

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO (UNIRIO)  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E POLÍTICAS (CCJP)  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO (PPGD)

ÁLISSON DE ALMEIDA SANTOS

**JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA DE EDUCAÇÃO INFANTIL EM DUAS  
DÉCADAS DA LEI DE DIRETRIZES E BASES DA EDUCAÇÃO NACIONAL:  
UM ESTUDO DE CASO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO  
DE JANEIRO**

RIO DE JANEIRO  
2018

ÁLISSON DE ALMEIDA SANTOS

**JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA DE EDUCAÇÃO INFANTIL EM DUAS  
DÉCADAS DA LEI DE DIRETRIZES E BASES DA EDUCAÇÃO NACIONAL:  
UM ESTUDO DE CASO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO  
DE JANEIRO**

Dissertação apresentada como requisito parcial para a conclusão do Mestrado em Direito, do Centro de Ciências Jurídicas e Políticas, da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro.

Orientador: Paulo Roberto Soares Mendonça

Co-orientadora: Waleska Marcy Rosa

Rio de Janeiro

2018

Catálogo informatizada pelo(a) autor(a)

S237 Santos, Álisson de Almeida  
Judicialização da política de educação infantil em  
duas décadas da Lei de Diretrizes e Bases da  
Educação Nacional: um estudo de caso do Tribunal de  
Justiça do Estado do Rio de Janeiro / Álisson de  
Almeida Santos. -- Rio de Janeiro, 2018.

86

Orientador: Paulo Roberto Soares Mendonça.  
Coorientador: Waleska Marcy Rosa.  
Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal do  
Estado do Rio de Janeiro, Programa de Pós-Graduação  
em Direito, 2018.

1. Judicialização de políticas públicas. 2.  
Direito à educação. 3. Educação infantil. I. Mendonça,  
Paulo Roberto Soares, orient. II. Rosa, Waleska  
Marcy, coorient. III. Título.

ÁLISSON DE ALMEIDA SANTOS

**JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA DE EDUCAÇÃO INFANTIL EM DUAS  
DÉCADAS DA LEI DE DIRETRIZES E BASES DA EDUCAÇÃO NACIONAL:  
UM ESTUDO DE CASO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO  
DE JANEIRO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da  
Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, como requisito parcial para  
a obtenção do Grau de Mestre em Direito.

Aprovada em 26 de março de 2018.

BANCA EXAMINADORA:

---

Prof. Dr. Paulo Roberto Soares Mendonça  
Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro  
Orientador

---

Prof. Dr. Felipe de Moraes Borba  
Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro

---

Prof. Dr. Marco Aurélio Lagreca Casamasso  
Universidade Federal Fluminense

*Aos meus pais, Ari e Mariza, por serem meus grandes incentivadores e os principais responsáveis por todas as minhas conquistas.*

## AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus por me guardar e guiar pelos caminhos escolhidos.

Aos meus pais, Ari e Mariza, agradeço o apoio e suporte que dedicaram a mim ao longo da vida, permitindo que esse sonho se realizasse e, ainda, pela compreensão nos meus momentos de ansiedade e ausência.

Ao meu irmão, amigos e familiares por serem fundamentais, cada um à sua maneira, para as minhas conquistas. Em especial, agradeço à Dalyara, pela presença constante.

Aos professores Paulo Mendonça, Patrícia Sampaio e Waleska Marcy Rosa, por compartilharem suas experiências comigo.

À professora Cristiane Batista pelas contribuições no exame de qualificação e pela orientação no estágio em docência.

Aos professores Felipe Borba e Marco Aurélio Casamasso por comporem a banca de defesa desta dissertação.

Aos colegas do PPGD/UNIRIO por tornarem a rotina mais leve e colaborarem na construção do conhecimento de forma coletiva e participativa.

Aos docentes do PPGD/UNIRIO e à Louyze, agradeço pela dedicação ao programa e aos alunos.

Por fim, agradeço à equipe da PROAE/UFJF e aos gestores, Frederico Rosa e Marcos Freitas, por permitirem a realização deste curso.

“Não serei o poeta de um mundo caduco  
Também não cantarei o mundo futuro  
Estou preso à vida e olho meus companheiros  
Estão taciturnos mas nutrem grandes esperanças  
Entre eles, considero a enorme realidade  
O presente é tão grande, não nos afastemos  
Não nos afastemos muito, vamos de mãos dadas”  
(Mãos Dadas, Carlos Drummond de Andrade).

## RESUMO

Este trabalho tem como objetivo analisar a judicialização da política de Educação Infantil no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro entre os anos de 1997 e 2016, visando identificar o conteúdo do direito a esse nível de ensino e o impacto das decisões judiciais na implementação das políticas públicas educacionais. Utilizou-se o método qualitativo, a partir de revisão bibliográfica e pesquisa documental, com consulta à legislação relacionada ao tema e análise de decisões judiciais. A análise das decisões se deu a partir de um estudo de caso do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ), sendo consideradas as decisões obtidas através da pesquisa de jurisprudência no sítio eletrônico do TJRJ. No primeiro capítulo, delimitou-se o direito à Educação Infantil no ordenamento jurídico brasileiro, bem como foi apresentado o cenário de atendimento educacional nesse nível de ensino. No segundo capítulo, discutiu-se a judicialização da Educação no Brasil, abordando primeiramente os seus impactos na conformação das políticas públicas e no orçamento público. Em seguida, foram apresentadas e analisadas as demandas julgadas pelo Supremo Tribunal Federal e, ainda, outros estudos sobre o fenômeno da judicialização da Educação Infantil. No terceiro capítulo, foram analisadas as decisões obtidas na pesquisa de jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro em relação às demandas por vagas na Educação Infantil. Nessa análise, identificou-se uma concentração de decisões entre os anos de 2010 e 2016, com predominância para ações que discutiam direitos individuais, mesmo naquelas com a atuação do Ministério Público ou da Defensoria Pública. Observou-se, ainda, que todas as decisões em ações individuais foram concessivas, determinando a matrícula do demandante em unidade de Educação Infantil, sendo na maior parte das vezes o aspecto orçamentário não enfrentado nas decisões.

**Palavras-chave:** judicialização de políticas públicas; direito à educação; educação infantil.

## ABSTRACT

The aim of this study was to analyze the judicialization of Childhood Education policy within the scope of the Rio de Janeiro Justice Court (TJRJ) between 1997 and 2016, in order to identify the content of the right to this level of education and the impact of judicial decisions on the implementation of public education policies. The qualitative method was applied, based on bibliographical review and documentary research, including consultation to related legislation and analysis of judicial decisions. The analysis of the decisions consisted of a case study of the Rio de Janeiro Justice Court (TJRJ), which considered the decisions obtained through jurisprudence research in the electronic site of the TJRJ. The first chapter delimits the right to early childhood education in the Brazilian legal system and presents the educational assistance scenario at this level of education. The second chapter discusses the judicialization of Education in Brazil, focusing mainly on its impact on the formulation of public policies and the public budget. Subsequently, the cases judged by the Federal Supreme Court and other studies on the phenomenon of the judicialization of Early Childhood Education were presented and analyzed. The third chapter contains the analysis of the decisions obtained in the jurisprudence research of the Rio de Janeiro Justice Court related to the demands of vacancies in Early Childhood Education. This analysis identified a concentration of decisions between 2010 and 2016, with predominance of actions discussing individual rights, even in those with participation of the Public Ministry or the Public Defense. It was also observed that all decisions in individual actions were favorable, determining the claimant enrollment in a Child Education unit and, in the majority of cases, the budgetary aspect was avoided in the decisions.

**Keywords:** judicialization of public policies; right to education; child education.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>09</b>
<b>1 A EDUCAÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL.....</b>	<b>13</b>
1.1 O direito à Educação Infantil no ordenamento jurídico brasileiro.....	17
1.2 O cenário da política de Educação Infantil no Brasil: desafios à garantia do direito.....	20
1.2.1 A situação das matrículas no Brasil e no Estado do Rio de Janeiro.....	27
<b>2 JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS EDUCACIONAIS.....</b>	<b>33</b>
2.1 Efeitos da judicialização na conformação das políticas públicas educacionais: um enfoque na questão orçamentária.....	39
2.2 As demandas relacionadas às políticas educacionais no Supremo Tribunal Federal (STF).....	42
2.2.1 O direito de acesso à Educação Infantil na perspectiva do Supremo Tribunal Federal (STF).....	46
2.2.2 O fenômeno da judicialização da Educação Infantil no Brasil.....	50
<b>3 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA DE EDUCAÇÃO INFANTIL NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO: ANÁLISE DAS DECISÕES DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA.....</b>	<b>53</b>
3.1 A judicialização em números.....	54
3.1.1 Localização das demandas.....	57
3.1.2 A atuação do Ministério Público e da Defensoria Pública através da Ação Civil Pública.....	60
3.2 Reserva do possível e a súmula 241 do TJRJ.....	64
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>69</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>72</b>
<b>APÊNDICE.....</b>	<b>80</b>

## INTRODUÇÃO

A atual Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB), sancionada em dezembro de 1996, trouxe importantes mudanças na estrutura da política educacional brasileira. Dentre essas mudanças, destaca-se a inclusão da Educação Infantil como primeira etapa da Educação Básica, inserindo-se nas políticas educacionais e no conteúdo do direito à Educação.

Antes da LDB/1996, a Educação Infantil estava atrelada a áreas assistenciais, existindo uma flagrante dicotomia entre o atendimento destinado às classes menos favorecidas, de cunho meramente assistencial, e às crianças de famílias mais ricas, que tinham acesso a um atendimento educacional voltado à preparação para o ensino fundamental (BRASIL, 2006).

Desde a promulgação da LDB/1996, que marca a regulamentação da Educação no Brasil após a redemocratização e a Constituição de 1988, diversas alterações legislativas foram propostas em relação à Educação Infantil, além de emendas constitucionais que modificaram, por exemplo, as etapas da Educação Básica consideradas obrigatórias e as formas de financiamento. No âmbito do Poder Judiciário, os tribunais passaram a ser provocados em demandas por vagas nesse nível de ensino, com destaque para as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nos anos de 2005 a 2011.

A partir dessas alterações, torna-se relevante destacar alguns marcos históricos que serão considerados neste trabalho, com o objetivo de subsidiar a análise em relação à judicialização da Educação Infantil no âmbito do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

Em primeiro lugar, destaca-se a Emenda Constitucional nº 59/2009, que ampliou o atendimento educacional obrigatório, passando a ser destinado a crianças e adolescentes com idade entre 4 e 17 anos, incluindo a pré-escola, uma das etapas da Educação Infantil.

No aspecto relacionado ao financiamento da Educação Básica, a referida emenda resultou na aplicação da Emenda Constitucional nº 53/2006 também para a Educação Infantil. Essa última emenda mencionada previu que o salário-educação passaria a financiar toda a Educação Básica e não somente

o ensino fundamental, como era previsto até então, e, ainda, determinou a criação do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação Básica (Fundeb) em substituição ao Fundo Nacional de Desenvolvimento do Ensino Fundamental (Fundef), incluindo a Educação Infantil nesse mecanismo de financiamento. A Lei nº 11.494, de 20 de junho de 2007, ao regulamentar o Fundeb, determinou ainda que toda a rede de Educação Infantil, ainda ligada às estruturas de financiamento da área de assistência social, passasse a ser de responsabilidade do sistema educacional.

Em 2007, o Ministério da Educação criou o Programa Nacional de Reestruturação e Aquisição de Equipamentos para a Rede Escolar Pública de Educação Infantil – Proinfância, que tinha como objetivo a assistência financeira suplementar da União para a construção, reforma e aquisição de equipamentos e mobiliários para as creches e escolas públicas municipais e do Distrito Federal.

Considerando essas alterações na política de Educação Infantil no Brasil, observa-se uma melhoria considerável nas taxas de atendimento educacional às crianças de 0 a 5 anos. Segundo dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD), realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) em 2015, a taxa de frequência a estabelecimento de ensino no Brasil, entre os residentes com idade de 0 a 3 anos, passou de 13,4% em 2004 para 25,6% em 2015. Entre as crianças de 4 e 5 anos, essa taxa passou de 61,5% em 2004 para 84,3% em 2015.

Apesar desse avanço, manifesta-se, ainda, um cenário de desigualdades sociais e regionais no atendimento educacional às crianças dessa faixa etária e constata-se que as taxas observadas ainda estão aquém das metas estabelecidas no Plano Nacional de Educação (2014-2024), que previa a universalização da pré-escola até o ano de 2016 e o atendimento de, no mínimo, 50% das crianças com idade entre 0 e 3 anos em creches (BRASIL, 2014).

No âmbito do Poder Judiciário, o Supremo Tribunal Federal (STF) manifestou-se pela obrigatoriedade da oferta da educação infantil, inclusive em creches, nas decisões dos agravos regimentais nos recursos extraordinários com agravo 639.337 (ARE 639337 Agr / SP), 384.201-3 (RE 384.201-3/SP),

463.210-1 (RE 463.210-1/SP) e 410.715-5 (RE 410715 AgR / SP). Os processos em questão tratavam de demandas individuais por matrículas em creches mantidas pelo Poder Público e todas as decisões proferidas foram no sentido de determinar a obrigatoriedade da matrícula por parte do ente requerido.

Diante desse contexto, torna-se relevante investigar a judicialização da Educação Infantil, enquanto fenômeno recente no Brasil, visando analisar o posicionamento das cortes, identificando o conteúdo desse direito e problematizando a ingerência do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas. A presente pesquisa parte, portanto, do reconhecimento desse fenômeno como uma realidade presente no contexto estudado. Nesse sentido, esta pesquisa visa responder à seguinte questão: De que forma o Poder Judiciário tem contribuído para delimitar o conteúdo do direito à Educação Infantil e, conseqüentemente, influenciado na implementação da política pública garantidora desse direito, especialmente no âmbito do estado do Rio de Janeiro?

Este trabalho tem como objetivo analisar a judicialização da política de Educação Infantil no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro entre os anos de 1997 e 2016, visando identificar o conteúdo do direito a esse nível de ensino e o impacto das decisões judiciais na implementação das políticas públicas garantidoras desse direito.

Nesta pesquisa, utilizou-se o método qualitativo, a partir de revisão bibliográfica e pesquisa documental, com consulta à legislação relacionada ao tema e análise de decisões judiciais.

A análise das decisões judiciais se deu a partir de um estudo de caso do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ), utilizando como recorte temporal o período de 1997 a 2016. Foram consideradas as decisões obtidas através da pesquisa de jurisprudência no sítio eletrônico do TJRJ, utilizando como buscadores os termos *educação infantil* e *matrícula*, sendo selecionados apenas acórdãos proferidos em sede de recurso, na segunda instância da Justiça Estadual.

A caracterização da judicialização das políticas públicas como fenômeno ainda recente no Brasil, a relevância social das políticas educacionais e a

escassez de trabalhos que tratem especificamente da judicialização da Educação Infantil, especialmente considerando o contexto do estado do Rio de Janeiro, onde este trabalho foi desenvolvido, foram fatores que determinaram a escolha do tema.

A dissertação está organizada em três capítulos. No primeiro capítulo, delimita-se o direito à Educação Infantil no ordenamento jurídico brasileiro, bem como é apresentado o cenário de atendimento educacional nesse nível de ensino a partir de dados estatísticos do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) e do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP). Apresenta-se, ainda, um recorte desse cenário considerando o contexto do estado do Rio de Janeiro.

No segundo capítulo, discute-se o fenômeno da judicialização da Educação Infantil no Brasil, abordando primeiramente os seus impactos na conformação das políticas públicas, com foco na questão orçamentária. Em seguida, são apresentadas e analisadas as demandas julgadas pelo Supremo Tribunal Federal entre os anos de 1997 e 2016, relacionadas ao direito à Educação de forma geral e, especificamente ao direito à Educação Infantil. Por fim, são apontados outros estudos sobre o fenômeno da judicialização da Educação Infantil em contextos diversos.

No terceiro capítulo, são analisadas as decisões obtidas na pesquisa de jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro em relação às demandas por vagas na Educação Infantil, sendo utilizados como eixos de análise: a) a natureza da demanda (se individual ou coletiva), b) a satisfação ou não da tutela requerida, e c) a fundamentação da decisão, no sentido de verificar o conteúdo desse direito e, especialmente, se questões relativas à conformação das políticas públicas foram enfrentadas pelos magistrados (capacidade estrutural e impacto orçamentário). Além disso, observa-se a ocorrência dessas demandas ao longo do período estudado, de forma a identificar possíveis variações em relação ao aumento ou diminuição no número de ações judiciais, bem como quanto ao entendimento do Tribunal a respeito do tema.

## 1 A EDUCAÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL

A Constituição de 1988, chamada de “Constituição Cidadã” e promulgada no contexto de redemocratização após duas décadas do regime militar no Brasil, elenca diversos direitos e garantias fundamentais em seu Título II. Dentre esses direitos, incluem-se tanto os direitos de defesa, inseridos como direitos individuais nas dimensões civil e política, quanto os direitos a prestação, que têm como principais expoentes os direitos sociais previstos no art. 6º da Constituição Federal, como o direito à saúde, à moradia, à alimentação, ao trabalho, de proteção à maternidade e à infância, à educação, entre outros.

Vinculados à concepção de que ao Estado incumbe, além da não intervenção na esfera de liberdade pessoal dos indivíduos, assegurada pelos direitos de defesa (ou função defensiva dos direitos fundamentais), a tarefa de colocar à disposição os meios materiais e implementar as condições fáticas que possibilitem o efetivo exercício das liberdades fundamentais, os direitos fundamentais a prestações objetivam, em última análise, a garantia não apenas da liberdade-autonomia (liberdade perante o Estado), mas também da liberdade por intermédio do Estado, partindo da premissa de que o indivíduo, no que concerne à conquista e manutenção de sua liberdade, depende em muito de uma postura ativa dos poderes públicos (SARLET, 2001, p. 15).

Nesse sentido, Alexy (2008, p. 499) traz a definição de direitos a prestação em sentido estrito, classificação na qual insere os direitos fundamentais sociais, indicando a sua exigibilidade perante o Poder Público.

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

Para Queiroz (2011, p. 33-34) essa distinção entre direitos fundamentais de defesa e prestacionais se esvazia no Estado Democrático de Direito, tendo em vista que todos eles possuem uma dimensão negativa e outra positiva, cujo objetivo maior é a realização do indivíduo em sociedade e garantir a dignidade humana.

Os direitos sociais, portanto, exercem papel essencial na promoção da igualdade e da liberdade, do ponto vista material ou substancial, especialmente

em contextos marcados por profundas desigualdades sociais, como no caso do Brasil. Segundo Hartmann (2011, p. 164), os direitos sociais possuem duas dimensões, uma coletiva, no sentido de reduzir as desigualdades sociais, e outra individual, visando garantir a dignidade humana e o pleno desenvolvimento da pessoa.

O direito à educação está previsto no artigo 6º da Constituição Federal de 1988, inserido no título que trata dos direitos e garantias fundamentais, o que por si só seria suficiente para afastar qualquer argumento contrário à sua fundamentalidade, de acordo com Mendonça (2010, p. 13). No entanto, a Educação ainda está diretamente relacionada com a cidadania e com a dignidade humana, sendo primordial para a concretização dos fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil, presentes nos artigos 1º e 3º, da Constituição Federal.

Ao analisar a origem do direito à educação e sua estrutura na conjuntura internacional, Caggiano (2009, p. 22) também afirma a sua fundamentalidade.

No contexto atual não nos parece subsistir dúvidas quanto à inclusão do direito à educação no elenco dos direitos humanos fundamentais, amparado portanto por um quadro jurídico-constitucional que vem a lhe assegurar, também um sistema de garantias. É direito fundamental porque, de uma banda, consubstancia-se em prerrogativa própria à qualidade humana, em razão da exigência de dignidade, e, de outra, porque é reconhecido e consagrado por instrumentos internacionais e pelas Constituições que o garantem (CAGGIANO, 2009, p. 22).

Nesse sentido, o presente trabalho parte da perspectiva do direito à educação como um direito fundamental, o que traz implicações para as condições de aplicabilidade e eficácia, nos termos da Constituição de 1988, e também para o reconhecimento de sua exigibilidade perante o Poder Judiciário.

Silva (2002), em clássica doutrina sobre a eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais, propõe a sua classificação em três tipos: a) normas de eficácia plena, ou seja, que produzem ou estão aptas a produzirem todos os seus efeitos essenciais desde o seu nascimento, possuindo aplicabilidade direta, imediata e integral; b) normas de eficácia contida, que também estão aptos a produzirem todos os seus efeitos, mas permitem certa limitação em determinadas circunstâncias, possuindo aplicabilidade direta, imediata, mas não integral; c) normas de eficácia limitada, que não produzem todos os seus

efeitos sem que haja uma atuação do legislador ordinário ou outro órgão do Estado, possuindo aplicabilidade indireta, mediata e reduzida.

Barroso (2003, p. 94), por sua vez, compreende as normas constitucionais em outras três categorias: normas de organização, normas definidoras de direitos e normas programáticas. Na primeira categoria estariam as normas organizadoras do poder político estatal, como as que definem a forma de Estado e de governo, as que criam órgãos públicos e estabelecem as suas competências, as que regulam procedimentos, entre outras. No segundo grupo, estariam os direitos fundamentais em todas as suas dimensões, quais sejam: os direitos individuais, políticos, sociais e difusos. Por fim, na terceira categoria, Barroso (2003, p. 120) insere as normas de caráter prospectivo, ressaltando que “a elas é reconhecido um valor jurídico idêntico ao dos restantes preceitos da Constituição, como cláusulas vinculativas, contribuindo para o sistema através dos princípios, dos fins e dos valores que incorporam”.

Em relação aos direitos fundamentais, dentre os quais está inserido o direito à Educação, o art. 5º, § 1º, da Constituição Federal estabelece que suas normas definidoras possuem aplicabilidade imediata, ou seja, não exigem a atuação do legislador ordinário para que possam ser aplicadas ou exigíveis. Nesse sentido, Barroso (2003, p. 106) reforça o caráter jurídico dos direitos fundamentais, afirmando que “é puramente ideológica, e não científica, a resistência que ainda hoje se opõe à efetivação, por via coercitiva, dos chamados direitos sociais”.

Quanto à eficácia das normas, Silva (2002) divide tal conceito em duas dimensões: jurídica e social. Toda norma possui eficácia jurídica, na medida em que produz efeitos em alguma medida. A eficácia social ou efetividade, por sua vez, está relacionada ao alcance dos objetivos da norma, ou seja, à verificação se ela é efetivamente obedecida e aplicada no plano fático.

No mesmo sentido, Barroso (2003, p. 85) relaciona a efetividade com a função social do Direito.

A efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social.

Em razão de exigirem uma conduta positiva do Estado, traduzida na disponibilização da prestação que constitui o seu objeto aos titulares desses direitos, conforme destaca Sarlet (2001), os direitos sociais acabam sofrendo constantes limitações em sua eficácia social ou efetividade, nos termos definidos por Silva (2002).

Sarlet (2001) aponta para tais limitações a partir do ponto de vista orçamentário e econômico, na medida em que os direitos sociais estão diretamente vinculados a bens e serviços materiais.

O direito à educação, embora seja mais abrangente, possui tratamento constitucional voltado para a educação escolarizada, nos termos dos artigos 205 a 214 da Constituição Federal de 1988 (MENDONÇA, 2010, p. 12). Nesse sentido, a efetividade do direito à educação se dá, essencialmente, por meio da elaboração e implementação das políticas educacionais, envolvendo disputas entre diferentes demandas apresentadas pela população, a atuação de diferentes atores institucionais e da sociedade civil, a alocação de recursos públicos, entre tantas outras etapas que permeiam esse processo.

A organização da educação escolar no Brasil está regulamentada pelo artigo 21 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996), sendo composta pelas seguintes etapas: educação básica, que compreende a educação infantil, o ensino fundamental e o ensino médio, e educação superior. Segundo o artigo 22 da referida lei, a Educação Básica tem por finalidade a formação para o exercício da cidadania e permitir o acesso ao trabalho e a estudos posteriores.

Neste capítulo, apresenta-se o conteúdo do direito à Educação Infantil no ordenamento jurídico brasileiro, com o objetivo de delimitar o objeto das demandas que serão analisadas na parte final deste trabalho. Além disso, é discutido e contextualizado o cenário da política garantidora desse direito, destacando os papéis dos entes federativos e as condições de financiamento e oferta, particularmente no estado do Rio de Janeiro, demonstrando o grau de efetividade desse direito.

## 1.1 O direito à educação infantil no ordenamento jurídico brasileiro

Cury (1998, p. 10) destaca que, antes da Constituição de 1988, o atendimento à infância era abordado sob as figuras do amparo e da assistência no ordenamento jurídico brasileiro. Dessa forma, os textos constitucionais anteriores eram omissos no sentido do reconhecimento de deveres e direitos em relação ao infante, como no caso da Constituição de 1891, ou traziam apenas o amparo à infância, ou, especialmente a partir da Constituição de 1946 e de 1967, a figura da assistência. Nesse contexto, Andrade (2010, p. 91) afirma que o atendimento à primeira infância era tratado como um problema ligado à assistência social.

A história do atendimento à infância que antecede a Constituição de 1988 demonstrou o predomínio da ação da assistência social à infância desenvolvida por várias instituições, como os asilos infantis (século XIX), as creches, as escolas maternais e os jardins de infância.

Ainda de acordo com Andrade (2010, p. 91), somente a partir da Constituição de 1988 as instituições de Educação Infantil passaram a ser integradas ao campo das políticas educacionais, sendo o acesso a elas tratado como um direito das crianças e das famílias. Segundo Cury (1998, p. 11), essa mudança foi impulsionada por movimentos da própria sociedade, especialmente através de lideranças e educadores que reconheciam a importância da Educação Infantil a partir das contribuições de estudos e entendimentos relacionados à área.

O direito à Educação Infantil está previsto no artigo 208 da Constituição Federal de 1988, que estabelece as garantias que compreendem o dever do Estado com a educação. Em seu inciso IV, o referido artigo assegura dentre essas garantias a oferta da Educação Infantil, em creches e pré-escolas, para crianças de até 5 (cinco) anos de idade. Nesse sentido, a norma constitucional não apenas menciona essa etapa da Educação Básica como direito do indivíduo, mas como dever do Poder Público de garantir o acesso e a qualidade a esse nível de ensino.

Segundo Cara (2012, p. 261), a Constituição Federal de 1988 “foi o primeiro instrumento legal a garantir o direito das crianças e de suas famílias ao atendimento em creches e pré-escolas”. A legislação infraconstitucional que

trata da organização do sistema educacional e dos direitos da criança e do adolescente, a partir de então, passou a regulamentar tal direito.

A lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional (LDB/1996), também prevê em seu artigo 4º, inciso II, que o dever do Estado de disponibilizar educação escolar pública abrange a garantia de Educação Infantil gratuita às crianças de até 05 (cinco) anos de idade. A lei nº 8.069, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), da mesma forma, prevê em seu artigo 54, IV, o dever do Estado de assegurar à criança de 0 (zero) a 5 (cinco) anos de idade o atendimento em creche e pré-escola.

Segundo o artigo 21, da LDB/1996, a educação escolar compõe-se da Educação Básica e da Educação Superior. A Educação Infantil, conforme seu inciso I, constitui uma das etapas da Educação Básica, ao lado do Ensino Fundamental e do Ensino Médio.

A Educação Infantil está organizada em dois segmentos, de acordo com o artigo 30 da LDB/1996, devendo ser oferecida em creches para crianças de até três anos de idade e, em pré-escolas, para crianças de 4 a 5 anos de idade.

Embora a Constituição Federal de 1988 e a LDB de 1996 estabeleçam a Educação Infantil como um dever do Estado, essa etapa da Educação Básica não é incluída integralmente nos dispositivos que tratam da obrigatoriedade do ensino e que estabelecem os contornos do direito público subjetivo à Educação. O artigo 208, inciso I, da Constituição Federal, e o artigo 4º, inciso I, da LDB/1996, estabelecem como obrigatória a Educação Básica dos 04 (quatro) aos 17 (dezesete) anos de idade, o que compreende a pré-escola, o Ensino Fundamental e o Ensino Médio.

Dessa forma, ambos os dispositivos excluem as creches dessa obrigatoriedade, o que não deve ser compreendido como uma permissão para que o Poder Público não mantenha estabelecimentos próprios e ofereça vagas neste segmento. A não obrigatoriedade delega para as famílias a decisão de matricular ou não as crianças de até 03 (três) anos em creches, liberdade que não lhes é conferida pelo ordenamento jurídico a partir do momento em que a criança completa 04 (quatro) anos de idade e, portanto, deve obrigatoriamente ser matriculada na pré-escola, conforme dispõe o artigo 6º da LDB/1996.

A matrícula na pré-escola é obrigatória, tal como determina a Emenda Constitucional (EC) nº 59, de 2009, devendo ser implementada progressivamente até 2016. Ou seja, desde 2009 até 2016, tanto os administradores públicos quanto os responsáveis legais (familiares) deverão garantir e efetivar, respectivamente, a matrícula das crianças de quatro e cinco anos de idade na pré-escola (e de seis anos também, caso sejam completados após 31 de março). Já a matrícula em creche é um direito da criança e uma opção da família e, ainda que não tenha se tornado obrigatória, deve ser assegurada pelo Poder Público, desde que requisitada (CARA, 2012, p. 261-262).

Essa lacuna no ordenamento jurídico em relação às creches está ainda presente nos parágrafos 1º e 2º, do artigo 208, da Constituição Federal, que estabelecem, respectivamente, o acesso ao ensino obrigatório como direito público subjetivo e a responsabilidade da autoridade competente quando houver a ausência ou irregularidade de oferta do ensino obrigatório pelo Poder Público.

Cabe destacar, no entanto, que o direito de acesso à Educação Infantil, seja em creches ou pré-escolas, não atinge somente a criança, tendo em vista que um atendimento adequado a essa faixa etária é compreendido como questão de caráter público, tanto pelo ordenamento jurídico nacional quanto por convenções internacionais ratificadas pelo Brasil, em razão de sua influência na inserção dos pais ou responsáveis no mercado de trabalho, o que traz consequências para o próprio sustento e desenvolvimento da criança.

Nesse sentido, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres (1979), ratificada pelo Brasil em 1984 e atualmente regulamentada pelo Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002, determina que o estímulo à manutenção de serviços destinados ao cuidado das crianças constitui um dever dos Estados.

c) Estimular o fornecimento de serviços sociais de apoio necessários para permitir que os pais combinem as obrigações para com a família com as responsabilidades do trabalho e a participação na vida pública, especialmente mediante fomento da criação e desenvolvimento de uma rede de serviços destinados ao cuidado das crianças (BRASIL, 2002).

Embora a responsabilidade pelo cuidado com as crianças não seja exclusiva das mulheres, a Convenção reconhece que historicamente essa tarefa esteve atrelada à maternidade, causando sérios prejuízos à promoção da igualdade entre os gêneros, à escolarização e à inserção das mulheres no mercado de trabalho.

No mesmo sentido, a Convenção sobre os Direitos da Criança (1989), ratificada pelo Brasil e promulgada pelo Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990, prevê em seu artigo 18 que os Estados devem tomar as medidas necessárias para garantir que as crianças, cujos pais trabalhem, tenham acesso a creches e outros serviços assistenciais.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) incluiu a oferta de atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a cinco anos de idade entre os interesses individuais, difusos e coletivos a serem protegidos por meio de ações cíveis promovidas pelo Ministério Público, pelos entes federativos ou por associações de defesa dos direitos da criança e do adolescente, nos termos do seu artigo 210.

Embora esteja inserida no conteúdo do direito fundamental social à Educação, historicamente, a Educação Infantil sofre diversos entraves à sua implementação e à efetividade desse direito. Diante disso, na próxima subseção, será discutido o cenário da política de Educação Infantil no Brasil, contextualizando a respeito das mudanças no seu modelo de financiamento e nas condições de oferta.

## **1.2 O cenário da política de Educação Infantil no Brasil: desafios à concretização do direito**

Em matéria de Educação, a Constituição de 1988 e a LDB/1996 estabelecem as competências prioritárias de cada ente federativo, considerando a forma de Estado adotada pelo Brasil. A Educação Infantil, de acordo com os artigos 30, inciso VI, e 211, § 2º, da CF/88, e artigo 11, da LDB/1996, é de responsabilidade primeira dos municípios.

Segundo Abrucio (2010, p. 46), a divisão de competências presente na Constituição de 1988 denota a forte descentralização presente no modelo federativo brasileiro, que tem como peculiaridade a figura dos municípios como ente federativo e a tendência de transferência da responsabilidade pela implementação de políticas públicas para o nível local.

O principal mote do novo federalismo inaugurado pela Constituição de 1988 foi a descentralização. Processo que significava não só passar mais recursos e poder aos governos subnacionais, mas, principalmente, tinha como palavra de ordem a municipalização.

Nessa linha, o Brasil se tornou uma das pouquíssimas federações do mundo a dar status de ente federativo aos municípios (ABRUCIO, 2010, p. 46).

Nesse sentido, Abrucio (2010, p. 46) esclarece que a descentralização, privilegiando a municipalização das políticas públicas, produziu efeitos díspares. Como efeitos positivos, destacam-se algumas iniciativas inovadoras das municipalidades em políticas sociais, que foram precursoras de programas como o Saúde da Família e o Bolsa Família, além de permitir um controle social mais efetivo pela participação dos cidadãos e dar mais eficiência na alocação dos recursos. Por outro lado, alguns problemas também foram observados, como a escassez de recursos para que os municípios pudessem atender às demandas por políticas públicas e a consequente dependência financeira em relação aos demais entes federativos, além da pouca capacidade administrativa, práticas clientelistas e baixo interesse da população em exercer o controle social.

Embora o ordenamento jurídico estabeleça a atuação prioritária dos municípios na Educação Infantil e no ensino fundamental, ele prevê ainda mecanismos de cooperação técnica e financeira entre os entes federativos, incluindo os Estados e a União, para a garantia do direito fundamental social à Educação. De acordo com Cury (2010, p. 158), a Constituição Federal de 1988 “optou por um federalismo cooperativo sob a denominação de regime articulado de colaboração recíproca, descentralizado, com funções privativas, comuns e concorrentes entre os entes federativos”.

Segundo Abrucio (2010, p. 62), a ação mais relevante nesse sentido, no âmbito das políticas educacionais, foi a criação do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental (Fundef) com previsão de suplementação de recursos pela União, que será abordado mais adiante, mas ainda existem muitos desafios para a efetivação desse regime de colaboração, especialmente do ponto de vista redistributivo.

Por se tratar de um direito fundamental social, a Constituição estabeleceu diversos mecanismos de concretização do direito à Educação e efetivação das políticas educacionais. No aspecto tributário, por exemplo, o artigo 150, inciso VI, alínea c, da Constituição Federal, incluiu as instituições de educação e assistência social sem fins lucrativos dentre as entidades

beneficiadas com a imunidade de impostos, reconhecendo a relevância social da Educação.

Do ponto de vista orçamentário, que consideramos o mais relevante para o objeto deste trabalho, a Constituição estabeleceu percentuais mínimos de aplicação da receita de impostos de competência de todos os entes federativos em Educação, previstos no seu artigo 212. Segundo Castro (2011, p. 32), trata-se uma das medidas mais importantes para garantir a efetivação das políticas educacionais.

A vinculação de recursos de impostos para a educação – reserva de determinado percentual do valor arrecadado – é uma das medidas políticas mais importantes para garantir a disponibilidade de recursos para o cumprimento do vasto rol de responsabilidades do poder público nesta área. Desde 1983, garantiu-se por meio da EC nº24/1983 a destinação mínima de recursos financeiros à educação – 13% pela União e 25% pelos estados e municípios. Com a Constituição Federal de 1988, ampliaram-se os percentuais dos recursos públicos federais que deveriam ser aplicados nessa área – 18% pela União e 25% pelos estados e municípios (CASTRO, 2011, p. 32).

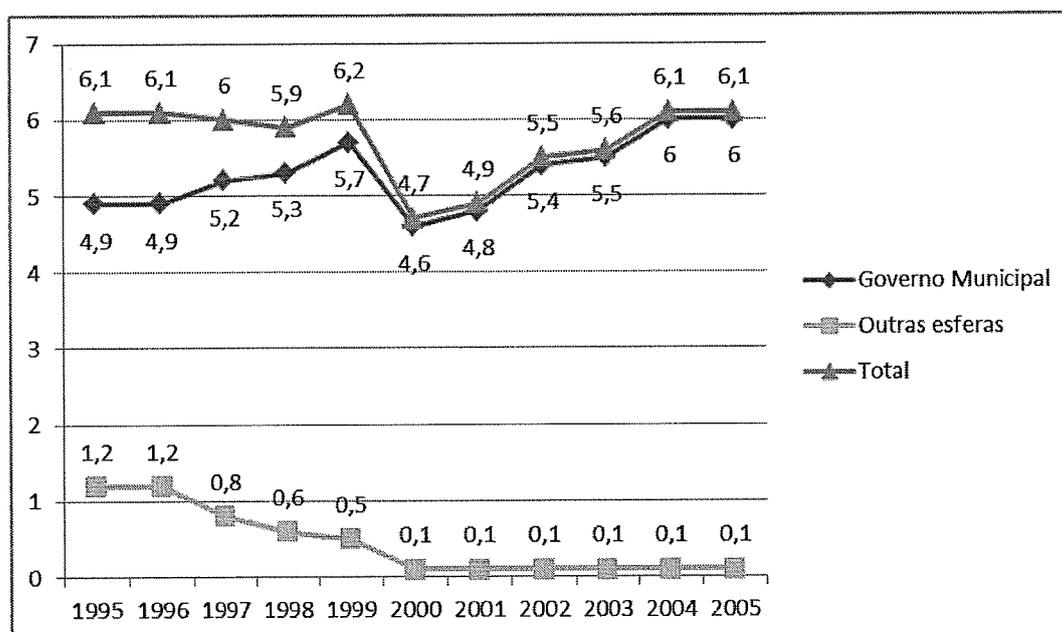
Além dessa vinculação, o parágrafo 5º do artigo 212 prevê o salário-educação recolhido pelos empregadores como fonte adicional de financiamento da Educação e, ainda, a Emenda Constitucional nº 53/2006 criou o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação – Fundeb.

O Fundeb, na verdade, tem sua origem no Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental – Fundef, criado em 1996 e vigente entre os anos de 1998 e 2006. Segundo Castro (2011, p. 34), a criação do fundo teve como objetivo estabelecer um gasto mínimo por aluno, o piso salarial para o magistério e, ainda, determinava que 60% dos recursos vinculados constitucionalmente à Educação fossem aplicados no Ensino Fundamental.

Cara (2012, p. 263) aponta que o Fundef, ao destacar apenas o Ensino Fundamental, provocou uma concentração dos gastos em educação nesse nível de ensino durante a sua vigência, o que inevitavelmente trouxe impactos no financiamento das demais etapas da Educação Básica, especialmente da Educação Infantil, tendo em vista a fragilidade orçamentária de grande parte dos municípios brasileiros.

Ao analisarmos os dados apresentados por Castro (2011, p. 36-37), referentes à evolução dos gastos públicos com Educação no Brasil entre os anos de 1995 e 2005, observa-se que o gasto total com a Educação Infantil, considerando a soma dos valores referentes a todos os entes federativos, permaneceu pouco variável em valores reais no referido período. O que se observou, no entanto, foi o aumento da participação dos municípios no financiamento dessa etapa, conforme se verifica no gráfico 1.1. Em relação ao Ensino Fundamental, observa-se uma evolução de mais de 50% nos investimentos totais.

**Gráfico 1.1 - Gasto público em Educação da criança de 0 a 6 anos por esfera de governo entre 1995 e 2005 (em bilhões de reais)**



Fonte: Elaborado pelo autor a partir de dados apresentados por Castro (2011, p. 36-37).

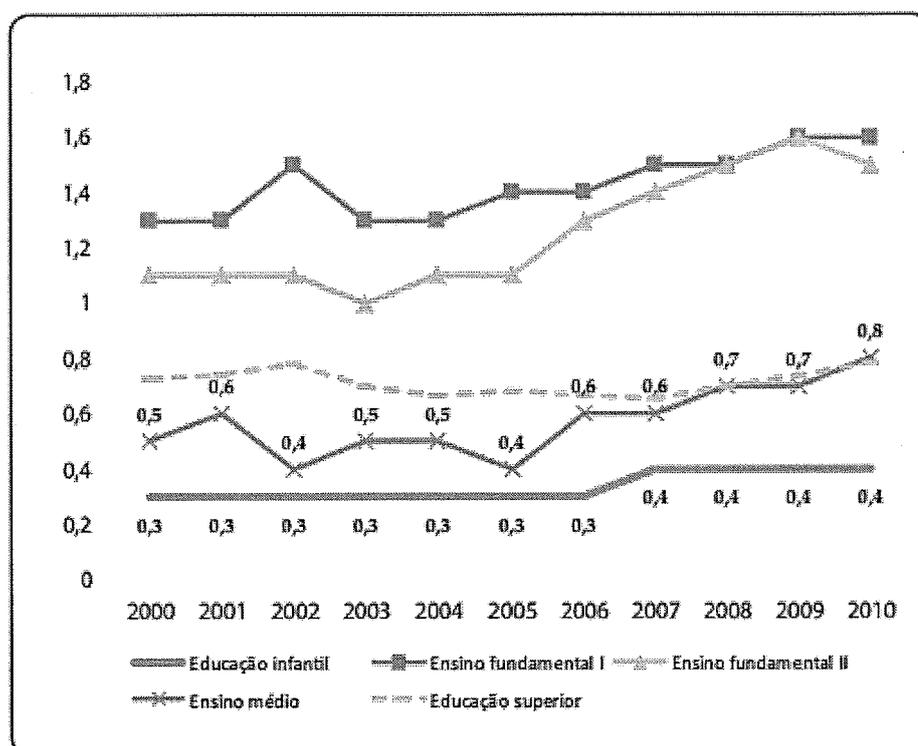
A Emenda Constitucional nº 53/2006, ao criar o Fundeb, incluiu as demais etapas da Educação Básica no seu sistema de financiamento. Dessa forma, as matrículas na Educação Infantil passaram a ser contabilizadas e essa etapa a ser financiada pelos recursos do fundo (CASTRO, 2011, p. 35). A mesma emenda ampliou ainda o papel do salário-educação como fonte de

financiamento de toda a Educação Básica e não mais apenas do ensino fundamental (FARENZENA; MACHADO, 2010).

Cara (2012, p. 263) destaca que, apesar da criação do Fundeb, a Educação Infantil continuou sendo a etapa da Educação Básica que menos recebe investimentos públicos e, ainda, sendo o segmento com menor evolução dos gastos. Em análise da variação dos investimentos em percentuais do Produto Interno Bruto (PIB) na Educação Infantil, Cara (2012, p. 264) aponta uma evolução de apenas 0,1% entre os anos de 2000 e 2010, passando de 0,3% para 0,4%, conforme apresentado na figura 1.1.

**Figura 1.1 – Evolução do investimento em educação por percentual do PIB (2000-2010)**

**Gráfico 3 – Evolução do investimento em educação por percentual do PIB (2000-2010).**



Fonte: Adaptado de Inep/MEC (2012a).

Fonte: Cara (2012, p. 264).

Apesar dos baixos investimentos, Cara (2012, p. 264) ressalta que a Educação Infantil é a etapa mais onerosa da Educação Básica, especialmente se consideradas as creches.

Contraditoriamente, embora seja subfinanciada em comparação com as demais etapas, em grande parte devido à baixa capacidade orçamentária dos municípios, a educação infantil é a etapa mais onerosa da educação básica quando é considerado um padrão mínimo de qualidade. O motivo é simples: as turmas de educação infantil, especialmente na creche, exigem um número menor de crianças por turma. Ao mesmo tempo, é contraproducente ofertar creche em período parcial (CARA, 2012, p. 264).

Em 2007, o Ministério da Educação e o Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE) criaram o Programa Nacional de Reestruturação e Aquisição de Equipamentos para a Rede Escolar Pública de Educação Infantil – Proinfância, que tinha como objetivo a assistência financeira suplementar da União para a construção, reforma e aquisição de equipamentos e mobiliários para as creches e escolas públicas municipais e do Distrito Federal.

Segundo Almeida (2015, p. 7003), o Proinfância surge no contexto do Plano de Desenvolvimento da Educação (PDE) elaborado no ano de 2007, que trazia diretrizes para melhoria dos padrões de qualidade da educação brasileira. Dentre os programas criados à época, o Plano de Ações Articuladas (PAR) tinha como objetivo viabilizar a prestação de assistência da União aos demais entes federativos, a partir do diagnóstico da situação educacional local e da elaboração de planos de ação, com vistas a melhorar o atendimento educacional e os indicadores de qualidade, como o Índice de Desenvolvimento da Educação Básica (Ideb). Nesse sentido, o Proinfância se inseriu nas ações do PAR, como programa voltado à assistência aos municípios para a construção de unidades de Educação Infantil e ampliação da oferta (ALMEIDA, 2015).

O Proinfância, portanto, trata-se da iniciativa mais expressiva de colaboração do governo federal para a ampliação do acesso à Educação Infantil nos últimos anos, considerando que essa etapa da Educação Básica passou a fazer parte da agenda governamental após a universalização do ensino fundamental.

Segundo Silva (2014, p. 12), o programa foi responsável pela construção de quase 6.000 unidades de Educação Infantil no Brasil, considerando o período de 2007 até o ano de 2012.

O Proinfância, programa integrante do Plano de Desenvolvimento da Educação (PDE), possui dois momentos, o primeiro no período compreendido entre os anos de 2007 e 2011, no qual foram construídas 2.543 unidades de educação infantil e, o segundo, a partir do ano de 2011 quando ele foi incluído no Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), do governo federal, um programa de estímulo à economia nacional, que auxiliou os entes federados na construção de 3.135 outras unidades. Somando os dois períodos, temos um total de 5.678 novas unidades de educação infantil em todo o Brasil, contudo a meta do programa é a conclusão da construção de outras 3.000 unidades em 2013 e 2014 (SILVA, 2014, p. 12).

Ricci (2014, p. 03-04) afirma que, no estado do Rio de Janeiro, até o ano de 2012, 37 (trinta e sete) municípios haviam aderido ao Proinfância. No entanto, apenas 6 (seis) contavam com unidades em funcionamento, estando a maioria das obras previstas ainda não concluídas.

Em relação às dificuldades relatadas pelos municípios do Rio de Janeiro na implementação do programa, a partir da pesquisa de campo realizada por Ricci (2014, p. 04), 38% dos entrevistados apontaram dificuldades relacionadas ao atendimento das exigências do programa para a construção das unidades, tais como terreno e espaço físico apropriado, entre outros.

Cabe ressaltar que o Proinfância prevê a colaboração da União para a construção, reforma e aquisição de equipamentos para as unidades de Educação Infantil, ou seja, limita-se ao impulso inicial para a ampliação da oferta, ficando ainda a cargo do município os custos com a manutenção do atendimento educacional em creches e pré-escolas, como remuneração de professores e demais profissionais da educação, manutenção da infraestrutura, entre outras ações que representam talvez a face mais onerosa de uma política pública. Nesse sentido, o programa não abarca o financiamento de muitas das ações que influenciam diretamente na expansão da oferta em relação à demanda verificada ao longo da sua implementação e execução e, principalmente, na qualidade do atendimento educacional.

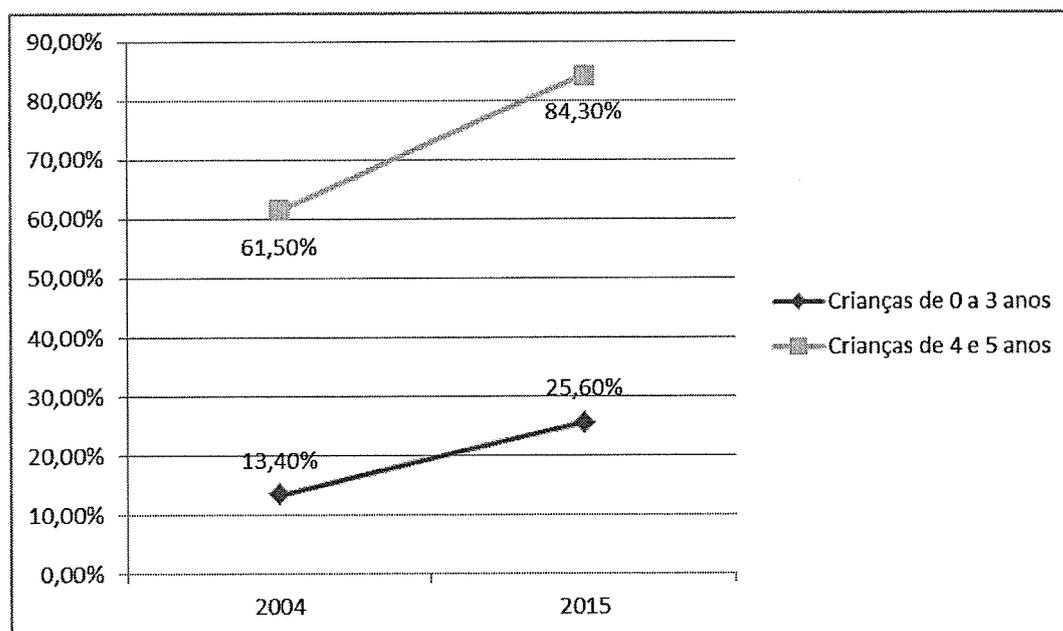
Em seguida, será abordado o cenário especificamente relacionado à situação das matrículas na Educação Infantil no Brasil e no Estado do Rio de

Janeiro, evidenciando as desigualdades existentes no atendimento a essa etapa da Educação Básica no contexto em estudo.

### 1.2.1 A situação das matrículas no Brasil e no Estado do Rio de Janeiro

Segundo os dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD), realizada no ano de 2015 pelo Instituto Brasileiro de Geografia Estatística (IBGE), a taxa de frequência a estabelecimento de ensino no Brasil, entre os residentes com idade de 0 a 3 anos, passou de 13,4% em 2004 para 25,6% em 2015. Entre as crianças de 4 e 5 anos, essa taxa passou de 61,5% em 2004 para 84,3% em 2015.

**Gráfico 1.2 – Taxa de frequência a estabelecimento de ensino no Brasil por faixa etária da Educação Infantil nos anos de 2004 e 2015**



Fonte: Elaborado pelo autor a partir dos dados da PNAD/IBGE (2015).

Embora tenha-se observado um aumento considerável da taxa de matrículas na Educação Infantil nos últimos anos, os dados encontrados ainda estão muito abaixo das metas estabelecidas no Plano Nacional de Educação (PNE).

O PNE (2014-2014) estabeleceu como meta universalizar o atendimento a crianças de 4 e 5 anos na pré-escola até 2016. Os dados mais recentes são referentes à PNAD de 2015, que constatou que 84,3% das crianças com idade entre 4 e 5 anos estavam matriculadas na pré-escola, o que aponta para o não cumprimento da meta, de acordo com o monitoramento feito por ONGs e pelo Ministério da Educação<sup>1</sup>.

Em relação às creches, a meta estabelecida é o atendimento a, no mínimo, 50% das crianças de 0 a 3 anos de idade até o ano de 2024. Nesse sentido, ainda há um longo caminho a percorrer, tendo em vista que a PNAD 2015 indicou que 26,3% da população nessa faixa etária frequentavam a creche.

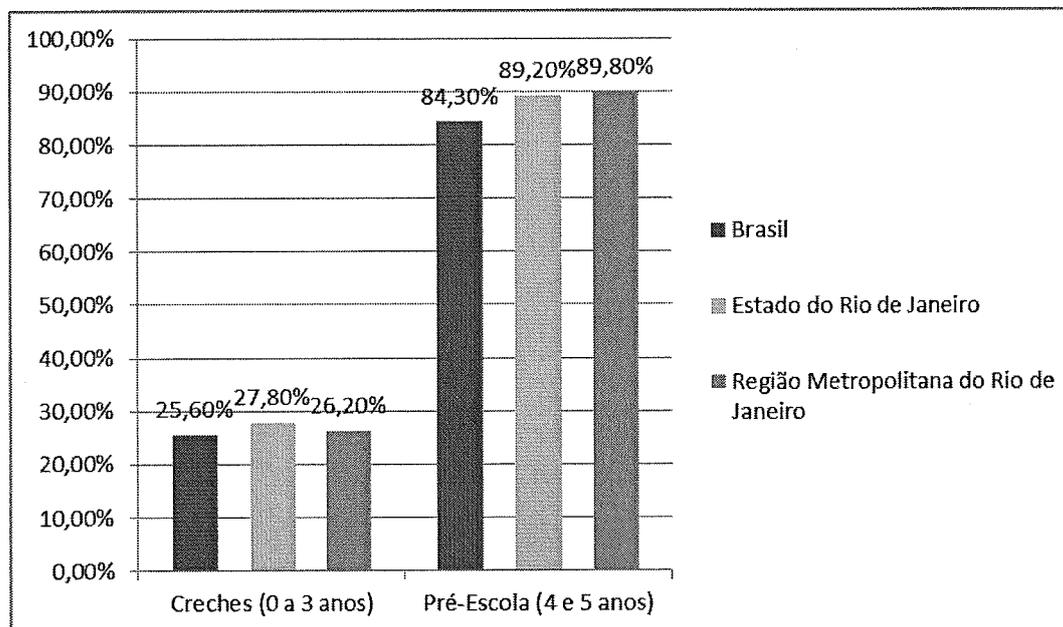
No estado do Rio de Janeiro, as taxas de matrícula são um pouco superiores à média brasileira observada na PNAD 2015; entretanto, o percentual de participação da rede pública está bem abaixo das médias da região sudeste e do Brasil.

Da população residente no estado do Rio de Janeiro com idade entre 0 e 3 anos, 27,8% estavam matriculados em creches no ano de 2015. Entre as crianças de 4 e 5 anos, a taxa de matrícula era de 89,2%. Na região metropolitana, que concentra a maior parte da população do estado, esse percentual era de 26,2% para as creches e de 89,8% para a pré-escola (IBGE, 2015).

---

<sup>1</sup> País não cumpre metas do Plano Nacional da Educação para 2016. **O Globo**, 29 jun. 2016. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/sociedade/educacao/pais-nao-cumpre-metas-do-plano-nacional-da-educacao-para-2016-19604817>>. Acesso em: 26 abr. 2017.

**Gráfico 1.3 - Taxa de frequência a estabelecimento de ensino por faixa etária da Educação Infantil (2015)**



Fonte: Elaborado pelo autor a partir de dados da PNAD/IBGE (2015).

Nunes, Corsino e Kramer (2013, p. 164) apontam as desigualdades no atendimento educacional entre as diferentes regiões do estado do Rio de Janeiro, especialmente em relação às creches. No ano de 2009, considerando o total de matrículas na Educação Infantil no estado do Rio de Janeiro, a capital concentrava 50% das matrículas em creches e 38,8% em pré-escolas, enquanto representava 36,7% da população residente no estado. A região metropolitana, com a exclusão do município do Rio de Janeiro, embora concentrasse 32,3% da população residente, respondia por apenas 15% das matrículas em creches e 25,1% em pré-escolas. A região Norte Fluminense, por sua vez, com apenas 4,8% da população residente, tinha uma participação de 10,4% nas matrículas em creches e 7,8% em pré-escolas.

**Figura 1.2 – População residente e matrículas em creche e pré-escola por regiões do estado do Rio de Janeiro em 2009**

**TABELA 3  
POPULAÇÃO RESIDENTE E MATRÍCULAS EM CRECHE E PRÉ-ESCOLA POR  
REGIÕES DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO EM 2009 (EM%)**

REGIÕES DO ESTADO	POPULAÇÃO RESIDENTE	MATRÍCULAS EM CRECHE	MATRÍCULAS EM PRÉ-ESCOLA
Capital	36,7	50,0	38,8
Metropolitana*	32,3	15,0	25,1
Serrana	10,0	5,9	6,1
Baixada Litorâneas	5,3	7,1	7,6
Médio Paraíba	5,3	5,8	6,3
Centro Sul Fluminense	1,6	1,5	2,5
Costa Verde	2,0	2,4	2,4
Norte Fluminense	4,8	10,4	7,8
Noroeste Fluminense	1,9	1,8	3,4
Total	100,0	100,0	100,0

Fonte: Brasil, 2007a; 2009d; 2009c.

\* Exclusivo o município do Rio de Janeiro.

Fonte: Nunes, Corsino e Kramer (2013, p. 164).

Em relação à rede de ensino, 71,3% dos alunos da Educação Infantil no Brasil estavam matriculados na rede pública no ano de 2015. No Estado do Rio de Janeiro, esse percentual era de 59,3% e, na região metropolitana, de 52,1% (IBGE, 2015). Essa menor participação da rede pública pode ser consequência da celebração de convênios com instituições privadas para o oferecimento dessa etapa.

Cara (2012, p. 267) afirma que a expansão das vagas nas creches conveniadas foi muito superior à verificada na rede pública no Brasil, considerando o período entre 2009 e 2012, indicando a estratégia de ampliação pela precarização da oferta. Ainda segundo Cara (2012, p. 267), essa alternativa decorre da autorização legislativa para contabilização dessas matrículas para efeitos de distribuição de recursos do Fundeb.

Em 2009, o número de matrículas de creches em tempo integral conveniadas que receberam recursos do Fundeb foi de 186.550 e, em apenas quatro anos, passou para 303.135. As matrículas de creches em tempo parcial conveniadas que receberam repasses do fundo passaram de 27.765 (2009) para 39.773 (2012). Se compararmos a taxa de crescimento nos últimos quatro anos entre a oferta pública e a oferta conveniada, o resultado também é preocupante: a creche integral pública cresceu 26%, enquanto a

conveniada cresceu 62%; a oferta de creche pública em tempo parcial cresceu 35% e a de conveniada, 43% (CARA, 2012, p. 267).

Dados da pesquisa realizada por Nunes, Corsino e Kramer (2013, p. 172), considerando os anos de 1999 e 2009, apontam que em torno de 25% dos municípios do estado do Rio de Janeiro mantinham convênio com creches privadas e 10% com pré-escolas em ambos os períodos considerados.

Segundo dados da Secretaria Municipal de Educação do Rio de Janeiro, somente na capital existem um total de 158 creches conveniadas (RIO DE JANEIRO, 2016), além de 519 unidades de educação infantil públicas, incluindo creches e pré-escolas<sup>2</sup>.

Embora essa estratégia atinja o objetivo da ampliação do número de matrículas, pondera-se que ela transfere para a iniciativa privada um dever público, especialmente em relação à qualidade do atendimento educacional e aos direitos garantidos aos professores da Educação Infantil pela LDB/1996, causando potenciais prejuízos reflexos.

Além das diferentes regiões do estado, as desigualdades sociais e de acesso a serviços essenciais também estão muito presentes no interior dos grandes municípios, principalmente na Região Metropolitana. Embora não se tenha dados oficiais sobre o atendimento na Educação Infantil nos diferentes bairros e regiões de cada município, não é difícil presumir que essas desigualdades também estejam presentes, considerando a menor participação da rede pública e as desigualdades no atendimento educacional apontadas pela PNAD em relação às faixas de rendimento das famílias.

Segundo dados da PNAD 2015, em relação ao rendimento familiar mensal, a taxa de matrícula de crianças de 4 e 5 anos na Educação Infantil no Brasil era de 80% no quinto mais pobre, aumentando progressivamente até chegar em 94% no quinto mais rico. Na região norte, que apresentou a maior disparidade neste quesito, a taxa era de 66,7% entre os mais pobres e de 92% entre os mais ricos.

Cabe ressaltar que os dados se referem às crianças que deveriam estar matriculadas na pré-escola, etapa obrigatória da Educação Básica e que tinha

---

<sup>2</sup> Dados obtidos no sítio eletrônico da Secretaria Municipal de Educação do Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www.rio.rj.gov.br/web/sme/educacao-em-numeros>>. Acesso em 27 abr. 2017.

como meta a universalização até o ano de 2016, segundo o Plano Nacional de Educação (2014-2024). Em relação às creches, não existem dados agrupados por rendimento familiar, mas certamente o cenário é de ainda mais exclusão.

Diante desse contexto, a judicialização da Educação Infantil, através de demandas que visam à obtenção de vagas em creches e pré-escolas, é um fenômeno muito presente no Brasil, que será tratado na próxima seção após uma discussão teórica acerca da judicialização das políticas educacionais e seus impactos na conformação das políticas públicas.

## 2 JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS EDUCACIONAIS

Ao tratarem do protagonismo judiciário na contemporaneidade, Santos, Marques e Pedroso (1995, p. 03) destacam três questões que surgem a respeito da atuação dos tribunais, quais sejam, a legitimidade, a capacidade e a independência. A legitimidade está relacionada à interferência do Poder Judiciário nos Poderes Executivo e Legislativo, que ao contrário do que ocorre com o primeiro, possuem titulares ou representantes eleitos pela maioria nos regimes democráticos.

A questão da capacidade, por sua vez, apresenta duas dimensões, a primeira relacionada à própria capacidade limitada do Poder Judiciário para assumir novas competências e intervenções judiciais, tendo em vista a escassez de recursos humanos e de infraestrutura. A segunda dimensão relaciona-se com a incapacidade de fazer cumprir as decisões, quando estas dependem da atuação de outros poderes, o que pode repercutir negativamente quanto à eficácia da tutela judicial (SANTOS; MARQUES; PEDROSO, 1995, p. 04).

A questão da independência é tomada sempre do ponto de vista do próprio Poder Judiciário, que a suscita em relação à legitimidade quando os demais poderes tomam medidas atentatórias à sua independência e, em relação à capacidade, quando se vê dependente dos outros poderes para garantir sua autonomia financeira e administrativa (SANTOS; MARQUES; PEDROSO, 1995, p. 05).

Ao analisarem o papel do Poder Judiciário nos países centrais durante o período do Estado Liberal, considerado desde o início do século XIX até o fim da primeira guerra mundial, Santos, Marques e Pedroso (1995, p. 07-08) destacam o papel neutralizado e pouco político exercido pelos tribunais neste contexto, no qual a atuação baseada no princípio da legalidade e na subsunção às leis deixava de lado aspectos sociais, éticos e políticos importantes. Esse comportamento acabava por legitimar o que era produzido pelos poderes executivo e legislativo, em um contexto de avanço do regime capitalista e de surgimento das questões sociais.

Podemos, pois, concluir que, neste período, a posição institucional dos tribunais os predisps para uma prática judiciária tecnicamente

exigente mas eticamente frouxa, inclinada a tarduzir-se em rotinas e, por consequência, a desembocar numa justiça trivializada. Nestas condições, a independência dos tribunais foi o outro lado do seu desarme político. Uma vez neutralizados politicamente, os tribunais independentes passaram a ser um ingrediente essencial da legitimidade política dos outros poderes, por garantirem que a produção legislativa destes chegava aos cidadãos "sem distorções" (SANTOS; MARQUES; PEDROSO, 1995, p. 10).

No período do Estado-providência, que se consolidou após a Segunda Guerra Mundial, a concepção de Estado promotor do bem estar, com a constitucionalização dos direitos sociais e econômicos, provocou uma mudança na concepção de liberdade a ser tutelada juridicamente, indo além de seu aspecto negativo para assumir uma dimensão positiva, de concretização através de prestações estatais. Nesse contexto, o Poder Judiciário passou a decidir sobre um amplo espectro de questões sociais que agora se apresentavam a ele, alterando o seu papel social e político (SANTOS; MARQUES; PEDROSO, 1995, p.11-12).

A partir do final da década de 1970, no período que os autores denominam de crise do Estado-providência, marcado pela ineficiência estatal diante das questões sociais, pelas alterações no mundo do trabalho provocadas pelo avanço tecnológico, pela globalização e surgimento das concepções econômicas neoliberais, agravam-se também as desigualdades sociais e a juridificação das questões sociais continuam, embora tenha assumido novas roupagens. Neste contexto, surgem, por exemplo, novas áreas de litígio, como as relacionadas aos direitos de terceira dimensão (meio ambiente, direito dos consumidores, etc.) e, ainda, o Poder Judiciário assume papel relevante no controle social em um cenário marcado pela crise de representatividade do sistema político (SANTOS; MARQUES; PEDROSO, 1995, p. 21).

Além da perspectiva sociológica descrita nos parágrafos anteriores, Cappelletti e Garth (1988) descrevem também mudanças no aspecto jurídico-processual que influenciaram o alargamento das funções do Judiciário a partir da segunda metade do século XX. Dentre essas mudanças, destaca-se a alteração do modelo individualista característico do Estado liberal burguês, que reconhecia apenas indivíduos como sujeitos de direitos, para o surgimento dos direitos difusos e coletivos, com ampliação do acesso à justiça pela via das

ações coletivas e a aproximação dos tribunais aos jurisdicionados, por exemplo, com a criação de tribunais de pequenas causas.

Segundo Cappelletti e Garth (1998, p. 09-11), a concepção de direitos humanos passou por transformações no sentido de reconhecer os direitos e deveres sociais, sendo necessária uma atuação positiva do Estado para assegurá-los, o que reflete na superação do acesso à justiça apenas no sentido formal para dar lugar a um modelo de acesso efetivo.

Não é surpreendente, portanto, que o direito ao acesso efetivo à justiça tenha ganho particular atenção na medida em que as reformas do *welfare state* têm procurado armar os indivíduos de novos direitos substantivos em sua qualidade de consumidores, locatários, empregados e, mesmo, cidadãos. De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos (CAPPELLETTI; GARTH, 1998, p. 11-12).

Arantes (2007, p. 99) sintetiza as consequências dessas transformações no aspecto institucional, uma vez que o Judiciário passou a se deparar com a dimensão política para além da jurisdição constitucional.

Seja pela via da explicação sociológica, seja pela via da explicação jurídico-processual, o fato é que o Judiciário conheceu forte expansão na segunda metade do século XX, transformando-se em instância de solução de conflitos coletivos e sociais e de implementação de direitos muito mais orientados pelo valor da igualdade do que pelo valor da liberdade. Isso obrigou os judiciários de várias democracias a reverem suas finalidades institucionais, pautadas no paradigma liberal, e a se reencontrarem com a dimensão política não pela via da justiça constitucional, mas pela porta da justiça comum (ARANTES, 2007, p. 99).

No Brasil, Arantes (2007, p. 100) aponta que o primeiro período expansionista em relação às funções do Poder Judiciário se deu a partir de 1930, no início da Era Vargas, com o Estado assumindo um papel central na regulação econômica e das relações sociais. Embora com diferenças em relação ao modelo europeu de Estado Social, houve o surgimento de uma nova legislação social, especialmente relacionada às relações de trabalho, o que culminou com a criação de justiças especializadas, como a Justiça do Trabalho.

A primeira onda de expansão do Judiciário brasileiro nas décadas de 1930 e 1940 foi impulsionada por uma tendência mais profunda e duradoura da política brasileira: a desconfiança em relação às instituições político-representativas e à capacidade do regime democrático de atender às necessidades da sociedade, inspirando soluções alternativas do problema da ordem social e dos conflitos coletivos (ARANTES, 2007, p. 102).

Ainda segundo Arantes (2007, p. 102), a partir da década de 1980, a legislação brasileira veio a inserir os direitos difusos e coletivos, ampliando a esfera de atuação do Ministério Público, com a criação da lei da Ação Civil Pública, culminando na consolidação da expansão do papel do Poder Judiciário a partir da Constituição de 1988.

Veríssimo (2008, p. 408) afirma que a partir da promulgação da Constituição de 1988, com a constitucionalização de diversos direitos sociais e econômicos, a inserção dos ideais de democracia social no campo do direito e a criação de mecanismos de tutela judicial capazes de viabilizar a implementação desses direitos, intensifica-se o fenômeno conhecido por “judicialização” no Brasil. Ainda segundo o autor, esse fenômeno se traduz na transferência de temas políticos, como as políticas públicas e as ações governamentais, para o campo do direito e, conseqüentemente, para o âmbito do Poder Judiciário.

Trata-se do surgimento, no País, de um judiciário “ativista”, que não se constringe em exercer competências de revisão cada vez mais amplas, quer incidentes sobre a política parlamentar (via controle de constitucionalidade, sobretudo), quer incidentes sobre as políticas de ação social do governo (por intermédio das competências de controle da administração pública, controle esse interpretado de forma cada vez mais larga nos dias atuais) (VERÍSSIMO, 2008, p. 409).

Vieira (2008, p. 402-403) destaca duas correntes que tentam explicar esse alargamento da autoridade dos tribunais nesse contexto, sendo a primeira relacionada à estrutura do mercado global, que via no Poder Judiciário uma instituição mais confiável do que os legisladores democráticos para garantir segurança jurídica, estabilidade e previsibilidade. Por outro lado, uma segunda corrente aponta para a própria crise do sistema representativo, incapaz de cumprir as promessas de justiça e igualdade presentes nas constituições de regimes democráticos, recorrendo ao Judiciário para salvaguardar esses ideais.

Este processo de expansão da autoridade judicial, contudo, torna-se mais agudo com a adoção de constituições cada vez mais

ambiciosas. Diferentemente das constituições liberais, que estabeleciam poucos direitos e privilegiavam o desenho de instituições políticas voltadas a permitir que cada geração pudesse fazer as suas próprias escolhas substantivas, por intermédio da lei e de políticas públicas, muitas constituições contemporâneas são desconfiadas do legislador, optando por sobretudo decidir e deixando ao legislativo e ao executivo apenas a função de implementação da vontade constituinte, enquanto ao judiciário fica entregue a função última de guardião da constituição (VIEIRA, 2008, p. 443).

A Constituição de 1988 representou um caráter bastante ambicioso, considerando o contexto social e político do período da redemocratização. Segundo Veríssimo (2008, p. 411), ela transformou em regra jurídica um amplo conjunto de anseios sociais e políticos, transferindo para o Poder Judiciário a tarefa de garantir a sua efetividade.

(...) o texto constitucional transformou em regra jurídica um conjunto amplo e por vezes contraditório de anseios sociais e políticos, consagrando ideais de liberdade individual e igualdade material, propriedade e redistribuição de renda, liberdade de empresa e dirigismo econômico. Outorgou à justiça a tarefa de implementar esse plano difuso de ação e ampliou significativamente os mecanismos de acesso que instrumentalizam esse ideal (VERÍSSIMO, 2008, p. 411).

Hartmann (2011, p. 155) define judicialização como “a possibilidade do Poder Judiciário condenar os poderes públicos a promover prestações sociais”. Segundo Figueiredo (2009, p. 711-712), a utilização do Poder Judiciário para compelir a Administração Pública a implementar políticas públicas é um fenômeno presente no Brasil e na América Latina de forma geral, tendo relação com a constitucionalização dos direitos sociais, enquanto direitos a prestações que pressupõem a redistribuição dos recursos em determinada sociedade.

Silva (2008, p. 587) afirma que o Brasil, a exemplo dos demais países não-desenvolvidos, sofre com problemas na área social agravados pela profunda desigualdade aqui presente, que conseqüentemente faz com que a demanda por políticas públicas nas áreas de saúde, educação e moradia atinja a maioria da população. Nesse contexto, dois fatores contribuem para o agravamento dessa situação no âmbito jurídico, quais sejam: a inefetividade das políticas públicas implementadas e a ampliação dos direitos sociais a partir da Constituição de 1988.

No âmbito jurídico, a comunhão de alguns fatores faz com que a situação fique ainda mais complexa, sobretudo após a promulgação da constituição de 1988. Essa complexidade é decorrência das seguintes variáveis: de um lado, as políticas públicas implementadas

pelos governos nunca foi suficiente para satisfazer a imensa demanda de uma população carente de serviços em quantidade e qualidade aceitáveis; de outro lado, a atual constituição ampliou ainda mais o processo de constitucionalização de temas que já foram vistos como reservados ao campo da política, como a regulação do salário mínimo, a fixação de taxas de juros e a garantia de direitos à saúde, à educação, ao trabalho e à moradia (SILVA, 2008, p. 587-588).

Figueiredo (2009, p. 716) aponta como primeiro problema acerca desse comportamento mais ativo do Poder Judiciário, a questão da suposta invasão das esferas de competência de outros Poderes. Silveira (2011, p. 31) salienta que “a formulação das políticas públicas é reservada, em regra, ao Poder Executivo, sendo imprópria a atuação judicial na conformação das políticas públicas”. Nesse sentido, questiona-se a legitimidade democrática do Judiciário, que em regra não é a autoridade competente para decidir sobre ações e prioridades em relação à prestação de serviços públicos.

Em relação a esse primeiro aspecto, dada a ideia cada vez mais difundida de atuação do Poder Judiciário no controle de políticas públicas, torna-se inapropriado entendê-lo como um óbice à efetivação dos direitos sociais pela via judicial. Como afirma Victor (2011, p. 36), a atuação do Judiciário está em plena consonância com a ideia clássica de repartição de poderes, na medida em que devemos compreendê-los como interdependentes e harmônicos.

Impensável se cogitar em malferimento à tripartição de Poderes, afinal esta judicialização de políticas visa justamente a assegurar um dos escopos da partição, qual seja resguardar os direitos fundamentais. Ao invés de ser a causa de um problema, é a justificativa deste.

Vianna et. al. (1999, p. 15) afirmam que, na atualidade, não se mostra condizente com a cultura política a concepção de uma Constituição com valor contingente e do Direito reduzido a um papel de controle social. Nesse sentido, este trabalho parte da judicialização como uma realidade, não sendo seu objetivo discutir a sua possibilidade ou não, mas apenas os seus limites, considerando os reflexos no campo das políticas públicas.

Uma segunda questão levantada por Figueiredo (2009, p. 716), mais diretamente relacionada ao que se pretende discutir nesta dissertação, refere-se aos impactos das decisões judiciais no orçamento público, que é elaborado

pelos poderes competentes de acordo com as diretrizes presentes na própria Constituição e na legislação infraconstitucional.

Neste capítulo, são abordados os possíveis efeitos da judicialização na conformação das políticas públicas educacionais, destacando ainda o aspecto orçamentário. Em seguida, serão discutidas as demandas relacionadas ao direito à Educação julgadas pelo Supremo Tribunal Federal após a promulgação da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional de 1996 e, ainda, o posicionamento da Corte acerca da Educação Infantil, que constitui o foco deste trabalho.

## **2.1 Efeitos da judicialização na conformação das políticas públicas educacionais: um enfoque na questão orçamentária**

Os efeitos da judicialização na conformação das políticas públicas educacionais podem abranger dois momentos: o de deliberação e o da implementação da política pública, a partir da perspectiva apontada por Taylor (2007, p. 243):

Em suma, o Judiciário pode influenciar os resultados das políticas públicas tanto no momento da deliberação quanto na hora da implementação com uma variedade de possíveis estratégias: sinalizando as fronteiras permitidas para a alteração da política pública, sustentando-a e legitimando-a diante da possível oposição, atrasando uma decisão sobre uma determinada política e, assim, controlando a agenda de deliberação da política pública ou, até mesmo, alterando ou rejeitando a proposta após sua implementação.

Nesse sentido, ao passar a decidir a respeito de uma ampla variedade de temas relacionados às políticas públicas, em especial às políticas educacionais, o Poder Judiciário acaba influenciando no planejamento dessas políticas, desde o momento de sua elaboração até a sua efetiva disponibilização aos cidadãos ou usuários.

Oliveira e Marchetti (2013, p. 15), ao estudarem o contexto da judicialização da Educação Infantil na cidade de São Paulo, afirmam que esse fenômeno impulsionou a atuação dos governos, que passaram a dar maior importância às políticas públicas voltadas para essa etapa da Educação Básica. Nesse sentido, observa-se que a judicialização exerce influência na própria formação da agenda.

A utilização crescente do Judiciário para a obtenção do direito à educação infantil (0-5 anos), especialmente creches (0-3 anos), verificada no uso exponencial do sistema de justiça, caminha no mesmo sentido de outras políticas públicas: dada a constitucionalização de uma série destas a partir de 1988, conforme demonstrado por Couto e Arantes (2006), somada a uma percepção crescente da via judicial como um caminho legítimo e de fácil acesso para a garantia dos direitos sociais conquistados, cada vez mais o Judiciário vem interagindo com o Executivo na definição das prioridades dos governos em termos de políticas públicas (OLIVEIRA E MARCHETTI, 2013, p. 11).

Nesta seção, o foco recai sobre a implementação e a questão orçamentária, partindo do pressuposto de que a escassez de recursos públicos diante da multiplicidade de demandas e de direitos constitucionalmente previstos exige que escolhas sejam feitas pelos gestores públicos.

Amaral (2001, p. 172), ao abordar a questão das escolhas que envolvem as políticas públicas, destaca que a escassez é inevitável diante das necessidades humanas, sendo necessárias as escolhas alocativas para a aplicação de recursos nessas políticas. Essas escolhas perpassam por dois critérios: quanto disponibilizar e a quem atender.

Ao decidir nesse contexto de escassez, o Poder Judiciário influencia sobremaneira nessas escolhas, uma vez que a decisão se sobrepõe a elas. Nesse contexto, Amaral (2001, p. 146) destaca o problema da microjustiça, uma vez que o Poder Judiciário tende a decidir com base apenas no caso concreto, ignorando o contexto de determinado caso, como questões orçamentárias e outros casos semelhantes que podem não ser atendidos.

Ferreira (2015), ao analisar os efeitos das decisões judiciais sobre políticas públicas, aponta para o risco dos efeitos negativos à coletividade em razão do volume de decisões individuais.

(...) a intervenção judicial agrega bem-estar à sociedade por meio de incremento de utilidade aos que recebem o provimento judicial, mas, ao mesmo tempo, ela gera custos ao erário, ou até perda de utilidade por parte de outros indivíduos, ao verem seus direitos obstados pela insuficiência de recursos para sua realização em face dessa decisão, diminuindo o bem-estar social (FERREIRA, 2015, p. 63).

No caso da jurisprudência brasileira, Amaral (2001, p. 173) aponta que ela “tende a não ver a questão da escassez de recursos, seja presumindo que haja recursos, seja tendo por imoral qualquer consideração orçamentária”.

Ferreiras e Ximenes (2016) ressaltam a necessidade de se considerar o contexto social, político e econômico no reconhecimento de direitos fundamentais e no impacto das decisões na conformação das políticas públicas.

(...) o reconhecimento judicial de um direito fundamental requer a análise da realidade social, política e econômica na qual está inserido, sob pena de ferir o princípio da igualdade, uma vez que os recursos são escassos e a efetivação de direitos implica em custos, os quais não podem ser desprezados. Em outras palavras, o exercício irresponsável da jurisdição nesse âmbito coloca em xeque a realização de uma infinidade de direitos objeto de políticas públicas que não são levados em conta quando não se consideram os custos de implementação dos direitos e não se amplia a cognição do juízo (FERREIRA E XIMENES, 2016, p. 810-811).

Tratando especificamente da judicialização da Educação Infantil, ao analisar os dados do município de São Paulo, Oliveira e Marchetti (2013) apontam alguns desequilíbrios na política pública em decorrência desse fenômeno, de forma semelhante ao observado no âmbito das demandas judiciais na área da saúde.

(...) tal como vem ocorrendo no caso da judicialização da saúde, envolvendo pedidos de medicamentos pela via judicial, no caso dos pedidos de vagas em creches os processos judiciais tendem a ser rápidos (por meio dos pedidos de liminares) e os réus têm grandes chances de vitória. Isso significa que as decisões judiciais vêm gerando uma desestruturação das demandas administrativas: a Prefeitura conta com uma "lista de espera", contabilizando a demanda não atendida. Aqueles cidadãos que estão no final da lista e obtêm uma vitória judicial "pulam a fila", sendo atendidos antes dos que estão no topo da lista, mas que não ingressaram com ação judicial. Isso cria, obviamente, incentivos para buscar a matrícula pela arena judicial, explicando a explosão de matrículas por essa via nos últimos anos (OLIVEIRA E MARCHETTI, 2013, p. 13).

Diante da questão aqui levantada, Ferreira e Ximenes (2016) defendem que um maior equilíbrio na atuação do Poder Judiciário e nos efeitos das decisões judiciais sobre as políticas públicas, possivelmente, só seria alcançado por meio de diálogos institucionais, em que se buscassem limites para essa atuação e a ampliação da cognição a respeito dos temas levados à julgamento.

A intensa participação da Defensoria Pública, do Ministério Público, das Procuradorias, da Advocacia Geral da União, dos Tribunais de Contas, dos advogados privados, das assessorias jurídicas dos órgãos (ou entidades) e das partes proporciona melhores decisões justamente pela soma das capacidades institucionais relatadas acima e pela convergência de saberes e práticas de diversos atores políticos, jurídicos e sociais, empenhando-se todos, entre outros

aspectos, na análise dos custos dos direitos envolvidos (FERREIRA E XIMENES, 2016, p. 819-820).

O aspecto orçamentário, considerando especificamente as decisões proferidas no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, é objeto da análise apresentada no terceiro capítulo, no qual será discutido de forma mais contextualizada.

Nas próximas seções, aborda-se a judicialização das políticas educacionais no Brasil, em especial, da Educação Infantil, apresentando as decisões do Supremo Tribunal Federal a respeito do tema.

## **2.2 As demandas relacionadas às políticas educacionais no Supremo Tribunal Federal (STF)**

Em matéria de Educação, o Poder Judiciário tem sido constantemente provocado a solucionar questões diversas relacionadas a esse direito, considerando o contexto de ampliação dos direitos sociais pela Constituição de 1988 e, ainda, a criação de mecanismos de proteção judicial nos casos de omissão ou ineficiência do Poder Público na garantia desses direitos.

Cury e Ferreira (2010, p. 77) afirmam que, a partir de 1988, o Judiciário passou a assumir papel mais significativo na garantia do direito à Educação.

Inaugurou-se no poder judiciário uma nova relação com a educação, que se materializou através de ações judiciais visando a sua garantia e efetividade. Pode-se designar este fenômeno como a judicialização da educação, que significa a intervenção do poder judiciário nas questões educacionais em vista da proteção desse direito até mesmo para se cumprir as funções constitucionais do Ministério Público e outras instituições legitimadas.

Nesse contexto, Scaff e Pinto (2016, p. 435) afirmam que o Supremo Tribunal Federal (STF) se apresenta como um dos principais atores no fenômeno de judicialização da educação, que é uma consequência da própria compreensão da educação como um direito fundamental.

a compreensão do direito à educação como um direito fundamental tem como uma de suas principais consequências a possibilidade de o cidadão exigir do Estado a sua concretização. E a inovação trazida pela Constituição Federal de 1988 é a de possibilitar ao indivíduo ou coletividade exercer esse direito mediante via jurisdicional, ou seja, por meio do Poder Judiciário (SCAFF; PINTO, 2016, p. 437).

Diante disso, realizou-se pesquisa no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal (STF) acerca da jurisprudência da Corte relacionada ao direito à Educação, utilizando como parâmetros de busca o termo *educação*, combinado com a seleção do art. 205 da Constituição de 1988. Nessa pesquisa, que teve como objetivo verificar as demandas julgadas pelo STF no período considerado nesta dissertação, foram encontrados 37 acórdãos, sendo 03 deles com repercussão geral, entre os anos de 1997 e 2016.

Dentre as 37 decisões selecionadas, 03 acórdãos<sup>3</sup> não diziam respeito diretamente a políticas educacionais, sendo dois referentes ao reconhecimento de união estável entre casais homoafetivos e um relacionado à exigência do exame da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) para o exercício da profissão de advogado. Em razão disso, essas decisões foram desconsideradas na análise aqui proposta, restando um total de 34 acórdãos relacionados direta ou indiretamente às políticas educacionais.

As decisões encontradas foram classificadas em categorias, com o objetivo de verificar os tipos de demandas mais julgadas pelo STF relacionadas ao tema educação nas últimas duas décadas, conforme se verifica na tabela 2.1.

---

<sup>3</sup> RE nº 603.583/RS, ADPF 132/RJ e ADI 4.277/DF.

**Tabela 2.1 – Quantitativo de acórdãos do STF acerca do tema “educação” (1997-2016)**

<b>Categoria</b>	<b>Número de Decisões</b>
Educação Infantil	04
Educação Especial ou Inclusiva	02
Ensino Superior	12
Carreira do Magistério	02
Terceiro Setor	03
Imunidade tributária	03
Outros temas	08
<b>Total</b>	<b>34</b>

Fonte: Elaborado pelo autor a partir de pesquisa de jurisprudência realizada no sítio eletrônico do STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 15 maio 2017.

Em relação à Educação Especial ou Inclusiva, 01 (uma) das decisões, proferida em 29 de junho de 1999 em sede de recurso extraordinário, tratava do repasse de recursos públicos para instituição privada que prestava atendimento educacional especializado a alunos do Ensino Fundamental portadores de deficiência. O segundo acórdão, a mais recente decisão encontrada na pesquisa, refere-se à Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5.357/DF ajuizada pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (CONFENEN), que visava impugnar a Lei nº 13.146/2015, conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência, especialmente em relação às exigências quanto ao atendimento educacional especializado para alunos portadores de deficiência, o que não foi acolhido pela Corte.

Em relação ao ensino superior, temática que mais aparece nas decisões do STF no período considerado, 02 (duas) estavam relacionadas ao Fundo de Financiamento ao Estudante do Ensino Superior (FIES), 03 (três) à cobrança de taxa de matrícula em universidades públicas, 01 (uma) à cobrança de mensalidades em cursos de pós-graduação *lato sensu* oferecidos por instituições públicas, 01 (uma) à renovação de matrícula de aluno inadimplente em universidade privada, 01 (uma) à transferência de alunos para instituição de

natureza diversa (pública e privada), 01 (uma) à regulação e criação de cursos de graduação e 01 (uma) ao critério étnico-racial utilizado na política de ações afirmativas da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS).

Por último, as decisões de maior destaque, dadas em ações do controle concentrado que discutiam especialmente políticas para a Educação Superior criadas no governo Lula da Silva (2003-2010). A primeira delas, a ADI 3.330/DF interposta pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (CONFENEN) e pelo Partido Democratas (DEM), visando impugnar a lei nº 11.096/2005, que regulamenta o Programa Universidade para Todos (PROUNI) e, a segunda, na ADPF 186/DF também ajuizada pelo Partido Democratas (DEM), questionando a política de ações afirmativas para ingresso nos cursos de graduação da Universidade de Brasília (UnB).

Em relação à carreira do magistério, ambas as decisões foram dadas em ações diretas de inconstitucionalidade, sendo a primeira relacionada ao piso nacional do magistério e a reserva de um terço da carga horária dos docentes para realização de atividades extraclasse e, a segunda, à extensão da aposentadoria especial aos exercentes das funções de direção, coordenação e assessoramento pedagógico.

Na categoria relacionada ao terceiro setor, foram incluídas 02 (duas) decisões que tratavam da qualificação de entidades privadas como organizações sociais e 01 (uma) específica sobre uma lei do estado do Paraná que criava uma entidade classificada como serviço social autônomo (Paranaeducação) para auxiliar na gestão educacional. Já na categoria imunidade tributária, foram consideradas três decisões que discutiam a aplicação do disposto no art. 150, VI, c, da Constituição de 1988, a entidades de educação.

Em outros temas foram inseridas decisões relacionadas a diversos aspectos da política educacional, tais como: carência de professores, transporte escolar, extinção de turma da Educação de Jovens e Adultos (EJA), cobrança de mensalidades abusivas em estabelecimento de ensino privado, calendário escolar, ensino domiciliar, meia entrada garantida a estudantes regularmente matriculados em estabelecimento de ensino, entre outros.

Medeiros e Rodrigues (2014, p. 68-69) destacam que a diversidade de temas levados ao Judiciário apontam para a abrangência do direito à educação, que vai além da questão do acesso.

O Judiciário e a educação têm se relacionado com passar dos tempos com questões ligadas com a merenda escolar; transporte escolar; falta de professores; falta de vagas em creches; condições para o desenvolvimento do aluno com deficiência, entre outras demandas, portanto, não se restringe apenas ao acesso à escola, mas sim também questões que afetam a qualidade de ensino nas escolas de um modo geral, como a falta de professores, as condições físicas do prédio escolar, entre outras. Assim, como dito anteriormente a judicialização da educação acaba ocorrendo por vários motivos não fica adstrito ao direito de ter educação, propriamente dito, mas também diz respeito ao direito de ter uma educação com qualidade.

Nesse mesmo sentido, Scaff e Pinto (2016, p. 438) afirmam que o acesso não é suficiente para garantir os objetivos da Educação previstos no artigo 205 da Constituição de 1988, sendo necessário garantir a igualdade de oportunidades, a valorização dos professores e o padrão mínimo de qualidade, entre outros aspectos inerentes à ideia de fundamentalidade desse direito.

As decisões relacionadas à Educação Infantil são abordadas na próxima seção, com o objetivo de verificar qual tem sido o posicionamento do Supremo Tribunal Federal (STF) a respeito do tema objeto deste trabalho e quais tipos de demandas foram pleiteadas.

### **2.2.1 O direito de acesso à Educação Infantil na perspectiva do Supremo Tribunal Federal (STF)**

Em relação à Educação Infantil, o Supremo Tribunal Federal (STF) tem sido provocado no sentido de satisfazer demandas individuais por atendimento educacional destinado a crianças com idade de 0 a 5 anos em creches e pré-escolas. Nessas decisões, a Corte reafirma a fundamentalidade desse direito social e tem atuado no sentido de exigir o cumprimento desse mandamento constitucional por parte do Poder Executivo.

No ano de 2005, o STF julgou os agravos regimentais nos recursos extraordinários 410.715-5 (RE 410.715-5 AgR/SP) e 463.2010-1 (RE 463.210-1 :AgR/SP), ambos tratando de demandas por vagas em creches oriundas do Município de Santo André, no estado de São Paulo. Nessas decisões, a Corte

reconheceu o direito fundamental social de atendimento educacional em creches e pré-escolas, determinando a matrícula da criança em estabelecimento de ensino.

No julgamento do RE 410.715-5 AgR/SP, o relator, ministro Celso de Melo, em decisão proferida em 22 de novembro de 2005, ainda afirma que a oferta da Educação Infantil, por ser uma garantia constitucional, não está sujeita à discricionariedade do Poder Público.

A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a esta assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a Educação Infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das "crianças de zero a seis anos de idade (CF. art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razão de puro pragmatismo governamental (BRASIL, 2005b, p. 1529).

Em decisão proferida em 26 de abril de 2007, no julgamento do agravo regimental no recurso extraordinário 384.201-3 (RE 384.201-3 AgR/SP), o relator, Ministro Marco Aurélio, afasta a alegação de ingerência do Poder Judiciário nos demais ao decidir sobre políticas públicas e, ainda, não reconhece a deficiência orçamentária como argumento hábil para que o município se furte de suas obrigações constitucionais.

(...) Desse modo, a determinação judicial tem por escopo a efetiva concretização da norma constitucional, sem implicações com o princípio da separação dos Poderes, uma vez que nos termos do artigo 205 da Carta da República, a educação é direito de todos, cumprindo à família, à sociedade e ao Estado o dever de assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, dentre outros, o direito à educação e à dignidade. Ao Poder Judiciário cabe fazer valer, no conflito de interesses, a lei e a Carta Federal. Deficiência orçamentária não tem o efeito de projetar no tempo e, conforme a política em curso, indefinidamente o cumprimento de preceitos constitucionais de importância ímpar, no que voltados à educação (BRASIL, 2007, p. 893).

No julgamento do agravo regimental no recurso extraordinário com agravo 639.337 (ARE 639337 AgR / SP), a segunda turma do Supremo

Tribunal Federal (STF) negou, por unanimidade, provimento ao recurso interposto pelo Município de São Paulo em face de sentença que obrigava o ente a matricular crianças em unidades de ensino infantil próximas de sua residência ou do endereço de trabalho de seus responsáveis legais, sob pena de multa diária por criança não atendida. Nesse sentido, o STF reafirma o acesso à educação infantil como um direito subjetivo.

Em decisão proferida em 23 de agosto de 2011, o relator Ministro Celso de Mello apresentou o entendimento de que o não oferecimento da educação infantil, seja em creches ou pré-escolas, configura inconstitucionalidade por omissão do Poder Público.

O objetivo perseguido pelo legislador constituinte, em tema de educação infantil, especialmente se reconhecido que a Lei Fundamental da República delineou, nessa matéria, um nítido programa a ser implementado mediante adoção de políticas públicas consequentes e responsáveis – notadamente aquelas que visem a fazer cessar, em favor da infância carente, a injusta situação de exclusão social e de desigual acesso às oportunidades de atendimento em creche e pré-escola –, traduz meta cuja não realização qualificar-se-á como censurável situação de inconstitucionalidade por omissão imputável ao Poder Público (BRASIL, 2011, p. 137-138).

Em relação ao argumento da reserva do possível, o Tribunal entendeu não ser cabível a utilização dessa teoria para desobrigar o Estado de prestar uma política garantidora de direitos sociais positivados que constituem a formação do mínimo existencial.

Tenho para mim, desse modo, presente tal contexto, que os Municípios (à semelhança das demais entidades políticas) não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208 da Constituição, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa do Poder Público, cujas opções, tratando-se de proteção à criança e ao adolescente, não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social (BRASIL, 2011, p. 141).

Tendo em vista as decisões mencionadas, pode-se afirmar que o STF manifesta o entendimento de que o acesso a essa etapa da Educação Básica constitui direito fundamental, compondo o mínimo existencial, devendo o Poder Público garantir a sua efetivação. Nesse sentido, observa-se o comportamento da Corte no sentido de obrigar o Poder Público a satisfazer determinadas

necessidades individuais relacionadas aos direitos sociais e às políticas públicas deles decorrentes.

Scaff e Pinto (2016, p. 439), em pesquisa nos acórdãos do Supremo Tribunal Federal entre os anos de 2003 e 2012, observaram que as demandas individuais por vagas na Educação Infantil foram as mais recorrentes dentre as relacionadas ao direito à Educação, excluídas as questões tributárias e relacionadas à Educação Superior. Nesse sentido, os autores também concluem que a Corte tem adotado posicionamento favorável à exigibilidade desse direito e sua garantia por via judicial.

De forma unânime, a corte assentou que a educação – inclusive a educação infantil – é direito fundamental social, imediatamente exigível do Estado (em sentido amplo) mediante via judicial. Em outras palavras, o STF declarou que o direito à educação é direito público subjetivo (SCAFF; PINTO, 2016, p. 440).

Scaff e Pinto (2016) ressaltam, no entanto, que as decisões judiciais do STF em ações individuais acabam não considerando o caráter coletivo ou supraindividual da política educacional, priorizando a satisfação dessas demandas, muitas vezes, sem considerar o processo de formulação e implementação das políticas públicas.

Apesar do posicionamento unânime do STF ao compreender a educação como direito fundamental social, deve-se destacar que todas as ações analisadas pela corte referiam-se a demandas individuais ou ações em que os demandantes poderiam ser individualizados. Ademais, em nenhum momento o STF discutiu o caráter coletivo, propriamente social, do direito fundamental à educação. Compreender a educação como direito fundamental de natureza social no atual Estado social democrático de direito significa compreendê-la como um direito supraindividual, que exige a formulação e prática de políticas públicas e não apenas a garantia individual da criança e do adolescente à instrução escolar. De fato, o STF não parece ter claro o que compreende por políticas públicas, uma vez que, ao afirmar que sua interferência nesse campo é legítima, confunde a garantia de um direito individual mediante via judicial com o próprio processo de formulação e implementação dessas políticas, o qual é muito mais complexo que a expedição de uma decisão judicial de cunho individual (SCAFF E PINTO, 2016, p. 443-444).

Nesse sentido, o presente trabalho volta-se para as decisões do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, com o objetivo de verificar se o fenômeno da judicialização da Educação Infantil se manifesta de forma semelhante nesse contexto.

## 2.2.2 O fenômeno da judicialização da Educação Infantil no Brasil

Diante desse contexto de demandas por vagas na Educação Infantil, diversos estudos recentes realizados no Brasil se dedicaram a descrever e analisar o problema da judicialização dessa etapa da Educação Básica no âmbito da Justiça Estadual.

Carvalho (2014) analisou algumas decisões judiciais do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul relacionadas ao acesso à Educação Infantil, tendo encontrado diversos julgados que corroboram o entendimento do Supremo Tribunal Federal de que se trata de direito público subjetivo, concedendo a tutela pleiteada em face do Poder Público.

Freitas (2016) voltou-se a analisar as decisões proferidas entre os anos de 1998 e 2013 pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo relacionadas ao direito à Educação. Nesse sentido, Freitas (2016, p. 156) aponta que dos 299 julgados encontrados, 120 estavam relacionados à demanda por vagas em todos os níveis da Educação Básica (Educação Infantil, Ensino Fundamental e Médio). Em relação ao acesso à Educação Infantil, a maior parte das decisões foi proferida entre os anos de 2001 e 2013, todas concedendo o direito pleiteado e a maior parte delas proveniente de ações individuais (FREITAS, 2016, p. 157).

Os acórdãos que trataram da garantia de vagas no ensino infantil (creches e pré-escolas), a maior parte julgados entre 2001 e 2013, todos concedendo o direito pleiteado, justificaram que a educação é um direito constitucional fundamental e dever do Estado e da sociedade, garantidos tanto na Constituição Federal como no Estatuto da Criança e Adolescente (ECA). Ademais, os acórdãos fizeram referência à Lei de Diretrizes e Bases da Educação, Lei 9.394/96, no concernente ao princípio de igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; bem como à obrigação do Estado de garantir o atendimento gratuito em creches e pré-escolas às crianças de zero a seis anos de idade. Outro fundamento presente em alguns julgados, a partir de 2008, foi em relação a não aplicação do poder discricionário do administrador público, pois não há prerrogativa de escolha, dado que ao Estado se impôs a obrigatoriedade de criar as condições objetivas para a educação infantil (FREITAS, 2016, p. 157).

Corrêa (2014), analisando os julgados relacionados à demanda por vaga em creches e na pré-escola, encontrou 216 acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo entre os anos de 2001 e 2014, nos quais observou o

padrão decisório de conceder a vaga e também uma estrutura argumentativa comum presente nas decisões.

Primeiro, os Desembargadores argumentam que o artigo 211, § 2º da CF/88 determina a atuação prioritária dos Municípios no ensino fundamental e infantil. Depois afirmam que o artigo 208 determina que é dever do Estado prestar educação gratuita mediante, também, o atendimento em creches e pré-escolas para crianças de zero a seis anos de idade e que isto também está previsto do artigo 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Argumentam também que a educação é um direito público indisponível e que as normas constitucionais não são meramente programáticas. Em geral, afirmam também que não se pode justificar o não oferecimento de vagas com base na separação dos Poderes, na discricionariedade que marca a gestão da Administração Municipal, ou na impossibilidade de que o Judiciário reconheça o direito, já que não haveria discricionariedade do administrador com relação à promoção desses direitos, constatando-se, por outro lado, omissão (CORRÉA, 2014, p. 65).

Marinho (2009) se propôs a analisar as decisões judiciais proferidas nas ações civis públicas propostas pela promotoria especializada de interesses difusos e coletivos da criança e do adolescente da comarca de São Paulo capital, relacionadas à garantia do direito à educação, entre os anos de 1996 e 2005. Dentre as 75 ações analisadas, 55 tratavam da questão do acesso à educação, sendo 36 delas referentes a solicitação de vagas na Educação Infantil, etapa da Educação Básica que concentrou o maior número de demandas (MARINHO, 2009, p. 58).

Das 36 ações relacionadas à solicitação de vagas na Educação Infantil analisadas por Marinho (2009, p. 59), 01 continha um pedido difuso, 14 tratavam de pedidos coletivos e 21 de pedidos individuais homogêneos. Em relação ao primeiro caso, o Ministério Público desistiu da ação e propôs as 14 ações coletivas mencionadas. Essas ações foram propostas no ano de 1999 solicitando providências do Poder Público em relação à demanda pelo atendimento em creches e pré-escolas no ano de 2000, baseando-se em notícias de jornal e em levantamento feito por pesquisadores da Universidade de São Paulo que apontava uma previsão de déficit de 200.000 vagas na Educação Infantil para o referido ano. Das 14 ações, apenas 03 foram julgadas procedentes em primeira instância (MARINHO, 2009, p. 61). Quanto às demandas individuais, 20 tiveram pedido liminar deferido e, na sentença final, 14 foram julgadas procedentes (MARINHO, 2009, p. 65).

Marinho (2009), também em análise das decisões do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, observou que o direito de acesso à Educação Infantil foi tratado como direito público subjetivo exigível individualmente, não sendo considerados os possíveis efeitos das decisões, como dificuldades estruturais e impactos no orçamento público.

Brandão (2015) voltou-se para a análise da visão dos gestores escolares a respeito da judicialização da educação, especialmente em relação às decisões judiciais que determinavam a matrícula de crianças de 0 a 3 anos em creches no município de Campinas – SP. Nessa pesquisa, todos os diretores disseram ser favoráveis a esse processo, uma vez que se trata de um direito assegurado constitucionalmente, mas apontaram algumas consequências para o processo pedagógico, como a superlotação de salas, diminuição da qualidade do atendimento educacional e carência de profissionais. Nesse sentido, afirmaram a necessidade de políticas públicas que garantam esse acesso com qualidade, o que não tem sido efetivado pela via judicial (BRANDÃO, 2015, p. 44).

Nesse sentido, a presente pesquisa aborda o fenômeno da judicialização da Educação Infantil no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, partindo da delimitação teórica do direito fundamental social à Educação e da discussão dos impactos da judicialização na conformação das políticas públicas e no orçamento público.

### **3 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA DE EDUCAÇÃO INFANTIL NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO: ANÁLISE DAS DECISÕES DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Neste capítulo são analisados os acórdãos proferidos pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro em sede de recurso, na segunda instância da Justiça Estadual, relacionados ao direito de acesso à Educação Infantil.

A busca das decisões foi feita através da pesquisa de jurisprudência no sítio eletrônico do TJRJ, utilizando como parâmetros os termos “educação infantil” e “matrícula”, com o objetivo de filtrar as decisões que tratem especificamente do direito de acesso ao atendimento educacional destinado a crianças de 0 a 5 anos de idade, sejam em creches ou pré-escolas.

Considerando o período utilizado como recorte deste trabalho (1997-2016), ou seja, as duas décadas após a promulgação da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional de 1996, foram encontradas em uma busca preliminar um total de 165 (cento e sessenta e cinco) processos. Deste total, 16 (dezesesseis) processos não tratavam da temática proposta neste trabalho, ou seja, não versavam direta ou indiretamente sobre demandas de acesso à Educação Infantil. Em razão disso, na análise realizada neste capítulo foram consideradas 149 (cento e quarenta e nove) decisões.

Foram utilizados como eixos de análise: a) a natureza da demanda (se individual ou coletiva), b) a satisfação ou não da tutela requerida, e c) a fundamentação da decisão, no sentido de verificar o conteúdo desse direito e se questões relativas à conformação das políticas públicas foram enfrentadas pelos magistrados. Além disso, observou-se a ocorrência dessas demandas ao longo do período estudado, de forma a identificar possíveis variações em relação ao aumento ou diminuição no número de ações judiciais, bem como quanto ao entendimento do Tribunal a respeito do tema.

Este capítulo está organizado em duas seções, sendo apresentados na primeira parte os dados coletados na pesquisa de jurisprudência, especificamente quanto ao número de decisões, à localização e à natureza das demandas. Além disso, discute-se a atuação do Ministério Público e da Defensoria Pública no âmbito da judicialização da Educação Infantil,

especialmente a partir da análise das ações civis públicas encontradas nesta pesquisa. Na segunda parte, analisa-se o aspecto orçamentário das decisões, de forma a verificar se este fator é considerado na formação das decisões, abordando, ainda, a súmula 241 do TJRJ e a reserva do possível.

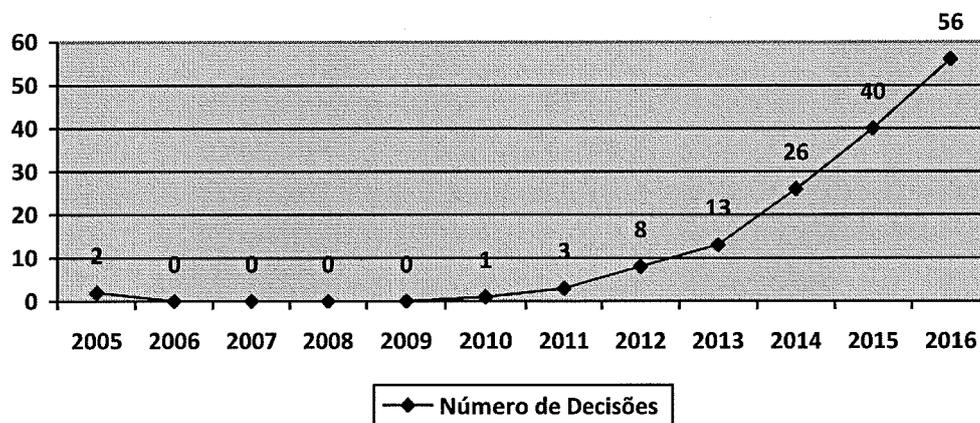
### **3.1 A judicialização em números**

Como apontado na abertura deste capítulo, foram encontradas 149 (cento e quarenta e nove) decisões que tratavam direta ou indiretamente de demandas relacionadas ao acesso à Educação Infantil. Embora tenha sido utilizado o recorte temporal entre os anos de 1997 e 2016, as decisões mais antigas encontradas foram proferidas no ano de 2005, tratando-se de 02 (duas) ações civis públicas, o que evidencia o caráter ainda recente do fenômeno da judicialização das políticas públicas.

Excluídas as decisões monocráticas, foram consideradas as datas dos primeiros acórdãos que tratavam de recursos ou reexame necessário que discutiam o pedido principal, ou seja, a questão objeto deste trabalho. Foram excluídos acórdãos posteriores que versavam sobre questões meramente processuais ou que não tinham a intenção de discutir o pedido principal, como os embargos de declaração, presentes em alguns processos.

Diante disso, apresenta-se no Gráfico 3.1 a distribuição do número de decisões por ano, considerando o recorte temporal utilizado nesta pesquisa.

**Gráfico 3.1 - Acórdãos proferidos pelo TJRJ relacionados às demandas por acesso à Educação Infantil**



Fonte: Elaborado pelo autor (2017).

Quanto à natureza da demanda, foram encontradas 133 (cento e trinta e três) decisões em ações individuais (mandados de segurança ou ações de obrigação de fazer) e 16 (dezesesseis) decisões em ações civis públicas, sendo que as últimas tratavam de temas mais diversos e serão abordadas em seção específica sobre a atuação do Ministério Público e da Defensoria Pública. As decisões em ações individuais foram todas concessivas, no sentido de conceder a vaga na Educação Infantil para as crianças e determinar a matrícula pelo ente público competente.

A primeira decisão em ação individual pleiteando vaga na Educação Infantil foi proferida no ano de 2010, a partir de quando se observa um aumento progressivo no número de decisões. De acordo com Oliveira e Marchetti (2013), a judicialização da Educação Infantil no Brasil foi impulsionada pela criação do FUNDEB, através da Lei nº 11.494, de 20 de junho de 2007, que previu que o sistema educacional deveria assumir integralmente, até o ano de 2009, a responsabilidade por essa etapa de ensino, antes atribuída à área de assistência social.

(...) podemos dizer que o processo de judicialização da educação apresentou um crescimento brutal a partir de 2007, com a criação do FUNDEB, e mais especificamente após 2009, quando a responsabilidade pelas creches públicas já estava totalmente transferida para o Sistema de Educação, demandando respostas rápidas do Poder Executivo. Este passou a ter que lidar não apenas com a política de educação infantil propriamente dita, assumindo a

rede pública e credenciada, mas também com a demanda judicial (OLIVEIRA E MARCHETTI, 2013, p. 15).

Em relação às decisões do TJRJ, de forma geral, a fundamentação se baseia no reconhecimento do direito da criança à Educação Infantil, conforme previsto na própria Constituição Federal, no Estatuto da Criança e do Adolescente e na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional.

Em relação à legitimidade do Poder Judiciário para interferir nas políticas públicas, 03 (três) decisões proferidas nos anos de 2015 e 2016 mencionam um precedente do STF, em decisão proferida no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 464143, de relatoria da Ministra Ellen Gracie.

É possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo (BRASIL, 2009, p. 556).

A partir de 2012, as decisões passam a citar o precedente do STF em relação ao direito à Educação Infantil, especialmente a decisão no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 639337 – São Paulo, proferida em agosto de 2011. Observa-se, portanto, que as decisões proferidas pela Corte Suprema passam a influenciar consideravelmente o posicionamento do TJRJ, tendo em vista que todas as decisões foram no sentido de reconhecer o direito da criança à matrícula.

A partir desses dados, é possível tecer considerações a respeito da relação entre a judicialização e a evolução das políticas para a Educação Infantil no Brasil, abordadas no primeiro capítulo deste trabalho. Considerando a criação do FUNDEB pela EC 53/2006, que passou a incluir a Educação Infantil nesse mecanismo de financiamento, e a implementação do PROINFÂNCIA a partir de 2007, observa-se que, apesar dessas medidas, houve um aumento das demandas judiciais pleiteando vagas no estado do Rio de Janeiro. Nesse sentido, é possível concluir que as políticas públicas voltadas para esta etapa da Educação Básica ainda precisam avançar para garantir a sua efetividade.

Na análise das ocorrências de decisões judiciais no período em estudo, observou-se uma concentração de demandas individuais em alguns

municípios, aspecto que será discutido na próxima seção com o objetivo de apresentar a localização das demandas.

### 3.1.1 Localização das demandas

Conhecer as demandas por município torna-se relevante neste trabalho em razão da competência constitucionalmente atribuída ao ente político local para a oferta da Educação Infantil. Embora não seja possível neste trabalho aferir a demanda real em cada um dos municípios do estado do Rio de Janeiro, buscou-se identificar a localização das demandas que resultaram nas decisões analisadas neste capítulo. Cabe destacar que nesta seção será dado enfoque às ações individuais, uma vez que as ações civis públicas são abordadas em seção própria, dadas as suas peculiaridades e a ocorrência em menor número.

Nesse sentido, apresenta-se na tabela 3.1 o número de decisões em ações individuais por comarca de origem, considerando o total de 133 (cento e trinta e três) demandas individuais encontradas neste estudo.

**Tabela 3.1 Número de decisões da 2ª instância do TJRJ em ações individuais por comarca de origem**

<b>Comarca de origem</b>	<b>Número de decisões</b>
<b>Rio de Janeiro (Capital)</b>	17
<b>Araruama</b>	01
<b>Campos dos Goytacazes</b>	14
<b>Cordeiro</b>	01
<b>Duque de Caxias</b>	01
<b>Guapimirim</b>	07
<b>Itaguaí</b>	01
<b>Niterói</b>	03
<b>Nova Friburgo</b>	05
<b>Resende</b>	04
<b>Rio das Ostras</b>	13
<b>Volta Redonda</b>	66

Fonte: Elaborado pelo autor (2018).

Diante dos dados apresentados, observa-se a ocorrência das demandas em apenas 12 (doze) comarcas de origem. De acordo com a Lei nº 6.956, de 13 de janeiro de 2015, que dispõe sobre a organização e divisão judiciárias do estado do Rio de Janeiro, existem 82 comarcas no estado, sendo alguns dos 92 municípios agrupados para essa finalidade. Cabe ressaltar, no entanto, que os dados apresentados se restringem às decisões proferidas por órgãos colegiados em ações individuais, em sede de recurso, na segunda instância do Tribunal. Dessa forma, eles não representam a totalidade de demandas judiciais no estado do Rio de Janeiro a respeito do tema, mas apenas aquelas que foram levadas à cognição do Tribunal.

Ainda em relação à localização das decisões, destaca-se, primeiramente, que a comarca da capital, de forma isolada, não apresentou um número muito expressivo de demandas julgadas, concentrando cerca de 12,7% do total de decisões em ações individuais. Considerando ser o município do Rio de Janeiro o mais populoso do estado, pode-se afirmar que existe uma maior incidência de decisões em outras comarcas, tais como Rio das Ostras (9,8%), Campos dos Goytacazes (10,5%) e, principalmente, Volta Redonda (49,6%), que apresenta-se como comarca de origem de quase metade das demandas julgadas.

Consideradas em conjunto, observa-se que as comarcas de Volta Redonda, Rio de Janeiro, Campos dos Goytacazes e Rio das Ostras concentram 82,7% das ações que originaram as decisões analisadas neste trabalho. Essa concentração de demandas judiciais indica possíveis lacunas quanto à efetividade da política de educação infantil nesses municípios, o que poderia ser corrigido através de políticas públicas que garantam esse serviço à população, considerando os espaços ordinários de elaboração e implementação no âmbito dos Poderes Executivo e Legislativo. Esses dados, portanto, apontam para uma necessidade de estudos que considerem esses contextos específicos.

Além da concentração de demandas em determinadas comarcas, foi possível observar a predominância da atuação da Defensoria Pública em ações

individuais. Do total de processos considerados, em 110 (82,7%) o autor que pleiteava a vaga na Educação Infantil estava assistido pela Defensoria Pública.

Esse dado em relação à assistência da Defensoria Pública indica, em primeiro lugar, a origem social daqueles pleiteiam uma vaga nos estabelecimentos de ensino, demonstrando a relevância dessa política pública para a garantia da igualdade material em um contexto de desigualdades.

Oliveira e Marchetti (2013, p. 13), ao compararem o caso da educação com a judicialização da saúde, afirmam que nas demandas educacionais são mais raros os casos em que as demandas são propostas com a assistência de advogados privados, sendo mais frequente o acionamento do Ministério Público e da Defensoria Pública.

Em segundo lugar, é possível perceber uma tendência à utilização de ações individuais pela Defensoria Pública, mesmo nos casos em que seria possível a propositura de ação civil pública. Em relação a essa segunda conclusão, destaca-se, por exemplo, os casos em que há uma reiteração de ações individuais, como na comarca de Volta Redonda.

Essa predominância de ações individuais também foi observada por Freitas (2016) em estudo sobre decisões judiciais relacionadas ao direito à Educação, realizado no contexto do estado de São Paulo.

Tanto em relação ao direito às vagas em creches quanto ao direito do menor de sete anos de se matricular no ensino fundamental, o número das demandas individuais, propostas pelo Ministério Público ou pelos interessados, contra escolas ou Municípios, foi maior do que as demandas coletivas. Além disso, em todo o período, os juízes de primeiro grau foram receptivos ao reconhecimento do direito pleiteados, assim como o TJSP, que não negou em nenhuma decisão o direito à educação e, ainda, modificou as poucas sentenças monocráticas que haviam negado o direito à matrícula (FREITAS, 2016, p. 163).

Na próxima seção, são abordadas as ações civis públicas ajuizadas pelo Ministério Público e pela Defensoria Pública encontradas neste estudo, de forma a aprofundar a análise sobre a atuação dessas instituições no âmbito da judicialização da Educação Infantil.

### **3.1.2 A atuação do Ministério Público e da Defensoria Pública através da Ação Civil Pública**

Embora tenha-se observado neste estudo a predominância de ações individuais, que representam quase 90% das decisões analisadas, algumas ações civis públicas foram propostas pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MPRJ) e pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro (DPE – RJ) tratando de demandas diversas relacionadas direta ou indiretamente ao direito à Educação Infantil. Cabe mencionar que essas ações, por suas características, podem apresentar abrangência e impactos maiores dos que as ações individuais.

As 02 (duas) decisões proferidas no ano de 2005 referem-se a recursos em ações civis públicas propostas pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, tendo como objeto a Resolução SEE nº 2.614/03, da Secretaria de Estado da Educação do Rio de Janeiro. Conforme se depreende das ementas, a referida resolução previa o impedimento da efetivação de novas matrículas para a Educação Infantil fornecida pelo Estado do Rio de Janeiro, em escolas estaduais, tendo em vista que esta etapa da Educação Básica se encontrava municipalizada.

As ações civis públicas, originárias da comarca de Três Rios, pediam o descumprimento do dispositivo dessa resolução que obstava as matrículas na rede estadual, o que foi negado pelo TJRJ, em provimento de recurso de apelação, sob o fundamento de que a própria Constituição de 1988 estabeleceu a distribuição de competências em matéria educacional, cabendo aos municípios o oferecimento da Educação Infantil.

No ano de 2014, foram proferidas 05 (cinco) decisões em ação civis públicas ajuizadas pelo Ministério Público, que versavam sobre direitos individuais homogêneos, ou seja, pleiteavam a matrícula de crianças em estabelecimentos de Educação Infantil.

Dessas ações do ano de 2014, 01 (uma) foi ajuizada na capital, contra o município do Rio de Janeiro, e 04 (quatro) na comarca de Petrópolis. Nessas últimas quatro ações, o Ministério Público pediu a condenação do agente público responsável pela negativa de matrícula por ato de improbidade

administrativa pela violação aos princípios da administração pública. Em todas as decisões, o TJRJ reconheceu o direito da criança à matrícula, mas afastou a incidência da Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992, por ausência do elemento subjetivo (dolo) necessário para a caracterização do ato de improbidade administrativa.

(...) 5. Não remanesce qualquer dúvida na atualidade no sentido de que para a caracterização do ato de improbidade exige-se, como de regra, elemento subjetivo doloso, em razão da natureza sancionatória da Lei nº 8429/92. 6. De certo que nem todo ato ilegal é ímprobo e infringente dos tipos previstos na Lei de Improbidade Administrativa. A ilegalidade só se transmuda em improbidade quanto a conduta antijurídica fere os princípios da administração levados a cabo pela má-fé, pela desonestidade, do administrador. 7. Prova coligida aos autos que não evidencia qualquer conduta de máfé perpetrada pela segunda ré, cuja ocorrência, no caminho inverso da boa-fé, não se presume. 8. Ausente o elemento subjetivo necessário à caracterização da conduta do agente público como improbidade administrativa, não se pode condená-lo às penas da Lei nº 8429/92 (RIO DE JANEIRO, 2014).

No ano de 2015, foram encontradas 04 (quatro) decisões em ações civis públicas. As duas primeiras, ajuizadas pelo Ministério Público, tratavam de critérios para seleção de crianças a serem atendidas em unidades de Educação Infantil. Uma dessas ações questionava o critério de sorteio utilizado em uma instituição estadual localizada no município de Campos dos Goytacazes, ligada à Fundação de Apoio à Escola Técnica (FAETEC), na qual a decisão enfatizou a necessidade de se observar o local de residência da criança conforme previsto no ECA. A segunda tratava da distribuição de vagas nas creches privadas conveniadas no município do Rio de Janeiro, não sendo decidido o mérito em razão do decurso do prazo para a matrícula.

A terceira ação, proposta pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, atacava uma resolução do município do Rio de Janeiro que impedia a matrícula de crianças com menos de 06 meses de idade em creches, considerando a ausência de espaços adequados para aleitamento materno. Nesta decisão, o Tribunal negou provimento ao recurso em razão do impacto orçamentário das medidas necessárias para o aleitamento adequado, especialmente para o armazenamento do leite materno.

Para a concessão do pleito formulado, é imprescindível a avaliação prévia e um estudo mais aprofundado acerca da viabilidade prática da implementação efetiva do que foi pedido nas creches já existentes,

além da análise e preparação para o inevitável impacto orçamentário decorrente da medida (RIO DE JANEIRO, 2015a).

Trata-se, portanto, da única decisão encontrada neste estudo em que o aspecto orçamentário foi considerado para denegar o pedido de acesso à Educação Infantil, o que será discutido mais adiante.

A última decisão do ano de 2015, também ajuizada pela Defensoria Pública, tratava de direito individual de matrícula em unidade de Educação Infantil no município de Rio das Ostras, sendo também concessiva.

No ano de 2016, foram proferidas 05 (cinco) decisões em sede de ações civis públicas, sendo 03 (três) dessas em ações propostas pelo Ministério Público que pleiteavam vagas em unidades públicas de Educação Infantil no município de Itaguaí e 01 (uma) no município do Rio de Janeiro, ajuizada pela Defensoria Pública. Todas as decisões foram concessivas e determinaram que o ente público matriculasse as crianças em unidade próxima à sua residência.

A última ação civil pública, a que mais se destaca neste estudo pelo seu caráter coletivo e de grande impacto orçamentário, foi proposta pelo Ministério Público pleiteando a construção de creche e matrícula em estabelecimento educacional de, no mínimo, 137 crianças de até seis anos, moradoras de um distrito isolado do município de Barra do Piraí. Nesta ação, o TJRJ determinou a construção da creche pelo município, considerando que não houve prova da inviabilidade financeira alegada em peça recursal.

No caso específico em tela, como já registrado na decisão anterior, que indeferiu o pedido de efeito suspensivo ao recurso, verifica-se do inquérito civil, instaurado em julho de 2004, com o fim de apurar a inexistência de creche no Distrito de Califórnia, que as sucessivas administrações da municipalidade reconhecem a necessidade do educandário, prometem a construção e não cumprem, sendo certo que, em 2014, o agravante chegou a apresentar um cronograma de construção da creche e, depois, ficou-se inerte. Essa conduta omissiva, por tanto tempo, afasta o argumento recursal de exiguidade de prazo para cumprir o comando judicial. Da mesma forma, não há prova da alegada inviabilidade financeira.

A tese de impossibilidade de intervenção do Poder Judiciário na seara da Administração Pública sucumbe diante da clareza do Texto Constitucional relativo à obrigatoriedade de oferta de educação infantil para todas as crianças (RIO DE JANEIRO, 2016).

Diante da análise apresentada, observa-se uma atuação predominante do Ministério Público em ações civis públicas, uma vez que 13 (treze) dessas ações foram representadas pelo parquet. Quanto à Defensoria Pública,

observa-se a sua atuação em 03 (três) ações civis públicas, sendo que 02 (duas) delas discutiam diretamente direitos individuais, pleiteando a matrícula de crianças em creches, de forma semelhante às demandas individuais apresentadas na seção anterior em que a instituição atuou.

Quanto às ações propostas pelo Ministério Público, observa-se que a maioria das ações, mais precisamente 08 (oito), também tratavam de direitos individuais. Das demais ações, 02 (duas) atacavam um ato normativo estadual, 02 (duas) discutiam critérios de distribuição de vagas em unidades de Educação Infantil e apenas 01 (uma) demandava a construção de creche para atender a coletividade.

Essa tendência de utilização das ações coletivas para a defesa de direitos individuais homogêneos ou apenas individuais foi apontada em estudo sobre as ações coletivas desenvolvido pela Sociedade Brasileira de Direito Público em 14 tribunais de diferentes estados do país (BRASIL, 2017). Ainda nessa pesquisa, em entrevistas realizadas com operadores do sistema de justiça, observou-se que 62,4% dos entrevistados acreditam que as ações individuais têm mais chances de sucesso do que as ações coletivas, quando se demanda o acesso a políticas/bens públicos (BRASIL, 2017).

Diante dos dados analisados nesta seção e na anterior, a respeito das ações civis públicas e das ações individuais, observa-se que a atuação da Defensoria Pública e do Ministério Público, este último em ações coletivas, se deu, na maior parte, na defesa de direitos individuais, seja ingressando com ações coletivas tratando de direitos individuais homogêneos ou assistindo o autor no ingresso de ações individuais.

Considerando o impacto do atendimento a demandas individuais na conformação das políticas públicas, na próxima seção, a análise volta-se para o aspecto orçamentário nas decisões judiciais, com o objetivo de verificar se ele é considerado na tomada de decisão pelo Tribunal. Trata-se, ainda, da Súmula 241 do TJRJ e da reserva do possível, considerando a sua utilização como estratégia argumentativa relacionada ao aspecto orçamentário.

### 3.2 Reserva do possível e a súmula 241 do TJRJ

A maior parte das decisões judiciais encontradas neste estudo não enfrentaram as questões orçamentárias, muitas vezes alegadas pelos entes políticos. Em apenas uma ação civil pública, com decisão proferida no ano de 2015, o Tribunal denegou o pedido principal sob a fundamentação de impacto orçamentário, conforme mencionado na seção anterior.

Marinho (2009), em análise das decisões sobre o direito à educação proferidas pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, também observou que os possíveis efeitos das decisões, como o impacto orçamentário, não foram considerados pelos magistrados.

De forma geral, as decisões do TJRJ se limitaram a dizer que o município não comprovou a insuficiência de recursos quando a reserva do possível foi utilizada como estratégia de defesa, nos termos da súmula 241 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Em decisão proferida na apelação nº 001034247.2012.8.19.0066, no ano de 2013, o Tribunal considerou que o município apelante não comprovou o cumprimento da aplicação obrigatória dos recursos constitucionalmente previstos para a Educação e, ainda, o esgotamento dos esforços de colaboração entre os entes federativos.

O apelante não comprovou que deu prioridade às respectivas políticas públicas para garantir o fornecimento de creche para todas as crianças inscritas naquela municipalidade, tampouco, que cumpriu o art. 212, da Carta Magna, que dispõe sobre a destinação de recursos para a manutenção do ensino, determinando que os Municípios apliquem, anualmente, nunca menos de vinte e cinco por cento (25%), da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino. Ressalte-se, ainda, que, no caso de suas receitas não serem suficientes para tal garantia, pode e deve buscar subsídios junto ao Estado e à União, em face da responsabilidade solidária destes em relação à educação e à proteção integral da criança e do adolescente. O apelante não comprovou que esgotou todos estes recursos para garantir o direito à creche ao impetrado, preferindo deixá-lo em fila de espera de vaga, o que representa omissão passível de responsabilização da autoridade competente. Assim, mostra-se correta a sentença ao conceder a segurança, determinando a imediata matrícula do impetrante/apelado em creche municipal perto de sua residência (RIO DE JANEIRO, 2013a).

No agravo inominado nº 000647982.2015.8.19.0000, a decisão proferida no ano de 2015 cita expressamente a súmula 241 do próprio TJRJ, afastando a aplicação da reserva do possível.

Veja-se, ainda, o verbete sumular nº 241 deste tribunal, não tendo vindo a estes autos qualquer comprovação de que a infraestrutura municipal, ou mesmo o orçamento, não possa arcar com a matrícula da autora (RIO DE JANEIRO, 2015b).

A Súmula 241 do TJRJ, editada em 2011, apresenta o seguinte enunciado: “cabe ao ente público o ônus de demonstrar o atendimento à reserva do possível nas demandas que versem sobre efetivação de políticas públicas estabelecidas na constituição” (RIO DE JANEIRO, 2011). Nesse sentido, em demandas relacionadas aos direitos fundamentais sociais, o TJRJ tem exigido que o ente político demonstre a aplicação adequada dos recursos públicos de acordo com a previsão constitucional e, adicionalmente, a incapacidade orçamentária para atender a demanda pleiteada.

Segundo Souza (2012, p. 530), a reserva do possível é constantemente invocada pelos entes públicos quando são demandados em prestações estatais positivas, sob o argumento de prejuízo ao erário e à sociedade. Em relação à origem desse argumento, sobre o qual a doutrina ainda não chegou a um consenso quanto à sua natureza jurídica, Souza (2012, p. 529) explica de forma mais detalhada.

A Reserva do Possível surgiu em julgamento promovido pelo Tribunal Constitucional Alemão, em decisão conhecida como Numerus Clausus (número restrito). Neste caso, o Tribunal Constitucional analisou demanda judicial proposta por estudantes que não haviam sido admitidos nas escolas de Medicina de Hamburgo e Munique, em face da limitação do número de vagas em cursos superiores adotada pelo país em 1960, com fundamento no artigo 12 da Lei Fundamental alemã, que garantia a livre escolha de trabalho, ofício ou profissão. Ao decidir a questão, a Corte alemã entendeu que o direito pleiteado, qual seja o aumento do número de vagas na universidade, encontra limitação na Reserva do Possível, conceituada como o que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, sob pena de, em virtude das limitações de ordem econômica, comprometer a plena efetivação dos direitos sociais. Assim, a decisão foi que não seria razoável obrigar o Estado a disponibilizar o acesso a todos que pretendessem cursar medicina, eis que esta exigência estaria acima de um limite social básico (SOUZA, 2012, p. 529).

Nesse sentido, pode-se afirmar que a reserva do possível está relacionada à razoabilidade de determinado pedido. Sarlet e Figueiredo (2008) discorrem sobre a relação da reserva do possível com os direitos fundamentais sociais, especialmente em razão de seu caráter prestacional.

De acordo com a noção de reserva do possível, a efetividade dos direitos sociais a prestações materiais estaria sob a reserva das capacidades financeiras do Estado, uma vez que seriam direitos fundamentais dependentes de prestações financiadas pelos cofres públicos. A partir disso, a “reserva do possível” (Der Vorbehalt des Möglichen) passou a traduzir (tanto para a doutrina majoritária, quanto para a jurisprudência constitucional na Alemanha) a ideia de que os direitos sociais a prestações materiais dependem da real disponibilidade de recursos financeiros por parte do Estado, disponibilidade esta que estaria localizada no campo discricionário das decisões governamentais e parlamentares, sintetizadas no orçamento público (SARLET E FIGUEIREDO, 2008, p. 16-17).

Cabe salientar, no entanto, que os direitos fundamentais sociais guardam também estreita relação com o conceito de mínimo existencial em contextos marcados por profundas desigualdades sociais e econômicas, conforme destaca Scaff (2005, p. 88). Diante disso, a doutrina e a jurisprudência brasileira têm utilizado os contornos do conceito de mínimo existencial como limitador do argumento da reserva do possível, sempre tendo como pano de fundo o patamar mínimo de direitos fundamentais estabelecidos pela Constituição Federal de 1988.

Sobre o mínimo existencial, Torres (2009, p. 13-14) afirma que ele se refere ao conteúdo essencial, inalienável e existencial de qualquer direito, assumindo posição de absoluta centralidade nos sistemas jurídicos. Scaff (2005, p. 86) afirma ainda que não se trata de uma categoria universal, sendo “a combinação de capacidades para o exercício de liberdades políticas, civis, econômicas e culturais que determinará este patamar de mínimo existencial”.

O Supremo Tribunal Federal, nos seus julgados a respeito da Educação Infantil (BRASIL, 2005; BRASIL, 2007; BRASIL, 2011), tem reconhecido essa etapa da Educação Básica como integrante do conteúdo do mínimo existencial, reconhecendo, portanto, suas limitações à discricionariedade governamental e à reserva do possível. Em razão disso, torna-se relevante estabelecer a relação entre esses dois conceitos, embora o mínimo existencial não tenha sido utilizado expressamente como estratégia argumentativa na maior parte dos julgados do TJRJ no enfrentamento da reserva do possível.

Sarlet e Figueiredo (2008) criticam a forma falaciosa que a reserva do possível tem sido utilizada como justificativa para a omissão estatal na efetivação de direitos fundamentais, reforçando o ônus do ente político em comprovar a ausência de recursos.

O que tem sido, de fato, falaciosa, é a forma pela qual muitas vezes a reserva do possível tem sido utilizada entre nós como argumento impeditivo da intervenção judicial e desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, especialmente de cunho social. Assim, levar a sério a “reserva do possível” (e ela deve ser levada a sério, embora sempre com as devidas reservas) significa também, especialmente em face do sentido do disposto no artigo 5º, § 1º, da CF, que cabe ao poder público o ônus da comprovação da falta efetiva dos recursos indispensáveis à satisfação dos direitos a prestações, assim como da eficiente aplicação dos mesmos (SARLET E FIGUEIREDO, 2008, p. 19).

Nesse sentido, a Súmula 241 exige a comprovação pelo ente político da insuficiência de recursos, não admitindo a sua mera alegação com base na reserva do possível, conforme se depreende claramente da decisão proferida no ano de 2013, no mandado de segurança nº 000883296.2012.8.19.0066.

(...) E para contrapor a teoria da reserva do possível, foi editada a Súmula TJRJ 241, que atribui ao Ente da Federação, que se vale do argumento econômico, o ônus da demonstração, do qual não se desincumbiu o apelante (RIO DE JANEIRO, 2013b).

Embora a doutrina majoritária reconheça que o argumento da reserva do possível encontra limitações diante dos direitos fundamentais, especialmente quando se referem ao núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais ou ao conceito de mínimo existencial, a aplicação da referida súmula sem enfrentar as questões orçamentárias alegadas pela parte tende a desconsiderar o contexto das políticas públicas de forma mais ampla, para além do caso concreto.

Quanto à exigência de comprovação da aplicação adequada dos recursos públicos pela municipalidade, especialmente considerando a aplicação mínima obrigatória prevista na Constituição para a área da Educação, não resta dúvidas de sua razoabilidade. Conforme destaca Scaff (2005, p. 99):

A teoria da Reserva do Possível somente poderá ser invocada se houver comprovação de que os recursos arrecadados estão sendo disponibilizados de forma proporcional aos problemas encontrados, e de modo progressivo a fim de que os impedimentos ao pleno exercício das capacidades sejam sanados no menor tempo possível.

Por outro lado, ao exigir o ônus de comprovação da inexistência de recursos em demandas individuais, corre-se o risco de desconsiderar o contexto mais amplo da política pública, a existência de uma “fila de espera”, o

comprometimento de outras demandas, considerando que os custos individualmente considerados são relativamente baixos.

Nesse sentido, em relação à tendência de decisões individuais que consideram apenas o caso concreto, Amaral (2001) ressalta a possibilidade de um conflito entre a microjustiça e a macrojustiça, no contexto de escassez de recursos públicos, que pode levar a um prejuízo no plano coletivo.

Nesses casos de conflito entre critérios adotados numa ótica de microjustiça e critérios adotados numa ótica de macrojustiça temos um somatório de escolhas individuais racionais que levam a um resultado coletivo irracional (AMARAL, 2001, p. 175).

A partir da análise do contexto estudado, observa-se que o aumento progressivo da judicialização do acesso à Educação Infantil, especialmente através de ações individuais, tende a impactar a política pública em ao menos dois aspectos: no atendimento prioritário daqueles que tiveram acesso à justiça em detrimento de outros que aguardam em possíveis "filas de espera" e no impacto orçamentário provocado pelo somatório de decisões individuais que não consideram o gasto total com a política.

Diante disso, conclui-se que a atividade do Poder Judiciário deve buscar garantir os direitos individuais, em especial quando diante de um direito fundamental previsto na Constituição de 1988, mas em harmonia com o contexto de elaboração e implementação das políticas públicas garantidoras, de forma a preservar o interesse de um número maior de pessoas, que deve ter acesso a esse e outros direitos.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Educação Infantil, primeira etapa da Educação Básica, passou por transformações recentes como a mudança do seu papel no limiar na promulgação da Constituição de 1988, que afirma a sua inserção nas políticas educacionais e não apenas assistenciais. Além disso, a EC 53/2006 trouxe mudanças na estrutura de financiamento da Educação Básica, com a criação do FUNDEB, incluindo a Educação Infantil nesse principal mecanismo de financiamento das políticas educacionais, conforme apresentado no primeiro capítulo.

Nesse sentido, diversas políticas públicas que se seguiram a esse período tiveram como enfoque a Educação Infantil, com destaque para o PROINFÂNCIA. Apesar disso, observa-se que essa etapa ainda apresenta lacunas quanto ao atendimento educacional de grande parte da população, sendo dois dos principais motivos o seu caráter mais oneroso em relação às demais etapas da Educação Básica e a competência dos municípios para a sua organização e funcionamento, conforme discutido na seção 1.2, quando foi apresentado o cenário da política de Educação Infantil no Brasil.

Nesse contexto, a judicialização do acesso à Educação Infantil é um fenômeno que se apresenta na realidade brasileira, especialmente no contexto recente de ampliação do reconhecimento de direitos fundamentais sociais pela via judicial, conforme discutido no segundo capítulo. Destaca-se que a temática já foi, inclusive, apreciada pelo Supremo Tribunal Federal em decisões nos anos de 2005 a 2011.

A jurisprudência brasileira, seja do STF ou do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, utilizado como recorte nesta pesquisa, tem caminhado no sentido de reconhecer esse direito a todos que pleiteiam vagas nas unidades de Educação Infantil, seja em creches ou pré-escolas. Em outros tribunais brasileiros, conforme apontam estudos apresentados na seção 2.2.2, o entendimento das cortes tem sido semelhante.

Nesse sentido, no âmbito do estado do Rio de Janeiro, observou-se que todas as decisões em ações individuais foram concessivas, determinando a matrícula do interessado nessa etapa da Educação Básica. Observou-se,

ainda, uma predominância de ações individuais pleiteando vagas em unidades de Educação Infantil, representando quase 90% das ações que originaram as decisões analisadas neste trabalho, ao passo que as ações coletivas foram encontradas em número reduzido.

Ainda nas ações coletivas, observa-se a predominância da defesa de direitos individuais homogêneos ou apenas individuais, sejam nas propostas pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, conforme análise apresentada no capítulo 3.

A análise das decisões apontou que o TJRJ não tem considerado o aspecto orçamentário ao conceder o acesso às vagas, determinando que o ente público efetue a matrícula das crianças demandantes, o que traz um impacto considerável na implementação dessas políticas educacionais e, ainda, nas escolhas alocativas.

Diferente de muitas demandas na área da saúde ou de outros direitos fundamentais sociais, as demandas por educação são mais facilmente previsíveis. Existem indicadores populacionais e socioeconômicos capazes de indicar uma previsão de demandas por vagas em creches e pré-escolas em determinado município, considerando o critério etário adotado pela legislação brasileira. Nesse sentido, não parece que deve prosperar a ideia de que o problema da falta de vagas em unidades de Educação Infantil deva ser solucionado através de decisões judiciais em ações individuais, muitas vezes em caráter liminar.

Não se pretende aqui negar a exigibilidade do direito de acesso à Educação Infantil, muito menos o direito de ingressar em juízo quando se tem esse direito violado. Pelo contrário, em razão da fundamentalidade do direito à educação, não se pode admitir que a sua fruição esteja condicionada a uma decisão judicial ou restrita àqueles que possuem o acesso à jurisdição, sendo que mesmo nestes casos, os prejuízos para a criança são notórios em razão da demora nos procedimentos judiciais.

Considerando tanto os efeitos dos provimentos de demandas individuais para o orçamento público e, conseqüentemente, para a pluralidade de políticas sociais, quanto os prejuízos para as crianças, a solução para o problema deveria vir de uma atuação conjunta dos governos, considerando a

colaboração entre os entes federativos, mas também de um diálogo entre o Poder Judiciário, o Ministério Público, a Defensoria Pública, os Conselhos Tutelares, entre outros órgãos representativos, para exigirem dos Poderes Executivo e Legislativo a implementação das políticas educacionais, cumprindo os ditames constitucionais, de forma planejada e acessível à coletividade.

## REFERÊNCIAS

ABRUCIO, Fernando Luiz. A dinâmica federativa da educação brasileira: diagnóstico e propostas de financiamento. In: OLIVEIRA, Romualdo Portela de; SANTANA, Wagner. **Educação e federalismo no Brasil: combater as desigualdades, garantir a diversidade**. Brasília: UNESCO, 2010. p. 39-70.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008

ALMEIDA, Fernanda Bezerra de. O que revelam os murais sobre as concepções e práticas dos professor do Proinfância no RJ? In: XII Congresso Nacional de Educação - EDUCERE, 2015, Curitiba. **Anais do XII Congresso Nacional de Educação – EDUCERE**, Curitiba, 2015.

AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez e Escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

ANDRADE, Lucimary Bernabé Pedrosa de. **Educação infantil**: discurso, legislação e práticas institucionais. São Paulo: Editora UNESP; São Paulo: Cultura Acadêmica, 2010.

ARANTES, Rogério Bastos. Judiciário: entre a Justiça e a Política. In: Lucia Avelar; Antonio Octavio Cintra (orgs.). **Sistema Político Brasileiro: uma introdução**. 2. ed. Rio de Janeiro; São Paulo: Konrad Adenauer / Editora UNESP, 2007, pp. 81-115.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BRANDÃO, Thaís. **Direito à educação infantil de 0-3 anos de idade: a judicialização na perspectiva do gestor da escola**. 2015. 64 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Pedagogia) – Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

Disponível em: <

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>.

Acesso em: 25 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 99.710**, de 21 de novembro de 1990. Promulga a

Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: <

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d99710.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm)>. Acesso

em: 25 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 4.377**, de 13 de setembro de 2002. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de

1979, e revoga o Decreto no 89.460, de 20 de março de 1984. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/d4377.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm)>. Acesso em: 25 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.069**, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm)>. Acesso em: 25 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.429**, de 02 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8429.htm)>. Acesso em: 25 jan. 2018.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.394**, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9394.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394.htm)>. Acesso em: 25 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 11.494**, de 20 de junho de 2007. Regulamenta o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação - FUNDEB, de que trata o art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias; altera a Lei nº 10.195, de 14 de fevereiro de 2001; revoga dispositivos das Leis nºs 9.424, de 24 de dezembro de 1996, 10.880, de 9 de junho de 2004, e 10.845, de 5 de março de 2004; e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2007/lei/l11494.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11494.htm)>. Acesso em: 30 jan. 2018.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 13.005**, de 25 de junho de 2014. Aprova o Plano Nacional de Educação – PNE e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/l13005.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13005.htm)>. Acesso em: 10 maio 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Agravo regimental no recurso extraordinário nº 410.715-5 – SP**. Agravante: Município de Santo André. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 22 de novembro de 2005a. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=354801>>. Acesso em: 25 jan. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Agravo regimental no recurso extraordinário nº 463.210-1 – SP**. Agravante: Município de Santo André. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Carlos Velloso. Brasília, 06 de dezembro de 2005b. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=378405>>. Acesso em: 25 jan. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Agravo regimental no recurso extraordinário nº 384.201-3 – SP**. Agravante: Município de Santo André.

Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 23 de abril de 2007. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=474704>>. Acesso em: 25 jan. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Agravo regimental no recurso extraordinário nº 464.143 - SP**. Agravante: Município de Santo André. Agravado: Gabriel Duarte Galbero. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Brasília, 15 de dezembro de 2009. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608283>>. Acesso em: 25 jan. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo nº 639.337 - SP**. Agravante: Município de São Paulo. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 23 de agosto de 2011. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>>. Acesso em: 25 jan. 2018.

\_\_\_\_\_. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Pesquisa indica uso de ações coletivas para defesa de direitos individuais**. Brasília, CNJ, 19 out. 2017. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85595-acoes-coletivas-estrategia-para-defesa-de-direitos-individuais>>. Acesso em: 30 jan. 2018.

CAGGIANO, Monica Herman S. A educação. Direito fundamental. In: RANIERI, Nina Beatriz Stocco (coord.); RIGHETTI, Sabine (org.). **Direito à educação: aspectos constitucionais**. São Paulo: Editora da USP, 2009. p. 19-38.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARA, Daniel. Municípios no pacto federativo: fragilidades sobrepostas. **Revista Retratos da Escola**, Brasília, v. 6, n. 10, p. 255-273, jan./jun. 2012.

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**, Itajaí, v.9, n.1, 2014.

CASTRO, Jorge Abrahão de. Financiamento da educação pública no Brasil: evolução dos gastos. In: GOUVEIA, Andréa Barbosa; PINTO, José Marcelino Rezende; CORBUCCI, Paulo Roberto. **Federalismo e políticas educacionais na efetivação do direito à educação no Brasil**. Brasília: Ipea, 2011. p. 29-50.

CORRÊA, Luiza Andrade. **A judicialização da política pública de educação infantil no Tribunal de Justiça de São Paulo**. 236 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

CURY, Carlos Roberto Jamil. A educação infantil como direito. In: BRASIL. Ministério da Educação e do Desporto. Secretaria de Ensino Fundamental.

**Subsídios para credenciamento e funcionamento de instituições de educação infantil.** v.2. Brasília, DF: MEC/SEF, 1998.

\_\_\_\_\_. A questão federativa e a educação escolar. In: OLIVEIRA, Romualdo Portela de; SANTANA, Wagner. **Educação e federalismo no Brasil: combater as desigualdades, garantir a diversidade.** Brasília: UNESCO, 2010. p. 149-168.

\_\_\_\_\_; FERREIRA, Luiz Antonio Miguel. Justiciabilidade no campo da educação. **RBP AE**, v. 26, n. 1, p. 75-103, jan./abr. 2010.

FARENZENA, Nalú; MACHADO, Maria Goreti Farias. Fundeb e Fundef: trânsito entre duas políticas de financiamento da educação pública brasileira. In: GONÇALVES, Ruth Prestes; LIMA, Osmarina Guimarães de; MOREIRA, Elizeu Vieira (Orgs). **As políticas públicas educacionais: visões críticas na atualidade.** Manaus: Fundação Universidade do Amazonas, 2010. p. 95-120.

FERREIRA, Débora Costa. Análise jurídico-econômica dos limites à intervenção do Judiciário em políticas públicas. **Observatório da Jurisdição Constitucional**, ano 8, n. 1, jan./jul. 2015. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/view/1118/697>>. Acesso em: 30 jan. 2018.

FERREIRA, Débora Costa; XIMENES, Julia Maurmann. Diálogos institucionais e impactos orçamentários da judicialização das políticas públicas. **Revista Thesis Juris**, São Paulo, v. 5, n. 3, p. 808-831, set./dez. 2016.

FIGUEIREDO, Marcelo. O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário no Brasil – uma visão geral. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de (Coord.). **Neoconstitucionalismo.** Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 711-746.

FREITAS, Lúcia Barros de. As decisões judiciais e as políticas públicas sobre a educação no estado de São Paulo. **Mediações**, Londrina, v. 21, n. 1, p. 145-166, jul/dez 2016.

HARTMANN, Michelle Chalbaud Biscaia. Ativismo judicial e a concretização de prestações sociais. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 9, n. 9, p. 153-169, jan./jun. 2011. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/viewFile/54/53>>. Acesso em: 03 jul. 2016.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios – PNAD 2015.** Disponível em: <[http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaodevida/indicadores\\_minimos/sinteseindicisociais2016/default\\_tab\\_xls.shtm](http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaodevida/indicadores_minimos/sinteseindicisociais2016/default_tab_xls.shtm)>. Acesso em: 10 maio 2017.

MARINHO, Carolina Martins. **Justiciabilidade dos direitos sociais: análise de julgados do direito à educação sob o enfoque da capacidade institucional.** 2009. 120 f. Dissertação (Mestrado em Teoria Geral e Filosofia do Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

MEDEIROS, Clayton Gomes; RODRIGUES, Hanslilian Correia Cruz. A judicialização do direito à educação básica. **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais**, Curitiba, v.1, n. 20, 2014, p. 55-85.

MENDONÇA, Marilda Watanabe de. A educação como direito social: reflexões sobre o regime constitucional, a força normativa da Constituição e o mínimo existencial. **Revista Acadêmica Direitos Fundamentais**, Osasco, ano 4, n. 4, 2010.

NUNES, Maria Fernanda Rezende; CORSINO, Patrícia; KRAMER, Sonia. Educação Infantil e políticas municipais: um estudo longitudinal. **Cadernos de Pesquisa**, v. 43, n. 148, p. 152-175, jan./abr. 2013.

OLIVEIRA, Vanessa Elias; MARCHETTI, Vitor. O Judiciário e o Controle sobre as Políticas Públicas: a judicialização da educação no município de São Paulo. In: **Encontro Anual da ANPOCS**, São Paulo, 2013. Anais do 37º Encontro Anual da ANPOCS. Disponível em: < <http://www.anpocs.com/index.php/papers-37-encontro/st/st24/8553-o-judiciario-e-o-controle-sobre-as-politicas-publicas-a-judicializacao-da-educacao-no-municipio-de-sao-paulo/file>>. Acesso em: 30 jan. 2018.

QUEIROZ, Maria do Socorro Azevedo de. **Judicialização dos direitos sociais prestacionais: a efetividade pela interdependência dos direitos fundamentais na Constituição Brasileira.** Curitiba: Juruá, 2011.

RICCI, Aline. A Educação Infantil e o Programa Proinfância: organização, impactos e desafios. In: IV Seminário de Grupos de Pesquisa sobre crianças e infâncias, 2014, Goiânia. **Anais do IV Seminário de Grupos de Pesquisa sobre crianças e infâncias**, Goiânia, 2014.

RIO DE JANEIRO (ESTADO). Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Súmula TJ 241.** Rio de Janeiro, 06 de junho de 2011. Disponível em: < <http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/31404/reserva-do-possivel.pdf>>. Acesso em: 25 jan. 2018.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Apelação nº 001034247.2012.8.19.0066.** Relator: Des. Cláudio de Mello Tavares. Rio de Janeiro, 08 de maio de 2013a. Disponível em: < <http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ImpressaoConsJuris.aspx?CodDoc=1868734&PageSeq=0>>. Acesso em: 25 jan. 2018.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Mandado de segurança nº 000883296.2012.8.19.0066.** Relator: Des(a). Antônio Iloízio Barros Bastos. Rio de Janeiro, 14 de maio de 2013b. Disponível em: <

<http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ImpressaoConsJuris.aspx?CodDoc=1869069&PageSeq=0>>. Acesso em: 25 jan. 2018.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Apelação n. 0092741-11.2012.8.19.0042**. Relatora: Des. Mônica Maria Costa de Piero. Rio de Janeiro, 26 de agosto de 2014. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ImpressaoConsJuris.aspx?CodDoc=2619897&PageSeq=1>>. Acesso em: 25 jan. 2018.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Agravo Interno nos autos do Agravo de Instrumento n. 0056705-28.2014.8.19.0000**. Agravante: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. Agravado: Município do Rio de Janeiro. Relator: Des. Augusto Alves Moreira Junior. Rio de Janeiro, 23 de junho de 2015a. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000434341EEC4815F4F26DCACFA5D4B993A4C5040B50320C>>. Acesso em: 25 jan. 2018.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Agravo inominado nº 000647982.2015.8.19.0000**. Recorrente: Município de Duque de Caxias. Recorrido: Pedro Oliveira Junqueira. Relatora: Des. Odete Knaack de Souza. Rio de Janeiro, 28 abril de 2015b. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004368A247959A793B21E65F06C8A059182C5036014370E>>. Acesso em: 25 jan. 2018.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 6.956**, de 13 de janeiro de 2015. Dispõe sobre a organização e divisão judiciárias do estado do Rio de Janeiro e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/18186/lei-lodj.pdf>>. Acesso em: 31 jan. 2018.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Agravo de Instrumento n. 0021568-14.2016.8.19.0000**. Agravante: Município de Barra do Piraí. Agravado: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Des. Eduardo de Azevedo Paiva. Rio de Janeiro, 23 de novembro de 2016. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004E46E4E4528780143738E73C3457304A7C5055216060E>>. Acesso em: 25 jan. 2018.

RIO DE JANEIRO (MUNICÍPIO). Secretaria Municipal de Educação, Esporte e Lazer (SMEEL). **Planilha de creches conveniadas 2016**. Disponível em: <<http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/6477706/4173506/PlanilhaCrechesConvniadas2016Assessoria.pdf>>. Acesso em: 27 abr. 2017.

SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. Os tribunais nas sociedades contemporâneas. **Oficina do CES**, Coimbra, n. 65, nov. 1995.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, ano 1, v. 1, n. 1, abr. 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, n. 24, jul. 2008.

SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. **Verba Juris**, ano 4, n. 4, jan./dez. 2005. Disponível em: <<http://www.biblionline.ufpb.br/ojs/index.php/vj/article/view/14814/8375>>. Acesso em: 30 jan. 2018.

SCAFF, Elisângela Alves da Silva; PINTO, Isabela Rahal de Rezende. O Supremo Tribunal Federal e a garantia do direito à educação. **Revista Brasileira de Educação**, v.21, n. 65, abr./jun. 2016.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 587-599.

SILVA, Pablo Luiz de Faria Vieira da. **As condições de trabalho docente na educação infantil: uma análise a partir do Proinfância em quatro municípios do Rio de Janeiro**. 2014. 128 f. Dissertação (Mestrado em Educação) – Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

SILVEIRA, Adriana A. Dragone. Judicialização da educação para a efetivação do direito à educação básica. **Jornal de Políticas Educacionais**, Curitiba, v. 5, n. 9, p. 30-40, jan./jun 2011. Disponível em: <[http://www.jpe.ufpr.br/n9\\_4.pdf](http://www.jpe.ufpr.br/n9_4.pdf)>. Acesso em: 03 jul. 2016.

SOUZA, Lucas Daniel Ferreira de. A reserva do possível, o mínimo existencial e o poder judiciário. **Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, vol. 4, n. 7, p. 528-546, jul/dez 2012.

TAYLOR, Matthew M. O Judiciário e as políticas públicas no Brasil. **Dados – Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 50, n. 2, 2007, p. 229-257.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. A Constituição de 1988, 20 anos depois: suprema corte e ativismo judicial “à brasileira”. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 407-440, jul./dez. 2008.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, São Paulo, n. 4, v. 2, p. 441-464, jul./dez. 2008.

**APÊNDICE A – LISTA DE PROCESSOS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO RELACIONADOS AO DIREITO À EDUCAÇÃO INFANTIL POR ANO DA DECISÃO**

Ano: 2005
0009862-93.2003.8.19.0063
0009574-48.2003.8.19.0063
Ano: 2010
0012209-80.2009.8.19.0066
Ano: 2011
0003459-53.2010.8.19.0002
0059443-28.2010.8.19.0000
0018161-06.2010.8.19.0066
Ano: 2012
0004192-84.2011.8.19.0066
0039181-86.2012.8.19.0000
0035553-89.2012.8.19.0000
0039098-70.2012.8.19.0000
0055937-73.2012.8.19.0000
0034809-94.2012.8.19.0000
0001758-25.2011.8.19.0066
0004934-75.2012.8.19.0066
Ano: 2013
0046923-65.2012.8.19.0000
0027768-77.2009.8.19.0066
0008836-36.2012.8.19.0066
0018399-88.2011.8.19.0066

0004907-92.2012.8.19.0066

0010342-47.2012.8.19.0066

0019277-46.2013.8.19.0000

0010726-10.2012.8.19.0066

0008832-96.2012.8.19.0066

0017828-83.2012.8.19.0066

0016721-04.2012.8.19.0066

0022711-73.2012.8.19.0066

0226862-36.2011.8.19.0001

Ano: 2014

0010921-92.2012.8.19.0066

0091830-96.2012.8.19.0042

0132883-54.2010.8.19.0001

0008824-22.2012.8.19.0066

0021228-41.2014.8.19.0000

0015473-66.2013.8.19.0066

0092747-18.2012.8.19.0042

0017143-42.2013.8.19.0066

0006673-49.2013.8.19.0066

0004506-59.2013.8.19.0066

0028102-72.2013.8.19.0066

0002006-20.2013.8.19.0066

0006116-62.2013.8.19.0066

0004918-87.2013.8.19.0066

0020081-10.2013.8.19.0066

0002678-28.2013.8.19.0066

0017151-19.2013.8.19.0066

0092741-11.2012.8.19.0042

0011359-54.2014.8.19.0000

0032861-79.2013.8.19.0066

0038421-03.2013.8.19.0001

0001718-72.2013.8.19.0066

0004668-54.2013.8.19.0066

0023503-90.2013.8.19.0066

0017659-62.2013.8.19.0066

0093016-57.2012.8.19.0042

Ano: 2015

0035223-88.2012.8.19.0066

0007259-52.2014.8.19.0066

0016308-84.2011.8.19.0014

0006628-78.2015.8.19.0000

0029554-20.2013.8.19.0066

0004361-66.2014.8.19.0066

0007256-97.2014.8.19.0066

0006479-82.2015.8.19.0000

0004908-09.2014.8.19.0066

0003285-07.2014.8.19.0066

0002166-29.2010.8.19.0073

0001621-38.2014.8.19.0066

0019157-32.2015.8.19.0000

0065430-06.2014.8.19.0000  
0021402-17.2012.8.19.0066  
0002536-87.2014.8.19.0066  
0008658-19.2014.8.19.0066  
0004944-51.2014.8.19.0066  
0025936-67.2013.8.19.0066  
0075736-96.2012.8.19.0002  
0056705-28.2014.8.19.0000  
0020067-89.2014.8.19.0066  
0025667-62.2012.8.19.0066  
0029521-63.2015.8.19.0000  
0012154-26.2015.8.19.0000  
0033232-05.2013.8.19.0014  
0023576-32.2014.8.19.0000  
0010940-30.2014.8.19.0066  
0009859-46.2014.8.19.0066  
0015243-57.2015.8.19.0000  
0365557-96.2013.8.19.0001  
0034035-89.2014.8.19.0066  
0002489-16.2014.8.19.0066  
0007389-42.2014.8.19.0066  
0006096-71.2013.8.19.0066  
0008635-73.2014.8.19.0066  
0173579-30.2013.8.19.0001  
0337701-60.2013.8.19.0001

0031459-93.2015.8.19.0000

0001659-16.2015.8.19.0066

Ano: 2016

0001633-18.2015.8.19.0066

0044718-89.2014.8.19.0001

0005370-58.2015.8.19.0024

0004859-60.2015.8.19.0024

0000768-62.2016.8.19.0000

0010482-72.2014.8.19.0014

0055763-90.2014.8.19.0001

0027448-76.2015.8.19.0014

0167822-89.2012.8.19.0001

0003898-60.2016.8.19.0000

0020071-54.2015.8.19.0014

0002774-72.2015.8.19.0066

0019153-92.2015.8.19.0000

0001656-61.2015.8.19.0066

0001655-76.2015.8.19.0066

0010297-38.2014.8.19.0045

0008323-25.2015.8.19.0014

0016754-56.2016.8.19.0000

0026164-38.2012.8.19.0014

0021998-63.2016.8.19.0000

0006380-87.2015.8.19.0073

0020978-37.2016.8.19.0000

0032255-50.2016.8.19.0000  
0025966-04.2016.8.19.0000  
0008520-77.2015.8.19.0014  
0004510-91.2015.8.19.0045  
0006060-20.2015.8.19.0014  
0011161-78.2014.8.19.0206  
0020062-92.2015.8.19.0014  
0035890-73.2015.8.19.0000  
0010337-79.2015.8.19.0014  
0003446-42.2015.8.19.0014  
0004222-27.2015.8.19.0019  
0004036-51.2015.8.19.0068  
0003236-92.2015.8.19.0045  
0001830-49.2015.8.19.0073  
0042086-56.2015.8.19.0001  
0018955-13.2015.8.19.0014  
0010513-92.2014.8.19.0014  
0003688-81.2016.8.19.0073  
0003563-16.2016.8.19.0073  
0277967-47.2014.8.19.0001  
0029968-83.2013.8.19.0206  
0048126-23.2016.8.19.0000  
0002977-97.2015.8.19.0045  
0062731-39.2014.8.19.0001  
0004781-79.2016.8.19.0073

0003936-47.2016.8.19.0073

0044054-90.2016.8.19.0000

0042093-17.2016.8.19.0000

0002776-42.2015.8.19.0066

0014932-52.2015.8.19.0037

0021568-14.2016.8.19.0000

0362678-53.2012.8.19.0001

0001633-85.2016.8.19.0000

0022499-17.2016.8.19.0000