus níveis, modalidades e etapas de forma integradora.

A Emenda Constitucional nº 59, de 11 de novembro de 2009, alterou o artigo 214 da Constituição Federal para além de outras alterações, prever a obrigatoriedade da União em elaborar através de Lei o Plano Nacional de Educação - PNE, prevê o referido artigo:

Art. 214. A lei estabelecerá o plano nacional de educação, de duração decenal, com o objetivo de articular o sistema nacional de educação em regime de colaboração e definir diretrizes, objetivos, metas e estratégias de implementação para assegurar a manutenção e desenvolvimento do ensino em seus diversos níveis, etapas e modalidades por meio de ações integradas dos poderes públicos das diferentes esferas federativas. (BRASIL, 1988).

A instituição do PNE, teve como objetivo conduzir as seguintes ações:

- I - Erradicação do analfabetismo;
- II - Universalização do atendimento escolar;
- III - Melhoria da qualidade do ensino;
- IV - Formação para o trabalho;
- V - Promoção humanística, científica e tecnológica do País.
- VI - Estabelecimento de meta de aplicação de recursos públicos em educação como proporção do produto interno bruto. (BRASIL, 2014).

Evidentemente que entre as pretensões do constituinte foi a de determinar que os Entes públicos também elaborem seus planos de educação, nos quais estarão previstas as políticas públicas destinadas a contemplar o direito à educação, seguindo as premissas constitucionais.

A nível nacional, a União editou o Plano Nacional de Educação – PNE, com a edição da Lei nº 13.005, de 25 de junho de 2014, com vigência de 10 (dez) anos. Por outro lado, o Plano Plurianual da União - (PPA), editado através da Lei nº 13.249/2016, com vigência para os exercícios de 2016 a 2019, contém o planejamento governamental, suas metas que definem as políticas públicas para o quadriênio, cumprindo o que dispões o artigo 165, § 1º da Constituição Federal. O artigo 2º, do PPA, estabelece:

Art. 2º O PPA 2016-2019 é instrumento de planejamento governamental que define diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada, com o propósito de viabilizar a implementação e a gestão das políticas públicas. (BRASIL, 2015).

Dentre as prioridades, foram fixadas como metas, nos termos do inciso I, do artigo 3º, tem-se que “São prioridades da administração pública federal para o período 2016- 2019: I - As metas inscritas no Plano Nacional de Educação”. (Lei nº 13.005/2014).

O PPA estabelece como diretrizes de governo em termos de educação, o estímulo e a valorização da educação, ciência, tecnologia e inovação e competitividade e, a valorização e o respeito à diversidade cultural. Ele reflete as políticas públicas e orienta a atuação governamental por meio de Programas Temáticos e de Gestão que é composto pelos elementos constituintes que expressam as escolhas de políticas públicas para o alcance dos resultados almejados pela intervenção governamental.

As diretrizes e metas que são as políticas públicas nacionais destinadas a proteção do direito à educação a nível nacional, constam do PNE. A partir do PNE, o PPA da União estabelece cinco grandes eixos que delimitam as políticas públicas nacionais voltadas para a

educação. No primeiro eixo, estão:

Ampliar o atendimento escolar de qualidade em todas as etapas e modalidades da educação básica, em colaboração com os sistemas de ensino, com melhoria do fluxo escolar e da aprendizagem, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa na perspectiva da educação ao longo da vida e à formação cidadã, contemplando as especificidades da diversidade e da inclusão, e considerando as metas estabelecidas no Plano Nacional de Educação am2014-2024. (BRASIL, 2016).

Neste primeiro grupo estão previstas as políticas estruturantes que objetivam assegurar o direito à educação básica com qualidade, a garantia de acesso e a universalização do ensino obrigatório, ampliando as oportunidades na educação. Para o segundo grupo:

Fortalecer a formação e a valorização dos profissionais da educação, em regime de colaboração com os sistemas de ensino, contemplando as especificidades da diversidade e da inclusão e da aprendizagem ao longo da vida, e considerando as metas estabelecidas no Plano Nacional de Educação 2014-2024. (BRASIL, 2016).

Neste segundo grupo estão previstas as políticas destinadas a valorização dos profissionais da educação, a colaboração entre os diversos regimes de ensino. Para o terceiro grupo, foi contemplado pelo legislador:

Ampliar o acesso à educação profissional e tecnológica de qualidade, alinhada com as demandas sociais e do mercado de trabalho locais e regionais, contemplando as especificidades da diversidade e da inclusão, e considerando as metas estabelecidas no Plano Nacional de Educação 2014-2024. (BRASIL, 2016).

Neste grupo, há preocupação com as políticas públicas de acesso à educação profissional e tecnológica, objetiva oferecer condições de preparo dos indivíduos para o mercado de trabalho e as demais formas de inclusão social. No quarto grupo, contempla:

Ampliar o acesso à educação superior de qualidade, na graduação e na pós-graduação, contemplando as especificidades da diversidade e da inclusão e a aprendizagem ao longo da vida, fortalecendo a ciência, a tecnologia e a inovação, apoiando atividades de ensino, pesquisa e extensão, bem como aperfeiçoando as atividades de avaliação, supervisão e regulação, e considerando as metas estabelecidas no Plano Nacional de Educação 2014-2024. (BRASIL, 2016).

Este quarto grupo trata das políticas destinadas à educação superior, onde o objetivo é manter a qualidade e garantir o acesso. No quinto grupo, contempla:

Aprimorar os processos de gestão, monitoramento e avaliação dos sistemas de ensino, considerando as especificidades da diversidade e inclusão, em cooperação com os entes federados, estimulando a participação social, e considerando as metas

estabelecidas no Plano Nacional de Educação 2014-2024. (BRASIL, 2.016).

Neste último grupo, estão contempladas as políticas públicas de gestão e de controle dos sistemas de ensino e da educação. Pode-se definir o PNE como projeto da nação brasileira voltado para as políticas públicas educacionais, pois define as vinte metas nacionais de educação para um decênio.

O Plano Nacional de Educação, inicialmente, previsto como uma disposição transitória contida na Lei nº 9.394/1996 (LDB), passou, a partir da edição da Emenda Constitucional nº 59/2009 a ser uma exigência de caráter constitucional, prevista para uma periodicidade de dez anos, passando a ser o articulador do sistema brasileiro de educação, devendo servir de base para os planos dos estados, do distrito federal e dos Municípios, os quais devem ser aprovados por lei de cada ente federativo. Dessa forma, o espírito do PNE é definir uma política de estado para a educação do país periodicamente.

Desta forma, a partir da descentralização federativa das responsabilidades em termos de direito a educação, o Governo do Estado, precisa, para cumprir seu dever para com a educação básica, reforçar e ampliar as garantias sociais, as quais devem ser o foco central da ação governamental. Então para que o Estado cumpra com sua função social, ele precisa investir na educação, para como consequência melhorar a qualidade de vida de sua população, indispensável para melhorar os indicadores de educação de seu povo.

Contemporaneamente entende-se que a igualdade de oportunidades só poderá ser garantida pela educação, isto porque, se constitui na ferramenta mais potente, a base de uma sociedade que preza pelos valores democráticos, que está aberta ao esforço e ao progresso individual e coletivo. É, pois, necessário, harmonizar a participação e a atuação de todos os atores que constituem a comunidade escolar para que possa ser viabilizado um melhor desempenho da aprendizagem e conseqüentemente o desenvolvimento do Estado, a partir das políticas públicas que tem como função ligar direitos e ações com a realidade do indivíduo.

Então, partido da compreensão de que as políticas públicas educacionais decorrem de uma atividade política do Estado, que envolve mais que uma decisão política, ela envolve muitas ações e estratégias articuladas conforme os objetivos estabelecidos. A partir de uma compreensão de que elas representam um conjunto de ações que são articuladas, de incentivos que tenham como propósito mudar uma realidade, elas precisam estar protegidas pela autoridade superior de uma norma jurídica.

As políticas públicas nacionais que devem ser efetivadas pelo Estado, relacionadas a Educação Infantil, constam da Constituição Federal, da Lei de Diretrizes e Bases da Educação

- LDB e do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, elas devem ser efetivadas através das ações de governo com o propósito de dar efetividade aos direitos fundamentais sociais.

Após a demonstração de que o direito a Educação Infantil representa um imperativo legal para a Administração Pública e seus governos, construído ao longo da história de lutas conquistas e transformações impostas ao Estado pela sociedade, e tendo em vista que os direitos, especialmente os direitos de cunho social, como é o caso do direito a Educação Infantil somente são efetivados através de políticas públicas permanentes, ganha importância todas as questões que envolvem as políticas públicas educacionais.

5 A EDUCAÇÃO INFANTIL, DO RECONHECIMENTO ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL A SUA PROTEÇÃO JURÍDICA

5.1 A Educação Infantil

No decorrer dos tempos e da história o tratamento legal e a definição sociológica atribuída aos menores (crianças e adolescentes) passaram por diversas modificações e compreensões. Cada país adotando seus critérios próprios. Essa evolução retrata as fases de reconhecimento e de proteção dedicada à infância pela sociedade humana.

A infância em uma concepção etimológica da palavra “refere-se a limites mais estreitos: oriunda do latim, significa a incapacidade de falar. Essa incapacidade, atribuída em geral ao período que se chama de primeira infância, às vezes era vista como se entende até os sete anos, que representariam a passagem para a idade da razão.” (KUHLMANN, 2015, p. 16).

Em relação à descoberta da infância, ela “começou sem dúvida no século XIII, e sua evolução pode ser acompanhada pela história da arte e na iconografia dos séculos XV e XVI. Mas os sinais de seu desenvolvimento tornaram-se particularmente numerosos e significativos a partir do fim do século XVI e durante o século XVII.” (ARIÈS, 1978, p. 28).

O certo é que a infância nem sempre recebeu a atenção que a ela é dedicada na Modernidade. Na História Antiga as crianças estavam submetidas à autoridade paterna, a família possuía a responsabilidade pela educação dos filhos, elas eram consideradas incapazes e inoperantes, o que lhes retirava qualquer tipo de autonomia. A ausência de respeito em relação aos pequenos é uma marca da História Antiga. A principal preocupação era com a sobrevivência. Isso porque, em virtude das carências de conhecimento científico em termos de saúde e tratamento das crianças, grande número delas acabava sendo levado a óbito.

Uma fase seguinte, registra uma compreensão de que a criança era percebida como um pequeno adulto, assim, ela ‘servia’ para auxiliar no trabalho. Estava exposta aos riscos da vida. A partir do século XV, a sociedade passa a ter uma nova visão de mundo, refletindo na forma de ver a infância. Então, a criança vai para a escola, passa a ser membro de uma sala de aula, lá recebe educação com forte disciplina e rigor. Está presente a ideia de assistência, de controle, de coerção, para moldar as crianças para o trabalho, a obediência e respeito dos adultos.

No século XVII, a criança começa a sair do anonimato, ela deixa de ser um ser inerte na sociedade. É com o Iluminismo que se registra uma ideia social de infância, na qual os adultos passam a dedicar mais atenção a esta fase de vida. As crianças começam a ter lugar e espaço na sociedade, a partir de juízos da necessidade de amparo, de proteção e da consciência da

dependência da criança. Surge, enfim, a concepção de infância.

A Contemporaneidade registra, então, novas formas de compreensão da infância, percebendo estar diante de sujeito que merece e é protagonista no meio social, não mais como mero acessório ou coadjuvante, mas como indivíduo social detentor de direito e garantias e, por isso, merecedores de atenção. Nesse sentido, percebe-se que “estudos contemporâneos sobre a infância enfatizam que a criança é um sujeito social, que possui história e que, além disso, é produtora e reprodutora do meio no qual está inserida, atuando, portanto, como produtora de história e cultura.” (MICARELLO; DROGO, 2008, p. 122).

A Educação Infantil está intimamente ligada ao tratamento dispensado à infância e à visão desta no decorrer da história pela sociedade humana. Assim, se dá a compreensão de Kaercher, aliada ao sentido de que “só foi possível porque também se modificaram na sociedade as maneiras de se pensar o que é ser criança e a importância que foi dada ao momento específico da infância.” (2007, p. 13).

A instituições de assistência e de ensino, se modificam conforme o tratamento e o reconhecimento dedicado as crianças, reproduzindo a evolução das suas fases. Portanto, houve uma estreita relação no que diz respeito ao tratamento e o reconhecimento dedicado a criança no decorrer dos tempos e a evolução ocorrida nestas instituições.

As instituições de Educação Infantil surgem de uma relação com o nascimento da escola e de um pensamento contemporâneo de formas pedagógicas de ensinar e cuidar das crianças. As instituições religiosas, de acordo com Kaercher (2007), desempenharam papel fundamental nesta caminhada, impulsionadas por disputas de crença. Há todo um esforço para que fiéis dominassem a leitura e a escrita, além disso, a sociedade que decorre da Revolução Industrial apresenta novas exigências relacionadas à educação para fazer frente a novas demandas do mundo do trabalho. Para a autora, isto está relacionado ainda ao fato de:

[...] uma nova estrutura familiar, a conjugal, na qual pai/mãe/seus filhos passaram a constituir uma nova norma, diferente daquelas famílias que se organizavam de forma ampliada, com vários adultos convivendo num mesmo espaço, possibilitando um cuidado que nem sempre estava centrado na figura materna. Outro fato que precisa ser lembrado é que muitas teorias nesta época também estavam interessadas em descrever as crianças, sua natureza moral, suas inclinações boas ou más. (KAERCHER, 2007, p. 14).

As creches e pré-escolas enquanto instituições de ensino, passam a ser justificadas pelas filantropias e pelo Estado como instrumento capaz de transformar os infantes em sujeitos, evoluindo de um ponto de vista assistencialista de guarda e de cuidado com a saúde, para uma de educação disciplinar e coercitiva, daí para uma visão moderna e otimista da infância voltada

ao educar e ao cuidar. Tal preocupação moderna possibilita efetivar a educação concebida não como “um processo de transmissão cultural, mas de produção de sentidos e de criação de significados.” (KAERCHER, 2007, p. 18).

O Brasil seguiu uma tendência de nível mundial, impulsionado por uma consequência de movimentos sociais e das lutas das famílias pelo reconhecimento de direitos da criança e fortemente influenciado pela Declaração Universal dos Direitos Humanos e pela Convenção das Nações Unidas Sobre os Direitos da Criança de 1959, que foram marcos decisivos para o reconhecimento, no país, da criança enquanto ser humano detentor de direitos e garantias, merecedora de uma proteção integral.

A história das instituições de Educação Infantil, no Brasil e o atendimento às crianças são recentes. Foram nas últimas décadas, em relação ao tempo presente, em que ocorreu um avanço importante em termos de reconhecimento dessas instituições como legais pelo Estado, considerando como obrigatório o oferecimento do serviço. Segundo Macedo e Dias:

Em relação a política de municipalização e de financiamento da Educação Infantil, fatores que contribuíram para a procura e conseqüente oferta dos serviços foram “o fenômeno da urbanização e da industrialização, as mudanças na organização familiar, a participação da mulher no mercado de trabalho, além da legislação internacional, como a Declaração Universal dos direitos da Criança de 1959 e a Convenção Mundial dos Direitos da Criança de 1989, que sinalizaram para a garantia do acesso à educação nos primeiros anos da vida. (MACEDO; DIAS, 2011, p. 166).

O tratamento dispensado ao menor no Brasil, seus direitos e deveres, estão ligados às Constituições e à legislação que regulam o atendimento assistencial e educacional. “As instituições de educação da criança pequena estão em estrita relação com as questões que dizem respeito à história da infância, da família, da população, da urbanização, do trabalho e das relações de produção, etc., e, é claro, com a história das demais instituições educacionais.” (KUHLMANN 2015, p. 16).

A Educação Infantil é, então, compreendida como “sendo a primeira etapa da educação básica, tendo por finalidade o desenvolvimento integral da criança até os seis anos de idade, em seu aspecto físico, psicológico, intelectual e social, complementando a ação da família e da comunidade.” (RIZZO, 2010, p. 42).

A partir das Diretrizes Curriculares Nacionais para a Educação Infantil, editadas pelo Ministério da Educação do Governo Federal a:

Educação Infantil é a primeira etapa da educação básica, oferecida em creches e pré-escolas, às quais se caracterizam como espaços institucionais não domésticos que constituem estabelecimentos educacionais públicos ou privados que educam e cuidam de crianças de 0 a 5 anos de idade no período diurno, em jornada integral ou parcial,

regulados e supervisionados por órgão competente do sistema de ensino e submetidos a controle social. É dever do Estado garantir a oferta de Educação Infantil pública, gratuita e de qualidade, sem requisito de seleção. (BRASIL, 2010).

A Educação Infantil brasileira está definida na Constituição Federal de 1988, atribuída como dever do Estado, conforme estabelece o artigo 208, a qual deve ser efetivada mediante a oferta de Educação Básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade (inciso I). A Educação Infantil, deve ser ofertada em creches e pré-escolas às crianças de até 5 (cinco) anos de idade (inciso IV). O acesso a este ensino é direito público subjetivo. (§ 1º).

Ressalta-se que a maior responsabilidade por essa etapa da Educação é dos Municípios, conforme disposto no § 2º do artigo 211 da Constituição Federal, o qual foi incluído no ano de 1996, através da Emenda Constitucional nº 14, de 12 de setembro, estabelecendo que “Os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na Educação Infantil”.

A regulamentação da Educação Infantil foi estabelecida através da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996 que define as Diretrizes e Bases da Educação Nacional - LDB. Ela inicia estabelecendo que “a educação abrange os processos formativos que se desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais.” (art. 1º).

O artigo 4º, da LDB reproduz o dever do Estado com a educação escolar pública que deve ser efetivada nos termos definidos na Constituição. O objetivo da Educação Básica é estabelecido como sendo o de desenvolver o educando, de modo a lhe ser assegurado uma formação comum indispensável para o exercício da cidadania e proporcionar meios para progredir no trabalho e em estudos posteriores.

Nos termos artigo 29 da LDB, a Educação Infantil é definida como sendo a “primeira etapa da educação básica, tem como finalidade o desenvolvimento integral da criança de até 5 (cinco) anos, em seus aspectos físico, psicológico, intelectual e social”, de modo a complementar a ação da família e da comunidade onde ela está inserida. Ela deve ser ofertada em Creches, ou entidades equivalentes, para crianças de até três anos de idade em pré-escolas, para as crianças de 4 (quatro) a 5 (cinco) anos de idade. (art. 30).

Ainda, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação, em seu artigo 11, inciso V estabelece que é de responsabilidade dos Municípios “oferecer a Educação Infantil em creches e pré-escolas, e, com prioridade, o ensino fundamental, permitida a atuação em outros níveis de ensino somente quando estiverem atendidas plenamente as necessidades de sua área de competência e com recursos acima dos percentuais mínimos vinculados pela Constituição Federal à manutenção e desenvolvimento do ensino”.

A consolidação do reconhecimento dos direitos e garantias da criança, no Brasil, vem com a edição do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, Lei nº 8.069/1990, considerado um estatuto dos mais modernos do mundo pelos setores defensores dos menores. Ele traz a definição de que a infância compreende o período inicial da vida de uma pessoa, considerando-a como o período de crescimento e desenvolvimento inicial do ser humano, que vai até a puberdade. Nos termos do artigo 2º¹⁴ do ECA “criança é toda a pessoa até 12 (doze) anos de idade incompletos e, por isso, ela é merecedora de prioridade absoluta”.

A educação dos infantes não passou despercebida pelo legislador quando da edição do Estatuto, ao contrário, além de serem adotadas as garantias constitucionais, foi incorporado a vontade da Declaração Universal dos Direitos da Criança, de novembro de 1959, que tem como princípio que toda a criança terá o direito de receber a educação “que será gratuita e compulsória, pelo menos no grau primário”, e que ela seja capaz de “promover a cultura geral e de capacitar, para que em condições de igualdade de oportunidades, desenvolva as suas aptidões, sua capacidade de emitir juízo e seu senso de responsabilidade moral e social”, de modo que ela venha a se tornar um membro frutífero da sociedade. Essa diretriz foi estabelecida como um dever para nortear a ação dos responsáveis pela educação que deve ser voltada para atender ao “melhor interesse da criança”.

5.2 A Educação Infantil Enquanto Direito Fundamental Social

A Educação Infantil entendida enquanto direito fundamental social tem como propósito assegurar aos indivíduos o exercício de direitos fundamentais em condições de igualdade com os demais indivíduos da sociedade, de modo que seja possível usufruir de uma vida digna através de proteção e garantias asseguradas pelo Estado de direito.

Os direitos fundamentais estão estritamente ligados aos direitos humanos, conforme consagrados pela declaração internacional, inclusive a sua denominação apresenta distintas percepções, como é o caso dos direitos do homem, direitos subjetivos públicos, liberdades públicas, direitos individuais, liberdades fundamentais e direitos humanos fundamentais. Sarlet, aponta uma distinção entre as diferentes concepções:

[...] a distinção é de que o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquela posição

¹⁴ Art. 2º Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.

jurídica que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional). (SARLET, 2010, p. 29).

Outra distinção é a de que os direitos humanos possuem uma positivação de cunho internacional, (aplica-se para a humanidade) já os direitos fundamentais possuem um reconhecimento constitucional a partir de pactos sociais de cada país.

Por meio de tal viés de compreensão, pode-se também entender que os direitos fundamentais se constituem em direitos humanos, protegidos em uma esfera internacional, e são incorporados, trazidos, para uma Constituição, caracterizando-se em direitos fundamentais compreendidos enquanto sinônimos. Sua distinção é meramente didática.

Os direitos sociais em sua maioria, derivam da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, são aqueles direitos fundamentais e as garantias básicas, asseguradas constitucionalmente. Tais premissas devem ser compartilhada por todos os indivíduos em sociedade, não podendo haver nenhum tipo de distinção por condição humana, para inibir as situações de desigualdade, além de assegurar um mínimo de dignidade à vida de cada um.

Alexy (2008) concebe direitos fundamentais sociais como direito a prestações, em sentido estrito devidas pelo Estado aos indivíduos, desde que contidos em Constituição. Esses direitos têm como objetivo assegurar ao indivíduo o domínio de um espaço vital, um *status* social mínimo. Ou seja, a realização completa dos direitos fundamentais em sentido amplo.

Direitos a prestação em sentido estrito são direitos do indivíduo, em face do Estado, a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares. Quando se fala em direitos fundamentais sociais, como, por exemplo, direitos à assistência à saúde, ao trabalho, à moradia e à educação, quer-se primeiramente fazer menção a direitos a prestações em sentido estrito. (ALEXY, 2008, p. 499).

Assegurar os direitos fundamentais sociais, como é o caso da Educação Infantil, conforme afirma o autor, é garantir uma prestação estatal em favor do indivíduo, é assegurar uma autonomia de utilização de um espaço social, da liberdade e de realização enquanto ser humano. Isso acontece também “quando se caracteriza o direito à educação como pretensão a uma emancipação intelectual e cultural voltada à individualidade, à autonomia e à plena capacidade político-social.” (2008, p. 502). Por sua vez Bonavides ao tratar da crise dos direitos sociais no Brasil e a Constituição de 1988, afere que o Estado Social:

Aí está para produzir as condições e os pressupostos reais fáticos indispensáveis ao exercício dos direitos fundamentais. Não há para tanto outro caminho senão

reconhecer o estado atual de dependência do indivíduo em relação às prestações do Estado e fazer com que este último cumpra a tarefa igualitária e distributivista, sem a qual não haverá democracia nem liberdade. (BONAVIDES, 2012, p. 391).

Trata-se de assegurar a igualdade material entre os indivíduos, o que somente poderá se concretizar com a intervenção do Estado, de um estado social que cumpra com seu dever de distribuir os recursos de modo a assegurar condições de igualdade e de liberdade.

Boaventura de Souza Santos nos apresenta uma máxima, aplicável em termos de Educação Infantil, associada à ideia de igualdade, afirmando que “temos o direito de ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito de ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades.” (2003, p. 56).

Os direitos sociais estão presentes de forma mais concreta no Estado Social, para Bonavides (2009, p. 186) ele surge “coagido pela pressão das massas, pelas reivindicações que a impaciência do quarto estado faz ao poder político, confere, no Estado constitucional ou fora deste, os direitos do trabalho, da previdência, da educação, intervém na economia como distribuidor”, a partir dessas concepções, ele pode receber a denominação de social com justiça. Para Castel (2015, p. 498), tal concepção está relacionada a uma responsabilidade estatal pela melhoria das condições de vida de todos os membros de uma sociedade e afirma que “o estado social surge como princípio de governo da sociedade, a força motriz que deve assumir a responsabilidade pela melhora progressiva de todos”.

No Brasil, os direitos sociais estão expressamente previstos no artigo 6º, da Constituição brasileira, protegidos no grupo de direitos individuais fundamentais. De acordo com a Carta Magna, “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”.

O direito à educação integra o seletivo grupo dos direitos sociais que são “como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualação de situações em sociais desiguais.” (SILVA, 2017, p. 286). Tratam-se os direitos sociais de um imperativo em favor do indivíduo, pois estão diretamente ligados à concepção de igualdade.

A Educação Infantil, enquadra-se dentre os direitos individuais fundamentais sociais, nos termos em que foram assegurados pela Constituição Federal. Dessa forma é incumbência do Estado assegurar a sua prestação, de modo que seja possível aos brasileiros o exercício de

uma autonomia enquanto ser, que possa utilizar os espaços sociais e desfrutar da liberdade e da igualdade, valores indispensáveis para o desenvolvimento humano e social.

5.3 A Proteção Jurídica do Direito Fundamental Social À Educação Infantil

O reconhecimento da Educação Infantil enquanto um direito fundamental social é uma etapa importante no que diz respeito ao seu exercício por parte das crianças. Contudo, esse reconhecimento decorrente de Declarações internacionais de direitos, de disposições constitucionais, de previsão em estatutos e leis, e ainda, de apoio de movimentos sociais e de uma nova forma de a sociedade em conceber a infância, não é suficiente para que os menores possam usufruir com efetividade deste direito.

Há que haver, além do reconhecimento e de novos valores atribuídos pela sociedade no passar dos tempos às crianças e como consequência, à Educação Infantil, uma proteção jurídica que atribua essa responsabilidade pela efetivação desses direitos reconhecidos. Neste aspecto, por tudo o que até aqui foi visto, dentro de uma realidade contemporânea, é ao Estado enquanto organização jurídica que foi atribuída esta responsabilidade.

Entretanto, o Estado enquanto responsável pela efetivação dos direitos à Educação Infantil, somente poderá ser acionado no caso de descumprimento de suas responsabilidades quando em relação aos direitos houver inequívoca proteção jurídica. É, pois, desta proteção jurídica que se está tratando neste texto.

Para compreender a proteção constitucional reservada ao direito à educação brasileira, é importante entender que o Brasil adotou uma estrutura jurídica predominante denominada *Civil Law* ou ainda um sistema jurídico Romano-Germânico. Essa estrutura jurídica tem como base fundamental a concepção de um direito unicamente legislado. Uma decorrência disso é que as principais fontes do direito pátrio advêm da Lei, do seu texto normativo. Decorre dele o fenômeno da Codificação do direito, uma consequência do sistema que foi adotado pelo país. Por este sistema é reconhecido o direito enquanto poder que pertence aos brasileiros.

Tal sistema não foi adotado de forma exclusiva pelo constituinte brasileiro. Uma forte influência foi herdada do direito Norte-Americano, o qual, adota o sistema da *Common Law*¹⁵, possibilitou ao sistema em alguns casos a aplicação da teoria da *judge-made law* ou seja, da

¹⁵ É um sistema jurídico que tem como base um conjunto de decisões judiciais, as quais são denominadas de precedentes, estes condicionam as decisões futuras dos juízes. Alguns países adotam este sistema, como é o caso dos Estados Unidos, Inglaterra e Canadá, entre outros. As decisões dos tribunais, portanto, criam ou aperfeiçoam o direito, diferente dos sistemas que partem da lei produzida pelo Legislativo. Desta forma uma decisão tomada em relação a determinado direito, vai balizar as decisões de casos semelhantes.

teoria da jurisprudência como é conhecida. Por isso ganham importância as decisões proferidas pelos Tribunais brasileiros em relação aos direitos sociais.

Em termos de proteção jurídica aos direitos fundamentais sociais, entre os quais estão inseridos os relacionados à Educação Infantil, o ponto de partida é a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Isso, porque, o Brasil, na condição de membro da ONU e signatário dos documentos internacionais por ela produzidos, tem o compromisso de assegurar os direitos e cumprir com os Pactos dos quais é signatário internamente, garantindo a proteção de cunho internacional em relação aos brasileiros.

O Brasil assumiu o compromisso de nível internacional de implementar um esforço através do ensino e da educação como forma de promover as determinações da Declaração Internacional, cujo artigo 22, estabelece que “todos tenham direito à segurança social para poder legitimamente exigir a satisfação dos direitos sociais e culturais indispensáveis para uma vida com dignidade”. Há o reconhecimento da educação como direito de toda a pessoa humana, sendo que a elementar, deve ser obrigatória e gratuita.

A proteção jurídica da educação, segundo a Declaração, tem o propósito de visar à plena expansão da personalidade humana e “ao reforço dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais e deve favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e todos os grupos raciais ou religiosos, bem como o desenvolvimento das atividades das Nações Unidas para a manutenção da paz.” (art. 26).

A Declaração Universal dos Direitos da Criança de 20 de novembro de 1959, da qual o Brasil também é signatário, constitui-se em importante documento internacional no que diz respeito à proteção jurídica do direito social à Educação Infantil dos brasileiros. Ela estabelece que as crianças têm direitos. Direito à igualdade, sem distinção de raça religião ou nacionalidade. Direito à especial proteção para o seu desenvolvimento físico, mental e social.

Prevê a Declaração como princípio que a criança “gozará de proteção especial e disporá de oportunidade e serviços, a serem estabelecidos em lei por outros meios, de modo que possa desenvolver-se física, mental, moral, espiritual e socialmente de forma saudável e normal, assim como em condições de liberdade e dignidade”. Trata, portanto, do interesse superior da criança.

Ao tratar da educação, ela estabelece que essa se trata de um direito que deve ser “gratuita e obrigatória, ao menos nas etapas elementares. Dar-se-á à criança uma educação que favoreça sua cultura geral e lhe permita - em condições de igualdade de oportunidades - desenvolver suas aptidões e sua individualidade, seu senso de responsabilidade social e moral”. Isto para que se torne membro útil à sociedade. A criança deficiente terá, assim, direito à educação e cuidados especiais.

Em termos de proteção interna, a Constituição Federal de 1988, é o mais forte instituto jurídico que assegura e protege direitos fundamentais sociais. Em relação às normas fundamentais e sua força normativa, Alexy (2008, p. 520/521), em *A Teoria dos Direitos Fundamentais e Uma Teoria da Argumentação Jurídica*, afirma que o significado das normas de direitos fundamentais para um sistema jurídico resulta de dois fatores: a) fundamentalidade formal e, b) fundamentalidade substancial.

O fundamento formal das normas de direitos fundamentais, nas quais está inserido o direito à educação, “decorre da sua posição no ápice da estrutura escalonada do ordenamento jurídico” (p. 520), vinculando de forma direta o Legislador, o Judiciário e o Poder Executivo, o qual se soma ao fundamento substancial, pois (p. 522) “Direitos fundamentais e normas de direitos fundamentais são fundamentalmente substanciais porque, como elas, são tomadas decisões sobre a estrutura normativa básica do Estado e da sociedade.” Por isso, “as normas de direitos fundamentais influenciam o sistema jurídico na medida em que afetam a relação jurídica entre o Estado e os cidadãos, sob a forma de direitos subjetivos em face do legislador, do Poder Executivo e do Judiciário.” (p. 523/524).

Essa discussão se torna importante, na medida em que, o estudo do direito à Educação Infantil brasileira tem sua base, seus pressupostos, seus fundamentos na Constituição Federal de 1988, com validade de todas as demais normas que tratam de políticas públicas no Brasil. Até porque aquela é a norma fundamental, a que está no ápice do sistema normativo jurídico brasileiro, que irradia as demais normas dentre as quais estão inseridas as definidoras e norteadoras do direito à educação e as suas políticas de implementação no país.

A preocupação do constituinte brasileiro de 1988 com a educação e com sua proteção foi muito significativa, representou o principal marco da história do país. Tal avanço, certamente ocorreu pela participação da sociedade civil organizada e pelos diversos representantes da área da educação. Já no preâmbulo ficou muito clara a opção dos representantes do povo brasileiro “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.” (BRASIL, 1988).

Logo após o preâmbulo, o primeiro título (artigo 1º) trata dos “Princípios Fundamentais”, onde foi definido que a República seria constituída pela união indissolúvel dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, adotado o modelo de Estado Democrático de Direito. Como fundamentos da República foram erigidos: soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, e, o pluralismo político.

Ainda no artigo primeiro, em seu parágrafo único constou de forma objetiva quem passou a ser o titular do poder “Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

Outra questão importante para o Estado brasileiro, diz respeito ao que contém o artigo 2º da Constituição, qual seja, a da divisão de poderes, “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Essa questão se torna relevante para esta e novas pesquisas pelo fato de que a judicialização do direito à educação ocorre no âmbito do Poder Judiciário em decorrência da atuação do Poder Executivo e em determinados casos, inclusive do Poder Legislativo.

Ainda dentro dos princípios fundamentais, torna-se importante destacar os objetivos fundamentais da República brasileira expressos pelo constituinte no artigo 3º da Carta Política de 1.988, notadamente os que dizem respeito a construção de “uma sociedade livre, justa e solidária”, à erradicação da “pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” e a promoção do “bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

No que diz respeito aos direitos e garantias fundamentais, é relevante a proteção jurídica contida no artigo 5º e inciso XXXV:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. (BRASIL, 1988).

Há uma proteção de igualdade de todos os brasileiros em relação à lei e uma vedação a qualquer tipo de discriminação e ainda, a fixação de um princípio fundamental de que nenhuma lesão ou ameaça a direito fundamental, no caso o da Educação Infantil poderá ser impedida da apreciação pelo Poder Judiciário.

A Constituição Federal, ainda ao tratar dos direitos e garantias fundamentais, estabelece os direitos sociais enquanto direitos individuais, constando no seu artigo 6º descreve que a educação é um direito fundamental social que deve ter aplicação imediata. A Ordem Social está disciplinada na Constituição no Título VIII, estabelecendo como um dos objetivos a justiça social, conforme prega o artigo 193.

A educação em sua concepção social está disciplinada no Capítulo III, Seção I, no artigo 205, o qual estabelece que “A educação, direito de todos e dever do Estado e da família”, o qual visa o pleno desenvolvimento, do indivíduo, seu preparo para exercer a cidadania e a

qualificação para o trabalho”.

Por sua vez, no que diz respeito à sua efetivação, o artigo 208 da Constituição estabelece que é dever do Estado, o qual deve ser dotado mediante as seguintes garantias:

- I - Educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezesete) 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).

A natureza de um direito subjetivo exigível pelo indivíduo está expressa no § 1º, do artigo 208, o qual estabelece que “o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo”. Tal proteção foi reforçada pela previsão de responsabilização dos agentes públicos gestores, nos termos do § 2º, que impõe que “o não oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente”.

É por isso, que um Estado Constitucional que adota o compromisso em ser social, ao proteger garantias indispensáveis ao desenvolvimento humano, como a igualdade, a liberdade e o acesso aos bens necessários para que os indivíduos possam alcançar outros direitos, necessita do Poder Judiciário, do Supremo Tribunal Federal como proteção última:

Com efeito, não é possível compreender o constitucionalismo do Estado Social brasileiro contido na Carta de 1988 se fecharmos os olhos à teoria dos direitos fundamentais, ao princípio da igualdade, aos institutos processuais que garantem aqueles direitos e aquela liberdade, e ao papel que doravante assume na guarda da Constituição o Supremo Tribunal Federal. (BONAVIDES, 2013, p. 386).

Em sendo o direito à Educação Infantil um direito individual, público e subjetivo, “Direitos públicos subjetivos constituem um conceito técnico-jurídico do estado liberal, preso, como a expressão “direitos individuais”, à concepção individualista do homem (SILVA, 2017, p. 178), a relação para com o Estado é de luta pela sua efetivação. Até porque, enquanto as “garantias constitucionais especiais em conjunto caracterizam-se como imposições, positivas ou negativas, aos órgãos do Poder Público, limitativas de sua conduta, para assegurar a observância ou, no caso de violação, a reintegração dos direitos fundamentais.” (SILVA, 2017, p. 191). As garantias constitucionais especiais, nas quais se insere a educação, são os autênticos

direitos públicos subjetivos, passíveis de serem exigidos pelos indivíduos em face do Estado mediante o instrumento da judicialização.

A Constituição Federal de 1988, desde sua promulgação, passou a ser aperfeiçoada em sua redação no que diz respeito ao direito à educação e ao dever do Estado. A evolução da proteção jurídica ocorreu da seguinte forma: inicialmente no que diz respeito a educação enquanto dever do Estado ela estabelecia em seu artigo 208, inciso I que “ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria”, em 1996, através da Emenda Constitucional nº 14, de 12 de setembro, o inciso I, foi alterado, passando a ter a seguinte definição “ensino fundamental, obrigatório e gratuito, assegurada, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiveram acesso na idade própria”. Foi acrescentada a expressão “assegurada, inclusive, sua oferta gratuita”, o propósito foi o de incluir a garantia de oferta para quem não estudou na idade própria.

Outra importante alteração introduzida pela Emenda Constitucional nº 14, foi a modificação do § 2º do artigo 201, que passou de “Os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e pré-escolar”, para estabelecer que “Os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na Educação Infantil”.

No ano de 2006, através da Emenda Constitucional nº 53, de 19 de dezembro, foi modificado o artigo 7º da Constituição, que garante direitos sociais, seu caput estabelece que “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XXV - assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até seis anos de idade em creches e pré-escolas”, passando este inciso a partir da edição da EC 23/06 a ter a atual previsão “XXV - assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 (cinco) anos de idade em creches e pré-escolas”. Tem-se, então, uma garantia fundamental de direito individual de natureza social que é a assistência gratuita às crianças em creches e pré-escola até os cinco anos.

Essa mesma Emenda Constitucional, alterou também o artigo 208, inciso IV da Constituição que trata do dever do Estado em garantir o direito à educação. Previa o inciso IV que o “atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade”, com a alteração constitucional passou ele a estabelecer a “Educação Infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade”. Inclui a Constituição uma faixa de Educação Infantil, estabelecendo faixa etária para crianças de até cinco anos de idade.

Em 2009, através da Emenda Constitucional nº 59, de 11 de novembro, o inciso I do artigo 208, foi novamente modificado. O texto de “ensino fundamental, obrigatório e gratuito, assegurada, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiveram acesso na idade

própria”, para ter a atual redação “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”. A inovação constitucional incluiu o critério de idade, estabelecendo de forma objetiva qual a faixa etária que deveria ser garantida enquanto dever do Estado, a dos quatro aos dezessete anos de idade.

Como forma de assegurar a nova previsão constitucional, o artigo 6º da referida Emenda Constitucional estabelece que “O disposto no inciso I do art. 208 da Constituição Federal deverá ser implementado progressivamente, até 2016, nos termos do Plano Nacional de Educação, com apoio técnico e financeiro da União”.

Então, atualmente, após as modificações constitucionais antes destacadas, o artigo 208 da Constituição Federal que estabelece o dever do Estado para com a educação e a sua garantia de efetivação passou a ter a seguinte determinação:

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; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 59, de 2009). (Vide Emenda Constitucional nº 59, de 2009)
- II - Progressiva universalização do ensino médio gratuito; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 14, de 1996)
- 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; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006)
- 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. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 59, de 2009)

§ 1º O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.

§ 2º O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente.

§ 3º Compete ao Poder Público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela frequência à escola. (BRASIL, 1988).

Outra proteção jurídica ao direito fundamental social à Educação Infantil decorre da determinação do Poder constituinte em relação a fixação de limites percentuais mínimos e obrigatórios de aplicação nas políticas públicas educacionais do país, aplicáveis aos três entes da federação, nos termos do contido do artigo 212 da Constituição.

Certamente o constituinte teve a consciência de que política pública educacional sem a garantia de recursos para sua implementação seria letra morta de lei. Assim, restou estabelecido que a União deve aplicar anualmente nunca menos de 18%, (dezoito por cento) os Estados, o

Distrito Federal e os Municípios no mínimo 25%, (vinte e cinco por cento) da receita de impostos compreendendo a resultante de transferências, na manutenção e no desenvolvimento do ensino.

A criação do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação - FUNDEB, contribui para a efetivação da aplicação dos percentuais. Eventual descumprimento na aplicação dos percentuais mínimos de recursos em políticas educacionais, implicará a reprovação das contas do gestor público responsável, independente das demais sanções previstas em lei.

As aplicações dos recursos públicos devem levar em conta a garantia de prioridade no atendimento às necessidades do ensino obrigatório, no que diz respeito à universalização e a garantia de padrão de qualidade e equidade, seguindo as diretrizes definidas no Plano Nacional de Educação, de edição obrigatória por parte dos entes públicos.

Como forma de viabilizar recursos, ficou definido que a educação pública básica e obrigatória, terá uma fonte adicional de financiamento advindo da contribuição social do salário-educação, recolhido pelas empresas. As cotas destinadas aos Estados e Municípios, serão distribuídas na proporção do número de alunos matriculados na educação básica nas respectivas redes de ensino públicas.

Em decorrência da previsão contida na norma fundamental, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios devem consignar em seus Planos Plurianuais - (PPAs), nas Leis de Diretrizes Orçamentárias - (LDOs) e nos Orçamentos Anuais a distribuição de recursos de modo a garantir a aplicação dos percentuais mínimos de recursos em educação.

Há, finalmente em termos constitucionais brasileiros, uma proteção jurídica toda especial, expressamente consignada pelo constituinte. Ela prevê, a proibição de alteração no que diz respeito a determinados direitos, por isso, elevou tais direitos à condição de cláusulas pétreas, com o propósito de retirar do poder constituinte reformador, a possibilidade de modificação de determinada previsão contida na Constituição.

O poder reformador referido, diz respeito às sucessivas composições do Poder Legislativo Federal que possui competências para alterar a Constituição. O propósito foi o de retirar o poder de modificação para o conteúdo da Constituição elevado à condição de cláusulas pétreas, em decorrência da importância atribuída ao referido conteúdo.

Dessa forma, as cláusulas pétreas previstas no artigo 60, § 4º da Constituição, somente poderão ser alterados se editada uma nova Constituição, tamanho sua força protetora. Ao tratar das vedações a Emendas à Constituição, dispõem o aludido dispositivo:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:
§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
I - A forma federativa de Estado;

- II - O voto direto, secreto, universal e periódico;
- III - A separação dos Poderes;
- IV - Os direitos e garantias individuais. (BRASIL, 1988).

O dispositivo constitucional protege quatro grupos de direitos, os quais, não poderão ser alterados. São as referidas cláusulas pétreas: a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; e os direitos e garantias individuais. O direito fundamental social à educação está expresso no rol dos direitos e garantias individuais, de modo que, segundo a proteção jurídica constitucional, é vedada expressamente qualquer emenda à Constituição que tenha como propósito restringir esses direitos.

Para Silva (2017, p. 67), trata-se de limitações ao poder de reforma constitucional. O autor refere que “é inquestionável um poder limitador, porque regrado por normas da própria constituição que lhe impõe procedimento e modo de agir, dos quais não pode arredar sob pena de sua obra sair viciada”. Portanto, qualquer tentativa estará sujeita ao sistema de controle de constitucionalidade, de uma limitação de natureza formal.

Outro marco decisivo de proteção jurídica ao direito à Educação Infantil é a LDB. Ela é o instituto jurídico regulamentador das disposições e garantias constitucionais, prevendo e viabilizando as políticas públicas educacionais no país.

A referida lei estabelece que “a educação abrange os processos formativos que se desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais.” (art. 1º). No artigo 4º a Lei estabelece:

- Art. 4º O dever do Estado com educação escolar pública será efetivado mediante a garantia de:
- I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, organizada da seguinte forma: (Redação dada pela Lei nº 12.796, de 2013)
 - a) pré-escola; (Incluído pela Lei nº 12.796, de 2013)
 - b) ensino fundamental; (Incluído pela Lei nº 12.796, de 2013)
 - c) ensino médio; (Incluído pela Lei nº 12.796, de 2013)
 - II - Educação Infantil gratuita às crianças de até 5 (cinco) anos de idade. (BRASIL, 1996).

A efetivação do dever do Estado para com a educação deve se dar mediante a garantia da educação básica que será gratuita e obrigatória dos quatro aos dezessete anos de idade, sendo organizado na forma de pré-escola, ensino fundamental e ensino médio. A educação básica tem como objetivo desenvolver o educando, de modo a lhe ser assegurado uma formação comum indispensável para o exercício da cidadania e proporcionar meios para progredir no trabalho e em estudos posteriores.

A Educação Infantil, nos termos do artigo 29 da LDB é a “primeira etapa da educação básica, tem como finalidade o desenvolvimento integral da criança de até 5 (cinco) anos, em seus aspectos físico, psicológico, intelectual e social”, de modo a complementar a ação da família e da comunidade onde ela está inserida.

No que diz respeito ao oferecimento da Educação Infantil, a LDB estabelece:

Art. 30. A Educação Infantil será oferecida em:

I - Creches, ou entidades equivalentes, para crianças de até três anos de idade;

II - Pré-escolas, para as crianças de 4 (quatro) a 5 (cinco) anos de idade. (Redação dada pela Lei nº 12.796, de 2013). (BRASIL, 1996).

Então, em se tratando da Educação Infantil, ela será ofertada em creches ou outro estabelecimento equivalente para as crianças de até três anos de idade e em pré-escolas, para as crianças com idade entre quatro e cinco anos de idade. Dessa forma, nos termos da legislação, à Educação Infantil deverá ser ofertada em creches e pré-escolas.

Em termos da legislação regulamentadora dos direitos constitucionais a educação e do dever de educar, estabelecia o artigo 4º da LDB, em sua redação original que o dever do Estado com educação escolar pública será efetivado mediante a garantia de:

I - Ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria;

II - Progressiva extensão da obrigatoriedade e gratuidade ao ensino médio;

III - atendimento educacional especializado gratuito aos educandos com necessidades especiais, preferencialmente na rede regular de ensino;

IV - Atendimento gratuito em creches e pré-escolas às crianças de zero a seis 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 - Oferta de educação escolar regular para jovens e adultos, com características e modalidades adequadas às suas necessidades e disponibilidades, garantindo-se aos que forem trabalhadores as condições de acesso e permanência na escola;

VIII - Atendimento ao educando, no ensino fundamental público, por meio de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde;

IX - Padrões mínimos de qualidade de ensino, definidos como a variedade e quantidade mínimas, por aluno, de insumos indispensáveis ao desenvolvimento do processo de ensino-aprendizagem. (BRASIL, 1996).

No ano de 2008, através da Lei nº 11.700, de 13 de julho, foi incluído o inciso X, ao artigo 4º, com a seguinte redação “vaga na escola pública de Educação Infantil ou de ensino fundamental mais próxima de sua residência a toda criança a partir do dia em que completar 4 (quatro) anos de idade”. No ano de 2009, a Lei 12.061, de 27 de outubro alterou a redação do inciso II, o qual passou a ter a seguinte redação “universalização do ensino médio gratuito”.

Entretanto a principal alteração legislativa ao artigo 4º da LDB, se deu com a edição da Lei nº 12.796, de 04 de abril de 2013, a qual ajustou a lei às novas disposições constitucionais advindas das Emendas Constitucionais nºs 53/2006 e 59/2009. O dispositivo passou ter uma nova redação, sendo a atualmente em vigor:

Art. 4º O dever do Estado com educação escolar pública será efetivado mediante a garantia de:

I - Educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, organizada da seguinte forma: (Redação dada pela Lei nº 12.796, de 2013)

a) Pré-escola; (Incluído pela Lei nº 12.796, de 2013)

b) Ensino fundamental; (Incluído pela Lei nº 12.796, de 2013)

c) Ensino médio; (Incluído pela Lei nº 12.796, de 2013)

II - Educação Infantil gratuita às crianças de até 5 (cinco) anos de idade; (Redação dada pela Lei nº 12.796, de 2013)

III - Atendimento educacional especializado gratuito aos educandos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação, transversal a todos os níveis, etapas e modalidades, preferencialmente na rede regular de ensino; (Redação dada pela Lei nº 12.796, de 2013)

IV - Acesso público e gratuito aos ensinos fundamental e médio para todos os que não os concluíram na idade própria; (Redação dada pela Lei nº 12.796, de 2013)

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 - Oferta de educação escolar regular para jovens e adultos, com características e modalidades adequadas às suas necessidades e disponibilidades, garantindo-se aos que forem trabalhadores as condições de acesso e permanência na escola;

VIII - 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; (Redação dada pela Lei nº 12.796, de 2013)

IX - Padrões mínimos de qualidade de ensino, definidos como a variedade e quantidade mínimas, por aluno, de insumos indispensáveis ao desenvolvimento do processo de ensino-aprendizagem.

X - Vaga na escola pública de Educação Infantil ou de ensino fundamental mais próxima de sua residência a toda criança a partir do dia em que completar 4 (quatro) anos de idade. (Incluído pela Lei nº 11.700, de 2008). (BRASIL, 1996).

Em termos de evolução legislativa, a regulamentação de dispositivos constitucionais alterados em 2008 e 2009, somente se efetivou na LDB no ano de 2013, muito embora, seja importante destacar que as mudanças constitucionais eram autoaplicáveis, independentemente da regulamentação na maioria de seus aspectos.

Finalmente, outro marco de proteção jurídica em relação ao direito a Educação Infantil, consta de um instituto jurídico que representou um avanço na consolidação e no reconhecimento de direitos que decorre com a edição do ECA (Lei nº 8.069/1990). Uma legislação moderna, sem dúvidas.

O ECA foi inspirado nos princípios e nas diretrizes estabelecidas pela Constituição de 1988 e internalizou várias normas de cunho internacional. Seu foco é o regulamento dos direitos das crianças e dos adolescentes, a partir de uma definição legal. Eles gozam de todos os direitos fundamentais

inerentes ao ser humano e, ainda, a proteção integral instituída pelo Estatuto. O dever de assegurar esses direitos é de absoluta prioridade da família, da sociedade e do Estado.

O direito à educação integra o Título II do documento, que disciplina os Direitos Fundamentais. No Capítulo IV é abordado o direito à educação, à cultura, ao esporte e ao lazer, estando estes direitos especificados do artigo 53 ao 59. O artigo 53 do Estatuto reproduz o dispositivo constitucional e corporifica a vontade da Declaração Universal dos Direitos da Criança, de novembro de 1959, que no artigo 7º dispõe como princípio que toda a criança terá o direito de receber a educação “que será gratuita e compulsória, pelo menos no grau primário”. Ser-lhe-á propiciada educação capaz de promover a sua cultura geral e capacitá-la a, em condições de iguais oportunidades, desenvolver as suas aptidões, sua capacidade de emitir juízo e seu senso de responsabilidade moral e social, de modo que ela venha a se tornar um membro frutuoso da sociedade. A diretriz que deve nortear a ação dos responsáveis pela educação é o “melhor interesse da criança”, tendo os pais como primeiros responsáveis.

É importante pensar que quando o Estatuto assegura o direito à igualdade de condições de acesso e permanência na escola às crianças e aos adolescentes, ele estabelece que todos os menores devem ser respeitados por seus educadores, resguardando o direito de contestar critérios de avaliação, de organização e participação em atividades estudantis, acesso em escolas públicas próximas da residência, de formas que viabilize uma sadia e equilibrada convivência na comunidade.

O artigo 54 do Estatuto, reproduzindo o artigo 208 da Constituição, reforça os deveres do Estado para com a educação, estabelecendo que este deve assegurar o ensino fundamental obrigatório e gratuito progressivamente. De mesmo modo, deve assegurar o obrigatório e gratuito o ensino médio. Deve, por fim, proporcionar atendimento especializado aos deficientes, atendimento em creche e pré-escola para crianças de 0 (zero) a 5 (cinco) anos de idade, bem como acesso a níveis mais elevados de pesquisa, ensino e criação artística. Deve também ofertar ensino noturno regular para adolescente trabalhador, programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.

O ECA impõe ao Estado o oferecimento de ensino obrigatório e gratuito, o qual é direito público subjetivo do menor, prevendo a responsabilização da autoridade competente pelo não oferecimento ou ofertando de forma irregular.

Com o propósito, ainda, de garantir a proteção integral à criança e ao adolescente, o Estatuto atribui aos pais ou responsáveis a obrigação de matricular os filhos na rede regular de ensino (artigo 55). Estabelece também (artigo 56) como dever dos dirigentes de estabelecimentos educacionais de ensino fundamental a comunicação ao Conselho Tutelar dos

casos de maus-tratos, faltas injustificadas, evasão escolar e reiteradas repetências. O processo educacional deverá respeitar os valores culturais, artísticos e históricos próprios do contexto social do menor, garantindo a liberdade de criação e acesso às fontes de cultura. O documento ainda incumbiu aos Municípios, com apoio dos Estados, a obrigação de estimular e facilitar a destinação de recursos e espaços para o desenvolvimento de atividades culturais, esportivas, de lazer, destinadas à infância e à juventude.

Portanto, trata-se de um Estatuto jurídico que incorporou ao ordenamento nacional importantes avanços em termos de proteção para as crianças e adolescentes em vários aspectos da vida, destacando-se os avanços em termos de formação humana decorrente da educação. Nesse quadro jurídico a criança passa a ser interpretada como um sujeito de direito merecedora de prioridade absoluta.

Desta forma, é possível afirmar que o direito à Educação Infantil no Brasil evolui no que diz respeito a sua concepção e proteção legal. Inicialmente enquanto direitos humanos reconhecidos por documentos internacionais e posteriormente incorporados às Constituições enquanto direitos fundamentais sociais de cunho individual. A LDB, de 1996, e o ECA, de 1990, complementam a proteção jurídica. Eles retratam, o avanço social.

A realidade atual é de um direito subjetivo com reconhecimento e resguardo em norma fundamental de natureza social dotado de forte proteção legal que possibilita a sua exigência em face do poder político através da judicialização. Por isso, deve o Estado providenciar na adoção e à efetivação de políticas públicas que assegurem a todas as crianças brasileiras o direito à Educação Infantil com absoluta prioridade.

6 A JUDICIALIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS À EDUCAÇÃO INFANTIL

6.1 O Contexto Educacional e da Judicialização no Brasil e no Estado

O estado do Rio Grande do Sul possui uma população de 11,3 milhões de habitantes, enquanto no Brasil a população chega a 207,6 milhões (IBGE, dados de 2018). Em relação às matrículas em creches e pré-escolas, o país possui 8,7 milhões e o estado 442,5 mil. No ensino fundamental, existem no país 27,18 milhões de matrículas e no estado 1,29 milhões. No ensino médio, em nível de Brasil são 7,70 milhões de matrículas e no estado 338,06 mil.

Em relação ao número de estabelecimentos educacionais, existe um total de 103,26 mil creches e pré-escolas no país e 9,56 mil no estado. Em relação às instituições que oferecem ensino fundamental, no país existem 112,14 mil ao todo, já no estado existem 5,87 mil. Por fim, enquanto a nível nacional existem 28,67 mil escolas que oferecem ensino médio no estado existem 1,44 mil. A seguir apresenta-se em um quadro demonstrativo os dados referidos.

Quadro 2 - População, matrículas e estabelecimentos educacionais no Brasil e no estado do Rio Grande do Sul

POPULAÇÃO, MATRÍCULAS E ESTABELECIMENTOS EDUCACIONAIS							
Brasil/RS	População Estimada 2018	Matrículas			Estabelecimentos		
		Pré-escolas	Ensino Fundamental	Ensino Médio	Creches Pré-escola	Ensino Fundamental	Ensino Médio
Brasil	207,6 milhões	8.745.184	27.183.970	7.709.929	103.260	112.146	28.673
R. G. Sul	11,3 milhões	442.501	1.298.736	338.065	9.567	5.872	1.449

Fonte: elaborada pelo autor, baseado em dados do IBGE¹⁶, INEP¹⁷ e SEC/RS¹⁸.

Em termos percentuais, o estado do Rio Grande do Sul, em comparação com o Brasil, possui 5,44% do total da população; 4,63% das matrículas em creches e pré-escolas; 5,05% das

¹⁶ Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE. O Brasil em Síntese. Disponível em: <<https://cidades.ibge.gov.br/brasil/rs/panorama>>. Acesso em 28 mar. 2019.

¹⁷ Censo Escolar da Educação Básica de 2018. Notas Estatísticas. Disponível em: http://download.inep.gov.br/educacao_basica/censo_escolar/notas_estatisticas/2018/notas_estatisticas_censo_escolar_da_educacao_basica_2018.pdf. Brasília, DF, fevereiro de 2018>. Acesso em 08 mai. 2019.

¹⁸ Censo Escolar da Educação Básica do Estado do Rio Grande do Sul, de 2017. Secretaria de Estado da Educação. Disponível em: http://servicos.educacao.rs.gov.br/dados/estatisticas_2018.pdf. Acesso em 18 abr. 2019.

matrículas no ensino fundamental, e, 4,77% das matrículas no ensino médio. Em relação ao número de estabelecimentos educacionais, o estado possui 9,26% do número de creche e pré-escolas; 5,23% da quantidade de estabelecimentos de ensino fundamental, e, 5,05% do número de estabelecimentos de ensino médio.

No que diz respeito à judicialização, é importante conhecer alguns indicadores, como o número de Municípios, Comarcas¹⁹ estaduais e Varas Judiciais²⁰, processos em tramitação, ações ajuizadas na Justiça Estadual, percentual de recursos contra decisões judiciais e a quantidade de processos em tramitação. Ressalta-se que nem todos os Municípios brasileiros possuem unidade de jurisdição, as denominadas Comarcas judiciais. Cidades com maior população, por outro lado, possuem várias Comarcas e Varas.

Quadro 3 - Municípios Brasileiros, Comarcas, Varas Judiciais e Ações

MUNICÍPIOS, COMARCAS, VARAS JUDICIAIS, AÇÕES							
Brasil/RS	Municípios	Comarcas 1º Grau	Unidades Judiciárias Estaduais - Varas	Processos Tramitados	Ações Novos JE 2016	% de Recursos	Processos Tramitação 2016
Brasil	5.570	10.433	11.230	9.591.659	19.787.004	7%	79,7 milhões
R. G. Sul	497	164	602	2.602.039	2.452.694	28%	4,3 milhões

Fonte: elaborado pelo autor, com dados do TJRS²¹ e CNJ²².

Conforme os dados descritos no Quadro 3, no país, existem 5.570 Municípios, destes, 497 estão localizados no Rio Grande do Sul. Em todo o país existem 10.433 Comarcas e no estado 164. Varas Judiciais, no Brasil existem 11.433 e no estado estão 602 delas.

Em relação ao número de processos, no ano de 2018, tramitaram pelo Judiciário Nacional 9,59 milhões. Em nível estadual foram 2,60 milhões. No mesmo ano, ingressaram 19,78 milhões de novas ações ingressaram na Justiça e, no estado, foram 2,45 milhões.

¹⁹ A Comarca corresponde ao território em que o juiz de primeiro grau irá exercer sua jurisdição e pode abranger um ou mais Municípios, dependendo do número de habitantes e de eleitores, do movimento forense e da extensão territorial dos Municípios do estado, entre outros aspectos. Cada comarca, portanto, pode contar com vários juízes ou apenas um, que terá, no caso, todas as competências destinadas ao órgão de primeiro grau.

²⁰ A Vara judiciária é o local ou repartição que corresponde a lotação de um juiz, onde o magistrado efetua suas atividades. Em comarcas pequenas, a única vara recebe todos os assuntos relativos à Justiça. Definição produzida pelo Conselho Nacional de Justiça, disponível em seu site eletrônico <http://www.cnj.jus.br>.

²¹ Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Portal de Transparência. Prestação de Contas - Relatório Anual 2018. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site/administracao/relatorio_anual/>. Acesso em 02 abr. 2019.

²² Conselho Nacional de Justiça. Relatório Anual do CNJ - 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/relatorio-anual-de-atividades>>. Acesso em 31 mar. 2019.

Tais dados permitem concluir ainda que apesar de se verificar um número expressivo de processos baixados, quase sempre eles equivalem ao número de casos novos, por isso o estoque de processos no Poder Judiciário (79,7 milhões) continua aumentando desde o ano de 2009. O crescimento acumulado no período 2009/2018 foi de 31,2%. Ou seja, acréscimo de 18,9 milhões de processos, conforme consta do Relatório Estatístico do CNJ de 2018.

Do total de ações judicializadas no Brasil, em termos percentuais, 67,40% são da Justiça Estadual, em números de 2018. Isso representa um total de 19.787.004 (CNJ 2016). Ou seja, em média a cada grupo de 100.000 habitantes, 12.907 ingressaram com uma ação judicial no Brasil. O tempo de duração média de tramitação de um processo de conhecimento no primeiro grau de jurisdição da Justiça Estadual (CNJ/2018, p. 41), é de três anos e um mês, já em sede de segundo grau o prazo médio de tramitação é de um ano.

Traduzindo-se em termos percentuais, o estado do Rio Grande do Sul, na comparação com o Brasil, possui 8,92% do total de Municípios; 1,57% das Comarcas de 1º grau; 5,36% das Varas judiciais; 46,51% do número de processos tramitados em 2018; 12,38% das novas ações ajuizadas. Os índices de recorribilidade (recursos) são quatro vezes maiores no estado gaúcho do que em âmbito nacional; 5,40% do estoque de processos do país estão na Justiça Gaúcha.

Em termos de recursos, na Justiça Gaúcha o percentual de recorribilidade é de 28%, enquanto em termos de país o percentual é de 7%. Em 2018, o estoque de processos em nível nacional era de 79,7 milhões, no estado era de 4,3 milhões (Relatório CNJ em Números, 2018).

Com relação aos números de ações julgadas pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, no período analisado, deve ser ressaltado que a quantidade de ações propostas na Justiça Gaúcha de 1º Grau é bem maior. Isso porque, considerando os dados das ações julgadas pelo Tribunal de Justiça e o índice de recorribilidade obtido através de cálculo realizado, identificou-se que a quantidade é bem maior.

Utilizando-se o método dedutivo, é possível identificar a judicialização de ações na Justiça Estadual de primeiro grau. A quantidade é encontrada a partir da regra de três simples²³, considerando que cada 100 ações propostas, 28 são recorridas, equivale concluir que são ajuizadas 3,57 ações a cada um dos recursos interpostos. Portanto, na análise e interpretação dos dados desta pesquisa, é preciso ressaltar que em termos de quantidade, a cada ação julgada pelo Tribunal de Justiça do Estado 3,57 vezes mais ações foram judicializadas no 1º Grau.

²³ A regra de três simples, na matemática, é uma forma de descobrir um valor a partir de outros três, divididos em pares relacionados cujos valores têm mesma grandeza e unidade. Para realizar os cálculos é necessário se verificar a relação entre os pares de grandezas: se são diretamente ou inversamente proporcionais. De maneira mais prática, se quando o valor de a1 crescer, o de b1 também crescer, são grandezas diretamente proporcionais. O mesmo vale para a2 e b2. Fonte: https://pt.wikipedia.org/wiki/Regra_de_tr%C3%AAs_simples>. Acesso em: 30 mar. 2019.

A amostra coletada, descrita no Quadro 4, retrata em números os dados correspondentes ao período de 01-01-2008 a 31-12-2018, que servem de base para este estudo. No período, foram identificadas as quantidades de ações julgadas pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, relacionadas ao direito à educação de forma geral, ações sobre o direito à Educação Infantil, Ensino Fundamental e Ensino Médio.

Quadro 4 - Judicialização do Direito à Educação no Estado do Rio Grande do Sul no Período de 2008 a 2018

JUDICIALIZAÇÃO DA EDUCAÇÃO NO RIO GRANDE DO SUL - 2008/2018											
ANOS/AÇÕES	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018
Educação	467	445	589	1.700	9.350	8.890	8.330	6.330	8.270	9.520	6.660
Educação Infantil	83	98	235	428	937	1.240	801	2.260	3.430	4.010	1.850
Ensino Fundamental	138	179	246	232	848	1.480	2.640	4.450	5.250	7.920	6.230
Ensino Médio	57	65	53	54	915	1.030	1.060	205	212	179	181

Fonte: elaborado pelo autor, baseado em dados do TJRS²⁴.

A partir da identificação do quantitativo da judicialização no Estado do Rio Grande do Sul no período 2008/2018, em relação a educação de uma forma geral, da Educação Infantil, do Ensino Fundamental e do Ensino Médio, conforme retratado pelo Quadro, foi realizada a escolha da Educação Infantil como objeto específico de análise.

Esta escolha se deu em decorrência dos dados de judicialização identificados no estado e pela opção em analisar a primeira etapa da educação, a partir das metas estabelecidas no Plano Nacional de Educação, em especial a que prevê “META 1 Universalizar, até 2016, a educação infantil na pré-escola para as crianças de 4 (quatro) a 5 (cinco) anos de idade e ampliar a oferta de educação infantil em creches de forma a atender, no mínimo, 50% (cinquenta por cento) das crianças de até 3 (três) anos até o final da vigência deste PNE”. Além disso, o propósito é também o de verificar a efetivação dos direitos estabelecidos pela Emenda Constitucional nº 59/2009 que alterou a faixa etária das crianças para o ensino e definiu novas políticas educacionais voltadas a proteção do direito a educação.

É, então esta judicialização da Educação Infantil que foi julgada pelo Tribunal de Justiça

²⁴ Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Jurisprudência. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3_res_juris>. Acesso em 31 mar. 2019.

do Estado do Rio Grande do Sul, no período compreendido entre os anos de 2008 a 2018, que foi escolhida como base para a análise de conteúdo documental, porque se trata de um direito relacionado à educação que possui repercussão nas etapas seguintes de ensino, questão relevante que contribuiu para a escolha de tal categoria para a pesquisa.

Os vestígios identificados nas decisões judiciais, o que ocorreu a partir da escolha da Educação Infantil enquanto categoria a ser pesquisada, permitem identificar a dimensão do conteúdo documental, do tempo e da realidade social vivenciada em cada época da judicialização, possibilitando com que a problemática da pesquisa possa ser respondida a partir de uma análise e interpretação dos dados.

6.2 A Educação Infantil e as Ações Judicializadas de 2008/2018

A partir da definição da Educação Infantil enquanto categoria a ser analisada no período de 2008 a 2018, a etapa seguinte foi a de identificar dentro do quantitativo de judicialização quais os tipos de direitos (espécies) foram objeto de reivindicação, ou seja, busca-se identificar que direitos foram judicializados em cada um dos anos e as decisões que foram proferidas pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul por ocasião dos julgamentos. A etapa seguinte, foi identificar quais argumentos foram utilizados pelos julgadores como fundamento para as decisões proferidas na judicialização da Educação Infantil em cada um dos períodos.

Então, para cada ano analisado, há dois quadros demonstrativos. Um deles apresenta o tipo de direito judicializado, o percentual que ele representa sobre o total judicializado no ano, a quantidade de ações que tiveram julgamento reconhecido e negado, a quantidade de ações propostas de forma individual e de forma coletiva. O outro quadro descreve os argumentos que serviram de fundamento para as decisões analisadas, o quantitativo de cada um deles e o percentual que representa sobre o todo no ano.

6.2.1 A Educação Infantil Judicializada no Ano de 2008

I Direitos Vinculados à Educação Infantil Judicializados

A análise da judicialização do direito à Educação Infantil no ano de 2008, aponta que foram julgadas 24 ações (28,91%) em que se discutia vagas em creche; 25 ações (30,12%) vagas em pré-escolas; 12 (14,46%) requisito de idade mínima; 2 (2,41%) transporte escolar; 12 (14,46%) professores na Educação Infantil; 2 (2,41%) para acessibilidade e aumento de vagas;

4 (4,82%) para outros direitos. No ano foi julgado um total de 83 judicializações.

O direito a vagas em creche e em pré-escolas tem como objetivo assegurar à criança uma vaga nos respectivos estabelecimentos de ensino. Requisito de idade mínima foi judicializado para antecipação de início do ensino infantil pelas crianças. O transporte escolar para assegurar o deslocamento da residência da criança até o estabelecimento de ensino pelo poder público. A acessibilidade trata de inclusão de crianças com deficiências. Aumento de vagas objetiva a construção ou a locação de vagas para serem disponibilizadas as crianças.

Quadro 5 - Judicialização no Rio Grande do Sul em 2008: dos direitos

Judicialização no Ano de 2008						
Tipo de Direito	Quantidade	%	Deferido	Negado	Individual	Coletiva
Vaga em Creche	24	28,91%	24	-	24	-
Vaga em Pré-escola	25	30,12%	25	-	25	-
Requisito de Idade Mínima	12	14,46%	1	11	12	-
Transporte Escolar	2	2,41%	2	-	2	-
Professores na Educação Infantil	12	14,46%	7	5	12	-
Acessibilidade	2	2,41%	2	-	2	-
Aumento de Vagas	2	2,41%	2	-	-	2
Outras *	4	4,82%	1	3	4	-
Total de Judicialização no Ano	83	100%	64	19	81	2

*Dano moral, barulho próximo da escola, horário de funcionamento, pavimentação de rua, supressão de etapa (série) em decorrência de conhecimento do estudante. Fonte: elaborado pelo autor.

Dentre as decisões analisadas, 64 tiveram o direito reconhecido pelo Judiciário, enquanto que em 19 ações o direito foi negado. Do total de 83 (97,53%) decisões, 81 foram demandas propostas de forma individual e apenas duas (2,47%) de forma coletiva.

II Fundamento da Judicialização e Argumentos das Decisões em 2008

Como fundamento da judicialização e argumentos utilizados nas decisões analisadas no ano de 2008, evidencia-se que 49 (23,00%) utilizam a Constituição; 46 (21,60%) a educação é dever/obrigação do Estado; 43 (20,19%) a educação é um direito fundamental social; 14 (6,57%), a educação é um direito subjetivo; 6 (2,82%) a divisão de poder; 39 (18,31%) o direito da criança no ECA; e, 16 (7,51%), para outros argumentos.

O argumento Constituição diz respeito à proteção do direito na Constituição Federal de

1988; o que diz respeito a educação como dever/obrigação do Estado decorre de um direito a partir de um dever imposto constitucionalmente e pela LDB ao Estado; educação é direito fundamental social instituí-se pelo reconhecimento de um direito fundamental do indivíduo de natureza social; educação é direito subjetivo incitado pelo fato de assim estar protegido juridicamente; divisão de poder pelo fato de que o Judiciário pode impor ao Executivo o cumprimento de direitos previstos constitucionalmente; direito da criança - ECA, instituí-se pela proteção dedicada à criança de forma integral pelo Estatuto.

Quadro 6 - Judicialização no Rio Grande do Sul em 2008: dos argumentos

Judicialização no ano de 2008		
Argumento de Fundamento da Decisão	Quantidade	Percentual
Constituição	49	23,00%
Educação é Dever/Obrigação do Estado	46	21,60%
Educa�o � Direito Fundamental Social	43	20,19%
Educa�o � Direito Subjetivo	14	6,57%
Divisão de Poder	6	2,82%
Direito da Criança - ECA	39	18,31%
Outros*	16	7,51%
Total de Judicializa�o no Ano	213	100%

*Dizem respeito a decisões que negam os direitos discutidos e/ou têm fundamento diverso dos referidos.
Fonte: elaborado pelo autor.

A quantidade de argumentos utilizados para fundamentar o reconhecimento de direito   educa o na infância no ano de 2008, foi de 213, conforme acima demonstrado. Foi maior que o número de a es, pois, em muitos casos são utilizados mais de um argumento. Os outros argumentos utilizados dizem respeito a questões que envolvem   Educa o Infantil de forma reflexa, ao dizer respeito a professores, concurso, entre outros.

6.2.2 A Educa o Infantil Judicializada no Ano de 2009

I Direitos Judicializados Vinculados   Educa o Infantil

A judicializa o do direito   Educa o Infantil no ano de 2009, aponta que foram julgadas 38 a es (38,78%) em que se discutia vagas em creche; 27 a es (27,54%) vagas em pré-escolas; 11 (11,23%) requisito de idade mínima; 4 (4,08%) transporte escolar; 12 (12,24%)

professores na Educação Infantil; 2 (2,41%) para acessibilidade; 1 (1,02%), para aumento de vagas em creche; e, 3 (3,06%) para outros direitos. Foram julgadas 98 judicializações no ano.

Quadro 7 - Judicialização no Rio Grande do Sul em 2009: dos direitos

Judicialização no Ano de 2009						
Tipo de Direito	Quantidade	%	Deferido	Negado	Individual	Coletiva
Vaga em Creche	38	38,78%	38	-	38	-
Vaga em Pré-escola	27	27,54%	27	-	27	-
Requisito de Idade Mínima	11	11,23%	2	9	11	-
Transporte Escolar	4	4,08%	4	-	4	-
Professores na Educação Infantil	12	12,24%	2	10	12	-
Acessibilidade	2	2,05%	-	2	2	-
Aumento de Vagas em Creche	1	1,02%	1	-	-	1
Outras *	3	3,06%	-	1	3	-
Total de Judicialização no Ano	98	100%	76	22	97	1

*Decisões que tratam de construções, licitações e pavimentação. Fonte: elaborado pelo autor.

Do total de 98 decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça no ano em análise, 76 (77,55%) tiveram o direito reconhecido e 22 (22,45%) tiveram negado o pedido de reconhecimento do direito. Entre as decisões julgadas, apenas 01 (1,02%) delas foi de ação coletiva, na qual o Ministério Público estadual postulou o aumento de vagas em creche para atender a demanda de crianças em um Município. As demais decisões, 97 (98,98%) julgaram ações individuais que objetivavam algum dos direitos pessoais evidenciados.

II Fundamento da Judicialização e Argumentos das Decisões no Ano de 2009

Como fundamento da judicialização e argumentos utilizados nas decisões analisadas no ano de 2009, evidencia-se que 73 (24,09%) utilizam a Constituição; 51 (16,83%) a educação é dever/obrigação do Estado; 72 (23,76%) a educação é um direito fundamental social; 14 (6,57%), a educação é um direito subjetivo; 19 (6,27%) a divisão de poder; 70 (23,10%) o direito da criança no ECA; e, 04 (1,32%), utilizaram outros argumentos.

O argumento Constituição diz respeito à proteção do direito na Constituição Federal de 1988; a educação é dever/obrigação do Estado decorre de um direito a partir de um dever imposto constitucionalmente e pela LDB ao Estado; educação é direito fundamental social pelo reconhecimento de um direito fundamental do indivíduo de natureza social; educação é direito

subjetivo, pelo fato de assim estar protegido juridicamente; divisão de poder é um argumento utilizado pelo fato de que o Judiciário pode impor ao Executivo o cumprimento de direitos previstos constitucionalmente; direito da criança - ECA, pela proteção dedicada a criança de forma integral pelo Estatuto.

Quadro 8 - Judicialização no Rio Grande do Sul em 2009: dos argumentos

Judicialização no ano de 2009		
Argumento de Fundamento da Decisão	Quantidade	Percentual
Constituição	73	24,09%
Educação é Dever/Obrigação do Estado	51	16,83%
Educação � Direito Fundamental Social	72	23,76%
Educação � Direito Subjetivo	14	4,62%
Divisão de Poder	19	6,27%
Direito da Criança - ECA	70	23,10%
Outros*	4	1,32%
Total de Argumentos	303	100%

*Dizem respeito a decisões que negam os direitos discutidos e/ou têm fundamento diverso dos referidos.
Fonte: elaborado pelo autor.

A quantidade de argumentos utilizados para fundamentar o reconhecimento de direito a educação na infância no ano de 2009, foi de 303, conforme acima demonstrado. Os outros argumentos utilizados dizem respeito a questões que envolvem   Educação Infantil de forma reflexa, por isso tem fundamento diverso dos demais.

6.2.3 A Educação Infantil Judicializada no Ano de 2010

I Direitos Vinculados   Educação Infantil Judicializados

No ano de 2010, a judicialização do direito   Educação Infantil aponta que 104 (44,26%) das ações discutiam vagas em creche; 94 ações (40,00%) vagas em pré-escolas; 08 (3,40%) requisito de idade mínima; 02 (0,90%) transporte escolar; 13 (5,52%) professores na Educação Infantil; 03 (1,28%) para acessibilidade; 06 (2,54%), para aumento de vagas em creche; 01 (0,41%) solicitou vaga próxima   residência da criança; e, 04 (1,28%), solicitou vaga diziam respeito a outras demandas. Foram julgadas 235 judicializações no ano.

Quadro 9 - Judicialização no Rio Grande do Sul em 2010: dos direitos

Judicialização no Ano de 2010						
Tipo de Direito	Quantidade	%	Deferido	Negado	Individual	Coletiva
Vaga em Creche	104	44,26%	102	2	104	-
Vaga em Pré-escola	94	40,00%	95	1	94	-
Requisito de Idade Mínima	8	3,40%	4	4	8	-
Transporte Escolar	2	0,90%	2	-	2	-
Professores na Educação Infantil	13	5,52%	6	7	13	-
Acessibilidade	3	1,28%	3	-	3	-
Aumento de Vagas em Creche	6	2,54%	6	-	-	6
Vagas em Local Próximo	1	0,41%	1	-	-	1
Outras *	4	1,28%	2	1	3	-
Total de Judicialização no Ano	235	100%	76	15	227	7

*Decisões que tratam de atendimento especializado individual, expulsão de aluno, material didático, berçário específico, horário de trabalho e maus tratos. Fonte: elaborado pelo autor.

Do total de 235 decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça no ano em análise, 76 (77,55%) tiveram o direito reconhecido, 15 (22,45%) tiveram negado o pedido de reconhecimento do direito. Entre as decisões julgadas, 07 (2,98%) delas eram de ação coletiva, nas quais o Ministério Público estadual postulou o aumento de vagas em creches para atender a demanda de crianças em um município. As demais decisões, 227 (97,02%) eram ações individuais que objetivavam algum dos direitos pessoais evidenciados.

II Fundamento da Judicialização e Argumentos das Decisões no Ano de 2010

Como fundamento da judicialização e argumentos utilizados nas decisões analisadas no ano de 2010, evidencia-se que 138 decisões (18,93%) utilizam a Constituição; 201 (27,57%) a educação é dever/obrigação do Estado; 203 (27,85%) a educação é um direito fundamental social; 36 (4,94%), a educação é um direito subjetivo; 20 (2,74%) a divisão de poder; 131 (17,97%) o direito da criança no ECA.

Quadro 10 - Judicialização no Rio Grande do Sul em 2010: dos argumentos

Judicialização no Ano de 2010		
Argumento de Fundamento da Decisão	Quantidade	Percentual
Constituição	138	18,93%

Educação é Dever/Obrigação do Estado	201	27,57%
Educação � Direito Fundamental Social	203	27,85%
Educação � Direito Subjetivo	36	4,94%
Divisão de Poder	20	2,74%
Direito da Criança - ECA	131	17,97%
Outros*	-	-
Total de Argumentos	729	100%

*Dizem respeito a decisões que negam os direitos discutidos e ou tem fundamento diverso dos referidos.
Fonte: elaborado pelo autor.

Dentre os 729 argumentos utilizados para fundamentar o reconhecimento de direito   Educação Infantil no ano de 2010, destaca-se o reconhecimento da educação enquanto direito fundamental social, a educação enquanto dever/obrigação do estado, a Constituição e o Estatuto da Criança e do Adolescente, em percentuais acima identificados.

6.2.4 A Educação Infantil Judicializada no Ano de 2011

I Direitos Judicializados Vinculados   Educação Infantil

No ano de 2011, houve um aumento nas decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do Estado, em relação ao ano de 2010, de 54,90%, sendo julgadas 428 ações no total. Dentre elas destacaram-se as que tinham como propósito obter vagas em creche e em pré-escola, representando um percentual de 84,67% do total das decisões.

Em 2011, a judicialização de direitos relacionados   Educação Infantil, aponta que foram julgadas 247 (57,78%) ações que discutiam vagas em creche; 115 ações (26,89%) sobre vagas em pré-escolas; 14 (3,29%) sobre requisito de idade mínima; 07 (1,65%) sobre transporte escolar; 11 (2,59%) de professores na Educação Infantil; 04 (0,95%) para acessibilidade; 01 (0,03%), para contratação de vagas particulares; 07 (1,65%) solicitaram vagas próximas   residência da criança; e, 22 (5,17%), diziam respeito a outras demandas.

Quadro 11 - Judicialização no Rio Grande do Sul em 2011: dos direitos

Judicialização no Ano de 2011						
Tipo de Direito	Quantidade	%	Deferido	Negado	Individual	Coletiva
Vaga em Creche	247	57,78%	242	5	247	-
Vaga em Pré-escola	115	26,89%	113	2	115	-
Requisito de Idade Mínima	14	3,29%	11	3	14	-

Transporte Escolar	7	1,65%	7	-	7	-
Professores na Educação Infantil	11	2,59%	4	7	11	-
Acessibilidade	4	0,95%	3	1	4	-
Contratação vagas particular	1	0,03%	1	-	-	1
Vagas Próximas a Residência	7	1,65%	4	3	7	-
Outras *	22	5,17%	14	8	22	-
Total de Judicialização no Ano	428	100%	398	30	427	1

*Decisões que tratam de atendimento especializado individual, máquina de escrever em braile, investimento em educação, atendimento especializado por acompanhante, lesão a criança, licitações, aluguel de prédio de escola, zoneamento, auxiliar de creche, horas extras professor, creche específica, dano moral professor, estágio probatório, oferta de vagas em escola particular. Fonte: elaborado pelo autor.

Dentre as decisões proferidas nos julgamentos do ano de 2011, no que diz respeito ao reconhecimento do direito que foi judicializados, em 398 (92,99%) ações houve deferimento do pedido formulado. Por outro lado, 30 (7,01%) julgamentos negaram o direito solicitado na judicialização. Em relação à forma de judicialização, 427 (99,77%) das ações foram judicializadas através de demanda individual e 01 (0,23%) foi objeto de demanda coletiva proposta pelo Ministério Público em face de Município solicitando vagas em creches.

II Fundamento da Judicialização e Argumentos das Decisões no Ano de 2011

Em relação aos argumentos utilizados nos julgamentos proferidos pelo Tribunal de Justiça no ano de 2011, constata-se que 185 decisões (13,66%) utilizaram a Constituição; 401 (29,62%) a educação é dever/obrigação do Estado; 399 (29,47%) a educação é um direito fundamental social; 98 (7,24%), a educação é um direito subjetivo; 26 (1,92%) a divisão de poder; 236 (17,43%) utilizaram como argumentos a proteção aos direitos da criança com fundamento no ECA, que prevê prioridade absoluta aos direitos da criança.

Quadro 12 - Judicialização no Rio Grande do Sul em 2011: dos argumentos

Judicialização no ano de 2011		
Argumento de Fundamento da Decisão	Quantidade	Percentual
Constituição	185	13,66%
Educação é Dever/Obrigação do Estado	401	29,62%
Educação é Direito Fundamental Social	399	29,47%
Educação é Direito Subjetivo	98	7,24%
Divisão de Poder	26	1,92%
Direito da Criança - ECA	236	17,43%

Outros*	9	0,66%
Total de argumentos	1.354	100%

*Dizem respeito a decisões que negam os direitos discutidos e ou tem fundamento diverso dos referidos.
Fonte: elaborado pelo autor.

Destaca-se que dentre os 1.354 argumentos utilizados nas decisões analisadas, destacou-se no ano, o reconhecimento da educação enquanto dever do Estado, a concepção de que ela é trata de um direito fundamental social, seguida pela proteção jurídica prevista no ECA em termos percentuais.

6.2.5 A Educação Infantil Judicializada no Ano de 2012

I Direitos Judicializados Vinculados à Educação Infantil

As decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça no ano de 2012, apontam para uma judicialização predominantemente em relação à busca por vaga em creches e em pré-escolas, sendo este direito um dos mais reivindicados. Destaca-se o julgamento de 636 (67,88%) ações que tratam do direito de assegurar vagas, em um total de 937 no ano.

Por outro lado, as decisões relacionadas a questões que envolvem a discussão da idade mínima para ingresso no ensino, foi a segunda maior demanda, sendo 106 (11,32%) das decisões proferidas. As políticas de transporte de crianças para as escolas, e o seu oferecimento, no ano representaram 51 (5,44%) decisões proferidas; 05 (0,53%) discutiam a acessibilidade; 17 (1,81%) reivindicavam a aplicação de percentual mínimo na Educação Infantil; 84 (2,24%), trataram de outras questões, as quais estão relacionadas em observação do quadro abaixo.

Quadro 13 - Judicialização no Rio Grande do Sul em 2012: dos direitos

Judicialização no Ano de 2012						
Tipo de Direito	Quantidade	%	Deferido	Negado	Individual	Coletiva
Vaga em Creche	372	39,70%	351	21	371	1
Vaga em Pré-escola	264	28,18%	248	16	263	1
Requisito de Idade Mínima	106	11,32%	80	26	106	-
Transporte Escolar	51	5,44%	51	-	51	-
Professores na Educação Infantil	38	4,05%	26	12	38	-
Acessibilidade	5	0,53%	3	2	5	-
Percentual Mínimo	17	1,81%	9	8	17	-

Outras *	84	2,24%	14	7	21	-
Total de Judicialização no Ano	937	100%	843	94	935	2

*Decisões sobre dano moral para professor e servidor, enquadramento funcional de professor, escolaridade de professor, concurso, desvio de função, aposentadoria especial, licença, auxílio a aluno deficiente em aula, reforma de prédio, legitimidade do Ministério Público, professor de libras, seleção de atendente, pagamento de vagas particulares, bloqueio de valores, indisponibilidade orçamentária, Lei reduzindo aplicação de valores em município, turno de funcionamento, tratamento de drogadição. Fonte: elaborado pelo autor.

Destaca-se o fato de que das 937 decisões proferidas neste ano, 834 (89,87%) obtiveram julgamento favorável, enquanto outras 94 (10,03%) tiveram os pedidos negados em julgamento. Em relação à forma de proposição da judicialização 935 (99,79%) foram propostas de forma individual e apenas 02 (0,21%) foram judicializadas na forma coletiva.

II Fundamento da Judicialização e Argumentos das Decisões no Ano de 2012

No que diz respeito aos argumentos utilizados nos julgamentos proferidos pelo Tribunal no ano de 2012, constata-se que 310 decisões (13,39%) utilizaram a Constituição; 637 (27,52%) a educação é dever/obrigação do Estado; 632 (27,60%) a educação é um direito fundamental social; 106 (4,58%), a educação é um direito subjetivo; 107 (4,62%) a divisão de poder; 480 (20,73%) utilizaram como argumentos a proteção aos direitos da criança com fundamento no ECA, que prevê prioridade absoluta aos direitos da criança; e, outros motivos foram 36 (1,56%).

Em relação aos fundamentos utilizados pelos julgadores para reconhecerem o direito à Educação Infantil em discussão ou para negar o pedido, conforme demonstrado no Quadro 14, os principais argumentos utilizados nas decisões do ano referem que a educação é um direito fundamental social sendo citado 639 vezes e a educação como um dever do Estado, com 637 referências feitas. Os argumentos são utilizados em quantidade idêntica, apontando para fragilidades nas políticas públicas de acesso à Educação Infantil.

Quadro 14 - Judicialização no Rio Grande do Sul em 2012: dos argumentos

Judicialização no ano de 2012		
Argumento de Fundamento da Decisão	Quantidade	Percentual
Constituição	310	13,39%
Educação é Dever/Obrigação do Estado	637	27,52%
Educação é Direito Fundamental Social	639	27,60%
Educação é Direito Subjetivo	106	4,58%
Divisão de Poder	107	4,62%
Direito da Criança - ECA	480	20,73%

Outros*	36	1,56%
Total de argumentos	2.315	100%

*Dizem respeito à reserva do possível, decisões que negam os direitos discutidos e/ou têm fundamento diverso dos referidos. Fonte: elaborado pelo autor.

Em termos de quantidade, os argumentos mais utilizados no ano, seguem esta ordem: Educação é Direito Fundamental Social, Educação é Dever/Obrigação do Estado, Direito da Criança - ECA, Constituição, seguidos educação como direito subjetivo e divisão de poder.

Surge, neste ano com certa intensidade a discussão sobre a “reserva do possível”, uma tese utilizada pelos entes públicos com fundamento na falta de recursos, para sustentarem o não atendimento das demandas de Educação Infantil. Contudo isso não foi acolhido pelo Judiciário.

6.2.6 A Educação Infantil Judicializada no Ano de 2013

I Direitos Vinculados à Educação Infantil Judicializados

No ano de 2013 foram objeto de judicialização, julgado pelo Tribunal de Justiça Gaúcha um total de 1.240 ações. Destas o maior número foi para obtenção de vagas em creches totalizando 819 (53,87%, em seguida, com 148 (11,94%) foi a busca de vagas em pré-escola. O requisito de exigência de idade mínima aparece com 110 (8,87%) julgamentos, seguido de transporte escolar com 37 (2,98%), vagas próximas da residência da criança com 17 (1,37%), questões que envolvem professores e funcionários de creches e pré-escola com 09 (0,73%), por fim, a discussão de acessibilidade aparece com 01 (0,08%) dos julgamento.

Quadro 15 - Judicialização no Rio Grande do Sul em 2013: dos direitos

Judicialização no Ano de 2013						
Tipo de Direito	Quantidade	%	Deferido	Negado	Individual	Coletiva
Vaga em Creche	819	53,87%	809	10	815	4
Vaga em Pré-escola	148	11,94%	142	6	146	2
Requisito de Idade Mínima	110	8,87%	69	41	106	4
Transporte Escolar	37	2,98%	37	-	37	-
Professores na Educação Infantil	9	0,73%	6	3	8	1
Acessibilidade	1	0,08%	-	1	1	-
Vagas Próximas a Residência	17	1,37%	5	12	17	-
Outras *	99	7,90%	82	16	98	-

Total de Judicialização no Ano	1.240	100%	1.151	89	1.228	12
---------------------------------------	--------------	-------------	--------------	-----------	--------------	-----------

* Turno único em escola, sociedade de escola, aposentadoria especial de professor, gratificação de professor, concurso, dano moral de professor, tributação de escola, turno integral, posse em prédio, adicionais de atendentes, monitor para Educação Infantil especial, material didático, falta de interesse de agir pois havia ação coletiva, hora-extra para professor e atendente, ensino privado. Fonte: elaborado pelo autor.

No que diz respeito ao acolhimento, a negativa de direitos e a forma de propositura da judicialização, individual ou coletiva, no ano de 213, são os seguintes dados: 1.151 (92,82%) tiveram os pedidos acolhidos pelo judiciário, enquanto 89 (7,18%) foram negados pelos julgamentos. No que diz respeito à forma de proposição da judicialização 1.228 (99,03%) foram propostas de forma individual e apenas 12 (0,97%) foram judicializadas na forma coletiva.

II Fundamento da Judicialização e Argumentos das Decisões no Ano de 2013

O Quadro demonstrativo a seguir evidência quantitativamente e percentualmente os argumentos utilizados pelos julgadores nas decisões proferidas no ano de 2013. Foi utilizado um total de 2.563 fundamentos nas decisões. O destaque ficou para os argumentos de que o direito à educação é dever/obrigação do estado com 762 utilizações; seguido por educação enquanto direito fundamental social com 751; e, Estatuto da Criança e do adolescente com 541; Constituição com 198; divisão de poder com 139; educação como direito subjetivo com 126; e, outros argumentos com 46 referências.

Quadro 16 - Judicialização no Rio Grande do Sul em 2013: dos argumentos

Judicialização no ano de 2013		
Argumento de Fundamento da Decisão	Quantidade	Percentual
Constituição	198	7,73%
Educação é Dever/Obrigação do Estado	762	29,73%
Educa�o � Direito Fundamental Social	751	29,30%
Educa�o � Direito Subjetivo	126	4,92%
Divisão de Poder	139	5,42%
Direito da Criança - ECA	541	21,11%
Outros*	46	1,79%
Total de argumentos	2.563	100%

* Falta de interesse de agir, pois havia a o coletiva, carência de a o, fundamento no direito civil. Fonte: elaborado pelo autor.

Em termos percentuais, com 29,73% aparece a educa o como dever/obriga o do

estado; seguido por 29,30% educação como Direito Fundamental Social; 21,11% para Direito da Criança - ECA; 7,73% para Constituição; 5,42% para divisão de poder; 4,92% para educação como direito subjetivo; e, 1,79% para outros argumentos.

6.2.7 A Educação Infantil Judicializada no Ano de 2014

I Direitos Vinculados a Educação Infantil Judicializados

No ano de 2014 foram julgados pelo Tribunal de Justiça estadual 801 ações, objeto de judicialização relacionadas à Educação Infantil. O Quadro 17 apresenta números e percentagem dos direitos reivindicados, a quantidade de decisões que acolheram direitos e as que negaram, bem como a identificação das ações propostas de forma individual e as coletivas.

Os direitos reivindicados pela ordem crescente de quantidade foram: vagas em creches com 346 (43,20%); vagas em pré-escolas com 188 (23,47%); requisitos de idade mínima com 99 (12,36%); transporte escolar com 47 (5,87%); professores e funcionários de estabelecimentos de Educação Infantil com 22 (2,75%); contratação de vagas em estabelecimentos particulares com 7 (0,87%); turno integral com 6 (0,75%); vagas próximas a residência do estudante 5 (0,62%); acessibilidade com 4 (0,50%). Outros tipos de direitos com 77 (9,61%) judicializações. A discussão sobre turno integral, aparece como novidade neste ano.

Quadro 17 - Judicialização no Rio Grande do Sul em 2014: dos direitos

Judicialização no Ano de 2014						
Tipo de Direito	Quantidade	%	Deferido	Negado	Individual	Coletiva
Vaga em Creche	346	43,20%	343	3	343	3
Vaga em Pré-escola	188	23,47%	187	1	188	-
Requisito de Idade Mínima	99	12,36%	88	11	99	-
Transporte Escolar	47	5,87%	47	-	47	-
Professores na Educação Infantil	22	2,75%	16	6	22	-
Acessibilidade	4	0,50%	4	-	4	-
Contratação vagas particular	7	0,87%	5	2	7	-
Turno Integral	6	0,75%	4	2	6	-
Vagas Próximas a Residência	5	0,62%	2	3	5	-
Outras *	77	9,61%	65	12	77	-
Total de Judicialização no Ano	801	100%	761	40	798	3

* Atendente em desvio de função, concurso público, carga horária, interdição de creche, licitação compra equipamentos, transferência de escola, adicional de insalubridade de professor, idade de professor, desvio de função de monitor, danos morais de aluno por falta de vaga, material escolar, ilícito contra menor, eleição de diretores, escola específica, escola sem alvará de funcionamento, necessidade específica de criança. Fonte: elaborado pelo autor.

Do total dos julgamentos proferidos, 761 (95,00%) tiveram o direito reconhecido pelos julgadores, 40 (5,00%) foram negados. A maioria absoluta dos julgados, 798 (99,62%) diziam respeito a direitos buscados de forma individual, já em 03 (0,38%) das judicializações foi tratado de direitos coletivos.

II Fundamento da Judicialização e Argumentos das Decisões no Ano de 2014

Conforme evidenciado no Quadro 18, em termos quantitativos e percentuais, apresentam-se os argumentos utilizados pelos julgadores nas decisões proferidas no ano de 2014. Foi utilizado um total de 1.526 fundamentos nas decisões. O destaque ficou para os argumentos da proteção constitucional com 427 julgamentos, seguidos por 352 para a educação enquanto dever/obrigação do Estado, 350 para a educação enquanto direito fundamental social, 243 para a proteção contida no ECA, 113 para a educação enquanto direito subjetivo, 15 para a divisão de poder e para outros argumentos foram 26 julgamentos.

Quadro 18 - Judicialização no Rio Grande do Sul em 2014: dos argumentos

Judicialização no ano de 2014		
Argumento de Fundamento da Decisão	Quantidade	Percentual
Constituição	427	27,98%
Educação é Dever/Obrigação do Estado	352	23,07%
Educação é Direito Fundamental Social	350	22,94%
Educação é Direito Subjetivo	113	7,40%
Divisão de Poder	15	0,98%
Direito da Criança - ECA	243	15,92%
Outros*	26	1,70%
Total de Argumentos	1.526	100%

*Concurso público, carga horária, interdição de creche, transferência de escola, adicional de insalubridade de professor, idade de professor, desvio de função de monitor, danos morais de aluno por falta de vaga, material escolar, ilícito contra menor, eleição de diretores, necessidade específica de criança. Fonte: elaborado pelo autor.

Em percentuais dos argumentos, tem-se a seguinte ordem de citações: A Constituição como fundamento de proteção à Educação Infantil pareceu em 27,98% das decisões; a educação

dever/obrigação do Estado, citada em 23,70%); a educação direito fundamental social em 22,94% das decisões; o ECA como fator protetor foi descrito em 15,92% das decisões; a educação como um direito subjetivo foi utilizada em 7,40% das decisões; a divisão de poder foi referida em 0,98% das decisões; e, outros argumentos foram utilizados em 1,70% das decisões.

6.2.8 A Educação Infantil Judicializada no Ano de 2015

I Direitos Vinculados a Educação Infantil Judicializados

No ano de 2015, foram julgadas pelo Tribunal de Justiça estadual 2.260 ações que tratavam de direito à Educação Infantil. Desse total, 1.828 (80,88%) discutiam o direito a vagas para creches ou educação na pré-escola. Ou seja, a absoluta maioria das ações judicializadas versaram sobre o direito de acesso à educação na infância.

A busca por Educação Infantil em turno integral foi a segunda causa mais reivindicada no ano, representando 202 (8,94%) do total de decisões judiciais proferidas. Vagas em escolas/creches particulares ante a inexistência de vagas em estabelecimentos públicos com 46 (2,04%); seguido de 34 (1,50%) para discussões sobre idade mínima para ingresso na Educação Infantil; 33 (1,47%) para obtenção de transporte escolar público e gratuito; 26 (1,16%) para vagas em estabelecimento educacional próximo a residência do estudante; 38 (1,68%) para questões relacionadas a professores e funcionários de Educação Infantil; e, 51 (2,26%) para outros tipos de ações que de forma isolada representam menos que 1% das ações judicializadas.

Quadro 19 - Judicialização no Rio Grande do Sul em 2015: dos direitos

Judicialização no Ano de 2015						
Tipo de Direito	Quantidade	%	Deferido	Negado	Individual	Coletiva
Vaga em Creche	1.250	55,30%	1.235	15	1.244	6
Vaga em Pré-escola	578	25,58%	576	2	577	1
Requisito de Idade Mínima	34	1,50%	30	04	34	-
Transporte Escolar	33	1,47%	33	-	32	1
Professores na Educação Infantil	38	1,68%	32	6	38	-
Acessibilidade	02	0,07%	02	-	02	-
Turno Integral	202	8,94%	194	8	200	2
Contratação de Vagas	46	2,04%	44	2	45	1
Vagas Próximas a Residência	26	1,16%	11	15	24	3

Outras *	51	2,26%	28	23	50	2
Total de Judicialização no Ano	2.260	100%	2.185	75	2.246	14

* Dano moral de professor; concurso público; imposto sobre serviços de creche; dano moral por falta de vaga; retenção de imposto em creche; piso de professor; ensino religioso; educação inclusiva, professor de libras; ensino domiciliar; bullying. Fonte: elaborado pelo autor.

Do total dos julgamentos, 75 (3,32%) rejeitaram o direito que foi reivindicado na judicialização e em 2.185 (96,68%) reconheceu-se o direito. Ainda, verificou-se que do total das ações, apenas 14 (0,61%) foram coletivas, enquanto que 2.246 (99,39%) foram ações judicializadas na forma individual.

II Fundamento da Judicialização e Argumentos das Decisões no Ano de 2015

Pela ordem crescente de utilização de fundamentos, destaca-se, com 1.400 usos, o argumento da educação concebida enquanto direito fundamental social, seguido por 1.160 com amparo no ECA, a educação enquanto dever/obrigação do Estado com 801, a educação enquanto direito subjetivo com 466, a Constituição com 340, e a divisão de poder com 121.

Quadro 20 - Judicialização no Rio Grande do Sul em 2015: dos argumentos

Judicialização no ano de 2015		
Argumento de Fundamento da Decisão	Quantidade	Percentual
Constituição	340	7,87%
Educação é Dever/Obrigação do Estado	801	18,53%
Educa�o � Direito Fundamental Social	1.400	32,39%
Educa�o � Direito Subjetivo	466	10,78%
Divisão de Poder	34	0,79%
Direito da Criança - ECA	1.160	26,84%
Outros*	121	2,80%
Total de argumentos	4.322	100%

* Falta de interesse de agir, pois havia a o coletiva, carência de a o, fundamento em outras áreas do direito. Fonte: elaborado pelo autor.

Em termos percentuais, a ordem de utiliza o dos argumentos que fundamentaram as decisões analisadas   a seguinte: educa o   direito fundamental social 32,39%; direito da criança - ECA com 26,84%; educa o   dever/obriga o do Estado com 18,53%; Constitui o com 7,87%; e, divisão de poder com 0,79%.

6.2.9 A Educação Infantil Judicializada no Ano de 2016

I Direitos Vinculados à Educação Infantil Judicializados

Em 2016 foram julgadas 3.430 judicializações. Houve um crescimento significativo em relação ao ano anterior. Desse total, 1.367 (39,86%) trataram do direito a vagas em creche; 754 (21,98%) discutiam direito de estudo em turno integral; 312 (9,09%) discutiam vagas em pré-escolas; 304 (8,87%) discutiam o requisito de idade mínima para ingresso na escola; 290 (8,46%) diziam respeito a contratação de vagas em estabelecimentos particulares; 133 (3,87%) diziam respeito ao transporte escolar; 83 (2,42%) trataram de questões relacionadas a professores e funcionários de estabelecimentos de ensino; 71 (2,06%) discutiam o direito a vagas próximas à residência do estudante; 4 (0,12%) trataram de direito de acessibilidade; e, 112 (3,27%) discutiam outros direitos.

Quadro 21 - Judicialização no Rio Grande do Sul em 2016: dos direitos

Judicialização no Ano de 2016						
Tipo de Direito	Quantidade	%	Deferido	Negado	Individual	Coletiva
Vaga em Creche	1.367	39,86%	1.324	43	1.364	03
Vaga em Pré-escola	312	9,09%	301	11	310	02
Requisito de Idade Mínima	304	8,87%	192	112	304	-
Transporte Escolar	133	3,87%	124	9	132	01
Professores na Educação Infantil	83	2,42%	61	22	83	-
Acessibilidade	4	0,12%	4	-	4	-
Turno integral	754	21,98%	738	16	752	02
Contratação vagas particular	290	8,46%	276	14	288	02
Vagas Próximas a Residência	71	2,06%	48	23	70	01
Outras *	112	3,27%	70	42	110	02
Total de Judicialização no Ano	3.430	100%	3.138	292	3.417	13

*Adicional de risco de vida, defeito em escola, falta de licitação em edificação, aposentadoria especial de professor, horas extras, gratificação de professor, concurso, dano moral de professor, tributação de escola, adicionais de atendentes, maus tratos, monitor para Educação Infantil especial, falta de interesse de agir pois havia ação coletiva, atendimento especializado. Fonte: elaborado pelo autor.

Dentre as decisões julgadas no ano, 3.138 (91,48%) tiveram o direito discutido reconhecido, já 292 (8,52%) tiveram o pedido negado em decisão. Do total, 3.417 (99,96%) ações foram propostas individualmente, enquanto que apenas 13 (0,37%) foram propostas postulando direitos de forma coletiva.

II Fundamento da Judicialização e Argumentos das Decisões no Ano de 2016

No que diz respeito aos fundamentos utilizados para decisão nas judicializações analisadas, foi constatado a utilização de 5.625 argumentos. Destes, 2.340 utilizaram a proteção do ECA como fundamento; 1.530 utilizaram o argumento de que a educação é um direito fundamental social; 888 utilizado o argumento de que a educação é um dever/obrigação do Estado; 787 utilizaram a Constituição como fundamento de resguardo de direitos; 31 utilizaram a divisão de poder como fundamento; 07 utilizaram a educação enquanto direito subjetivo; e, 42 utilizaram outros argumentos.

Quadro 22 - Judicialização no Rio Grande do Sul em 2016: dos argumentos

Judicialização no ano de 2016		
Argumento de Fundamento da Decisão	Quantidade	Percentual
Constituição	787	13,99%
Educação é Dever/Obrigação do Estado	888	15,79%
Educa�o � Direito Fundamental Social	1.530	27,20%
Educa�o � Direito Subjetivo	7	0,12%
Divisão de Poder	31	0,55%
Direito da Criança - ECA	2.340	41,60%
Outros*	42	0,75%
Total de argumentos	5.625	100%

* Falta de interesse de agir, pois havia a o coletiva, carência de a o, fundamento em outras áreas do direito. Fonte: elaborado pelo autor.

Em percentuais, a ordem de utiliza o dos argumentos foi: Direito da criança - ECA com 41,60%; a educa o enquanto direito fundamental social com 27,20%; a educa o enquanto dever/obriga o do Estado com 13,99%; a prote o pela Constitui o com 13,99%; a divisão de poder com 0,55%; a educa o enquanto um direito subjetivo com 0,12%.

6.2.10 A Educa o Infantil Judicializada no Ano de 2017

I Direitos Vinculados   Educa o Infantil Judicializados

No ano de 2017, o número de judicializa es que chegou ao Tribunal de Justiça foi de 4.010 a es. Desse montante 1.794 (44,74%) discutiram o direito de acesso a vagas em creche; 608 (15,17%) visavam a garantia de turno integral de estudo; 501 (12,49%) buscavam vagas

em pré-escolas; 442 (11,14%) objetivaram a contratação de vagas em estabelecimentos privados em face da falta deles em estabelecimentos públicos; 284 (7,08%) visavam obtenção de transporte escolar; 100 (2,49%) tinham como objeto o requisito de idade mínima para ingresso na Educação Infantil; 69 (1,72%) discutiram questões relacionadas a professores e funcionários de estabelecimentos de ensino infantil; 51 (1,37%) discutiram vagas próximas à residência do estudante; 12 (0,29%) discutiram questões de acessibilidade; e, 149 ações (3,51%) delas discutiram outras questões.

Quadro 23 - Judicialização no Rio Grande do Sul em 2017: dos direitos

Judicialização no Ano de 2017						
Tipo de Direito	Quantidade	%	Deferido	Negado	Individual	Coletiva
Vaga em Creche	1.794	44,74%	1.775	19	1.790	04
Vaga em Pré-escola	501	12,49%	489	12	499	02
Requisito de Idade Mínima	100	2,49%	54	46	100	-
Transporte Escolar	284	7,08%	271	13	283	01
Professores na Educação Infantil	69	1,72%	41	28	69	-
Acessibilidade	12	0,29%	10	02	12	-
Turno integral	608	15,17%	565	43	605	03
Contratação vagas particular	442	11,14%	334	112	444	02
Vagas Próximas a Residência	51	1,37%	29	26	54	01
Outras *	149	3,51%	90	51	139	02
Total de Judicialização no Ano	4.010	100%	3.658	352	3.995	15

*Adicional de remuneração para servidores e professores, reajuste, piso magistério, desvio de função, turno integral, acumulação de cargo, concurso, nomeação, auxiliar de creche, reforma de obra, atendimento especializado, regime de trabalho. Fonte: elaborado pelo autor.

Destaca-se que do total de 4.010 judicializações julgadas, 3.658 (91,22%) tiveram acolhimento pelo Judiciário, enquanto outras 352 (8,78%) foram negadas. Da judicialização no ano, apenas 15 (0,37%) foram ações coletivas que buscavam direitos de grupos, já 3.995 (99,63%) das ações formam individuais.

II Fundamento da Judicialização e Argumentos das Decisões no Ano de 2017

O Quadro a seguir evidencia qual o fundamento utilizado em cada judicialização e os argumentos que constam nas decisões que foram analisadas. Tem-se no ano de 2017 um total de 7.323 argumentos citados pelos julgadores.

No que diz respeito aos argumentos utilizados pelos julgadores para reconhecer os direitos reivindicados, o destaque ficou na seguinte ordem: 2.670 (36,46%) teve como fundamento a proteção contida no Estatuto da Criança e do Adolescente; 1.548 (21,14%) utilizaram a educação enquanto dever/obrigação do estado como argumento; 1.539 (21,02%) tiveram como argumento o fato de ser a educação um direito fundamental social; 1.070 (14,61%) continham o argumento de que se trata de direito protegido e garantido pela Constituição; 297 (4,06%) utilizaram o argumento de que a educação é um direito subjetivo, 164 (4,06%) o argumento da divisão de poder; e, 35 (0,48%) utilizaram outros argumentos.

Quadro 24 - Judicialização no Rio Grande do Sul em 2017: dos argumentos

Judicialização no ano de 2017		
Argumento de Fundamento da Decisão	Quantidade	Percentual
Constituição	1.070	14,61%
Educação é Dever/Obrigação do Estado	1.548	21,14%
Educa�o � Direito Fundamental Social	1.539	21,02%
Educa�o � Direito Subjetivo	297	4,06%
Divisão de Poder	164	2,24%
Direito da Criança - ECA	2.670	36,46%
Outros*	35	0,48%
Total de argumentos	7.323	100%

*Adicional de remunera o para servidores e professores, reajuste, piso magistério, desvio de fun o, turno integral, acumula o de cargo, concurso, nomea o, auxiliar de creche, reforma de obra, atendimento especializado, regime de trabalho. Fonte: elaborado pelo autor.

Os fundamentos que tiveram o ECA como parâmetro para reconhecer o direito das crianças   Educa o Infantil foram destaque no ano, seguido pelo dever do estado e direito fundamental social. Os julgadores privilegiaram o argumento de direitos protegidos como prioridade absoluta e a prote o integral para reconhecer direitos.

6.2.11 A Educa o Infantil Judicializada no Ano de 2018

I Direitos Vinculados   Educa o Infantil Judicializados

Os direitos que foram judicializados no ano de 2018, conforme evidencia o demonstrativo a seguir, soma um total de 1.850 a es que decidiram questões relacionadas ao direito   Educa o Infantil, destacando-se que 1.180 (62,77%) das decisões proferidas no ano, trataram do direito   garantia de vagas em creches e em pré-escolas para crianças. A grande

maioria das ações teve como objetivo assegurar o direito de acesso à Educação Infantil.

A reivindicação de antecipação de ingresso no ensino pela idade mínima chegou a 71 (3,95%) das decisões; transporte escolar com 80 (4,32%) das ações propostas e julgadas, as questões que versaram sobre direitos de profissionais da Educação Infantil representaram 70 (3,72%); a acessibilidade chegou a 03 (0,16%) decisões; garantia de turno integral de ensino com 213 (6,32%) dos julgamentos; contratação de vagas em estabelecimentos particulares em face da ausência em estabelecimentos públicos foi de 61 (3,29%); a busca de vagas próximas à residência da criança representou 55 (2,96%); e, outras demandas somaram 117 (6,32%) das decisões proferidas.

Quadro 25 - Judicialização no Rio Grande do Sul em 2018: dos direitos

Judicialização no Ano de 2018						
Tipo de Direito	Quantidade	%	Deferido	Negado	Individual	Coletiva
Vaga em Creche	865	46,75%	820	45	863	02
Vaga em Pré-escola	315	17,02%	267	48	314	01
Requisito de Idade Mínima	71	3,95%	55	17	72	-
Transporte Escolar	80	4,32%	71	9	80	-
Professores na Educação Infantil	70	3,72%	53	16	69	-
Acessibilidade	03	0,16%	03	-	03	-
Turno integral	213	11,51%	186	27	212	01
Contratação Vagas Particular	61	3,29%	55	6	59	02
Vagas Próximas a Residência	55	2,96%	36	19	54	01
Outras *	117	6,32%	86	31	116	01
Total de Judicialização no Ano	1.850	100%	1.632	218	1.824	08

* Adicional de risco de vida, dano moral de professor; concurso público, imposto sobre serviços de creche, dano moral por falta de vaga, reajuste salarial, horas-extras, piso de professor; ensino religioso; educação inclusiva, professor de libras; honorários, justiça gratuita, ensino domiciliar, bullying. Fonte: elaborado pelo autor.

No ano, foram proferidas 1.820 decisões pelo Tribunal de Justiça, sendo que 1.632 (88,21%) delas reconheceram o direito reivindicado, enquanto que 218 decisões (11,79%) tiveram o pedido negado. Entre as decisões julgadas, 08 (0,43%) delas diziam respeito a ações coletivas, nas quais o Ministério Público estadual postulou o aumento de vagas em creche para atender a demanda de crianças Municípios. As demais decisões, 1.824 (99,97%) eram de ações individuais que tratavam de direitos pessoais.

II Fundamento da Judicialização e Argumentos das Decisões no Ano de 2018

Em 2018, no que diz respeito aos argumentos utilizados nos julgamentos proferidos pelo Tribunal de Justiça, constata-se que 570 decisões (14,19%) utilizaram-se da Constituição; 1.130 (29,58%) a educação é dever/obrigação do Estado; 749 (19,61%) a educação é um direito fundamental social; 26 (0,68%), a educação é um direito subjetivo; 234 (6,13%) a divisão de poder; 1.090 (28,53%) utilizaram como argumento a proteção aos direitos da criança com fundamento no ECA, que prevê prioridade absoluta aos direitos da criança; e, outros argumentos somaram 21 (0,55%).

Quadro 26 – Judicialização no Rio Grande do Sul em 2018: dos argumentos

Judicialização no ano de 2018		
Argumento de Fundamento da Decisão	Quantidade	Percentual
Constituição	570	14,19%
Educação é Dever/Obrigação do Estado	1.130	29,58%
Educa�o � Direito Fundamental Social	749	19,61%
Educa�o � Direito Subjetivo	26	0,68%
Divisão de Poder	234	6,13%
Direito da Criança – ECA	1090	28,53%
Outros*	21	0,55%
Total de argumentos	3.250	100%

*Adicional de remunera o para servidor e professor, reajuste, piso magistério, desvio de fun o, turno integral, acumula o de cargo, concurso, nomea o, auxiliar de creche, reforma de obra, atendimento especializado, regime de trabalho. Fonte: elaborado pelo autor.

Os argumentos utilizados pelos julgadores para reconhecer ou para negar os direitos que foram objeto de judicializa o, os quais foram utilizados isoladamente ou em conjunto com mais de um fundamento,   o que   evidenciado pela soma dos fundamentos na rela o com o número de a es judicializadas.

Destacaram-se no ano de 2018, na ordem crescente em percentual, o argumento de que a educa o   dever/obriga o do Estado, seguido pelo fundamento de prote o contido no ECA, prote o constitucional, divisão de poderes pela autonomia do judiciário para intervir em decisões do Poder Executivo.

Com isso, restou demonstrado anualmente os direitos relacionados a Educa o Infantil e os argumentos utilizados como fundamento das decisões judiciais, trata-se de um capítulo com natureza demonstrativa, viabilizando que no próximo sejam agrupados os tipos de direitos e os argumentos no período de 2008 a 2018, propiciando outras análises conclusivas.

7 FATORES DETERMINANTES DA JUDICIALIZAÇÃO E SEU PAPEL NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À EDUCAÇÃO INFANTIL

7.1 Os Direitos À Educação Infantil Judicializados

Os direitos à Educação Infantil judicializados no período da pesquisa (2008/2018), contra Municípios do estado do Rio Grande do Sul, permite diferentes tipos de análises, dentre estas, optou-se pela identificação dos tipos de direitos que foram as principais reivindicações no período. Todos eles fazem parte de políticas públicas, as quais, não atenderam em plenitude as expectativas dos indivíduos.

Em um quadro demonstrativo geral que abrange o somatório quantitativo dos anos em que foi realizada a pesquisa, é possível identificar os principais direitos que foram objeto de judicialização, todos relacionados à Educação Infantil.

Quadro 27 – Judicialização no Período de 2008/2018

Judicialização no Período de 2008/2018						
Tipo de Direito	Quantidade	%	Deferido	Negado	Individual	Coletiva
Vaga em Creche	7.226	47,01%	7.063	163	7.203	23
Vaga em Pré-escola	2.567	16,70%	2.468	99	2.558	09
Requisito de Idade Mínima	869	5,65%	585	284	865	04
Transporte Escolar	680	4,42%	649	31	677	03
Professores na Educação Infantil	377	2,45%	255	122	376	01
Acessibilidade	42	0,027%	34	08	72	-
Turno Integral	1.783	11,60%	1.687	96	1.775	08
Aumento de Vagas	9	0,06%	9	-	-	09
Contratação Vagas Particular	847	5,49%	711	136	839	08
Vagas Próximas a Residência	233	1,52%	132	101	227	06
Percentual Mínimo em Educação	17	0,11%	9	08	17	-
Outras*	722	4,70%	524	198	717	06
Judicialização no Período	15.372	100%	14.126	1.246	15.294	78

* Outros: representando um percentual total de 4,70%, das ações, engloba diversas questões que de forma individual, não possuem representatividade significativa que justifique a importância de uma análise particular. São direitos específicos, de cunho pessoal, então, pela sua ínfima quantidade optou-se por considerar um grupo que abrigue a todos eles. As espécies de direitos que forma discutidos estão discriminadas em observação de cada quando anual no Capítulo anterior. Fonte: elaborado pelo autor.

A partir dos dados evidenciados pelo quadro anterior, foi possível identificar em termos percentuais os tipos de direitos com maior incidência de judicialização, a quantidade deles acolhida pelo Judiciário, o quantitativo de ações propostas de forma individual e as coletivas.

Com base nos dados apresentados, na sequência, será apresentado cada direito que foi objeto de judicialização no período estabelecido, de modo que, será possível a compreensão do que foi objeto de reivindicação judicial e seus fatores determinantes.

7.1.1 Vaga em Creche

O direito à Educação Infantil depende de fatores primordiais como é o caso da garantia de oferta de vagas em estabelecimentos educacionais, sem essa garantia, resta vedada uma premissa de acesso à educação. Esta constatação aparece de forma nítida nos dados analisados, isto porque, a busca pela garantia e efetivação de vagas em Creches se constitui no mais importante direito educacional reivindicado pela judicialização no período de 2008 a 2018, representando o significativo percentual de 47,01%.

O fundamento para uma ação em busca de vagas em creches é atribuído a uma nova percepção de vida das pessoas. Conforme apresentado por Bauman (2008), diante da negativa de acesso pelas políticas públicas, há uma compreensão contemporânea de que os indivíduos são sujeitos de seu próprio destino, por isso, lutam por eles.

Associada a essa noção de vida, existe toda uma proteção jurídica que impõe ao Estado o dever de assegurar conquistas sociais, conforme estabelece o artigo 208, IV da Constituição Federal, que garante o acesso à Educação Infantil, em creche e pré-escola, para as crianças de até 5 (cinco) anos de idade, de forma gratuita em estabelecimentos públicos.

A propósito, a educação escolar se constitui da educação básica (Educação Infantil, ensino fundamental, ensino médio) e da educação superior (LDB, art. 21, incisos I e II). Sendo que, consoante o estabelecido no artigo 29 da LDB, “a Educação Infantil, primeira etapa da educação básica, tem como finalidade o desenvolvimento integral da criança até 5 (cinco) anos de idade, em seus aspectos físico, psicológico, intelectual e social, complementando a ação da família e da comunidade”, devendo esta ser oferecida em creches ou entidades equivalentes, para crianças de até 3 (três) anos de idade (LDB, art. 30).

Além de uma proteção de cunho constitucional e da LDB, o ECA, inspirado em Declarações Internacionais, em seu artigo 4º, parágrafo único, letras ‘c’ e ‘d’, prevê que a garantia de prioridade compreende a “preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas” e a “destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com

a proteção à infância e à juventude”. Há, conforme visto, toda uma proteção jurídica que respalda o direito de reivindicação de vagas em creches concebido como um direito à educação.

No que diz respeito à concepção de creches enquanto estabelecimentos de ensino, em termos de Brasil o seu surgimento, de acordo com Kuhlmann (2015) decorre do resultado das pressões e movimentos sociais durante a ditadura militar, da força operária das classes trabalhadoras e de greves por categorias profissionais com participação de professores, por isso, elas surgiram representando uma conquista, um símbolo dessas lutas.

Inicialmente as creches eram locais que tinham como propósito o de guarda das crianças para as mães trabalharem, de cuidados médicos, de higiene e de assistência de menores. Contemporaneamente, elas passaram a fazer parte do sistema educacional “desse modo, o reconhecimento das creches e pré-escolas como parte do sistema educacional, na Constituição e na Lei de Diretrizes e Bases da Educação, pode ser caracterizado como a necessária superação de um obstáculo.” (KUHLMANN JR, 2015, p. 186).

A busca por vagas em creches representa um movimento que ao longo dos tempos começa a se consolidar após lutas de movimentos sociais, segundo (BARBOSA, 2006, p. 15), “finalmente, a histórica luta por creches e pré-escolas, engendrada por diferentes movimentos sociais, tomou grandes proporções, e governos - principalmente aqueles que se instalaram pós-abertura política - realizaram investimentos para a ampliação do direito à educação das crianças dessa faixa etária”.

Enquanto instituição pertencente ao sistema educacional, a creche é concebida como sendo “um ambiente especialmente criado para oferecer condições ótimas que propiciem e estimulem o desenvolvimento integral e harmonioso da criança sadia nos seus primeiros três anos de vida. A verdadeira finalidade da creche é responder pelos cuidados integrais da criança na ausência da família.” (RIZZO, 2010, p. 49). Afirmando que são por esses motivos que ela existe enquanto instituição, exige-se que nela existam os cuidados com segurança, higiene, alimentação, afeto e educação.

As creches na visão e concepção legal contemporânea passaram a integrar o sistema de educação brasileiro. Uma instituição de cunho educacional, significando a superação de um passado em que a sua função se caracterizava por ser de abrigo e de assistencialismo. Neste sentido, passou a ganhar importância dentro do sistema nacional de Educação Infantil o atendimento às crianças que é complementado na pré-escola. A importância do oferecimento de vagas de modo a atender a todas as crianças brasileiras, é grande, sob pena de ofensa a um princípio basilar de igualdade de acesso à educação.

Para demonstrar a constatação do número de ações que têm por objetivo obter uma

determinação judicial que assegure uma vaga em creche, na sequência serão apresentadas como paradigmas três ações em que houve atuação do Judiciário para determinar que se fosse garantido o direito a vagas em creches, como forma de efetivação do direito à Educação Infantil.

Conforme consta do voto do relator, Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves “O Município tem a obrigação de assegurar o acesso das crianças à educação, cumprindo-lhe garantir vagas na rede pública de ensino, e, na falta destas, deve proporcionar esse direito na rede privada, às suas expensas”. (TJRS, 2013a, on-line). Compartilhando o entendimento, a decisão a seguir, foi a seguinte:

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. ECA. MUNICÍPIO DE IPÊ. GARANTIA CONSTITUCIONAL DE ACESSO À EDUCAÇÃO INFANTIL. VAGA EM CRECHE OU PRÉ-ESCOLA. O direito à Educação Infantil constitui direito fundamental social, que deve ser assegurado pelo ente público municipal, garantindo-se o atendimento em creche ou pré-escola às crianças de zero a cinco anos de idade, com absoluta prioridade, nos termos do art. 208, IV, da CF/88, art. 54, IV, do ECA e art. 4º, IV, e 11, V, da Lei n.º 9.394/96. (TJRS, 2013b, on-line).

No mesmo sentido, é o voto do relator Desembargador Ricardo Moreira Lins Pastl, a decisão estabelece que “A Educação Infantil, como direito fundamental social, deve ser assegurada pelo ente público municipal, garantindo-se o atendimento em creche ou pré-escola às crianças de zero a cinco anos de idade, com absoluta prioridade, nos termos do artigo 208, IV, da Constituição Federal”.

A posição do Poder Judiciário, ao analisar o pedido de vagas em creches, foi coerente, conforme constatado em diversas decisões analisadas, no sentido de que, a forma de concepção do direito e sua proteção jurídica, não admitem a aceitação de justificativa do Ente público da inexistência de vagas ou de ausência em decorrência da falta de estabelecimentos ou da falta de previsão orçamentária, uma vez que existe toda uma proteção jurídica que impõe a implantação de políticas públicas voltadas para atender o direito à educação, destacando, sempre, sua importância para o desenvolvimento humano.

7.1.2 Vaga em Pré-Escola

Cabe ressaltar inicialmente, que as decisões analisadas não fazem uma distinção objetiva em relação a pedidos de vagas em creches ou pré-escolas, conforme constatado nas análises realizadas, por isso, na maioria dos casos são tratadas como sinônimos, ou seja, um mesmo tipo de estabelecimento educacional. O entendimento majoritário atenta-se ao que diz respeito à Educação Infantil e nesta premissa são decididos os casos judiciais.

A análise da judicialização do direito a vagas em pré-escolas que representou na pesquisa um percentual de 16,70% das ações, pode ser considerada também com o direito a vagas em creches. Isso, porque, na maioria dos casos, elas estão presentes nos dois indicadores “Vagas em Creches e Vagas em Pré-escolas), de modo que a reivindicação tem por objetivo a garantia de vagas à Educação Infantil.

Dessa forma, computando-se o percentual de 47,01% de decisões que tiveram como propósito assegurar acesso com vagas em creches e o percentual de 16,70% que tratou de vagas em pré-escola, o montante total de decisões que dizem respeito a vagas de acesso à Educação Infantil representou percentualmente 63,71%. Isto demonstra que o direito com maior incidência de judicialização no período analisado tem como propósito a proteção do Judiciário para a efetivação do direito de acesso à Educação Infantil (creches e pré-escolas).

Em relação ao direito de vagas na Educação Infantil, a Constituição Federal em seu artigo 208, diz que a educação é dever do Estado que deve ser efetivado mediante a garantia de educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade e que a Educação Infantil, em creches e pré-escolas deve ser ofertada às crianças até 5 (cinco) anos de idade. O acesso a pré-escola por integrar a Educação Básica, faz parte desse dever.

Por sua vez, a LDB ao regulamentar a educação enquanto direito previsto na Constituição, no Título II, ao tratar do “Direito à Educação e do Dever do Estado de Educar” estabelece que “O dever do Estado com educação escolar pública será efetivado mediante a garantia de educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, organizada da seguinte forma: pré-escola, Educação Infantil²⁵ gratuita às crianças de até 5 (cinco) anos de idade” (art. 4º, I, ‘a’ e II). O artigo 29 define como primeira etapa da educação básica e no artigo 30, II, que ela deverá ser ofertada em pré-escolas para as crianças de 4 (quatro) a 5 (cinco) anos de idade.

7.1.2.1 Da Responsabilidade pela Efetivação de Matrícula na Educação Básica

A responsabilidade pelas providências em relação ao acesso das crianças à Educação Infantil, encontra sua primeira definição em termos constitucionais no artigo 227 que estabelece que “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao

²⁵ Art. 11. Os Municípios incumbir-se-ão de: I - organizar, manter e desenvolver os órgãos e instituições oficiais dos seus sistemas de ensino, integrando-os às políticas e planos educacionais da União e dos Estados; V - oferecer a Educação Infantil em creches e pré-escolas, e, com prioridade, o ensino fundamental, permitida a atuação em outros níveis de ensino somente quando estiverem atendidas plenamente as necessidades de sua área de competência e com recursos acima dos percentuais mínimos vinculados pela Constituição Federal à manutenção e desenvolvimento do ensino.

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”.

A proteção do direito de acesso à Educação Infantil, enquanto educação básica e obrigatória, nos termos da LDB (art. 5º), autoriza a “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 exigí-lo”. Sendo qualquer um destes, há legitimidade para peticionar no Poder Judiciário, na hipótese do § 2º do art. 208 da Constituição Federal²⁶, sendo gratuita e de rito sumário a ação judicial correspondente (§ 3º). Uma vez, “comprovada a negligência da autoridade competente para garantir o oferecimento do ensino obrigatório, poderá ela ser imputada por crime de responsabilidade.” (§ 4º). O dever dos pais consta do artigo 6º “É dever dos pais ou responsáveis efetuar a matrícula das crianças na educação básica a partir dos 4 (quatro) anos de idade”.

Ao definir que o acesso à Educação Básica obrigatória é um direito público subjetivo da criança, a LDB, estabeleceu que qualquer cidadão, grupo de cidadãos, associação comunitária, organização social, entidade de classe ou outra legalmente constituída e, ainda o Ministério Público, poderão acionar o poder público para exigir este acesso (art. 5º), indo além ao estabelecer como dever dos pais ou responsáveis efetuar a matrícula das crianças na educação básica a partir dos 4 (quatro) anos de idade. (art. 6º).

A omissão dos pais ou responsáveis em providenciar a matrícula das crianças em idade escolar obrigatória poderá implicar em crime, previsto no Código Penal brasileiro, definido tal conduta como “Abandono Intelectual”. O artigo 246 prevê que “Deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar: Pena - detenção, de 15 (quinze) dias a 1 (um) mês, ou multa.

Por sua vez, a responsabilidade Civil dos pais está prevista no Código Civil brasileiro, quando trata do exercício do poder familiar. Estabelece o artigo 1634, I que “Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos e dirigir-lhes a criação e a educação”.

²⁶ Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: § 2º O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente.

O Estatuto prevê que é dever da família, da comunidade, da sociedade e do poder público assegurar com absoluta prioridade²⁷, a efetivação do direito à educação (art. 4º). Estabelece ainda, que “Os pais ou responsável têm a obrigação de matricular seus filhos ou pupilos na rede regular de ensino”. (art. 55), e, ao tratar da proteção judicial dos interesses individuais, difusos e coletivos das crianças (art. 208), estabelece que serão regidas pelas disposições do Estatuto “as ações de responsabilidade por ofensa aos direitos assegurados à criança e ao adolescente, referentes ao não oferecimento ou oferta irregular do ensino obrigatório e do atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a cinco anos de idade”. Trata, ainda, que “Descumprir, dolosa ou culposamente, os deveres inerentes ao poder familiar ou decorrente de tutela ou guarda, bem assim determinação da autoridade judiciária ou Conselho Tutelar: Pena - multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência. (art. 249).

Há de ser destacado que em caso da omissão estatal, existe uma previsão de responsabilização da autoridade pública, conforme previsto no artigo 5º, § 4º, da LDB, no sentido de que “Comprovada a negligência da autoridade competente para garantir o oferecimento do ensino obrigatório, poderá ela ser imputada por crime de responsabilidade”.

7.1.2.2 Da Distinção Creches e Pré-Escolas

A LDB, ao tratar da Educação Infantil e regulamentar a previsão contida na Constituição Federal, a definiu como sendo a primeira etapa da educação básica que “tem como finalidade o desenvolvimento integral da criança de até 5 (cinco) anos, em seus aspectos físico, psicológico, intelectual e social, complementando a ação da família e da comunidade”. (art. 29).

Após definir a Educação Infantil²⁸, a LDB, estabeleceu de que forma ela deverá ser ofertada. Nesse momento fez constar algumas distinções entre as Creches e Pré-escolas, as quais constam das atribuições de cada um dos estabelecimentos de ensino.

Assim, nas Creches ou entidades equivalentes, deve ser ofertada, para as crianças de até três anos de idade e nas pré-escolas, o ensino para as crianças de 4 (quatro) a 5 (cinco) anos de idade. Esta distinção diz respeito à faixa etária das crianças.

²⁷ A prioridade compreende: a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; c) preferência na formulação e execução das políticas sociais públicas; d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas com a proteção à infância.

²⁸ Estabelece a LDB, em seu art. 11. Os Municípios incumbir-se-ão de: V - oferecer a Educação Infantil em creches e pré-escolas, e, com prioridade, o ensino fundamental, permitida a atuação em outros níveis de ensino somente quando estiverem atendidas plenamente as necessidades de sua área de competência e com recursos acima dos percentuais mínimos vinculados pela Constituição Federal à manutenção e desenvolvimento do ensino.

Outra distinção entre os estabelecimentos de ensino, diz respeito ao controle de frequência, em que na pré-escola deve ser exigida a frequência mínima de 60% (sessenta por cento) do total da carga horária prevista para a Educação Infantil.

Há outra distinção contida na LDB, especificamente em seu artigo 6º. Ela diz respeito à obrigatoriedade de matrícula. Obrigatoriedade que é para o ensino em pré-escolas, estabelecida nos seguintes termos “É dever dos pais ou responsáveis efetuar a matrícula das crianças na educação básica a partir dos 4 (quatro) anos de idade”.

7.1.2.3 Vagas em Pré-Escolas Judicializadas

A educação em pré-escolas, conforme visto, deve ser assegurada a todos os brasileiros, por se tratar de um direito individual, por seu caráter fundamental social, porque todos são iguais em direitos e em obrigações, porque é vedado qualquer tipo de discriminação. Em especial porque é de competência comum da União, dos Estados e dos Municípios proporcionar os meios de acesso à educação (CFRB 88, art. 23, V). Então, para que este princípio basilar da igualdade seja observado é indispensável ser assegurado o direito à Educação Infantil a todos.

Neste sentido, considerando a obrigatoriedade de implementação de políticas públicas que, seguindo uma premissa constitucional, deveriam assegurar o direito fundamental social de acesso à Educação Infantil, quando estas não dão conta da demanda, a consequência é uma ação ao Judiciário, provocando uma intervenção. É o que relata a decisão:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. ECA. EDUCAÇÃO. VAGA EM ESTABELECIMENTO DE EDUCAÇÃO INFANTIL. DIREITO FUNDAMENTAL DA CRIANÇA À EDUCAÇÃO. A Constituição Federal, em seu art. 208, IV, garante ao infante de até cinco anos o direito à educação, assegurando-lhe o atendimento em creche ou pré-escola. A Lei nº 9394/96, que estabelece as diretrizes e bases da educação, em seu art. 11, V, atribuiu aos Municípios a competência para garantir a Educação Infantil. Uma vez negado ou dificultado o acesso à Educação Infantil, violando, assim direito fundamental subjetivo ao ensino, cabível a intervenção jurisdicional, a fim de garantir a efetividade dos preceitos legais e constitucionais. Alegação de superlotação nas creches e pré-escolas e de incapacidade orçamentária que não restaram comprovadas nos autos. (TJRS, 2010, on-line).

No julgamento do Agravo de Instrumento nº 70063134894, o relator argumentou no sentido de que “O acesso ao ensino infantil em creche e pré-escola é direito da criança constitucionalmente assegurado, que deve ser garantido pelo Município com absoluta prioridade às crianças de zero a seis anos” (TJRS, 2014^a, on-line). Ademais, para a relatora, “É dever do Município assegurar às crianças o acesso à educação, cabendo-lhe garantir vaga na rede pública ou, então, na rede privada, às suas expensas, bem como transporte, caso

necessário”. O argumento do ente público de falta de recursos não é suficiente para privar o direito à Educação Infantil, conforme destacou a relatora “Eventuais limitações ou dificuldades orçamentárias não podem servir de pretexto para negar o direito à educação, dada a prevalência do direito reclamado”.

O acesso a educação como garantia fundamental, para ser efetivado depende da oferta de vaga na rede pública de ensino, a não oferta enseja determinação judicial, conforme decisão:

Ementa: REEXAME NECESSÁRIO. ECA. GARANTIA CONSTITUCIONAL DE ACESSO À EDUCAÇÃO INFANTIL. VAGA EM CRECHE OU PRÉ-ESCOLA. DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL. MUNICÍPIO DE PELOTAS. [...] 2. O direito à Educação Infantil constitui direito fundamental social, que deve ser assegurado pelo ente público municipal, garantindo-se o atendimento em creche ou pré-escola às crianças de zero a cinco anos de idade, com absoluta prioridade, nos termos do artigo 208, IV, da CF/88. (TJRS, 2018^a, on-line).

Evidencia-se que muitos Municípios apesar de ofertarem a Educação Infantil em tempo integral, não asseguram essa oferta à totalidade da demanda existente. Em consequência disso são adotados procedimentos como lista preferência, lista de espera ou de chegada, por seleção com critérios preferenciais por vulnerabilidade social das crianças, por critérios socioeconômicos das famílias. Tais decisões se tornaram impulsionadoras de judicialização na busca da igualdade e no acesso ao direito à Educação Infantil.

A importância da judicialização resta evidente no que diz respeito ao acesso à Educação Infantil, tendo em vista que as políticas públicas não atendem à demanda em sua totalidade, como demonstra a decisão anterior. A intervenção judicial viabiliza o direito de acesso à vaga em pré-escola, assegurando um direito subjetivo de natureza social.

7.1.3 Requisito de Idade Mínima

A discussão dizia respeito à fixação de idade mínima para o ingresso das crianças no ensino infantil e fundamental, envolvendo pais, especialistas em educação, o Ministério da Educação, Secretarias estaduais e municipais de educação, estabelecimentos de ensino e o Judiciário, que foi acionado para decidir sobre o conflito estabelecido.

A discussão jurídica sobre o requisito da idade mínima para ingresso na Educação Infantil iniciou no Estado do Rio Grande do Sul e tornou-se uma questão de cunho nacional, chegando a mais alta Corte Judiciária do país, o STF, o qual em julgamento final, durante a construção desta tese pôs fim à controvérsia ao proferir uma decisão final vinculativa a todo o país.

A controvérsia surgiu a partir de uma definição do Ministério da Educação através da

Câmara de Educação Básica do Conselho Nacional de Educação, que editou as Resoluções de nº 01 e 06 de 2010, em que foram estabelecidos os seguintes parâmetros: a exigência de comprovação de idade de 4 (quatro) anos completos até 31 de março do ano de ingresso no primeiro ano da Educação Infantil, e, a comprovação de idade de 6 (seis) anos completos até a data de 31 de março, como requisito para ingresso no primeiro ano do Ensino Fundamental.

Essa determinação do Ministério da Educação gerou a inconformidade dos pais e responsáveis pelas crianças em idade de matrícula escolar, de tamanha magnitude que acabou sendo judicializada. Foram inúmeras decisões judiciais nos diversos estados brasileiros, a grande maioria declarando inconstitucional a exigência do Ministério da Educação, muitas também entenderam ser legal o parâmetro estabelecido.

As resoluções referidas foram suspensas em vários estados por decisões judiciais, devido à complexidade do debate e dos interesses nele envolvidos. O STF precisou decidir sobre duas ações que tratavam da controvérsia. A competência para a decisão sobre a questão foi do Pleno da Corte. A ação Declaratória de Constitucionalidade - (ADC) nº 17, foi julgada em conjunto com a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - (ADPF) nº 292.

Essa discussão judicial representou um percentual de 5,65% do total de decisões judiciais analisadas no período pesquisado. A seguir são apresentadas algumas decisões que tratam da questão, como é o caso do Agravo de Instrumento Nº 70042747782, em que o relator afirmou que o direito à Educação Infantil se constitui um direito fundamental social, o qual deve ser assegurado pelo ente estatal, com absoluta prioridade, nos termos dos artigos 208, I, e §1º, e 227, "caput", da Constituição Federal, e artigos 4º, 54, I, e §1º, do ECA. No mérito da questão, decidiu-se que “Não há qualquer razoabilidade em se impedir a matrícula na 1ª série do ensino fundamental de criança que complete 04 anos durante o transcorrer do ano letivo e que implemente os requisitos exigidos na Portaria nº 146/2010 da Secretaria de Estado da Educação”. (TJRS, 2011a, on-line).

Em sentido contrário, decisões reconhecem o direito à Educação Infantil enquanto direito subjetivo, entretanto, entenderam que a exigência do Estado é legal:

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. ECA. EDUCAÇÃO INFANTIL - PRÉ-ESCOLA. IDADE MÍNIMA. LDB. MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA. [...]. Conforme o entendimento adotado pelo STJ no julgamento do Resp 1.412.704/PE, devem ser observadas as Resoluções nº 01/2010 e nº 06/2010 do Conselho Nacional de Educação, que prevêm o ingresso de criança na pré-escola, desde que completos 04 (quatro) anos de idade até o dia 31 de março do ano em que ocorrer a matrícula. NEGARAM PROVIMENTO. (TJRS, 2017ª, on-line).

O posicionamento do Judiciário nos diversos estados brasileiros permaneceu divergente,

por um longo período de tempo. Ora era reconhecida como inconstitucional a fixação da idade mínima em 31 de março de cada ano e como consequência havia a determinação da matrícula da criança nos estabelecimentos de ensino. Em outras tantas decisões, eram negados os pedidos de matrículas precoces, diante do entendimento que a regulamentação do Ministério da Educação estava baseada em critérios técnicos e razoáveis.

O fim da discussão aconteceu em agosto de 2018. O Informativo do STF, nº 909²⁹, de 03 de agosto de 2018, reproduz a decisão proferida no julgamento do dia 01/08/2018 pelo Pleno da Corte Suprema, com o título “Idade mínima para ingresso na educação infantil e no ensino fundamental”. A decisão estabeleceu que “São constitucionais a exigência de idade mínima de quatro e seis anos para ingresso, respectivamente, na educação infantil e no ensino fundamental, bem como a fixação da data limite de 31 de março para que referidas idades estejam completas”. Portanto, a definição do Ministério da Educação que regulamenta o critério etário para matrículas, foi reconhecida como legal.

O entendimento da Corte foi no sentido de que:

Cabe ao Poder Público desenhar as políticas educacionais, respeitadas as balizas constitucionais. O corte etário, apesar de não ser a única solução constitucionalmente possível, insere-se no espaço de conformação do administrador, sobretudo em razão da “expertise” do CNE e da ampla participação técnica e social no processo de edição das resoluções, em respeito à gestão democrática do ensino público [CF, art. 206, VI (5)]. (STF, Informativo nº 909, 2018).

Assim, a partir deste entendimento do Plenário do STF, que decidiu pela maioria de seus Ministros, pela procedência da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) e pela improcedência da ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), passou a ser vinculativa a decisão no sentido da legalidade das exigências previstas na LDB de 1996 e nas Resoluções editadas pelo Conselho Nacional de Educação (CNE).

A decisão gerou efeitos prospectivos, isso é, passou a ser balizadora a partir de sua publicação, ou seja, a partir das matrículas do ano de 2019, quando deve ser respeitada a decisão, entretanto, todas as decisões que asseguraram o acesso à Educação Infantil através de decisões liminares, para não prejudicarem os estudantes, os quais na maioria já estavam cursando outras séries mais elevadas, foram respeitadas.

A solução do conflito que gerou uma grande quantidade de ações, ao final das discussões foi no sentido de que não se trata de direito fundamental social à Educação Infantil antecipar

²⁹ O Informativo do Supremo Tribunal Federal é uma publicação oficial, a qual está disponível para pesquisa e consulta pública, nele são publicadas as principais discussões da Corte. O seu endereço eletrônico é: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo909.htm#Idade>>. Acessado em 06 abr. 2019.

etapa de estudo em decorrência da idade das crianças. O conflito levado ao Judiciário acabou por gerar muitos transtornos ao sistema educacional e suas políticas públicas do que gerou benefício para as crianças. Muitas crianças conseguiram antecipar seus estudos protegidas por decisões judiciais de primeira e segunda instância, as quais não mais puderam ser revertidas, pois elas já haviam progredido em seus estudos, estando adiantadas quando da decisão final. Nestes casos, consolidou-se um direito de cunho temporal.

7.1.4 Transporte Escolar

A Constituição Federal resguarda enquanto dever do Estado (art. 208, VII) o 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.

Por sua vez, a LDB estabelece o dever do Estado (art. 4º), com educação escolar pública o qual deverá ser efetivado mediante a garantia de (VIII) 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. Estabelece ainda que (art. 10, VII) aos Estados incumbe assumir o transporte escolar dos alunos da rede estadual e, (art. 11, VI), aos Municípios é atribuída a responsabilidade em assumir o transporte escolar dos alunos da rede municipal de ensino. Considerando que é dos Municípios o dever de atuar prioritariamente na Educação Infantil, é contra eles as ações que buscam transporte escolar.

A reivindicação pelo direito de transporte escolar para as crianças do ensino infantil, representou no período analisado pela pesquisa um percentual de 4,42% do total das decisões judiciais. O transporte escolar público e gratuito foi judicializado, pois, as políticas públicas não contemplam todas as crianças em idade escolar, ou seja, a falta da oferta de transporte implicou em cerceamento de um direito fundamental social da criança de acesso à educação.

A decisão proferida no Agravo de Instrumento de nº 70045940152, retrata a busca por transporte escolar especial, a ser disponibilizado em veículo adaptado que assegure o direito de locomoção para criança com deficiência. Os argumentos utilizados pelos julgadores, no caso do transporte escolar, conforme descrito na decisão é de que “não afronta a lei decisão de antecipação de tutela contra a Fazenda Pública para o fim de assegurar a efetivação de direito subjetivo constitucionalmente garantido. É dever solidário dos entes estatais prestar o transporte escolar gratuito das crianças e adolescentes matriculados na rede pública de ensino”. (TJRS, 2011b, on-line)

Ainda, na mesma decisão que reconheceu o direito ao transporte escolar especial, foram

utilizados os fundamentos de que se trata de direito fundamental da criança o direito à educação, que este é um direito subjetivo, o qual está respaldado pela Constituição e pelo ECA. Foi consignado que “do ponto de vista constitucional, é bem de ver que em razão da proteção integral constitucionalmente assegurada à criança e ao adolescente, a condenação dos entes estatais ao atendimento do direito fundamental à educação não representa ofensa aos princípios da separação dos poderes³⁰, do devido processo legal, da legalidade ou da reserva do possível”.

Ainda tem-se a decisão proferida em reexame necessário pela Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça gaúcho em data de 12/07/2018:

Ementa: DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. DIREITO À EDUCAÇÃO. TRANSPORTE ESCOLAR. Tratando-se de uma decisão ilícida proferida contra a Fazenda Pública, de acordo com o entendimento consolidado do STJ, é necessária a sujeição do processo ao duplo grau de jurisdição. Direito à educação. O direito à educação com o acesso do autor ao ensino infantil em creche e pré-escola é direito constitucionalmente assegurado, porquanto a Constituição Federal elevou a educação ao patamar de direito fundamental e social. Ademais, o entendimento jurisprudencial sobre a matéria é pacífico no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, do 4º Grupo Cível desta Egrégia Corte Gaúcha e desta Colenda Câmara. O fornecimento de transporte é necessário para garantir o acesso físico ao ensino e, assim, o efetivo direito à educação. (TJRS, 2018b, on-line).

Dessa forma, diferentemente da discussão acerca da idade mínima para ingresso na Educação Infantil, a posição do Judiciário em relação às reivindicações que tinham como objetivo assegurar o transporte escolar para as crianças da Educação Infantil foi no sentido de acolher os pedidos e determinar que o Poder Público assegurasse esse direito, de modo que a intervenção judicial produziu resultados favoráveis às crianças, garantido o acesso ao ensino.

7.1.5 Professores na Educação Infantil

A pesquisa apontou a existência de um percentual de 2,45% de decisões em que foram discutidas questões relacionadas a direitos de professores e/ou outros trabalhadores em creches e pré-escolas, as questões envolvem servidores públicos e empregados de estabelecimentos privados de ensino que trabalham com Educação Infantil.

No que diz respeito a direitos reivindicados pelos profissionais que atuam na Educação Infantil, estes têm relação com uma proteção Constitucional, pois, o ensino deve obedecer a determinados princípios (art. 206). Dentre eles: (V) a valorização dos profissionais da educação

³⁰ Parte da teoria de Montesquieu, adotada pela Constituição brasileira, segundo a qual, os estados modernos fazem uma distinção e divisão de poderes do estado entre Poder Executivo (governa), Poder Legislativo (legisla) e Poder Judiciário (julga), cada qual com suas atribuições definidas pela Constituição Federal. Cada um dos poderes possui atribuições e limitações próprias de poder. Devendo haver harmonia entre estes poderes.

escolar, planos de carreira, ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, para servidores das redes públicas; (VI), gestão democrática do ensino público, (VIII) piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, definição legal sobre as categorias de trabalhadores considerados profissionais da educação básica e fixação de prazo para a elaboração ou adequação de seus planos de carreira, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Mesmo que estas questões não estejam diretamente relacionadas aos direitos à Educação Infantil de crianças, as questões envolvem de forma indireta a oferta do ensino. Isso, porque questões ligadas a quem tem a principal responsabilidade pelo ensino na educação dos estudantes, de certa forma, acaba impactando no atendimento prestado.

Inúmeras questões foram objeto de judicialização, destacando-se, a questão de reconhecimento salarial por formação específica de professores, direito de recebimento de adicionais pelas atividades especiais de atendimento a crianças com necessidades especiais, adicionais de deslocamento, adicionais de promoção for formação profissional, horas extraordinárias de trabalho entre outros.

A título exemplificativo, o Agravo de Instrumento, nº 70078069556, discutiu direito à nomeação de professor “Verificada fundada dúvida quanto ao preenchimento dos requisitos legais para ocupação do cargo, havendo, inclusive, parecer da assessoria jurídica do próprio Município no sentido da satisfação de tais requisitos, cabível a concessão da liminar para reservar a vaga pleiteada, evitando o perecimento do direito alegado”. (TJRS, 2018c, on-line).

Outra questão discutida diz respeito à legislação municipal que estabelece critérios distintos do contido na LDB “Verificado conflito entre o disposto no anexo único da Lei Municipal nº 6.363/16 do Município de Pelotas e a Lei Federal nº 9.394/96 no que diz respeito à exclusão da formação em nível médio na modalidade normal como formação mínima exigida para o exercício do magistério em Educação Infantil, deve prevalecer a determinação desta última”. (TJRS, 2018d, on-line).

Apelação Cível nº 70078277951, de relatoria do desembargador Francesco Conti, trata do desvio de função de servidor público auxiliar de creche, “não demonstrado o desempenho de função diversa do cargo por servidor público, indevido o pagamento de diferenças remuneratórias a título de desvio de função”. (TJRS, 2018e, on-line). Já a Apelação e Reexame Necessário, nº 70057371783, relatada pela desembargadora Maria Claudia Cachapuz, trata do direito ao adicional de insalubridade “Apelação Cível. Servidor Público. Município de Palmeira das Missões. Adicional de Insalubridade. Professor de Educação Infantil. Desvio de Função. Cargo de Monitor. Negado Provimento ao Apelo”. (TJRS, 2017b, on-line).

As decisões proferidas pelo Judiciário, resultantes das ações propostas pelos servidores que atuam na Educação Infantil, foram em grande parte no sentido de reconhecer direitos, muito embora, foram nestas ações em que foi constatado o maior percentual de decisões contrárias. Ou seja, que negaram os pedidos levados ao Judiciário, isto porque, muitas das demandas não estavam embasadas em uma proteção jurídica prevista nas legislações que regem os direitos destes servidores que atuam em estabelecimentos de Educação Infantil.

7.1.6 Acessibilidade

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, apesar de seu caráter de enunciado, fez emergir concepções de valores para a vida humana que contribuíram significativamente para a luta pela igualdade de acesso às condições de vida. Tais premissas, conduziram ao reconhecimento humano independente de qualquer tipo de discriminação. A educação foi elevada a uma condição que objetiva a plenas expansões da personalidade humana e a um reforço dos direitos humanos para a construção de uma sociedade tolerante, que cultive a amizade entre os povos independentemente de qualquer discriminação.

Além da Declaração dos Direitos Humanos, em 2007, a ONU editou a Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, da qual o Brasil foi seu signatário, incorporando ao direito pátrio através do Decreto nº 6.949/2009, servindo de um importante instituto de proteção da pessoa com deficiência na relação com a educação. Destacando-se que o país, antes mesmo desta Convenção, já possuía uma legislação protetiva da pessoa com deficiência, contida na Lei nº 10.098, de 19 de dezembro de 2000, que “Estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências”. Em 2015, pela Lei nº 13.146, foi transformada em Estatuto da pessoa com deficiência.

Para que a igualdade seja assegurada e para que todo o ser humano possa independentemente de suas condições físicas e intelectuais ter acesso ao direito à educação enquanto condição de vida plena, a sociedade passou a valorizar e a construir mecanismos de acessibilidade às pessoas com deficiência, de modo que foram editados estatutos específicos, as Constituições asseguraram a garantia da dignidade humana e a igualdade, de sorte que, não se pode idealizar que a falta de acessibilidade impeça a criança de usufruir de seus direitos.

A acessibilidade está legalmente³¹ conceituada, considera-se como sendo a “possibilidade e condição de alcance para utilização, com segurança e autonomia, de espaços, mobiliários, equipamentos urbanos, edificações, transportes, informação e comunicação, inclusive seus sistemas e tecnologias, bem como de outros serviços e instalações abertos ao público, de uso público ou privados de uso coletivo, tanto na zona urbana como na rural, por pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida.” (BRASIL, 2015).

A Constituição brasileira, estabelece como dever do Estado com à educação (art. 208, III), que ela será efetivada mediante a garantia de atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino. Por sua vez, a LDB, estabelece o dever do Estado (art. 4º), que será efetivado mediante a garantia de (III) atendimento educacional especializado gratuito aos educandos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação, transversal a todos os níveis, etapas e modalidades, preferencialmente na rede regular de ensino.

Já o ECA, (art. 53, III), determina que a criança e o adolescente têm direito à educação, visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho, assegurando atendimento educacional especializado a todos aqueles que forem portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino.

A discussão de direitos relacionados à acessibilidade, mesmo que percentualmente pouco relevante em termos quantitativos, foi objeto de análise, posto que ainda se mostra presente as barreiras, especialmente físicas, como verificado, que impedem o regular e pleno exercício de acesso à Educação Infantil por crianças com deficiência.

Foi identificado apenas 0,027% da quantidade total das ações, em que se buscava a efetivação de acessibilidade, o que aponta para significativos avanços em termos de reconhecimento estatal e social quanto à acessibilidade. Dentre os pedidos de acessibilidade, destacam-se o de atendimento especializado por parte de professores e atendentes, acesso físico para as crianças e atendimento individualizado considerando as condições peculiares da criança.

Os direitos relacionados à acessibilidade das crianças sensibilizam os julgadores, na medida em que se constatou que todos os pedidos judicializados receberam acolhida por parte do Poder Judiciário, no sentido de obrigar o Poder Executivo a garantir o acesso às crianças com algum tipo de restrição física ou intelectual, como forma de assegurar o desenvolvimento humano através da educação, respeitando as limitações das crianças.

Exemplificadamente, uma decisão judicial que reflete a posição do Judiciário que

³¹ Estabelecido no artigo 3º, da Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015, que Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência).

determinou o cumprimento do dever de Estado em assegurar a acessibilidade, é a proferida na ação coletiva do seguinte Agravo de Instrumento:

Ementa: AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ECA. DIREITO À EDUCAÇÃO. ALUNOS PORTADORES DE NECESSIDADES ESPECIAIS. NECESSIDADE DE ACOMPANHAMENTO POR MONITORES. 1. O dever de garantir acesso à educação aos portadores de necessidades especiais não se esgota com a simples oferta da vaga, em condições iguais àquelas oferecidas aos demais alunos, mas vai muito além, pois requer atendimento adequado dessas necessidades ditas especiais, a fim de assegurar a aprendizagem e o desenvolvimento, não somente dos alunos com deficiência, mas de todo o grupo. 2. Em outras palavras, ao admitir alunos portadores de deficiências em suas escolas regulares, deve o Estado providenciar estrutura física (de acessibilidade, por exemplo) e de pessoal adequada para que o direito à educação seja realmente efetivo e não haja prejuízo aos demais alunos. (TJRS, 2012a, on-line).

O entendimento do Judiciário foi de que a oferta de vaga na Educação Infantil não assegura, por si só, o direito de acesso à educação de forma plena, há que ser atendido também as questões relacionadas à acessibilidade para que o dever com a Educação Infantil seja cumprido pelo poder público de forma adequada.

Seguindo a mesma forma de interpretação dos direitos fundamentais à Educação Infantil, a decisão judicial proferida na Ação de Apelação Cível de nº 70055316509:

“O dever constitucional do Estado - em sentido lato - de prover o acesso à educação, notadamente em favor das crianças e adolescentes, tem arrimo nos arts. 205 e 227 da Constituição Federal. Em relação aos portadores de necessidades especiais, a obrigação do Estado não se esgota com a simples oferta da vaga, em condições iguais àquelas oferecidas aos demais alunos, indo muito além, pois requer atendimento adequado dessas necessidades ditas especiais, a fim de assegurar a aprendizagem e o desenvolvimento, não somente dos alunos com deficiência, mas de todo o grupo, conforme art. 208, inc. III, da Constituição Federal”. (TJRS, 2013c, on-line).

O relator no julgamento referido, deixou consignado de forma clara e objetiva, os limites do dever do Poder Público em relação à Educação Infantil e sua acessibilidade, ao constar:

“Ao admitir alunos portadores de deficiência em suas escolas regulares, deve o Estado providenciar estrutura física (de acessibilidade, por exemplo) e de pessoal adequada para que o direito à educação seja realmente efetivo a todos os alunos. 3. Conjugando-se a ideia de dever discricionário e função jurisdicional com a principiologia vertida na Constituição Federal, dando prioridade absoluta aos direitos da criança e do adolescente, está o poder público necessariamente vinculado à promoção, com absoluta prioridade, do acesso à educação da população infanto-juvenil”.

A acessibilidade conforme retratado pelas decisões judiciais analisadas, constitui-se em direito que viabiliza a educação. Por isso, houve um resguardo desse direito nas ações que foram levadas ao Judiciário objetivando a efetivação desse direito.

A partir da análise das decisões proferidas pelo Judiciário que tratam do direito à acessibilidade na Educação Infantil, os percentuais de acolhimento das reivindicações e a determinação de efetivação, demonstram que a judicialização se constituiu em importante instrumento de efetivação do direito de acessibilidade ao ensino infantil.

7.1.7 Turno Integral

Para Araújo (2015) a oferta de Educação Infantil em tempo integral remete a um debate ancorado no passado de lutas da sociedade brasileira. Contudo, atualmente vê-se um crescimento da inclusão dessa questão na agenda pública, por iniciativa dos governos municipais e por provocação de interpelação judicial (judicialização), como forma de garantir direitos da criança e atender demandas das famílias:

Assim, a tênue experiência da Educação Infantil como primeira etapa da educação básica, cujo desafio de sua universalização ainda está longe de se efetivar (não obstante os esforços consolidados nos últimos anos), vai sendo provocada a incorporar, no centro mesmo de suas questões, novas perspectivas de análise acerca da ampliação do tempo de permanência das crianças matriculadas em creches e pré-escolas, sem que isso implique abrir mão de um conjunto de garantias e direitos historicamente conquistados na sociedade brasileira. (ARAÚJO, 2015, p. 22).

A Educação Infantil em tempo integral, passou a ser incorporada à agenda pública como resultado de lutas sociais. A judicialização é uma forma de buscar o resguardo de tal direito, que se evidencia, em face da garantia de sua universalização. Ao tratar dos dilemas da escolarização brasileira, analisando a ampliação da jornada escolar, e considerando a proteção como meta, os autores Silva (2019, p. 29), destacam que “do ponto de vista da formação para a cidadania, a proteção como uma meta sugere uma ampliação dos campos de intervenção da escola pública brasileira. Coloca-se em ação um entendimento político que estabelece uma correspondência entre a ação integral e a proteção social”.

A judicialização de demandas com o propósito de assegurar o direito à Educação Infantil em turno integral para as crianças, de certa forma, despertou a atenção por apresentar números significativos dos conflitos. Do total das demandas que reivindicaram direitos relacionados à Educação Infantil, 11,60% do quantitativo buscava a garantia de oferecimento de atendimento educacional em turno integral para as crianças.

No julgamento da Apelação Cível nº 70071700165, constou como ementa “ECA. Educação. Vaga em Creche. Turno Integral. Limitação de Distância. Transporte Escolar. Honorários Advocatícios. Fadep. Majoração”. Em seus argumentos, diz o relator que “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”. (TJRS, 2016b, on-line).

Continuando em seus argumentos, o relator refere que “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” já que se trata de uma premissa da Constituição da República.

No mesmo sentido, a decisão proferida na Apelação e Reexame Necessário nº 70075459560, a qual teve a seguinte ementa “Vaga em Creche. Turno Integral. Princípios da Separação dos Poderes, Discricionariedade do Administrador, Reserva do Possível e Razoabilidade. Previsão Orçamentária. Honorários Advocatícios”. (TJRS, 2017c, on-line).

Assentou o julgador em seus argumentos que à Educação Infantil em turno integral se constitui como “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”.

Destacou o julgador, ainda, em seus fundamentos que asseguraram o direito à Educação Infantil em turno integral que “ademais, a educação é direito social, valor mínimo de uma sociedade que se pretende justa, livre e solidária, nos termos da Constituição da República”. Referindo ainda que “em razão da proteção integral constitucionalmente assegurada à criança e ao adolescente, a condenação dos entes estatais ao atendimento do direito fundamental à educação não representa ofensa aos princípios da separação dos poderes, da discricionariedade do administrador, da reserva do possível e da razoabilidade”.

Foi identificado, também, que em muitos casos, a judicialização busca comodidade à família e à criança, o que foi percebido pelo Judiciário, de sorte que, mesmo estando assegurado o direito a turno integral, em muitos casos, a pretensão é para que seja esta oferta assegurada próxima da residência. Nesses casos, o Judiciário tem entendido que não se configura direito a ser juridicamente protegido:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. ECA. MUNICÍPIO DE GUAÍBA. GARANTIA CONSTITUCIONAL DE ACESSO À EDUCAÇÃO INFANTIL. VAGA EM CRECHE OU PRÉ-ESCOLA. TURNO INTEGRAL. ESCOLHA DA INSTITUIÇÃO DE ENSINO. DESCABIMENTO. 1. A Educação Infantil, como direito fundamental social, deve ser assegurada pelo ente público municipal, garantindo-se o atendimento em creche ou pré-escola às crianças de zero a cinco anos

de idade, com absoluta prioridade, nos termos do artigo 208, IV, da CF. 2. Assim sendo, considerando que a jornada integral na rede municipal somente é oferecida na escola EMEF Liberato Salzano Viera da Cunha, inviável a pretensão da recorrente de que seja mantida em estabelecimento de sua preferência, tendo em vista que o direito à educação está sendo atendido pelo Município de Guaíba, ainda que em local diverso do escolhido. 3. Manutenção da decisão recorrida, que disponibilizou o transporte escolar. (TJRS, 2015^a, on-line).

Tal interpretação, como verificado nos fundamentos da decisão, leva a uma pretensão além das possibilidades de atendimento por parte do Poder Público, considerando a necessidade de atendimento de todos às condições básicas e elementares de acesso à Educação Infantil, de modo que, somente seria possível o atendimento em caso de existência de disponibilidade e no caso de não ser assegurado o acesso de outras formas.

Em relação ao oferecimento de Educação Infantil em turno integral, a análise das decisões proferidas na judicialização aponta para uma atuação firme do Judiciário no reconhecimento e na determinação de garantia de exercício do direito. A exceção constatada foi para os casos em que se buscava mais comodidade, apesar de já haver o exercício do direito por parte da criança que motivou a judicialização da demanda.

7.1.8 Aumento de Vagas

Assegurar o direito de acesso à Educação Infantil, em creches e pré-escolas, na visão de Sarmiento (2015, p. 80), implica em assegurar:

A um “lugar” da afirmação plena dos direitos da criança. Nesse sentido, os estabelecimentos educativos são o lugar institucional onde a criança também realiza os direitos à proteção contra a violência, a exploração e o abuso; o direito à saúde e à proteção contra a doença; os direitos à alimentação, à higiene, ao exercício físico, ao contacto e usufruto da água, das plantas e da natureza em geral; os direitos ao afeto e às emoções, ao riso, ao convívio, ao jogo e à brincadeira, ao reconhecimento de si própria em face às outras crianças.

Conforme descreve Sarmiento, as creches e pré-escolas se constituem em local importante para a formação da criança, onde é assegurado a afirmação dos seus direitos, entre os quais se destaca o da proteção contra qualquer tipo de violência, direito à vida, à alimentação ao afeto, ao convívio com colegas; o que possibilita um desenvolvimento integral enquanto ser humano reconhecido.

A busca pelo aumento de vagas acontece através da proposição de ações coletivas, em sua maioria, as quais foram propostas pelo Ministério Público estadual, levando em conta a falta de vagas em creches e pré-escolas para assegurar o direito à Educação Infantil de crianças

na faixa etária adequada.

A questão do aumento de vagas, representa pequeno percentual da judicialização no período desta pesquisa, foram apenas 0,06% das ações que postularam esse direito. Há que ser considerado que se trata de um pedido que atende toda uma população nas mesmas condições, o de não ter acesso à Educação Infantil, por falta de vagas, por isso há pequeno número de ações. Até porque, conforme apontou a análise, as pessoas não ficam no aguardo de ações coletivas. Cada uma delas, ao se sentir prejudicada, ajuizou ações individual objetivando a garantia de direito próprio.

As decisões judiciais, acolheram os pedidos de aumento de vagas, isso foi constatado através da análise das decisões judiciais, podendo ser demonstrado pelo julgamento de uma ação coletiva proposta pelo Ministério Público:

Ementa: ECA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PEDIDO DE AMPLIAÇÃO DO NÚMERO DE VAGAS EM ESCOLAS MUNICIPAIS DE EDUCAÇÃO INFANTIL. DIREITO À EDUCAÇÃO. DEVER DO MUNICÍPIO. PRAZO PARA CONCRETIZAÇÃO DAS OBRAS. MULTA PECUNIÁRIA. DESCABIMENTO. 1. O Município tem a obrigação de assegurar o acesso das crianças à educação, cumprindo-lhe garantir vagas na rede pública de ensino, de acordo com o número da população habitante e, na falta destas, deve proporcionar esse direito na rede privada, às suas expensas. [...]. (TJRS, 2008ª, on-line).

A decisão proferida na ação de Agravo de Instrumento nº 70054273990, traz como fundamento de reconhecimento ao direito de aumento de vagas que “Os entes federativos, cada qual em sua esfera, têm o dever de propiciar o acesso à educação. No caso, o Município tem o dever de assegurar o acesso à Educação Infantil. A educação é direito social, valor mínimo de uma sociedade que se pretende justa, livre e solidária”, nos termos da Constituição da República”. (TJRS, 2013d, on-line).

A decisão proferida nos autos da Apelação Cível nº 70045051018, tem a seguinte ementa “Apelação Cível. Educação Infantil. Dever do Estado. Direito à Educação. Investimentos do Ente Público na Educação. Ausência de Comprovação” também é um exemplo de judicialização que buscou o aumento de vagas em creche e pré-escola. Destacou, em seus argumentos, o julgador que em relação ao direito a educação “Os entes federativos, cada qual em sua esfera, têm o dever de propiciar o acesso à educação. No caso, o Município tem o dever de assegurar o acesso à Educação Infantil”. Salientando ainda que, “A educação é direito social, valor mínimo de uma sociedade que se pretende justa, livre e solidária, nos termos da Constituição”. (TJRS, 2011c, on-line).

No mais, muitos Municípios passaram a adotar um sistema de “lista de espera” em face

da indisponibilidade de vagas no sistema de ensino. Esta questão também foi judicializada, de modo que a posição do Judiciário foi no sentido de que é inaceitável tal atitude, conforme segue:

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. ECA. DIREITO À EDUCAÇÃO. FORNECIMENTO DE VAGA EM ESTABELECIMENTO DE ENSINO INFANTIL. 1. DIREITO AO ENSINO INFANTIL CONSTITUCIONALMENTE ASSEGURADO. OBRIGAÇÃO DO MUNICÍPIO. É constitucionalmente assegurado o direito ao ensino infantil, que deve ser garantido pelo município com absoluta prioridade às crianças de zero a seis anos. Incumbe ao poder público a responsabilidade de garantir acesso às escolas ou creches, sendo inaceitável que haja a necessidade de aguardar em lista de espera, sem previsão de atendimento, para ver atendido um direito que é prioritário. 2. TURNO INTEGRAL. O fornecimento de vaga em estabelecimento de ensino infantil em turno integral é decorrência dos princípios constitucionais de proteção e desenvolvimento da infância, e deve ser assegurado às crianças, em especial as oriundas de famílias com poucas condições financeiras. (TJRS, 2018f, on-line.).

No mesmo sentido, verifica-se a decisão proferida no julgamento da Apelação Cível nº 70075594945, onde o argumentou diz que “É preponderante o dever de conferir efetividade às garantias constitucionais essenciais, entre elas o direito à educação e à proteção dos menores”. E continua a desembargadora, “A inexistência de prévia inscrição da criança nas listas de espera do Município para obtenção de vaga em escola de ensino infantil não é requisito de admissibilidade do correspondente pedido judicial”, (TJRS, 2017d, on-line), decidindo que não há necessidade da criança fazer pedido administrativo de vaga como condição para judicializar.

No caso da judicialização que teve como objetivo uma decisão judicial que determinasse ao ente público o aumento na oferta de vagas para à Educação Infantil, se mostrou muito importante, pois acolhidas foi acolhida pelo Judiciário, o que culminou em determinações ao Poder Público para a adoção de providências no sentido de disponibilizar aumento de vagas para atender a demanda do direito de acesso.

7.1.9 Contratação Vagas Particular

A judicialização do direito à contratação de vagas em creches e pré-escolas particulares representa o percentual de 5,49%, do total das judicializações. Isso decorre da falta de oferta de vagas na rede pública de ensino. Neste caso as políticas públicas voltadas a efetivar o direito de acesso à Educação Infantil não atenderam ao direito constitucionalmente garantido.

A decisão proferida na ação de Agravo de Instrumento nº 70036117554, ao decidir uma Ação Civil Pública, determinou que um Município cumprisse com sua obrigação e contratasse vagas particulares para suprir a demanda por vagas na Educação Infantil, em face da indisponibilidade na rede pública. Fundamentou o julgador que “O Município tem obrigação

de prestar ensino público, nos termos do art. 211, §§ 2º e 4º, da Constituição Federal e art. 11, V, da Lei nº 9394/96. Em consequência, sua obrigação de disponibilizar vagas para estudantes carentes pode ser exigida e concedida judicialmente”. (TJRS, 2010b, on-line). Em consequência disso, houve a determinação para que o Município providenciasse vaga na rede pública de ensino, em escola próxima à residência da criança, no prazo de 20 (vinte) dias, sob pena de bloqueio de valores. Na ausência de vaga na rede pública que a determinação judicial é de que a criança seja alocada na rede privada de ensino, de modo a ser efetivado o direito de acesso à Educação Infantil.

Isso ocorreu também na decisão de uma ação que teve com propósito assegurar o direito de acesso à Educação Infantil, conforme reproduz a ementa “Ação Ordinária. Direito à Educação. Dever do Município de Assegurar Vaga Em Estabelecimento Público de Ensino. Bloqueio de Valores”, e a fundamentação a seguir destacado:

[...]. Constitui dever do Município assegurar às crianças o acesso à educação, cabendo-lhe garantir vaga na rede pública ou, então, na rede privada, às suas expensas. 2. É cabível o bloqueio de valores quando permanece situação de inadimplência imotivada do ente público, pois o objetivo é garantir o célere cumprimento da obrigação de fazer estabelecida na decisão judicial. 3. No caso em tela, descabe a determinação de bloqueio de valores na ação individual, diante da existência da ação civil pública julgada procedente e que se encontra na fase de cumprimento de sentença, cujo título executivo judicial se presta para atender a totalidade do pleito, já tendo sido determinado o bloqueio de quantia mensal visando atender a aquisição de vagas na rede privada. Recurso provido. (TJRS, 2013c, on-line).

As ações judicializadas com o propósito de obtenção de vaga na rede privada no caso da impossibilidade de oferta na rede pública de ensino, receberam acolhimento parte do Judiciário sob os fundamentos de que se está diante de direito fundamental social protegido constitucionalmente e por se tratar de prioridade absoluta assegurada pelo ECA. Dessa forma a falta de estabelecimentos e a demora em novas construções, não servem de argumento para impedir o direito de acesso à Educação Infantil, de modo que a judicialização mostrou-se como instrumento fundamental para que a contratação de vagas na rede particular suprisse a ausência de vagas na rede pública de ensino.

7.1.10 Vagas Próximas a Residência

O acesso à Educação Infantil em plenitude não é garantido apenas com a disponibilização de vagas em estabelecimentos públicos e da garantir de matrículas das crianças, é preciso mais.

O resguardo ao acesso vai além, é preciso ainda que haja a garantia das vagas em estabelecimentos de ensino próximos à residência dos estudantes.

Aliás, a legislação protetiva das garantias educacionais dos menores expressamente assegurou que o acesso à Educação Infantil seja em escola pública e gratuita, cuja vaga deve ser próxima à residência da família. Essa previsão consta do ECA e da LDB. No estatuto a garantia está prevista no artigo 53, inciso V³² na LDB está previsto no artigo 4º, X³³.

Tal garantia se aplica às crianças a partir do dia em que completam 4 (quatro) anos de idade, devendo ainda ser assegurada vaga no mesmo estabelecimento de ensino a irmão que estiver na mesma etapa ou ciclo de ensino da educação básica.

A questão conflituosa relacionada ao exercício do direito de vagas próximas à residência das crianças, representou no período de pesquisa um percentual de 1,52% do total das decisões judiciais proferidas. Isso se mostra importante para que aconteça a efetivação do direito a educação, conforme constatado nas decisões analisadas. O não oferecimento de vagas nas condições adequadas, inviabiliza o acesso à educação, também porque as dificuldades dos pais, que trabalham, geram impedimento de acesso ao estabelecimento educacional e consequentemente o acesso à Educação Infantil.

A decisão proferida no Agravo de Instrumento nº 70055897177, teve a seguinte ementa “Educação Infantil. Vaga em Creche. Matrícula em Escola Próxima a Residência. Cabimento”. No fundamento de decidir, o relator fez consignar que “É direito de toda criança e adolescente ter acesso à educação em escola pública próxima de sua residência, conforme previsto no art. 53, inciso V, do ECA”. (TJRS, 2013f, on-line).

A provocação do Judiciário para interferir em casos em que não é assegurada, pelos entes públicos, a vaga em estabelecimento de ensino público próximo à residência do estudante, levou a outro problema: o de definir o que significa próximo à residência. Ou seja, que distância pode ser considerada próxima para fins de oferta de vagas? A posição majoritária do Judiciário foi de que é razoável a oferta de vagas até dois quilômetros de distância da residência do estudante. É o que se decidiu no julgado:

APELAÇÃO CÍVEL. ECA. DIREITO À EDUCAÇÃO. VAGA EM CRECHE. LIMITAÇÃO DE DISTÂNCIA. [...]. Direito Fundamental à Educação O direito

³² Art. 53. A criança e o adolescente têm direito à educação, visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho, assegurando-se-lhes: V - acesso à escola pública e gratuita, próxima de sua residência, garantindo-se vagas no mesmo estabelecimento a irmãos que frequentem a mesma etapa ou ciclo de ensino da educação básica. (Redação dada pela Lei nº 13.845, de 2019).

³³ Art. 4º O dever do Estado com educação escolar pública será efetivado mediante a garantia de: X – vaga na escola pública de Educação Infantil ou de ensino fundamental mais próxima de sua residência a toda criança a partir do dia em que completar 4 (quatro) anos de idade. (Incluído pela Lei nº 11.700, de 2008).

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. Transporte escolar - critério de 2km de distância. Além do Direito à Educação, também é direito da Criança que a creche seja "próxima à residência". [...]. (TJRS, 2017e, on-line).

Por outro lado, o requisito distância de até dois quilômetros do estabelecimento de ensino até a residência do estudante considerado razoável pelo Judiciário, não se aplica em casos em que o poder público disponibiliza o transporte escolar. É, neste sentido a decisão apresentada como paradigma do posicionamento judicial seguinte:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. ECA. VAGA EM CRECHE. DIREITO CONSTITUCIONALMENTE ASSEGURADO. DISTÂNCIA ENTRE CRECHE E RESIDÊNCIA. Educação. É dever do Município assegurar vaga em creche ou Educação Infantil em rede pública, conveniada ou particular, às crianças de zero a cinco anos, em virtude do direito fundamental de acesso à educação. Art. 208, IV, da CF. Distância da creche. O critério de localização da creche próxima à residência da criança não é absoluto. Sua distância em raio superior a 2 km da residência é cabível, desde que fornecido transporte escolar gratuito. (TJRS, 2018g, on-line).

Conforme evidenciado, o direito à Educação Infantil somente é considerado assegurado ao estudante enquanto obrigatório e gratuito, quando o ente público garante sua oferta próxima à residência da criança. Esse tem sido o entendimento do Judiciário com proteção firme, que considera como condição indispensável haver a oferta de vagas próximas à residência ou alternativamente mediante a oferta de transporte escolar da criança de sua residência até o estabelecimento público mais próximo, para que se possa efetivamente garantir o acesso.

7.1.11 Percentual Mínimo em Educação

A discussão judicial em relação ao percentual a ser aplicado pelos entes públicos em educação, representou pequeno número de demandas, ou seja, 0,11% do total. A questão foi judicializada em decorrência de que os entes públicos utilizam como argumento para o não atendimento de direitos à Educação Infantil, como é o caso de disponibilização de vagas, transporte escolar, entre outros, um argumento denominado “reserva do possível³⁴”.

³⁴ Princípio de origem alemã, surge em julgados pela corte constitucional onde se discutia direitos fundamentais sociais. Ele está ligado a relevância dos aspectos econômicos desses direitos, ao seu custo, o qual tem o limitador financeiro para a efetivação. A discussão envolve a efetivação desses direitos e a relação econômica, a possibilidade dos orçamentos públicos em atender as demandas. Leva em conta a razoabilidade e a discussão de um núcleo mínimo que deve ser assegurado pelo Estado.

O argumento dos entes públicos, foi no sentido de que os orçamentos públicos possuem limitadores financeiros e eles impedem o atendimento de direitos elementares, dentre os quais, o direito à Educação Infantil que passaria por restrições decorrentes da reserva do possível.

Os julgados, que foram analisados, seguem a posição da doutrina, no sentido de que o princípio da reserva do possível, mesmo que considerado, não pode servir de subterfugio para impedir o exercício de direitos de natureza fundamental social, como é o caso da Educação Infantil, não podendo ser utilizado como argumento limitador do exercício de direitos fundamentais sociais, assegurados constitucionalmente.

Sobre a reserva do possível alegada pelos entes públicos, ela tem a seguinte concepção:

A reserva do possível constitui, em verdade (considerada toda a sua complexidade), espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, mas também atua, em determinadas circunstâncias, como garantia dos direitos fundamentais, por exemplo, na hipótese de conflitos de direitos, quando se cuidar da inovação – observados sempre os critérios da proporcionalidade e da garantia do mínimo existencial tem relação a todos os direitos – da indisponibilidade de recursos com o intuito de salvaguardar o núcleo essencial de outro direito fundamental. (SARLET, 2010, p. 288).

As decisões judiciais que foram objeto de análise, aplicaram o entendimento em consonância com a posição dos teóricos. No julgamento do Agravo de Instrumento de nº 70049505993, a Oitava Câmara Cível, do Tribunal de Justiça do RS, relatado pelo Desembargador Rui Portanova, de 05/07/2012, teve a seguinte ementa “ECA. Educação Infantil. Dever do Estado. Indisponibilidade Orçamentária. Investimento do Percentual Mínimo em Educação Previsto na Legislação”.

Disse o relator em seus argumentos que é de responsabilidade do Município e seu dever “assegurar o acesso à educação, cabendo ao ente público assegurar vaga, seja na rede pública ou na privada, às suas expensas. A condenação ao atendimento do direito fundamental à educação atende aos ditames dos artigos 6º, 205, 208 e 211 e 54”, estes são dispositivos da Constituição Federal e do ECA”.

Especificamente ao abordar a questão da reserva do possível alegada pelos entes públicos como forma de justificar a não efetividade de direitos à Educação Infantil, afirmou o julgador que “A falta de previsão orçamentária do Estado para fazer frente às despesas com obrigações relativas à educação pública revela o descaso para com os administrandos e a ordem constitucional, e que não afasta ou fere a independência dos Poderes”. Concluindo o desembargador no sentido de que “Não há como afastar a responsabilidade do ente público em fornecer Educação Infantil, tomando por base o Relatório de Índices Constitucionais Referentes

à Educação, trazido aos autos pelo Município”.

A judicialização, mesmo pequena, ao buscar a proteção judicial para assegurar a aplicação dos percentuais mínimos³⁵ em educação se mostrou importante. Isso, porque, se encontrou proteção, no Judiciário, e a consequência foi uma ação do ente público em cumprir. As ações que discutiram a questão de percentual mínimo, foram propostas em sua maioria de forma coletiva, propostas pelo Ministério Público, em decorrência de grande número de ações individuais postulando vagas na Educação Infantil.

7.2 Argumentos que Fundamentam as Decisões Judicializadas

Através da pesquisa identificou-se um quantitativo de 06 (seis) grupos de fundamentos que foram utilizados de forma predominante como argumentos nas decisões proferidas pelo Judiciário diante da judicialização de direitos relacionados à Educação Infantil. Foram os seguintes grupos: a proteção resguardada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, com 29,91% das fundamentações; a Educação é Direito Fundamental Social com 25,50%; Educação é Dever/Obrigação do Estado com 22,65%; Constituição com 13,78%; Educação é Direito Subjetivo, com 4,33%; Divisão de Poder com 2,64%; e, outros argumentos com 1,18%. O quadro a seguir reproduz esses números:

Quadro 28 - Argumentos de Fundamento de Decisões no Período de 2008/2018

Argumentos de Fundamentos de Decisões no Período de 2008/2018		
Argumento/Fundamento	Quantidade	Percentual
Constituição	4.147	13,78%
Educação é Dever/Obrigação do Estado	6.817	22,65%
Educação é Direito Fundamental Social	7.675	25,50%
Educação é Direito Subjetivo	1.303	4,33%
Divisão de Poder	795	2,64%
Direito da Criança - ECA	9.000	29,91%
Outros*	356	1,18%
Total de Argumentos	30.093	100%

* Resumo dos argumentos descritos nos quadros demonstrativos anuais. Fonte: elaborado pelo autor.

³⁵ Percentuais mínimos, indica a necessidade de aplicação de recursos públicos que assegurem condições de acesso a todas as crianças em idade escolar, de modo que nenhuma delas seja provada das condições elementares de acesso à educação.

Uma ressalva em relação ao quantitativo de argumentos deve ser feita, de modo a deixar claro a sua interpretação. Como é possível perceber, o número de argumentos é maior que o número de ações judicializadas. Isso acontece, porque os julgadores se utilizaram de forma geral de mais que um argumento em cada decisão proferida.

Após a identificação e demonstração quantitativa dos fundamentos que embasaram as decisões judiciais analisadas no período, segue-se, neste texto, demonstrando de forma qualitativa os argumentos ou fundamentos utilizados nas decisões judiciais proferidas pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, no período de 2008 a 2018, relacionados à judicialização de direitos à Educação Infantil. Trata-se de uma análise do quadro demonstrativo anterior, descrita, porém, de forma individual.

7.2.1 Constituição

A Constituição é o principal instituto jurídico de um país, a maior proteção legal de direitos. É nela que são definidos os principais direitos, liberdades, a divisão do poder e a forma de organização da estrutura interna de uma nação soberana. Para Canotilho (2003, p. 52) “por constituição moderna entende-se a ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político”. Por isso, a Constituição além de ser a maior lei do país, ela define também como as outras leis devem ser elaboradas.

Enquanto Lei Fundamental de um Estado, a Constituição estabelece quais direitos são protegidos e de quem é a responsabilidade pela sua proteção jurídica, ela reproduz um pacto social definidor das garantias e dos deveres de seus cidadãos, a partir de uma organização administrativa e de atribuição dos diversos Poderes. Sobre a importância de uma Constituição para o Estado contemporâneo e para o Brasil, reservou-se, nesta tese todo o seu terceiro capítulo para apresentar sua concepção, sua evolução histórica e a sua força normativa.

Pois foram as constituições que definiram o parâmetro de funcionamento daquilo que se conhece como Estado Constitucional, como realidade contemporânea dos Estados modernos. Aliás, este Estado regulado por sua Constituição, sofreu o impacto no decorrer dos tempos, conforme a evolução humana, passando por inúmeras transformações.

Não seria possível conceber um Estado Democrático de Direito, ou outras denominações que recebe o Estado moderno, sem reconhecer as transformações operadas no decorrer dos tempos. Trata-se de uma organização social e política que se modificou, como a sociedade humana no decorrer dos tempos, por lutas pelo reconhecimento, por direitos.

O Estado constitucional, portanto, decorre de uma fórmula de organização da sociedade, a qual, parte de uma lógica, a de que a lei suprema é resultado do pacto social, ou pela participação direta ou pelo sistema de representação, em que são estabelecidas as regras de convivência e de opções que são impostas pela força do Estado e de sua população.

A Constituição brasileira vigente atualmente é a promulgada no ano de 1988, ela surge, segundo Werle (2011, p. 771) pois, “a nação clamava por redemocratização e desencadeava tal processo. Era momento de intensas expectativas de participação e abertura dos processos de gestão da educação, mobilizando a sociedade e os educadores”. E, continua a autora, (p. 772) afirmando que “se a década de oitenta foi de abertura política e de democratização, a década de 1990 foi de reformas do Estado, de parcerias entre Estado e sociedade civil, privatizações e emergência do Terceiro Setor. Ter presente este cenário é importante para acompanhar as ações do Estado na educação ao longo deste período”.

A Educação Infantil tem sua efetivação como consequência da proteção contida nesta Constituição brasileira, esta é uma realidade que foi constatada ao longo desta pesquisa. A evolução e as transformações por que passou o Estado brasileiro, foram solidificadas nas diversas Constituições que regeram o país durante seus anos de independência.

No caso específico do direito à Educação Infantil, a partir da análise das decisões proferidas em ações judicializadas no Estado do Rio Grande do Sul, no período de 2008 a 2018, é possível concluir que o Judiciário se utilizou da Constituição enquanto fundamento legal para resguardar e assegurar esse direito e sua proteção jurídica em 13,78% de todos os argumentos utilizados para reconhecer e determinar a efetivação.

Dentre os diversos exemplos de decisões judiciais que utilizaram como argumento a existência de uma proteção constitucional ao direito à Educação Infantil enquanto fundamento das decisões, são evidenciados alguns julgados. A Apelação Cível nº 70048504856, de relatoria da Desembargadora Liselena Schifino Robles Ribeiro, teve a seguinte ementa:

1. Garantias Constitucionais. Direito Ao Ensino E À Educação. 2. Menor. Direito À Escola. 3. Estabelecimento De Ensino Público. Creche. Escola Pública. Vaga. Matrícula. Garantia. Município. Dever. 4. Estabelecimento Infantil. Educação Infantil Da Rede Pública. 5. Acesso À Escola. (TJRS, 2015b, on-line).

Na fundamentação da decisão, a relatora fez constar, em relação à proteção constitucional que “A Constituição Federal, em seu art. 208, inc. IV, assegura atendimento a crianças de zero a seis anos em creche ou pré-escola, cuja competência foi cometida ao Município pela lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei 9394/96)”. Por esta razão à Educação

Infantil representa um imperativo de natureza constitucional, não comportando omissão por parte dos entes públicos.

A decisão resultante do julgamento do Agravo de Instrumento de nº 70054886577, foi fundamentada constitucionalmente nos seguintes termos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ECA. CRIAÇÃO DE VAGAS EM ESCOLA PÚBLICA. MUNICÍPIO DE GRAMADO. AFRONTA À SEPARAÇÃO DOS PODERES. INOCORRÊNCIA. A Constituição Federal estabelece (art.30, VI, e art. 208, IV, e art.211, §2º) atuação prioritária do ente municipal, tanto na Educação Infantil como no Ensino Fundamental, ou seja, o Estado (gênero) está obrigado, por lei, a tornar a educação uma realidade disponível e acessível a toda população. O Município é obrigado a disponibilizar vagas na Educação Infantil e no ensino fundamental a todas as crianças e adolescentes que necessitem. (TJRS, 2013g, on-line).

Para a relatora, a garantia de vagas na Educação Infantil deve ser assegurada pelos Municípios em escolas públicas em decorrência de uma obrigação de natureza constitucional que tem por propósito tornar a educação uma realidade disponibilizada e acessível a todos os brasileiros em idade escolar, por isso, eles devem ser obrigados a cumprir com seu dever.

Num mesmo sentido argumentativo, é a decisão proferida na Apelação Cível, nº 70073620577, que consignou “A Educação Infantil. Vaga em creche municipal. Direito social constitucionalmente garantido. Obrigação do ente municipal. Postulação juridicamente possível, na medida em que encontra amparo na legislação constitucional e infraconstitucional, em especial nos artigos 6º, 205 e 208 da Constituição Federal”. (TJRS, 2017f, on-line). Em razão desse entendimento foi determinada a disponibilização de acesso a criança.

Em relação ao direito de acesso à Educação Infantil. A decisão proferida na Apelação Cível de nº 70077686178, reproduz o entendimento sedimentado pelo Poder Judiciário em relação ao referido direito:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. ECA. DIREITO À EDUCAÇÃO. FORNECIMENTO DE VAGA EM CRECHE. OBRIGAÇÃO DO ENTE MUNICIPAL. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL CONSOLIDADO NO ÂMBITO DO STJ E DO 4º GRUPO CÍVEL. Disponibilização da vaga em creche. O direito à educação com o acesso da apelada ao ensino infantil em creche e pré-escola é direito constitucionalmente assegurado, porquanto a Constituição Federal elevou a educação ao patamar de direito fundamental social, razão pela qual a negativa do Município não encontra respaldo no ordenamento jurídico. Ademais, o entendimento jurisprudencial sobre a matéria é pacífico no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, do 4º Grupo Cível desta Egrégia Corte Gaúcha e desta Colenda Câmara. (TJRS, 2018g, on-line).

Conforme demonstrado, a posição do Judiciário é sólida no sentido de que a Constituição Federal assegurou o direito à Educação Infantil enquanto um direito fundamental

do indivíduo. Em razão disso, a negativa de acesso pelos entes públicos, implica em violação a uma garantia assegurada pela Constituição Federal brasileira.

7.2.2 Educação É Dever/Obrigação do Estado

Ao dispor sobre a educação, enquanto dever de Estado, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 205, estabeleceu 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”, isto tudo, enquanto uma premissa de nação.

Enquanto direito de todos, a educação desempenha papel fundamental no desenvolvimento social da pessoa e em sua formação enquanto tal. Além do desenvolvimento intelectual pelo conhecimento, a educação desempenha função primordial na formação  tica dos sujeitos. Ela se torna uma condição de formação e desenvolvimento pessoal indispensável para o desenvolvimento humano. De tal sorte, não se pode conceber a evolução humana sem que haja a influência da educação por ser um elemento essencial para a vida humana, incluindo a adaptação às condições de vida no mundo em que vive.

Em relação ao dever do Estado e da família e a colaboração da sociedade com a educação, o dever estatal foi uma escolha da sociedade, que atribuiu essa missão, por considerar essencial ao desenvolvimento dos seus membros, no que se refere   família, esta tem a responsabilidade inicial em termos de educação e de formação para a vida. Quem gera um ser humano deve ter deveres para com ele, por outro lado, a sociedade deve colaborar, podendo através de iniciativa privada oferecer educação. Essa   uma preocupação social, a obrigação de contribuir com a realização efetiva de seus membros.   na sociedade onde a educação e seus atributos são desenvolvidos.   nela que são proporcionadas as oportunidades de vida.

O pleno desenvolvimento da pessoa passa necessariamente pela vida em sociedade, pelo direito de personalidade, pela formação capaz de propiciar ao indivíduo autonomia moral e intelectual, de modo que ele possa respeitar através de sua autonomia a autonomia do semelhante, como uma consequência da reciprocidade exigida pelas regras disciplinadoras da convivência em sociedade.

Quanto ao preparo para o exercício da cidadania, enquanto um objetivo de vida que   decorrente do dever com a educação, este deve reproduzir o próprio sentido de cidadania, o qual, nas palavras de Konrad Hesse (1998, p. 133), representa “um assunto de cidadãos, emancipados, informados, não de uma massa de ignorantes, apática, dirigida apenas por

emoções e desejos irracionais que, por governantes bem intencionados ou mal intencionado, sobre a questão do seu próprio destino, é deixada na obscuridade”.

Conforme entende Maliska (2013, p. 1965), são vários os aspectos que envolvem a função da educação em um estado democrático de direito: (I) ser um instrumento permanente de aperfeiçoamento humanístico; (II) promover autonomia do indivíduo; (III) promover a visão de mundo das pessoas, a forma como elas vão ver os acontecimentos na sua cidade, no seu país e no mundo, devendo, ser capaz de superar concepções de mundo marcadas pela intolerância, por preconceito, discriminação e pela análise não crítica de acontecimentos; (IV) capaz de promover o sentimento de responsabilidade no indivíduo para com o mundo no qual vive, uma sensação de que o que está à sua volta é também, parcela resultante das próprias ações; (V) desenvolver a consciência nas pessoas de que viver em uma república não implica apenas em usufruir de direitos, mas compreender também, que existem responsabilidades cívicas para com o todo de desenvolvimento e promoção de consciência dos valores dos direitos individuais e sociais. Por isso justifica-se a definição enquanto dever estatal.

A educação exerce papel determinante e fundamental, o qual se torna indispensável para a preparação da pessoa para o trabalho, mormente, ainda mais em uma sociedade onde o conhecimento e o preparo intelectual se constituem em um elemento imperativo, inclusive para tarefas mais simples em que o trabalho não é considerado intelectual.

É por isso que o Estado tem o dever e a obrigação de oferecer as condições materiais mínimas para que as pessoas possam obter qualificação para conseguir um posto de trabalho. Além disso, a educação é algo inerente às sociedades contemporâneas em que a marca é a dinamicidade e a inovação que colocam desafios novos aos trabalhadores, cada dia, portanto, deve servir de instrumento de permanente aperfeiçoamento do trabalhador.

A Educação Infantil tem como propósito ser a primeira etapa de formação da criança, ela faz parte da formação básica e passou por um olhar diferenciado do constituinte, que reconheceu um caráter pedagógico, distinto de uma visão anterior que tinha uma preocupação apenas assistencialista para com as crianças. Estabelece o artigo 29 da LDB, que a “Educação Infantil, primeira etapa da educação básica, tem como finalidade o desenvolvimento integral da criança de até 5 (cinco) anos, em seus aspectos físico, psicológico, intelectual e social, complementando a ação da família e da comunidade”. Este reconhecimento veio instituído enquanto dever de Estado.

As decisões judiciais apresentadas a seguir, a título de exemplo, reproduzem a posição do Judiciário que utilizou o argumento no sentido de que a Educação Infantil é um dever/obrigação

do estado em 22,65% do total de fundamento utilizados para decidir as ações judicializadas, em que foi discutido algum direito relacionado a essa etapa da educação.

No julgamento do Agravo de Instrumento de nº 70069898351, em 11-08-2016, em que a discussão dizia respeito à garantia de vaga em Educação Infantil, um dos argumentos utilizados para o reconhecimento do pedido da criança é de que se trata de um dever de ente público:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ECA. VAGA EM EDUCAÇÃO INFANTIL. PEDIDO ADMINISTRATIVO. DESNECESSIDADE. Direito à educação. Os entes federativos, cada qual em sua esfera, têm o dever de propiciar o acesso à educação. No caso, o Município tem o dever de assegurar o acesso à Educação Infantil. A educação é direito social, valor mínimo de uma sociedade que se pretende justa, livre e solidária; nos termos da Constituição da República. (TJRS, 2016c, on-line).

O entendimento do Judiciário foi de que a Educação Infantil é dever dos entes públicos, cada qual devendo responder pela parcela que lhe for imposta pela lei. Trata-se de um dever imposto aos entes públicos pela Constituição Federal.

Nos casos em que se discutiram vagas em estabelecimentos públicos de ensino, isso também é dever dos entes públicos, conforme consta da decisão no Agravo de Instrumento de nº 70056098759, onde constou que “constitui dever do Município assegurar às crianças o acesso à educação, cabendo-lhe garantir vaga na rede pública ou, então, na rede privada, às suas expensas. É cabível o bloqueio de valores quando permanece situação de inadimplência imotivada do ente público, pois o objetivo é garantir o célere cumprimento da obrigação de fazer estabelecida na decisão judicial”. (TJRS, 2013g, on-line).

Em consonância com o entendimento judicial descrito, a decisão proferida no Agravo de Instrumento de nº 70056049281, onde reivindicou-se vaga em pré-escola:

O direito à Educação Infantil constitui direito fundamental social, que deve ser assegurado pelo ente público municipal, garantindo-se o atendimento em creche ou pré-escola às crianças de zero a cinco anos de idade, com absoluta prioridade, nos termos do artigo 208, IV, da CF, artigo 54, IV, do ECA e artigos 4º, IV, e 11, V, da Lei n.º 9.394/96. (TJRS, 2013h, on-line).

Na mesma linha de entendimento, a argumentação utilizada na Apelação Cível de nº 70078308590, relatada pelo desembargador Alexandre Kreuts, onde pede-se vaga em creche, relata que “É dever do Município assegurar vaga em creche ou Educação Infantil em rede pública, conveniada ou particular, às crianças de zero a cinco anos, em virtude do direito fundamental de acesso à educação. Art. 208, IV, da CF, cabendo ao judiciário intervir diante da omissão do ente público nos casos concretos que lhe são submetidos”. (TJRS, 2018i, on-line).

O reconhecimento da Educação Infantil enquanto um dever, uma obrigação dos entes públicos foi estabelecida na Constituição Federal, ao tratar dos direitos fundamentais individuais e sociais e ao tratar da educação. Por outro lado, complementando a força constitucional, há uma previsão legal na LDB e no ECA. Todas essas imposições legais estão em consonância com os direitos humanos reconhecidos pela sociedade.

A Educação Infantil, uma vez assegurada enquanto dever do Estado para com a criança é capaz de desenvolver também o direito à cidadania, que na condição de principal de direito humano enquanto ser social depende deste acesso à educação para a sua concretização. Isso, porque, conforme afirma Goergen (2013, p. 731/432), “nem a sociedade pode desconsiderar a liberdade e autonomia relativa dos indivíduos, nem o indivíduo pode se imaginar livre das fundamentais marcas nele impressas pela convivência social”. Cidadania na concepção do autor “expressa à verdadeira realização individual e social do ser humano, adquirindo, assim, a condição de direito”, o principal do ser humano como ser social, um pressuposto da educação.

Na cidadania é que se expressa na capacidade que os indivíduos possuem de intervir nos espaços públicos e privados, somente essas duas capacidades podem promover a cidadania ativa, “são múltiplos os caminhos para adquirir tais capacidades e habilidades, mas o principal deles é, sem dúvida, a educação. E, mesmo hoje, quando está à disposição uma infinidade de processos educativos, a educação formal continua sendo absolutamente imprescindível ao exercício da cidadania.” (GOERGEN, 2013, p. 732).

Para Pacheco (2010, p. 73) a não efetivação da cidadania está relacionada a exclusão social, o que inviabiliza que um grande número de indivíduos não façam parte de uma comunidade política e social. Destaca “portanto, o conceito de exclusão é inseparável do de cidadania, que se refere aos direitos que as pessoas têm de participar da sociedade e usufruir certos benefícios considerados essenciais”.

É a partir disso que o Judiciário ao analisar pedidos relacionados ao acesso à Educação Infantil, reconhece que assegurar a sua efetivação por parte do Poder Público, é uma decorrência de dever, de uma obrigação que lhe é imposta pelo império da lei, não comportando outra conduta que não seja a de dar viabilidade.

7.2.3 Educação É Direito Fundamental Social

Os direitos fundamentais sociais são as garantias básicas reconhecidas por um Estado que as incorpora em sua Constituição. Elas devem ser compartilhadas por todos os indivíduos enquanto membros da sociedade, não admitindo nenhum tipo de discriminação, seja por raça,

credo, gênero, classe economia ou qualquer outra. Essas garantias objetivam uma proteção da vida em sociedade, elas buscam eliminar as questões de desigualdade social.

Na opinião de Sarlet (2010, p. 63), no que concerne ao processo de elaboração da Constituição de 1988, há que se fazer referência à sua umbilical vinculação com a formatação do catálogo dos direitos fundamentais na nova ordem constitucional, à circunstância de que foi resultado de um amplo processo de discussão, oportunizando a redemocratização do país após mais de vinte anos de Ditadura. Portanto, reproduz a importância do debate e participação da sociedade no resultado final que foi a Constituição pátria.

Os direitos fundamentais constituem construções definitivamente integradas ao patrimônio comum da humanidade, conforme demonstra a trajetória que os levou à sua gradativa consagração nos direitos internacional e constitucional. “Praticamente não há mais Estado que não tenha aderido a algum dos principais pactos internacionais (ainda que regionais) sobre direitos humanos ou que não tenha reconhecido ao menos um núcleo de direitos fundamentais, no âmbito de suas constituições.” (Sarlet, 2010, p. 21).

Entre as inovações incorporadas à Constituição brasileira, mais especificamente em relação aos direitos fundamentais, destaca-se a oportuna referência feita por Sarlet (2010):

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. (SARLET, 2010, p. 66).

A importância ressaltada pelo constituinte pátrio objetivou dar solidez aos direitos fundamentais que foram assegurados na Constituição. Uma inovação muito significativa, talvez uma das mais importantes que o constituinte produziu no texto constitucional, está descrita no artigo 5º, § 1º da Constituição, o qual trata da aplicabilidade imediata aos direitos e garantias de cunho fundamental. Trata-se de um *status* peculiar e especial dedicado aos direitos fundamentais, dentre os quais estão inseridos os direitos sociais.

Os direitos sociais representam conquistas da sociedade depois de muitos anos de lutas e reivindicações de movimentos sociais, em que o propósito é assegurar a igualdade, a liberdade e a dignidade da pessoa humana. Os principais direitos sociais estão reconhecidos na Declaração Universal dos Direitos Humanos³⁶ de 1948 e no Pacto Internacional dos Direitos

³⁶ Em seu artigo primeiro estabelece que “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade”. Em seu artigo 26, estabelece que “toda a pessoa tem direito à educação. A educação deve ser gratuita, pelo menos a

Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, os quais influenciaram a Constituição brasileira no que diz respeito à definição dos direitos fundamentais sociais.

A Constituição Federal brasileira de 1988, dentro do Título II, “Dos Direitos e Garantias Individuais”, logo após o Capítulo I, que se refere aos Direitos e deveres individuais e coletivos, trata em seu Capítulo II, “Dos Direitos Sociais”. Traz em seu artigo 6º a seguinte disposição: “São direitos sociais à educação, à saúde, à alimentação, ao trabalho, a moradia, ao lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

Os direitos sociais que estão dispostos na Constituição, e a sua amplitude, decorrente do modelo de Estado adotado pelo Brasil e das diversas disposições constitucionais, evidenciam claramente que eles não se limitam aos descritos nos artigos 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 11 da Constituição. Eles podem ser localizados, especialmente, também no Título VIII, que trata “Da Ordem Social”, prevista nos artigos 193 e seguintes da Constituição. José Afonso da Silva, (2017, p. 287) apresenta uma concepção teórica, contribuindo para a compreensão:

Podemos dizer que os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciados em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressuposto do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condições mais compatíveis com o exercício efetivo da liberdade.

Os direitos sociais, na condição de direitos com dimensão de direitos fundamentais do ser humano, exigem prestações positivas por parte do Estado e dependem de atuação direta ou indireta desse. Uma vez enunciados em normas constitucionais, devem visar a implementação de melhores condições de vida aos mais necessitados. Esses direitos são voltados para a concretização de uma igualdade de situação entre cidadãos desiguais. Por isso possuem vínculo com o direito de igualdade entre indivíduos.

Assim, tendo o constituinte brasileiro incluído os direitos sociais dentro no Título dos direitos e garantias individuais, resta evidente o caráter de norma vinculante, obrigando o Estado a propiciar sua efetividade. Assim, as prestações positivas passam a integrar o objetivo do Estado brasileiro a partir da Constituição, pois, sem as quais não se concretiza um de seus

correspondente ao ensino elementar fundamental. O ensino elementar é obrigatório”. Anda estabelece que “a educação deve visar à plena expansão da personalidade humana e ao reforço dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais e deve favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e todos os grupos raciais ou religiosos”.

princípios basilares que é o da igualdade³⁷.

O direito à Educação Infantil, ao integrar o seleto rol dos direitos fundamentais sociais na Constituição Federal, possui, conforme foi visto um *status* diferenciado, proteção como cláusula pétrea (não sujeita à mudança). Possui aplicação imediata, a contar do momento do surgimento do direito para o indivíduo.

A análise dos argumentos utilizados pelo Judiciário Rio-grandense nas decisões proferidas diante das ações que foram judicializadas com o propósito de resguardar direitos relacionados à Educação Infantil, apontou a utilização de um percentual de 25,50%, do total dos fundamentos de que a Educação é Direito Fundamental Social.

Para representar as decisões judiciais que se utilizaram do argumento de que a educação é um direito fundamental social e que por isso deve ser assegurada pelo Estado, destaca-se a decisão proferida no julgamento da Apelação em Reexame Necessário de nº 70064020373:

Ementa: REEXAME NECESSÁRIO. ECA. GARANTIA CONSTITUCIONAL DE ACESSO AO ENSINO FUNDAMENTAL. IDADE MÍNIMA. DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL. Como o direito à Educação Infantil constitui direito fundamental social, deve ser assegurado pelo ente público, com absoluta prioridade, nos termos dos artigos 208, I, e § 1º, e 227, caput, da Constituição Federal, e 4º e 54, I e § 1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, não havendo razoabilidade em impedir-se a matrícula no 1º ano do ensino fundamental de criança que complete seis anos durante o transcorrer do ano letivo. Precedentes desta Corte de Justiça. (TJRS, 2015c, on-line).

Ao reconhecer o direito de acesso à educação por se tratar de um direito fundamental social, referiu o relator que tal direito deve ser assegurado pelo ente público, com absoluta prioridade, dado a proteção constitucional que ostenta.

No mesmo sentido interpretativo e decisório o julgamento proferido na Apelação em Recurso Necessário de nº 70078042306, do qual consignou em seus fundamentos, a decisão de que “O direito à Educação Infantil constitui direito fundamental social, que deve ser assegurado pelo ente público municipal, garantindo-se o atendimento em creche ou pré-escola às crianças de zero a cinco anos de idade, com absoluta prioridade, nos termos do artigo 208, IV, da Constituição Federal de 1988”. (TJRS, 2018j, on-line).

³⁷ Sobre a importância do princípio da igualdade, Bonavides diz que o centro medular do Estado Social e de todos os direitos de sua ordem jurídica é indubitavelmente o princípio da igualdade. Com efeito, materializa ele a liberdade da herança clássica. Como esta compõe um eixo ao redor do qual gira toda concepção estrutural do Estado democrático contemporâneo. De todos os direitos fundamentais a igualdade é aquela que mais tem subido de importância no direito constitucional de nossos dias, sendo como não poderia deixar de ser, o direito-cheve, o direito-guardião do Estado Social. (BONAVIDES, 2011, p. 376).

A posição do Judiciário segue uma mesma linha de entendimento, o de que em se tratando de direito à educação, pela sua natureza de direito fundamental social, deve ser assegurado por decisão judicial, quando o direito for sonegado pelo ente público. É neste sentido, também a decisão proferida na Apelação Cível de nº 70070249750:

Ementa: APELAÇÃO. ECA. DIREITO À EDUCAÇÃO. VAGA EM CRECHE. PRINCÍPIOS. CUSTAS PROCESSUAIS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. FADEP. Direito à educação. Os entes federativos, cada qual em sua esfera, têm o dever de propiciar o acesso à educação. No caso, o Município tem o dever de assegurar o acesso à Educação Infantil. A educação é direito social, valor mínimo de uma sociedade que se pretende justa, livre e solidária; nos termos da Constituição da República. Princípios da Isonomia e da Separação dos Poderes. Em razão da proteção integral constitucionalmente assegurada à criança e ao adolescente, a condenação dos entes estatais ao atendimento do direito fundamental à educação não representa ofensa aos princípios da Isonomia e da Separação dos Poderes. [...]. (TJRS, 2016d, on-line).

Conforme retrata a decisão judicial citada, a judicialização de direitos relacionados à Educação Infantil, amparados no fundamento de que se tratam de direitos fundamentais sociais, encontrou recepção do Judiciário que acolhendo os pedidos que a ele chegaram, além de reconhecer o direito, determinou providências do ente público para dar efetividade de acesso ao ensino infantil. Os direitos sociais são valores mínimos de uma sociedade em que se busca a justiça e a solidariedade, como determina a Constituição Federal.

7.2.4 Educação É Direito Subjetivo

O direito subjetivo pode ser definido como uma situação jurídica prevista em uma norma legal, através da qual o indivíduo é seu titular. Ele tem direito a exercer um determinado direito em face de alguém. É concebido também como um atributo do indivíduo. Dessa forma, um direito subjetivo pode ser compreendido como uma determinada vantagem que é conferida a um indivíduo em uma determinada relação jurídica, que é decorrente da incidência da norma sobre uma situação jurídica determinada.

As pessoas titulares de direitos subjetivos são titulares de poderes e de faculdades previstas em lei, traduzidos em domínio da vontade humana que se encontra protegida juridicamente. Essa é uma capacidade própria que confere a competência de exigir o direito contra outrem pela legitimidade de uma subjetividade atribuída.

Em contrapartida ao direito subjetivo, surge, para a parte adversa, o dever de suportar as responsabilidades de fatos decorrentes da previsão em norma legal. Assim, como direito

subjetivo, é uma posição jurídica que confere ao titular do direito uma vantagem em detrimento de outro titular, no caso da Educação Infantil é o de exigir o acesso em face do Estado.

Quando é feita a indagação sobre a existência de direito subjetivo em um ordenamento jurídico, se está diante de um questionamento de natureza jurídico-dogmático, pois diz respeito a saber se um sujeito determinado tem direito subjetivo. A questão jurídica é de fácil compreensão, isso, porque havendo uma norma legal definidora de um direito aplicável a um determinado caso concreto, como pode ser o da garantia de vagas em pré-escola, aquela pessoa que preencha os requisitos possui efetivamente o direito subjetivo de usufruir dele.

Saber quando uma norma confere a alguém um direito subjetivo é de fundamental importância. Aliás, de uma importância prática. Caso se esteja diante de um direito descrito de forma aberta, não é possível concluir pelo direito subjetivo, é preciso que a norma seja objetiva determinante. Então, não basta a norma dizer que a Educação Infantil é um direito, é preciso que ela estabeleça que se trata de um dever do Estado e de direito do indivíduo.

É preciso que a norma definidora de direito assegure, aos seus destinatários, exigibilidades jurídicas desses direitos. Nesse caso, a judicialização é um dos importantes instrumentos para que o indivíduo tenha assegurado um determinado direito subjetivo reconhecido pela sua natureza humana e pessoal.

Enfim, o direito subjetivo tem a capacidade de possibilitar a atuação, do sujeito titular, com liberalidade dentro dos limites legais para reivindicar. Além disso, propicia ao detentor a proposição de ações jurídicas contra quem colocar empecilho ao exercício de determinado direito, além de poder exigir que seja cumprido os deveres impostos pela norma legal.

O direito à Educação Infantil é uma espécie de direito que, por expressar disposição na Constituição Federal, é referendado como um direito subjetivo. Essa conclusão está descrita no Artigo 208º que, além de definir como dever do Estado, o eleva a um direito subjetivo, estabelecendo em seu §1º que “O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo”. Assim sendo, o direito à Educação Infantil é passível de judicialização com o propósito de que se obtenha sua efetivação.

No mesmo sentido, a LDB repete esta proteção em seu artigo 5º estabelecendo que 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 exigí-lo”.

O reconhecimento de que a educação é um direito subjetivo ficou evidenciado pela sua utilização como fundamento de decisões resultantes da judicialização de direitos relacionados

à Educação Infantil, representando um percentual de 4,33% do total de argumentos. Dentre as diversas decisões que utilizaram o referido fundamento, destaca-se:

APELAÇÃO CÍVEL. ECA. EDUCAÇÃO. VAGA EM ESTABELECIMENTO DE EDUCAÇÃO INFANTIL. DIREITO FUNDAMENTAL DA CRIANÇA À EDUCAÇÃO. A Constituição Federal, em seu art. 208, IV, garante ao infante de até cinco anos o direito à educação, assegurando-lhe o atendimento em creche ou pré-escola. A Lei 9394/96, que estabelece as diretrizes e bases da educação, em seu art. 11, V, atribuiu aos Municípios a competência para garantir a educação infantil. Uma vez negado ou dificultado o acesso à educação infantil, violando, assim direito fundamental subjetivo ao ensino, cabível a intervenção jurisdicional, a fim de garantir a efetividade dos preceitos legais e constitucionais. Alegação de superlotação nas creches e pré-escolas e de incapacidade orçamentária que não restaram comprovadas nos autos. [...]. (TJRS, 2011d, on-line).

A decisão proferida no recurso de Apelação Cível nº 70050909027, estabelece que o direito à vaga em creche é um direito fundamental social, de natureza subjetiva:

O acesso ao ensino obrigatório e gratuito constitui direito público subjetivo, assim previsto na forma dos artigos 54, § 1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente e 208, § 1º, da Constituição Federal. Desta maneira, por se tratar de garantia social fundamental, eventuais normas que disponham sobre previsão orçamentária e disposições administrativas para a obtenção de vaga em estabelecimento público de ensino não podem prevalecer e nem servir de obstáculo à efetivação do direito. (TJRS, 2012b, on-line).

Conforme destacado pelo julgador em seus fundamentos, o acesso ao ensino obrigatório e gratuito constitui um direito público subjetivo da criança, conforme estabelecido no ECA e na Constituição Federal, por isso pode ser reivindicado contra o ente público.

Por outro lado, evidencia-se que se o direito subjetivo está relacionado a um direito do sujeito (pessoa/indivíduo) e a ele deve ser assegurado. Em casos de não efetivação de direitos relacionados à Educação Infantil, enquanto direito subjetivo, há uma decorrência lógica: a de que este sujeito, ante a inviabilidade ou impossibilidade de seu exercício, lance mão aos instrumentos à sua disposição para que o obrigado a ofertar a educação o faça de forma compelida pelo Judiciário.

7.2.5 Divisão de Poder

A divisão de Poder é também usualmente denominada como princípio da separação de Poderes. Antes de ser entendida na concepção contemporânea de Estado, ela passou por várias fases. Ela integrava a teoria da tripartição de poder, sustentada por Aristóteles, Locke e Montesquieu que foi quem finalmente consolidou uma definição que foi incorporada ao Estado

Moderno. O Estado é dividido em três Poderes: o Executivo (governo); o Legislativo (deliberativo); e o Judiciário (juízes que asseguram a justiça).

O primeiro defensor da existência desta tripartição foi Aristóteles na obra *A Política*, onde aparece de forma objetiva a existência de três Poderes de Estado, os quais partilhavam a responsabilidade das decisões. Para Aristóteles, estes órgãos formavam o Poder Executivo, o Poder Deliberativo e o Poder Judiciário.

No que diz respeito ao Poder Executivo, Aristóteles (2002, p. 11) ligava o referido poder à autoridade de governar, de chefia política, afirmando que “se o que governa apenas tem autoridade sob um pequeníssimo número de homens, dão-lhe o nome de senhor (tirano); ecônomo, se tem a direção de um número maior; chefe político, ou soberano, se exerce o governo sobre um número ainda maior”. Dizia o filósofo que “governo é a autoridade suprema nos Estado, e que, necessariamente tal autoridade suprema deve ficar nas mãos de um apenas, ou de diversos, ou de muitos, ou a multidão, se sirvam da autoridade com vista ao interesse coletivo.” (p. 89). Portanto, liga a função de governo de um Estado ao Rei ou Monarca.

Em relação ao Poder Deliberativo (Legislativo), Aristóteles atribuía um poder especial ligado ao exercício da cidadania, tanto que concebia como cidadão aquele que possuía participação legal na autoridade deliberativa, dizendo que “compete ao legislador inspirar aos cidadãos os sentimentos convenientes para formar uma tal ordem de coisas” (p. 44). Entretanto, a concepção de Poder Deliberativo não era absoluta a este poder, pois concebia o poder de editar as leis também ao governo. Destaca que “para o legislador e para todos quantos desejam estabelecer um governo democrático, a tarefa mais trabalhosa não é fundá-lo nem é a única: trata-se, sobretudo, de prover à sua manutenção.” (p. 219).

O Poder Judiciário, representado pelos juízes e Tribunais, tinha na visão de Aristóteles a missão de assegurar a justiça, ligada aos valores morais e à igualdade. O filósofo também definiu que os juízes “devem evitar, pelos meios que a lei proporciona, qualquer rivalidade, qualquer desavença, e deter a tempo os que ainda não se empenharem em lutas, antes que eles mesmos nela se imiscuam.” (p. 248). Já o Tribunal, seria aquele que

Faz o julgamento dos agentes devedores; aquele que resolve sobre os crimes públicos; o que chama a si todas as causas em que a constituição esta afeta; aquele que resolve entre os simples e os particulares e os juízes em casos de contestação de castigos pronunciados; o que cuida dos processos com referência a atribuições particulares, que tenham alguma importância; além do mais, o tribunal para os estrangeiros e o que recebe as acusações dos homicídios. (ARISTOTELES, 2002, p. 207).

Das definições de Aristóteles, o Estado enquanto organização social decorrente de uma

associação de indivíduos “uma cidade é uma associação, e que qualquer associação é formada tendo em vista algum bem; pois o homem luta apenas pelo que ele considera um bem. As sociedades, todas elas, portanto, propõem-se a algum lucro.” (p. 11). Então, a organização e a divisão do Poder em três funções são fundamentais para que o bem perseguido seja alcançado.

Historicamente, John Locke (2006), depois de Aristóteles, foi o filósofo que em sua obra *Segundo Tratado Sobre o Governo*, desenvolveu a teoria da tripartição do Poder. Locke concebeu o Estado como uma sociedade política ou civil, na qual seus membros abrem mão de parte dos direitos em favor de um todo, o que se denomina de contrato social, um pacto entre os indivíduos sob a autoridade de um governo supremo.

Neste sentido, para Locke a sociedade é denominada de Poder Legislativo. Ela deve elaborar as próprias leis, “dentro da exigência do bem da sociedade, sendo que poderá ser solicitado seu auxílio para sua execução, como se fosse decretos dela mesma.” (LOCK, 2006, p. 70). Os homens, saindo do estado de natureza, passam a fazer parte do estado sociedade, escolhendo um juiz como autoridade para resolver as demandas que atinjam os membros dessa comunidade. Lock defendia a premissa de que o Poder Executivo e o Legislativo não poderiam ficar concentrados nas mãos do Rei, de uma única pessoa, pois nenhum juiz poderia conter tamanho poder, este é o fundamento para a repartição de poder.

Para Locke, o objetivo primordial do ser humano é constituir uma sociedade para poder desfrutar da propriedade, da segurança e da paz. A lei é o instrumento que deve nortear inclusive o Poder Legislativo para preservar a sociedade. Poder Legislativo “não é, pois, somente o poder supremo da comunidade, mas sagrado e intocável nas mãos a que a comunidade o confiou, com poder restrito ao bem geral da comunidade.” (p. 70).

Para o Executivo, na percepção de Locke, trata da administração enquanto função exercida para o proveito do bem geral, “cabendo [a ele] a execução das leis da sociedade dentro dos seus limites com relação a todos que a ela pertençam.” (p. 107). Ao Judiciário, cabe a função de decidir os conflitos e as divergências advindos da sociedade e, com isso, proporcionar as condições de convivência social ao amparo das autoridades com a atribuição de resolver os conflitos e as pendências que surgissem, assegurando o estado de sociedade. O propósito é impedir que os homens invadam direitos dos outros e evitar que se molestem, só assim a lei é respeitada e preservada, implicando na preservação de todos e na paz da humanidade.

Posteriormente, Montesquieu em *Do Espírito das Leis* desenvolveu a sua teoria da tripartição do Poder, descrevendo as atribuições de cada. Isso se converteu na teoria atualmente mais aceita, sendo considerada inspiradora do Estado que resulta da Revolução Francesa. Montesquieu fundamenta a sua teoria da tripartição na ideia de que todo poder precisa ter

limites para não se tornar abusivo, por isso, não pode ficar em mãos únicas as atribuições de administrar, de legislar e de julgar.

Segundo o princípio da separação de Poderes, conforme determina a Constituição Federal brasileira, o Poder Executivo é exercido a nível nacional pelo Presidente da República, a nível estadual pelos Governadores e a nível municipal pelos Prefeitos, juntamente com os Ministros e Secretários por eles indicados, tendo como prerrogativas e deveres (Constituição Federal, Capítulo 2º, Título IV) de chefiar o referido poder, de administrar a administração pública, onde são efetivadas as ações de governo através de políticas públicas para as diversas áreas de atuação. Há, portanto, competências para gerenciar, mas há também deveres para com o interesse público, e este é um objeto de controle pela sociedade, pelo Legislativo e pelo Judiciário realizado através da judicialização.

Ao Poder Legislativo, incumbe legislar, definir, na condição de representante da sociedade brasileira, quais as regras de comportamento social e quais os direitos que devem ser assegurados à população por parte do Estado, além da atribuição de atuar como poder fiscalizador das ações dos demais poderes. Ao Poder Judiciário, incumbe o exercício da função jurisdicional e dizer qual é o direito e a quem ele pertence, o que consiste na aplicação da Constituição e das leis no caso concreto. Quando acontece a judicialização, é porque ela decorre de um conflito, quando há pretensão de alguém e esta é resistida por outra.

É a partir das concepções de separação de Poder que a ação dos indivíduos contra o Estado encontra fundamento, pois, do contrário, teríamos a prevalência total das decisões de governo e ao povo restaria a submissão total. Por isso, reservar parte do poder de Estado ao Judiciário para conferir equilíbrio entre os pactos sociais e o respeito a estes pactos se tornou fundamental para o Estado moderno.

A importância da divisão de Poder aparece de forma importante quando são analisadas decisões judiciais relacionadas ao direito à Educação Infantil. Entre os fundamentos utilizados pelas decisões como argumento, este se destaca com um percentual de 2,64% de utilização, o que significa que a partir de uma determinação constitucional, cabe ao Judiciário, dentro de sua autonomia de atuação, fazer a interpretação da lei e decidir conflitos que se estabeleçam entre os indivíduos e entre os indivíduos e o Estado.

A separação dos Poderes permite que o Judiciário imponha, a partir da judicialização, deveres ao Estado e este seja constringido a cumprir tais obrigações sem que isso signifique uma intervenção na seara de competências do Poder Executivo. Determinações para a garantia de direitos à Educação Infantil com fundamento na separação de Poderes são determinações do Poder Judiciário ao Poder Executivo para que este, em cumprimento a Constituição, dê

efetividade aos direitos relacionados à Educação Infantil.

Dentre as muitas decisões proferidas neste sentido, destaca-se a Apelação Cível Nº 70035992536, a qual definiu que:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. EDUCAÇÃO INFANTIL. DEVER DO ESTADO. RESERVA DO POSSÍVEL. SEPARAÇÃO DE PODERES. INDISPONIBILIDADE ORÇAMENTÁRIA. DIREITO À EDUCAÇÃO OS ENTES FEDERATIVOS, CADA QUAL EM SUA ESFERA, TÊM O DEVER DE PROPICIAR O ACESSO À EDUCAÇÃO. No caso, o município tem o dever de assegurar o acesso à educação infantil, a educação é direito social, valor mínimo de uma sociedade que se pretende justa, livre e solidária, nos termos da constituição da república, princípio da reserva do possível e separação dos poderes, em razão da proteção integral constitucionalmente assegurada à criança e ao adolescente, a condenação dos entes estatais ao atendimento do direito fundamental à educação não representa ofensa ao princípio da reserva do possível e da separação dos poderes, direito, política e indisponibilidade orçamentária, a falta de previsão orçamentária do estado para fazer frente às despesas com obrigações relativas à saúde pública revela o descaso para com os administrandos e a ordem constitucional, e que não afasta ou fere a independência dos poderes. [...] (TJRS, 2010c, on-line).

Por sua vez, a decisão proferida na Apelação Cível de nº 70022385835, foi no sentido de que a “inexistência de violação à autonomia ou independência entre os poderes, uma vez que os atos administrativos não estão incólumes ao controle judicial quando em desacordo com o ordenamento jurídico”. (TJRS, 2008b, on-line). Ressalta o relator que “por tudo, descabe falar em interferência indevida do Poder Judiciário na autonomia do Poder Executivo Municipal, ou violação ao princípio da separação dos poderes.” (p. 5).

No mesmo sentido, a decisão proferida no ano de 2015 pela Corte Gaúcha na Apelação Nº 70064166796, da relatoria do Desembargador José Pedro de Oliveira Eckert, dita:

Ementa: REEXAME NECESSÁRIO. APELAÇÃO. ECA. FORNECIMENTO DE VAGA EM CRECHE. DIREITO À EDUCAÇÃO. INDISPONIBILIDADE ORÇAMENTÁRIA. PRINCÍPIOS DA SEPARAÇÃO DE PODERES, LEGALIDADE, ISONOMIA E DA IGUALDADE. [...]. 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, abrangendo inclusive transporte escolar, se necessário. Direito, Política e Indisponibilidade Orçamentária. A falta de previsão orçamentária do Município para fazer frente às despesas com obrigações relativas à educação pública revela o descaso para com os administrandos e a ordem constitucional, e que não afasta ou fere a independência dos Poderes. Princípios da Separação de Poderes, Legalidade, da Isonomia e da Igualdade. Em razão da proteção integral constitucionalmente assegurada à criança e ao adolescente, a condenação dos entes estatais ao atendimento do direito fundamental à educação não representa ofensa aos princípios da Separação de Poderes, Legalidade, da Isonomia e da Igualdade. [...]. (TJRS, 2015d, on-line).

Todas as decisões analisadas ao reconhecer o direito à Educação Infantil, as quais se

utilizaram do fundamento da separação dos Poderes, rechaçaram argumentos do Executivo para o não atendimento de direito sobre diversos pretextos, dentre os quais de que o Judiciário não poderia determinar ao Executivo a efetividade de direitos à Educação Infantil, pois estaria interferindo na esfera de sua atuação.

Não se pode falar, portanto, em ocorrência de desrespeito à autonomia do Poder Executivo por parte do Poder Judiciário, no caso de decisões judiciais, visto que a administração pública deve se pautar pela obediência ao princípio da legalidade (à lei e ao direito), sem se furtar do cumprimento das decisões judiciais sob a alegação de invasão em sua esfera de atribuições. Embora necessária, a independência não é absoluta, pois tal preceito não poderá importar em autorização para que haja violação de garantias constitucionais e legais no exercício de suas funções (ou em sua omissão) contando, ainda, com a proteção da não intervenção do Estado julgador.

A questão de interferência de um Poder na esfera de atuação de outro sempre foi, no Brasil, uma situação bastante delicada, porque a Constituição não define a linha de limite de atuação de cada Poder de uma forma terminativa. Em muitos casos, não há uma definição de qual é o limite de atuação de um Poder sem adentrar na esfera de outro. Isso põe em litígio as questões que envolvem a autonomia de um em relação ao outro. Contudo, quando se está diante de situação de exercício de direito fundamental, não se pode admitir teorias que justifiquem a vedação do Judiciário atuar determinando ação de outro Poder.

Nesse contexto, diante de direito à Educação Infantil para o qual houve omissão do poder público no cumprimento de norma constitucional elevada à categoria de direito fundamental, é de responsabilidade do Poder Judiciário ordenar que os órgãos públicos competentes adotem as medidas necessárias para efetivar plenamente o direito fundamental.

Então se a educação básica, pública e obrigatória tem por finalidade desenvolver o indivíduo, assegurar-lhe a formação comum indispensável para o exercício da cidadania e dotar-lhe de meios para progredir no trabalho e em estudos posteriores, a primeira etapa, onde está situada à Educação Infantil, exerce função fundamental para o crescimento global da criança nos aspectos físico, psicológico, intelectual e social. Logo, a intervenção judicial para assegurar estes direitos tem um papel determinante.

A divisão de Poder, utilizada pelo Judiciário como fundamento que lhe autoriza a intervir em omissão estatal relacionada aos direitos à Educação Infantil, torna-se importante para que o dever do Estado seja assegurado a seus indivíduos, não implicando em interferência do Judiciário no espaço de atuação do Executivo.

7.2.6 Direito da Criança - ECA

O Estatuto da Criança e do Adolescente foi instituído no Brasil no ano de 1990, com a edição da Lei nº 8.069, de 13 de julho. Trata-se de uma norma que regulamenta os direitos e os deveres da criança e do adolescente. Desde então, constitui-se como um importante instituto jurídico utilizado na proteção da infância e da juventude.

O Estatuto surge inspirado na Constituição Federal de 1988, em especial na disposição contida no artigo 227 que estabelece que “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”.

É inegável, e deve ser reconhecido, que houve a influência de documentos internacionais (convenções, acordos, tratados) na edição de um Estatuto próprio para resguardar direitos e tratar de obrigações da criança e do adolescente. As deliberações da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), com uma proposta integradora a nível internacional, contribuíram para que o ambiente interno culminasse na edição do Estatuto que é um instrumento extremamente importante para o exercício de direito das crianças e adolescentes.

O ECA estabelece que “A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.” (art. 3º). Além disso, veda qualquer tipo de discriminação em relação ao nascimento, situação familiar, idade, sexo, raça, etnia ou cor, religião ou crença, deficiência, condição pessoal de desenvolvimento e aprendizagem, condição econômica, ambiente social, região e local de moradia ou outra condição que diferencie as pessoas, as famílias ou a comunidade em que vivem.

Além de ser um direito subjetivo da criança o acesso à Educação Infantil, “A criança e o adolescente têm direito à educação, visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho, assegurando-lhes: igualdade de condições para o acesso e permanência na escola.” (ECA, art. 53º, I). Tal direito “é dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente: ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria, atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a cinco anos de idade.” (art. 54º, I e IV).

É dever do Estado assegurar à criança o ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para aquelas que a ele não tiveram acesso na idade própria (art. 54º). O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo (§ 1º) e o não oferecimento do ensino obrigatório pelo poder público ou sua oferta irregular importa responsabilidade da autoridade pública competente, de acordo com o Estatuto. (§ 2º).

Para Sarmiento (2015, p. 68), a educação na infância está fundamentada em uma orientação centrada nos direitos da criança, a qual pressupõe uma visão de criança cidadã em uma “perspectiva pedagógica de uma educação da infância fora da “forma escolar”, centrada na criança, nas culturas infantis, na ludicidade e criatividade e na ampliação das possibilidades de experiência do mundo”. E ainda conclui o autor:

Uma opção de uma educação infantil democrática deverá considerar os direitos da criança, em sua globalidade, como eixo de desenvolvimento. A criança, sujeito de direitos não é uma expressão retórica, mas um desígnio político que supõe a cidadania da infância, o reconhecimento da criança como sujeito de cultura, a participação infantil e a exigência da igualdade na diversidade no acesso a uma educação de qualidade para todos e para todas. (SARMENTO, 2015, p. 77-78).

Nesta percepção, o direito à educação das crianças deve ser visto sob nova perspectiva, não mais a de produto final de um processo histórico de reconhecimento de direitos humanos, nem de produto da normatividade, “devem ser interpretados como o resultado de um processo universal ainda em curso de identificação da alteridade infantil, de promoção do bem-estar da criança e de criação das condições políticas, econômicas, sociais e institucionais de uma infância livre da dominação social, cultural e paternalista.” (SARMENTO, 2015, p. 78).

A influência das disposições do Estatuto condiciona as políticas públicas de governo que passaram a ser vinculadas às disposições legais. A partir do Estatuto, o Poder Executivo passou a ter o dever e a obrigação com políticas públicas que assegurem o exercício de direitos garantidos aos menores na referida legislação, trata-se não mais de uma possibilidade, ao contrário, os governos estão diante de um dever de ação.

Quando esta pesquisa aponta que 29,91% dos argumentos utilizados pelos julgadores do Tribunal de Justiça, no período analisado, foram o da existência de uma proteção estabelecida pelo ECA, percebe-se a sua importância enquanto instrumento capaz de proporcionar a efetivação do direito à Educação Infantil.

A judicialização como consequência da não efetivação do direito à Educação Infantil teve o fundamento de resguardo de uma proteção integral à criança, na qual a educação se constitui como um de seus principais pilares, um sujeito de direitos. Os argumentos de decisões

que partem do ECA como fundamento para reconhecimento de direitos relacionados à Educação Infantil, são demonstrados em alguns julgamentos a seguir.

Os argumentos utilizados pelo Desembargador André Luiz Planella Villarinho, no julgamento da Apelação Cível Nº 70043668185, destaca o ECA como garantia de direito da criança à educação:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. ECA. EDUCAÇÃO. VAGA EM ESTABELECIMENTO DE EDUCAÇÃO INFANTIL. DIREITO FUNDAMENTAL DA CRIANÇA À EDUCAÇÃO. A Constituição Federal, em seu art. 208, IV, garante ao infante de até cinco anos o direito à educação, assegurando-lhe o atendimento em creche ou pré-escola. A Lei 9394/96, que estabelece as diretrizes e bases da educação, em seu art. 11, V, atribuiu aos Municípios a competência para garantir a educação infantil. Uma vez negado ou dificultado o acesso à educação infantil, violando, assim direito fundamental subjetivo ao ensino, cabível a intervenção jurisdicional, a fim de garantir a efetividade dos preceitos legais e constitucionais. Alegação de superlotação nas creches e pré-escolas e de incapacidade orçamentária que não restaram comprovadas nos autos. [...]. (TJRS, 2011e, on-line).

No mesmo sentido, no ano de 2013, o Desembargador Sergio Fernando de Vasconcellos Chaves, ao relatar a Ação Cível Pública nº 70056313323, utilizou o fundamento de que o ECA é uma legislação protetora de direitos que impõe um dever ao Estado de assegurar à educação:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ECA. DIREITO À EDUCAÇÃO. DEVER DO MUNICÍPIO. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. 1. Tem o Ministério Público legitimidade para propor ação civil pública buscando a efetivação de direitos individuais heterogêneos de crianças e adolescentes. 2. Constitui dever do Município assegurar às crianças o acesso à educação, cabendo-lhe garantir vaga na rede pública ou, então, na rede privada, às suas expensas, sendo desnecessário o esgotamento da via administrativa para a propositura da ação. Recurso desprovido. (TJRS, 2013i, on-line).

Outra decisão proferida no ano de 2017 é o Agravo de Instrumento nº 70074402306, com a seguinte ementa “ECA. Direito à Educação. Fornecimento de Vaga Em Estabelecimento de Ensino Infantil. 1. Turno Integral”. Em seus argumentos, destaca o julgado que “O fornecimento de vaga em estabelecimento de ensino infantil em turno integral é decorrência dos princípios constitucionais de proteção e desenvolvimento da infância, e deve ser assegurado às crianças, em especial as oriundas de famílias com poucas condições financeiras”. Ao abordar especificamente o direito ao transporte escolar, diz o julgado: “Consoante o art. 208, inc. VII, da Constituição Federal e art. 11, VI, da Lei 9.394/96, é dever do Estado, em sentido lato, e, especificamente, obrigação da municipalidade, no que se refere às escolas da rede municipal de ensino, o fornecimento de transporte escolar”. (TJRS, 2017g, on-line).

Em decisão proferida em 2018 segue-se a mesma lógica de decidir reconhecendo

direitos à Educação Infantil e determinando providências estatais no sentido de efetivar o referido direito. O Estatuto é um instituto jurídico determinante no reconhecimento do direito à Educação Infantil efetivado através da judicialização. Reproduz a decisão:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. ECA. MUNICÍPIO DE SÃO LEOPOLDO. GARANTIA CONSTITUCIONAL DE ACESSO À EDUCAÇÃO INFANTIL. VAGA EM CRECHE OU PRÉ-ESCOLA. DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL. O direito à educação infantil constitui direito fundamental social, que deve ser assegurado pelo ente público municipal, garantindo-se o atendimento em creche ou pré-escola às crianças de zero a cinco anos de idade, com absoluta prioridade, nos termos do artigo 208, IV, da CF, artigo 54, IV, do ECA e artigos 4º, IV, e 11, V, da Lei nº 9.394/96. APELAÇÃO PROVIDA. (TJRS, 2018k, on-line).

A pesquisa realizada aponta que o ECA é um instrumento de conquista de direitos, no qual estão protegidos os direitos dos infantes, associado ao modelo de Estado brasileiro, à Constituição e suas garantias fundamentais reservadas à educação. Fundamenta-se o exercício e a efetividade da Educação Infantil como direito fundamental das crianças brasileiras que, quando não atendidos por políticas públicas, podem ser efetivados através de uma determinação judicial resultante da judicialização.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da definição do objetivo e do alcance da pesquisa, que foi o de analisar as decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no período de 2008 a 2018, que tratam do direito à Educação Infantil, e do propósito de compreender os fatores determinantes da judicialização e o papel desta na efetivação deste direito fundamental social, todo o trabalho foi direcionado para a concretização dessas premissas.

O primeiro capítulo descreveu as indicações metodológicas e o percurso intelectual a partir da definição do caminho trilhado na construção da tese, com um problema de pesquisa estabelecido. A resposta para este problema foi encontrada mediante a definição de uma forma de abordagem e da escolha de procedimentos, também pela análise de conteúdo documental (decisões judiciais). Escolhas decisivas para a elaboração de uma estrutura de trabalho.

O segundo capítulo tratou das transformações no Estado. Foi possível conhecer e compreender o Estado enquanto instrumento da ordem social e jurídica que protege e efetiva direitos sociais e individuais. Para tanto, foi realizada uma incursão histórica, a partir das teorias que sustentam e definem a origem do Estado, do pacto originário até a forma contemporânea de organização. Os principais teóricos estudados foram: Bauman (2008; 2016), Bobbio (1992; 2014), Habermas (2012), Beck (2011), Castel (2015), Dubet (2003), Kelsen (2005; 2009), Rousseau (2001), Locke (2006), Montesquieu (2010) e Barroso (2012; 2018).

O propósito foi o de identificar, nas obras desses autores, de modo preponderante, um embasamento teórico que fundamentasse as análises e as conclusões a serem propostas pela pesquisa. Tais marcos teóricos foram indispensáveis na reconstrução da trajetória, porque, após analisar as formas de organização da vida humana em sociedade, foi possível compreender que funções foram reservadas aos Poderes do Estado contemporâneo.

O Estado contemporâneo foi impactado por mudanças sociais, na concepção de Bauman (2008) se tornou um “Estado em Crise”, resultado de uma sociedade individualizada, em que cada um dos seus membros, enquanto indivíduos, passa a ser sujeito de seu próprio destino, de sua história e das perspectivas de futuro, sendo obrigado a se ajustar às novas formas de concepção e de defesa dos ideais de vida pessoal e em sociedade. Há, portanto, um Estado que se transforma e se ajusta às novas realidades de um lado e, de outro, há os indivíduos deste Estado que são obrigados a se moldarem a uma nova realidade que os impacta.

A judicialização foi estudada na sequência das transformações do Estado. Foi identificada certa dubiedade na definição conceitual do termo, muito embora existam alguns pontos em comum, como é o caso de litigar, conflito, política e judiciário. Por isso, após a

compreensão das diversas questões e variáveis que envolvem uma definição conceitual, foi possível a construção de uma definição de forma clara e objetiva, a qual se constitui como um legado que é apresentado, na tese, para a ciência.

A análise da judicialização no Estado contemporâneo foi decisiva para a construção conceitual. Foi possível identificar essa realidade e compreendê-la como um fato no Estado, decorrente do modelo constitucional e da evolução das formas de reconhecer direitos e de reger a vida em sociedade. A judicialização é compreendida como uma das formas de ação/reação dos indivíduos contra o Estado diante da impossibilidade do exercício de direitos sociais, assegurados pelos Estados modernos através de um processo de constitucionalização de direitos, de definição e de proteção jurídica.

No capítulo três, foi estudado o direito à educação no Estado Constitucional e a influência das Declarações Internacionais. Neste aspecto, a compreensão resultante do exame desenvolvido no capítulo anterior foi de vital importância, porque se conclui que o Estado contemporâneo é um Estado Constitucional de Direitos. A Constituição é a delimitadora deste modelo de Estado, definida como sendo a Lei Maior, a Lei Fundamental, é ela que está definindo a organização dos elementos essenciais de um Estado soberano. É ela que define a organização política, o modo de aquisição e de exercício de Poder, onde estão definidos os limites de atuação dos Poderes, onde constam os direitos fundamentais dos indivíduos, a forma de aquisição e de exercício, assim como os deveres e obrigações de Estado.

A incursão nos textos das sete Constituições brasileiras que vigoraram no país desde a independência contribuiu para a identificação da proteção jurídica reservada à educação enquanto direito dos brasileiros. Muito mais que isso, concluir tal estudo possibilitou identificar qual o grau de preocupação e proteção reservada a este direito em cada época da história. A Constituição de 1988, por ser a vigente, mereceu atenção especial também porque identifica o modelo de Estado adotado, democrático de direito, do qual a Constituição é sua Lei Maior e a referência para todo o ordenamento jurídico nacional.

A educação mereceu, por parte do Constituinte de 1988, uma atenção toda especial, a melhor de todos os tempos. Ela foi influenciada pelo momento político vivenciado no país, o da redemocratização, por isso, seu espírito reproduz uma vontade cidadã, propondo o reconhecimento e a inclusão de sujeitos excluídos historicamente do direito à educação. Isso trouxe, em seu bojo, o princípio da igualdade de condições para acesso e permanência na escola. Além disso, estabeleceu como um de seus princípios fundamentais a dignidade da pessoa humana, da construção de uma sociedade justa, livre e solidária, com os propósitos de erradicar a pobreza, a marginalidade e diminuição das desigualdades.

O direito à educação foi incluído enquanto direito fundamental social de todos os brasileiros. Por outro lado, foi estabelecido que é um dever de Estado assegurá-lo e efetivá-lo. O Estado deve assegurar a efetivação da educação básica obrigatória e gratuita, elevada a um direito de natureza subjetiva. Muitos outros direitos relacionados à educação receberam a proteção constitucional, conforme demonstrado. Toda a proteção jurídica resguardada ao direito à educação tem relação com a judicialização do direito à Educação Infantil que é objeto de estudo desta tese.

Por outro lado, a análise das Declarações Internacionais contribui para compreender a influência que elas exerceram em termos de reconhecimento de direitos relacionados à educação na Constituição Brasileira, na LDB e no ECA, institutos jurídicos que dão proteção ao direito à Educação Infantil e contribuem de forma decisiva para assegurar sua efetivação, seja pela inclusão em políticas públicas, seja pela determinação judicial decorrente da judicialização quando houver omissão das políticas. A influência das Declarações Internacionais, no que diz respeito aos direitos nelas reconhecidos, restou comprovada em relação ao direito à educação na legislação brasileira.

Como decorrência do modelo de Estado, da proteção contida na Lei Maior do país, as políticas públicas educacionais brasileiras enquanto ações de Estado para a efetivação do direito à Educação Infantil, se tornaram fundamentais. Isso, porque a efetivação de direitos sociais acontece através de políticas públicas. Não há dúvidas de que existe uma importante relação entre as políticas públicas educacionais brasileiras e a judicialização do direito à Educação Infantil. Tal relação se dá quando as políticas públicas não atendem as necessidades das crianças em idade escolar, no que diz respeito ao acesso, à permanência e às condições de exercício do direito fundamental social.

Papel determinante exerceu o capítulo quatro, o qual tratou da Educação Infantil, de seu reconhecimento enquanto direito fundamental social e da sua proteção jurídica. Ele parte da identificação de uma evolução histórica de compreensão e tratamento reservado às crianças, que culmina com a definição contemporânea, da qual emergem novas formas de compreensão e de proteção, esta nova concepção considera a infância como merecedora de atenção especial. A Educação Infantil, neste cenário, passa a colocar a criança como protagonista do meio social, a ser compreendida enquanto sujeito detentor de direitos e garantias, merecedora de atenção por parte do Estado, da família e da sociedade.

Como consequência disso, a Educação Infantil passa a ser definida como sendo a primeira e decisiva etapa da educação básica, tendo como finalidade o desenvolvimento integral da criança de até seis anos de idade, em relação aos aspectos físico, psicológico, intelectual e

social. Então, os estabelecimentos de ensino passam a se moldar a esta nova realidade. A Educação Infantil passa a ser um dever atribuído aos municípios, no Brasil, devendo ser ofertada em creches e pré-escolas.

Ao ser elevada a um *status* de direito fundamental social, à Educação Infantil passou a representar um direito intimamente ligado à igualdade, aos direitos humanos, o que significa que deve ser assegurada a todos os brasileiros em condição iguais, de modo a proporcionar que cada um possa usufruir de uma vida digna, amparado pela proteção e garantia de um Estado de direito que viabilize autonomia de vida em um espaço social, que possibilite a realização enquanto ser humano, por isso a importância de ser protegido juridicamente.

Em relação à proteção jurídica reservada à Educação Infantil, enquanto direito de natureza fundamental e social, é importante destacar que se encontra explicitamente reconhecido nas Declarações Internacionais de Direito, muito embora elas tenham uma natureza declaratória, é inegável que elas influenciaram a legislação brasileira. Exemplo disso é o que consta do preâmbulo da Constituição em que os Constituintes consignaram como é instituído um Estado Democrático. Estado que deve ser 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, comprometida com a solução pacífica das controvérsias.

Ademais, por ocasião da definição dos princípios fundamentais da República, contidos no artigo 4º da Constituição, consignou-se que o Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos princípios da prevalência dos direitos humanos e pela cooperação entre os povos para o progresso da humanidade. Ainda, enquanto garantias fundamentais dos indivíduos, consta que os “direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (art. 5º, §2º) e que “tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos seus membros, serão equivalentes às emendas constitucionais” (§3º).

A Constituição brasileira trata de proteger os direitos fundamentais sociais de forma concreta. Eles integram o grupo dos direitos e das garantias fundamentais, são elevados a direitos fundamentais sociais. Além disso, passaram a ser incluídos como dever do Estado e direito subjetivo das crianças brasileiras. Portanto, em termos de Constituição, há proteção jurídica do direito à Educação Infantil e é dever de Estado torná-lo realidade.

Além da Constituição Federal, e de sua força jurídica soberana, conforme evidenciado, há ainda uma proteção em consonância com a norma constitucional, também com nítida

influência dos Documentos Internacionais, que se encontra na LDB e no ECA, de modo que o direito à Educação Infantil encontra resguardo e proteção jurídica, podendo ser exigido do Estado quando não for assegurado seu exercício às crianças brasileiras.

A compreensão da proteção jurídica reservada à Educação Infantil enquanto um direito fundamental social das crianças brasileiras mostrou-se fundamental para a relação estabelecida com a sua judicialização e com seus fatores determinantes. Essa é uma constatação que se fortaleceu no decorrer das análises e da base teórica estudada.

O capítulo cinco apresenta o contexto da educação e da judicialização em termos nacionais e estaduais, de modo que é possível situar a conjuntura existente. Em continuidade, foram demonstrados, em quadros anuais, os quantitativos de judicialização de cada um dos direitos relacionados à Educação Infantil, que foram identificados na análise das decisões judiciais. Ressalte-se que esse capítulo possui um caráter de natureza demonstrativa, pois ele apresenta os direitos que foram objeto de judicialização em cada um dos anos e os fundamentos utilizados pelo Judiciário em suas decisões. Contudo, é possível evidenciar a realidade da judicialização em cada ano de forma individual.

Por fim, no capítulo seis, a partir do agrupamento dos direitos relacionados à Educação Infantil judicializados em cada um dos anos de 2008 a 2018, foi possível produzir uma análise e a demonstração dos tipos de direito que foram objeto de ação judicial no período e o percentual que cada um representou. O mesmo procedimento foi realizado em relação aos fundamentos que deram suporte à argumentação dos julgadores que analisaram a judicialização dos direitos relacionados à Educação Infantil no período.

Os direitos relacionados à Educação Infantil que foram judicializados no período da pesquisa, agrupados e computados no total do período analisado foram: vaga em creche; vaga em pré-escola; requisito de idade mínima; transporte escolar; professores na Educação Infantil; acessibilidade; turno integral; aumento de vagas; contratação de vagas particulares; vagas próximas à residência; e, percentual mínimo em educação.

Em termos quantitativos e percentuais, em uma ordem crescente, o resultado da pesquisa mostrou a seguinte sequência: vaga em creche com 7.226 ações, representando 47,1%; vaga em pré-escola com 2.567 ações, representando 16,70%; turno integral com 1.783 ações, representando 11,60%; requisito de idade mínima com 869 ações, representando 5,65%; contratação de vagas particulares com 847 ações, representando 5,49%; transporte escolar com 680 ações, representando 4,42%; professores na Educação Infantil com 377 ações, representando 2,45%; vagas próximas à residência com 233 ações, representando 1,52%; percentual mínimo em educação com 17 ações, representando 0,11%; acessibilidade com 42

ações, representando 0,027%; aumento de vagas com 9 ações, representando 0,06%.

Com a identificação dos direitos que foram objeto de judicialização, foi possível conhecer, a partir da análise das decisões judiciais, quais foram os fundamentos utilizados pelos julgadores como argumento para reconhecer ou negar o direito judicializado. Foram eles: a Constituição; educação é dever/obrigação do Estado; educação é direito fundamental social; educação é direito subjetivo; divisão de Poder; e, direito da criança - ECA.

Estes fundamentos que foram demonstrados de forma quantitativa em quadros anuais, permitiu calcular também o percentual de utilização nas decisões judiciais analisadas, em ordem crescente: direito da criança - ECA com 9.000 ações, representando o percentual de 29,91%; educação é direito fundamental social com 7.675 ações, representando um percentual de 25,50%; educação é dever/obrigação do Estado com 6.817 ações, representando 22,65%; a Constituição com 4.147 ações, representando 13,78%; educação é direito subjetivo com 1.303 ações, representando 4,33%; e, divisão de Poder com 795 ações, representando 2,64%.

Assim, a partir do estudo do referencial teórico, das análises dos resultados da pesquisa nas decisões judiciais referentes ao período de 2008 a 2018, foi possível identificar os fatores determinantes da judicialização e seu papel como uma das condições para a efetivação do direito fundamental social da Educação Infantil. Neste aspecto, evidencia-se que são fatores determinantes da judicialização dos direitos à Educação Infantil: **a) fundamento social - baseado em diagnóstico social** - o indivíduo contemporâneo elege e atribui novos valores e formas de conceber os destinos de sua vida, por isso age e reage; **b) estatal - mudanças no Estado** - as transformações do Estado possibilitou com que as forças políticas decorrentes da organização social definissem as prioridades da sociedade em termos de direitos, a Constituição foi a força jurídica onde foram incluídos direitos fundamentais e sociais; **c) proteção constitucional** - enquanto Lei Maior de um Estado soberano, é a Constituição que define os direitos fundamentais e sociais dos indivíduos, dotando estes de uma proteção jurídica própria e especial, ela estabelece a Divisão de Poderes, dotando o Judiciário de competência para fazer cumprir as determinações constitucionais e legais, inclusive autorizando a intervenção nas ações do Poder Executivo e suas políticas públicas em nome da proteção constitucional, inclui o direito à Educação Infantil como direito subjetivo da criança e um dever a ser assegurado e garantido pelo Estado; **d) pedagógico - mudança na concepção de infância** - o tratamento da criança muda de uma concepção assistencialista para uma concepção de sujeito merecedor de atenção especial, as novas formas de concepção e de proteção colocam a criança como protagonista no meio social, como detentora de direitos e de garantias, por isso merecedora da atenção do Estado, da sociedade e da família como prioridade absoluta. A Educação Infantil

passa a ser, então, compreendida como sendo a primeira e decisiva etapa da educação básica, tendo como objetivo o desenvolvimento integral da criança de até seis anos de idade. Mudam com isso as instituições voltadas ao seu atendimento. As creches passam de local de assistência às crianças para serem concebidas como estabelecimentos de ensino, juntamente com as pré-escolas.

São fundamentos da judicialização: a) **impacto nas políticas educacionais** - a judicialização de direitos relacionados à Educação Infantil acontece porque as políticas públicas do Estado não dão conta da demanda de acesso e efetivação. Em se tratando de direito social, a Educação Infantil somente pode ser efetivada através de ações do Estado, das políticas públicas. Ao não ser assegurado o acesso universal, a reação dos indivíduos é no sentido de buscar, através da judicialização, a garantia da efetivação de um direito concebido como pré-requisito para a cidadania e para os demais direitos indispensáveis para a dignidade humana. b) **autonomia do Judiciário** - a partir da independência enquanto Poder e da autorização constitucional, o judiciário passou a interferir nas ações do Estado e utiliza como fundamento a força jurídica dos direitos fundamentais contidos na Constituição, na LDB e no ECA, para determinar a efetivação do direito à Educação Infantil, o que acaba impactando as políticas públicas diante das frequentes intervenções e determinações judiciais. c) **a definição conceitual de judicialização** - em relação à construção de uma conceituação de judicialização, esta foi concebida a partir de um estudo aprofundado da temática que a envolve, dessa forma, a conceituação construída foi no sentido de que se trata de um “ato pelo qual um indivíduo que não tem efetivado seu direito através das políticas de gestão do Estado, recorre ao Judiciário propondo uma ação com o intuito de ver seu direito subjetivo protegido e efetivado com fundamento em uma proteção jurídica, a partir de uma determinação judicial”.

Após a definição dos fatores determinantes da judicialização do direito à Educação Infantil, restava apresentar uma definição acerca da importância do papel da judicialização na efetivação do direito fundamental social à Educação Infantil. Neste sentido, a constatação de que 88,20% das demandas por direitos foram acolhidas pelo Poder Judiciário, havendo uma determinação judicial que viabilizou o direito de acesso, a conclusão é no sentido de que ela exerce papel extremamente relevante para o exercício de direitos fundamentais sociais de acesso à Educação Infantil. Por isso, cabe ser ressaltado, que a judicialização se constitui como uma das condições de possibilidade para o direito a educação.

A importância da educação enquanto elemento capaz de operar transformações na sociedade é uma realidade. Aliás, esta é uma percepção e entendimento mesmo que, muitas vezes, a efetividade de ações represente uma retórica. Entretanto, todos, de alguma forma,

acreditam que a educação é a única alternativa para reverter as desigualdades sociais e promover o desenvolvimento humano. Por isso, garantir a educação das crianças é bom para o país e o que é bom para o país é bom para toda a sociedade brasileira que, como consequência, poderá desfrutar de uma vida com mais qualidade.

A percepção da influência de fatores sociais na judicialização de direitos relacionados à Educação Infantil ficou evidente na análise das ações judicializadas. Os argumentos utilizados para a judicialização e os usados pelos julgadores atestam isso. O espaço social contemporâneo, conforme afirma Bauman (2008), enfrenta fortes tensionamentos, travam-se lutas pelo reconhecimento de direitos e pela sua efetivação. Estando os indivíduos conectados na nova realidade, estão presentes os fatores propícios para desencadear a judicialização diante da inércia das políticas públicas.

Tal realidade social gera e impõe compromisso aos indivíduos e à sociedade em que ele está inserido, o maior grau de informações, de conhecimento e comunicação impulsiona a consciência de direitos a serem perseguidos e reivindicados, condições de desenvolvimento humano. Os novos valores, o ideal de vida e de futuro, impulsionam o sentido atribuído à própria vida. Se os laços comunitários enfraquecem, a disposição individual passou a se fortalecer, conforme afirma Castel, como consequência de uma individualização imposta pela sociedade contemporânea. A autonomia e o protagonismo passam a serem inspiradores de mudança na própria história, o que é impactado e mobilizado por novos meios, como as redes sociais, implicando a construção de um sujeito diferente.

A partir destas concepções, o entendimento é no sentido de que a vedação ao acesso à Educação Infantil implica em impor um prejuízo irreparável para o desenvolvimento intelectual e humano da criança, o que representa privar de forma fatal as condições elementares de desenvolvimento social, atingindo também a família, o conhecimento e a cidadania.

Por tudo isso, não se pode admitir contemporaneamente que a criança, diante da importância do direito à Educação Infantil e de tudo o que ela representa para o desenvolvimento humano, para a construção da autonomia dos sujeitos, para a realização de um objeto de vida, para a vivência com dignidade humana, seja negligenciada pelo Estado. Quando isso acontece, não falta proteção jurídica e mecanismos para que o acesso seja buscado através da via judicial pela judicialização. Isso deve continuar por muito tempo, pelo menos enquanto a retórica da universalização do acesso à Educação Infantil for uma realidade no país.

REFERÊNCIAS

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

APPOLINÁRIO, F. Dicionário de Metodologia Científica: Um guia para a produção do conhecimento científico. São Paulo: Atlas, 2009.

ARAÚJO, Vania Carvalho. O “tempo integral” na Educação Infantil: uma análise de suas concepções e práticas. In Educação Infantil em jornada de tempo integral: dilemas e perspectivas/Vania Carvalho de Araújo (org.); Manuel Jacinto Sarmento ... [et al.]. - [Brasília, DF]: Ministério da Educação; Vitória: EDUFES, 2015.

ARIÈS, Philippe. História Social da Criança e da Família. Trad. Dora Flaksman. 2 ed. Rio de Janeiro: LTC, 1981.

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

ASENSI, Felipe Dutra. PINHEIRO, Roseni. Judicialização da Saúde no Brasil: Dados e Experiência. Brasília: CNJ, 2015. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/files/conteúdo/destaque/arquivo/2015>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

BARBOSA, Maria Carmen Silveira. Por Amor e Por Força: Rotinas na Educação Infantil. Porto Alegre: Artmed, 2006.

BARDIN, Laurence. Análise de Conteúdo. Ed. Revista e Ampliada. Trad. Luís Antero Reto, Augusto Pinheiro. São Paulo: Edições 70, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. A Judicialização da Vida e o Papel do Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

_____. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>>. Rio de Janeiro, 2012. Acesso em: 10 abr. 2017.

BAUMAN, Zygmunt. BORDONI, Carlo. Estado de Crise. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2016.

_____. A Sociedade Individualizada. Vidas contadas e histórias vividas. Trad. José Gradel. - Rio de Janeiro: Zahar Editor Ltda, 2008.

_____. Modernidade Líquida. - Rio de Janeiro: Zahar Editor, 2001.

_____. Identidade: entrevista A Benedetto Vecchi. Trad. Carlos Alberto Medeiros. - Rio de Janeiro: Zahar, 2005.

_____. Tiempos Líquidos: vivir em uma época de incertidumbre. 1ª ed. Trad. Carmen Corral Santos. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Tusquets Editores, 2016.

_____. O Mal-Estar s Pós-Modernidade. Trad. Mauro Gama, Cláudia Martinelli Gama, revisão técnica Luis Carlos Fridman, - Rio de Janeiro: Zahar, 1988.

_____. Comunidade: a busca por segurança no mundo atual. Trad. Plínio Dentzien. - Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

_____. A Individualidade numa época de incertezas. Trad. Carlos Alberto Medeiros. - 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

_____. Sobre a Educação e Juventude: conversas com Riccard Mazzeo. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

_____. Aprendendo a pensar com a sociologia. Trad. Alexandre Werneck. - Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

BECK, Ulrich. Sociedade de Risco. Rumo a outra modernidade. Tradução Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011.

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

_____. Estado Governo Sociedade. Para uma teoria geral da política. 19 ed. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz & Terra, 2014.

BODIN, Jean. Os Seis Livros da República. Livro Segundo. Coleção Fundamentos do direito. Tradução José Ignacio Coelho Mendes Neto. São Paulo: Ícone, 2001.

BONAVIDES, Paulo. Teoria Geral do Estado. 9 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

_____. Do Estado Liberal ao Estado Social. 9 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

_____. Curso de Direito Constitucional. 29 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

BOURDIEU, Pierre. Sobre o Estado: Cursos no Collège de France (1989-92). [edição estabelecida por Patrick Champagne... [et al.]]; tradução Rosa Freire d'Aguiar. 1ªed. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça - CNJ - Resoluções. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistemas/resolucoes/677-resolucao-46>> Acesso em: 10 out. 2017.

_____. Decreto 19.402. Cria uma Secretária de Estado com a Denominação de Ministério dos Negócios da Educação e Saúde Pública. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930.html>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

_____. Conselho Nacional de Justiça – CNJ. Justiça em Números. Relatórios do Conselho Nacional de Justiça - Brasília: Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em: 10 nov. 2017.

_____. Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1.824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao24.htm>. Acesso em: 18 jun. 2017.

_____. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1.891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/c_03/constituicao.htm>. Acesso em: 18 jun. 2017.

_____. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1.934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 18 jun. 2017.

_____. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1.937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao37.htm>. Acesso em: 18 jun. 2017.

_____. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1.946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao46.htm>. Acesso em: 18 jun. 2017.

_____. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 24 janeiro 1.967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao67.htm>. Acesso em: 10 jul. 2017.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1.988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao.htm>. Acesso em: 18 jun. 2017.

_____. INEP Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira Legislação e Documentos. Censo Escolar da Educação Básica. Notas Estatísticas. Disponível em: <http://download.inep.gov.br/educacao>. Brasília, DF>. Acesso em 28 mar. 2018.

_____. 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/L8069Compilado.htm>. Acesso em: 20 jul. 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/L9394.htm> Acesso em: 10. jan. 2018.

_____. Lei nº 13.249, de 14, jan. 2016. Institui o Plano Plurianual da União para o período de 2016 a 2019. Disponível em: <<http://www.planejamento.gov.br/assuntos/planeja/plano-plurianual>>. Acesso em: 28 jul. 2017.

_____. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – SOF Secretaria de orçamento Federal. Disponível em: <<http://www.orcamentofederal.gov.br/>>. Acesso em: 10 fev. 2017.

_____. Ministério da Educação. Obra de domínio público, de autoria do Ministério da Educação, está disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto.pdf>>. Acessado em: 15 abr. 2018.

_____. Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação. Resolução nº 5, de 17 e dezembro de 2009. Fixa as Diretrizes Curriculares Nacionais para a Educação Infantil. Diário Oficial da União, Brasília, 18 dez. 2009a.

_____. Educação Infantil em jornada de tempo integral: dilemas e perspectivas/Vania Carvalho de Araújo (org.); Manuel Jacinto Sarmiento ... [et al.]. - [Brasília, DF]: Ministério da Educação; Vitória: EDUFES, 2015.

_____. Ministério da Educação e Cultura - Departamento Nacional de Educação - Campanha

Nacional de Material de Ensino. Dicionário Escolar Latino - português. Dicionário de Latim. Org. Ernesto Farias. 3ª ed. Brasília: 1962. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/me.pdf>>. Acesso em: 28 dez. 2017.

_____. Ministério da Saúde. Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos. Departamento de Assistência Farmacêutica. Política e Programa Nacional de Plantas Medicinais e Fitoterápicos/Ministério da Saúde, Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos, Departamento de Assistência Farmacêutica. - Brasília: Ministério da Saúde, 2016. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/politica_programa_nacional.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2019.

_____. STF. Informativo nº 909. Publicado em: 03 ago. 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo909.htm>>. Acesso em: 20 mar. 2018.

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

CARVALHO, José Murilo de. Cidadania no Brasil. O longo Caminho. 3ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

CASHIGUNOY Neto, Alexandre. História da educação brasileira: do período colonial ao predomínio das políticas educacionais neoliberais. São Paulo: Salta, 2015.

CASTEL, Robert. A Metamorfose da Questão Social. Uma Crônica do Salário. Trad. Iraci D. Poleti. 12 ed. Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2015.

Convenção Americana Sobre Direitos Humanos de 1969. 22 nov. 1969. Disponível em: <http://www.rcdh.es.gov.br/sites/default/files/1969%20Convencao%20Americana%20s%20o%20Direitos%20Humanos%20%28Pacto%20de%20San%20Jose%27%29%20e%20docs%200complementares_0.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2017.

Convenção das Nações Unidas Sobre os Direitos da Criança de 1959. 20 nov. 1989. Disponível em: < <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-da-crianca>>. Acesso em: 15 jan. 2017.

CORSETTI, Berenice. A análise documental no contexto da metodologia qualitativa: uma abordagem a partir da experiência de pesquisa do Programa de Pós-graduação em Educação da Unisinos. UNirevista. <http://www.unirevista.unisinos.br>, v. 1, n.1, p. 1-15, 2006.

CURY, Carlos Roberto Jamil. Estado e Políticas de Financiamento em Educação. Educ. Soc., Campinas, vol. 28, n. 100 - Especial, p. 831-855, out. 2007. Disponível em <http://www.cedes.unicamp.br>. Acesso em: 10 mai. 2019.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. 29 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DANIELLI, Ronei. A Judicialização da Saúde no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
DEL'OLMO, Florisbal de Souza. Curso de Direito Internacional Público. ed. 4ª. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e do Cidadão. Abril de 1948. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes-direitos-humanos-e-politica-externa/DADDHom.html>>. Acesso em: 10 fev. 2017.

Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão. 05, out. 1789. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/docs/>>. Acesso em: 07 jun. 2017.

Declaração Universal dos Direitos Humanos. 10 dez. 1948. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/docs/>>. Acesso em: 08 jan. 2017.

Dicionário de Latim. Disponível em: <<https://www.dicionariodelatim.com.br/>>. Acesso em: 10 mar. 2019.

DUBET, François. As Desigualdades Multiplicadas. Trad. Sérgio Miola. Ijuí, RS: Editora Unijuí, 2003.

DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. Tradução de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ENGELS, Friedrich. A Origem da Família da Propriedade Privada e do Estado. Coleção Perspectivas do Homem, VI. 9, Série Ciências Sociais. Trad. Leandro Konder. 9 ed. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira S.A, 1984.

FAUSTO, Boris. História do Brasil. 2 ed. São Paulo: Editora da USP, 199.

FÁVERO, Osmar. À Educação no Congresso Constituinte de 1966-67: Contrapontos. In. Educação nas Constituições Brasileiras [livro eletrônico]: 1823-1988 / Osmar Fávero (Org.). Campinas, SP: Autores Associados, 2014.

_____. A Educação nas Constituições Brasileiras [livro eletrônico]: 1823-1988 / Osmar Fávero (Org.). Campinas, SP: Autores Associados, 2014.

FREIRE, Paulo. Educação e Mudança. 36. ed. Rio de Janeiro: Paz & Terra, 2014.

FREY, Klaus. Políticas Públicas: um debate conceitual e reflexões referentes à prática da análise de políticas públicas no Brasil. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/ppp/index.php/PPP/article/view/89/158>>. Acesso em 20 jun. 2019.

FERNANDEZ, Antoni. Las Políticas Públicas. In: BADIA, Miquel C. ed. Manual de Ciência Política. 3 ed. Madri: Tecnos, 2006, p. 495-517.

GIL, Antônio Carlos. Métodos e Técnicas de Pesquisa Social. São Paulo: Atlas, 1999.

GOERGEN, Pedro. A Educação Como Direito De Cidadania e Responsabilidade do Estado. Educ. Soc., Campinas, v. 34, n. 124, p. 723-742, jul.-set. 2013. Disponível em <http://www.cedes.unicamp.br>. Acesso em: 04 out. 2019.

GHIRALDELLI Júnior, Paulo. Filosofia e história da educação brasileira: da colônia ao governo Lula. 2. ed. Barueri, SP: Manole, 2009.

HABERMAS, Jurgen. Direito e Democracia. Entre a Faticidade e Validade I. Trad. Flávio Beno

Siebeneichler. 2 ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.

HART, Herbert Lionel Adolphus. Conceito de Direito. Lisboa: Fundação C. Gulbenkian, 1994.

HOBBS, Thomas. Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de Uma República Eclesiástica Civil. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. Estatística. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/>>. Acesso em 10 dez. 2017.

KANT, Immanuel. Crítica da Razão Pura. Trad. Herbert Lionel. São Paulo: Martin Claret, 2006.

KAERCHER, Gladis Elise P da Silva. Educação Infantil. In. Educação Infantil [recurso eletrônico]: para que te quero? /Carmem Maria Craidy, Gládis Elise P. da Silva Kaercher, organizadoras. – Dados eletrônicos. – Porto Alegre: Artmed, 2007.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Trad. João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

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

KRAMER, Sonia (org.). Profissionais de Educação Infantil: Gestão e Formação. São Paulo: Ática, 2008.

KUHLMANN Jr. Moysés. Infância e Educação Infantil. Uma Abordagem Histórica. 7 ed. Porto Alegre: Editora Mediação, 2015.

HESSE, Konrad. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha. Trad. Luís Afonso Reck. Porto Alegre: Fabris, 1998.

LEAL, Monica Clarissa Henning. FELIPE, Dalenogare Alves. Judicialização e Ativismo Judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

LOCK, John. Segundo Tratado Sobre o Governo. Trad. Alex Marins. Coleção Obra Prima de Cada Autor. São Paulo: Editora Martin Claret, 2006.

LÓPEZ, Marilu Camacho. Aproximaciones a La Necesaria Creacion de Mecanismos de Defensoria de Los Derechos Humanos en El Espacio. Revista Ciências Humanas, Frederico Westphalen, RS. v. 18 n. 2. set./dez. 2017. Disponível em: <http://revistas.fw.uri.br/index.php/revistadech/ticle/view/2937/2538>>. Acesso em: 10 ag. 2019.

MALISKA, Marcos Augusto. In. Comentários a Constituição do Brasil. J. J. Gomes Canotilho ... [et al.]. .Org. Léo Ferreira Leony. – São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013
MAQUIAVEL, Nicolau. O Príncipe. Tradução Lívio Xavier. Série Clássicos Edipro, Texto Integral. ed. 4ª. São Paulo: EDIPRO, 2015.

MICARELLO; DROGO, Concepção de Infância e Educação Infantil: Um Universo a Conhecer. In. Profissionais de Educação Infantil. Gestão e Informação. 2008.

MACÊDO, Lenilda Cordeiro de. DIAS, Adelaide Alves. A Política de Financiamento da Educação no Brasil e a Educação Infantil. In. Revista ANPED. RBPAAE – v.27, n.2, p. 165-184, maio/ago. 2011. Disponível em: < <https://seer.ufrgs.br/rbpae/article/view/24768/14359>>. Acesso em: 20 jan. 2019.

MARCONI, Marina de Andrade. LAKATOS, Eva Maria. Metodologia do Trabalho Científico: projetos de pesquisa/pesquisa bibliográfica/teses de doutorado, dissertações de mestrado, trabalhos de conclusão de curso. Atualização João B Medeiros. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.

MIRANDA, Pontes. O Direito à Educação. Rio de Janeiro: Alba, 1993.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. Do Espírito das Leis. Trad. José Antônio Freitas. São Paulo: Martin Claret, 2010.

MOREIRA, Viviane de Castilhos. Leibniz & a Linguagem. Rio de Janeiro: Zahar, 2005.

MORAES, Roque. GALIAZZI, Maria do Carmo. Análise Textual Discursiva. Ijuí, RS: Editora UNIJUI, 2007.

OLIVEIRA, M.M. Como Fazer Pesquisa Qualitativa. Petrópolis, RJ: Vozes, 2007.

PACHECO, Luci Mary Duso. Práticas Educativas Escolares de Enfrentamento da Exclusão Social no Meio Rural: A pedagogia da Alternância e a Casa Familiar Rural em Frederico Westphalen. Tese (Doutorado em Educação) UNISINO, São Leopoldo, RS, 2010. Disponível em: <<http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/2109>>. Acesso em: 08 jul. 2019.

PARAÍSO, Marlucy Alves. Metodologia de pesquisa pós-críticas em educação e currículo: trajetórias, pressupostos, procedimentos e estratégias analíticas. IN: Metodologias de pesquisas pós-críticas em educação. Dagmar Estermann Mayer, Marlucy Alves Paraiso (Organizadoras). – 2. Ed. Belo Horizonte: Mazza Edições, 2014.

Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. 16 dez. 1966. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/docs/>>. Aceso em: 10 jan. 2017.

Revista do Instituto Humanitas Unisinos - IHU. Nº 494, ano XV. Judicialização da Política e da Vida. A democracia e o Estado de direito em tensão. Diretor de Redação Inácio Neutzling. Edição de outubro de 2016.

Revista da Faculdade de Educação da USP. Disponível em: <<http://www.educacaoepesquisa.fe.usp.br/>>.

Revista da Faculdade de Educação da UFRJ. Disponível em: <<http://www.educacao.ufrj.br/pos-graduacao/>>.

Revista de Educação UNISINOS. Disponível em: <<http://www.revistas.unisinos.br/index.php/educacao>>.

Revista da Faculdade de Educação da UNICAMP. Disponível em: <<https://www.fe.unicamp.br/publicacoes/periodicos>>.

Revista Brasileira de Políticas e Administração da Educação (RBP AE) Associação Nacional de Política e Administração da Educação. v.27, n° 2 mai./ago. 2011. Porto Alegre: ANPAE, 2011.

RIO GRANDE DO SUL. Constituição (1989) Constituição: Estado do Rio Grande do Sul (Atualização). 11 ed. Porto Alegre, RS: CORAG, 2003.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Relatório Anual. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/site/administracao/prestacao_de_contas> Acesso em: 10 dez. 2017.

_____. Lei Estadual 14.705, de 25 de junho de 2015. Institui o Plano Estadual de Educação – PEE. Disponível em: < <http://www.al.rs.gov.br/legislativo/Legisla%C3%A7%C3%aspx>> Acesso em: 04 mai. 2018.

_____. Secretaria de Estado da Educação. Estatística, Censo Escolar. Disponível em: <<http://www.educacao.rs.gov.br/estatisticas-da-educacao>>. Acesso em: 10 ago. 2017.

_____. FEE - Fundação de Economia e Estatística. <https://www.fee.rs.gov.br/indicadores/populacao/estimativas>>. Acesso em: 10 abr. 2017.

_____. TJRS. Apelação Cível nº 70054749239, 7ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS. Relator: Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. DJ: 03/07/2013a. Disponível em: <<https://www.tjrs.jus.br/site/busca-solr/index.html?aba=jurisprudencia>>. Acesso em: 10 mar. 2018.

_____. TJRS. Agravo de Instrumento Nº 70053674438, 8ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS. Relator: Des. Ricardo Moreira Lins Pastl. DJ: 16/05/2013b. Disponível em: <<https://www.tjrs.jus.br/site/busca-solr/index.html?aba=jurisprudencia>>. Acesso em: 10 mar. 2018.

_____. TJRS. Agravo de Instrumento nº 70071303101, 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do RS. Relator Des. Ricardo Moreira Lins Pastl. DJ: 19/12/2016a. Disponível em: <<https://www.tjrs.jus.br/site/busca-solr/index.html?aba=jurisprudencia>>. Acesso em: 10 mar. 2018.

_____. TJRS. Apelação Cível Nº 70036315026, 7ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS. Relator: Des. André Luiz Planella Villarinho. DJ: 07/07/2010a. Disponível em: <<https://www.tjrs.jus.br/site/busca-solr/index.html?aba=jurisprudencia>>. Acesso em: 10 mar. 2018.

_____. TJRS. Agravo de Instrumento nº 70063134894, 7ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS. Relator: Des. Liselena Schifino Robles Ribeiro. DJ: 19/12/2014a. Disponível em: <<https://www.tjrs.jus.br/site/busca-solr/index.html?aba=jurisprudencia>>. Acesso em: 14 mar. 2018.

_____. TJRS. Apelação em Reexame Necessário Nº 70078042306, 8ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS. Relator: Des. Ricardo Moreira Lins Pastl. DJ: 21/08/2018a. Disponível em: <<https://www.tjrs.jus.br/site/busca-solr/index.html?aba=jurisprudencia>>. Acesso em: 14 mar. 2018.

_____. TJRS. Agravo de Instrumento Nº 70042747782, 8ª Câmara Cível, do Tribunal de Justiça do RS. Relator: Des. Ricardo Moreira Lins Pastl. DJ: 18/08/2011a. Disponível em: <<https://www.tjrs.jus.br/site/busca-solr/index.html?aba=jurisprudencia>>. Acesso em: 15 mar. 2018.

_____. TJRS. Agravo de Instrumento Nº 70073592685, 8ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS. Relator: Des. Rui Portanova. DJ: 31/08/2017a. Disponível em: <<https://www.tjrs.jus.br/site/busca-solr/index.html?aba=jurisprudencia>>. Acesso em: 15 mar. 2018.

_____. TJRS. Agravo de Instrumento nº 70045940152, 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, RS. Relator: Des. Rui Portanova. DJ: 24-11-2011b. Disponível em: <<https://www.tjrs.jus.br/site/busca-solr/index.html?aba=jurisprudencia>>. Acesso em: 18 mar. 2018.

_____. TJRS. Apelação em Reexame Necessário, Nº 70077245462, 8ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Estado, RS. Relator: Des. Alexandre Kreutz, Julgado. DJ: 12-07-2018b. Disponível em: <<https://www.tjrs.jus.br/site/busca-solr/index.html?aba=jurisprudencia>>. Acesso em: 20 mar. 2018.

_____. TJRS. Agravo de Instrumento, nº 70078069556, 4ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS. Relator: Des. Francesco Conti. DJ: 19-09-2018c. Disponível em: <<https://www.tjrs.jus.br/site/busca-solr/index.html?aba=jurisprudencia>>. Acesso em: 25 mar. 2018.

_____. TJRS. Apelação e Reexame Necessário, nº 70078737277, 4ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS. Relator: Des. Francesco Conti. DJ: 19-09-2018d. Disponível em: <<https://www.tjrs.jus.br/site/busca-solr/index.html?aba=jurisprudencia>>. Acesso em: 25 mar. 2018.

_____. TJRS. Apelação Cível nº 70078277951, 4ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS. Relator: Des. Francesco Conti. DJ: 19-09-2018e. Disponível em: <<https://www.tjrs.jus.br/site/busca-solr/index.html?aba=jurisprudencia>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

_____. TJRS. Apelação e Reexame Necessário, nº 70057371783, 3ª Câmara Cível, do Tribunal de Justiça do RS. Relatora: Des. Maria Claudia Cachapuz. DJ: 28-09-2017b. Disponível em: <<https://www.tjrs.jus.br/site/busca-solr/index.html?aba=jurisprudencia>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

_____. TJRS. Agravo de Instrumento Nº 70048688824, 8ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS. Relator: Des. Luiz Felipe Brasil Santos. DJ: 27/09/2012a. Disponível em: <<https://www.tjrs.jus.br/site/busca-solr/index.html?aba=jurisprudencia>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

_____. TJRS. Ação de Apelação Cível de nº 70055316509, 8ª Câmara Cível, do Tribunal de Justiça do RS. Relator: Des. Luiz Felipe Brasil Santos. DJ: 17-10-2013c. Disponível em: <<https://www.tjrs.jus.br/site/busca-solr/index.html?aba=jurisprudencia>>. Acesso em: 21 mai. 2018.

_____. TJRS. Apelação Cível nº 70071700165, 8ª Câmara Cível, do Tribunal de Justiça do RS. Relator: Des. Rui Portanova. DJ: 15/12/2016b. Disponível em: <<https://www.tjrs.jus.br/site/busca-solr/index.html?aba=jurisprudencia>>. Acesso em: 19 ago. 2018.

_____. TJRS. Apelação e Reexame Necessário nº 70075459560, 8ª Câmara Cível, do Tribunal de Justiça do RS. Relator: Des. Rui Portanova. DJ: 07/12/2017c. Disponível em: <<https://www.tjrs.jus.br/site/busca-solr/index.html?aba=jurisprudencia>>. Acesso em: 18 set. 2018.

_____. TJRS. Agravo de Instrumento Nº 70064159551, 8ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS. Relator: Des. Ricardo Moreira Lins Pastl. DJ: 18/06/2015a. Disponível em: <<https://www.tjrs.jus.br/site/busca-solr/index.html?aba=jurisprudencia>>. Acesso em: 12 out. 2018.

_____. TJRS. Agravo de Instrumento Nº 70025187451, 7ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS. Relator: Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. DJ: 10/09/2008a. Disponível em: <<https://www.tjrs.jus.br/site/busca-solr/index.html?aba=jurisprudencia>>. Acesso em: 11 set. 2018.

_____. TJRS. Agravo de Instrumento nº 70054273990, 8ª Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do RS. Relator: Des. Rui Portanova. DJ: 06/06/2013d. Disponível em: <<https://www.tjrs.jus.br/site/busca-solr/index.html?aba=jurisprudencia>>. Acesso em: 14 nov. 2018.

_____. TJRS. Apelação Cível nº 70045051018, 8ª 8ª Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do RS. Relator: Des. Rui Portanova. DJ: 15/12/2011c. Disponível em: <<https://www.tjrs.jus.br/site/busca-solr/index.html?aba=jurisprudencia>>. Acesso em: 14 nov. 2018.

_____. TJRS. Agravo de Instrumento, Nº 70075223354, 8ªa Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS. Relator: Des. Luiz Felipe Brasil Santos. DJ: 08-02-2018f. Disponível em: <<https://www.tjrs.jus.br/site/busca-solr/index.html?aba=jurisprudencia>>. Acesso em: 21 nov. 2018.

_____. TJRS. Apelação Cível nº 70075594945, 7ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS. Relatora: Des. Liselena Schifino Robles Ribeiro. DJ: 22.11.2017d. Disponível em: <<https://www.tjrs.jus.br/site/busca-solr/index.html?aba=jurisprudencia>>. Acesso em: 03 dez. 2018.

_____. TJRS. Agravo de Instrumento nº 70036117554, 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do RS. Relator: Des. André Luiz Planella Villarinho. DJ: 25/08/2010b. Disponível em: <<https://www.tjrs.jus.br/site/busca-solr/index.html?aba=jurisprudencia>>. Acesso em: 07 jan. 2019.

_____. TJRS. Agravo de Instrumento Nº 70054394135, 7ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS. Relator: Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. DJ: 05/07/2013e. Disponível em: <<https://www.tjrs.jus.br/site/busca-solr/index.html?aba=jurisprudencia>>. Acesso em: 09 jan. 2019.

_____. TJRS. Agravo de Instrumento nº 70055897177, 8ª Câmara Cível, do Tribunal de Justiça do RS. Relator: Des. Rui Portanova. DJ: 08/08/2013f. Disponível em: <<https://www.tjrs.jus.br/site/busca-solr/index.html?aba=jurisprudencia>>. Acesso em: 09 jan. 2019.

_____. TJRS. Apelação Cível Nº 70075493262, 8ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS. Relator: Des. Rui Portanova. DJ: 07/12/2017e. Disponível em: <<https://www.tjrs.jus.br/site/busca-solr/index.html?aba=jurisprudencia>>. Acesso em: 09 jan. 2019.

_____. TJRS. Apelação Cível, Nº 70076776293, 8ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS. Relator: Des. Alexandre Kreutz, DJ: 10-05-2018g. Disponível em: <<https://www.tjrs.jus.br/site/busca-solr/index.html?aba=jurisprudencia>>. Acesso em: 14 jan. 2019.

TJRS. Apelação Cível nº 70048504856, 7ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS. Relatoria: Des. Liselena Schifino Robles Ribeiro. DJ: 04/05/2015b. Disponível em: <<https://www.tjrs.jus.br/site/busca-solr/index.html?aba=jurisprudencia>>. Acesso em: 12 jan. 2019.

TJRS. Agravo de Instrumento Nº 70054886577, 7ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS. Relator: Des. Liselena Schifino Robles Ribeiro. DJ: 31-05-2013g. Disponível em: <<https://www.tjrs.jus.br/site/busca-solr/index.html?aba=jurisprudencia>>. Acesso em: 16 fev. 2019.

TJRS. Apelação Cível nº 70073620577, 8ª Câmara Cível, do Tribunal de Justiça do RS. Relator: Des. Jorge Luís Dall'Agnol. DJ: 20-07-2017f. Disponível em: <<https://www.tjrs.jus.br/site/busca-solr/index.html?aba=jurisprudencia>>. Acesso em: 12 jan. 2019.

TJRS. Apelação Cível Nº 70077686178, 8ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS. Relator: Des. Alexandre Kreutz. DJ: 12-07-2018h. Disponível em: <<https://www.tjrs.jus.br/site/busca-solr/index.html?aba=jurisprudencia>>. Acesso em: 12 jan. 2019.

TJRS. Agravo de Instrumento Nº 70069898351, 8ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS. Relator: Des. Rui Portanova. DJ: 11-08-2016c. Disponível em: <<https://www.tjrs.jus.br/site/busca-solr/index.html?aba=jurisprudencia>>. Acesso em: 12 fev. 2019.

TJRS. Agravo de Instrumento, Nº 70056098759, 7ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS. Relator: Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. DJ: 20-08-2013g. Disponível em: <<https://www.tjrs.jus.br/site/busca-solr/index.html?aba=jurisprudencia>>. Acesso em: 26 fev. 2019.

TJRS. Agravo de Instrumento Nº 70056049281, 8ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS. Relator: Des. Ricardo Moreira Lins Pastl. DJ: 20-08-2013h. Disponível em: <<https://www.tjrs.jus.br/site/busca-solr/index.html?aba=jurisprudencia>>. Acesso em: 26 fev. 2019.

TJRS. Apelação Cível de nº 70078308590, 8ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS. Relator: Des. Alexandre Kreutz. DJ: 16-08-2018i. Disponível em: <<https://www.tjrs.jus.br/site/busca-solr/index.html?aba=jurisprudencia>>. Acesso em: 16 abr. 2019.

TJRS. Apelação em Reexame Necessário Nº 70064020373, 8ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS. Relator: Des. Ricardo Moreira Lins Pastl. DJ: 07-05-2015c. Disponível em: <<https://www.tjrs.jus.br/site/busca-solr/index.html?aba=jurisprudencia>>. Acesso em: 16 abr. 2019.

TJRS. Apelação em Recurso Necessário de nº 70078042306, 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, RS. Relator: Des. Ricardo Moreira Lins Pastl. DJ: 21-08-2018j. Disponível em: <<https://www.tjrs.jus.br/site/busca-solr/index.html?aba=jurisprudencia>>. Acesso em: 10 mai. 2019.

TJRS. Apelação Cível Nº 70070249750, 8ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS. Relator: Des. Rui Portanova. DJ: 11-08-2016d. Disponível em: <<https://www.tjrs.jus.br/site/busca-solr/index.html?aba=jurisprudencia>>. Acesso em: 10 mai. 2019.

TJRS. Apelação Cível Nº 70045763703, 7ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS. Relator: Des. André Luiz Planella Villarinho. DJ: 23/11/2011d. Disponível em: <<https://www.tjrs.jus.br/site/busca-solr/index.html?aba=jurisprudencia>>. Acesso em: 10 mai. 2019.

TJRS. Agravo de Instrumento, Nº 70050909027, 8ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS. Relator: Des. Rui Portanova. DJ: 01-11-2012b. Disponível em: <<https://www.tjrs.jus.br/site/busca-solr/index.html?aba=jurisprudencia>>. Acesso em: 10 mai. 2019.

TJRS. Apelação Cível Nº 70035992536, 8ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS. Relator: Des. Rui Portanova. DJ: 10/06/2010c. Disponível em: <<https://www.tjrs.jus.br/site/busca-solr/index.html?aba=jurisprudencia>>. Acesso em: 11 mai. 2019.

TJRS. Apelação Cível de nº 70022385835, 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, RS. Relator: Des. Luiz Ari Azambuja Ramos. DJ: 24/01/2008b. Disponível em: <<https://www.tjrs.jus.br/site/busca-solr/index.html?aba=jurisprudencia>>. Acesso em: 06 jun. 2019.

TJRS. Apelação e Reexame Necessário Nº 70064166796, 8ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS. Relator: Des. José Pedro de Oliveira Eckert. DJ: 23/04/2015d. Disponível em: <<https://www.tjrs.jus.br/site/busca-solr/index.html?aba=jurisprudencia>>. Acesso em: 14 jun. 2019.

TJRS. Apelação Cível Nº 70043668185, 7ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS. Relator: André Luiz Planella Villarinho. DJ: 19/10/2011e. Disponível em: <<https://www.tjrs.jus.br/site/busca-solr/index.html?aba=jurisprudencia>>. Acesso em: 16 jun. 2019.

TJRS. Apelação Cível Nº 70056313323, 7ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS. Relator: Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. DJ: 24/09/2013i. Disponível em: <<https://www.tjrs.jus.br/site/busca-solr/index.html?aba=jurisprudencia>>. Acesso em: 21 jul. 2019.

TJRS. Agravo de Instrumento nº 70074402306, 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, RS. Relator: Des. Luiz Felipe Brasil Santos. DJ: 30/11/2017g. Disponível em: <<https://www.tjrs.jus.br/site/busca-solr/index.html?aba=jurisprudencia>>. Acesso em: 25 jul. 2019.

TJRS. Apelação Cível Nº 70078151693, 8ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS. Relator: Des. Ricardo Moreira Lins Pastl. DJ: 13/12/2018k. Disponível em: <<https://www.tjrs.jus.br/site/busca-solr/index.html?aba=jurisprudencia>>. Acesso em: 26 ago. 2019.

RIZZO, Gilda. Creche. Organização, Currículo, Montagem e Funcionamento. 6 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do Contrato Social. Trad. Pietro Nassetti. Coleção Obra prima de Cada Autor. 18. ed. São Paulo: Martin Claret, 2001.

_____. Discurso sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdade Entre os Homens. Tradução Laurent de Saes. São Paulo: Edipro, 2015.

SANDEL, Michael, J. Justiça. O que é fazer a coisa certa. Trad. Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 12 ed. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2013.

SANTOS, Boaventura de Souza. Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

_____. Para Uma Revolução Democrática da Justiça. Coimbra, PR: Edições Almedina, 2014.

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

SARMENTO, Manuel Jacinto. Para uma agenda da educação da infância em tempo integral assente nos direitos da criança. In. Educação Infantil em jornada de tempo integral: dilemas e perspectivas/Vania Carvalho de Araújo (org.); Manuel Jacinto Sarmiento ... [et al.]. - [Brasília, DF]: Ministério da Educação; Vitória: EDUFES, 2015.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. ed. 40. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2017.

SILVA, Rodrigo Manoel Dias. Educação Patrimonial e Políticas de Escolarização no Brasil. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/educacaoerealidade55022/37002>>. Educação & Realidade, Porto Alegre, v. 41, n. 2, p. 467-489, abr./jun. 2016. Acesso em: 10 nov. 2017.

SILVA, Rodrigo Manoel Dias; SILVA, Roberto Manoel Dias. Dilemas das Políticas Brasileiras de Escolarização no Início do Século XXI: Democratização, Cidadania e Intersetorialidade em Debate (p. 13/34). In: Políticas Educacionais: Abordagens, experiencias e dilemas contemporâneos / Rodrigo Manoel Dias da Silva, Cesar Riboli (org.). - Frederico Westphalen: URI, Erechim: Deviant, 2019.

SILVA PINTO, Luiz Fernando. Gestão cidadã – a participação social no Brasil. Rio de Janeiro: Editora da FGV, 2002.

SILVEIRA, Adriana D. Dragone. A Judicialização da educação para a efetivação do direito à educação básica. Jornal de Políticas Educacionais, da USP, Nr. 9, 2011. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/jpe/article/view/25173>>. Acesso Em: 10 jun. 2017.

_____. O Direito à Educação de Crianças e Adolescentes: Análise da Atuação do Poder Judiciário de São Paulo (1991-2008). 2010.303p. Tese de doutorado. Faculdade de Educação, Universidade de São Paulo, 2010. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis-br.php>>. Acesso em: 15 abr. 2017.

THOREAU, Henry David. A Desobediência Civil. Texto de Domínio Público. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cv000019.pdf>>. (1 of 16-16/11/2001). Acesso em: 10 jul. 2017.

ONUBR Organização das Nações Unidas no Brasil. Direito Internacional. Declarações, Convenções e Tratados. Disponível em: <https://nacoesunidas.org>>. Acesso em: 10 dez. 2017.

VEIGA-NETO, Biopoder e dispositivos de normalização: implicações educacionais. In: Simpósio Internacional IHU, 11., 2010, São Leopoldo. Anais... São Leopoldo: O (des)governo biopolítico da vida humana, Casa Leiria, 2010.

VIANA, Luiz Werneck. CARVALHO, Maria Alice Resende de. MELO, Manuel Palacios Cunha. BURGOS, Marcelo Baumann. A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999.

VICTOR, Rodrigo Albuquerque. A Judicialização de Políticas Públicas Para a Educação Infantil. São Paulo: Saraiva, 2011.

VIEIRA, Sofia Lerche. A educação nas constituições brasileiras: textos e contexto. Revista Brasileira de Estudos Pedagógicos. Brasília, v. 88, n. 219, p. 291-309, maio/ago. 2007. Disponível em: <http://rbep.inep.gov.br/index.php/rbep>. Acesso em: 12 mar. 2018.

WEBER, Max. Ciência e Política, Duas Vocações. Trad. Leonidas Hegenberg e Octany Silveira da Mota. 18. ed. São Paulo: Cultrix, 2011.

WERLE, Flávia Obino Corrêa. Políticas de avaliação em larga escala na educação básica: do controle de resultados à intervenção nos processos de operacionalização do ensino. Ensaio: aval. pol. públ. Educ., Rio de Janeiro, v. 19, n. 73, p. 769-792, out./dez. 2011. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ensaio/v19n73/03.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2019.