

A ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO NA POLÍTICA PÚBLICA DA EDUCAÇÃO: UMA ANÁLISE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 1.008.166 E DO TEMA 548 DA REPERCUSSÃO GERAL

Danielle Sousa Vieira Diniz¹

Denise dos Santos Vasconcelos Silva²

José Albenes Bezerra Júnior³

Resumo: O presente trabalho discute a atuação judicial na implementação das políticas públicas educacionais. No primeiro capítulo, analisa-se as bases dogmáticas do direito à educação como direito fundamental à dignidade da pessoa humana, com enfoque na Constituição, no Estatuto da Criança e do Adolescente e na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional. No segundo capítulo aborda-se o tema políticas públicas, seus conceitos e a sua atuação como fator garantidor do direito à educação. O terceiro capítulo analisa a atuação judicial na efetivação do direito à educação, tratando da separação dos poderes, do mínimo existencial e da reserva do possível. Por fim, no último capítulo, aborda-se o Recurso Extraordinário n. 1.008.166 e o Tema de Repercussão Geral n. 548. A pesquisa, quanto ao tipo, utilizou análise bibliográfica, de caráter qualitativo, com natureza exploratória. Desse modo, a pesquisa demonstrou que é

¹ Graduada em Direito pela Universidade Potiguar, UnP. Advogada.

² Graduada em Direito pela UniChristus. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Lisboa. Doutora em Direito pela Universidade do Porto. Pós-Doutora pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, PPGD/UFC.

³ Graduado em Direito pela Universidade de Fortaleza, UNIFOR. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte, UFRN. Doutor em Direito pela Universidade de Brasília, UnB.

possível a atuação judicial para determinar a implementação das políticas públicas da educação quando o Poder Público o fizer de forma ineficiente ou deixar de fazê-lo por completo, tendo em vista fundamentalidade da norma constitucional.

Palavras-Chave: Judiciário; Política Pública; Educação; Recurso Extraordinário; Repercussão Geral.

EL PAPEL DEL PODER JUDICIAL EN LA POLÍTICA EDUCATIVA PÚBLICA: UN ANÁLISIS DEL RECURSO EXTRAORDINARIO N. 1.008.166 Y EL TEMA 548 DE LA REPERCUSIÓN GENERAL

Resumen: El presente trabajo analiza la acción judicial en la implementación de políticas públicas educativas. En el primer capítulo se analizan las bases dogmáticas del derecho a la educación como derecho fundamental a la dignidad de la persona humana, centrándose en la Constitución, el Estatuto de la Niñez y la Adolescencia y la Ley de Lineamientos y Bases de la Educación Nacional. El segundo capítulo aborda el tema de las políticas públicas, sus conceptos y su papel como factor de garantía del derecho a la educación. El tercer capítulo analiza la acción judicial en la implementación del derecho a la educación, atendiendo a la separación de poderes, el mínimo existencial y la reserva de lo posible. Finalmente, en el último capítulo, el Recurso Extraordinario núm. 1.008.166 y Tema de Repercusión General n. 548. La investigación, en cuanto al tipo, utilizó análisis bibliográfico, de carácter cualitativo, con carácter exploratorio. De esta manera, la investigación demostró que la acción judicial es posible para determinar la implementación de políticas públicas de educación cuando el Poder Público lo hace de manera ineficiente o no lo hace en su totalidad, dado el carácter fundamental de la norma constitucional.

Palabras Clave: Poder Judicial; Política pública; Educación; Recurso Extraordinario; Repercusión general.

1 INTRODUÇÃO



o Brasil, o direito à educação está inserido na Constituição Federal de 1988 (CF/88), em seu título “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, bem como na legislação infraconstitucional, com destaque para a Lei n.º 9.394, de 20 de dezembro de 1996 – Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB) e para a Lei n.º. 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), as quais regulamentam e definem o direito à educação, bem como a sua aplicabilidade, ocorre que apesar do direito a educação constar no ordenamento brasileira de forma robusta, existe a necessidade de implementação de políticas públicas para sua real concretização

É a partir dessa premissa que o presente estudo aborda o conceito de direito à educação como um direito fundamental, demonstrando como ele é ofertado aos cidadãos pelo Estado e quando há necessidade e possibilidade de atuação do Judiciário para efetivação da política pública da educação.

Essa pesquisa desenvolve a problemática sobre a possibilidade de atuação do Judiciário nas políticas públicas da educação, sob a abordagem dos princípios da separação dos poderes, da reserva do possível e do mínimo existencial.

Trazemos ainda a análise do caso concreto, tratado no Recurso Extraordinário n. 1.008.166 sobre a impetração de Mandado de Segurança realizado pelo Ministério Público de Santa Catarina em face do Município de Criciúma para que o mesmo ofertasse vaga de creche a uma criança, nas proximidades de sua residência, tal julgado analisou o direito a educação como direito fundamental social, destacando que o Judiciário poderá atuar nas políticas públicas da educação, mesmo não

sendo esta a sua função precípua, quando ocorrer ausência ou insuficiência de atuação do Executivo e do Legislativo, determinando, por fim, que o mesmo deve ser efetivado através da oferta da vaga em creche pelo Estado (Município de Criciúma) nas proximidades da residência da criança.

O referido Recurso deu origem ao Tema n. 548 da Repercussão Geral firmando que é dever do Poder Público dar efetividade geral ao direito constitucional de acesso à educação básica em todas as suas fases, podendo ser realizada a sua aplicabilidade através de ação judicial individual, uma vez que o acesso à educação básica é um direito fundamental de todas as crianças e jovens, assegurados por normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade direta e imediata.

O trabalho, quanto ao tipo, utilizou análise bibliográfica, de caráter qualitativo, com natureza exploratória, com análise de artigos científicos, livros e legislação nacional, tendo como característica o estudo descritivo-analítico com raciocínio dedutivo.

Por fim, constatou-se o Judiciário deve atuar nas políticas públicas da educação quando ocorrer violação a esse direito fundamental, seja pela inércia ou atendimento parcial do Poder Público (Executivo e/ou Legislativo), uma vez que é dever do Estado a prestação imediata e direta da prestação educacional, relativizando-se a aplicação do princípio da reserva do possível, quando o Estado se utilizar de justificativa genérica para não implementar as políticas públicas da educação.

2. AS BASES DOGMÁTICAS DO DIREITO À EDUCAÇÃO: BREVE HISTÓRICO

Ao longo da história podemos observar que os direitos fundamentais, entendidos como aqueles que “(...) gozam de uma proteção especial nas Constituições dos Estados democráticos, provenientes da própria sociedade, o que se refere à proteção dos

referidos direitos” (SILVA, 2020, p. 39) surgiram paulatinamente percorrendo os séculos XVII, XVIII e XIX, tendo atingido seu ápice com a Revolução Francesa, a qual também deu destaque a proteção aos direitos sociais, a fim de que o Estado atue para garantir a existência humana em patamares mínimos de dignidade.

Tais direitos fundamentais, para que sejam assim considerados, devem estar positivados nas Constituições dos Estados democráticos. Partindo dessa premissa o art. 6º da CF/88 preceitua 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 e a assistência aos desamparados como direitos sociais.

Como a educação, na sistemática constitucional, foi inserida no elenco dos direitos, como garantia basilar do cidadão brasileiro, o legislador o elevou e o revestiu de indispensabilidade, ou seja, ninguém poderá afastar ou deixar de garantir o seu exercício.

Nesse talante, o constituinte conferiu aos direitos sociais, o rótulo de um direito imprescindível ao cidadão brasileiro, dando ao mesmo status de direito fundamental, posto que sem ele uma nação não cresce ou se desenvolve a contento.

Desta forma, fica garantida a obrigatoriedade da disponibilização do direito a educação, em todos seus níveis, pelo Estado.

A CF/88 impõe ainda que o Poder Público aplique, obrigatoriamente, recursos das suas receitas em percentuais mínimos, conforme explicita MORAES (2012, p. 873):

A Constituição Federal determina, com caráter de obrigatoriedade, que a União aplique, anualmente, nunca menos de 18%, e os estados, o Distrito Federal e os Municípios 25%, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e no desenvolvimento do ensino, excluindo-se a parcela a da arrecadação de impostos transferidas pela união aos estados, aos ao Distrito Federal e aos Municípios, ou pelos Estados aos respectivos

Municípios.

Assim, o desrespeito estatal em garantir esse direito à população, assegura a possibilidade de qualquer pessoa o buscar diante das esferas judiciais.

A Constituição brasileira, vislumbrando a grandeza dos direitos sociais, dentre os quais, está o da educação, como explanado alhures, elevou-o ao patamar de garantia fundamental do povo brasileiro, consagrando-o cláusula pétrea dentro do seu texto.

Com a inserção do direito a educação como garantia petrificada, o constitucionalista afasta qualquer possibilidade de um governante deixar de garanti-lo à população. Ademais, o legislador o revestiu de imutabilidade, resguardando-o contra futuras tentativas de expurgar tais obrigações do elenco de garantias fundamentais.

Nesse diapasão, o Poder Legislativo, introduziu no texto da Lei Ápice, o art. 60, § 4º, IV, o qual prescreve que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais. Desta forma, estando a educação inclusa nos direitos sociais, que são garantias fundamentais ela passou a adquirir a imutabilidade das cláusulas pétreas, que foi uma inovação da Carta Magna de 1988, já que anteriormente tal proteção se estendia apenas à federação e outros direitos referentes à segurança do Estado ou de suas instituições.

Sobre o tema, Tavares (2003, p. 52) vislumbra:

Por fim, encontram-se as vedações materiais, de fundo, referidas ao substrato de certas normas postas pelo poder constituinte e que não podem ser objeto de emenda, vale dizer, de qualquer alteração. Essas limitações podem ser subdivididas, por sua vez, em explícitas, aquelas matérias às quais a Constituição expressamente veda a alteração (art. 34, VII, a, e 60, § 4º), e implícitas, aquelas que se impõem por razões lógicas.

Por fim, sobre o mesmo tema, Bastos (2000, p. 35) ressalta:

As limitações materiais são as proibições de emendas referentes a determinados objetos ou conteúdos. São questões de

fundo e não formais. Podem ser explícitas ou implícitas. No primeiro caso, elas se exteriorizam nas chamadas “cláusulas pétreas” expressas, as quais retiram da área reformável as matérias nelas designadas, tais como a forma de governo, a organização federativa, os direitos humanos e a igualdade de representação dos Estados no Senado.

Desta forma, a proteção contida nos incisos do art. 60, § 4º da *Lex Matter*, garante o amparo não apenas dos direitos fundamentais, como é o caso da educação, mas também as garantias institucionais, que são essenciais para a manutenção do Estado de Direito, por isso, o legislador lhe impôs uma redoma protetora intransponível.

2.1 A EDUCAÇÃO COMO MEIO DE GARANTIA AO DIREITO FUNDAMENTAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Como explanado no tópico anterior, a educação é um direito básico e fundamental do cidadão brasileiro, inclusive garantido constitucionalmente e obrigatória nos níveis iniciais (pré-escola e fundamental), posto que a *Lex Magna* impõe aos pais (família) a matrícula dos filhos e ao Estado a disponibilização de estabelecimentos de ensino.

Nesse sentido, o art. 205 da CF/88, estatui 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.

Assim, o Estado nunca vai poder se esquivar de conceder o direito mínimo de acesso a educação, mesmo sob a alegação de que o orçamento não dispõe de recursos para fomentá-la, posto que é uma obrigação irrefutável do Ente Federal.

Ademais, o brasileiro só consegue exercer plenamente a sua cidadania se tiver o mínimo de conhecimento e sem a educação, esse direito, tão essencial, foge do seu alcance, por essa

razão, não conseguindo ter uma vida digna. Dessa forma, o direito a educação está intimamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana.

A Constituição Brasileira, dispõe no art. 1º, III, que a dignidade da pessoa humana constitui um fundamento do estado brasileiro, de modo que o cidadão brasileiro tem o direito constitucional de viver com o mínimo de dignidade, sendo este, um direito basilar e estrutural do Estado brasileiro, o qual “abrange não só os direitos individuais, mas também os de natureza econômica, social e cultural” pois a dignidade da pessoa humana significa não só um reconhecimento do valor do homem em sua dimensão de liberdade, como também de que o próprio Estado se constrói com base nesse princípio (CARVALHO, 2004, p. 355-356).

De acordo com MORAES (2012, p. 19):

A dignidade da pessoa humana: concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente as personalidades humanas. Esse fundamento afasta a ideia de predomínio das concepções transpessoais de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral inerente a pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. O Supremo Tribunal Federal interpretando o princípio da dignidade da pessoa humana editou a súmula vinculante nº 11 com o seguinte teor: “Só é lícito o uso de algemas em caso de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil, e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado”. Igualmente, importantíssima decisão, em relação ao tratamento constitucional

da tortura, o princípio da dignidade da pessoa humana e a lei de anistia, afirmou o Supremo Tribunal Federal que “o argumento descolado da dignidade da pessoa humana para afirmar a invalidade da conexão criminal que aproveitaria aos agentes políticos que praticaram crimes comuns contra opositores políticos, presos ou não, durante o regime militar, não prosperará”, concluindo que, “a lei estendeu a conexão aos crimes praticados pelos agentes do estado contra os que lutavam contra o estado de exceção”, pois “a chamada lei da anistia veicula uma decisão política assumida naquele momento”.

Historicamente o princípio da dignidade da pessoa humana, passou a ser defendido na esfera mundial, no período pós 2ª Guerra Mundial, em virtude das inúmeras atrocidades e casos de desrespeito ao ser humano, principalmente nos Campos de Concentrações nazistas, situados na Alemanha e Países dominados pelos alemães, que impunham os seus internos penas degradantes, flagelo e fome, sendo estes tratados pelos seus algozes, pior que animais.

Por essa razão, foram criados e aprovados vários documentos internacionais, que passaram a garantir a dignidade mínima ao ser humano, tais como: Estatuto da Organização das Nações Unidas (1945); Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), Pacto de São José da Costa Rica (1969), dentre outros.

Desta forma, a Organização das Nações Unidas passou a exigir dos seus Estados membros, que passem a tratar seus cidadãos com dignidade exigida pelos Tratados Internacionais.

Nessa esteira, o Brasil introduziu este direito como fundamento do Estado, não podendo ser negado, em qualquer hipótese ao cidadão brasileiro, por ser da estrutura estatal.

2.2 A LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL DO DIREITO À EDUCAÇÃO: O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E A LEI DE DIRETRIZES E BASES DA EDUCAÇÃO NACIONAL

O direito a educação está previsto nos arts. 53 a 59 do ECA, garantindo as crianças e adolescentes o acesso à educação e a forma de aplicabilidade desta frente a sociedade brasileira, bem como de sanções em caso de inobservância aos seus dispositivos.

Conforme o art. 53 do ECA, a educação é a forma de preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho, devendo ser assegurado aos educandos igualdade para acesso e permanência na escola; direito de serem respeitados pelos educadores; direito a contestar critérios avaliativos; direito de se organizar em entidades estudantis; acesso a escola pública e gratuita, próxima de sua residência, bem como de que sejam garantidas vagas aos irmãos no mesmo estabelecimento de ensino, quando eles frequentem a mesma etapa de ensino da educação básica.

O ECA prevê ainda que é dever do Estado a garantia do ensino fundamental obrigatório e gratuito, inclusive aos que estiverem fora de faixa escolar adequada; atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a cinco anos de idade; atendimento escolar especializado aos portadores de deficiência; oferta de ensino noturno aos adolescentes trabalhadores; acesso aos níveis mais elevados do ensino, pesquisa e da criação artística, conforme a capacidade de cada um; atendimento no ensino fundamental através de programas suplementares de material didático escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.

Percebe-se, portanto, que com o advento do ECA no ano de 1990, a proteção às crianças e adolescentes brasileiras passou a ser ampliada, sendo este mais uma forma de garantia aos seus direitos fundamentais, dentre os quais se destaca o direito a educação básica e a sua implementação como política pública pelo Governo Brasileiro, a fim de que a educação seja também um meio de efetivação de outros direitos sociais, como acesso ao trabalho e a cidadania plena.

O Estatuto passou a considerar ainda o acesso ao direito

público e gratuito como um direito público subjetivo, gerando responsabilidade a autoridade competente, quando do seu descumprimento ou cumprimento insuficiente.

No magistério de Digiácomo e Digiácomo (2020, p. 119):

(...) O acesso à educação básica é considerado um “direito público subjetivo” (cf. art. 54, §1º, do ECA e art. 5º, da LDB), e o Estado (*lato sensu*) tem o dever de assegurá-lo a todos, para o que deverá adequar equipamentos e elaborar propostas pedagógicas específicas que permitam, por exemplo, a inserção/reinserção escolar de crianças e adolescentes em qualquer fase do período letivo, o que inclui adolescentes em cumprimento de medidas socioeducativas (valendo neste sentido observar o disposto no art. 82, da Lei nº 12.594/2012) (...).

Mesmo com a vigência do ECA e com as proteções nele impostas, o Poder Público, por vezes, deixava de atender as suas premissas, na maioria das vezes, invocando a ausência de recursos públicos para a efetivação da educação.

Com isso, o Ministério Público, órgão fiscalizador da lei, bem como os cidadãos de forma individual, passaram a observar, com maior ênfase, a aplicação da lei para acesso, permanência e implantação de forma diversa da educação básica às crianças e adolescentes e a exigir dos Poderes Públicos a sua concretização, através de ações judiciais coletivas ou individuais.

Atualmente, o que se verifica é que ainda persiste a inobservância da legislação pelos Poderes Públicos, ou a sua aplicação de forma insuficiente, gerando uma ação negativa do Estado e a necessidade crescente de implementações de políticas públicas efetivas e de ações judiciais para concretização dos direitos das crianças e adolescentes ao acesso à educação.

Conforme matéria do Conselho Nacional de Justiça publicada em 19 de fevereiro de 2019, a fim de observar o fluxo de demandas judiciais na Justiça Brasileira envolvendo o direito fundamental a educação e possibilitar realização de diagnósticos sobre a judicialização dessas demandas, o Conselho Nacional de Justiça firmou parceria através de termo de cooperação técnica

com o Instituto Articule no ano de 2019, para aprimorar as Tabelas Processuais Unificadas do Poder Judiciário, o que facilitará o trabalho a ser realizado, tendo em vista a real possibilidade de mapeamento dessas ações a partir de seus ajuizamentos nos Tribunais Brasil a fora.

O Min. Dias Toffoli ao avaliar o termo de cooperação afirmou que:

É uma importante parceria para a ampliação da transparência e da qualidade dos dados e que permitirá a formulação de melhores diagnósticos sobre a judicialização da educação. Posteriormente, servirão de subsídios para a criação de políticas públicas mais eficazes com vistas à promoção dos direitos fundamentais das crianças e adolescentes e, por consequência, a prevenção de litígios, avaliou o ministro.

De acordo com o Instituto Articule foi realizado Projeto Piloto que se iniciou no Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) para realização desse mapeamento de judicialização da Educação, tendo sido observado, após estudo, que no âmbito do Judiciário Paulista as ações são, em sua maioria, individuais, cerca de 98%, tratando as mesmas, majoritariamente, sobre acesso à educação, chegando-se à conclusão que: 8% das ações são relativas à educação básica, buscam acesso a vaga na educação infantil, em especial em creches); 47% dizem respeito ao ensino superior, sendo que a grande maioria discute cobrança de mensalidades; e há sazonalidade no ajuizamento das ações que são propostas majoritariamente no primeiro trimestre.

Na oportunidade, foram analisados, no ano de 2019, 4 mil processos relacionados a educação no âmbito do TJSP do período de 2011 à 2019, conforme matéria do Conselho Nacional de Justiça, realizada em 25 de novembro de 2020.

A partir desses levantamentos estatísticos, será possível a aplicação de melhorias no desenvolvimento das políticas públicas voltadas a educação o que atrai, conseqüentemente, a redução das judicializações e a transparência das informações a sociedade acerca das ações judiciais que envolvem educação.

Ademais, como a educação é um direito social

fundamental, conforme determinado na Carta Magna de 1988, desta forma, a fim de determinar meios de efetividade desse direito, foi promulgada em 20 de dezembro de 1996, a Lei nº. 9.394, (LDB), denominada oficialmente como Lei Darcy Ribeiro, com o objetivo de estabelecer as diretrizes e bases da educação nacional, seja nas escolas públicas ou privadas, sempre em consonância com o disposto na CF/88.

A citada lei traz grandes avanços para a aplicabilidade do direito social à educação, destacando em seu corpo textual as formas como o ensino nacional deve ser prestado e como o mesmo deve se organizar, criando obrigações aos pais, escola, faculdades e professores.

Conforme estatui a LDB, educação básica é obrigatória e gratuita dos 04 aos 17 anos de idade, organizada em pré-escola, ensino fundamental e ensino médio. Sendo a educação infantil gratuita às crianças de zero a cinco anos de idade. Ademais, o art. 5º da LDB reforça o disposto no ECA quanto a classificação do direito a educação como um direito público subjetivo, acrescentando que o mesmo pode ser acionado por qualquer cidadão, Ministério Público ou outros grupos para exigir sua aplicabilidade pelo Poder Público.

Verifica-se, portanto, que a educação básica é o primeiro contato da criança com a educação, englobando a maior parte da vida escolar das crianças e jovens, devendo a referida ser preservada, observada e implementada pelo Poder Público, uma vez que com a sua ausência não há possibilidade de avançar nos demais níveis educacionais.

Conforme se observa, a inércia ou ineficácia do Poder Público, quanto a oferta da educação básica as crianças e jovens brasileiros, acarreta a possibilidade de atuação do Judiciário para efetivar esse direito fundamental, devendo a oferta de vagas na educação básica ser suficiente para a população que dela necessita.

É importante destacar ainda que o art. 87, § 1º da LDB

instituiu o prazo de um ano a partir da promulgação da lei para a criação do PNE com metas educacionais para os dez anos seguintes a sua promulgação.

Segundo CARVALHO (2004) “O Poder Público estabelecerá os seus objetivos, na área da educação, na lei do plano nacional de educação que visará a erradicação do analfabetismo, a universalização do atendimento escolar, a formação escolar, a formação para o trabalho, e a promoção humanística, científica e tecnológica do País”.

Desta forma, o PNE foi aprovado no ano de 2014, por meio da Lei nº 13.005, com o objetivo de determinar diretrizes, metas e estratégias para implementação da política educacional brasileira pelo período de 10 anos, para cumprir o disposto no art. 214 da CF/88

O PNE traz 20 (vinte) metas e diretrizes a serem implementadas pelo Poder Público até o ano de 2024, sendo a Meta 1 voltada para a universalização da educação infantil na pré-escola para as crianças de 4 a 5 anos de idade e ampliação da oferta de educação infantil em creches de forma a atender, no mínimo, 50% das crianças de até 03 anos de idade até 2024.

Por fim, observa-se que a LDB e o PNE trouxeram avanços ao arcabouço legislativo brasileiro sobre o tema educação, apesar das dificuldades que ainda persistem para a sua devida implementação e efetivação pelos Poderes Públicos.

3. POLÍTICAS PÚBLICAS COMO FATOR GARANTIDOR DO DIREITO À EDUCAÇÃO

A *Lex Matter*, em seu art. 1º, define a República Federativa do Brasil como sendo um Estado democrático de Direito, onde o povo elege seus representantes, por meio de eleições livres e diretas, para que estes, garantam suas necessidades primordiais e em seu art. 3º, estatui como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

Ao explicar sobre o tema, Carvalho (2004; p. 358), destaca:

O constituinte expressou, ao enunciar os fundamentos e os objetivos fundamentais da República, o seu projeto de uma sociedade justa. (...) E a posição hierárquica dos objetivos fundamentais que tem natureza constitucional, faz com que o direito deva com eles se harmonizar, para que se superem eventuais antinomias entre a lei e o justo.

Nesse passo, os direitos constitucionalmente definidos como fundamentais ao cidadão brasileiro são obrigações dos governantes, qualquer que seja a esfera, municipal, estadual ou federal, na tentativa de minimizar as distorções sociais, na medida em que sendo garantido, pelo menos, o mínimo necessário para o bem estar dos brasileiros, de certo modo, o Governo estaria tornando a sociedade mais justa e equânime.

A forma mais comum de garantir direitos fundamentais ao cidadão, se dá, portanto, através das políticas públicas, que são caracterizadas por planos, metas e planejamentos capazes de produzir ações positivas promovidas pelo ente estatal, no intuito de solucionar ou, pelo menos, amenizar os problemas enfrentados por parte ou por toda população de determinada região, planejando ações para atender estes serviços/necessidades por determinado período de tempo.

Passemos então a tentar conceituar o que sejam políticas públicas. Digo tentar, por que essa definição não possui consenso entre os estudiosos jurídicos, por ser tema muito complexo, o que dificulta a concepção do que sejam políticas públicas.

Essa ideia passou a ser ventilada em todo o mundo, com maior ênfase, no pós segunda guerra mundial, quando os direitos humanos e sociais passaram a ter mais destaque e relevância nas discussões e, conseqüentemente, nas definições sobre os planejamentos a ser aplicados pelos Governos para buscar a aplicação desses direitos, o que se refletiu na mesma intensidade no Brasil.

Esses direitos sociais, aqui considerados como os

direitos a saúde, educação, seguridade social, educação, habitação, dentre outros, são considerados como diretos de segunda geração, os quais concretizam-se em regra por obrigações positivas, como as políticas públicas, as quais são “programas de ação do governo para a realização de objetivos determinados num espaço de tempo certo” (BUCCI, 1995, p. 95),

Tais ações, portanto, não são pré-definidas nem específicas, posto que cada localidade possui suas peculiaridades, possuindo o governante o dever constitucional de identificar quais os desejos e necessidades da população local, para, a partir de então, definir como solucionar os problemas encontrados, buscando ações positivas para implementar e efetivar os direitos constitucionais fundamentais através das políticas públicas.

De acordo com SILVA (2020, p. 31) as políticas públicas tratam-se de:

(...) programas de ações governamentais que visam coordenar os meios à disposição do estado e as atividades provadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Isso se dá por intermédio da seleção de prioridades, de acordo com a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo que se espera o atingimento dos resultados.

Ao tratar da temática acima, a autora referida acima alerta que muitas vezes a implementação de “programas” ou “políticas” de efetivação dos direitos fundamentais sociais, em regra, dependem de disponibilidade recursal (“reserva do possível” ou “reserva do financeiramente possível”), entretanto, tal argumento, da “reserva do financeiramente possível”, muitas vezes tem sido usado como desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação de direitos fundamentais, especialmente os direitos sociais.

Percebe-se que as políticas públicas encontram óbice para a sua implementação na “reserva do possível”, porém, o referido argumento não deve ser utilizado para justificar a inércia do Poder Público, posto que as políticas públicas para efetivação dos direitos fundamentais sociais tratam-se de direitos públicos

subjetivos, os quais tem como característica principal uma imposição da sua realização e a exigência de cumprimento da mesma pelo Poder Público.

Ademais, as políticas públicas voltas a aplicabilidade dos direitos sociais da educação são tidos como essenciais a todos, uma vez que a educação é meio de acesso a outros direitos, como por exemplo, o direito ao trabalho e a cidadania efetiva. A partir desse pressuposto, o Governo possui o poder-dever de organizar a aplicação da legislação educacional através de programas e metas capazes de atender a demanda da educação em uma certa localidade (Município, Estado e União) e por um período de tempo determinado.

Desta feita, as políticas públicas educacionais devem ser aplicadas pelo Poder Público a fim de que a educação seja distribuída a todos os brasileiros, pois a educação é direito de todos e dever do Estado e da família, portanto, depende precipuamente do Poder Público a implementação de políticas públicas efetivas para que a população tenha o acesso ao direito a educação de forma gratuita e permanência desse serviço de forma igualitária e de qualidade.

Esse direito fundamental social a educação não pode ser visto apenas como mero “acesso e permanência” em instituições de ensino. Ele deve ser visto como algo mais complexo: um conjunto de ações, práticas e atenções especializadas para cada estudante, por meio de um processo aquisitivo e transmissor de conhecimentos/valores. Tal processo deve ter o intuito de preparar o indivíduo para a vida, desenvolver a sua consciência crítica e as faculdades físicas e espirituais, papel esse que vai além do professor e do Estado, sendo, na verdade, poder-dever de toda a coletividade, em especial os pais e os professores da educação. (SILVA, 2020, p. 34)

Devemos ressaltar, portanto, que políticas públicas bem aplicadas e definidas trazem benefícios a população, devendo essa efetividade voltada a educação, ser considerada como direito fundamental social de aplicação imediata.

Ademais, Becker resalta o papel fundamental que a educação desempenha em todas as camadas da população,

independentemente de faixa etária, nível econômico ou outro critério, pois diz respeito a todos e no decorrer de toda a vida. Sendo assim, a educação deve estar preocupada também com a desigualdade social, a degradação ambiental, o aumento da pobreza e a exclusão social. (SILVA, 2020, p. 35)

Porém, percebe-se que tal aplicabilidade não é tão simples, principalmente em municípios/estados onde há escassez de recursos públicos e má gestão desses, causando ineficiência na disponibilidade dos direitos educacionais e um prejuízo enorme a população.

Grande parte desses estudantes, na sua maioria crianças e jovens, quando não possuem acesso pleno a educação, tornam-se adultos, por vezes, incapazes de ingressar e se manter no mercado de trabalho, o que afeta toda a sua estrutura emocional e financeira.

Diante dessa realidade, observamos que a manutenção das políticas públicas voltadas a educação devem ser cada vez tratadas com seriedade pelos Governos, a fim de garantir aos cidadãos brasileiros a oportunidade de se desenvolver intelectual e emocionalmente a fim de garantir total possibilidade de efetivação de demais direitos essenciais a manutenção da sua vida cotidiana, na fase infantil, jovem e adulta.

4. A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO A EDUCAÇÃO VERSUS PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES

Os poderes da União são harmônicos e independentes entre si, conforme dispõe o art. 2º e 60, § 4º, III da Carta Magna. Nesse prisma, não é função precípua do Judiciário a realização, aplicação e execução das políticas públicas, mas do Poder Executivo e Legislativo. Porém, quando há ausência de atuação do Poder Executivo ou do Legislativo em suas funções precípua, ou a insuficiência de suas ofertas, surge a possibilidade de atuação do Judiciário a fim de suprir essa inércia, como última forma

disponível ao cidadão para buscar a concretização do direito a educação.

Conforme disserta SILVA (2020, p. 275), eventualmente, um dos Poderes, para restabelecer o equilíbrio constitucional, poderá frear o outro Poder, no sistema do *check and balances*. Nesse sentido, o STF entende, por exemplo, que no caso de omissão do administrador no atendimento de políticas públicas previstas constitucionalmente, a eventual interferência do Poder Judiciário não viola o princípio da separação dos poderes.

Conforme afirma SILVEIRA (2011, p. 31), recorrer ao Poder Judiciário é uma das possibilidades de observância do art. 5º, inciso XXXV da CF/88 o qual prevê que lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, haja vista que a inexistência das políticas públicas poderá ser objeto de controle do Poder Judiciário.

SILVA (2020, p. 276), ao tratar sobre a atuação do judiciário nas sociedades expõe que:

Observa-se que essa intensa ação do Judiciário nas sociedades contemporâneas, quando há invasão nas áreas de competência dos outros atores políticos ou com mecanismos de concretização dos direitos constitucionais, é o que alguns doutrinadores chamam de “ativismo judicial”; “judicialização da política”; “politização do judiciário”; jurístrocacia”; “supremocracia”; “*gouvernement des juges*”; “protagonismo judicial-processual” etc.

Ainda para SILVA (2020, p. 276):

A doutrina brasileira não tem um consenso semântico do que seja o ativismo judicial, vislumbrando como “uma exagerada interferência do Judiciário na sociedade (protagonismo judicial) ou, então, termina sendo aleatoriamente invocada na tomada de decisões, através de critérios de conveniência. Tal postura poderia pôr em risco a democracia, em razão de eventuais decisões do Judiciário sem possíveis respaldos político ou institucional.

Essa atuação judicial deve ser balizada e observar os princípios constitucionais postos, sob pena de que seja realizada de forma indiscriminada e acabar por serem emitidas decisões

judiciais que possam abalar a democracia brasileira.

Em razão disso, nossa proposta é que o juiz, nos casos postos em sua apreciação, envolvendo o direito à educação, se faça valer das cinco diretivas legitimadoras do protagonismo judicial no direito à educação como legitimadoras para a intervenção e fiscalização judicial nas políticas públicas quando observado que o poder público age de modo irrazoável e com injustificável inércia, comprometendo a eficácia dos direitos sociais.

(...)

As cinco diretivas legitimadoras do protagonismo judicial no direito à educação se debruçou na análise acerca da violação dos princípios constitucionais educacionais e do conteúdo essencial mínimo do direito social à educação (primeira diretiva); do controle jurisdicional da convencionalidade em matéria educativa (segunda diretiva); da razoabilidade da pretensão individual versus o interesse social (terceira diretiva); da proporcionalidade: sopesamento, proibição do excesso no âmbito educacional no âmbito educacional, vedação da proteção insuficiente em matéria educativa, tem como (in) observância da reserva do financeiramente possível (quarta diretiva); e das questões políticas de Dworkin na função jurisdicional (quinta diretiva). (SILVA, 2020, p.325)

(...)

Por isso a importância dos critérios trazidos pelas cinco diretivas legitimadoras do protagonismo judicial no direito à educação, os quais impediram ao máximo decisões judiciais imprevisíveis ou irracionais no campo do direito à educação, posto que o direito fundamental à educação tem estrutura principiológica de mandamento de otimização, podendo estar sujeito ao sopesando no caso concreto. (SILVA, 2020, p. 327)

O que se percebe é que para a efetividade dos direitos sociais à educação deve-se exigir uma ação positiva do Estado, sendo o Poder Judiciário, um meio de buscar essa efetividade, quando o Poder Executivo e o Legislativo não o fizerem ou quando agirem de forma insuficiente, porém, deve o Judiciário observar algumas diretrizes ao analisar o caso concreto, sob pena de produzir decisões judiciais impróprias.

4.1 O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL E DO MÍNIMO EXISTENCIAL

No Brasil, a discussão sobre a efetivação dos direitos sociais vem sendo tratada há muito tempo e encontra óbice à sua aplicabilidade na necessidade da observância do princípio do mínimo existencial e nos princípios orçamentários, o conhecido princípio da reserva do possível.

Conforme já elencamos no discorrer deste trabalho os direitos sociais são tidos como direitos fundamentais sociais, portanto, de segunda geração, sendo o direito a educação um deles, e que necessitam de ações positivas do Estado para que sejam efetivados a todos os cidadãos brasileiros, a fim de que estes tenham pleno acesso aos direitos de primeira geração.

Até que ponto o Poder Judiciário pode exigir a efetivação do direito fundamental social a educação pelos Poderes Públicos a fim de garantir o mínimo existencial? Devem ser observados os limites da reserva do possível?

A fim de responder essas indagações inicialmente devemos conceituar o que vem a ser mínimo existencial.

Para BARCELLOS (2002), “o chamado mínimo existencial, formado pelas condições materiais básicas para a existência, corresponde a uma fração nuclear da dignidade da pessoa humana à qual se deve reconhecer a eficácia jurídica positiva ou simétrica”.

Afirma ainda a autora, que:

(...) o mínimo existencial que ora se concebe é composto de quatro elementos, três materiais e um instrumental, a saber: a educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à justiça. Repita-se, ainda uma vez, que esses quatro pontos correspondem ao núcleo da dignidade da pessoa humana a que se reconhece eficácia jurídica positiva e, *a fortiori*, o status de direito subjetivo exigível diante do Poder Judiciário. BARCELLOS (2002, p. 259)

VICTOR (2011, p. 97), tratando do mínimo existencial afirma que:

(...) o mínimo existencial contempla uma regra constitucional, sendo resultado, de um lado, da ponderação dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade real e, de outro, das noções de separação dos poderes (inclusive a competência para vinculação orçamentária) e de competência do legislador democrático, respeitado o limite inato aos direitos de terceiros. Ele ensina que os direitos sociais elementares são garantidores de um mínimo vital, de uma vida simples, com acesso a educação escolar, a formação profissional e a um patamar básico de assistência médica.

De acordo com o explicitado podemos observar que “o mínimo existencial tem o objetivo de identificar um conjunto de direitos sociais mínimos destinados a assegurar as condições indispensáveis à subsistência da pessoa e ao exercício de suas liberdades.” (ESPINOZA, 2017).

Já o princípio da reserva do possível atrela-se a questão orçamentária e financeira do Estado e a sua disponibilidade ou escassez para implementação das políticas públicas. No Brasil, estamos diante de limitações materiais constantes frente a grande necessidade de implementação das políticas públicas, dentre elas as voltadas a educação.

Para VICTOR (2011, p. 97) o fenômeno da escassez de recurso/reserva do possível desempenha papel decisivo na concretização do direito a educação pois conquanto positivado no texto constitucional o direito à educação deve coadunar-se com os recursos públicos a disposição.

Desta forma, observamos que muitos entes estatais (Município, Estados e União) se utilizam constantemente do argumento da necessidade de obediência ao princípio da reserva do possível para justificar a sua inércia ou atendimento parcial quando se trata de implementação de políticas públicas dos direitos fundamentais sociais. Porém, tal princípio não pode ser invocado de forma genérica, sem justificativa plausível e comprovada, sob pena do mesmo ser relativizado para garantir o mínimo existencial.

Por fim, chegamos a conclusão que as políticas públicas

voltadas a implementação dos direitos fundamentais sociais da educação devem observar o mínimo existencial para que o indivíduo possa viver dignamente, devendo ser relativizado o princípio da reserva do possível, uma vez que tratamos de concretização de direitos fundamentais a sobrevivência do cidadão e ao seu desenvolvimento social, ou seja, da garantia da preservação do princípio da dignidade humana.

5. ANÁLISE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 1.008.166

O caso em análise, trata sobre o dever estatal de assegurar atendimento em creche e pré-escola as crianças de 0 a 5 anos de idade, em que se discute se é autoaplicável o inciso IV do art. 208 da CF/88.

O debate teve início com o ajuizamento de Mandado de Segurança interposto pelo Ministério Público de Santa Catarina em face da Secretaria Municipal de Criciúma, na pessoa de Jandna Mara Dandolini Tasca, junto ao Juízo da Infância e Juventude da Comarca de Criciúma/SC, autuado sob o n. 020.08.012949-8, na data de 03 de junho de 2008.

Em sede de Mandado de Segurança, o Ministério Público de Santa Catarina (MPSC) alegou ser parte legítima para impetrar Mandado de Segurança com fulcro no art. 201, IX do ECA, visando garantir vaga em estabelecimento de ensino municipal a criança e adolescente, sempre que o mesmo esteja sendo ameaçado por ato ilegal ou abusivo de autoridade pública, conforme art. 212, § 2º do ECA.

No caso em apreço, foi negada vaga em creche para criança, nascida em 01 de maio de 2005 (na época com 03 anos de idade) solicitada pelo Conselho Tutelar, através de ofício emitido pela Secretaria Municipal de Educação do Município de Criciúma, ferindo, assim, o direito líquido e certo da criança de acesso à educação, um direito previsto constitucionalmente.

O MPSC traz como alicerce legal ao seu pedido o disposto no art. 211 e 227 da CF/88; o art. 54 do ECA; o art. 4º; 11 da LDB e ainda diretrizes da Lei orgânica do município de Criciúma. Desta feita, foi solicitada liminar para inclusão da criança em estabelecimento de ensino infantil nas proximidades de sua residência; pedido de mérito para confirmação da medida liminar e pedido de multa no caso de descumprimento. Tal liminar foi deferida pela Vara da Infância e Juventude de Criciúma determinando a inclusão da criança em estabelecimento municipal de ensino próximo de sua residência, ou não havendo vagas, que o município disponibilizasse transporte escolar até outro estabelecimento de ensino municipal, sob pena de multa a ser arcada pessoalmente pela autoridade coatora.

Em sede de sentença o Juízo deferiu, no mérito, o pedido do Ministério Público de Santa Catarina com base nos arts. 205 e 208 da CF/88; art. 53, V do ECA, para determinar a concessão de segurança a fim de promover a inclusão da criança em estabelecimento de educação infantil, próximo de sua residência.

O município de Criciúma/SC, inconformado com a decisão de primeiro grau, interpôs Recurso de Apelação ao Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC) alegando, em apertada síntese, violação ao art. 2º (princípio da separação dos poderes); art. 5º, inciso LXIX; art. 167, inciso I (vedação ao início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual), e art. 208, inciso I e §1º, todos da CF/88, requerendo a reforma da decisão de primeiro grau, com a consequente improcedência do pedido formulado na inicial, em face de que, a vista do município, a inclusão de criança em estabelecimento municipal de ensino de educação infantil não é direito público subjetivo, a ser efetivado de forma imediata pelo Poder Público.

Através de Acórdão, a Terceira Câmara de Direito Público do TJSC, decidiu, de forma unânime, negar provimento ao recurso de apelação, confirmando a sentença de primeiro grau. No decorrer do voto o Relator, Desembargador Luiz César

Medeiros, ponderou sobre a responsabilidade do município com a educação informando que, anteriormente, a Câmara de Direito Público entendia que as razões explanadas pelo Ministério Público somente seriam cabíveis se a questão versasse sobre o ensino fundamental, sob o argumento de que a CF/88 impõe taxativamente a determinação aos municípios para com o ensino fundamental e que isso pressupõe a existência de vagas necessárias a todas as crianças em idade escolar, não sendo esta, porém, a diretiva preconizada na Lei Maior para a Educação Infantil.

Ressalta que a impossibilidade de oferta de vagas na educação infantil para todas as crianças do município não significa, por si só, que a prioridade do art. 227 da CF/88 esteja sendo desconsiderada, uma vez que se estende a outros direitos como saúde, lazer, etc.

Cita julgados da Colenda Câmara de Direito Público em que mantinha o entendimento de que não haveria obrigatoriedade do município a oferta a todas as crianças em ensino infantil, mas apenas ao ensino fundamental.

Porém, mesmo discordando, se filia ao entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF) e Superior Tribunal de Justiça (STJ), para reconhecer que a educação não pode ser fracionada para fins de cumprimento do mandamento Constitucional, sendo a educação um direito fundamental, portanto, não podendo se sujeitar a discricionariedade do poder público, nem as razões de disponibilidade dos governantes. Afirmando que a sua oferta insuficiente e irregular pelo Poder Público, importa responsabilidade da autoridade competente. Por fim, nega provimento ao recurso, confirmando os termos da sentença.

Ato contínuo o município de Criciúma, inconformado mais uma vez, interpôs Recurso Especial ao STJ alegando como fundamentos a afronta a Lei de Diretrizes e Bases da Educação, especificamente ao seu art. 32, afirmando que não há obrigatoriedade de o município atender a educação infantil, principalmente porque, nos programas de educação pré-escolar, cabe ao

município atuar em cooperação técnica e financeira com os Estados e União. Afirmar ainda que somente há obrigatoriedade dos municípios em atender ao ensino fundamental para matricular crianças a partir dos sete anos de idade, conforme art. 87, §3º, I da LDB. Continua afirmando que o atendimento educacional das crianças será efetivado na medida das possibilidades dos recursos alocados no orçamento público e de acordo com as políticas públicas formuladas pelo Poder Executivo, conforme seu poder discricionário, sob pena de violação aos art. 165 a 167 da CF/88.

Finaliza requerendo a reforma do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, alegando que a inclusão de criança em estabelecimento de educação infantil não é direito público subjetivo, a ser efetivado de forma imediata pelo Poder Público.

Logo em seguida, a Procuradoria do Município de Criciúma interpôs Recurso Extraordinário alegando a existência de repercussão geral no tema discutido, uma vez que há afronta a CF/88 quando o Município é obrigado, através de decisão judicial, a matricular criança em estabelecimento de educação infantil, posto que, conforme afirma o município de Criciúma, aos municípios apenas há previsão constitucional de obrigatoriedade de garantia ao ensino fundamental (direito público subjetivo), sendo a disponibilização de vagas em creche e pré-escola (ensino infantil) uma meta programática que o Poder Público deve implementar na medida de suas possibilidades, o que afronta ao princípio da legalidade. Alega ainda, para justificar a presença da repercussão geral, que a manutenção da decisão de primeiro grau poderá trazer prejuízos financeiros ao município, ao passo que servirá de paradigma para várias ações posteriores com o mesmo tema, o que colocará em risco outras atividades essenciais do município; que não poderá haver intervenção do Judiciário para indicar a forma como o Poder Público deverá destinar as suas verbas e, por fim, que as medidas adotadas para garantia do ensino infantil devem ocorrer nas medidas das possibilidades

estruturais e financeiras do município.

Nos seus fundamentos o município de Criciúma afirma que existe violação aos arts. 2º (princípio da independência entre os Poderes); 37 (princípio da legalidade) e 208, I, § 1º da CF/88, o qual entende que prevê obrigatoriedade do município apenas com o ensino fundamental, ao passo que o ensino de educação infantil deve se dar em cooperação técnica e financeira com a União e os Estados.

Continua inferindo a existência de ameaça ao art. 167, I da CF/88, o qual atrela a realização de despesas públicas ao disposto na lei orçamentária, não podendo o município efetuar despesas ou obrigações que excedam os créditos orçamentários e suplementares ou realização de abertura de crédito suplementar ou especial, bem como a sua transposição, remanejamento, transferência de recursos entre órgãos, sem prévia autorização legislativa.

Assegura ainda que deve ser observado o princípio da reserva do possível, uma vez que a concretização dos direitos sociais reclama uma ação positiva do Estado.

Afiança ainda afronta ao art. 5º, LXIX, da CF/88, posto que a inclusão de criança em educação infantil não é um direito público subjetivo, a ser efetivado de forma imediata pelo Poder Público.

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina negou seguimento ao Recurso Especial alegando ausência de requisitos de admissibilidade, por inexistência de prequestionamento quanto a invocação dos arts. 32 e 87, da Lei 9.394, de 20 de dezembro de 1996, o que atrai a aplicação das Súmulas 211 do STJ; 282 e 356 do STF. Alega ainda como fundamento para a negativa de prosseguimento dos recursos a aplicação da Súmula 83 do STF que determina que "não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida".

Quando da análise quanto ao prosseguimento do Recurso

Extraordinário o Tribunal de Justiça de Santa Catarina também reconheceu a ausência de requisitos de admissibilidade, nesta oportunidade, por inexistência de prequestionamento quanto a invocação dos arts. 2º; 5º, LXIX; 167, I; e 208, I da CF/88, alegando não ser possível o prequestionamento implícito, negando, por fim, seguimento ao Recurso Extraordinário.

Ato contínuo, o Município de Criciúma interpôs Agravo de Instrumento em Recurso Especial e Extraordinário, em 03 de junho de 2009.

Na data de 02 de maio de 2012 o Relator, Ministro Luiz Fux, deu provimento de forma monocrática ao Agravo de Instrumento, determinando a subida dos autos principais para melhor análise.

O STF decidiu, por maioria, na data de 22 de setembro de 2022, vencido em parte o Min. André Mendonça, que conhecia do recurso extraordinário e dava-lhe parcial provimento para determinar o retorno dos autos à origem para que reexaminasse o feito; negar provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do Relator, Min. Luiz Fux, interposto pelo município de Criciúma/SC, para, confirmando acórdão da Terceira Câmara de Direito Público do TJSC, admitir o dever do município de Criciúma de realizar matrícula de criança em estabelecimento de educação infantil, próximo de sua residência.

Na decisão foi proposta a fixação de tese de repercussão geral, tendo sido a mesma acatada e fixada sob o Tema 548.

5.1 TEMA DE REPERCUSSÃO GERAL N. 548

Durante o julgamento do Recurso Extraordinário n. 1.008.166 foi fixada tese de repercussão geral de Tema 548, conforme segue:

Tema 548: “1 - A educação básica em todas as suas fases, educação infantil, ensino fundamental e ensino médio, constitui direito fundamental de todas as crianças e jovens, assegurado por normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade direta

e imediata.

2 - A educação infantil compreende creche, de 0 a 3 anos, e a pré-escola, de 4 a 5 anos. Sua oferta pelo poder público pode ser exigida individualmente, como no caso examinado neste processo.

3 - O poder público tem o dever jurídico de dar efetividade integral às normas constitucionais sobre acesso à educação básica.”.

Como sabido, a repercussão geral é fixada pelo STF quando, ao analisar Recurso Extraordinário, reconhece que ele trata de tema de relevância social, econômica, política ou jurídica e que seu objetivo transcende aos interesses das partes, permitindo-se, assim, que a tese fixada seja utilizada em outros processos que tratam de temas similares, vinculando a sua aplicação às demais instâncias. Preserva, assim, a segurança jurídica, uniformizando as decisões dos Tribunais por todo o país, ao passo que reduz a quantidade de processos sob análise do Supremo, que tratam do mesmo tema.

O tema de repercussão geral fixado no Recurso Extraordinário n. 1.008.166 será, portanto, aplicado a todos os processos que estavam sobrestados, aguardando decisão do STF sobre as demandas em que se discute se é dever do Estado assegurar o atendimento em creche e pré-escola às crianças de 0 a 5 anos de idade.

Tal decisão é de grande relevância posto que garante a aplicação direta e imediata do direito constitucional à educação básica em todas as suas fases (educação infantil, ensino fundamental e ensino médio) pelo Poder Público às crianças e jovens, garantindo ainda a opção de exigência individual da aplicação desse direito constitucional, com garantia de efetividade integral à educação básica.

Como mencionado pelos Min. Edson Fachin e Min. Rosa Weber, a questão da ausência de ofertas de vagas de creche e pré-escola para crianças de zero a cinco anos ultrapassa os direitos da criança e dos jovens, atingindo também o direito da mulher que precisa matricular seu filho/filha para conseguir se

inserir ou reingressar no mercado de trabalho, garantindo-se assim, também o direito à liberdade e igualdade de gênero.

5.2 ANÁLISE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 1.008.166

Após o breve relato do caso, passemos a análise do Recurso Extraordinário n. 1.008.166.

Conforme já relatado anteriormente, o Recurso Extraordinário foi recepcionado pelo STF através de acórdão emitido em Agravo de Instrumento em Recurso Especial e Extraordinário, que permitiu a sua subida, para melhor análise da tese discutida.

Passados quase dez anos de tramitação, desde a recepção do Agravo de Instrumento em Recurso Especial e Extraordinário pelo STF, foi proferido acórdão no Recurso Extraordinário para indeferir-lo e manter a decisão de Primeiro grau emitida pelo TJSC, a qual determinou que é dever do município de Criciúma a realização de matrícula de criança em estabelecimento de educação infantil, próximo a sua residência.

No mesmo acórdão, o STF acatou a tese de repercussão geral de Tema n. 548 a qual, em suma, valida a aplicação da decisão em todo o território nacional sobre o tema, determinando que é dever do Poder Público dar efetividade geral ao direito constitucional de acesso à educação básica em todas as suas fases, podendo ser realizada a sua aplicabilidade através de ação judicial individual, uma vez que o acesso a educação básica é um direito fundamental de todas as crianças e jovens, assegurados por normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade direta e imediata.

O grande cerce acerca do julgamento em pauta diz respeito a análise das teses de defesa levantadas pelo município de Criciúma (intervenção do judiciário no poder executivo; observância do princípio da reserva do possível; obrigatoriedade de

garantia constitucional apenas quanto a efetividade do direito a acesso efetivo a educação do ensino fundamental; princípio da legalidade (lei orçamentária) em confronto com o direito constitucional a educação às crianças e jovens.

Conforme se observa das decisões do STJ e do STF, deve ser levado em consideração que:

a) Não é função precípua do Poder Judiciário formular e implementar políticas públicas, sendo esta função dos Poderes Legislativo e Executivo, mas que poderá tal incumbência ser atribuída ao Poder Judiciário, excepcionalmente, se e quando os órgãos estatais competentes não observarem os mandamentos constitucionais ferindo direitos individuais e/ou coletivos;

b) O princípio da “reserva do possível” não pode ser invocado pelo Estado com a finalidade de se desincumbir dolosamente do cumprimento de suas obrigações constitucionais, especialmente quando a conduta negativa do ente resultar nulidade ou aniquilação de direitos constitucionais considerados essenciais e fundamentais;

c) O mandato constitucional quanto ao direito a educação é vinculante representando fator de limitação da discricionariedade político-administrativo dos municípios;

d) O direito constitucional a educação, por ser um direito fundamental, não pode ser dividido quando de sua aplicabilidade, não podendo se sujeitar de forma ampla a discricionariedade do poder público, nem as razões de disponibilidade dos governantes.

A educação básica, como direito fundamental que é, deve ser disponibilizada a todas as crianças e jovens. Tal direito não pode ser relativizado pelo gestor municipal, utilizando-se de artifícios políticos-administrativos; invocando a discricionariedade e a independência entre os Poderes, a fim de justificar a sua inércia, uma vez que tal comportamento causa a população em geral, em especial a classe menos favorecida, prejuízos de grande monta social, chegando a impedir a eficácia dos direitos

de primeira geração, como o direito à vida, igualdade perante a lei, liberdade de expressão, liberdade de religião, liberdade de circulação, direitos de propriedade, o direito a um julgamento justo e direito de voto, uma vez que o direito a educação (direito de segunda geração) é meio de efetivação dos direitos de primeira geração.

Assim, entendo, em consonância com o acórdão proferido no Recurso Extraordinário n. 1.008.166, que mesmo que a atuação do Judiciário cause negativo impacto orçamentário aos municípios, é seu dever garantir o mínimo existencial e a dignidade da pessoa humana, princípios esses que estão inseridos no direito à educação.

6. CONCLUSÃO

O direito à educação está inserido na Constituição Brasileira de 1988 como sendo um direito fundamental social. É, portanto, um direito que objetiva garantir que os indivíduos possam usufruir dos seus direitos fundamentais em condições de igualdade, objetivando que as pessoas possuam o mínimo de qualidade de vida e buscando mitigar as vulnerabilidades sociais.

Considera-se, assim, que a educação é direito de todos e dever do Estado e da família, sendo o Poder Público obrigado a conceder o acesso e permanência à educação de qualidade, capaz de permitir que os indivíduos possam se desenvolver intelectualmente a fim de manter condições dignas de vida.

Além das normas legais dispostas na Carta Magna, temos leis infraconstitucionais que ampliaram os direitos a educação no nosso país, como o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação.

A efetivação dos direitos educacionais, depende de ação positiva do Estado, ou seja, para sua concretização, o Poder Público precisa atuar, agir, fazer algo, colocar à disposição, interferir na vida cotidiana das pessoas.

A forma que o Estado dispõe para a realização dos direitos fundamentais sociais a coletividade é através da implementação de políticas públicas, que nada mais são do que projetos e atividades realizadas pelo Governo capazes de assegurar a população de determinado local e em determinado período de tempo os direitos constitucionais.

Tais políticas públicas, são planejadas e executadas pelo Poder Executivo e autorizadas pelo Poder Legislativo, devendo, para a sua concretização, ser observada disponibilidade financeira do Estado e a garantia do mínimo existencial do indivíduo, o que dificulta, na prática, a realização plena de tais medidas.

Desta forma, quando o Estado deixa de ofertar, de forma individual ou coletiva, os direitos fundamentais sociais, ou os oferta de forma insuficiente, cabe ao Poder Judiciário atuar para compelir o Poder Público a garantia da aplicabilidade efetiva desses direitos constitucionais.

Sabemos que não é essa a função precípua do Judiciário, mas dos Poderes Executivo e Legislativo, porém, em casos de omissão estatal que apresenta violação aos direitos fundamentais sociais e conseqüentemente a dignidade da pessoa humana, surge a possibilidade de tal atuação do Poder Judiciário, sem que seja considerada, tal conduta, uma violação ao Princípio da Separação dos Poderes.

Observa-se, porém, que essa atuação judicial deve ser realizada de forma responsável e obedecendo aos limites dos princípios constitucionais, conforme explanado no decorrer desse trabalho, a fim de que sejam evitadas decisões judiciais que possam afetar a democracia brasileira, ao passo que propicie efetividade dos direitos fundamentais sociais como proteção e promoção do princípio da dignidade da pessoa humana (SILVA, 2016, p. 28).

No julgamento realizado pelo STF do Recurso Extraordinário n. 1.008.166 observamos a discussão do tema “Acesso à educação básica”, tratando o caso de Mandado de Segurança

impetrado pelo Ministério Público de Santa Catarina solicitando vaga em creche municipal para uma criança, na cidade de Criciúma/SC.

Acertadamente, ao nosso ver, o STF manteve decisão de primeiro grau que determinou a concessão da vaga em creche, tendo sido, no julgamento, fixada Tese de Repercussão Geral n. 548 que reconhece que a educação básica constitui direito fundamental assegurado por norma constitucionais de eficácia e aplicabilidade direta e imediata, podendo ser requerida de forma individual, bem como que “A educação infantil compreende creche, de 0 a 3 anos, e a pré-escola, de 4 a 5 anos.”

Por fim, observamos que o direito a educação, por ser constitucionalmente fundamental a nossa sociedade, deve ser prestado de forma imediata e direta pelo Estado, a fim de disponibilizar acesso e permanência nas escolas, sendo relativizado, para tanto, a observância ao princípio da reserva do possível, como meio de impossibilitar tal cumprimento. Vale salientar ainda que o Estado não pode, de forma discricionária, se omitir na prestação educacional ou fazê-la de forma ineficiente, sob alegação de ausência de recursos baseada em análise genérica da situação municipal, uma vez que o fazendo, estará violando direitos fundamentais passíveis de atuação do Judiciário para efetivação de tais políticas públicas educacionais.



REFERÊNCIAS

- BRASIL. *Lei nº 8.060, de 13 de julho de 1990*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 13 nov. 2022.
- BRASIL. *Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996*. Disponível em:

- https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9394.htm. Acesso em: 14 nov. 2022.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- BRASIL. *Lei nº 13.005, de 25 de junho de 2014*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/113005.htm. Acesso em: 21 dez 2022.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, 1988*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 05 nov. 2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Recurso Extraordinário 1.008.166*. Relator: Ministro Luiz Fux. 22 de setembro de 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5085176>. Acesso em: 05 nov. 2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula nº 282*. É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada. Sessão Plenária de 13/12/1963. Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal. Edição: Imprensa Nacional, 1964, p. 128. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30&sumula=2496>. Acesso em: 21 de dez. 2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula nº 356*. O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento. Sessão Plenária de 13/12/1963. Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal – Anexo ao Regimento Interno. Edição: Imprensa Nacional, 1964, p. 154. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30&sumula=2648>.

Acesso em: 21 de dez 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 211*. Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal a quo. Corte Especial, 03 de agosto de 1998, p. 366. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletro-nica/stj-revista-sumulas-2010_15_capSumula211.pdf.

Acesso em: 21 de dez. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 83*. Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida. Corte Especial, em 18.06.1993, p. 13283. Disponível em:

https://www.coad.com.br/busca/detalhe_16/799/Sumulas_e_enunciados. Acesso em: 21 de dez. 2022.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas Públicas e Direito Administrativo*. Brasília: Revista de Informação Legislativa, 1997.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição*. Direito Constitucional Positivo. 10 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CAMIMURA, Lenir; OTNI, Luciana. *Acordo vai aprimorar dados do Judiciário sobre educação*, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/acordo-vai-aprimorar-dados-do-judiciario-sobre-educacao/>. Acesso em 14 nov. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Acordo vai aprimorar dados do Judiciário sobre educação*, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/acordo-vai-aprimorar-dados-do-judiciario-sobre-educacao/>. Acesso em: 14 nov. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Demandas judiciais sobre educação serão detalhadas em tabelas processuais*, 2020. Disponível em:

- <https://www.cnj.jus.br/demandas-judiciais-sobre-educacao-serao-detalhadas-em-tabelas-processuais/>. Acesso em: 21 de nov. 2022.
- DIGIÁCOMO, Murilo José; DIGIÁCOMO, Ildeara de Amorim. *Estatuto da Criança e do Adolescente Anotado e Interpretado: Lei 8.069, de 13 de julho de 1990*. 8 ed. Curitiba: Ministério Público do Estado do Paraná. Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente, 2020.
- ESPINOZA, Danielle Sales Echaiz. *A Doutrina do mínimo existencial*. Aracaju: Interfaces Científicas – Humanas e Sociais vol. 06 n. 01, 2017.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- OBSERVATÓRIO da judicialização da Educação no Brasil*. Instituto Article, 2021. Disponível em: <https://article.org.br/observatorio-da-judicializacao-da-educacao-no-brasil/>. Acesso em: 14 nov. 2022.
- SILVA, Denise dos Santos Vasconcelos. A (des)motivação judicial com conceitos jurídicos indeterminados no novo CPC e a judicialização das políticas públicas. *Themis*, Fortaleza, v. 14, p. 15-37, 2016. Disponível em: <https://revistathemis.tjce.jus.br/index.php/THEMIS/article/view/526/514>. Acesso em 31 dez. 2022.
- SILVA, Denise dos Santos Vasconcelos. *Direito a Educação: efetividade, justiciabilidade e protagonismo cidadão*. Curitiba: Brazil Publishing, 2020.
- SILVEIRA, Adriana A. Dragone. *Judicialização da educação para a efetivação do direito à educação básica*. Rio Claro: Jornal de Políticas Educacionais, 2011.
- TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 2 ed. São Paulo, Saraiva, 2003.
- VICTOR, Rodrigo Albuquerque de. *Judicialização de Políticas Públicas para Educação Infantil*. São Paulo: Editora

Saraiva série IDP, 2011.