

A EDUCAÇÃO E O PODER JUDICIÁRIO: A BUSCA POR VAGAS EM ESCOLAS PÚBLICAS NO BRASIL

EDUCATION AND THE JUDICIARY BRANCH: THE SEARCH FOR PUBLIC SCHOOL PLACES IN BRAZIL

Adriana Duarte de Souza Carvalho¹

SUMÁRIO: Introdução; 1. A teoria da escolha racional e a teoria dos atores políticos com poder de veto; 2. A Educação na Constituição de 1988; 3. O Fenômeno da Judicialização da Política; 4. A Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul; Considerações Finais; Referências das Fontes Citadas.

RESUMO

O objetivo desse artigo é discutir o fenômeno do controle judicial de políticas públicas em Educação. A hipótese é a de que o modelo de democracia institucionalizado pela Constituição de 1988, fundamentado em direitos sociais, tenha demandado uma nova leitura da separação de poderes, desencadeando a chamada judicialização da política. Esse estudo será realizada por meio de pesquisa bibliográfica e documental: primeiramente será apresentada uma análise da Constituição de 1988 e, depois, a jurisprudência produzida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul será estudada em relação à busca de vagas em escolas públicas. Por meio dessa análise pretende-se demonstrar que o modelo de tripartição de poderes, baseado na total interdependência de funções, não foi possível de ser concretizado no Brasil, devido à incapacidade do Legislativo e do Executivo em efetivar direitos sociais. Como consequência, o Judiciário passa a desempenhar funções legislativas, o que dá início à judicialização da política.

PALAVRAS-CHAVE: Judicialização da política; Constituição de 1988; Direitos sociais; Vagas em escolas públicas; Jurisprudência.

¹ Bacharel e Licenciada em Ciências Sociais e Mestre em Sociologia pela Universidade Estadual Paulista (UNESP). Doutora em Ciência Política pela Universidade Federal de São Carlos. Professora do Centro Universitário Claretiano, Departamento de Gestão Pública. Linha de Pesquisa: Instituições Políticas e Políticas Públicas. Endereço eletrônico: adriana.dsc@bol.com.br.

ABSTRACT

The purpose of this article is to discuss the judicial control over public politics in Education. Our hypothesis is that the model of democracy institutionalized by the Constitution of 1988, based on social rights, has demanded a new reading of the power separation theory, triggering the judicialization of politics. This article will be accomplished through bibliographical and documental research: first we will present an analysis of the Constitution of 1988. After, we will study the jurisprudence produced by the Court of Justice of Rio Grande do Sul in the matters of the search for public school places. Through this analysis we will demonstrate that the model of power separation, based on the complete independence of functions could not be fulfilled in Brazil, due to the incapacity of the Legislative and Executivo branches in accomplish social rights. As consequence, the Judiciary branch starts to perform legislative functions and it begins the judicialization of politics.

KEY-WORDS: Politics judicialization; Constitution of 1988; social rights; public school places; jurisprudence.

INTRODUÇÃO

A temática da judicialização da política no Brasil tem estado cada vez mais presente nas agendas de pesquisas nacionais sobre Educação, especialmente quando a problemática diz respeito à efetivação universal desse direito.

O fenômeno da judicialização da política tem importantes implicações no desenho das instituições políticas e no comportamento dos atores que fazem parte do processo decisório. Falar em judicialização da política significa compreender o novo lugar que o Poder Judiciário passou a ocupar por ocasião da promulgação da Constituição de 1988, rompendo, assim, com o modelo liberal clássico de separação de poderes, segundo o qual apenas os poderes representativos poderiam tomar decisões de conteúdo político e realizar o controle das políticas públicas. Como consequência disso, a judicialização da política em processo no país implica compreender o Poder Judiciário como um ator político que toma decisões sobre temas que tradicionalmente eram objeto de políticas públicas e, portanto, eram prerrogativas exclusivas dos poderes Executivo e Legislativo.

A Educação sempre foi um direito tradicionalmente assegurado pelos poderes representativos, por meio de políticas públicas. A primeira Constituição republicana a assegurar o direito à educação foi a 1934², que estabelecia como dever da família e dos poderes públicos a efetivação dela. A Constituição ditatorial do Estado Novo, de 1937³, determinava que a educação fosse um direito natural dos pais, cabendo ao Estado apenas colaborar, quando necessário, para suprir as deficiências da educação particular. Na Constituição de 1946⁴ a educação novamente aparece como um dever dos Poderes Públicos, retomando os princípios democráticos do texto de 1934. A Constituição militar, de 1967⁵, segue o mesmo padrão do texto de 1946.

Essa breve retomada de nossa história constitucional demonstra que, desde 1934, a Educação é obrigação dos Poderes Públicos. O conceito de poder público é bastante interessante, porque inclui o Poder Judiciário. No entanto, historicamente o direito à educação sempre foi garantido pelos poderes representativos, porque sua concretização necessariamente demanda políticas públicas. Atualmente, contudo, diante da constante omissão destes poderes, esse direito tem sido demandado pela população no Poder Judiciário, por meio de ações civis, o que abre espaço para o Judiciário controlar políticas públicas.

Assim, o objetivo desta pesquisa é compreender como as ações que demandam direitos à Educação são recepcionadas pelo Judiciário e se são, de fato, objeto de efetivação pelo Judiciário. Nossa hipótese é, portanto, de que o Poder Judiciário, em primeira e segunda instâncias, tem tomado decisões sobre questões políticas

² Constituição de 1934: 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.

³ Constituição de 1937, Artigo 125 - A educação integral da prole é o primeiro dever e o direito natural dos pais. O Estado não será estranho a esse dever, colaborando, de maneira principal ou subsidiária, para facilitar a sua execução ou suprir as deficiências e lacunas da educação particular.

⁴ Constituição de 1946, Artigo 167 - O ensino dos diferentes ramos será ministrado pelos Poderes Públicos e é livre à iniciativa particular, respeitadas as leis que o regulem.

⁵ Constituição de 1967, Artigo 168 - 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. § 1º - O ensino será ministrado nos diferentes graus pelos Poderes Públicos.

CARVALHO, Adriana Duarte de Souza. A educação e o Poder Judiciário: a busca por vagas em escolas públicas no Brasil. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.1, 1º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

e, justamente por isso, tornou-se um ator com poder de veto, conforme a teoria de Tsebelis⁶.

Essa pesquisa demandará uma análise empírica, que terá como embasamento a teoria da escolha racional e a teoria dos atores com poder de veto. A análise empírica terá como fonte a jurisprudência produzida pelos tribunais de segunda instância, que são os Tribunais de Justiça. Esses documentos serão analisados, com o objetivo de responder a duas questões que pretendemos responder, a saber: 1) as decisões dos tribunais de justiça têm sido favoráveis à demanda da sociedade civil por educação? 2) como os juízes justificam a tomada de decisão política feita pelo Judiciário, uma vez que este não é um poder representativo?

Os Tribunais de Justiça no Brasil produzem milhares de decisões anualmente sobre a temática da educação. Diante da impossibilidade de estudá-las todas, escolhemos analisar a jurisprudência produzida pelo TJ do Rio Grande do Sul. De maneira geral, a literatura tem mostrado que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul é o menos conservador do Brasil e o que tem produzido decisões que rompem com os modelos tradicionais. A literatura sustenta que os juízes do Rio Grande do Sul criaram uma corrente alternativa do direito, que defende que a aplicação do direito deve priorizar o princípio da justiça e não necessariamente a norma positivada. Nesse sentido Wolkemer⁷, falando sobre a obra do jurista gaúcho Juarez Freitas, apresenta as bases do direito alternativo: no qual "(...) postula sublinhar que a correta hermenêutica do direito implica e exige a constante superação dos positivismos nos seus vários matizes, defendendo, por igual, a ideia de que a justiça – valor supremo do direito – está nele protegida".

Por meio dessa pesquisa queremos mostrar a ambigüidade que implica a tomada de decisão sobre políticas públicas em educação pelo Poder Judiciário: por um lado os juízos de direito e os tribunais garantem um direito social

⁶ TSEBELIS, George. **Atores com poder de veto: como funcionam as instituições políticas**. Rio de Janeiro: FGV, 2009. P. 316-317.

⁷ WOLKEMER, Antonio Carlos. **Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico**. São Paulo: Saraiva, 2009. P. 124.

CARVALHO, Adriana Duarte de Souza. A educação e o Poder Judiciário: a busca por vagas em escolas públicas no Brasil. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.1, 1º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

constitucionalmente garantido, mas, por outro, rompem com o princípio da universalidade, tutelado pelo mesmo texto constitucional. Dessa maneira, há forte impacto sob o desenho institucional dos três poderes, pois passam todos a ter prerrogativas decisórias sobre políticas públicas em educação e sob a tutela desse direito.

1. A TEORIA DA ESCOLHA RACIONAL E A TEORIA DOS ATORES POLÍTICOS COM PODER DE VETO

A premissa fundamental da teoria da escolha racional, já bastante conhecida, é de que os atores políticos buscam a maximização de seus interesses e preferências e que criam estratégias para que sejam satisfeitos. Para que esse objetivo seja satisfeito, os atores se utilizam de cálculos estratégicos, conforme explica Monsma⁸:

Esta abordagem geral, denominada "escolha racional, pressupõe que, do leque de ações possíveis numa situação dada, as pessoas escolham racionalmente aquelas que maximizam as chances de conseguir suas metas e realizar seus projetos. [...] A escolha racional pressupõe que as pessoas têm interesses claros e escolhem as ações mais adequadas para servir seus interesses. [...] A escolha racional é um postulado básico, não um objeto de pesquisa. A abordagem substituiu o estudo da ação por um modelo abstrato de ação [...].

Com base nos pressupostos da teoria da escolha racional, Tsebelis⁹ desenvolveu a teoria dos atores políticos com poder de veto, que pressupõe que todo sistema político possua atores com poder de mudar o *status quo* legislativo e que exercem uma influência hegemônica no processo decisório. Segundo Tsebelis:

⁸ MONSMA, Karl. Repensando a escolha racional e a teoria da agência: fazendeiros de gado e capatazes no século XIX. **Revista brasileira de Ciências Sociais**, 2000, vol.15, no.43, p.83-114, 2000. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69092000000200006&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 22.02.2013. P. 85.

⁹ TSEBELIS, George. **Atores com poder de veto: como funcionam as instituições políticas**. P.41.

CARVALHO, Adriana Duarte de Souza. A educação e o Poder Judiciário: a busca por vagas em escolas públicas no Brasil. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.1, 1º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

“Atores com poder de veto são atores individuais ou coletivos cujo acordo é necessário para uma mudança do *status quo*.”

Do ponto de vista da teoria da escolha racional, especificamente da teoria dos atores com poder de veto, o desenho institucional proposto pela Constituição Federal de 1988 apresenta um judiciário com poder de veto. Na sua instância máxima no Brasil, que é o Supremo Tribunal Federal, o Poder Judiciário é um ator com poder de veto, uma vez que pode sobrestar legislação por meio das ações diretas de inconstitucionalidade. O STF torna-se um ator com poder de veto ainda mais fortalecido quando, a partir da Emenda Constitucional nº 45, ganha a prerrogativa de aprovar súmulas com efeito vinculante em relação a todos os órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, em todas as suas esferas. Mas não é apenas em sua instância superior que o Poder Judiciário é um ator com poder de veto.

Em suas instâncias mais inferiores - os juízes de direito e os tribunais de justiça - o Poder Judiciário tem tomado decisões diariamente sobre políticas públicas e, portanto, é um importante ator de veto. Isso ocorre quando, por exemplo, um juiz obriga determinada prefeitura e secretaria de saúde a fornecer gratuitamente determinado medicamento para um hipossuficiente ou ainda quando obriga determinada instituição de ensino a fornecer vaga para menor.

É diante desse quadro teórico que se compõe o objeto dessa pesquisa. Queremos analisar o processo de judicialização das políticas públicas em educação no Brasil a partir das decisões tomadas sobre essa temática pelos juízes de direito em primeira instância e pelos tribunais estaduais em segunda instância.

Por meio da análise, mostraremos o impacto que o fenômeno da judicialização da política tem sobre a universalidade do direito social à educação. Uma vez que um determinado direito à educação é conquistado pela via judicial, o direito limita-se a ser garantido ao indivíduo que entrou com a ação judicial e não a toda sociedade civil. Dessa maneira, se por um lado a judicialização da política garante a tutela de direitos que os poderes representativos falharam em tutelar,

CARVALHO, Adriana Duarte de Souza. A educação e o Poder Judiciário: a busca por vagas em escolas públicas no Brasil. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.1, 1º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

por outro lado rompe com o princípio constitucional da universalidade do direito social à educação.

2. EDUCAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição de 1988 não é um documento jurídico-político de caráter meramente normativo, uma vez que ela também apresenta um âmbito altamente axiológico. Essa é, sem dúvidas, uma característica dos dispositivos constitucionais que estabelecem os direitos sociais à Educação. O direito à Educação aparece pela primeira vez no texto constitucional no artigo 6º, enumerado entre outros nove direitos sociais, como podemos ver abaixo:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

A leitura do artigo deixa evidente que se trata de um dispositivo constitucional de caráter axiológico. Isso implica que o artigo 6º traz um princípio abstrato sobre a educação, mas não uma regulamentação que permita a concretização do direito. É apenas no artigo 22 que a Constituição reconhece a necessidade de regulamentação e, portanto, inciso XXIV, determina:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

XXIV - diretrizes e bases da educação nacional.

É importante pontuar que o artigo apenas reconhece a necessidade de se regulamentar a Educação, mas não o faz por si mesmo. Ele deixa essa tarefa para o legislador ordinário. Assim, o artigo cria uma promessa do Estado para com a população e funda uma obrigação para os poderes representativos.

De fato a regulamentação da Educação ocorreu nas diversas leis que a normatizam. A Lei nº 9394 de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, é um dos mais importantes instrumentos regulamentadores do artigo 6º, da Constituição, no que diz respeito à Educação.

CARVALHO, Adriana Duarte de Souza. A educação e o Poder Judiciário: a busca por vagas em escolas públicas no Brasil. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.1, 1º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

O caráter social do direito à Educação, que fica claro no artigo 6º, torna esse direito objeto de políticas públicas: é dessa maneira que ele deveria ser efetivado.

3. O FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

A teoria da separação de poderes foi elaborada para um modelo de Estado que se pretendia liberal, ou seja, destinado a proteger os interesses da burguesia que ascendia como ator político e que precisava de direitos que garantissem a propriedade privada. Nesse modelo, os poderes teriam funções próprias e excludentes, que não poderiam ser compartilhadas. O Judiciário, no liberalismo político clássico, tutelaria os direitos patrimoniais, por meio do direito penal e civil.

Um modelo de Estado, contudo, que tutela direitos sociais, como é o caso brasileiro, não comporta essa divisão rígida de poderes. Em teoria seriam os poderes representativos – Executivo e Legislativo – os poderes responsáveis pelo controle de políticas públicas e portanto, aqueles que deveriam concretizar os bens de cidadania constitucionalizados. No entanto, diante da incapacidade destes de atender toda a demanda por esses bens sociais, essa tarefa passa ser compartilhada com o Judiciário, contrariando absolutamente a teoria clássica da tripartição de poderes. É esse o contexto do surgimento do processo de judicialização da política.

Vianna et al¹⁰ afirma, assim, que a judicialização da política teve início na década de 70 com a crise do *Welfare State*. Quando o Estado perde a capacidade de assegurar direitos sociais, o Poder Judiciário passa a cumprir esse papel. Dessa forma, a Justiça ganha novas prerrogativas políticas, até então exclusivas dos poderes representativos. Assim aponta os autores:

¹⁰ VIANNA, Luiz Werneck, BURGOS, Marcelo e SALLES, Paula. Dezessete anos de judicialização da política. **Tempo Social**. Volume 19, número 2, p. 39-85 novembro de 2007. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702007000200002&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 26.02.2013. P. 41.

CARVALHO, Adriana Duarte de Souza. A educação e o Poder Judiciário: a busca por vagas em escolas públicas no Brasil. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.1, 1º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

A invasão do direito sobre o social avança na regulação dos setores mais vulneráveis, em um claro processo de substituição do Estado e dos recursos institucionais classicamente republicanos pelo judiciário, visando a dar cobertura à criança e ao adolescente, ao idoso e aos portadores de deficiência física. O juiz torna-se protagonista da questão social.

No Brasil, o fenômeno teria tido início a partir da transição política da década de 80, conforme mostram Maciel e Koerner¹¹ implicando na presença de instituições judiciais e de seus respectivos atores, no processo de consolidação da democracia.

Lobato¹², por sua vez, afirma que a judicialização da política é o resultado de questões não resolvidas pelo debate democrático, que são trazidas ao Poder Judiciário. Para a autora: "O Poder Judiciário assume assim a tarefa de árbitro do debate encontrando na Constituição o parâmetro para as suas decisões".

Cittadino¹³ entende que a ampliação dos poderes políticos do Judiciário é um fenômeno próprio das democracias contemporâneas, que demandam a concretização de direitos sociais e a manutenção do *status* de cidadania. Assim, afirma a autora: "(...) o sistema de direitos fundamentais se converteu no núcleo básico do ordenamento constitucional brasileiro". É justamente esse sistema de direitos que tem sido demandado pela via judicial diante da inércia dos demais poderes. A autora destaca, contudo, que esse empoderamento precisa estar de acordo com o constitucionalismo democrático, que prevê a independência e autonomia dos três poderes.

¹¹ MACIEL, Débora Alves e KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. **Lua Nova**, no.57, p.113-133, 2002. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452002000200006&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 13.03.2013. p.113.

¹² LOBATO, Anderson Orestes Cavalcante. Política, constituição e justiça: os desafios para a consolidação das instituições democráticas. **Revista de Sociologia Política**, no.17, p.45-52, 2001. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782001000200005&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 24.02.2013. P. 48.

¹³ CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação dos poderes. In. Vianna, Luiz Werneck (org.). **A Democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG, 2003. p. 25.

Queremos mostrar, contudo, que o constitucionalismo democrático que dependia da independência e autonomia dos poderes só se fazia exequível exclusivamente no modelo liberal. O constitucionalismo que se quer social, como o brasileiro, demanda uma ressignificação das relações entre os três poderes.

Chrispino et al¹⁴ apresentam o conceito de judicialização das relações escolares. Os autores apontam que o processo de judicialização das relações escolares é fruto da ampliação dos direitos sociais e desencadeado devido à incapacidade dos atores envolvidos com a Educação em lidar com esta nova demanda por direitos. Sobre isso afirmam os autores.

[...] se o processo de judicialização alcançou as relações escolares é porque os atores envolvidos não forem capazes de (1) perceber os problemas específicos que surgiam no seu espaço ou (2) de encontrar soluções para os problemas que se mantêm no espaço escolar.

De fato, atores políticos e sociais envolvidos com a educação têm se mostrado omissos, o que fortalece o processo de judicialização da educação. Mas essa é apenas uma das variáveis para explicar esse processo. No entanto, o problema não é apenas este. A questão é que as funções clássicas atribuídas aos poderes, a saber: administração, legislação e jurisdição, nas quais não cabe ao Judiciário tomar decisões políticas, se mostraram incompatíveis com um modelo de Estado que constitucionaliza direitos sociais que se pretendem universais.

4. A JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL

Mostramos que a judicialização da política implica, em certa medida, no controle judicial de políticas públicas. Esse papel deixa de pertencer exclusivamente aos poderes representativos e passa a ser compartilhado com o Judiciário. Essa

¹⁴ CHRISPINO, Álvaro e CHRISPINO, Raquel S.P. A Judicialização das relações escolares e a responsabilidade civil dos educadores. **Ensaio: Avaliação e Políticas Públicas em Educação**. Volume 16, número 58, páginas 9-30, 2008. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-40362008000100002&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 15.03.2013. p. 26.

CARVALHO, Adriana Duarte de Souza. A educação e o Poder Judiciário: a busca por vagas em escolas públicas no Brasil. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.1, 1º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

instituição, contudo, tem procedimentos próprios para efetivar direitos sociais, que são os processos. Isso implica que cabe ao indivíduo ajuizar uma ação civil para ter seu direito judicialmente assegurado. São os resultados dessas ações que analisaremos na pesquisa empírica dessa pesquisa.

A pesquisa empírica desta pesquisa terá início com um recorte específico. Há milhares de acórdãos na área de Educação no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por isso vamos analisar exclusivamente a jurisprudência que diz respeito à garantia de vagas em instituições de ensino destinadas de educação infantil, para crianças de zero a seis anos de idade,

Vamos começar analisando a decisão, cuja ementa segue abaixo¹⁵:

REEXAME NECESSÁRIO. SENTENÇA ILÍQUIDA. CONDENAÇÃO DE ENTE PÚBLICO. CONHECIMENTO NOS TERMOS DO ENTENDIMENTO DO STJ. APELAÇÃO CÍVEL. VAGA EM CRECHE. GARANTIA DE EDUCAÇÃO À CRIANÇA DE ZERO A SEIS ANOS EM CRECHES E PRÉ-ESCOLA. Obrigação atribuída ao município. Direito do infante a vaga em creche e pré-escola. NEGARAM PROVIMENTO AO APELO E, EM REEXAME NECESSÁRIO, CONFIRMARAM A SENTENÇA. (Apelação e Reexame Necessário Nº 70052698719, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alzir Felipe Schmitz, Julgado em 07/02/2013).

Na decisão supramencionada uma mãe entrou com uma ação em primeira instância para garantir a seu filho o direito à vaga em creche. O sujeito passivo dessa ação foi o município de Ivote, que não cumpriu com o direito constitucional de garantir a vaga. O juiz de primeira instância sentenciou a favor a mãe. O município de Ivote interpôs, então, ação no Tribunal de Justiça, pedindo a reforma da decisão, cujo resultado é a ementa supramencionada.

¹⁵ Apelação e Reexame Necessário Nº 70052698719, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alzir Felipe Schmitz, Julgado em 07/02/2013. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/buscEa/?q=vaga+em+creche&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=. Acesso em: 22.02.021.

A justificativa dada pelo município para não tutelar o direito à Educação nesse caso foi o de que ele organiza o atendimento à educação das crianças por meio de listas formuladas de acordo com a condição financeira das famílias. Assim, o município alegou que necessitava de tempo para atender a todas as demandas.

O relator da decisão, o desembargador Alzir Felipe Schmitz, não aceitou a reforma da decisão do juiz de primeira instância, mantendo a obrigação municipal de garantir a matrícula. Ele justificou a decisão com base no artigo 208 da Constituição de 1988, no artigo 4º, inciso IV, da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional e artigo 54, inciso IV, do Estatuto da Criança e do Adolescente. O desembargador afirmou ainda que cabe ao município garantir, com recursos próprios, a universalidade de vagas. Finalmente, o desembargador reconhece a hipossuficiência da mãe e confirma a sentença do juiz de primeiro grau. É importante notar, nessa situação, que se confirma o que afirmou Lobato¹⁶, de que a Constituição é parâmetro para as decisões judiciais de teor político.

O que é possível compreender dessa decisão é que, na omissão do Poder Executivo municipal em elaborar políticas públicas na área de Educação, o Judiciário toma para si essa função. O problema da ingerência da Justiça em políticas públicas é de que o direito é conquistado apenas no caso concreto, justamente da mãe que entrou e ganhou ação. Este fato é paradoxal, tendo em vista o caráter universal do direito à Educação.

Do ponto de vista da teoria dos atores políticos com poder de veto, não há dúvidas que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ao controlar questões de políticas públicas e ao obrigar o Poder Executivo do município a fornecer a vaga em creche, está mudando o *status quo* legislativo e, portanto, é claramente um ator político com poder de veto.

¹⁶ LOBATO, Anderson Orestes Cavalcante. Política, constituição e justiça: os desafios para a consolidação das instituições democráticas. p. 48.

CARVALHO, Adriana Duarte de Souza. A educação e o Poder Judiciário: a busca por vagas em escolas públicas no Brasil. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.1, 1º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

No mesmo sentido, na decisão que analisaremos a seguir, o município é sentenciado a não apenas fornecer vaga em creche, mas determina a distância da instituição de ensino. Segue a ementa da decisão¹⁷:

ACÇÃO ORDINÁRIA. ECA. DIREITO À EDUCAÇÃO. DEVER DO MUNICÍPIO. CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE HONORÁRIOS PARA DEFENSORIA PÚBLICA. DESCABIMENTO. 1. 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 descabida a condenação do Município a pagar honorários para a Defensoria Pública, pois não pode ser imposto a um ente público o encargo de subsidiar o funcionamento de outro, ainda que em razão de sucumbência em processo judicial. Recurso provido em parte. (Apelação Cível Nº 70052777554, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 02/02/2013).

Na decisão supramencionada uma mãe propôs ação em primeira para obter vaga em escola infantil para suas duas filhas. O juiz sentenciou o município de Caxias do Sul a fazê-lo. O município interpôs ação em segunda instância, alegando a inexistência de vaga. Em segunda instância, a decisão foi mantida, com base na Constituição Federal, artigos 6º e 208 e pelos artigos 53 e 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Os desembargadores, assim, condenam o município a efetuar a matrícula na rede municipal, em creche ou pré-escola pública, próxima à residência das crianças. No caso de não ser possível, o município deve pagar a mensalidade em escola privada.

¹⁷ Apelação Cível Nº 70052777554, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 02/02/2013. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=vaga&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=&ini=20. Acesso em: 26.02.2013.

CARVALHO, Adriana Duarte de Souza. A educação e o Poder Judiciário: a busca por vagas em escolas públicas no Brasil. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.1, 1º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

Na decisão que será analisada a seguir o TJRS novamente obriga o município a realizar matrícula em escola de educação infantil, bem como fornecer o transporte gratuito. Segue a ementa¹⁸:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ECA. MUNICÍPIO DE SAPUCAIA DO SUL. GARANTIA CONSTITUCIONAL DE ACESSO À EDUCAÇÃO INFANTIL. VAGA EM CRECHE OU PRÉ-ESCOLA. DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL. TRANSPORTE ESCOLAR GRATUITO. 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, incluindo neste conceito, ainda, o transporte escolar gratuito, desde que não seja assegurado à infante o acesso à escola pública em local próximo de sua residência (limite máximo de 2 km de distância entre a residência da infante e a escola). AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO.

Nessa decisão o TJRS enfatiza que o direito à educação tem prioridade diante de questões orçamentárias. Os desembargadores obrigam a prefeitura a realizar a matrícula independentemente do fato de alegarem falta de previsão orçamentária.

Apresentaremos agora um acórdão de conteúdo diferente do que discutimos até aqui. A ementa segue abaixo¹⁹:

REEXAME NECESSÁRIO. ECA. VAGA EM ESCOLA. LIMITE ETÁRIO. DIREITO À EDUCAÇÃO. O art. 32 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional determina, com a

¹⁸ Agravo de Instrumento Nº 70052045127, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em 28/02/2013. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=escola+infantil&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=. Acesso em: 13.03.2013.

¹⁹ Reexame Necessário Nº 70052212735, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em 04/12/2012. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=vaga+em+escola&tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribuna%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o|TipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica|TipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=&ini=90. Acesso em 14.03.2013

redação dada pela Lei 11.274/06, que o ensino fundamental passa a ter nove (9) anos, começando aos 6 (seis) anos de idade, nada especificando quanto ao momento em que a criança deve possuir tal idade - se no ato da matrícula, na data do início do ano letivo ou no curso deste. MANTIDA A SENTENÇA EM REEXAME NECESSÁRIO.

Nesta ação, o Poder Judiciário exerce seu poder de veto sobre uma decisão no âmbito estadual. O juiz de primeira instância havia julgado precedente a ação de uma mãe demandando a matrícula de seu filho no 1º ano do ensino fundamental da Escola Estadual de Ensino Fundamental Cardeal Arcoverde, embora seu filho não tivesse ainda completado a idade mínima exigida pela Portaria 151/2011. Devido a essa questão etária a genitora do menor fora impedida de realizar a matrícula. Assim, o TJRS, de acordo com a decisão em análise, obrigada matrícula, utilizando a Lei de Diretrizes e Bases da Educação para legitimar sua decisão.

A desembargadora relatora dessa decisão, Liselena Schifino Robles Ribeiro, afirma que o direito à educação é um direito subjetivo. Os direitos subjetivos são aqueles que podem ser demandados por qualquer indivíduo no Judiciário por meio da propositura de ações. Tradicionalmente são subjetivos os direitos civis, trabalhistas, do consumidor, etc. Assim, ao invés de aguardar políticas públicas que garantissem a vaga do menor, sua mãe procura o Judiciário para assegurar o direito subjetivo de seu filho menor à educação pública.

É fundamental notar que é assim que o Judiciário legitima as decisões políticas tomadas, bem como seu poder de veto. Tomando a educação como um direito subjetivo, não há impedimentos para a decisão judicial.

Não seria possível descrever aqui todas as ações analisadas para a realização dessa pesquisa: são milhares delas. Mas há algumas conclusões que as leituras dos acórdãos permitem sobre a legitimidade do Judiciário em realizar o controle de políticas públicas à educação.

Os direitos patrimoniais, que resguardam a propriedade privada, sempre forma direitos subjetivos na história da legislação brasileira. Assim, se um indivíduo

compra um bem e, mesmo após pagar por ele, não o recebe, esse mesmo indivíduo facilmente irá até o Judiciário, propor uma ação contra aquele que não entregou o bem. No entanto, isso não é tão simples em relação a direitos sociais, que dizem respeito à manutenção do *status* de cidadania. Majoritariamente esses direitos demandam políticas públicas. É apenas com o processo de judicialização da política que a sociedade começa a perceber que tem, no Judiciário, um aliado contra a omissão e inércia legislativa, pois, como afirmou a desembargadora da ação supramencionada, o direito à educação pública é um direito subjetivo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Judiciário tem procedimentos próprios para o controle de políticas públicas, que são disciplinados pelo Direito Processual e se fundamentam na ação judicial. Esses procedimentos são absolutamente diferentes dos utilizados pelo Executivo e pelo Legislativo e tem desdobramentos importantes para a qualidade da democracia.

Em primeiro lugar, enquanto as instituições representativas imprimem um caráter coletivo à efetivação de políticas públicas de Educação, o Judiciário o faz no caso concreto e o direito tutelado é exclusivo do indivíduo que ajuizou a ação. Em segundo lugar, ao contrário dos demais poderes, o Judiciário só pode agir quando acionado, de acordo com o princípio da inércia inicial do juiz. Esse princípio implica que o juiz não pode dar início a um processo, é apenas a parte quem tem o direito de fazê-lo. Assim, o controle judicial de políticas públicas ocorre a partir da tomada de decisão do juiz diante de uma ação judicial.

Essas características e especificidades do controle judicial de políticas públicas tornaram a judicialização da política objeto de críticas, que dizem respeito à qualidade da democracia que se consolida judicialmente. A democracia, conforme institucionalizada no texto de 1988, depende da universalização dos direitos, algo que o Judiciário não pode fazer.

CARVALHO, Adriana Duarte de Souza. A educação e o Poder Judiciário: a busca por vagas em escolas públicas no Brasil. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.1, 1º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

Essa crítica, contudo, merece ser revista e repensada à luz do modelo de Estado proposto pela Constituição de 1988. Demonstramos, nesse artigo, que a judicialização da política foi a estratégia encontrada pelo próprio sistema político para dar conta das demandas da sociedade civil por justiça social e, no caso específico dessa pesquisa, de um bem fundamental para a cidadania, que é a vaga em instituições de ensino de educação infantil.

Assim, em um Estado que promete proteger direitos sociais para a consolidação de um modelo social de democracia, o Judiciário recebe competências políticas, tornando-se mais um ator com poder de veto dentro desse complexo sistema político. Os procedimentos específicos deste poder, pautados no processo, não tiram a legitimidade de suas decisões.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm <acesso em 21.03.2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm, acesso em 21.03.2013.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1946.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao46.htm <acesso em 21.03.2012.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao37.htm, acesso em 21.03.2013.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm, acesso em 21.03.2013.

CARVALHO, Adriana Duarte de Souza. A educação e o Poder Judiciário: a busca por vagas em escolas públicas no Brasil. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.1, 1º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

BRASIL. **Lei** nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm. Acesso em: 21.03.2013.

CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação dos poderes. In. Vianna, Luiz Werneck (org.). **A Democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG, 2003.

CHRISPINO, Álvaro e CHRISPINO, Raquel S.P. A Judicialização das relações escolares e a responsabilidade civil dos educadores. **Ensaio: Avaliação e Políticas Públicas em Educação**. Volume 16, número 58, páginas 9-30, 2008. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-40362008000100002&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 15.03.2013.

HALL, Peter e TAYLOR, Rosemary. "As três versões do neo-institucionalismo." **Lua Nova**. Número 58. São Paulo <http://www.scielo.br/pdf/ln/n58/a10n58.pdf>, 2003. Disponível em: Acesso em 22.02.2013.

LOBATO, Anderson Orestes Cavalcante. Política, constituição e justiça: os desafios para a consolidação das instituições democráticas. **Revista de Sociologia Política**, no.17, p.45-52, 2001. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782001000200005&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 24.02.2013.

MACIEL, Débora Alves e KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. **Lua Nova**, no.57, p.113-133, 2002. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452002000200006&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 13.03.2013.

MONSMA, Karl. Repensando a escolha racional e a teoria da agência: fazendeiros de gado e capatazes no século XIX. **Revista brasileira de Ciências Sociais**, 2000, vol.15, no.43, p.83-114, 2000. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69092000000200006&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 22.02.2013.

CARVALHO, Adriana Duarte de Souza. A educação e o Poder Judiciário: a busca por vagas em escolas públicas no Brasil. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.1, 1º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

VIANNA, Luiz Werneck, BURGOS, Marcelo e SALLES, Paula. Dezessete anos de judicialização da política. **Tempo Social**. Volume 19, número 2, p. 39-85 novembro de 2007. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702007000200002&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 26.02.2013.

TSEBELIS, George. **Atores com poder de veto: como funcionam as instituições políticas**. Rio de Janeiro: FGV, 2009.

WOLKEMER, Antonio Carlos. **Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico**. São Paulo: Saraiva, 2009.

Submetido em: Agosto/2013

Aprovado em: Fevereiro/2014