



UFSC

Dissertação de Mestrado

**A ATUAÇÃO DO SISTEMA DE JUSTIÇA NA EFETIVAÇÃO DOS
DIREITOS FUNDAMENTAIS: um estudo sobre o direito à educação
básica, na comarca de Florianópolis/SC, no período de 2000 a 2005**

Marina Soares Vital Borges

CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Florianópolis, SC, Brasil

2007

Marina Soares Vital Borges

**A ATUAÇÃO DO SISTEMA DE JUSTIÇA NA EFETIVAÇÃO DOS
DIREITOS FUNDAMENTAIS: um estudo sobre o direito à educação
básica, na comarca de Florianópolis/SC, no período de 2000 a 2005**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito da
Universidade Federal de Santa Catarina para obtenção do título de

Mestre em Direito

na área de concentração Direito Estado e Sociedade,
subárea Sistema de Justiça.

Orientador: Prof.^a Dr.^a Thaís Luzia Colaço

Florianópolis, SC, Brasil

2007

Para Maria das Dores Vital, Antônio Vital e
Luiz Marcos Borges,
com amor por todos os dias de carinho,
proteção, paciência e apoio.

*Deixa eu te guardar a casa é sua
Faz em mim teu lar, me reconstrua
Queira me habitar onde eu me escondo
Faz deste lugar só seu no mundo
Eu quero ser onde você sossega a alma
Que chora e ri e encontra a calma pra sonhar sem dormir
Vem acender as luzes que iluminam o meu coração
Vem ter comigo sua parte da amplidão
De minha parte eu estou aqui
(Elba Ramalho - Amplidão)*

AGRADECIMENTOS

Sempre gostei muito de agradecimentos. Mesmo sendo uma difícil tarefa escolher dentre tantos os poucos contemplados, os agradecimentos têm a capacidade de expor um pouco da individualidade do autor escondida atrás de suas obras. Por muitas vezes antes de iniciar a leitura de um texto não resistia a uma espiadela nos agradecimentos, ansiosa por saber um pouco sobre o autor e os caminhos que percorrera até chegar à produção final do trabalho.

Muitas vezes me decepcionei com agradecimentos protocolares, frios, que guardavam em si as agruras, incertezas e alegrias que o autor passara antes/durante a produção do trabalho. Sobretudo nas dissertações e teses, quantas vezes procurei nos agradecimentos consolo e identificação com minhas próprias dificuldades. É por isso que decidi não reprimir a vontade de agradecer.

Em primeiro lugar devo agradecimentos àquele que é fonte de todas as alegrias. Obrigada meu Deus pela minha saúde e de minha família. Agradeço-lhe sempre pela chuva de bênçãos que é a minha vida.

Agradeço a Prof^a. Dr^a. Thaís Luzia Colaço pela acolhida no curso de Mestrado em Direito do CPGD, antes mesmo de obter a aprovação. Obrigada pela mão amiga, pela orientação dedicada desde o pré-projeto, pela oportunidade de trabalhar no projeto de extensão universitária “Lições de Cidadania” e pela introdução no estudo do Direito Indígena.

Aos professores do Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC, em especial a Antônio Carlos Wolkmer, Vera Regina Pereira de Andrade e Josiane Rose Petry Veronese, minha gratidão por tantas lições e por refletirem mais do que excelentes modelos de atuação docente: exemplos de seres humanos excepcionais. Agradeço ainda aos professores do curso de Direito da UFMT, Carlos Antônio de Almeida Melo, Fabio César Guimarães Neto e José Célio Garcia por plantar em mim a esperança num ensino jurídico de qualidade.

Agradeço aos funcionários da Secretaria, pelo auxílio em todos os momentos desde o processo seletivo até os últimos dias de muita ansiedade e incertezas. Agradeço também ao Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPQ) sem o qual não me seria possível manter financeiramente.

Este trabalho não seria exequível sem a disponibilidade de todas as pessoas que autorizaram e viabilizaram a coleta de dados. Agradeço a Dra. Helen Crystine Corrêa Sanches, promotora de justiça e sua assessora Sra. Ilze Maria

Granzotto Nunes, que possibilitaram o acesso à toda a documentação do Centro de Infância e Juventude do Ministério Público do Estado de Santa Catarina.

À Dra. Cristiane Rosália Maestri Böell, Promotora de Justiça, pelo acesso aos documentos da 10ª Promotoria de Justiça da Infância e da Juventude da Capital. Ao Dr. Gercino Gerson Gomes Neto, Promotor de Justiça, pelo acesso aos documentos da 10ª Promotoria de Justiça da Infância e da Juventude da Capital. Neste local pude contar com a assistência e amizade das servidoras Marlene, Paola, Lúcia e Débora, a quem devo meu sincero reconhecimento.

No âmbito da Vara da Infância e da Juventude devo agradecimentos ao Exmo Sr. Dr. Francisco Jose Rodrigues de Oliveira Neto, pelo pronto atendimento e pleno acesso aos processos pesquisados. É importante lembrar a participação dos servidores da secretaria, responsáveis pelo arquivo, pelo constante empenho em atender as minhas solicitações. Agradeço ainda a companhia e amizade das servidoras da sala de adoção que disponibilizaram um de seus computadores para a realização do estudo e também o grande empenho da assessora Carolina Schmidt em todos os momentos da coleta de dados.

Agradeço ainda aos servidores do Tribunal de Justiça Alberto Pizzolatti Remor, Diretor-Geral Judiciário e Adelson André Bruggemann - Divisão de Documentação do TJSC, pelo pronto atendimento e envio de julgados que não estavam disponíveis no site.

Devo agradecimentos ao Dr. Ivo Antônio Vieira, co-orientador de minha monografia de graduação. Além da amizade e carinho, lhe sou grata por me iniciar na pesquisa científica e por me apresentar pela primeira vez uma pesquisa realmente empírica.

À Fabiana Coutinho Grande agradeço pelas inúmeras discussões sobre a delimitação do tema, por entender minhas angústias e escutar as minhas explicações incompreensíveis. Obrigada por ser minha irmã postiça.

Agradeço a turma de mestrandos de 2004, em especial à Simone, Maíra, Lucas, Carol, Vanessa, Edson, Lise e Liz pelo apoio e amizade no primeiro ano de adaptação em Florianópolis. Devo agradecimentos a Patrick Ayala e Cláudio Ladeira pela leitura do pré-projeto de dissertação e pela constante amizade e apoio.

Agradeço aos companheiros no Projeto “Lições de Cidadania” em especial à Mára Leal (pela companhia nos estudos para o processo seletivo), Eduardo (por tantos dias engraçados em Porto Alegre, nas salas de aula e por me mostrar meu

alter-ego fantoche). Também agradeço a Diego, João, Gabriela, Bruno, Júlia, Guilherme e Dulce pela linda experiência no Balakubatuki.

Às confoundedas, Simone, Vanessa, Clarissa Domingos, Dulce, Ana Paula, Thaís, Carolina, Diana, Patrícia e Fabiana (amiga querida desde o primeiro dia de Mestrado, literalmente). Obrigada por todos os encontros maravilhosos, cheios de preto no branco.

À indescritível Turma de 2005, grupo de amigos com o qual fui presenteada, seleção cuidadosa que reuniu de quase todos os Estados brasileiros uma amostra de carinho e alegria. Vocês serão sempre uma linda lembrança dessa cidade, da UFSC. Foram tantos encontros maravilhosos! É engraçado sentir uma saudade diferente de cada um: Ana Paula e sua meiguice; Carol sua animação, pizza de morangos vencedora; Dulce, o violão, a agenda lotada, o primeiro sarau e os saltimbancos; Tiago e sua criatividade, tantas lembranças no Retiro do Rio Vermelho; Hermes a quem tudo já foi dito e sua família feliz, Diana e Joel; Thaís e seu Prince, sempre tão batalhadora e comprometida; Elton e seus cuidados com Plínio; Mag sempre tão carinhosa; Rafael e Chris, que alegria e animação, inesquecível Sambrequi; Clarissa Dri e nossas caminhadas, amizade e companheirismo nas angústias da reta final; e ainda são tantos Jonnefer, Danielle Espezzim, Vinícius, Carol Ruschel, Natascha, Giovani, Elza. Agradeço a todos pela convivência e aprendizado únicos, por momentos lúdicos e indescritíveis que sempre guardarei com muito carinho.

Agradeço aos meus pais, Antônio e Maria das Dores, que, mesmo à distância, sempre forneceram todo o apoio necessário e sempre compreenderam as ausências e os períodos ininterruptos de trabalho. Quando se volta para casa é que entendemos quem somos e tudo volta a fazer sentido. Agradeço a meu irmão Ricardo e a Tatyane pela linda família, obrigada por trazer ao nosso convívio a sapeca Júlia e nosso pequeno Arthur. Agradeço a meu “irmãozinho” Rodrigo e sua esposa Ângela que no piscar de meus olhos se fez tão adulto e responsável. Agradeço aos meus sogros João e Maria e meus “irmãos” Angélica e Rosimar, Andréa e Cristina pelas orações e constante incentivo. Parabéns a todos por nossa linda família. Não posso deixar de agradecer ao Plínio, criatura abençoada que Deus colocou em minha vida, para trazer alegria, companhia, fofura, arranhões e mordidas de frenesi.

Devo agradecimentos ainda aos amigos, e agora vizinhos Enrique e Gabriela; Patrícia e Rodrigo, pelas visitas revigorantes; Davi pelo incentivo e

companhia, Galiotto e Priscilla pelos bons finais de semana nos Ingleses, Roberto e Adriana por tantos passeios às praias, Rambo pelas risadas e pelo exemplo de profissionalismo, em especial a Fábio e Cynthia, pelo carinho, apoio e ajuda em todos os momentos que necessitei principalmente naqueles meses que estive longe da pessoa que mais amo.

È a ele que dedico mais do que agradecimentos. Luiz, a você não agradeço apenas por ter revisado cuidadosamente as primeiras versões do trabalho, nem por todos os dias de incentivo e apoio, ou pelo carinho e dedicação que destinas a mim. Obrigada Luiz pela ternura da sua companhia, por se mudar comigo para este novo mundo que escolhemos, por atribuir crédito às minhas duvidosas capacidades, muito mais, do que eu um dia ousaria. A você querido, não devo apenas agradecimentos. A você devo uma esperança no futuro e as cores do meu dia. A você devo tudo.

*Agora eu era o herói
E o meu cavalo só falava inglês
A noiva do cowboy
Era você
Além das outras três
Eu enfrentava os batalhões
Os alemães e seus canhões
Guardava o meu bodoque
E ensaiava um rock
Para as matinês
Agora eu era o rei
Era o bedel e era também juiz
E pela minha lei
A gente era obrigada a ser feliz
E você era a princesa
Que eu fiz coroar
E era tão linda de se admirar
Que andava nua pelo meu país
Não, não fuja não
Finja que agora eu era o seu brinquedo
Eu era o seu pião
O seu bicho preferido
Sim, me dê a mão
A gente agora já não tinha medo
No tempo da maldade
Acho que a gente nem tinha nascido
Agora era fatal
Que o faz-de-conta terminasse assim
Pra lá deste quintal
Era uma noite que não tem mais fim
Pois você sumiu no mundo
Sem me avisar
E agora eu era um louco a perguntar
O que é que a vida vai fazer de mim*

*Chico Buarque - João e Maria
Sivuca - Chico Buarque*

SUMÁRIO

	<i>Página</i>
Resumo	01
Abstract	02
Lista de Tabelas	03
Lista de Siglas e Abreviaturas	04
Lista de Anexos	06
Introdução	07
1. A atuação do Sistema de Justiça na efetivação dos direitos sociais	15
1.1. <i>A Constituição Brasileira e a efetivação dos direitos sociais</i>	15
1.1.1. Uma proposta comunitária	17
1.1.2. Eficácia social e/ou jurídica?	21
1.1.3. A questão da Constituição Dirigente	23
1.2. <i>Sistema de justiça e a efetivação dos direitos sociais</i>	26
1.2.1. Poder Judiciário: função social, crise e reformas	28
1.2.2. Ministério Público Estadual: atuação, limites e função	40
1.2.3. Judicialização de conflitos	49
1.3. <i>Direito à educação: teoria e efetividade em Santa Catarina.</i>	61
1.3.1. O direito à educação na Constituição Federal de 1988	62
1.3.2. O direito à educação na legislação infraconstitucional	71
1.3.3. O direito à educação na legislação Estadual e Municipal	79
2. O direito à educação básica como direito fundamental	85
2.1. <i>Natureza jurídica do direito à educação</i>	85
2.1.1. Conteúdo material do direito à educação	95
2.2. <i>Principais argumentos judiciais contra e a favor de benefícios concretos na área da educação</i>	103
2.2.1. Norma programática x direito público subjetivo	103
2.2.2. Separação dos Poderes x Interferência do Judiciário	110
2.2.3. Discricionariedade administrativa x controle judicial	119
2.2.4. Reserva do possível x exigências de concretização	124
2.3. <i>Garantia constitucional da prioridade absoluta da criança e do adolescente</i>	134

3. Retrato do Sistema de Justiça do Estado de Santa Catarina na efetivação do direito à educação básica	141
3.1. <i>Metodologia utilizada</i>	144
3.1.1. Método de Abordagem	144
3.1.2. Método de Procedimento e Técnicas de Pesquisa	145
3.2. <i>O Ministério Público da Infância e da Juventude</i>	155
3.2.1. Procedimentos Administrativos	157
3.2.2. Programa Apóia	160
3.3. <i>O Poder Judiciário</i>	166
3.2.1. Primeira instância	167
3.2.2. Segunda Instância	170
Considerações Finais	182
Referências	191
Anexos	207

RESUMO

Ante as desigualdades que assolam o Brasil, o direito à educação tem sido apontado muitas vezes como solução de vários problemas. Apesar disso, os índices brasileiros de atendimento nas escolas ainda não são adequados. É sabido que cabe principalmente ao Executivo e ao Legislativo a criação e a implementação de políticas públicas para efetivação dos direitos sociais. Diante da omissão dos governantes, discutem-se as vantagens e as desvantagens da atuação do Sistema de Justiça nessa função. Assim, realizou-se pesquisa empírica em Florianópolis com o intuito de verificar se o Ministério Público e o Judiciário, representados pelos órgãos da Infância e da Juventude, têm atuado positivamente na efetivação do direito à educação básica e apontar possíveis falhas do sistema. Como pano de fundo, no primeiro capítulo são definidos conceitos fundamentais à realização do trabalho, traçando perspectivas a respeito da Constituição na ordem jurídica nacional, a crise do Poder Judiciário e sua função dentro da temática proposta, as atribuições do Ministério Público nesta seara e o fenômeno da judicialização da política. Em seguida, caracteriza-se o direito à educação com base na legislação nacional, estadual e municipal. O segundo capítulo dedica-se primeiramente à discussão sobre a extensão do direito à educação, definindo um conceito material mais amplo que inclui várias garantias. Posteriormente, apresentam-se alguns argumentos utilizados nas decisões judiciais para a concessão ou negação do direito pleiteado. No terceiro capítulo é exposta a metodologia utilizada na pesquisa em fontes primárias e são abordados os dados coletados. Por fim, os resultados demonstram que o Ministério Público e o Poder Judiciário de primeira instância têm atuado positivamente na defesa deste direito. A avaliação do Judiciário de segunda instância, embora positiva, guarda algumas ressalvas, pois foi detectado um perfil mais conservador na apreciação das demandas, com baixa utilização do argumento da prioridade absoluta da criança e do adolescente, prevalecendo entendimentos relacionados a norma programática, separação dos poderes e discricionariedade administrativa.

Palavras-chave: Poder Judiciário. Ministério Público. Efetivação. Direito à educação.

ABSTRACT

In the face of the inequalities that devastate Brazil, the right to education has been claimed frequently as a solution to several problems. In spite of it, Brazilian rates of school supply are not yet appropriate. It is known that the creation and the implementation of public policies for the accomplishment of social rights are duties of Executive and Legislative Powers. In the face of the omission of the authorities the advantages and disadvantages of the juridical system performance in this function are discussed. Therefore, it was made a empiric research in the district of Florianópolis with the intention to verify if the Public Prosecution and the Judiciary Power, represented by the childhood and youth organs, have been acting positively in the accomplishment of the basic education right. Another aim was to indicate possible imperfections of the system. In the first chapter, fundamental concepts were defined: the perspectives regarding the Constitution in the federal juridical order, the crisis of the Judiciary and its function in the thematic proposed, the attributions of the Public Prosecution service in this subject and the phenomenon of the "judicialization" of the politics. Then, the right to education is characterized on the basis of the federal, regional and municipal legislation. The second chapter is dedicated to the discussion of the extension of the right to education. It is used a wider concept that includes some guarantees. Then, some arguments used in the judicial decisions are presented to the concession or the refusal of the right demanded. The third chapter is devoted to the exhibition of the methodology and the collected data. Finally, the results demonstrate that the Public Prosecution service and the Judiciary of first instance have been acting positively in the protection of this right. The evaluation of the Judiciary of second instance, although positive, reveals some exceptions. A conservative profile was detected in the appreciation of the demands: there is a low use of the argument of the absolute priority of the child and the adolescent. Understandings related to programmatic norms, power separation and administrative discretionality prevail.

Key-words: Judiciary Power. Public Prosecution service. Accomplishment. Right to education.

LISTA DE TABELAS

	<i>Página</i>
Tabela 1 - Taxa de atendimento de crianças e adolescentes no ano de 2000, a nível nacional regional e estadual.	67
Tabela 2 - Distribuição de freqüência dos tipos de processo encontrados nas promotorias da Infância e da Juventude de Florianópolis por ano	156
Tabela 3 - Distribuição de freqüência dos processos administrativos sobre direito à educação básica de acordo com o seu objeto e resultado final	158
Tabela 4 - Distribuição de freqüência dos avisos de Infreqüência escolar e do número de alunos que retornaram à sala de aula no Estado de Santa Catarina e em Florianópolis de acordo com o ano.	161
Tabela 5 - Distribuição de freqüência da taxa de abandono por ano, tipo de ensino e abrangência geográfica	163
Tabela 6 - Distribuição de freqüência dos procedimentos APOIA de acordo com o motivo da infreqüência escolar e seu resultado final	163
Tabela 7 - Distribuição de freqüência dos processos de primeira instância da Vara da Infância e da Juventude da Capital de acordo com o seu objeto e resultado final	168
Tabela 8 - Distribuição de freqüência dos processos de primeira instância da Vara da Infância e da Juventude da Capital com recursos da sentença de acordo com a sentença que está sendo recorrida e o resultado final	170
Tabela 9 - Distribuição de freqüências de acórdãos do TJSC e sentenças de acordo com a sua origem.	171
Tabela 10 - Distribuição de freqüência dos acórdãos do TJSC de acordo com o seu objeto, sentença e resultado final	173
Tabela 11 - Distribuição de freqüência dos acórdãos do TJSC de acordo com percentual de recorribilidade da sentença	174
Tabela 12 - Distribuição de freqüência dos acórdãos do TJSC sobre Vagas em creche de acordo com percentual de recorribilidade da sentença	230
Tabela 13 - Distribuição de freqüência dos acórdãos do TJSC sobre Transporte escolar de acordo com percentual de recorribilidade da sentença	230

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

- ADI - Ação Direta de Inconstitucionalidade
- ADIN - Ação Direta de Inconstitucionalidade
- ADCT - Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
- ACMS - Apelação cível em mandado de segurança
- ADPF - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
- AP CIV - Apelação Cível
- APÓIA - Aviso por Infreqüência de aluno
- CF/88 - Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
- CNJ – Conselho Nacional de Justiça
- CNPQ - Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico
- CEDECA - Conselho Estadual do Direito da Criança e do Adolescente
- CIJ - Centro de Apoio Operacional da Infância e Juventude
- CONANDA - Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, e
- CMDCA - Conselho Municipal de Direitos da Criança e do Adolescente
- CNPG - Conselho Nacional de Procuradores-Gerais
- CPC - Código de Processo Civil
- CPI - Comissão Parlamentar de Inquérito
- DES. Desembargador(a)
- DJ - Diário da Justiça
- ECA - Estatuto da Criança e do Adolescente
- EUA - Estados Unidos da América
- FICAI - Ficha do Aluno infreqüente
- IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
- INEP - Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira
- INESC- Instituto de Estudos Socioeconômicos
- FUNDEB - Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e Valorização dos Profissionais da Educação
- FUNDEF - Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério
- LDB - Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional
- MEC - Ministério da Educação

MI - Mandado de Injunção

MIN. - Ministro(a)

ONU - Organização das Nações Unidas

PDT - Partido Democrático Trabalhista

PEC - Proposta de Emenda Constitucional

PMDB - Partido do Movimento Democrático Brasileiro

PNAD - Pesquisa Nacional por amostragem de Domicílios

PPB - Partido Progressista Brasileiro

PSDB - Partido da Social Democracia Brasileira

PT - Partido dos Trabalhadores

PTN - Partido trabalhista Nacional

RBSTV - Rede Brasil Sul de Telecomunicação - Unidade TV

REL. - Relator(a)

RE - Recurso Extraordinário

RESP - Recurso Especial

RTJ - Revista Trimestral de Jurisprudência

SBPC - Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ - Superior Tribunal de Justiça

TJDF - Tribunal de Justiça do Distrito Federal

TJGO - Tribunal de Justiça do Estado de Goiás

TJMT - Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso

TJRJ - Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

TJRS - Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

TJSC – Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina

TJSP - Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

UNICEF - Fundo das Nações Unidas para a Infância

LISTA DE ANEXOS

	Página
1.1. <i>Lista de processos administrativos pesquisados na 10ª e 15ª Promotoria da Infância e da Juventude da Capital</i>	207
1.2. <i>Lista de procedimentos referentes ao Programa Apóia pesquisados na 10ª Promotoria da Infância e da Juventude da Capital</i>	217
1.3. <i>Lista de processos pesquisados na Vara da Infância e da Juventude da Capital</i>	222
1.4. <i>Lista de acórdãos pesquisados no site do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina</i>	227
1.5. <i>Tabelas a respeito dos percentuais de recorribilidade das sentenças referentes à Vaga em creche e Transporte Escolar</i>	230
1.6 <i>Requerimentos que autorizaram a realização da pesquisa</i>	231
1.7 <i>Apóia</i>	239

Introdução

Ante o quadro de desigualdades, violência e escassez que assolam o Brasil, o direito à educação tem sido apontado, muitas vezes, como o caminho para a solução de vários problemas. Apesar de alguma melhoria, os índices brasileiros de atendimento nas escolas e a qualidade da educação ainda não são adequados. É sabido, que cabe precipuamente ao Poder público a implementação e viabilização de políticas para efetivação dos direitos sociais. Mas, pergunta-se: e quando esses poderes são omissos, pode o Sistema de Justiça atuar na efetivação desses direitos? Este estudo se debruça sobre a temática da atuação do Sistema de Justiça na efetivação dos direitos sociais.

Questões preliminares

É importante mencionar a **formulação do problema** que foi levantado e examinado. Parte-se da percepção de uma série de direitos e promessas constitucionais não-realizadas no Brasil, dentre os quais encontra-se o direito à educação. Ante a atuação dos governantes, que nem sempre empreendem esforços para concretização desses direitos sociais, preocupava-se com as ferramentas disponíveis aos cidadãos para a realização desses direitos. Mesmo ante o conhecimento de muitas doutrinas que desaconselhavam a atuação do Sistema de Justiça nessa seara, observava-se a existência de muitos instrumentos ao alcance dos operadores jurídicos, como a Ação Civil Pública e o Mandado de Segurança, que podem contribuir para a efetivação desses direitos.

Por outro lado, é freqüente na doutrina jurídica e nos meios de comunicação o discurso sobre a inefetividade e lentidão do Poder Judiciário, levando-se a supor que este tem dificuldades em atuar na realização dos direitos sociais. Contudo, quando se analisa um conjunto de instituições que atuam em uma área específica – no caso a defesa dos direitos da criança e do adolescente –, algumas vezes encontram-se julgados que efetivamente, naquele caso concreto, produziram a realização do direito.

Apesar de concordar com a tão propalada crise do Sistema de Justiça, esses julgados instigaram a realização da presente pesquisa, na tentativa de aferir se o Poder Judiciário, mesmo com suas falhas, na temática do direito à educação tem se revelado tão ineficaz como pretendem os doutrinadores que se debruçam

sobre as deficiências desse Poder. Em contraponto a estas inquietações, a atuação do Ministério Público é outro motivo de dúvida. Ante a propalada deficiência do Poder Judiciário, quais são as medidas adotadas por esta instituição na garantia do direito à educação?

A **delimitação do tema** foi feita restringindo-se o estudo da atuação do Sistema de Justiça na efetivação dos direitos sociais a análise apenas do direito à educação. Foi realizada, ainda, uma delimitação temporal, analisando-se decisões proferidas no período de 2000 a 2005 e uma delimitação espacial estudando-se apenas a comarca de Florianópolis-SC.

A **importância e justificativa do tema** estão dispostas em duas balizas principais. A primeira está na preocupação em desenvolver mecanismos de efetivação dos direitos e promessas constitucionais. Admite-se a idéia de que o Sistema de Justiça não é, e nem deve ser, o principal meio de formulação e implementação de políticas públicas de efetivação dos direitos sociais. Entretanto, entende-se que há um papel a ser desenvolvido pelo Ministério Público e pelo Judiciário na efetivação desses direitos. Esta atribuição, apesar de ter sido conferida pela própria Constituição, tem esbarrado, muitas vezes, em construções doutrinárias e jurisprudenciais. Daí a relevância do tema abordado, tendo em vista a prioridade de se questionar, repensar estas argumentações e reconhecer as necessidades dos cidadãos e o dever de agir de cada instituição.

A segunda baliza está na proliferação de estudos sobre o Poder Judiciário que descrevem uma crise generalizada, com múltiplos fatores e conseqüências. Mesmo assim, ainda são poucos os estudos que, delimitando um campo de trabalho, tem diagnosticado a existência ou não dessa crise e o grau de comprometimento deste poder com a melhoria das condições de vida da população. A presente pesquisa, apesar de não tratar explicitamente dos fatores que levam a crise do Sistema de Justiça, apresenta um panorama da atuação de duas instituições, numa temática específica, com o intuito de verificar a contribuição que estas vêm oferecendo a realização dos direitos sociais.

Este trabalho, então, versará sobre a atuação do Ministério Público e do Judiciário na área da Infância e da Juventude não apenas de forma teórica, utilizando-se da bibliografia já existente, mas aproximando as discussões da realidade da comarca de Florianópolis. Mediante a utilização de dados empíricos, pretende-se contribuir para uma nova perspectiva sobre as discussões da crise do Sistema de Justiça. O estudo guarda, ainda, uma preocupação acerca da qualidade

da pesquisa jurídica que vem se produzindo no país. Pretende-se trazer alguma contribuição à metodologia da pesquisa aplicada ao Direito com a utilização de métodos quantitativos e estatística aplicada. Este trabalho é uma forma de demonstrar que a pesquisa jurídica pode valer-se de procedimentos empíricos de pesquisa, garantindo maior originalidade e experimentando novas formas de se trabalhar o direito.

Neste contexto, é **objetivo geral** do trabalho verificar se o Sistema de Justiça, representado pelos órgãos da Infância e da Juventude do Estado de Santa Catarina, da Comarca de Florianópolis, têm atuado positivamente na efetivação do direito à educação básica e apontar onde estão as possíveis falhas do sistema.

Este objetivo será concretizado mediante a formulação dos seguintes **objetivos específicos**: analisar o conceito de direito à educação básica, como um direito fundamental constitucionalmente assegurado; discutir o papel do Sistema de Justiça na efetivação do direito à educação básica; pesquisar as decisões proferidas pelo Poder Judiciário do Estado de Santa Catarina, no período de 2000-2005, sobre direito à educação básica (acesso e permanência na escola), apresentando o percentual de concessões favoráveis e contrárias à efetivação desses direitos e a motivação dessas decisões; e, por fim, investigar o cotidiano das Promotorias da Infância e Juventude da cidade de Florianópolis, as medidas judiciais ou extrajudiciais adotadas na efetivação do direito a educação básica e apontar as possíveis falhas.

Ante a propalada crise do Sistema de Justiça, tem-se como **hipótese central** que o Ministério Público e o Sistema de Justiça, representado pelos órgãos estatais atuantes na Comarca de Florianópolis, não tem cumprido seu papel na efetivação do direito à educação básica.

Estas são as bases colocadas para a realização da presente pesquisa. Verificando a atuação desses dois órgãos na efetivação do direito à educação, pretende-se inquirir sobre a possibilidade de realização desses direitos, refletindo sobre a crise do Poder Judiciário, do Estado e da ordem jurídica vigente.

Questões metodológicas

No detalhamento técnico, cabe esclarecer que se utilizará o método dedutivo como **forma de abordagem**. O tema proposto será analisado, num primeiro momento, a partir de teorias já formuladas sobre o papel de dois órgãos do sistema de Justiça na efetivação do direito à educação. Em seguida esta teoria será

aplicada à análise das decisões e documentos produzidos por estes órgãos no que tange ao direito à educação básica.

Como **métodos de procedimento e técnicas de pesquisa**, serão assumidas limitações temporal (2000 a 2005) e de assunto (direito à educação básica). Posteriormente, apresentar-se-á a análise estatística e os procedimentos utilizados nos quatro locais de pesquisa, quais são: o Centro de Apoio Operacional da Infância e Juventude do Ministério Público; a 10^a e 15^a Promotoria de Justiça da Infância e da Juventude de Florianópolis; a Vara da Infância e da Juventude de Florianópolis; e o site do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

Com os dados recolhidos, pretende-se traçar considerações a respeito da atuação das duas instituições estudadas, em seus diversos níveis, observando-se a sua contribuição na efetivação do direito à educação. Com a análise destas instituições não se quer apresentar um modelo que possa ser aplicado a todo o Brasil. Pretende-se apenas demonstrar como o Sistema de Justiça da Infância funciona em um dos estados brasileiros para, mediante isso, discutir vantagens e desvantagens da atuação judicial na seara das políticas públicas para a educação e outras formas de aceitação/apreciação de argumentos doutrinários e jurisprudenciais.

Por fim, assinala-se que a estruturação do trabalho compreenderá a sistematização de um roteiro que seguirá três capítulos.

O primeiro contempla o pano de fundo sob o qual o trabalho se desenvolve. Na primeira parte, serão definidos conceitos como direitos fundamentais e a forma como estes são entendidos na teoria constitucional (prerrogativas do cidadão perante o Estado ou direitos à prestação, conjunto de objetivos básicos da ação positiva dos poderes). Posicionando-se o trabalho dentro de uma proposta comunitária, visualizar-se-á a Lei Fundamental como um projeto social integrado por um conjunto de compromissos sociais da comunidade. Esses compromissos expressos nos direitos fundamentais, vistos como os objetivos últimos do Estado, devem orientar a atuação do legislador e dos tribunais.

A seguir será feita a distinção entre eficácia social e jurídica. Isto para que se tenha claro que o trabalho adotará a definição que relaciona a eficácia à possibilidade de produção concreta de efeitos. Entender-se-á como norma eficaz, quando a determinação contida na Constituição/88 e no Estatuto da Criança e do Adolescente forem efetivamente aplicadas e respeitadas.

O conceito de Constituição dirigente, forjado por José Joaquim Gomes Canotilho, em sua obra “Constituição Dirigente e vinculação do legislador” (1982) será o terceiro tópico abordado nessa primeira parte. Este assunto fez-se necessário para a compreensão da Constituição brasileira como uma Constituição compromissária, que embora possa guardar certas características marcadamente liberais, como a tripartição de poderes, cria compromissos na esfera econômica e social, que devem ser respeitados pelos governantes e operadores jurídicos.

A segunda parte do primeiro capítulo traçará um panorama sobre o Poder Judiciário e o Ministério Público na efetivação dos direitos sociais. Após uma breve caracterização dessas instituições, abordar-se-á os limites e possibilidades de atuação do Sistema de Justiça na realização destes direitos. Tal atuação não se dá de forma substitutiva a outras iniciativas, mas como um mecanismo complementar de luta pela concretização desses direitos. Nesta perspectiva abordar-se-á aspectos da crise do Poder Judiciário, sua função no Estado democrático de Direito, influência da cultura jurídica, do ensino do direito e às investidas de reforma deste Poder.

O Ministério Público, compreendido como importante ator político na concretização dos direitos sociais, merece destaque nesse estudo por funcionar, na maioria das vezes, como meio de comunicação entre os cidadãos e os provimentos judiciais. Feita uma breve caracterização desta instituição e sua crescente atuação política em conflitos cada vez mais complexos, este tópico se concentrará na atuação do *Parquet* na efetivação do direito à educação.

A judicialização da política, que mereceria por si só um trabalho de grande fôlego, representa tópico obrigatório neste trabalho. Não é possível tratar da atuação do Poder Judiciário e do Ministério Público na efetivação dos direitos sociais sem observar como esse processo de canalização de conflitos de dimensão política para o sistema judicial vem se desenvolvendo. Após delinear as vantagens e desvantagens da atuação política destas instituições, fixar-se-á entendimentos sobre a possibilidade e até o dever constitucional de que o Sistema de Justiça atue na defesa dos direitos fundamentais.

Cumprindo a delimitação do tema em relação ao direito à educação básica, na terceira parte deste primeiro capítulo será traçado um panorama sobre o direito à educação no Estado de Santa Catarina, reunindo-se os instrumentos jurídicos e alguns dados sobre a atual situação do oferecimento da educação básica.

Mas qual a extensão do direito à educação? Qual é o conteúdo material deste direito? É o direito à educação um direito fundamental? São sobre estes questionamentos que se debruça o segundo capítulo.

Na primeira parte, procurar-se-á situar o direito à educação como um direito fundamental. De natureza híbrida, o direito à educação assumiria ao mesmo tempo a perspectiva subjetiva, configurando-se como direito plenamente exigível pelo cidadão, e a dimensão objetiva, caracterizando-se como um elemento fundamental da comunidade a ser resguardado por políticas públicas. A despeito de qualquer controvérsia, pretende-se ter claro que o direito à educação é um objetivo constitucional que deve ser implementado numa atuação conjunta entre todos os entes estatais e a sociedade.

A seguir são dedicadas algumas linhas para tratar de um conceito mais amplo de direito à educação. Este direito vai além da disponibilização de vagas em escolas. É necessário que se assegure os subsídios necessários para a permanência na escola, como programas de material escolar, alimentação, uniformes, transporte, assistência à saúde, combate à evasão, escola próxima à residência e outros.

Na segunda parte do segundo capítulo serão abordados uma série de argumentos utilizados nas decisões judiciais para se conceder ou negar o direito pleiteado. A escolha destes argumentos foi balizada pela doutrina e pela incidência em julgados que tratam sobre a efetivação dos direitos sociais.

Desenvolvidos sempre na forma de contrapontos, o primeiro argumento será sobre o entendimento do direito à educação como uma norma programática a ser implementada na medida da discricionariedade do administrador ou como um direito subjetivo público, um dever constitucional que pode ser exigido judicialmente.

O segundo argumento refere-se à possibilidade ou não de atuação do Sistema de Justiça na efetivação dos direitos sociais. Tal conduta configurar-se-ia em interferência do Judiciário nos demais poderes ou uma atuação legítima do mesmo na posição de guardião da Constituição? Caracterizando-se a teoria da separação dos poderes procura-se traçar os limites da atuação judicial nesta seara.

Correlacionado com os dois entendimentos acima, o terceiro argumento tratar-se-á da discricionariedade administrativa. É papel judicial apreciar o mérito dos atos administrativos, para dizer da utilidade, da moralidade, de cada procedimento? E quando estas decisões violam os compromissos constitucionais como o direito à educação e o princípio da prioridade absoluta? Pretender-se-á reforçar a idéia de

que todo ato administrativo deve se desenvolver de acordo com a legislação vigente e os princípios constitucionais. Serão estes os limites do controle judicial do ato administrativo.

O quarto argumento preocupa-se com a dicotomia instalada entre as exigências legais/constitucionais de concretização dos direitos sociais e a impossibilidade do Estado em dispor de recursos financeiros para tanto. Até que ponto a simples alegação de que o Estado não dispõe de recursos financeiros para atender a demanda por acesso à educação pode servir de última justificativa para inviabilizar a criação de programas que possam proporcionar a efetivação deste direito a longo prazo? Este item pretenderá fixar, que a cláusula da "reserva do possível" - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais.

O último argumento mencionado será descrito na terceira parte do segundo capítulo e trata-se da garantia constitucional da prioridade absoluta da criança e do adolescente. Um tópico específico será dedicado exclusivamente para este argumento para que se possa dedicar algumas linhas à Doutrina da Proteção Integral.

Todas estas construções doutrinárias/ jurisprudenciais serão analisadas de forma teórica e valendo-se de julgados de vários tribunais do país. Utilizando-se de todo este embasamento apresentado, pretende-se visualizar, no próximo capítulo, como a questão da garantia a educação básica vêm sendo tratada pelo Ministério Público e Poder Judiciário, enfatizando-se a comarca de Florianópolis.

O terceiro capítulo dedica-se a exposição dos dados recolhidos na comarca de Florianópolis sobre a efetivação do direito à educação básica. Na primeira parte, será apresentada toda a metodologia utilizada na coleta dos dados. Posteriormente serão demonstrados os dados em relação ao Ministério Público da Infância e da Juventude, dividindo-se em procedimentos administrativos e processos oriundos do programa Apóia. Na última parte do terceiro capítulo são expostos os dados referentes ao Poder Judiciário, divididos em Primeira e Segunda Instância.

Foram pesquisados 621 processos, sendo 259 procedimentos administrativos encontrados no âmbito das Promotorias da Infância e da Juventude da Capital, 181 procedimentos referentes ao programa Apóia, 97 processos judiciais na Vara da Infância e da Juventude da Capital e 84 acórdãos recuperados do site do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

Com este estudo, espera-se estar contribuindo para as discussões sobre a possibilidade e limites da atuação do Sistema de Justiça na efetivação do direito à educação básica. É preciso que esta atuação se realize de forma mais consciente, com respeito não apenas a argumentos doutrinários e jurisprudenciais, mas precipuamente aos princípios e garantias constitucionalmente assegurados.

CAP 1. A ATUAÇÃO DO SISTEMA DE JUSTIÇA NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

1.1. A Constituição Brasileira e a efetivação dos direitos sociais

Muito se escreveu e ainda se escreve sobre a crise do Direito. A visão positivista que foi se consolidando a partir da modernidade não reflete mais os anseios da sociedade, não conseguindo atender as demandas originadas de uma realidade cada vez mais complexa e conflituosa.

A Constituição Federal de 1988 criou novos marcos jurídico-institucionais e formalizou vários direitos políticos, econômicos e sociais que exigem dos poderes públicos uma atuação mais incisiva para sua implantação. Dentre esses está o Poder Judiciário, que apesar de sua crise institucional precisa se adaptar para não se furtar ao papel de garantidor dos direitos sociais.

Um dos direitos sociais constitucionalmente assegurado é o direito à educação, previsto no art. 227 da Constituição Federal¹. Este dispositivo prescreve como sendo dever da família, da sociedade e do Estado, assegurar a criança, com absoluta prioridade, dentre outros, o direito à educação. Esse direito é apenas um dos direitos sociais (art. 6² da Constituição) ainda não efetivados. Mas qual é a extensão desses direitos sociais? A quem deve ser atribuída a tarefa de fixar o conteúdo desses direitos e dos demais direitos fundamentais? De quem é o papel de efetivar esses direitos? Quais são as ações que asseguram e viabilizam os direitos sociais? É o direito à educação um direito fundamental? Estes são alguns questionamentos que motivam a realização deste estudo.

Para o desenvolvimento deste tema é imprescindível, que se dedique algumas linhas à explicitação de categorias envolvidas num panorama da efetivação do direito à educação. São sobre essas categorias que este capítulo se debruça.

É muito comum, em várias pesquisas desenvolvidas sobre direitos fundamentais e suas possibilidades de efetivação, que os autores se restrinjam a expor diferentes modelos de classificação dos direitos constitucionalmente assegurados, fazendo a escolha por um deles. Em outros estudos, o autor limita-se

¹ Art. 227 da Constituição Federal. “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, crueldade e opressão.”

² Art. 6^o da Constituição Federal. “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

a uma descrição formal desses modelos e categorias sem efetuar posicionamentos sobre os mesmos. Apesar de não se tratar de uma pesquisa inserida na filosofia constitucional, é primordial, inclusive para a compreensão dos demais capítulos, que algumas questões de teoria / direito constitucional sejam abordadas, ainda que de forma sucinta, para que se possa observar a perspectiva em que o trabalho se desenvolverá.

Inicia-se pela expressão “direitos fundamentais”³. De quais direitos especificamente se trata? Andrade (1998, p.11-13) visualiza três enfoques que podem ser dados ao estudo dos direitos fundamentais. A perspectiva filosófica ou jusnaturalista dedica-se ao estudo dessa categoria como os direitos dos homens em todos os lugares e períodos. A perspectiva universalista ou internacionalista visualiza os direitos fundamentais como os direitos de todos os homens em todos os lugares num determinado período. E a perspectiva estatal ou constitucional dedicar-se-ia ao estudo dos direitos fundamentais como direitos dos homens num determinado tempo e espaço. Adotando-se esta última perspectiva, esta dissertação versará sobre a efetivação dos direitos fundamentais, especificamente o direito à educação, tomando como base o cenário brasileiro e as diretrizes da Constituição de 1988. É na dimensão concreta dos direitos fundamentais tais como estão descritos na Constituição que se concentrará este estudo.

Quando se fala em Constituição são inevitáveis alguns questionamentos sobre a posição na ordem jurídico-política reservada a Magna Carta: quando se fala em direitos fundamentais estes serão entendidos como prerrogativas do cidadão perante o Estado (direitos de defesa/liberdades negativas de interesse individual) ou como direitos à prestação (liberdades positivas, conjunto de objetivos básicos da ação positiva dos poderes)⁴? A Constituição é condição de legitimidade da ordem jurídico-política, estabelecendo um projeto social integrado por um conjunto de compromissos sociais, ou um instrumento para preservar liberdades negativas, assegurando autonomia moral dos indivíduos (CITADDINO, 2000, p. 161)? São estes posicionamentos obrigatórios em se tratando da discussão sobre efetivação dos direitos fundamentais.

³ De plano é importante esclarecer que a configuração do direito à educação como direito fundamental será trabalhada no item 2.1 deste estudo.

⁴ Esta diferenciação é feita por vários autores, partindo de um conceito elaborado por Jellinek, dos quais se pode citar Canotilho (1999, p.541-547) e Sarlet (2004, P.127).

1.1.1 Uma proposta comunitária

Na tentativa de esclarecer o leitor acerca desses posicionamentos, valer-se-á de excelente trabalho de Gisele Cittadino (2000). A autora desenha três diferentes concepções acerca de categorias como pluralismo, direito, justiça e constituição, dedicando seus estudos ao apontamento de semelhanças e divergências entre os liberais, comunitários e críticos deliberativos⁵. Durante toda a obra e especificamente no primeiro capítulo, são tecidos os meandros de um constitucionalismo comunitário no Brasil. Valendo-se do próprio texto da Constituição (1988) e de constitucionalistas brasileiros,⁶ portugueses e espanhóis, que também serão usados no presente trabalho, a autora descreve uma série de argumentos comunitários que caracterizam o ordenamento jurídico brasileiro. Sem pretender esgotar a matéria, far-se-á uma exposição de algumas facetas dessa dimensão comunitária com o intuito de trazer elementos para a discussão que se dará a seguir a respeito da efetivação dos direitos fundamentais.

Contra a cultura jurídica positivista, parte dos constitucionalistas brasileiros mencionados participou do processo constituinte de 1988, a fim de colaborar com a elaboração de uma Constituição adequada à conformação justa no país. A nova ordem constitucional brasileira deveria ser uma estrutura normativa que incorporasse os valores éticos de uma comunidade histórica concreta. Nesse sentido é que foi confeccionada uma Constituição, considerada extensa por alguns, que pretendia incorporar anseios e direitos de vários setores da sociedade.

O pensamento comunitário representados por Michael Walzer e Charles Taylor⁷, enfatiza a multiplicidade de identidades sociais e culturais étnicas presentes na sociedade. Ao contrário dos liberais, os comunitários não acreditam que as regras

⁵ Os representantes mais importantes da teoria liberal e crítico deliberativa, são, respectivamente, John Rawls e Jürgen Habermans. Essas duas correntes doutrinárias não serão trabalhadas a fundo neste estudo sendo mencionadas apenas quando necessário para melhor classificar o pensamento comunitário.

⁶ Dentre eles, José Afonso da Silva, Paulo Bonavides, Fábio Konder Comparato, Eduardo Seabra Fagundes, Dalmo de Abreu Dallari, Joaquim de Arruda Falcão Neto. E no pensamento Constitucional espanhol e português: José Joaquim Gomes Canotilho, Jorge Miranda, José Carlos Vieira de Andrade e Antonio Enrique Pérez Luño. A vinculação desses autores segundo CITTADINO (2000, p.23) estaria na defesa do relativismo ético comunitário, na concepção da Constituição como ordem jurídica fundamental que incorpora os valores de uma comunidade histórica concreta.

⁷ Vide Taylor (1994) e Walzer (1993, 1995 e 1999). Outro importante teórico dessa corrente, responsável pela teoria da Integração é Rudolf Smend que em 1928 publicou o seu livro Constituição e Direito constitucional em que era apresentada a Teoria da Integração como alternativa ao positivismo jurídico. Para Smend o aspecto relevante da Constituição não é o da normatividade da Constituição, mas sua ordem permanente e contínua. Esta visão da Constituição como ordem integradora, graças a seus valores materiais próprios, dá origem à teoria material da Constituição, ligada ao predomínio das Constituições programáticas. Sobre o assunto vide Bercovici, (2004, p. 10).

do mercado possam regulamentar a escassez de bens sociais, mas defende a idéia de uma sociedade civil organizada que atue para contrabalançar as desigualdades decorrentes deste critério de distribuição de bens. Dando prioridade a valores como a soberania popular e a participação ativa dos cidadãos em detrimento a autonomia privada, os comunitários não esperam que o Estado trate igualmente cidadãos que possuem valores e condições sociais desiguais. É admitido e ambicionado que o Estado interfira para a realização dos compromissos sociais firmados na Constituição. De forma semelhante, a Justiça não é entendida como uma solução imparcial de interesses, mas sim de um consenso ético fundado em valores compartilhados historicamente na sociedade (CITTADINO, 2000, p.122).

Enquanto a idéia liberal de Constituição preocupa-se em preservar o conjunto de liberdades negativas a fim de assegurar a autonomia moral dos indivíduos, os comunitários visualizam a Lei Fundamental como um projeto social integrado por um conjunto de valores da comunidade, um complexo de compromissos sociais. A Constituição-garantia visualizada pelos liberais pretende assegurar através da constitucionalização das liberdades básicas, o direito de cada indivíduo realizar o seu projeto pessoal de vida⁸.

Da mesma forma se dá também com o conceito de direitos fundamentais⁹. Para os liberais os direitos fundamentais são liberdades negativas, direitos individuais usados como trunfos contra a intervenção do Estado. Os comunitários os percebem como liberdades positivas, compromissos sociais que devem ser realizados na efetivação do projeto constitucional. As garantias individuais não são pensadas como valores subjetivos, mas como fins da comunidade, um valor garantido constitucionalmente. Recusam a idéia de direitos subjetivos públicos e prefere direitos fundamentais do homem. Para o pensamento comunitarista, esses compromissos expressos nos direitos fundamentais, vistos como os objetivos últimos do Estado, devem orientar a atuação do legislador¹⁰ e dos tribunais (CITTADINO, 2000, p.16, 17 e 182).

Esta característica constitucional de orientar a atuação dos órgãos públicos revela um posicionamento acerca do papel que a Constituição deve exercer

⁸ Para um aprofundamento nesta matéria vide Rawls (1995).

⁹ O conceito de Direitos fundamentais será mais bem desenvolvido no Cap. 2.1 sendo o objetivo da menção aqui descrita apenas auxiliar na confecção do ideal comunitário.

¹⁰ Para esta tarefa o ideário comunitário se aproxima da concepção de Constituição da Nova Hermenêutica Alemã, representados por Friedrich Muller, Konrad Hesse e Peter Häberle. Parte-se da idéia de que o ordenamento constitucional não pode ser um sistema normativo, completo e fechado. A Constituição seria uma “estrutura aberta” incompatível com qualquer interpretação metodologicamente formalista (Häberle, 1997)

na ordem jurídica de um país. Virgílio Afonso da Silva (2005, p. 111-115), preocupando-se também com a questão de se definir o conceito de Constituição e sua relação entre os direitos fundamentais, traça diferentes concepções de Constituição que deixam uma maior ou menor capacidade de conformação da ordem jurídica para o legislador. Dentre as classificações propostas, merece destaque a idéia de uma Constituição-fundamento. Segundo este conceito a Constituição seria a Lei Fundamental não somente de toda a atividade estatal e das atividades relacionadas ao Estado, mas também a lei fundamental de toda a vida social (SILVA, 2005, p.112). Silva (2005), embasando-se em críticas a pretensão totalizante de uma Constituição-fundamento, inclui as constituições chamadas de “dirigentes”¹¹ dentro desse conceito, ante o seu condão de fixar um plano de ação para a transformação da sociedade.

Há outros indicativos de que a Constituição de 1988 contempla as diretrizes do pensamento comunitário. Logo no primeiro artigo a Carta Magna traça os valores supremos da Nação, dentre eles a dignidade da pessoa humana, para que caso necessário em sua atuação os magistrados, legisladores e membros do executivo possam se valer de tais valores¹². De acordo com o ideário comunitário, a efetividade das normas constitucionais protetoras dos direitos sociais depende, primeiramente, do grau de participação e da adesão dos cidadãos frente aos fundamentos constitucionais. São esses intérpretes informais que podem evitar que as políticas públicas destinadas a atender demandas sociais não sejam destruídas por interpretações judiciais da Constituição atreladas ao velho paradigma liberal defensor da autonomia privada (CITTADINO, 2000, p.51). Mesmo sendo raramente utilizados, também através de instrumentos como o plebiscito, a iniciativa, o referendo popular, e a participação direta do cidadão na formação dos atos governamentais, o constituinte brasileiro dá mostras de seu alinhamento ao pensamento comunitário, ao oferecer mecanismos de atuação para uma sociedade civil organizada.

Entretanto, é sabido, pela forma como se desenvolveu o processo constituinte no Brasil¹³, que a Constituição/1988 não traduz perfeitamente a

¹¹ Trata-se da idéia de dirigismo constitucional construído em CANOTILHO (2001, p.224), que será tratada adiante em tópico específico.

¹² A questão de obrigatoriedade de efetivação dos direitos fundamentais prevista no art.5º, §1º, que também indicaria um dever de aplicabilidade imediata dos compromissos constitucionais será tratada no item 2.1 deste estudo.

¹³ As diversas rupturas com a legalidade vigente, os longos anos da ditadura militar, as freqüentes violações dos direitos fundamentais nas camadas mais desfavorecidas da população, revelariam a

identidade e história comum da nação, como exige a teoria comunitária. Ainda assim, a Lei Fundamental efetuou uma série de compromissos que devem ser respeitados, dentre eles os princípios a igualdade e dignidade humana. Contudo, a cultura jurídica brasileira muitas vezes mostra traços liberais, marcadamente positivistas, com a defesa de um Estado imparcial e um Judiciário neutro, pois esta seria a única forma legítima de se garantir a autonomia dos cidadãos na realização de seus projetos de vida.

Mas a demonstração mais importante da orientação comunitária da Constituição/88 seria a criação de mecanismos de controle da atuação estatal (mandado de segurança, ação popular, mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão), que revelariam o dever de ação do Estado e o direito dos cidadãos a prestações positivas por parte do Poder Público. Diferenciando-se de um Estado liberal, em que se cultua um Estado mínimo não intervencionista, o Estado social esculpido pelo texto de 1988 está a exigir a atuação do Poder Público de forma a que se assegure a concretização de direitos e garantias fundamentais.

Outro agente de efetivação dos direitos sociais, segundo os preceitos comunitários, seria o Judiciário que tem papel político relevante no sistema constitucional. Autorizar uma ação política incisiva do Judiciário não quer dizer que os juízes agirão sem independência, sem imparcialidade e de acordo com seus próprios interesses. O papel que os comunitários esperam do Judiciário se adequa aos anseios atuais dos cidadãos: uma ação de inclusão que concretize¹⁴ a Constituição para eliminar as perversas desigualdades sociais que caracterizam a sociedade brasileira (CITTADINO, 2000, p.64/65). Esta atuação judicial, segundo o ideário comunitário, deve se desenvolver orientada pelos valores / compromissos expressos na Lei Fundamental. Os comunitaristas atribuem ao povo, e não aos juízes (como fazem os liberais)¹⁵, a tarefa de interpretar a Constituição¹⁶ e definir seu conteúdo nos processos legislativos. Todavia, caberia ao Judiciário, como

inexistência de uma integração ética necessária a consecução de valores constitucionais que representassem essa identidade constitucional (CITTADINO, 2000, p.229).

¹⁴ A concretização da vontade geral declarada na Constituição seria, como preceitua (Vianna et al, 1999, p. 40), uma tarefa inacaba confiada às futuras gerações, às quais competiria garantir a efetividade do sistema de direitos constitucionalmente assegurados por meio dos recursos procedimentais dispostos em seu próprio texto. A política se judicializa a fim de viabilizar o encontro da comunidade com os seus propósitos, declarados formalmente na Constituição.

¹⁵ Os representantes do ideário comunitário já citados, Taylor e Walzer, recusam a teoria do Judicial Review, propostos por Dworkin (2002), como forma de assegurar a integridade da Constituição e dos direitos individuais nas democracias contemporâneas.

¹⁶ Esta é a noção de “comunidade dos intérpretes” proposta por Habermas (1997).

função primordial, a aproximação dos direitos constitucionalmente assegurados e a realidade social

1.1.2 Eficácia social e/ou jurídica?

Ao se estudar a efetivação dos direitos sociais é imprescindível que se tenha claro o conceito de efetividade. Eficaz é todo ato idôneo para atingir a finalidade para o qual foi gerado. Consiste na capacidade de produzir efeitos. Sarlet (2004, p. 227), preocupado com esta questão, concentra-se na diferenciação entre vigência e validade. O primeiro conceito refere-se à própria existência da norma e o segundo preocupa-se com a adequação da norma ao ordenamento jurídico. A existência da norma independe de sua validade, mas sua eficácia só se dará quando comprovada a validade da mesma.

Silva (2003), em obra clássica sobre o assunto, diferenciou a noção de eficácia social e eficácia jurídica. Ao defender que toda norma constitucional possui eficácia jurídica, sendo aplicável nos limites do seu teor normativo, o autor referia-se a potencialidade das normas para produzir efeitos jurídicos. Tratar-se-ia de uma aptidão formal para vigorar no ordenamento jurídico e reger situações concretas. Não há norma constitucional que se deva atribuir um valor de conselho ou aviso.

A eficácia social, entretanto, conforme já preceituava Kelsen (1991, p.29/30) refere-se à verificação de que uma norma é de fato aplicada e obedecida. Simboliza a aproximação tão íntima quando possível entre o “dever-ser” normativo e o “ser” da realidade social. Refere-se a concretização do comando normativo, sua força operativa no mundo dos fatos (Barroso, 2000, p. 84/85).

Virgílio Afonso da Silva (2005, p. 55-56), ainda se preocupa em distinguir o conceito de eficácia com o de aplicabilidade. Segundo o autor a norma pode ter eficácia (apta a produzir efeitos), mas não produzir conseqüências jurídicas, por não ser aplicável em determinadas situações concretas. Tal fato, entretanto, não interfere na eficácia da norma. Já a aplicabilidade requer conexão entre fatos e normas. Trata-se de condição de adequação entre eles. *“Norma aplicável é aquela que não somente é dotada de eficácia - capacidade de produzir efeitos - mas também cujo suporte fático se conecta com os fatos de um determinado caso concreto”* (SILVA, 2005, p. 57). Como descrito, essa diferenciação só faz sentido no caso da eficácia jurídica, sendo, a aplicabilidade, usada como sinônimo de eficácia social.

Neste trabalho será enfatizada a análise da eficácia do direito fundamental, a possibilidade de sua exigibilidade e aplicabilidade. Entende-se que a questão da eficácia jurídica e social são fenômenos conexos, pois se não ocorrer a primeira, a segunda revela-se impossível. Tem-se conhecimento que a eficácia social está depois do plano de aplicação da norma, pois trata-se, por exemplo, da real construção de uma creche após determinação judicial.

Este estudo, apesar de focar e analisar a questão da aplicabilidade do direito fundamental, não tem por objetivo verificar a eficácia social. Não se objetiva nesse estudo desenvolver mecanismos para aferir se as sentenças e liminares judiciais foram cumpridas. A pesquisa preocupa-se com a questão da eficácia social, mas aproxima-se muito mais da questão da eficácia jurídica. Discutir-se-á possibilidades de argumentos judiciais e doutrinários e será traçado apenas um esboço da eficácia social do direito na comarca analisada.

Adotar-se-á, portanto, a definição que relaciona a eficácia à possibilidade de produção concreta de efeitos. Entender-se-á como norma eficaz, quando a determinação contida na Constituição/88 e no Estatuto da Criança e do Adolescente forem efetivamente aplicadas e respeitadas.

Com isso, espera-se estar esclarecendo, todavia, que o direito à educação, positivado na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente, não será visto como um direito meramente formal, que será implementado na medida da conveniência e interesse da classe dominante. A garantia do direito à educação será compreendida como uma conquista da população menos favorecida, e como um instrumento de modificação de uma realidade social excludente e discriminatória. Não se defende a idéia que a Constituição, o Poder Judiciário e o Direito de uma forma geral possam ser grandes soluções para os problemas sociais. Contudo, é importante que o Direito se constitua como um instrumento estratégico da efetiva alteração das práticas vigentes, capaz de impulsionar a construção de uma organização social mais justa, com agentes sociais possuidores de uma concepção antidogmática, participativa e transformadora da sociedade¹⁷.

¹⁷ Acerca dos limites e possibilidades da realização do texto constitucional, vale conferir excelente trabalho de Hesse (1991).

1.1.3. A questão da Constituição Dirigente

O entendimento da Magna Carta como Constituição-fundamento e Constituição dirigente vão ao encontro dos anseios comunitários supramencionados e são coerentes com as proposições dos autores citados. Dedicar-se este tópico especificamente sobre o conceito de Constituição dirigente, forjado por José Joaquim Gomes Canotilho, em sua obra “Constituição Dirigente e vinculação do legislador”, publicada em 1982, por entender ter esse assunto sérias implicações para a compreensão deste estudo.

A Constituição dirigente trata-se de uma concepção da Lei fundamental formando um bloco de normas em que se definem fins e tarefas¹⁸ do Estado, e estabelecem-se diretivas e imposições. Uma constituição dirigente pressupõe que o Estado por ela conformado não seja um Estado mínimo, garantidor de uma ordem liberal focada nos direitos individuais e nos direitos de propriedade. Pelo contrário, que seja um Estado social garantidor de bens coletivos e fornecedor de prestações sociais, na tentativa de diminuir as desigualdades sociais. Além da organização estatal e os direitos civis e políticos, a Constituição dirigente traz uma série de direitos sociais, econômicos e culturais que não são apenas instrumentos de limitação ao poder estatal ou normas sem aplicação prática. As Constituições dirigentes além de organizar as clássicas atribuições do Estado liberal buscam criar condições de realização de uma justiça substantiva e de realização efetiva dos direitos ali colocados. A sua legitimidade decorre de sua pretensão de realizar uma justiça social e econômica (CANOTILHO, 2001, p. 34-35).

Esta concepção de Constituição Dirigente defendida pelo autor, em 1982, compreendia que as normas programáticas constitucionais sobre direitos sociais, econômicos e culturais eram capazes de obrigar o legislador a criar leis ordinárias que fixassem prestações positivas e de forçar o Poder Executivo a oferecer os serviços para a realização do direito assegurado. O autor entendia que os direitos sociais não poderiam ser reduzidos a um simples apelo do legislador,

¹⁸ A questão acerca de fins e tarefas do Estado será tratada adiante no momento em que se discutir a questão das normas programáticas, mas é importante destacar brevemente esta diferenciação. Canotilho (2001, p.286) ensina que as normas-fim e as normas-tarefa (geralmente designadas por normas programáticas) diferenciam-se pelo fato das tarefas se caracterizarem pelo elemento específico do dever jurídico. A realização de tarefas se assume como tendo um caráter de imposição instrumental ou como dever de atividade finalisticamente orientado. Contém assim a Constituição dirigente um conjunto de normas fundamentais que são verdadeiras imposições constitucionais de execução permanente e contínua. Estas imposições constitucionais não devem ser aplicadas como ordens constitucionais isoladas, nem observadas como limites da liberdade legislativa, mas sempre geridas e reguladas pelos fins constitucionais.

compreendendo-os como imposições constitucionais, legitimadoras de transformações econômicas e sociais.

Em outras obras posteriores a 1982¹⁹, o autor em certa medida atenuou o posicionamento acerca desse respeito declarando-se adepto de um “constitucionalismo moralmente reflexivo” citando Ulrich Preuss²⁰, em virtude de um descrédito na real efetivação e da “falência dos códigos dirigentes”. O autor, nessas obras mais recentes, nega a possibilidade de geração de direitos subjetivos na base de direitos constitucionais sociais e defende que somente o legislador ordinário seria legitimado a determinar o conteúdo concreto dos direitos sociais, sem vinculação estrita às normas programáticas.

Na reedição de “Constituição Dirigente e vinculação do legislador”, publicada em 2001, Canotilho inseriu um prefácio, expondo muitas das inquietações acerca de sua nova visão da Constituição dirigente. Ante a interessante e profunda discussão acadêmica instalada, interessa ao limites deste trabalho a visão sobre os direitos fundamentais como direitos que não podem ser rebaixados a simples declarações, normas programáticas ou fórmulas de oportunidade política. Em entendimento mantido em vários de seus trabalhos, o autor defende uma vinculatividade dos direitos fundamentais, mas não dispensa uma densificação operada através da lei (CANOTILHO, 2001, p.XV/XVI).²¹

Apesar de repudiar uma pretensão totalizante e planificadora da Constituição, como se esta pudesse dar conta de todos os problemas políticos e sociais, o autor reafirma a idéia de que o texto constitucional deve estabelecer premissas materiais fundantes das políticas públicas num Estado e numa sociedade que se pretenda democrática (CANOTILHO, 2001, p.XXX). Os direitos fundamentais seriam então, ao lado dos princípios estruturais e organizacionais do Estado, a positivação constitucional desses valores básicos que integram o núcleo substancial para fazer frente aos espectros da ditadura e do totalitarismo (SARLET, 2004, p.70).

¹⁹ Vide Canotilho 1998 e 1999.

²⁰ O desenvolvimento de um direito reflexivo, ou seja, um direito procedente de negociações, de mesas redondas, constitui uma tentativa para encontrar uma nova forma de regulação social. Para esta visão, Direito e Estado estariam esgotados, seriam incapazes de realizar de forma satisfatória as funções para as quais foram idealizados, cabendo a estes o papel de guia e não de direção da sociedade, procedendo-se a outorga aos diferentes subsistemas sociais da faculdade de autorregulação dos seus problemas internos com acentuada autonomia de atuação. Ligada a um pensamento pós-moderno, esta teoria afasta a idéia da unidade do Direito e a validade da afirmação de que o Estado é o centro monopolizador da violência física legítima. Sobre o assunto vide Dobrowolski (1997) e Faria (1996b, p.22).

²¹ Como será tratado no tópico 2.1, o direito à educação no Brasil, é suficientemente regulamentado, não esbarrando em nenhuma das restrições impostas.

A Constituição brasileira é uma Constituição compromissária que embora possa guardar certas características marcadamente liberais, como a tripartição de poderes, cria compromissos na esfera econômica e social. Vilhena Vieira, (2002, p.197), ao destacar o instrumento do Mandado de Injunção - infelizmente em desuso no Brasil- afirma que a Constituição de 1988 é uma Constituição dirigente, ou seja, que impõe ao legislador ordinário, assim como ao administrador, a viabilização de programas e objetivos por ela criados.

Desde o seu preâmbulo, a Carta de 1988, projeta a instituição de um Estado democrático "destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos".

As condições culturais, política e sócio-econômicas vigentes no Brasil²² exigem um desenvolvimento firme em direção a efetivação desses direitos. Nesse processo, o Poder Público e o Judiciário, mais especificamente, têm necessariamente um papel importante. É sobre esse novo posicionamento que versará o tópico seguinte.

²² Para aprofundamento sobre a implementação desta teoria no Brasil veja Bercovici (1999).

1.2. Sistema de justiça e a efetivação dos direitos sociais

Mediante a perspectiva do Estado como um dos mecanismos de efetivação dos direitos fundamentais e a perversa realidade brasileira das normas programáticas, permanece a pergunta: de quem é o papel de efetivar esses direitos?

O Estado democrático de Direito atribui ao Supremo Tribunal Federal, órgão máximo do Poder Judiciário a importante função de guardião da Constituição²³. Apesar disso, esta instituição encontra dificuldades para cumprir o papel de garantidor dos direitos sociais, envolta em uma crise propalada amplamente nos meios de comunicação e na doutrina jurídica. O atual estágio da ordem político-econômica mundial, caracterizado por um capitalismo globalizado, pelo exaurimento do modelo clássico liberal²⁴ da tripartição dos poderes e pela descrença nos mecanismos tradicionais de representação política, tem afetado profundamente o Poder Judiciário (WOLKMER, 2001, p.98).

A crise do Judiciário, representada principalmente por sua inacessibilidade, morosidade e custo, é agravada pelas críticas a respeito da legitimidade das decisões judiciais e idoneidade dos operadores jurídicos. Infelizmente são freqüentes as denúncias de corrupção (vendas de sentenças, utilização de cargos públicos para interesse pessoal²⁵ e outros)²⁶, e de recebimento de recursos privados para implementação de melhorias internas²⁷. São constantes

²³ Art.102 da Constituição. "Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [...]" Este dispositivo faz referência ao controle concentrado, mas vale lembrar que há em nosso país ainda o controle difuso, onde todos os órgãos do judiciário podem deixar de aplicar a um caso concreto, uma norma jurídica que julgar incompatível com a Constituição. Além disso todos obviamente devem atuar respeitando os princípios constitucionais e a legislação vigente.

²⁴ O liberalismo segundo WOLKMER (2002, p.74) denota "afirmação de valores e direitos básicos atribuíveis à natureza moral e racional do ser humano. Suas diretrizes são assentadas nos princípios da liberdade pessoal, do individualismo, da tolerância, da dignidade e da crença na vida. No aspecto econômico sustenta a propriedade privada, a economia do mercado, a ausência ou o mínimo controle estatal, a livre empresa e a iniciativa privada. Numa visão político-jurídica, está calcado em princípios básicos como: consentimento individual, representação política, divisão dos poderes, descentralização administrativa, soberania popular, direitos e garantias individuais, supremacia constitucional e Estado de Direito."

²⁵ As medidas da reforma (Emenda constitucional n. 45, de 08/12/04) adotadas contra o nepotismo, com a vedação da nomeação de parentes para cargos de confiança nos tribunais e juízos é um exemplo da desaprovação dessa conduta.

²⁶ Vale lembrar da "Operação Anaconda" que motivou a prisão de vários juízes dentre eles o juiz federal João Carlos da Rocha Mattos. Tudo isso deu fôlego à reforma do Judiciário.

²⁷ Conforme notícia publicado em 13/11/2004 (Silvana de Freitas, da Folha de S.Paulo, em Brasília), a indústria de cigarros Souza Cruz irá injetar R\$ 1,5 milhão em projetos de informatização da Justiça brasileira em parceria com a Escola de Direito do Rio de Janeiro da FGV (Fundação Getúlio Vargas). A iniciativa é do governo por meio do Ministério da Justiça. Questiona-se a isenção do Poder Judiciário em decidir causas que envolvam esta as empresas que financiam a melhoria no próprio aparelho judicial.

as exigências de reforma judicial porém, percebe-se uma ausência de esforços para definir o verdadeiro papel desta instituição na sociedade, e a escassez de medidas sérias para acabar com essa crise judicial generalizada. Como acentuou Wolkmer (2001, p.99), o alcance dessa crise do Judiciário:

[...] condiz com as próprias contradições da cultura jurídica nacional construída sobre uma racionalidade técnico-dogmática e calcada em procedimentos lógico-formais, e que na retórica de sua neutralidade é incapaz de acompanhar o ritmo das transformações sociais e a especificidade cotidiana dos novos conflitos coletivos.

Inúmeras são as dificuldades de atuação do Poder Judiciário, dentre as quais se podem mencionar: questões sobre o próprio acesso à justiça (falta de informação, alto custo do litígio), excesso de burocracia dos códigos processuais, a farta gama de recursos processuais, a morosidade processual, a carência de recursos humanos e materiais, comprometimento com os interesses da classe dominante e a baixa qualidade da formação dos operadores jurídicos no país, que se revelam mal-preparados para uma compreensão não-privatista do direito social.²⁸

Por outro lado, percebe-se que essa crise do Judiciário não é originariamente dele e sim do próprio Estado Nacional. Este vem passando por um deliberado processo de enfraquecimento, refletindo numa fragilização do próprio Poder Judiciário que acaba atendendo muitas vezes a interesses econômicos e a um projeto neo-liberal, individualista e globalizante²⁹ (STRECK, 2001, p.15).

Ante a este quadro, que revela a fragilidade do cidadão frente à possibilidade de realização dos direitos sociais postos na Constituição, pergunta-se: de quais ferramentas pode-se valer o cidadão para a efetivação desses direitos? Qual é o papel das instituições estatais na tentativa de sua realização? Os direitos sociais, frutos de anseios e conquistas de diferentes setores e movimentos sociais, podem ser realizados dentro de uma estrutura burocrática e comprometida com interesses das classes dominantes? Na tentativa de encontrar algum tipo de resposta a essas inquietações é que se realiza este estudo.

Para designar a atuação do Poder Judiciário e do Ministério Público, que trabalham de forma articulada e coesa em prol dos direitos da criança, será utilizada a terminologia Sistema de Justiça.

²⁸ ARAÚJO (2000) realiza um amplo transcurso histórico a respeito das tendências institucionais do Poder Judiciário e sua evolução estrutural, revelando-se um trabalho útil para um estudo mais abrangente das causas desta crise, intento que foge aos objetivos deste estudo.

²⁹ Para uma análise de julgados do Supremo Tribunal Federal que revela como muitas vezes a cúpula do Poder Judiciário opta por atender a interesses econômicos em detrimento das garantias fundamentais vide pesquisa de Colombo (2001).

1.2.1 Poder Judiciário: função social, crise e reformas

Após a edição da atual Carta Política, outras bases³⁰ foram plantadas no que tange ao tipo de Estado que se pretendia. Teoricamente deixava-se de lado a ideologia liberal e exigia-se do Estado uma atuação mais incisiva na consecução dos direitos fundamentais constitucionalmente reconhecidos, bem como na mitigação das desigualdades sociais. Não se pretende construir definições estanques sobre cada tipo de Estado mencionado e nem mesmo defender a idéia de um desenvolvimento de cada Estado em um período específico. Estas discussões juntamente com a divergência acerca da existência ou não do Estado Social em países periféricos como o Brasil mereceria, por si só, um trabalho de grande envergadura, o que foge aos objetivos deste estudo.

Apesar disso, é interessante quando se discute a função do Poder Judiciário, situar as diferentes funções atribuídas a este órgão frente às características do Estado liberal, do Estado Social ou Estado providência e no período atual caracterizado pela crise do Estado providência³¹. (SANTOS et al, 1996, p.33).

O Estado Liberal caracteriza-se pela valorização da propriedade privada, da iniciativa privada, dos direitos e garantias individuais e pela ausência de controle estatal na da economia do mercado. A idéia de governo limitado é a que mais interessa ao objeto do presente trabalho. Para garantir que o Estado não se tornasse arbitrário, a Constituição escrita torna-se um instrumento de controle do poder estatal, através da tripartição dos poderes e da declaração dos direitos fundamentais do homem. O sistema de separação de poderes³² surgiu como técnica utilizada principalmente para vincular o executivo à lei, tendo em vista os abusos cometidos pelo rei. O poder judicial é, na prática, politicamente neutralizado, e assume uma predominância do Poder legislativo. Este Poder Judiciário é reativo,

³⁰ Refere-se aqui a mudança de paradigma constitucional que acompanha a passagem do Estado Liberal para o Estado social que, pelo menos na teoria, – uma vez que na maioria das sociedades periféricas ante a deficitária realização dos direitos sociais o Estado providência ainda não se realizou completamente – se deu com a promulgação da Constituição de 1998. O Estado Social tem como principais características a intervenção do Estado e a promoção de serviços (reconhece-se a necessidade da intervenção estatal para corrigir as desigualdades sociais geradas pelo sistema capitalista). Situa-se um novo conceito de liberdade, na qual esta deixa de ser um vínculo negativo (uma garantia do cidadão contra a ingerência do Estado) para tornar-se um vínculo positivo, que só se concretiza mediante prestações do Estado.

³¹ Vale observar que esta separação muitas vezes tem um valor muito mais didático. Na prática, o mundo jurídico contemporâneo convive com as características de todos os modelos. Optou-se por conservar essa discussão na medida em que se possam visualizar posturas diferentes do Judiciário quando este se embasa num ou noutro modelo.

³² Esta teoria merecerá o aprofundamento necessário no item 2.2.2.

movimentando-se apenas quando solicitado e ao atuar na resolução de conflitos prioriza o princípio da segurança jurídica assente na generalidade e universalidade da lei. O período liberal testemunhou o desenvolvimento da economia capitalista e suas desagradáveis conseqüências, tais como o agravamento de desigualdades sociais e a explosão dos conflitos sociais coletivos.

O Estado providência ou Estado Social surge como resposta a essas conseqüências geradas pelo desenvolvimento do capitalismo. O Estado Social tem um componente promocional que culmina com a consagração constitucional dos direitos sociais (saúde, educação, moradia e outros). Com o passar do tempo, estes direitos passam a fazer parte de Constituições como a Carta mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar, de 1919³³. A intervenção do Estado é admitida e desejada para a implementação desses serviços. Surge um novo conceito de liberdade que não é exercido contra o Estado e sim mediante a atuação do ente estatal.

A proliferação de direitos causa o fortalecimento de atores e interesses coletivos de uma forma geral. No momento em que estes interesses coletivos e seus atores se confrontam com um Judiciário forjado nos ideais liberais (igualdade formal, neutralidade do juiz, positivismo e etc.), a legitimação processual formal em que os tribunais se apoiavam entrou em crise. A consagração dos direitos sociais tornou a relação entre a Constituição e o direito ordinário mais complexa³⁴. Os tribunais então foram colocados no seguinte dilema: se continuassem apegados a neutralização política do período anterior manteriam a sua independência, mas corriam o risco de se tornarem descartáveis ante o seu distanciamento da realidade; se aceitassem a sua cota de responsabilidade na atuação promocional do Estado, de modo a garantir uma tutela mais eficaz dos direitos do cidadão, correriam o risco de competir com os demais poderes e seriam questionados a respeito de sua legitimidade e campo de atuação (SANTOS et al, 1996, p.35). A opção pela segunda alternativa tendeu a ocorrer com maior probabilidade nos países onde os movimentos sociais pela conquista de direitos foram mais fortes.

A partir do final da década de 70 e início da 80, prolongando-se até os dias atuais, começam as manifestações da crise do Estado-providência nos países

³³ Muito embora a Constituição do México, de 1917, tenha sido a primeira a ambicionar um equilíbrio entre os direitos da liberdade e os sociais - podendo ser considerada o primeiro modelo de Estado Social de que se tem notícia - é a Constituição alemã de Weimar que servirá de texto inspirador das Cartas que reconhecem a importância da intervenção do Estado, especialmente por meio da proteção da família, da educação e do trabalho. (PEREZ LUÑO, 1998, p.40).

³⁴ Para um estudo aprofundado sobre o tema vide os trabalhos de Morais (1996) e (1997). Nestes estudos o autor preocupa-se com a construção de um direito que possa atender aos conflitos complexos.

centrais. Tal quadro caracteriza-se pela incapacidade financeira do Estado para atender às despesas sempre crescentes da providência estatal. Este período assinala-se pela desvinculação do Estado enquanto regulador da economia. A globalização dos mercados e a erosão da soberania estatal acarretam a produção de um direito transnacional, o surgimento de conflitos ainda mais complexos e mobiliza conhecimentos técnico-científicos cada vez mais sofisticados. O Poder Judiciário somatiza os problemas oriundos do período anterior com o despreparo técnico para atuar em questões cada vez mais complexas.³⁵ A questão do grau e duração dessa crise não será discutida, bem como saídas para a reversibilidade. Interessa a este estudo analisar o impacto dessa crise na atividade dos tribunais.

Na realidade brasileira a luta ainda é pela efetivação dos direitos sociais que, acima de qualquer argumentação acerca de sua aplicabilidade direta, constituem exigência inaderrável do exercício efetivo das liberdades e garantia de igualdade de oportunidades inerentes à noção de uma democracia e um Estado verdadeiramente de Direito (SARLET, 2004, p.70). A crise do Estado brasileiro, que não deixa de ser também uma crise de legitimação, está na incapacidade de tomar decisões relacionadas a programas econômicos, políticas públicas e planos administrativos e de implementá-las de modo efetivo, devido a crescente sobrecarga de problemas institucionais, conflitos sociais e demandas econômicas (FARIA, 1999, p.117-119). O grande problema reside exatamente no fato do Estado brasileiro possuir uma Constituição que preconiza a garantia e a efetivação dos direitos sociais fundamentais, vinculantes para a atuação da administração pública, e por outro lado adotar políticas econômicas que são responsáveis pelo desmantelamento desses mesmos direitos.

No Estado democrático de direito, o Poder Judiciário foi chamado para ser o guardião da Constituição. Agindo como mecanismo de controle dos demais poderes o Judiciário está, ao contrário do que pensam alguns³⁶, atuando de forma a fortalecer as instituições democráticas (LOBATO, 2001, p. 46). A implementação dos direitos fundamentais é pré-requisito à prática da democracia. É apenas com a sua

³⁵ Esta preocupação a respeito da defesa dos direitos da criança e do adolescente foi objeto da tese de doutorado de Veronese (1994). Com o advento do novo Estatuto da Criança e do Adolescente (1990) teria o Poder Judiciário condições em sua atual estrutura de responder as demandas cada vez mais complexas referentes aos direitos da criança e do adolescente? Bastos (2001) merece destaque por seu estudo na área da sociologia jurídica que também analisa a questão da dificuldade do Poder Judiciário de lidar com essas demandas. Faria (1992, p.37/39) faz interessante paralelo entre a estrutura e jurisdição do Estado Liberal e nos Estados periféricos da América Latina.

³⁶ Um discussão mais aprofundada acerca da atuação do Poder Judiciário como instituição democrática será feita no item 2.2.2 ao discutir-se a questão da separação dos poderes.

realização que todos poderão estar em pé de igualdade para a vida em sociedade. Quando o Executivo ou o Legislativo falta, é obrigação do Poder Judiciário a implementação do projeto constitucional. Trata-se do estabelecimento de certas condições sociais de vida sem as quais a própria idéia de cooperação social perde completamente o sentido.

No Brasil e nos outros países de transição democrática, só muito lentamente é que os tribunais têm assumido sua co-responsabilidade na atuação providencial do Estado. Os fatores dessa tibieza são muitos, dentre os quais se destaca o conservadorismo da cultura jurídica, reproduzida em faculdades de direito dominadas por concepção ultrapassadas de direito e sociedade; o desempenho burocrático assente na justiça retributiva politicamente hostil à justiça distributiva³⁷ e tecnicamente despreparado para ela; uma organização judiciária deficiente com carências em recursos materiais, humanos e técnicos; e por último uma legislação processual antiquada e distante da complexidade dos conflitos sociais (SANTOS, 1996, p.44). Ao discutir essas dificuldades encontradas pelo Poder Judiciário, pretende-se traçar um panorama sobre a realidade brasileira deste poder nos dias atuais.

Para repensar criticamente o paradigma da juridicidade estatal no Brasil, é inevitável o enfrentamento de toda uma tradição hegemônica de uma cultura jurídica marcada por uma visão formalista do Direito destinada a garantir valores de uma classe dominante. Esta visão defende categorias formuladas ainda na Revolução Francesa como a separação dos poderes, univocidade da lei, a racionalidade e a coerência lógica dos ordenamentos, a natureza científica da dogmática, o compromisso com a igualdade meramente formal e a neutralidade do Juiz.

A cultura jurídica brasileira já era apontada por Faoro (1977) e mais recentemente por Rosenn (1998) como materialização de condições histórico-políticas e das contradições sócio-econômicas desde o período imperial. A Carta de 1824, que embasou o arcabouço jurídico nacional, estava impregnada de idéias marcadamente liberais por influência da Revolução e do constitucionalismo francês, por um individualismo econômico e pelo acentuado centralismo político. Além disso,

³⁷ Essa distinção herdada de Aristóteles e São Tomás de Aquino nos parece fundamental. Enquanto na Justiça distributiva está se discutindo a distribuição do bem comum, a apropriação individual de benefícios sociais, na Justiça comutativa-retributiva o que está em jogo é a relação entre as partes, a administração de conflitos, o equilíbrio nas trocas individuais. O Poder Judiciário está majoritariamente envolvida com causas de justiça distributiva, direito à não-discriminação, proteção do meio ambiente, direito à saúde e outros. Infelizmente as causas de justiça retributiva no Brasil também não são poucas, tais como o cumprimento de cláusulas contratuais e a capacidade de punir infrações penais e administrativas. Vide discussão aprofundada sobre assunto em Lopes, 1994, p.23.

segundo Koerner (1998, p. 34 e 103), o sistema judicial era marcado por um elitismo conservador, desde a forma de se escolher os magistrados³⁸, até como se dava a jurisdição dos conflitos³⁹. Segundo Rosenn (1998, p.29-30) dentre as características que podem caracterizar a administração colonial, pode-se destacar a imensa papelada burocrática que decorria da falta de delegação do poder de decisão aos administradores da colônia. Esta cultura jurídica, inserida dentro do sistema de direito romano-germânico, adepta do individualismo liberal, do elitismo colonizador e da legalidade lógico-formal, caracteriza o modelo de legalidade que se implantou no país e que influencia a forma de proceder nos dias atuais, principalmente mediante a sua disseminação pelas faculdades de direito (WOLKMER, 2001, p.84).

As faculdades de direito não vêm contribuindo para a mudança dessa cultura jurídica, enraizada em premissas positivistas e privatistas. Apesar das poucas iniciativas em contrário⁴⁰, dentre as principais características do ensino jurídico atual encontra-se o tradicionalismo e o conservadorismo; desconhecimento da realidade e necessidades sociais; metodologia de aula-conferência; currículos voltados para as disciplinas dogmáticas; estudantes acomodados; corpo docente mal preparado; mercado de trabalho saturado; e a concepção ideológica do liberalismo (RODRIGUES, 1993, p. 15).

A crise do ensino do direito já era relatada por Arruda Júnior (1989, p.10) como a crise da escola superior de formação tecnicamente defasada, formalista e acrítica, da estrutura de distribuição da justiça centralizada e concentrada no judiciário; da técnica processualística complexa e complicadora da dinâmica do judiciário, do mercado de trabalho saturado e segmentado. As faculdades de direito na maioria dos Estados da federação pouco contribuem para a mudança de uma concepção de direito mais voltada à realização dos direitos sociais⁴¹.

Essas são algumas bases da cultura jurídica brasileira. Ocorre que esse mesmo modelo, encontra-se saturado ante as pressões por ausência de respostas

³⁸ A magistratura não era uma burocracia, porque não estavam fixadas normas pré-estabelecidas para ingresso, promoção e remoções. A magistratura era forma privilegiada de ingresso na carreira política imperial, servindo a atividade judicial apenas como forma de adquirir experiência (uma vez que passavam por diversos cargos governamentais) e onde era testada sua fidelidade política.

³⁹ A Reforma de 1871 visava garantir a jurisdição de conflitos locais com trabalhadores livres, às autoridades locais (juiz de paz) que podiam receber mais influências das minorias dominantes e cada região (juiz municipal).

⁴⁰ Muitas das seccionais estaduais da Ordem dos Advogados do Brasil-OAB têm desenvolvido estudos e cursos com professores da área jurídica, objetivando por meio da comissão de ensino jurídico, mobilizar esforços para a melhoria do quadro traçado.

⁴¹ Para uma discussão mais aprofundada acerca desta questão vide o nosso "Oficinas para o ensino do direito: uma contribuição de Vygotsky". In: COLAÇO, Thaís Luzia. Aprendendo a ensinar direito o Direito. Florianópolis, OAB/SC, 2006.

satisfatórias que atendam as demandas de novos direitos coletivos e pela concretização dos direitos sociais⁴².

Esse esgotamento do modelo jurídico reproduz uma crise vivenciada pelo próprio Estado-Nação frente os novos desafios da globalização. As mazelas do Judiciário são antes de tudo decorrentes de uma crise política de representatividade dos novos atores coletivos nas democracias burguesas (WOLKMER, 2001, p.98). A falta de legitimidade e representatividade dos cidadãos em relação aos órgãos políticos estatais vem exigindo do Judiciário assumir atividades cada vez maiores quer como instância de decisão de conflitos, quer como espaço de reconhecimento ou negação de reivindicações sociais⁴³.

Ao mesmo tempo em que é conclamado a ser o realizador desses novos direitos, frutos de recentes demandas e reivindicações sociais, o Judiciário encontra dificuldades em, utilizando-se dos instrumentos que possui, provenientes da herança histórico-política mencionada, cumprir o papel que lhe é exigido. A própria ineficiência judicial conduz a uma crise de legitimidade deste Judiciário decorrente de fatores internos, como o anacronismo de sua estrutura organizacional, e de fatores externos ante a insegurança da sociedade em relação à impunidade, à discriminação e à aplicação seletiva das leis (FARIA, 1994, p.52).

Tal crise de legitimidade é comprovada através de pesquisas de opinião públicas citadas por Pinheiro (2003b, p.4). Uma pesquisa realizada pela Vox Populi em abril de 1999 mostrou que 58% dos entrevistados consideravam a Justiça brasileira incompetente. E 89% dos entrevistados afirmavam que a Justiça era demorada. Outra pesquisa publicada pelo IBGE em 1990 já mostrava que dois em cada três brasileiros envolvidos em conflitos preferiam não recorrer à Justiça. E em 1993, o mesmo instituto obteve que 87% dos entrevistados diziam que “o problema do Brasil não está nas leis, mas na justiça, que é lenta”, e 80% achavam que “a justiça brasileira não trata os pobres e ricos do mesmo modo”. Diante desses percentuais e justificativas, se o Judiciário não despertar para a realidade social, política e econômica do país, aprendendo a lidar com os conflitos complexos poderá ser considerado como instituição irrelevante ou até mesmo descartável. A distribuição de justiça de forma equitativa, equilibrada e isonômica, realizadora da

⁴² Faria(1998, p.26) aponta como alternativa à cultura jurídica vigente uma reflexão multidisciplinar capaz de propiciar o desvendamento das relações sociais subjacente às normas e às relações jurídicas e de fornecer aos magistrados não apenas métodos mais originais de trabalho, mas também informações novas de natureza econômica, política e sociológica.

⁴³ Para um estudo aprofundado sobre a crise de legitimidade democrática do Poder Judiciário vide Castro Júnior (1998).

Constituição Federal, dos projetos nela inseridos e do próprio sentimento constitucional⁴⁴, é o que justifica a existência do Poder Judiciário.

Ao retornar à análise dos fatores pelos quais o Judiciário não tem atuado a contento no processo de efetivação dos direitos sociais, depara-se com a questão do tratamento de conflitos sociais coletivos⁴⁵. Na década de 80 consolidou-se a abertura política e a democratização e progressivamente foram despertando na população a consciência de seus direitos. Entretanto, essa demanda esbarrou em um Judiciário despreparado para atender a ampliação do acesso à Justiça no âmbito de um país reconstitucionalizado (FARIA, 1996, p.19).

O descompasso entre a oferta e a procura é flagrante quando se observa a taxa de congestionamento nos tribunais. Segundo dados de 2004 divulgados pelo Supremo Tribunal Federal⁴⁶, utilizando dados de todos os estados da federação, existiam, em média, 62.685 processos dentre casos novos e pendentes de julgamentos. Foram proferidas neste mesmo ano em média 22.204 sentenças, acórdãos, decisões e despachos que colocavam fim ao processo. Isto revelou uma taxa de congestionamento de 52,17%. Em alguns Estados como Bahia e Ceará essa taxa chegou a 89,42% e 93,56% respectivamente. A Taxa de congestionamento na primeira instância também não revela índices animadores, chegando a uma média nacional de 80,51%⁴⁷.

Esse baixo índice de decisão nos processos se deve, dentre outros fatores, a carga de trabalho dos juízes. De acordo com a mesma pesquisa, a carga de trabalho dos Tribunais estaduais era exorbitante. Somando-se as médias dos processos novos em 2004 (25.129) e dos processos já existentes (37.556), dividindo-se pelo número médio de juízes existentes em cada tribunal estadual (41), obtém-se um número aproximado de 1.483 processos para cada magistrado. Em se tratando de juízes de 1ª instância essa carga média de trabalho sobe para 3.042

⁴⁴ Sobre o assunto veja Verdú, (2004).

⁴⁵ Conforme esboçado quando se tratou do surgimento do Estado providência, a coletivação dos conflitos resultou de várias causas, dentre elas Herkenhoff (2001, p. 31) aponta as contradições de uma sociedade capitalista que aguça os conflitos na razão direta do aumento das taxas de exploração; o processo de urbanização que alcançou a sociedade brasileira nos últimos anos e a complexidade das relações sociais dela decorrentes; o distanciamento entre a ordem legal liberal e a demanda de direitos das grandes massas; o aumento da faixa de marginalizados e excluídos; o contraste estabelecido por um modelo de sociedade que oferece as mais sofisticadas formas de consumo, através dos meios de comunicação, mas não propicia à maioria do povo nem o direito de consumir o mínimo necessário.

⁴⁶ Esses dados foram divulgados no Seminário "A Justiça em Números: Indicadores Estatísticos do Poder Judiciário Brasileiro", disponível em: <<http://www.stf.gov.br/seminario/>>

⁴⁷ Os números em Santa Catarina são de 51,74% para os Tribunais e 86,87% para os Juízes de 1ª instância.

processos.⁴⁸ Tais indicadores revelam o assorramento das instâncias judiciais brasileiras. Esses números além de gerar uma natural frustração decorrente da morosidade e da ineficiência dos serviços judiciais contribuem para o aumento da insatisfação em relação a esse poder.

Faria (1996, p.19) aponta tal fenômeno como decorrente de uma crise de identidade das instituições judiciais brasileiras. Tal crise seria decorrente de uma falta de correlação entre as concepções de direito de uma série de leis básicas (Código Comercial de 1850, o recente reformado Código Civil de 1917, e etc.) e legislações mais recentes como o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código de Defesa do Consumidor e etc. Estas últimas são oriundas de concepções mais contemporâneas de direito e conflitos coletivos, enquanto as primeiras, ainda não modernizadas, provenientes de uma sociedade agrária - exportadora cujos valores, interesses e motivações não existem mais. A todo o momento, mesmo na aplicação das leis mais recentes, é retomada a ritualística e a procedimentalização advinda de influências coloniais. Tal procedimento é decorrente de uma cultura profissional da magistratura que padece de um excessivo conservadorismo e de uma visão individualista e formal dos conflitos.

Alguns juízes, com essa formação tradicionalista, se vêem em situações complicadíssimas já que, mesmo diante a complexidade dos conflitos, o Judiciário não pode deixar de se pronunciar. Se a ferramenta disponível (fórmulas lógicas de subsunção do fato à norma e a ritualísticas processuais) não funciona, a magistratura se sente impelida a exercer uma criatividade decisória que pode afrontar, para alguns autores, os limites da própria ordem legal⁴⁹. Ante a incidência de conflitos coletivos complexos, quando se tem dificuldade inclusive em se delimitar quem são os contendores, o Poder Judiciário deve se adaptar. Esta adaptação não passa sempre, como querem os críticos de uma atuação mais incisiva do Judiciário, por uma predominância do poder jurisdicional frente a esses poderes. Mas implica num compromisso de enfrentamento dos problemas sociais de forma mais dinâmica e coerente com os compromissos consagrados na Constituição.

É sabido que estas crises de eficiência e identidade do Judiciário podem exercer um impacto negativo nas crises econômica e política do país. Na opinião de Pinheiro (2003a, p. 4), o baixo desempenho do Judiciário estreita a abrangência da

⁴⁸ Em Santa Catarina, no segundo grau tem-se uma carga de trabalho de 1.842,75. Na primeira instância, essa carga de trabalho sobe para a impressionante cifra de 5.748,73, sempre referente ao ano de 2004.

⁴⁹ Nesse sentido, confira Faria (2004, p. 106).

atividade econômica, desencoraja os investimentos e a utilização do capital disponível, distorce o sistema de preços ao introduzir fontes de risco adicionais nos negócios e diminui a qualidade da política econômica. O referido autor alerta que:

[...] a morosidade reduz o valor presente do ganho líquido (recebimento esperado menos os custos), significando que o sistema judicial só em parte protege os direitos de propriedade. Em economias com inflação alta, se os tribunais não adotarem mecanismos de indexação adequados, o valor do direito em disputa pode despencar para 0 com bastante rapidez. Pode haver, assim, uma tensão em conciliar justiça com eficiência, quando se procura ao mesmo tempo alcançar decisões rápidas, bem informadas, que permitam amplo direito de defesa e que ao mesmo tempo incorram em custos baixos. (PINHEIRO, 2003a, p. 7).

Como se percebe, muitas vezes as discussões sobre a morosidade do Judiciário, que efetivamente causa problemas à população carente de um provimento judicial, não são atacadas na perspectiva do cidadão⁵⁰. A crise que assola o Judiciário tem seus reflexos na economia do país. Porém, o que se observa é a existência de uma construção teórica, repetida nas notícias divulgadas pelos diferentes meios de comunicação, nos quais o Poder Judiciário têm sua imagem constantemente denegrada e é responsabilizado, dentre várias mazelas, pela falta de crescimento econômico do Brasil. Maciel (2001, p.4) afirma que o desenvolvimento econômico perseguido pelo plano de reformas do Judiciário é finalidade a ser obtida pelos governos, é não tarefa do Judiciário. Segundo ele: “O Judiciário não produz e não deve produzir desenvolvimento econômico. O Judiciário produz e deve produzir justiça”.

Não se está a defender a posição de que as falhas do Poder Judiciário não têm nenhum reflexo no crescimento econômico do país. É claro que sim. Contudo, esta responsabilidade deve ser dividida igualmente entre os outros poderes e a iniciativa privada. Da maneira como algumas notícias são veiculadas, pode se perceber facilmente uma tentativa de responsabilização excessiva do Judiciário como mecanismo de desprestigiar ainda mais esse Poder. Essa constante agressão à imagem do Judiciário não se dá por acaso. Os meios de comunicação executam seu papel de formação de uma base de apoio popular a todo e qualquer tipo de reformas. Essas reformas em alguma medida, como será tratado a seguir, não têm se pautado em construir melhores condições para garantir os direitos do

⁵⁰ Como se verá adiante, essa preocupação de que o Poder Judiciário possa se tornar mais eficiente e mais célere, reduzindo os custos e o tempo dos litígios para favorecer o crescimento econômico, é típica de uma posição de reforma do Judiciário, defendida pelo governo e seus representantes, chamada de Judiciário mínimo (KOERNER, 1999, p.17).

cidadão. Esse plano de reformas ao responder a um projeto neo-liberal⁵¹, pretende garantir maior previsibilidade e celeridade, garantindo a propriedade privada e os interesses do mercado internacional⁵².

Estas dificuldades enfrentadas pelo Poder Judiciário no cumprimento de seu papel de co-responsável na atuação promocional do Estado e as críticas relacionadas à falta de legitimidade e morosidade de suas decisões motivaram o movimento de reforma do Poder Judiciário⁵³.

Koerner (1999) levantou 3 posições diferentes a respeito das reformas do poder judicial. A posição corporativa-conservadora, predominante entre profissionais da área jurídica, diagnostica a crise do Judiciário como a conjunção entre a insuficiência de meios e problemas internos de funcionamento. Para esta corrente são necessários apenas ajustes na forma de organização judiciária e na legislação, repudiando a implementação do controle externo (KOERNER, 1999, p. 11-13).

A posição do judiciário democrático considera que a configuração atual do Poder Judiciário leva ao isolamento dos juízes em relação aos problemas políticos e

⁵¹ O Banco Mundial através do documento que tem o título "O setor judiciário na América Latina e no Caribe – Elementos para reforma", identificado como Documento Técnico nº 319, de 1996, prevê claramente a necessidade de reformas de fundo nos Poderes Judiciários da América Latina e do Caribe. Propõe, então, um projeto de reforma global, com adaptações às condições específicas de cada país, mas com o mesmo princípio e a mesma lógica: quebrar a natureza monopolística do Judiciário, melhor garantir o direito de propriedade e propiciar o desenvolvimento econômico e do setor privado, fragilizando a expressão institucional do Poder Judiciário e tornando-o menos operante nas garantias de direitos e liberdades. Tudo isso desde que estejam em jogo as necessidades do capital, sobretudo do capital internacional, o que é, por certo, afronta direta à Constituição Federal e à soberania nacional.

⁵² Para aprofundamento desta questão vide Maccalóz (2002) e o meu artigo "Poder Judiciário, economia e mídia: uma reforma para quem?" publicado nos Anais da 58ª Reunião anual da sociedade brasileira para o progresso da ciência - SBPC, Florianópolis, Anais eletrônicos. São Paulo: SBPC/UFSC, 2006. Disponível em: <http://www.sbpcnet.org.br/livro/58ra>. 2006. Acesso 10 fev 2007.

⁵³ Para que se possa entender melhor como tudo teve início expõem-se alguns projetos de lei importantes que culminaram com a aprovação da Emenda Constitucional n.º 45, de 08/12/04. Em 29/03 de 1992, o Deputado Hélio Bicudo (PT/SP), apresentou à mesa da Câmara dos Deputados o PEC (Projeto de Emenda Constitucional) 096/92.

Em 30/09/95 foi apensada a esta o PEC 112/95, do Deputado José Genoíno (PT/SP).

Foram apensadas ao PEC 96/92 (que já tinha o PEC 112/95), os seguintes:

PEC 54/95 do Senado (PEC 500/97 na Câmara), do Senador Ronaldo Cunha Lima (PMDB/PB), que houve por bem instituir o "efeito vinculante"

PEC 127/95, do Deputado Ricardo Barros (PPB/PR), que aumenta para 75 (setenta e cinco) anos a idade para aposentadoria compulsória.

PEC 215/95, do ex-Deputado Matheus Schmidt (PDT/RS), que estabelece aposentadoria facultativa às mulheres, membros da magistratura, aos 25 (vinte e cinco) anos de serviço, após 05 (cinco) anos de efetivo exercício na judicatura.

PEC 368/96, (do Executivo), que atribui competência à Justiça Federal para julgar crimes praticados contra os direitos humanos.

Em 11/08/99, o PEC foi redistribuído à deputada Zulaiê Cobra (PSDB/SP), para relatar.

Em 07/06/2000 - Concluída votação da Reforma do Judiciário (PEC 96/92).

Em 07/07/2004 - Aprovada a Proposta de Emenda Constitucional n.º 29/00.

Em 08/12/2004 aprovação da Emenda Constitucional n.º 45.

Para um aprofundamento deste tema vide Chaves (2003).

sociais. Esta corrente preocupa-se com a questão do acesso à justiça pelas camadas mais carentes da população e com a pouca efetividade das garantias constitucionais à grande maioria da população. Questiona a idéia de aplicação neutra da lei, já que o juiz é pensado como um agente ativo, politicamente engajado na resolução dos conflitos individuais e coletivos. Opõe à criação da súmula vinculante e ao incidente de constitucionalidade pela sua concentração decisória unicamente nas cúpulas do Judiciário (KOERNER, 1999, p. 14-15).

A corrente do Judiciário mínimo é defendida pelo governo federal e seus representantes⁵⁴. Para esta posição, a crise do Poder Judiciário é causada pelos problemas de estrutura e de funcionamento dos seus órgãos e pelo crescimento da demanda. O principal objetivo da reforma deveria ser adaptar o Poder às condições da globalização, reduzindo os custos e o tempo dos litígios para favorecer o crescimento econômico. Esta visão apóia a criação das súmulas de efeito vinculante e do incidente de constitucionalidade como forma de promover a celeridade processual desejada e a criação do controle externo como mecanismos de oferecer maior racionalidade e visibilidade na gestão dos recursos públicos (KOERNER, 1999, p.17-20).

A mais recente medida de Reforma do Poder Judiciário trata-se da Emenda Constitucional n.º 45, de 08/12/04 que instituiu várias medidas após ampla discussão entre os profissionais da área jurídica e nos meios de comunicação. Não se aprofundará a pesquisa neste sentido, mas algumas medidas serão citadas com o objetivo de observar características do Poder Judiciário atual.

A Reforma do Judiciário abrangeu dentre outras medidas a criação de um Conselho Nacional de Justiça (CNJ), órgão de controle das atividades de toda a Justiça e de acompanhamento da execução orçamentária de cada Tribunal. Criado para servir como um mecanismo de gerenciamento e de controle administrativo do Poder Judiciário, o CNJ, instalado em 14/06/05, já está aberto à população e comunidade jurídica. Ele tem o papel de definir políticas de gestão administrativa em áreas como estatística, informatização e obras, entre outras. O CNJ também funcionará como uma instância disciplinar que fiscalizará a conduta dos servidores do Judiciário, magistrados, desembargadores e ministros. Os 15 conselheiros que

⁵⁴ Zaffaroni (1995, p. 30) já denunciava que por impulso de agências internacionais, o Judiciário latino-americano deveria se transformar em modelos empresariais (racionalizações administrativas) que tenderiam a desjuridicizar os juízes e transformá-los em técnicos empresariais preocupados com a "produção" (números de sentenças proferidas no mês), segurança jurídica e com a eficiência judicial. Essas características já podem ser vistas no processo de reforma do Judiciário em nosso país.

integram o órgão não podem, no entanto, interferir na atividade jurisdicional, ou seja, não podem revisar decisões dos juízes.

Outra medida polêmica é a criação da Súmula Vinculante. A Emenda Constitucional nº 45 acrescentou à Carta Política de 1988 o art. 103-A, que institui a súmula de efeito vinculante. O artigo dispõe que o STF poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei⁵⁵. Trata-se de instituto polêmico, que numa primeira análise parece atender a uma demanda de maior celeridade processual. Isso porque “padronizaria” entendimentos que deveriam ser seguidos pelos juízes de primeira instância (garantindo maior segurança jurídica) e impediria que diversos processos tivessem continuidade. Como conseqüência, desafogaria o Judiciário de processos repetitivos⁵⁶.

Por outro lado alguns críticos como Sadek (2004, p. 28), afirmam que é equivocado o entendimento de que a adoção da Súmula Vinculante descongestionará o Supremo Tribunal Federal. Isto porque as súmulas deverão ser interpretadas pelos julgadores, de forma que caberá ainda a Corte Suprema desatar as controvérsias, mas não mais por meio do Recurso Extraordinário, e sim, por meio da Reclamação. Além disso, a Súmula reservaria outro efeito negativo. Ela concentraria na cúpula judiciária a orientação final de questões que em muitos casos têm forte conotação política, com decisões consideradas conservadoras ou socialmente injustas. Em sendo assim, a aplicação dessas decisões não mais

⁵⁵ As primeiras Súmulas já estão sendo requeridas. O Partido Trabalhista Nacional (PTN) propôs ao Supremo Tribunal Federal a edição de súmula vinculante para determinar a incorporação do percentual remanescente e complementar ao índice de 28,86% aos militares e pensionistas. Na ação o partido requer também que sejam pagos os respectivos atrasados para aqueles que não receberam os índices de reajuste integralmente. O pedido do PTN está na Petição (PET 3419), ainda não julgada, cujo relator é o ministro Carlos Velloso. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/noticias/imprensa/ultimas/ler.asp?CODIGO=139586&tip=UN¶m=súmula%20vinculante>. Acesso 20 out 2006

⁵⁶ O Documento n.º 319 produzido pelo Banco Mundial (DAKOLIAS, 1996) disciplina a Reforma do Judiciário no Brasil e na América Latina e evidencia a urgência em se estabelecer limitação ao exercício da função jurisdicional pela base da magistratura, bem como a ampliação da Corte Suprema para se atingir a tão decantada previsibilidade jurídica. Pergunta-se, entretanto: Essa tão desejada eficiência, previsibilidade e segurança jurídica, que a Súmula vinculante poderá proporcionar, vêm na defesa de que tipo de interesses? O cidadão e a democracia serão os maiores beneficiados por essa verticalização do Poder Judiciário?

poderia ser resistida pelas instâncias inferiores, as quais são mais afinadas com a problemática social (SOIBELMAN, 2005).

Além destas duas medidas destacadas, a Emenda constitucional n.º 45 inseriu no art.5º da Constituição Federal que trata das garantias individuais, o inciso LXXVIII que assegura aos cidadãos, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Além disso, a referida reforma estabeleceu a autonomia das defensorias públicas; determinou a federalização dos crimes contra os direitos humanos; acabou com as férias coletivas estabelecendo-se a atividade jurisdicional ininterrupta; criou a quarentena, que proíbe dentre outras a atuação do juiz aposentado como advogado no Tribunal de que foi membro e por fim estabeleceu a uniformização dos critérios de concursos para juiz no país.

Este tópico procurou traçar um panorama do Poder Judiciário na sociedade brasileira. Procurou-se vislumbrar sua função na sociedade, relatar aspectos de uma crise de identidade e eficiência que o assola, e ainda caracterizar as dificuldades institucionais que têm dado causa a tal crise e o movimento de reforma que este Poder vem sofrendo. Tal retrato será útil para que se possa observar as ferramentas que o Poder Judiciário dispõe para atuar na contribuição de garantidor dos direitos sociais, especificamente o direito à educação. A seguir visualizar-se-á a atuação do Ministério Público sobre o tema.

1.2.2 Ministério Público Estadual: atuação, limites e função

Outro ator político, envolvido nesta temática e analisado pelo estudo, é o Ministério Público. Este órgão é de fundamental importância para a temática, pois tem atuação importante na defesa do direito à educação⁵⁷. Não cabe neste estudo apresentar amplo histórico institucional do Ministério Público⁵⁸ e aprofundar a discussão sobre todas as suas atribuições atuais. Far-se-á uma breve

⁵⁷ Merece nota a ementa do Recurso Especial Nº 822.570 - Santa Catarina (Rel. Min. Eliana Calmon), proferida em 27/06/06, em que ficou assentada a legitimidade do Ministério Público em exigir que, no planejamento municipal, sejam traçadas as prioridades e dentro delas as passíveis de atendimento, inclusive sobre educação infantil. Segue a ementa do acórdão:

ADMINISTRATIVO – ENSINO INFANTIL – CRECHE PARA MENORES – MANDADO DE SEGURANÇA – LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

1. Tem o Ministério Público legitimidade para, via ação mandamental, requerer o cumprimento de políticas sociais.

2. Hipótese em que a pretensão mandamental não pode ser seguida pela específica determinação.

3. Recurso especial improvido.

⁵⁸ Para tanto consulte Arantes (2002, p.19 e ss e p.76 e ss) e Lopes (2000, p.46 e ss). Sobre o histórico do Ministério Público Catarinense veja Bruning (2001).

caracterização seguida da exposição de dispositivos que são úteis para a análise da atuação desta instituição na defesa do direito à educação.

Este órgão estatal passou a ocupar posição de destaque no cenário nacional quando a Constituição/88 retirou o Ministério Público da alçada do Poder Executivo, conferindo-lhe autonomia administrativa e independência funcional⁵⁹. Deslocado da função de defender o Estado, ao Ministério Público é atribuída a condição de fiscal e guardião dos direitos da sociedade⁶⁰.

O Ministério Público assenta-se em três princípios fundamentais: unidade, indivisibilidade e independência funcional (CF, art. 127, §1º)⁶¹. Trata-se de instituição única, cujas funções são privativas e exercidas por representantes que atuam em nome da instituição, gozando de plena liberdade no que tange à formação da convicção jurídica e de ampla autonomia de atuação nos casos que lhe são afetos. Tal independência é assegurada pelas garantias da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos (CF, art. 128, § 5º)⁶².

⁵⁹ Para um aprofundamento sobre as funções e prerrogativas do Ministério Público vide: Lei Orgânica Nacional do Ministério Público - Lei 8625 de 12/02/1993 e Lei Orgânica do Ministério Público de Santa Catarina - Lei Complementar 197, de 13/07/00.

⁶⁰ MACHADO e GOULART, (1992) desenvolvem interessante trabalho estudando a atuação do Ministério Público como agente político da lei dentro da perspectiva do direito alternativo.

⁶¹ Art. 127 da Constituição. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

§1º - São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.

§ 2º Ao Ministério Público é assegurada autonomia funcional e administrativa, podendo, observado o disposto no art. 169, propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por concurso público de provas ou de provas e títulos, a política remuneratória e os planos de carreira; a lei disporá sobre sua organização e funcionamento.

§ 3º - O Ministério Público elaborará sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias. [...]

⁶² Art. 128 da Constituição . O Ministério Público abrange:

I - o Ministério Público da União, que compreende:

a) o Ministério Público Federal;
b) o Ministério Público do Trabalho;
c) o Ministério Público Militar;
d) o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios;

II - os Ministérios Públicos dos Estados.

[...]

§ 5º - Leis complementares da União e dos Estados, cuja iniciativa é facultada aos respectivos Procuradores-Gerais, estabelecerão a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público, observadas, relativamente a seus membros:

I - as seguintes garantias:

a) vitaliciedade, após dois anos de exercício, não podendo perder o cargo senão por sentença judicial transitada em julgado;
b) inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, mediante decisão do órgão colegiado competente do Ministério Público, pelo voto da maioria absoluta de seus membros, assegurada ampla defesa;
c) irredutibilidade de subsídio, fixado na forma do art. 39, § 4º, e ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 150, II, 153, III, 153, § 2º, I;

II - as seguintes vedações:

Colocado criativamente pelo constituinte em um capítulo à parte dos três poderes (intitulado “Das funções essenciais à Justiça”), com a prerrogativa de propor seu próprio orçamento e com autonomia funcional e administrativa, o Ministério Público passaria a figurar como um fiscal da aplicação da lei em benefício da sociedade e não mais do Estado (ARANTES, 1999, p.90).

Como instituição permanente, essencial à função jurisdicional, o Ministério Público pode atuar como fiscal da lei, intervindo todas as vezes que for detectado qualquer desrespeito à sua aplicação; e como parte da demanda, nos casos em que lhe é deferido o poder de ação. Esta última será enfatizada neste estudo.

Não se pretende enveredar pelas discussões a respeito de ser este órgão um quarto poder ou não. Fato facilmente perceptível é a clara intenção do constituinte de 1988 de retirar o *Parquet* da ingerência dos poderes estatais, situando-o em ambiente sólido e independente, que possibilitasse a fiscalização das atividades dos poderes constituídos. Sem dúvida, quis o constituinte de 1988 fortalecer notavelmente o *Parquet* para dotá-lo de condições suficientes para o exercício prático e efetivo da nova ordem jurídica e social que se instalava com a promulgação do Texto Maior.⁶³

Dentro desse quadro jurídico-constitucional, entregou-se ao Ministério Público a tutela das garantias sociais genéricas (transindividuais, metaindividuais e individuais indisponíveis), transformando-o em verdadeiro guardião dos direitos do consumidor, da criança e do adolescente, do meio-ambiente, dos idosos, do patrimônio público, dos usuários de serviços públicos, dos portadores de deficiência, além do controle da atividade policial, entre outras atribuições.

-
- a) receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas processuais;
 - b) exercer a advocacia;
 - c) participar de sociedade comercial, na forma da lei;
 - d) exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de magistério;
 - e) exercer atividade político-partidária;
 - f) receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei.

⁶³ Merece nota o trabalho de dissertação de Lima (1987) que realizou uma pesquisa (aplicação de questionário) numa amostra dos membros do Ministério Público catarinense objetivando fazer um diagnóstico sobre a função social desta instituição. Dos 51 promotores que responderam o questionário, 41% afirmaram que o Ministério Público só cumpriria sua função se atuasse na defesa dos interesses difusos. A atividade de ouvidor das queixas sociais é reportada por 39% como caminho para se cumprir essa tarefa e a integração na comunidade é apontada por 25%. O mesmo estudo aponta ainda que 78% dos respondentes acreditam o que Ministério Público não estava preparado para atuar no atendimento dessas novas demandas e 51% declararam que havia necessidade de conscientização dos membros do Ministério Público sobre esta nova forma de atuação na garantia das demandas sociais. Estes dados foram recolhidos antes da Constituição/88 e trazem as preocupações que deram origem a conformação do Ministério Público na Lei Fundamental atual.

O *Parquet* ganhou, por previsão constitucional, um substancial aumento em suas tarefas, revestindo-se num verdadeiro *ombudsman* (na forma preconizada pelo Direito Escandinavo, desde o Século XVI, de defensor do povo). Assumiu o papel de defensor da sociedade, necessitando, para o fiel cumprimento de suas funções, angariar responsabilidade e confiança da comunidade onde desempenha o seu papel.

Este crescimento da atuação do Ministério Público, abrangendo matérias consideradas da esfera política, é objeto de análise em excelente trabalho de Arantes (2002). Segundo este autor o crescimento das atribuições do Ministério Público foi impulsionado primeiramente por uma “determinação endógena”, dos próprios membros desta instituição, imbuídos da convicção de que deveriam se tornar defensores da sociedade. Este sentimento nomeado pelo autor como “voluntarismo político”⁶⁴ promoveu uma ação deliberada⁶⁵ e consciente dos próprios integrantes do Ministério Público, sustentada por uma avaliação peculiar da sociedade e do Estado no Brasil (ARANTES, 2002, p.20). Esta avaliação considera frágil a estrutura democrática brasileira e compreende a sociedade civil como incapaz de tutelar seus próprios interesses ante o grau incipiente de sua organização. O Ministério Público deveria, então, ocupar o espaço vazio entre o Estado e a sociedade. Espaço este decorrente da fragilidade da organização social e do precário desempenho do sistema representativo brasileiro.

Devido a esse sentimento de que caberia ao Ministério Público tutelar os direitos dessa sociedade civil fragilizada perante um Estado inoperante, e às instituições políticas corrompidas, empreendeu-se um crescimento das atribuições do Parquet. Tudo isso com o objetivo de que este seja transformado num tipo de “agente político da lei” (ARANTES, 2002, p.16).

O surgimento da Lei da Ação Civil Pública (7347/85) e outras legislações que tratam dos interesses difusos e coletivos provocaram o aumento do campo de atuação do Ministério Público, permitindo que o mesmo canalize conflitos coletivos de dimensão política para o sistema judicial. Fato que faz, segundo a opinião de

⁶⁴ Esse voluntarismo político chamado por autores como Amaral (2001b, p. 22) como ativismo no Ministério Público, tem em sua raiz uma sobrevalorização dos meios judiciais de controle e uma subvalorização dos meios não-judiciais como a opinião pública, as manifestações populares e principalmente o voto. Esta problemática está inserida dentro da discussão sobre judicialização da política descrita no item 1.2.3.

⁶⁵ Esta ação abrangeu(e) movimentos de lobby legislativo desde a constituinte para que fossem aprovadas leis que possibilitassem essa ampliação de atribuições.

Arantes, (2002, p.15), do Ministério Público o principal agente de judicialização da política⁶⁶ no Brasil.

Ainda que a Lei da Ação Civil Pública pretendesse incentivar a atuação das associações civis na defesa de seus direitos, verificou-se ante todos os incentivos e constrangimentos impostos⁶⁷, que a estratégia mais racional destas associações tendo sido esperar que o Ministério Público tome a iniciativa da Ação Civil Pública ou provocar para que o mesmo assim atue. Este fenômeno realmente vem acontecendo ante a posição de vantagem na garantia de direitos que o Ministério Público ocupa frente às associações civis, uma vez que pode ingressar com o Inquérito Civil e promover Termos de Ajustamento de Conduta.

Por todas essas razões é que se tem um grande número de ações civis públicas que são interpostas pelo Ministério Público, e uma quase inexistência de ações intituladas por associações civis.⁶⁸

Com os argumentos trazidos por Arantes (2002), não se defende que o Ministério Público deva retroceder em seu papel de agente defensor dos direitos fundamentais. Apenas é preciso que sejam consideradas algumas desvantagens dessa atuação tão forte que acaba respingando em uma sociedade que têm procurado se organizar. Talvez a saída seria encontrar um equilíbrio entre uma instituição forte mas que não seja vista como única saída para a garantia de direitos.

Em relação à atuação na defesa da criança e do adolescente, o órgão ministerial participa ativamente. Dentro de suas atribuições ele pode receber petições, reclamações ou representações das pessoas e entidades interessadas; investigar as denúncias recebidas até mesmo pela imprensa; visitar

⁶⁶ Este tema será tratado a contento no item 1.2.3.

⁶⁷ Esses constrangimentos mencionados tratam-se das restrições a atuação das associações impostas pelo art.5º da Lei 7347/85:

Art.5º da Lei 7347/85 - Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:

I - o Ministério Público;

II - a Defensoria Pública;

III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;

V - a associação que, concomitantemente:

a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil;

b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Além destes a possibilidade de condenação por litigância de má-fé também representa alguma restrição:

Art. 17. Em caso de litigância de má-fé, a associação autora e os diretores responsáveis pela propositura da ação serão solidariamente condenados em honorários advocatícios e ao décuplo das custas, sem prejuízo da responsabilidade por perdas e danos.

⁶⁸ Arantes (2002) realizou pesquisa nesse sentido e encontrou a maioria das Ações Civis Públicas de iniciativa do Ministério Público. Como se verá no item 3.2, na presente pesquisa não foi encontrada nenhuma Ação Civil Pública impetrada por associação civil sobre direito à educação.

estabelecimentos de toda a natureza, onde estejam ou possam estar crianças e adolescentes; atentar para as propagandas de produtos nocivos à sua saúde ou à sua segurança; exigir das autoridades públicas não só uma adequada política educacional e de saúde, como investimentos adequados, fiscalizando sua aplicação; fiscalizar os gastos públicos com campanhas, construção de escolas e estabelecimentos próprios; denunciar na imprensa as irregularidades noticiadas; promover em juízo a responsabilidade dos particulares, das autoridades ou das pessoas jurídicas que, por ação ou omissão, causem dano a qualquer interesse defendido no Estatuto ou em qualquer norma de proteção à infância e à juventude.

Conforme o art. 201⁶⁹, do Estatuto da Criança e do Adolescente, que estabelece as atribuições do Ministério Público, este ente estatal é responsável por

⁶⁹ Art. 201 do Estatuto da Criança e do Adolescente. “Compete ao Ministério Público:

I - conceder a remissão como forma de exclusão do processo;

II - promover e acompanhar os procedimentos relativos às infrações atribuídas a adolescentes;

III - promover e acompanhar as ações de alimentos e os procedimentos de suspensão e destituição do pátrio poder, nomeação e remoção de tutores, curadores e guardiães, bem como oficiar em todos os demais procedimentos da competência da Justiça da Infância e da Juventude;

IV - promover, de ofício ou por solicitação dos interessados, a especialização e a inscrição de hipoteca legal e a prestação de contas dos tutores, curadores e quaisquer administradores de bens de crianças e adolescentes nas hipotecas do art. 98;

V - promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção dos interesses individuais, difusos ou coletivos relativos à infância e à adolescência, inclusive os definidos no art. 220, § 3º, inciso II, da Constituição Federal;

VI - instaurar procedimentos administrativos e, para instruí-los:

a) expedir notificações para colher depoimentos ou esclarecimentos e, em caso de não-comparecimento injustificado, requisitar condução coercitiva, inclusive pela polícia civil ou militar;

b) requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades municipais, estaduais e federais, da administração direta ou indireta, bem como promover inspeções e diligências investigatórias;

c) requisitar informações e documentos a particulares e instituições privadas;

VII - instaurar sindicâncias, requisitar diligências investigatórias e determinar a instauração de inquérito policial, para apuração de ilícitos ou infrações às normas de proteção à infância e à juventude;

VIII - zelar pelo efetivo respeito aos direitos e garantias legais assegurados às crianças e adolescentes, promovendo as medidas judiciais e extrajudiciais cabíveis;

IX - impetrar mandado de segurança, de injunção e habeas corpus, em qualquer juízo, instância ou tribunal, na defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis afetos à criança e ao adolescente;

X - representar ao juízo visando à aplicação de penalidade por infrações cometidas contra as normas de proteção à infância e à juventude, sem prejuízo da promoção da responsabilidade civil e penal do infrator, quando cabível;

XI - inspecionar as entidades públicas e particulares de atendimento e os programas de que trata esta Lei, adotando de pronto as medidas administrativas ou judiciais necessárias à remoção de irregularidades porventura verificadas;

XII - requisitar força policial, bem como a colaboração dos serviços médicos, hospitalares, educacionais e de assistência social, públicos ou privados, para o desempenho de suas atribuições.

§ 1º A legitimação do Ministério Público para as ações cíveis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo dispuserem a Constituição e esta Lei.

§ 2º As atribuições constantes deste artigo não excluem outras, desde que compatíveis com a finalidade do Ministério Público.

§ 3º O representante do Ministério Público, no exercício de suas funções, terá livre acesso a todo local onde se encontre criança ou adolescente.

zelar pelo efetivo respeito aos direitos e garantias da criança e do adolescente, promovendo as medidas extrajudiciais cabíveis (art. 201, VIII, da CF); e por promover o Inquérito Civil e a Ação Civil Pública para a proteção dos interesses individuais, difusos e coletivos relativos à infância e à adolescência (art. 201, V, da CF). Neste caso, as competências do Ministério Público foram estrategicamente estruturadas como meio para a materialização das políticas públicas na área da infância. O Promotor de Justiça deixou de ser um mero fiscalizador da aplicabilidade da lei para atuar como um verdadeiro agente político. Deixou de ser o defensor do Estado, para assumir a defesa, dentre outros, das crianças e dos adolescentes.

O Ministério Público assim pode instaurar procedimentos administrativos inominados (ECA, art. 201, IV), visando formar sua convicção a respeito de fatos ensejadores de providências judiciais ou extrajudiciais, sendo-lhe facultado buscar formalmente, antes mesmo da instauração de um inquérito civil, elementos embasadores de sua ação. Tais procedimentos administrativos se prestam a embasar as funções de *ombudsman* reservadas ao Ministério Público na área da infância e da juventude. Para tanto, ele pode expedir notificações, colher depoimentos, requisitar informações, exames, perícias e documentos de qualquer autoridade, promover inspeções e diligências investigatórias (PAULA, 2000, p.199). Como se tratam de requisições (exigências fundamentadas em lei), o descumprimento implica crime de desobediência, sem prejuízo, no caso de notificação para coleta de depoimentos ou esclarecimentos, da condução coercitiva.

Além disso, dispõe o § 5º do art. 201 que, para o exercício de tais atribuições, poderá o Ministério Público efetuar recomendações visando à melhoria dos serviços públicos e de relevância pública afetos à criança e ao adolescente, fixando prazo razoável para sua perfeita adequação. Contudo, mais do que efetuar meras e inócuas recomendações, deverá promover em juízo as ações civis públicas, para assegurar o cumprimento dos dispositivos legais violados, exigindo o cumprimento de obrigações de fazer ou não fazer, ou cobrando as responsabilidades civis que decorram dos atos lesivos denunciados, ou, enfim,

§ 4º O representante do Ministério Público será responsável pelo uso indevido das informações e documentos que requisitar, nas hipóteses legais de sigilo.

§ 5º Para o exercício de atribuição de que trata o inciso VIII deste artigo, poderá o representante do Ministério Público:

- a) reduzir a termo as declarações do reclamante, instaurando o competente procedimento, sob sua presidência;
- b) entender-se diretamente com a pessoa ou autoridade reclamada, em dia, local e horário previamente notificados ou acertados;
- c) efetuar recomendações visando à melhoria dos serviços públicos e de relevância pública afetos à criança e ao adolescente, fixando prazo razoável para sua perfeita adequação.”

promovendo as ações penais públicas pela prática de crimes contra as crianças e adolescentes (MAZZILI, 2003, p. 12).

Desta forma, no caso de omissão, inexistência, ou deficiência de políticas públicas, pode o Ministério Público, via ação judicial, ou extrajudicial, intervir para a sua concretização. Judicialmente, por meio das Ações Cíveis públicas e do Mandado de Segurança (art. 201, IX, do ECA). Extrajudicialmente, mediante o Inquérito Civil, o Termo de Ajustamento de Conduta (art. 5º, §6º da Lei 7347/85⁷⁰ e art. 211 do ECA⁷¹) e fazendo recomendações. Tal legitimação foi concedida pela Lei n.º 7347 de 24/07/85, (art. 8º, §1º)⁷² e da Constituição (art.129, III⁷³), que atribui ao Ministério Público a faculdade de promover esses procedimentos na defesa de qualquer interesse difuso e coletivo. Nesse sentido é que se percebe a importância da atuação do Ministério Público na defesa dos direitos difusos e coletivos, motivando o estudo do cotidiano das Promotorias da Infância e da Juventude da Capital.

Muitas vezes, a implementação da política pública se dá com uma atuação indireta e administrativa do Ministério Público, através do fornecimento de informações àqueles órgãos que também exercem a função de formuladores de política pública. O Estatuto da Criança e do Adolescente ratifica essa determinação no seu art. 223, inserindo-o como um dos legitimados para a proteção judicial destes interesses em seu art. 210, I. Assim, nos locais onde o Estado não oferecer ou oferecer irregularmente, por exemplo, os serviços de educação, o Ministério Público deverá propor Ação Civil Pública para impedir o gasto de dinheiro público em obras não prioritárias⁷⁴ para a comunidade e apurar a responsabilidade dos governantes⁷⁵.

⁷⁰ Art. 5º da Lei 7347/85 .“A ação principal e a cautelar poderão ser propostas pelo Ministério Público, pela União, pelos Estados e Municípios. Poderão também ser propostas por autarquia, empresa pública, fundação, sociedade de economia mista ou por associação que:[...]”

§6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromissos de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.”

⁷¹ Art. 211 do ECA. “Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, o qual terá eficácia de título executivo extrajudicial.”

⁷² Art. 8º da Lei 7347/85. “Para instruir a inicial, o interessado poderá requerer às autoridades competentes as certidões e informações que julgar necessárias a serem fornecidas no prazo de 15 (quinze) dias.

§1º O Ministério Público poderá instruir , sob sua presidência, inquérito civil, ou requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar o qual não poderá ser inferior a 10 (dez) dias úteis.”

⁷³ “Art.129 da Constituição Federal. São funções institucionais do Ministério Público:[...]”

II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; “

⁷⁴ Merece destaque liminar concedida, pelo Juiz de Direito Alexandre Morais da Rosa, titular da Vara da Infância e da Juventude da Comarca de Joinville/SC nos autos de Ação Civil pública nº 038.03.008229-0, patrocinada pelo Promotor de Justiça da Infância e Juventude daquela Comarca –

O atendimento ao público de uma forma geral talvez seja a atribuição mais importante nessa tarefa de *ombudsman*, especialmente quando se trate do acesso da própria criança ou do próprio adolescente ao Ministério Público (art. 141 do ECA)⁷⁶. É especialmente por meio dessa função que os membros do Ministério Público podem tornar-se realmente úteis à comunidade, pois permite tomar conhecimento das demandas da comunidade. Pelo atendimento ao público, o Promotor de Justiça toma conhecimento de muitos crimes que não são levados à Polícia, ou que, se levados, não são adequadamente apurados. Por meio desta instituição, tomam-se muitas iniciativas necessárias, na área cível ou penal, ou até mesmo relevantes providências administrativas e extrajudiciais.

Com os mecanismos colocados a sua disposição pelo Estatuto e pela Constituição, o *Parquet* tornou-se mais que um *ombudsman*, pois o Promotor não se limita a apenas ouvir os interessados. Ele tem em mãos instrumentos poderosos como a requisição do inquérito policial, a promoção da ação penal pública, a instauração do inquérito civil, a promoção da ação civil pública, a expedição de requisições e notificações e a condução coercitiva. Estas funções que podem modificar a realidade social em que a comunidade está inserida.

Dr. Francisco de Paula Fernandes Neto, em 12 de maio de 2003. A decisão determinou que a Prefeitura local providencie, em 45 dias, vagas para 2.948 crianças de zero a seis anos, que se encontram fora da escola. O descumprimento da ordem, implicará na imposição de multa mensal de um salário mínimo por criança sem escola no município. Em seu despacho, o Magistrado afirma não entender como a Prefeitura pode investir somas elevadas em projetos especiais – citando o Teatro Bolshói e a recém lançada campanha para construção de um novo estádio de futebol – enquanto direitos básicos são deixados em segundo plano. “O administrador público pode escolher suas prioridades discricionariamente somente depois de cumprir com o básico; enquanto não fizer, vedada se mostra a destinação de recursos para finalidades fomentadoras da iniciativa privada. E isso não precisava nem ser dito!”, escreveu o Juiz Alexandre em seu despacho liminar. Infelizmente tal decisão foi cassada mediante decisão em Agravo de Instrumento n.º 03.010276-0, proferida em 01/06/2004, Rel. Des. Francisco Oliveira Filho.

⁷⁵ A respeito do Direito à educação, deve-se fazer menção ao art. 208 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 208. Regem-se pelas disposições desta Lei as ações de responsabilidade por ofensa aos direitos assegurados à criança e ao adolescente, referentes ao não oferecimento ou oferta irregular:

I - do ensino obrigatório;

II - de atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência;

III - de atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade;

IV - de ensino noturno regular, adequado às condições do educando;

V - de programas suplementares de oferta de material didático-escolar, transporte e assistência à saúde do educando do ensino fundamental;

VI - de serviço de assistência social visando à proteção à família, à maternidade, à infância e à adolescência, bem como ao amparo às crianças e adolescentes que dele necessitem;

VII - de acesso às ações e serviços de saúde;

VIII - de escolarização e profissionalização dos adolescentes privados de liberdade.

§ 1º As hipóteses previstas neste artigo não excluem da proteção judicial outros interesses individuais, difusos ou coletivos, próprios da infância e da adolescência, protegidos pela Constituição e pela Lei. [...]

⁷⁶ Art. 141. É garantido o acesso de toda criança ou adolescente à Defensoria Pública, ao Ministério Público e ao Poder Judiciário, por qualquer de seus órgãos.[...]

Este aumento do campo de atuação do Ministério Público, que permite que o mesmo canalize conflitos de dimensão política para o sistema judicial é chamado de judicialização da política. O termo, judicialização da política, aplica-se não só à ação dos promotores mas precipuamente a atuação dos juizes. A seguir, este fenômeno será caracterizado a contento.

1.2.3 Judicialização de conflitos⁷⁷

Mesmo ante as mazelas que assolam o Poder Judiciário, este vem sendo chamado junto com o Ministério Público, para contribuir no processo de garantia dos direitos sociais. Um dos mecanismos criados com o objetivo de minorar o problema de omissão do sistema político em realizar a vontade constitucional foi atribuir ao Poder Judiciário a função de controlar as omissões inconstitucionais perpetradas pelos poderes constituídos. Os tribunais passaram, então, de uma posição meramente negativa ou de bloqueio, para uma situação em que lhes são atribuídas competências positivas. Se a implementação da vontade constitucional depende da ação dos poderes públicos e estes não o fazem, a sociedade recorrerá ao Poder Judiciário para ver realizar esses direitos.

O Mandado de injunção⁷⁸ é um excelente instituto que viabilizaria que o juiz pudesse romper com a aplicação rígida da lei ao caso concreto, para de acordo com o pedido, construir uma solução satisfatória que concretizasse o direito constitucional do impetrante. Ocorre que, este instrumento foi equiparado à Ação direta de inconstitucionalidade por omissão⁷⁹, o que lhe retirou a capacidade de garantir o pronto exercício do direito⁸⁰. Segue julgado sobre o assunto:

O mandado de injunção nem autoriza o Judiciário a suprir a omissão legislativa ou regulamentar, editando o ato normativo omitido, nem, menos ainda, lhe permite ordenar, de imediato, ato concreto de satisfação do direito reclamado; mas, no pedido, posto que de atendimento impossível, para que o Tribunal o faça, se contém o pedido de atendimento possível

⁷⁷ Este tema por si só poder ser objeto de uma dissertação é impossível nos limites deste estudo abranger toda a profundidade do tema. Entretanto a compreensão de suas bases se revela imprescindível para os objetivos deste estudo.

⁷⁸ "Art.5º da Constituição Federal - Todos são iguais perante a lei...

LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania; "

⁷⁹"Art.103 da Constituição Federal - Podem propor a ação de inconstitucionalidade:

§2º - Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias."

⁸⁰ Cittadino (2000, p.50-60) faz um excelente histórico da elaboração constituinte, comprovando o caráter mais incisivo do Mandado de Injunção como instituto de realização dos direitos sociais.

para a declaração de inconstitucionalidade da omissão normativa, com ciência ao órgão competente para que a supra. (MI 168, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 20/04/90)[grifo nosso]

O mandado de injunção é ação constitutiva; não é ação condenatória, não se presta a condenar o Congresso ao cumprimento de obrigação de fazer. Não cabe a cominação de pena pecuniária pela continuidade da omissão legislativa. (Mandado de Injunção 689, Rel. Min. Eros Grau, DJ 18/08/06) [grifo nosso]

Atualmente os resultados oferecidos pelo Poder Judiciário em relação à omissão legislativa são: a) declarar em mora o legislador com relação à ordem de legislar contida na norma constitucional a ser regulamentada; b) assinar o prazo de 45 dias, mais 15 dias para a sanção presidencial, a fim de que se ultime o processo legislativo da lei reclamada; c) se ultrapassado o prazo acima, sem que esteja promulgada a lei, reconhecer ao impetrante a faculdade de obter, contra a União, pela via processual adequada, sentença líquida de condenação a reparação constitucional devida, pelas perdas e danos que se arbitrem; d) declarar que, prolatada a condenação, a superveniência de lei não prejudicará a coisa julgada, que, entretanto, não impedirá o impetrante de obter os benefícios da lei posterior, nos pontos em que lhe for mais favorável (MI 283, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 14/11/91)⁸¹.

⁸¹ Outros julgados sobre a matéria:

"Legitimidade ativa da requerente para impetrar mandado de injunção por falta de regulamentação do disposto no § 7º do artigo 195 da Constituição Federal. Ocorrência, no caso, em face do disposto no artigo 59 do ADCT, de mora, por parte do Congresso, na regulamentação daquele preceito constitucional. Mandado de injunção conhecido, em parte, e, nessa parte, deferido para declarar-se o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, no prazo de seis meses, adote ele as providências legislativas que se impõem para o cumprimento da obrigação de legislar decorrente do artigo 195, § 7º, da Constituição, sob pena de, vencido esse prazo sem que essa obrigação se cumpra, passar o requerente a gozar da imunidade requerida." (MI 232, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 27/03/92)

"Inconstitucionalidade por omissão — Descabimento de medida cautelar. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de proclamar incabível a medida liminar nos casos de ação direta de inconstitucionalidade por omissão (RTJ 133/569, Rel. Min. Marco Aurélio; ADIn 267/DF, Rel. Min. Celso de Mello), eis que não se pode pretender que mero provimento cautelar antecipe efeitos positivos inalcançáveis pela própria decisão final emanada do STF. A procedência da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, importando em reconhecimento judicial do estado de inércia do Poder Público, confere ao Supremo Tribunal Federal, unicamente, o poder de cientificar o legislador inadimplente, para que este adote as medidas necessárias à concretização do texto constitucional." (ADI 1.439-MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 30/05/03)[grifo nosso]

"Desrespeito à Constituição — Modalidades de comportamentos inconstitucionais do Poder Público. O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um facere (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação. Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse non facere ou non praestare, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público." (ADI 1.458-MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 29/09/96)

O exemplo do Mandado de Injunção é útil para se observar como a atuação dos juízes na concretização dos direitos sociais é temida e evitada pela Corte Constitucional. Apesar de ter autorização constitucional para nos casos de omissão do Poder Público regulamentar/viabilizar o direito assegurado, a Corte se recusa a fazê-lo apegando-se a questões acerca da legitimação democrática para tanto.

Cappelletti (1993, p.34 e 40), ao indagar sobre o aumento da criatividade jurisprudencial, aponta o crescimento do papel do Estado em geral e o advento da legislação social ⁸² como algumas das causas que exigiram do juiz uma atuação incisiva, mais criativa, na busca de concretização desses direitos sociais. Este fenômeno, paralelo ao agigantamento do Legislativo (inflação legislativa e contínua demanda de legislação) e Executivo (crescimento repressivo e regulatório do aparelho administrativo), acarreta aumento nas funções e responsabilidades do Judiciário. O Poder Judiciário assim teve que optar entre permanecer fiel a concepção tradicional (confinado às funções protetoras e repressivas, focados em conflitos privados (civis ou penais) que não envolviam direitos coletivos) ou elevar-se ao nível dos outros poderes tornando-se o terceiro gigante, controlador não só da atividade civil e penal dos cidadãos, mas também, dos poderes políticos (CAPPELLETTI, 1993, p.47 e 49).

Optando pela segunda escolha o Judiciário deparou-se com vários obstáculos, dentre eles: o risco de autoritarismo, lentidão, a dificuldade de controlar o emprego da discricionariedade legislativa administrativa, ante o não-conhecimento muitas vezes de técnicas especializadas (dados sociais, econômicos e políticos que não estão à disposição dos tribunais) e o problema da não-legitimação democrática, para ao exercer a criatividade jurisprudencial, “criar” normas sem que os juízes tenham sido eleitos democraticamente para tal (VILHENA VIEIRA, 2002, p.37).

São freqüentes as críticas segundo as quais se vive um “manicômio jurídico”, em que a magistratura age ideologicamente como se representasse o verdadeiro interesse do povo, mas forma alheia às conseqüências sociais e econômicas de suas decisões e como se os recursos públicos fossem inesgotáveis (SADEK, 2004, p.07).

⁸² O autor coloca que a legislação social tem como característica apenas indicar certas finalidades ou princípios, deixando a especificação das normas a decisões de ministros, autoridades regionais e outros (CAPPELLETTI, 1993, p.10) Além disso, a própria interpretação dos direitos fundamentais que freqüentemente são muito fluidos e programáticos mostra-se inevitável alto grau de ativismo e criatividade do juiz. (CAPPELLETTI, 1993, p.60)

Ao assumir esse papel de realizador dos direitos sociais, o Poder Judiciário invocaria para si o papel de guardião da moral pública e a passaria a pretender representar a consciência moral da vida social, política e econômica, o “superego coletivo”, como uma “sociedade órfã”, carente da figura paterna judicial e de sua tutela⁸³.

Segundo Campilongo (1994a, p.118), essa “politização” do Judiciário seria inevitável. Isso faria com que os tribunais deixassem de ser a sede de solução de conflitos individuais e os transformaria em uma arena de reconhecimento ou negação de reivindicações sociais. Cada sentença judicial seria automaticamente uma opção política. Isso porque essa decisão importa numa escolha entre as várias opções viáveis que se apresentam na solução da causa. Seria impossível ao juiz deixar de retratar sua postura em relação à garantia do direito à educação e o respeito à prioridade absoluta da criança e do adolescente.

A justiça, segundo Garapon (2001, p.265), “não pode resolver todos os problemas, dar a última palavra em matéria de ciência e história, definir o bem político e responsabilizar-se pelo bem-estar de todas as pessoas”. Ela não pode, nem deve e aparentemente nem pretende. A justiça não intenciona substituir-se à política mas, quem sabe, como preceitua o jurista francês, possa estimular a realização de uma nova cultura política na medida em que os poderes fossem efetivamente inseridos num sistema de controle mútuo de sua atuação.

O respeito à teoria da separação dos poderes de Montesquieu⁸⁴ é muitas vezes invocado para se objetar a atuação do Judiciário na esfera política, não podendo este poder interferir na implementação dos direitos sociais por parte do Poder Executivo. Zaffaroni (1995, p.24), por outro lado, destaca que essa separação pretendida, entre direito e política, não pode ser definida formalmente no Estado Moderno, uma vez que o Poder Judiciário é um órgão do governo e, por isso, faz parte naturalmente da política⁸⁵.

⁸³ Este é um raciocínio desenvolvido por Maus (2000).

⁸⁴ Esta teoria foi concebida em meio à constituição do Estado Liberal, consolidado pela Revolução Francesa, avessa ao despotismo, o que motivou Montesquieu em separar as funções do Estado de forma que o poder não se concentrasse em apenas um deles. Diante dos outros poderes, o Poder Judiciário foi politicamente neutralizado, tornando-se apenas a voz que pronunciava o sentido da lei, não possuindo nenhuma forma de interferir em questões políticas. Entretanto, essa idéia do juiz politicamente neutro e isolado da realidade social foi se modificando, na medida em que as idéias liberais começam a ser criticadas, principalmente pelo marxismo. O estudo mais aprofundado esta teoria será feito no ponto 2.2 quando será tratada das argumentações desfavoráveis a concessão do direito à educação.

⁸⁵ Outro viés que se pode ser dado a esta discussão do papel do Poder Judiciário na sociedade democrática está no debate em torno das teses substancialistas e procedimentalistas. Assim ao se discutir sobre o papel do Judiciário nas sociedades democráticas contemporâneas, o eixo

Apesar de alguns inconvenientes já citados, a produção judiciária do direito não é antidemocrática por si só, uma vez que nem mesmo os agentes políticos poderão ser sempre efetivamente representativos da população. Além disso, os juízes não proferem decisões sem arrazoar seus posicionamentos o que seria uma tentativa de legitimar decisões. Por outro lado, os tribunais podem dar importante contribuição à representatividade geral do sistema, haja vista que serviriam de via de acesso aos grupos que não conseguem oportunidades de voz no processo político (CAPPELLETTI, 1993, p.98-99). Além disso, cumpririam o papel de guardião da Constituição e desta forma, legitimador democrático / conformador da atuação dos demais poderes de acordo com a Constituição.

Apesar disso é importante reconhecer que a atribuição dos poderes positivos ao Poder Judiciário provoca dificuldades técnicas como de justificação de seu poder frente a uma teoria democrática. Contudo, isto não significa que não haja uma legitimação subsidiária para tal, decorrente da omissão dos poderes públicos. Oliveira Neto (2003, p. 73) destaca que:

Além disso, e por fim, tem-se que dentro da estrutura do Estado e sob o aspecto jurisdicional, compete ao Poder Judiciário controlar a

procedimentalista, representado aqui por Habermas (1997, p.297), critica com veemência a invasão da política e da sociedade pelo Direito. Não caberia aos tribunais definir o conteúdo e o substrato de princípios constitucionais, posto que esta é uma incumbência dos próprios sujeitos sociais, sob pena de não se garantir a liberdade, tornando-se o Judiciário uma instância autoritária. A tarefa, por excelência, do Judiciário, seria garantir a efetividade e a observância dos procedimentos democráticos de formação da opinião e da vontade política. A invasão da esfera de competência dos tribunais, mediante concretizações materiais de valores, desestimularia, segundo Habermas (1997, p.297 e ss), o agir orientado para fins cívicos, tornando-se o juiz e a lei, as últimas esperanças para a efetivação do direito dos cidadãos.

Como contraponto, a tese substancialista defende que apesar de alguns inconvenientes da atuação ativa do Poder Judiciário, este poderia contribuir para o aumento da capacidade de incorporação do sistema político, garantindo a grupos marginais destituídos de meios para acessar os poderes políticos, uma oportunidade de participarem do processo político e verem seus direitos garantidos por meio do processo judicial (CAPPELLETTI, 1993, p.99). Em síntese, segundo Streck (2001, p.47), a corrente substancialista entende que mais do que equilibrar os demais Poderes, o Judiciário deveria assumir o papel de intérprete que evidencia a vontade geral implícita no direito positivo, especialmente nos textos constitucionais. O Judiciário deveria então abandonar uma postura passiva própria do modelo liberal-individualista que permeia a dogmática jurídica brasileira e assumir uma postura intervencionista, que é exigida por essa constituição dirigente que nos é apresentada. Streck, (2001, p. 53-54) constata ainda, a inaplicabilidade da tese procedimentalista, ante a realidade brasileira cheia de desigualdades sociais. É difícil a concepção substancial de democracia, sem interferência do Judiciário, onde a primazia ainda é de proceder a inclusão social, a um processo de representação política pseudo-democrático. Frente às dificuldades de acesso à justiça e constatando a existência em maioria de uma população miserável fortemente influenciada por uma ideologia dominante, que historicamente colocou obstáculos a perfeita conscientização política, formação de opinião e efetividade dos procedimentos democráticos, não restaria ao Judiciário outra saída a não ser adotar uma postura mais ativista na defesa dessa Constituição. Na falta de políticas públicas cumpridoras dos pressupostos do Estado Democrático de Direito, surge o Judiciário como instrumento para o resgate desses direitos. Não se pretende resumir em tão poucas linhas um debate tão complexo e rico, mas apenas apresentar um breve panorama da discussão ante a pertinência das teses para a temática estudada.

constitucionalidade dos atos dos demais, não se esquecendo que o ataque ao texto maior ocorre não só pela ação, mas também pela falta de ação, situação que cria o que pode ser chamado de, no mínimo, inusitado, já que obriga àqueles que tanto atacaram e atacam o 'governo de juizes', a assistir à outra face da judicialização da política: uma espécie de 'lock-out judicial', ou seja, um ativismo que ocorre ao inverso, pela inércia, não pela ação em si.

Neste trabalho adota-se a postura de que é urgente que se supere esse dogma do juiz neutro e imparcial afinado com uma ótica liberal - privatista de resolução de conflitos. Idealiza-se uma atividade judicial mais participativa na vida social e política dos Estados, tendo em vista a co-responsabilidade do Judiciário na implementação da Constituição.

O Judiciário, neste estudo, não está sendo apontado como a única chave de todos os problemas de realização dos direitos sociais e implementação de políticas públicas em defesa do direito à educação de crianças e adolescentes. O que se pretende é que este Poder possa ser um dos mecanismos neste processo de garantia de direitos. O Judiciário, como ator coletivo ou pela atuação do juiz individual, abandonaria assim sua pretensa neutralidade e atuaria na preservação dos valores universais em uma sociedade que cada vez menos se reconhece no seu Estado, em seus partidos e no seu sistema de representação (VIANNA et al, 1997, p.39).

Como exemplos dessa atuação política se pode citar a intervenção na implementação de políticas públicas, desde decisões que interferem na distribuição orçamentária para garantir o direito à saúde⁸⁶, decisões que obrigam o Estado a fornecer remédios de forma gratuita a pacientes com HIV/Aids⁸⁷ e, no caso do direito à educação, a construir creches em número suficiente para atender às demandas da população⁸⁸.

Por outro lado, ao contrário do que se poderia deduzir pelos exemplos citados, nem sempre essa atuação política se dará na defesa do cidadão. No que tange ao Direito de Greve, o Supremo Tribunal Federal utilizou-se de um Mandado de Injunção (MI) para produzir o resultado oposto à finalidade do instituto, quando, durante uma greve dos servidores federais de 1995, colocou em julgamento o MI nº 20 – “engavetado” por mais de quatro anos – e declarou a inconstitucionalidade do

⁸⁶ Cf. voto proferido pelo Min. Celso de Mello em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 45, que foi impetrada para garantir recursos mínimos para serem aplicados em serviços de saúde (Informativo n.º 345 do Supremo Tribunal Federal)

⁸⁷ Cf. Voto proferido pelo Min. Celso de Mello no Recurso Extraordinário (AgRg) 271.286-RS (Informativo n.210 do Supremo Tribunal Federal).

⁸⁸ Cf. Acórdão do TJ-RJ, julgado em 20/03/2002, proc. n.º 2002.001.00191.

exercício de um direito expressamente assegurado pela Constituição (COLOMBO, 2001).

Ativismo judicial como destaca Vilhena Vieira (2002, p.62), não é sinal de um tribunal progressista, pois quando a vontade da maioria está promovendo interesses conservadores, abster-se em favor da vontade da maioria significa permitir a consolidação desses valores. Contudo, Faria (1994, p.96) entende que dentro de um contexto de mutação social e democratização política torna-se imperiosa a mudança do magistrado “num legislador ativo e criativo, consciente de que a justiça não pode ser reduzida a uma dimensão exclusivamente técnica, devendo ser concebida como instrumento para a construção de uma sociedade verdadeiramente justa.”

A esse processo de concretização do direito pela via judicial, em que se observa o surgimento de interpretações com notáveis repercussões na vida política, designa-se *judicialização da política*⁸⁹. Estudos que se dedicam a essa categoria pretendem verificar como o processo judicial interage com o sistema político democrático, especialmente os poderes executivo e legislativo, e quais os seus efeitos em termos de formulação de políticas públicas (CASTRO, 1997, p.147). Judicialização é valer-se de decisões judiciais na resolução de disputas e demandas nas arenas políticas. A expressão faz parte do repertório das ações de grupos políticos que defendem o recurso das arenas judiciais para ampliar a proteção estatal à efetividade de direitos de grupos discriminados ou excluídos. No sentido constitucional, a judicialização refere-se ao novo estatuto dos direitos fundamentais e à superação do modelo da separação dos poderes do Estado, que levaria à ampliação dos poderes de intervenção dos tribunais na política (MACIEL e KOERNER, 2002, p. 114-116).

A judicialização da política corresponde a um processo mundial de transformação das formas de atuação do Poder Judiciário, caracterizando-se por uma nova disposição dos tribunais no sentido de expandir o escopo das questões sobre as quais devem formar juízos jurisprudenciais, que até pouco tempo ficavam a critério do Executivo e Legislativo.

Segundo Tate (1995, p. 28), a judicialização pode ocorrer de duas formas: quando se transfere para os juízes o processo de criação de políticas públicas, que até então eram feitas (ou deveriam ser feitas) pelas agências legislativas e executivas; e pela maior utilização de regras e procedimentos legais por espaços

⁸⁹ A expressão é de Castro (1997).

não-jurídicos. No primeiro caso, o Poder Judiciário surge como uma nova arena de discussão de políticas públicas, na medida em que é provocado pela sociedade civil ante a falha ou insuficiência dos demais poderes. O Judiciário é chamado para estabelecer o sentido, ou completar o significado, de uma legislação, agindo segundo Vianna (et. al, 1999, p. 21), como uma espécie de “legislador implícito”. No segundo caso, a utilização de procedimentos judiciais por espaços não-jurídicos pode ser exemplificada pelo uso das CPI’s (Comissões Parlamentares de Inquérito) no ordenamento jurídico brasileiro, cujo objetivo é fiscalizar os atos da Administração Pública. Além desses dois exemplos, é importante ressaltar a função judicial de controle de constitucionalidade sobre a criação de leis e atos normativos pelos poderes executivo e legislativo, com o intuito de manterem alinhados os projetos e ações governamentais em relação à Constituição.

Segundo Tate (1995, p. 28-32), vários fatores contribuíram para a expansão do poder judicial nos países democráticos contemporâneos: democracia; separação de poderes; política de direitos; uso das Cortes por grupos de interesse e pela oposição; ineficácia das instituições majoritárias; percepções sobre as instituições políticas; e delegação das instituições majoritárias.

O primeiro destes fatores seria a democracia, que fornece condições para um judiciário independente dos demais poderes, pois é difícil imaginar que juízes possam participar ativamente na criação de políticas públicas sem um ambiente democrático. A separação de poderes, da mesma forma, pode facilitar a judicialização, na medida em que proporcionam maior independência e igualdade ao Poder Judiciário. Além disso, a separação de poderes pode ser uma via de mão dupla, pois a idéia de que juízes devem apenas interpretar e não criar leis faz com que estes mostrem seu próprio julgamento político apenas quando os outros falham “adequadamente” em alguma questão política (na resolução de assuntos polêmicos, como a eutanásia, por exemplo). A existência de uma política de direitos, ou seja, de um conjunto de direitos protegidos pela Constituição facilita a atuação política do Judiciário, uma vez que há demanda das minorias pela proteção desses direitos contra o desejo das majorias. A função do juiz como garantidor dos direitos fundamentais constitui o principal fundamento de legitimação de sua atuação contra as ações dos demais poderes.

Outro fator que contribui para a judicialização da política é o uso das Cortes por grupos de interesse, que descobriram o potencial utilitário dos tribunais para atingir seus objetivos, contribuindo para a compreensão de novos “direitos”, por

meio dos quais seus interesses possam estar conectados. Também ocorre o uso das Cortes pela oposição parlamentar, fato que se intensifica em países que adotam o controle abstrato, onde este acaba servindo como instrumento de resistência à maioria das iniciativas do governo que poderiam não ser derrotadas pelo processo majoritário. A inefetividade das instituições majoritárias pode facilitar a judicialização, na medida em que se o Executivo é incapaz de governar por meio de partidos com maiorias legislativas efetivas (encontrando dificuldades em desenvolver políticas públicas eficazes), abre-se o caminho para a atuação judicial utilizando-se de demandas iniciadas pela oposição. Conseqüentemente, se as percepções sobre as instituições políticas não são boas, o povo, que vê as instituições majoritárias como imóveis e corruptas, acaba por concordar com a criação política através do Judiciário.

Como última condição que contribui para a expansão do poder judicial, tem-se a delegação das instituições majoritárias do poder de decisão aos tribunais, fato que ocorre quando os custos políticos da decisão são muito altos. Assuntos polêmicos e que envolvam política de direitos acabam sendo resolvidos judicialmente; o que poderiam assim, confirmar a ineficácia das instituições majoritárias. Estas seriam as condições estruturais que permitem o surgimento do fenômeno da judicialização da política. Porém, de nada adiantaria que todos esses fatores estivessem presentes se os juizes não decidissem mudar de postura, expandindo o escopo das questões sobre as quais eles devem formar juízos jurisprudenciais (CASTRO, 1997, p. 148).

Por outro lado, a judicialização da política corresponde a uma politização da justiça. Ambas são expressões correlatas, que indicariam os efeitos da expansão do Poder Judiciário no processo decisório das democracias contemporâneas. A noção de politização da justiça é usada na maioria das vezes em termos críticos⁹⁰, para designar que os valores e preferências políticas dos atores judiciais constituem efeitos desagradáveis da expansão de seu poder (MACIEL, KOERNER, 2002, p. 114).

Assim, quando os Magistrados atuam de forma mais substantiva e protetiva dos direitos constitucionalmente estabelecidos, isso não necessariamente acarreta em perda da legitimidade democrática, pois o Poder Judiciário muitas vezes

⁹⁰ GRIFFIN (2002, p.295) trabalhando dentro da realidade americana e numa perspectiva liberal, ao referir-se a Corte Suprema alertava que uma vez que a Corte é politizada, não é mais possível para ela conquistar a independência da política requerida para manter uma postura consistente no que diz respeito à proteção dos direitos individuais. Apesar deste trabalho adotar uma perspectiva diferente, conforme esclarecido no item 1.1, não é possível deixar de mencionar este estudo.

é utilizado pelos atores sociais como mais um mecanismo de luta para concretização de seus direitos. De acordo com Vianna (et al. 1997, p.20), há uma transformação dos partidos, sindicatos e associações em intérpretes da Constituição, chamando o Judiciário a exercer funções de freio e contrapeso no interior do sistema político, como uma forma de "compensar a tirania da maioria" – imposta, segundo eles, pelo Legislativo, órgão de lógica majoritária – e se consolidando como um importante ator político dentro do processo decisório.

Não é objetivo deste estudo realizar uma caracterização teórica aprofundada acerca da judicialização da política no Brasil⁹¹. Da mesma forma, não se pretende afirmar que tal fenômeno encontra-se plenamente desenvolvido em nosso país. Ocorre que tais discussões são imprescindíveis para que possam ser compreendidas as pressões que envolvem o Poder Judiciário na sua atuação de garantidor dos direitos sociais e como este Poder vêm reagindo, de um lado, ante as demandas por efetivação e por outro, às críticas de sua atuação.

Em pesquisa realizada em 1993 (SADEK, 2004, p. 43) já se apreendia que 73,7% dos juízes entrevistados concordavam com a afirmação segundo a qual “o juiz não pode ser um mero aplicador das leis, tem de ser sensível aos problemas sociais”; e 37,7% posicionaram-se da mesma forma em relação à assertiva: “o compromisso com a justiça social deve preponderar sobre a estrita aplicação da lei”. A mesma pesquisa revela que o fenômeno da judicialização da política é reconhecido por cerca de 42% dos juízes, sendo que as causas relacionadas à privatização, à regulação dos serviços públicos, ao meio ambiente e trabalhistas são as mais suscetíveis à “politização”, isto é, ocorre com mais frequência que decisões referentes a essas questões sejam mais baseadas nas visões políticas do magistrado do que na leitura rigorosa da lei. De acordo com a autora ainda, 73,1% dos entrevistados manifestaram-se a favor da afirmativa que “o juiz tem um papel social a cumprir, e a busca da justiça social justifica decisões que violem os contratos”. Apenas 19,7% concordaram que “os contratos devem ser sempre respeitados, independentemente de suas repercussões sociais”.

⁹¹ Vide Carvalho (2004) onde o autor faz interessante trabalho de verificação da existência no Brasil das condições elencadas por Tate (1995) para a realização da judicialização da política. Vale destaque também o trabalho de Oliveira (2005) que observou os resultados da judicialização no Supremo Tribunal Federal, verificando que nas causas de privatizações de empresas públicas, o Judiciário efetivamente não interveio na arena pública pois não conseguiu interferir efetivamente as privatizações, não podendo considerar na opinião da autora que haja efetivamente uma judicialização da política apenas pelo alto índice de ações sobre essa temática.

Tais proporções somadas às encontradas nas questões anteriores permitiram a autora do estudo afirmar que: é significativo o percentual de juízes que dista - pelo menos em seu discurso - do tipo mais tradicional de magistrado, que só se manifesta nos autos. Vem se constituindo um “tipo” de magistrado “politizado”, condizente com as potencialidades contidas no texto constitucional. A esse “novo” tipo de magistrado atribui-se um papel político, co-responsável por políticas públicas e enxergando-se como protetor dos grupos sociais mais fracos; um promotor de justiça social mais do que um aplicador da lei (SADEK, 2004, p. 47).

Conscientes de que em toda a interpretação sempre há um grau de discricionariedade, alguns magistrados convenceram-se de que dispõem de um poder normativo superior ao que detinham no passado. Diante disso o enfoque processualístico tradicional adotado nos tribunais brasileiros tem sido mesclado por abordagens fundadas em critérios de racionalidade material. O formalismo tem sido temperado por algumas atitudes pragmáticas que permitem a certos juízes posicionar-se diante das normas promulgadas, porém, não regulamentadas. A eles é permitido ainda antecipar-se às estratégias de desformalização e preocupar-se com a concretização das decisões por eles tomadas (FARIA, 1994, p.52/53).

Para além das críticas, há autores que acreditam que um Judiciário ativista e atuante, voltado para a plena realização dos comandos constitucionais, é capaz de compensar o quadro de desigualdades e descuido da sociedade brasileira (CLÉVE, 1999, p.217). Pergunta-se: tem o Poder Judiciário condições, em sua atual estrutura, de responder às demandas dessa natureza? Por causa de sua cultura normativista e positivista, e apesar da existência de alguns juízes mais atuantes, em sua maioria a magistratura permanece apegada aos ritos e procedimentos formais. As cúpulas do Judiciário, que detêm o poder de controlar a ascensão profissional das bases, resistem a interpretações para além da norma no plano dos direitos humanos e sociais, tendendo a considerá-las como uma distorção das funções judiciais como uma ameaça à certeza e segurança jurídica (FARIA, 1998a, p. 95-96).

O que se tem aparentemente é um Judiciário dividido entre o desejo de uma atuação mais ativa, principalmente dos juízes de primeira instância e o posicionamento mais formalista, em sua maioria, dos tribunais superiores. De que adianta esses direitos sociais serem alardeados como garantias do cidadão se o Poder Público em raros casos conseguem assegurar sua efetividade? Um sistema de justiça que se revela incapaz de assegurar tais direitos, na prática, é conivente com a sistemática de violação (FARIA, 1998a, p. 99).

São estas questões que devem ser colocadas à reflexão neste estudo. De que modo resguardar a legitimidade do Judiciário sem decepcionar os que procuram os tribunais? Como garantir direitos e serviços sociais sem exigir o impossível do Estado (CAMPILONGO, 1994b, p.121)? O Judiciário é a ferramenta adequada para a efetivação do direito? O que fazer para conferir-lhe mais legitimidade democrática?

O direito à educação básica é um dos direitos que ainda encontra-se sem realização. Ele tem sido motivador de decisões “políticas” classificadas como interferência do Poder Judiciário. Este será objeto de pesquisa nos julgados de 1ª e 2ª instância e nos procedimentos administrativos de competência do Ministério Público. A seguir será feita uma caracterização mais pormenorizada deste direito.

1.3 Direito à educação: teoria e efetividade em Santa Catarina.

Dentro da discussão da efetivação dos direitos sociais e na impossibilidade de se trabalhar com toda a gama dos direitos sociais, delimitou-se o estudo na verificação da efetivação do direito à educação básica.

Tal direito atende aos objetivos da pesquisa, pois além da educação representar um dos direitos mais importantes para o exercício da cidadania, a categoria educação básica diz respeito a todo o período de formação escolar de crianças e adolescentes, compondo-se segundo o art. 21 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional⁹², pela educação infantil, ensino fundamental e ensino médio. O direito à educação é apenas um dos direitos sociais (art. 6º da Constituição Federal) ainda não efetivados da Constituição/88. Mas de quem é o papel de efetivar esses direitos? Quais são as ações que asseguram e viabilizam os direitos sociais?

Para subsidiar a discussão dessas questões, é necessária uma perfeita caracterização do direito à educação. Esta tarefa se realizará em duas etapas. Neste subtítulo, confeccionar-se-á um panorama do direito à educação no Brasil que abrangerá as normas constitucionais, as legislações infraconstitucionais (privilegiando-se o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional), estaduais e municipais⁹³. Serão apresentados também alguns dados sobre a realidade da educação básica no Brasil e no Estado de Santa Catarina. Num segundo momento, dedicar-se-á a natureza jurídica do direito à educação na tentativa de caracterizá-lo como direito fundamental.⁹⁴

Apesar de reconhecer a importância de uma caracterização histórica do direito à educação e de como este vêm sendo assegurado nas constituições anteriores à Constituição Federal de 1988, não se fará tal percurso histórico, pois tal intento foge aos objetivos deste trabalho. A perspectiva adotada pelo estudo busca verificar a atuação do Sistema de Justiça, no período de 2000-2005, com base nas normas existentes sobre o direito à educação.

⁹² Art. 21 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional - LDB (Lei 9.394, de 20/12/1996). "A educação escolar compõe-se de:

I - educação básica, formada pela educação infantil, ensino fundamental e ensino médio;

II - educação superior."

⁹³ É necessário que se trate da legislação estadual e municipal, pois o estudo pretende investigar a atuação do Sistema de Justiça do Estado de Santa Catarina, enfatizando duas instituições do Município de Florianópolis

⁹⁴ Este último tópico será tratado no capítulo 2., mas especificamente no item 2.1

Não se tem a pretensão de esgotar o tema do direito à educação mas apenas traçar diretrizes que possibilitem as discussões sobre sua efetivação.

1.3.1. O direito à educação na Constituição Federal de 1988

A garantia de acesso à educação é um dos direitos mais importantes da criança e do adolescente. A escola, mesmo com algumas deficiências, é importante instrumento para se preparar a criança para o exercício da cidadania⁹⁵. Apenas com a garantia do direito à educação é que se tornará possível à implementação da doutrina da proteção integral, segundo o qual todas as crianças são sujeitos de direitos.

A garantia do direito à educação já era preocupação na Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) em seu art. 26:

Art. 26 da Declaração Universal dos Direitos do Homem:

1- Toda pessoa tem direito à educação. A educação deve ser gratuita, pelo menos no que diz respeito aos ensinos elementar e fundamental. O ensino elementar é obrigatório. O ensino técnico e profissional deve ser generalizado; o acesso aos estudos superiores deve ser assegurado a todos, em plenas condições de igualdade em função do mérito.

2- A educação deve visar o pleno desenvolvimento da personalidade humana e o fortalecimento do respeito pelos direitos do homem e pelas liberdades fundamentais. Ela deve favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e todos os grupos raciais ou religiosos, assim como o desenvolvimento das atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz.

⁹⁵ Para fins deste estudo, considera-se como cidadão àquele que têm direitos e deveres. Segundo a Carta de Direitos da Organização das nações Unidas (ONU), 1948: “[...] todos os homens são iguais ainda que perante a lei, sem discriminação de raça, credo ou cor. E ainda: a todos cabem o domínio sobre seu corpo e sua vida, o acesso a um salário condizente para promover a própria vida, o direito à educação, à saúde, à habitação, ao lazer, o direito de poder se expressar livremente, militar em partidos políticos e sindicatos, fomentar movimentos sociais, lutar por seus valores. Enfim o direito de uma vida digna de ser homem.”

Segundo Manzini-Crove (1991, p.9) o cidadão também deve ter deveres: “[...] ser o próprio fomentador da existência dos direitos a todos, ter responsabilidade em conjunto pela coletividade, cumprir as normas e propostas elaboradas e decididas coletivamente, fazer parte do governo, direta ou indiretamente, ao votar, ao pressionar através dos movimentos sociais, ao participar de assembléias – no bairro, sindicato, partido ou escola.”

Vale lembrar que o conteúdo da cidadania apresentado só existirá se houver a prática da reivindicação, ela deve ser a estratégia para a construção de uma sociedade melhor. As próprias pessoas devem ser os agentes da existência desses direitos (MANZINI-CROVE, 1991, p.9).

O contexto da sociedade brasileira contemporânea, segundo Andrade (1993, p.129), evidencia que para além de uma cidadania individual há demandas por construções coletivas da cidadania, ao mesmo tempo em que, para além da representação política, a cidadania aponta para a participação em sentido amplo através da evidente politização. O horizonte de possibilidades da cidadania, na sociedade brasileira extrapola os limites da cidadania liberal, desafiando seus próprios pressupostos. Cidadão é aquele que não apenas vota, mas tem conhecimento de seus direitos e instrumentos para participar da construção da sociedade.

Esta garantia também é assegurada pela Declaração Universal dos Direitos da Criança (1959) , em seu Princípio VII, como segue:

Princípio VII da Declaração Universal dos Direitos da Criança

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

O interesse superior da criança deverá ser o interesse diretor daqueles que têm a responsabilidade por sua educação e orientação; tal responsabilidade incumbe, em primeira instância, a seus pais.

A criança deve desfrutar plenamente de jogos e brincadeiras os quais deverão estar dirigidos para educação; a sociedade e as autoridades públicas se esforçarão para promover o exercício deste direito.

A Convenção sobre os Direitos da Criança de 20 de novembro de 1989, em seu art.28, também se preocupou em deixar claro à garantia a educação:

Art. 28 da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança:

1- Os Estados Partes reconhecem o direito da criança à educação e, a fim de que ela possa exercer progressivamente e em igualdade de condições esse direito, deverão especialmente:

- a) tornar o ensino primário obrigatório e disponível gratuitamente para todos;
- b) estimular o desenvolvimento do ensino secundário em suas diferentes formas, inclusive o ensino geral e profissionalizante, tornando-o disponível e acessível a todas as crianças, e adotar medidas apropriadas tais como a implantação do ensino gratuito e a concessão de assistência financeira em caso de necessidade;
- c) tornar o ensino superior acessível a todos com base na capacidade e por todos os meios adequados;
- d) tornar a informação e a orientação educacionais e profissionais disponíveis e acessíveis a todas as crianças;
- e) adotar medidas para estimular a freqüência regular às escolas e a redução do índice de evasão escolar.

O direito à educação está assegurado na Constituição no art. 227⁹⁶, que determina que é dever da família, da sociedade e do Estado, assegurar a criança com absoluta prioridade, dentre outros direitos, o direito à educação.

Abandonando-se uma visão paternalista, quando toda responsabilidade de garantia desses direitos ficava a cargo do Estado, a Constituição estabelece um sistema de cooperação entre a família, sociedade e Estado para promover, dentre outros, o direito à educação. De acordo com visão é que este trabalho se

⁹⁶ Art. 227 da Constituição Federal. "É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, crueldade e opressão."

desenvolve. Ao verificar o papel de duas instituições do Sistema de Justiça na implementação do direito à educação básica não se pretende estabelecer o Estado como único caminho para efetivação mas apenas como um dos mecanismos.

O art. 205 da Constituição Federal⁹⁷ reforça essa necessidade de cooperação entre o Estado e a família para a garantia da educação e estabelece as finalidades do processo educacional. Tal regime de colaboração também é construído entre os sistemas de ensino da União, dos Estados, e dos Municípios (art.211, Constituição)⁹⁸. Nesta dinâmica cabe a União garantir igualdade de oportunidades educacionais e padrão de qualidade de ensino, mediante assistência técnica e financeira ao Estado e ao Município. A prioridade de atuação dos Municípios deve ser a educação infantil e o ensino fundamental, enquanto os Estados deverão responsabilizar-se pelo ensino fundamental e médio.

É imprescindível destacar alguns princípios fixados pela Constituição, em seu art. 206⁹⁹, em quais o ensino deverá se embasar:

A) Igualdade de condições para o acesso e permanência na escola:

Esse princípio, que será enfatizado neste trabalho, reflete de um lado, a garantia fixada no art. 205, de que a todos deve ser dada condição igual de acesso à escola, sem qualquer tipo de discriminação. De outro lado, essa igualdade só será real se além do acesso (matrícula na escola), for disponibilizado a toda criança os

⁹⁷ Art. 205 da Constituição Federal. “A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.”

⁹⁸ Art. 211 da Constituição Federal. “A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão em regime de colaboração seus sistemas de ensino.

§ 1º A União organizará o sistema federal de ensino e o dos Territórios, financiará as instituições de ensino públicas federais e exercerá, em matéria educacional, função redistributiva e supletiva, de forma a garantir equalização de oportunidades educacionais e padrão mínimo de qualidade do ensino mediante assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios;

§ 2º Os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil.

§ 3º Os Estados e o Distrito Federal atuarão prioritariamente no ensino fundamental e médio.

§ 4º Na organização de seus sistemas de ensino, os Estados e os Municípios definirão formas de colaboração, de modo a assegurar a universalização do ensino obrigatório.”

⁹⁹ Vide Art. 206 da Constituição Federal . “O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;

II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber;

III - pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino;

IV - gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais;

V - valorização dos profissionais do ensino, garantidos, na forma da lei, planos de carreira para o magistério público, com piso salarial profissional e ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos;

VI - gestão democrática do ensino público, na forma da lei;

VII - garantia de padrão de qualidade.”

subsídios necessários para a permanência na escola, como programas de material escolar, uniformes, transporte, combate à evasão escolar, escola próxima à residência e outros.

Não se pretende analisar as causas e conseqüências da evasão escolar, cabe apenas assinalar que a questão do abandono e da repetência escolar deixou de ser de foro interno da escola. O Estatuto criou uma rede de atores concebidos para auxiliar a escola no cumprimento desta tarefa. Assegurar o direito de ser educado envolve um conjunto de ações que exigem a participação de pais, professores e também dos dirigentes de todas as instituições de atendimento à criança e ao adolescente (KONZEN, 2000a, p. 647).

Segundo Lopes, (1998, p.127) ter direito à educação é mais do que ter direito de não ser excluído da escola, é de fato o interesse de conseguir uma vaga e as condições para estudar (tempo livre, material escolar, transporte, condições estruturais da escola, merenda escolar e etc.). Essa garantia de programas suplementares que assegurem a permanência na escola também está aventada no art. 208, inciso VII¹⁰⁰.

B) Liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber. Respeito ao pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino;

Esses dois dispositivos visam à melhoria da qualidade da educação, de forma que o educando, respeitado em sua liberdade e autonomia, possa contribuir no processo de ensino-aprendizagem.

Tal preocupação revela-se muito importante por dois motivos: primeiro que a criança não seja vista como um “objeto” do processo educacional mas como um sujeito que é ouvido e tem possibilidade de contribuição nesse processo. Além disso, a escola deve ser considerada um espaço democrático, onde direção da escola, professores, pais e alunos interajam na busca da melhoria da qualidade do ensino.

De forma semelhante, o art. 210¹⁰¹, também se preocupa com a qualidade na educação e estabelece que a despeito da pluralidade de idéias e concepções

¹⁰⁰ Art. 208 da Constituição Federal . “O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: [...]

VII - atendimento ao educando, no ensino fundamental, através de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.”

¹⁰¹ Art. 210 da Constituição Federal. “Serão fixados conteúdos mínimos para o ensino fundamental, de maneira a assegurar formação básica comum e respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais.

pedagógicas, serão fixados currículos mínimos para assegurar a educação básica comum.

C) Gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais:

A gratuidade do ensino é um dos princípios constitucionais mais importantes que o ensino deve se respaldar. Tal determinação garante a igualdade de acesso à educação na medida em que obriga o Estado a oferecer ensino em estabelecimentos oficiais públicos.

Para que o ensino possa ser gratuito, a Constituição disciplina que parte da receita proveniente de impostos seja destinada à manutenção e ao desenvolvimento do ensino.¹⁰²

O Plano Nacional de Educação (Lei nº 10.172/2001) estabeleceu metas para a educação no Brasil, com duração de dez anos, que garantisse a elevação do nível de escolaridade da população, a melhoria da qualidade do ensino em todos os níveis, a redução das desigualdades sociais e regionais, a ampliação do atendimento na Educação Infantil, no Ensino Médio e no Superior, dentre outros.

Infelizmente a realidade da educação do país ainda é precária. Apesar de se ter dados animadores sobre a taxa de atendimento¹⁰³, (vide Tabela1), esse avanço não foi acompanhado pela melhoria da qualidade do ensino. Segundo informações divulgadas no site do Ministério da Educação, em Língua Portuguesa e

§ 1º - O ensino religioso, de matrícula facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental.

§ 2º - O ensino fundamental regular será ministrado em língua portuguesa, assegurada às comunidades indígenas também a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem."

¹⁰²Vide art. 212 da Constituição Federal. "A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino.

§ 1º - A parcela da arrecadação de impostos transferida pela União aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, ou pelos Estados aos respectivos Municípios, não é considerada, para efeito do cálculo previsto neste artigo, receita do governo que a transferir.

§ 2º - Para efeito do cumprimento do disposto no "caput" deste artigo, serão considerados os sistemas de ensino federal, estadual e municipal e os recursos aplicados na forma do art. 213.

§ 3º - A distribuição dos recursos públicos assegurará prioridade ao atendimento das necessidades do ensino obrigatório, nos termos do plano nacional de educação.

§ 4º - Os programas suplementares de alimentação e assistência à saúde previstos no art. 208, VII, serão financiados com recursos provenientes de contribuições sociais e outros recursos orçamentários.

§ 5º O ensino fundamental público terá como fonte adicional de financiamento a contribuição social do salário-educação, recolhida pelas empresas, na forma da lei."

¹⁰³ Taxa de Atendimento: Trata-se de um indicador que permite avaliar o acesso da população ao sistema educacional. É o percentual da população em idade escolar que frequenta a escola, independente de nível/modalidade de ensino.

Matemática, nem 10% dos estudantes atingem o desempenho adequado. Segue informações sobre a taxa de atendimento:

Tabela 1 - Taxa de atendimento de crianças e adolescentes no ano de 2000, a nível nacional regional e estadual.¹⁰⁴

Taxa de atendimento - Ano = 2000		
Abrangência_Geográfica	De 7 a 14 anos	De 15 a 17 anos
Brasil	96.4	83
Região Sul	97.4	81.1
Santa Catarina	98.1	80.4

Fonte: MEC/INEP e IBGE, disponibilizados no Edudata Brasil¹⁰⁵ em : <<http://www.edudatabrasil.inep.gov.br>>. Acesso em : 15 set 2006.

Conforme citado acima, observa-se teoricamente uma taxa satisfatória de atendimento das crianças e adolescentes nas escolas. Ocorre que muitas vezes o problema está na série em que este aluno está matriculado. Dados de 2001 da Pesquisa Nacional por amostragem de Domicílios do Instituto Brasileiro de Geografia e de Estatística – PNAD/IBGE indicam que do total da população na faixa etária entre 15 e 17 anos (10.308.707), a idade regular para se cursar o Ensino Médio, apenas 37% encontravam-se matriculados neste nível de ensino. No ensino médio faltam vagas, de cada 100 pessoas, apenas 31 terminam a 8ª série e ingressam no ensino médio. A respeito da educação infantil, o Edudata Brasil não dispõe de dados acerca da taxa de atendimento, mas o site do Ministério da Educação alerta que das vinte duas milhões de crianças do País com até seis anos, mais de nove milhões não freqüentam instituições de ensino.¹⁰⁶

Trabalhando com a realidade do Estado de Santa Catarina¹⁰⁷, os números não são muito animadores, no ano de 2003 apenas 32,72% da população de 0 a 06 anos estava na escola. Em relação ao ensino fundamental, 97,99% dos alunos estavam matriculados, enquanto no ensino médio os números voltam a cair com um percentual de apenas 57,22% de alunos matriculados.

¹⁰⁴ O Edudata não disponibilizou a taxa de atendimento para crianças de 0 a 6 anos.

¹⁰⁵ O Sistema de Estatísticas Educacionais (Edudatabrasil) é um instrumento de divulgação de dados educacionais tratados pelo Inep. O INEP - Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira é uma autarquia federal vinculada ao Ministério da Educação (MEC), cuja missão é promover estudos, pesquisas e avaliações sobre o Sistema Educacional Brasileiro com o objetivo de subsidiar a formulação e implementação de políticas públicas para a área educacional. Disponível em: <<http://www.edudatabrasil.inep.gov.br/>>

¹⁰⁶ Todas estas informações foram obtidas no site do Ministério da Educação, disponível em : <http://portal.mec.gov.br/seb/index.php?option=content&task=view&id=391&Itemid=375>; Acesso em 10/03/2006

¹⁰⁷ Todas as informações sobre o Estado de Santa Catarina e o município de Florianópolis, estão disponíveis no site da Secretaria de Estado da Educação e Inovação/SC, <http://www.sed.rct-sc.br/ide-2004/ide_2004.htm> e referem-se ao Censo Escolar de 2003.

No município de Florianópolis, segundo o mesmo Censo Escolar de 2003, apenas 37,71% dos alunos de 0 a 6 anos estavam na escola. Repetindo os dados anteriores em relação ao Estado há um aumento de acesso ao ensino fundamental (97,55%) e com um decréscimo no Ensino Médio, com 62,81% de alunos matriculados.

A questão da educação infantil, como se perceberá pelo número de ações encontradas no Juizado Especial da Infância e Juventude de Florianópolis, é uma grande necessidade da população em Florianópolis. Segundo notícia veiculada no Jornal do Almoço exibido pela Rede Globo - Série Educação RBSTV, no dia 03/08/06, seriam necessárias 2.300 vagas em Florianópolis para suprir a necessidade atual. A diretora do departamento de educação infantil, comprometeu-se em disponibilizar ainda para 2006, 1200 vagas para o período integral e mais 810 vagas para o ano de 2007. A garantia da educação infantil reveste-se de suma importância não só em relação à criança, pois é o período no qual se inicia o aprendizado escolar e seu processo de socialização e convivências comunitária, mas também em relação a famílias menos favorecidas economicamente que não tem onde deixar seus filhos quando as mães estão no trabalho.¹⁰⁸

A fim de mitigar tal quadro, uma das ações adotadas pelo Governo Federal foi o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério (FUNDEF), que deve vigorar até o ano de 2006. O Fundo tem como objetivo destinar ao menos 60% da receita prevista no art. 212 da Constituição Federal para o desenvolvimento do ensino obrigatório e valorização do magistério que atua na educação básica.

Como o término da sua vigência, o governo federal lançou o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e Valorização dos Profissionais da Educação (FUNDEB), aprovado através da proposta de Emenda Constitucional nº 9/2006 (PEC), em 04/07/06 que entrou em vigor em janeiro de

¹⁰⁸ Recentemente em Blumenau-SC, ocorreu uma tragédia ligada a essa problemática. Uma criança de um ano e quatro meses, que estava sob os cuidados do irmão de 10 anos, morreu carbonizada quando a casa de madeira onde morava pegou fogo. Vizinhos e o garoto tentaram salvá-la, mas não houve tempo. Segundo o Corpo de Bombeiros, o incêndio teria começado quando o garoto matava formigas com fogo. A mãe, trabalhava no momento do incêndio, e disse que deixava as crianças sozinhas porque não conseguia uma vaga na creche para a filha. A Diretora de Educação Infantil do Estado disse que houve uma fatalidade, pois a mãe havia preenchido a ficha de intenção de matrícula em uma das creches do bairro dia 19 de junho. O pedido iria passar por uma comissão. Mas com o curto período (19/06/06 a 03/08/06), do pedido à tragédia, não havia dado tempo para saber se ela conseguiria ou não a vaga. (Fonte: Diário Catarinense, 04 de agosto de 2006. Edição nº 7417, Isabela Kiesel/ Agência RBS/Blumenau)

2007.¹⁰⁹ Segundo as informações disponibilizadas, a aprovação do FUNDEB traz benefícios como o aumento de recursos destinados à educação e uma distribuição mais justa dos mesmos. Além disso o FUNDEB, ao englobar toda a educação básica e não apenas o ensino fundamental, pretende oferecer um tratamento mais amplo às deficiências da educação no País, garantindo o aumento de vagas em creches e escolas públicas e a melhoria no salário dos professores.

Está prevista também a implantação de uma agenda para melhorar a educação básica, com medidas como¹¹⁰: reajuste da merenda escolar, aumento recursos para o transporte escolar, melhoria das bibliotecas e distribuição de livros didáticos para o ensino médio.

D) valorização dos profissionais do ensino, garantidos, na forma da lei, planos de carreira para o magistério público, com piso salarial profissional e ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos;

Segundo informações obtidas no site do Ministério da Educação, cerca de 230 mil docentes ainda atuam na rede pública sem a formação exigida pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB).

Esse preceito constitucional é ignorado no Brasil, com professores com baixa remuneração, com grande carga de trabalho, o que reflete na qualidade das aulas e no baixo índice de qualificação.

E) gestão democrática do ensino público, na forma da lei;¹¹¹

F) garantia de padrão de qualidade;

Estes dois últimos princípios garantem que a escola será um ambiente democrático, com a ampliação dos espaços de participação discentes, pais e professores. Todos devem ser ouvidos na construção de um processo de ensino-aprendizagem de boa qualidade. A qualidade na educação segundo Maliska (2001,

¹⁰⁹ Estas informações foram obtidas no site do Ministério da Educação, disponível em : <http://portal.mec.gov.br/index.php?option=content&task=view&id=5311&FlagNoticias=1&Itemid=5455>; Acesso em 29/09/2006.

¹¹⁰ Estas informações foram obtidas no site do Ministério da Educação, disponível em : <http://portal.mec.gov.br/seb/index.php?option=content&task=view&id=288&Itemid=270>; Acesso em 10/03/2006.

¹¹¹ O Art. 14 da LDB explica melhor o que seria essa gestão democrática.

Art. 14 da LDB. "Os sistemas de ensino definirão as normas da gestão democrática do ensino público na educação básica, de acordo com as suas peculiaridades e conforme os seguintes princípios:
I - participação dos profissionais da educação na elaboração do projeto pedagógico da escola;
II - participação das comunidades escolar e local em conselhos escolares ou equivalentes."

p.185) é um dever jurídico, sendo possível exigir-se do estabelecimento escolar medidas para tanto, como por exemplo à adoção do currículo mínimo. Essas exigências de melhoria na qualidade do ensino só serão possíveis com a gestão democrática na escola.

Segundo Vieira (2005, p.52):

Construir um modelo democrático de cidadania, tendo por base uma realidade educacional de baixa qualidade, seria praticamente inviável. Educação, sem garantia de padrões de qualidade, serve muito mais para legitimar uma concepção de cidadania conservadora e dogmática, que busca a manutenção das estruturas de poder e não sua renovação via participação consciente e democrática.

A luta pela efetivação do direito à educação, não é, exclusivamente, a luta pelo aumento de vagas na escola. O que está se buscando é efetivar um direito à educação na forma como é descrita pela Constituição. Uma educação gratuita e de qualidade, com igualdade de condições de permanência na escola, que deve ser democrática, valorizar o seu professor e promover o processo de ensino-aprendizagem de forma a respeitar a autonomia e liberdade do educando.

É essa escola que o Estado está obrigado a oferecer. A Constituição determina:

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

- I - ensino fundamental, obrigatório e gratuito, assegurada, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiveram acesso na idade própria;
 - II - progressiva universalização do ensino médio;
 - III - atendimento educacional especializado aos portadores da deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;
 - IV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade;
 - V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;
 - VI - oferta de ensino noturno regular, adequado as condições do educando;
 - VII - atendimento ao educando, no ensino fundamental, através de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.
- § 1º - O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.
 § 2º - O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente.
 § 3º - Compete ao Poder Público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela freqüência à escola.

Vale destacar que o dispositivo supra é um rol de direitos meramente exemplificativo não excluindo da proteção judicial a oferta de outros interesses não citados neste dispositivo. ¹¹²

¹¹² Especificamente sobre o direito à educação como direito público (§1º) será tratado mais adiante no tópico que trata da natureza jurídica do direito à educação.

1.3.2. O direito à educação na legislação infraconstitucional

No que tange o direito à educação na legislação infraconstitucional destaca-se às disposições constantes no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8069/90) e na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei 9.394, de 20/12/1996).

O art. 53 do Estatuto da Criança e do Adolescente, reforçando a idéia do art. 205 da Constituição Federal, preceitua que a criança e o adolescente têm direito à educação, assegurando-lhes igualdade de condições para o acesso e permanência na escola¹¹³; direito de ser respeitado pelos educadores; direito de contestar critérios avaliativos e recorrer a instâncias escolares superiores; e direito à organização e participação em entidades estudantis.

Na análise desses três últimos dispositivos, constata-se um esforço do Estatuto em estabelecer que o aluno possa contribuir no processo de ensino-aprendizagem¹¹⁴. Respeita-se desta forma a individualidade do estudante e o incentiva a organizar-se para obter participação nesse processo. O respeito que deve ser atribuído às crianças e adolescentes, dentro e fora da escola, é peculiar da condição de pessoa em desenvolvimento, conforme a Doutrina da Proteção Integral disposta no Estatuto da Criança e do Adolescente¹¹⁵. O incentivo a organizar-se e a contestar critérios avaliativos vai ao encontro de uma das finalidades educacionais¹¹⁶ que é o preparo para o exercício da cidadania. Apenas assim a criança se perceberá como sujeito de direito que merece ser respeitado.

Quanto à influência do aluno e de seus pais no processo de ensino - aprendizagem (Vide §1º deste mesmo artigo), vale ressaltar que já é tempo que o aluno tenha uma posição mais participativa dentro da sala de aula para que a escola

¹¹³ Este dispositivo já foi analisado no art. 206, I da Constituição Federal, proibindo que a criança seja discriminada de qualquer forma que prejudique seu acesso à escola.

¹¹⁴ Não só os alunos mas seus pais também são incentivados nesse sentido. Veja art. 53, § único. Art. 53 do Estatuto da Criança e do Adolescente. "A criança e o adolescente têm direito à educação, visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho, assegurando-se-lhes:
Parágrafo único. É direito dos pais ou responsáveis ter ciência do processo pedagógico, bem como participar da definição das propostas educacionais."

¹¹⁵ Nesse sentido art. 17 do Estatuto da Criança e do Adolescente que trata do direito ao respeito: Art. 17 do Estatuto da Criança e do Adolescente. "O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, idéias e crenças, dos espaços e objetos pessoais."

¹¹⁶ Vide Art. 205 da Constituição Federal e art. 22 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional supra

lhe seja mais agradável, mais próxima de sua realidade social e de melhor qualidade.

Se assim for, conforme ensina Freire (1981), estar-se-ia deixando de lado a "educação bancária" – entendendo-se esta como se os alunos fossem recipientes vazios, no qual o professor vai “depositando os conhecimentos” e os alunos o recebem, arquivando-o, até a chegada da prova- para um ensino de construção do conhecimento, em que a pesquisa científica e a formação da cidadania estão a todo o momento presentes.

O mesmo autor complementa:

É preciso que [...] desde os começos do processo, vá ficando cada vez mais claro que, embora diferentes entre si, quem forma se forma e re-forma ao formar e quem é formado forma-se e forma ao ser formado. É neste sentido que ensinar não é transferir conhecimentos, conteúdos, nem formar é a ação pela qual um sujeito criador dá forma, estilo ou alma a um corpo indeciso e acomodado. Não há docência sem discência, as duas se explicam e seus sujeitos, apesar das diferenças que os conotam, não se reduzem à condição de objeto um do outro. Quem ensina aprende ao ensinar e quem aprende ensina ao aprender. [grifo nosso] (FREIRE, 1997, p.25)

As crianças não podem ser mais receptáculos de um conhecimento pré-constituído imposto pela escola, se assim for não se pode dizer que está se garantindo o direito à educação. Na medida do possível deve-se buscar “estar na escola”, mas não apenas dentro do espaço físico, mas estar inserido numa política pedagógica emancipadora. Uma política que garanta uma formação autônoma, que propicie o pleno desenvolvimento da criança e do adolescente e as coloque numa posição coerente frente ao caráter de sujeitos de direitos.

Dentro dessa mesma idéia está o art. 58 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que garante que no processo educacional serão respeitados os valores culturais, artísticos e históricos próprios do contexto social da criança, além da liberdade de criação e o acesso a fontes de cultura.

Outra garantia é assegurada pelo art. 53 e trata-se do acesso à escola pública e gratuita próxima de sua residência (art. 53, V do ECA). Esse direito é mais um dos critérios de permanência da escola, pois a proximidade entre a escola e a residência do aluno favorece de forma clara a manutenção do mesmo no estabelecimento escolar. Além disso, este dispositivo favorece a convivência familiar e comunitária, que é um dos princípios da Doutrina da Proteção integral.

Conforme os dispositivos já mencionados, o direito à educação é colocado como dever do Estado que deve assegurar à criança e ao adolescente¹¹⁷: ensino fundamental e gratuito, progressiva extensão do ensino médio, atendimento especializado aos portadores de deficiências, atendimento em creche e pré-escola, acesso aos níveis mais elevados de ensino, oferta de ensino noturno, atendimento ao educando de programas suplementares de material didático, transporte escolar e outros. Todos esses deveres já estavam consagrados no art. 208 da Constituição Federal supracitada¹¹⁸. Conforme o §4º do art.5º da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, sendo comprovada a negligência da autoridade competente para garantir o oferecimento do ensino obrigatório a ela poderá ser imputada acusação por crime de responsabilidade.

O mesmo artigo em seu parágrafo 1º dispõe sobre a obrigatoriedade do Estado de recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e

¹¹⁷ Vide art. 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Art. 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente. “É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente:

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

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

III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;

IV - atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade;

V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;

VI - oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do adolescente trabalhador;

VII - atendimento no ensino fundamental, através de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.

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

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

§ 3º Compete ao Poder Público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsável, pela freqüência à escola.”

¹¹⁸ Além disso o art. 208 do Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe expressamente que os direitos da criança e adolescente dispõe de proteção judicial:

Art. 208. Regem-se pelas disposições desta Lei das ações de responsabilidade por ofensa aos direitos assegurados à criança e ao adolescente, referentes, ao não-oferecimento ou oferta irregular:

I - do ensino obrigatório;

II - de atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência;

III - de atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade;

IV - de ensino noturno regular, adequado às condições do educando;

V - de programas suplementares de oferta de material didático-escolar, transporte e assistência à saúde do educando do ensino fundamental;

VI - de serviço de assistência social visando à proteção à família, à maternidade, à infância e à adolescência, bem como ao amparo às crianças e adolescentes que dele necessitem;

VII - de acesso às ações e serviços de saúde;

VIII - de escolarização e profissionalização dos adolescentes privados de liberdade.

Parágrafo único. As hipóteses previstas neste artigo não excluem da proteção judicial outros interesses individuais, difusos ou coletivos, próprios da infância e da adolescência, protegidos pela Constituição e pela Lei.

zelar, junto aos pais ou responsável, pela freqüência à escola¹¹⁹. Na realidade do Estado de Santa Catarina existe o Programa Apóia, coordenado pelo Centro da Infância e da Juventude do Ministério Público do Estado, que objetiva garantir a permanência na escola de crianças e adolescentes, de 07 a 18 anos de idade, para que concluam o ensino fundamental¹²⁰.

O Programa Apóia funciona da seguinte forma: o aluno que não comparecer à escola por cinco dias consecutivos ou sete dias alternados deve justificar a ausência. Sem essa devida justificativa, o professor notificará a direção da escola que terá uma semana para se comunicar com a família do aluno. Se o aluno não retornar à escola, dever-se á acionar o Conselho Tutelar¹²¹, que tentará dentro de suas atribuições propiciar o retorno do aluno às aulas. Se os procedimentos anteriores não surtirem efeito, o Ministério Público será acionado, tomando também as medidas pertinentes ao caso, com a responsabilização penal dos pais ou responsável se for o caso¹²². No Capítulo 3 deste estudo serão colacionados alguns dados sobre a atuação desse programa, para demonstrar o

¹¹⁹ Tal obrigatoriedade é reforçada no art.5º da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional :
 Art. 5º O acesso ao ensino fundamental é direito público subjetivo, podendo qualquer cidadão, grupo de cidadãos, associação comunitária, organização sindical, entidade de classe ou outra legalmente constituída, e, ainda, o Ministério Público, acionar o Poder Público para exigi-lo.
 § 1º Compete aos Estados e aos Municípios, em regime de colaboração, e com a assistência da União:

I - recensear a população em idade escolar para o ensino fundamental, e os jovens e adultos que a ele não tiveram acesso;

II - fazer-lhes a chamada pública;

III - zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela freqüência à escola.

§ 2º Em todas as esferas administrativas, o Poder Público assegurará em primeiro lugar o acesso ao ensino obrigatório, nos termos deste artigo, contemplando em seguida os demais níveis e modalidades de ensino, conforme as prioridades constitucionais e legais.

§ 3º Qualquer das partes mencionadas no caput deste artigo tem legitimidade para peticionar no Poder Judiciário, na hipótese do § 2º do art. 208 da Constituição Federal, sendo gratuita e de rito sumário a ação judicial correspondente.

§ 4º Comprovada a negligência da autoridade competente para garantir o oferecimento do ensino obrigatório, poderá ela ser imputada por crime de responsabilidade.

§ 5º Para garantir o cumprimento da obrigatoriedade de ensino, o Poder Público criará formas alternativas de acesso aos diferentes níveis de ensino, independentemente da escolarização anterior.

¹²⁰ Este programa foi inspirado em iniciativa semelhante criada pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul, em ação parceira com as Secretarias de Educação do Estado e dos Municípios, através da Ficha de Comunicação de Aluno Infreqüente, a FICAI. No item 3.1 serão apresentados alguns dados de processos administrativos oriundos destes Programa

¹²¹ A obrigação da escola em acionar o Conselho Tutelar no caso de faltas injustificadas está preceituada no art. 56 do ECA.

Art. 56 do Estatuto da Criança e do Adolescente. "Os dirigentes de estabelecimentos de ensino fundamental comunicarão ao Conselho Tutelar os casos de:

I - maus-tratos envolvendo seus alunos;

II - reiteração de faltas injustificadas e de evasão escolar, esgotados os recursos escolares;

III - elevados níveis de repetência."

¹²² A Obrigação dos pais em matricular seus filhos na escola está fixada no art. 55 do ECA.

Art. 55 do Estatuto da Criança e do Adolescente. "Os pais ou responsável têm a obrigação de matricular seus filhos ou pupilos na rede regular de ensino."

esforço das instituições como Ministério Público na garantia de permanência da escola.

Outro programa que merece destaque, por caracterizar uma mobilização dos juízes e promotores que atuam na área da Infância e Juventude, é o Programa Justiça pela Educação, encampado pela Associação Brasileira de magistrados e promotores de Justiça da Infância e Juventude¹²³. O programa propõe-se à qualificação técnica e mobilização dos Magistrados e Promotores de Justiça, atuantes nas Varas da Infância e da Juventude de todo o País, a participar de um amplo movimento a serviço da garantia dos direitos fundamentais da criança e do adolescente. Dentre as ações prioriza-se o Direito à Educação como estratégia jurídica e política de prevenção e promoção social.

Além de todos os dispositivos acima mencionados, a Doutrina da Proteção Integral¹²⁴ (art. 1º e 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente¹²⁵ e art.227 da Constituição) é com certeza o grande balizador de qualquer decisão que se refira à efetivação do direito à educação.

A Doutrina da Proteção Integral inaugura uma nova visão, implementada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, que veio para se contrapor à Doutrina da Situação Irregular adotada pelo Código de Menores. Esta nova visão é integral porque assegura os direitos fundamentais de todas as crianças e adolescentes sem discriminação de qualquer tipo.

Esses direitos fundamentais são os mesmos de qualquer pessoa humana, tais como o direito à vida, saúde, liberdade, dignidade e o direito à educação.

¹²³ Este programa motivou uma série de compromissos na área da educação firmados pelos Estados do Mato Grosso do Sul, Alagoas, Amazonas, Tocantins, Goiás, Rondônia, Acre, Paraná, Rio de Janeiro, Ceará, Pernambuco, Rio Grande do Norte, São Paulo, no ano de 2001. O Estado de Santa Catarina não consta na relação de estados envolvidos. Informações disponíveis em: <<http://www.abmp.org.br/justnaeducacao.php>>

¹²⁴ É importante destacar que será feito neste primeiro capítulo, apenas uma breve explanação sobre o tema, que terá o tratamento adequado no item 2.3 da dissertação quando esta será um contra ponto para as alegações do Judiciário para uma negativa de efetivação do direito à educação.

¹²⁵ Art.1º do Estatuto da Criança e do Adolescente. "Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente."

Art.4º do Estatuto da Criança e do Adolescente. "É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude."

Esses direitos devem ser assegurados, por todos os meios, com absoluta prioridade, conforme preceitua os dispositivos acima citados. Por absoluta prioridade entende-se que a criança e o adolescente deverão estar em primeiro lugar na escala de preocupação dos governantes, de forma que, por exemplo, na área administrativa enquanto não existirem creches, escolas, postos de saúde, e outras condições que garantam os direitos da criança, não se deveriam asfaltar ruas, construir praças, sambódromos, monumentos artísticos e etc. “Por que a vida, a saúde, o lar, a prevenção de doenças são mais importantes que as obras de concreto que ficam para demonstrar o poder do governante.”(LIBERATI, 2004a, p.19)

Essa prioridade absoluta deve refletir na destinação privilegiada dos recursos públicos e na atuação dos órgãos do Sistema de Justiça. Senão houvesse nenhum outro dispositivo sobre educação, apenas quando se diz que a criança terá precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública e preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas¹²⁶, já se estaria garantindo acesso à educação.

Entretanto o que se verifica é uma carência de políticas sociais voltadas à solução de questões básicas (acesso à escola, melhores condições de saúde, moradia e etc) e uma falta de organização da sociedade perante os órgãos que compõe o sistema de justiça em cobrar pelo cumprimento dos direitos. (VERONESE, 1994, p.5-6)

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional - LDB (Lei nº 9.394, de 20/12/96) é item importante da legislação infraconstitucional sobre a matéria. Esta lei regula toda a educação escolar e abrange as diferentes situações e modalidades de ensino. Dentro da pertinência desse trabalho, destacam-se alguns dispositivos importantes para a garantia da educação básica. A LDB estabelece, dentre outros, a finalidade da educação¹²⁷, transcrevendo as idéias do art. 205 da Constituição Federal e 53 do Estatuto da Criança e do Adolescente. No art. 3º, esta mesma lei,

¹²⁶ Art. 4º, § único do Estatuto da Criança e do Adolescente supracitado. Vale ressaltar que em todos os níveis União, Estado e Município existem, respectivamente os Conselhos de Direito da Criança e do Adolescente (Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente - CONANDA, Conselho Estadual do Direito da Criança e do Adolescente - CEDECA e Conselho Municipal de Direitos da Criança e do Adolescente - CMDCA) que são órgãos deliberativos, previstos no art. 88, I do Estatuto da Criança e do Adolescente, que tem como uma das funções o controle das ações governamentais, dentre elas a dotação orçamentária, em relação à criança e o adolescente

¹²⁷ Art. 2º da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional. “A educação, dever da família e do Estado, inspirada nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana, tem por finalidade o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.”

inspirada no art. 206 e 208 da Constituição Federal e 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente, já supramencionados, também fixa os princípios da educação.

Quanto à garantia de acesso à escola, o art. 10 e 11¹²⁸ estabelece quais seriam as atribuições do Estado e do Município. Merece destaque a divisão de prioridades, que responsabiliza o Estado pelo ensino médio, enquanto o Município se concentraria no ensino infantil e fundamental. (art. 10, VI e 11, V da LDB). Essa divisão se reflete, por exemplo, no transporte escolar que está a cargo do Estado quando os alunos forem provenientes de escola da rede Estadual, e do Município no caso de estudantes da rede Municipal¹²⁹ (Art. 10, VII e art. 11, VI).

O ensino noturno, regular e adequado às condições do adolescente trabalhador também merece destaque. Apesar de já assegurado no art. 208, VI da Constituição Federal e no art. 54, VI do Estatuto da Criança e do Adolescente, reveste-se de novos contornos no art. 4º, VI e VII da LDB¹³⁰:

¹²⁸ Art. 10 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional . “Os Estados incumbir-se-ão de:
I - organizar, manter e desenvolver os órgãos e instituições oficiais dos seus sistemas de ensino;
II - definir, com os Municípios, formas de colaboração na oferta do ensino fundamental, as quais devem assegurar a distribuição proporcional das responsabilidades, de acordo com a população a ser atendida e os recursos financeiros disponíveis em cada uma dessas esferas do Poder Público;
III - elaborar e executar políticas e planos educacionais, em consonância com as diretrizes e planos nacionais de educação, integrando e coordenando as suas ações e as dos seus Municípios;
IV - autorizar, reconhecer, credenciar, supervisionar e avaliar, respectivamente, os cursos das instituições de educação superior e os estabelecimentos do seu sistema de ensino;
V - baixar normas complementares para o seu sistema de ensino;
VI - assegurar o ensino fundamental e oferecer, com prioridade, o ensino médio.
VII - assumir o transporte escolar dos alunos da rede estadual.
Parágrafo único. Ao Distrito Federal aplicar-se-ão as competências referentes aos Estados e aos Municípios.”

Art. 11 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional . “Os Municípios incumbir-se-ão de:
I - organizar, manter e desenvolver os órgãos e instituições oficiais dos seus sistemas de ensino, integrando-os às políticas e planos educacionais da União e dos Estados;
II - exercer ação redistributiva em relação às suas escolas;
III - baixar normas complementares para o seu sistema de ensino;
IV - autorizar, credenciar e supervisionar os estabelecimentos do seu sistema de ensino;
V - oferecer a educação infantil em creches e pré-escolas, e, com prioridade, o ensino fundamental, permitida a atuação em outros níveis de ensino somente quando estiverem atendidas plenamente as necessidades de sua área de competência e com recursos acima dos percentuais mínimos vinculados pela Constituição Federal à manutenção e desenvolvimento do ensino.
VI - assumir o transporte escolar dos alunos da rede municipal.
Parágrafo único. Os Municípios poderão optar, ainda, por se integrar ao sistema estadual de ensino ou compor com ele um sistema único de educação básica.”

¹²⁹ Foi dado destaque ao transporte por ser um dos programas de permanência da escola mais importantes. Se há irregularidade no serviço de transporte escolar, dificilmente os educandos carentes financeiramente conseguem freqüentar a escola.

¹³⁰ Esse dispositivo traz além do direito ao ensino noturno, outros deveres do Estado, repetindo as idéias dispostas nos art. 206 e 208 da Constituição Federal e art. 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente .

Art. 4º da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional. “O dever do Estado com educação escolar pública será efetivado mediante a garantia de:

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

Art. 4º da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional O dever do Estado com educação escolar pública será efetivado mediante a garantia de:

[...]

VI - oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando;
VII - oferta de educação escolar regular para jovens e adultos, com características e modalidades adequadas às suas necessidades e disponibilidades, garantindo-se aos que forem trabalhadores as condições de acesso e permanência na escola;

A universalidade do acesso à educação e as condições de permanência na escola devem atender também àqueles adolescentes que necessitam trabalhar para a sua própria subsistência e de sua família. É isso que pretende garantir o artigo supracitado.

Os art. 29 e 30 da LDB também merecem destaque pela importância que destinam à educação infantil¹³¹. Esta modalidade de ensino visa o desenvolvimento integral da criança e deve ser complementada com a ação da família e do Estado. O aprofundamento sobre a questão da obrigatoriedade de oferecimento gratuito do ensino infantil será dado no item 2.1 deste trabalho, quando se tratará da natureza do direito à educação, mas a menção do art.208, IV da Constituição é inevitável. Neste dispositivo está claro que o dever do Estado com a educação será efetivado com, dentre outras ações, a garantia de atendimento em creche e pré-escola às crianças de 0 a 6 anos de idade¹³².

II - progressiva extensão da obrigatoriedade e gratuidade ao ensino médio;
III - atendimento educacional especializado gratuito aos educandos com necessidades especiais, preferencialmente na rede regular de ensino;
IV - atendimento gratuito em creches e pré-escolas às crianças de zero a seis anos de idade;
V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;
VI - oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando;
VII - oferta de educação escolar regular para jovens e adultos, com características e modalidades adequadas às suas necessidades e disponibilidades, garantindo-se aos que forem trabalhadores as condições de acesso e permanência na escola;
VIII - atendimento ao educando, no ensino fundamental público, por meio de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde;
IX - padrões mínimos de qualidade de ensino, definidos como a variedade e quantidade mínimas, por aluno, de insumos indispensáveis ao desenvolvimento do processo de ensino-aprendizagem.”

¹³¹ Art. 29 da LDB. “A educação infantil, primeira etapa da educação básica, tem como finalidade o desenvolvimento integral da criança até seis anos de idade, em seus aspectos físico, psicológico, intelectual e social, complementando a ação da família e da comunidade.”

Art. 30 da LDB. “A educação infantil será oferecida em:

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

II - pré-escolas, para as crianças de quatro a seis anos de idade.”

¹³² Apenas a título de esclarecimento o atendimento em creches é feito para crianças de 0 a 3 anos e na pré-escola para criança de 4 a 6 anos.

O art. 32 da LDB, com a redação dada pela Lei nº 11.274, de 06/02/2006¹³³, determina que o ensino fundamental obrigatório terá a duração de nove anos, e não mais oito como na redação anterior. A criança iniciará seus estudos aos seis anos de idade, ingressando na primeira série.¹³⁴ Tal alteração apesar de parecer um aceleração da aprendizagem da criança, em tese não deve ser assim. A modificação se realizou apenas para incorporar a “pré-escola” na educação fundamental. Pretende-se que esta incorporação possa viabilizar o acesso desse período escolar a um maior número de crianças, uma vez que o mesmo conste como período de educação fundamental regular. Atualmente, muitas crianças não têm a chance de ingressar na pré-escola, pela falta de vagas e condições das creches municipais, a despeito deste direito já estar assegurado no Estatuto da Criança e do Adolescente e na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional.

1.3.3. O direito à educação na legislação Estadual e Municipal

Um panorama acerca da educação, na legislação do Estado de Santa Catarina e do município de Florianópolis, se torna imprescindível, uma vez que este

¹³³ Art. 32 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional. “O ensino fundamental obrigatório, com duração de 9 (nove) anos, gratuito na escola pública, iniciando-se aos 6 (seis) anos de idade, terá por objetivo a formação básica do cidadão, mediante:

I - o desenvolvimento da capacidade de aprender, tendo como meios básicos o pleno domínio da leitura, da escrita e do cálculo;

II - a compreensão do ambiente natural e social, do sistema político, da tecnologia, das artes e dos valores em que se fundamenta a sociedade;

III - o desenvolvimento da capacidade de aprendizagem, tendo em vista a aquisição de conhecimentos e habilidades e a formação de atitudes e valores;

IV - o fortalecimento dos vínculos de família, dos laços de solidariedade humana e de tolerância recíproca em que se assenta a vida social.

§ 1º É facultado aos sistemas de ensino desdobrar o ensino fundamental em ciclos.

§ 2º Os estabelecimentos que utilizam progressão regular por série podem adotar no ensino fundamental o regime de progressão continuada, sem prejuízo da avaliação do processo de ensino-aprendizagem, observadas as normas do respectivo sistema de ensino.

§ 3º O ensino fundamental regular será ministrado em língua portuguesa, assegurada às comunidades indígenas a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem.

§ 4º O ensino fundamental será presencial, sendo o ensino a distância utilizado como complementação da aprendizagem ou em situações emergenciais.”

¹³⁴ A referida alteração foi feita também na seara constitucional com a alteração do inciso IV do art.208 feita pela Emenda constitucional n.º 53, de 19/12/06. Segundo informações obtidas no site do Ministério da Educação, disponível em : <http://portal.mec.gov.br/seb/index.php?option=content&task=view&id=288&Itemid=270>; Acesso em 10/03/2006, o Ministério da Educação está apoiando os sistemas de ensino, que têm até cinco anos para adotar o novo currículo. O projeto também prevê a formação de professores para atuar em classes dessa idade para não ocorrer uma simples antecipação da primeira série.

trabalho analisa a atuação do Sistema de Justiça nesta capital, sendo importante a visualização de toda a legislação que esse sistema está sujeito.

A Constituição Estadual inspirada em vários dispositivos supracitados, preceitua em seu art. 161:

A educação, direito de todos, dever do Estado e da família, será promovida e inspirada nos ideais da igualdade, da liberdade, da solidariedade humana, do bem-estar social e da democracia, visando ao pleno exercício da cidadania.

Parágrafo único. A educação prestada pelo Estado atenderá a formação humanística, cultural, técnica e científica da população catarinense.

A Constituição Estadual, estabelecendo os princípios que regem a educação¹³⁵, procura definir as atribuições de cada ente estatal no regime de cooperação que permitiria efetivar o direito à educação.

Quanto ao Estado¹³⁶, seguindo as diretrizes do Estatuto da Criança e do Adolescente e da Constituição, a Constituição estadual estabelece vários deveres,

¹³⁵ Tais princípios são apenas uma transcrição do art 206 da Constituição Federal

Art. 162 da Constituição Estadual. "O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;
 II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber;
 III - pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas;
 IV - coexistência de instituições públicas e privadas de ensino;
 V - gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais;
 VI - gestão democrática do ensino público, adotado o sistema eletivo, mediante voto direto e secreto, para escolha dos dirigentes dos estabelecimentos de ensino, nos termos da lei;
 VII - garantia do padrão de qualidade;
 VIII - valorização dos profissionais de ensino, garantidos, na forma da lei, planos de carreira para o magistério público, com piso salarial profissional e ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos;
 IX - promoção da integração escola-comunidade."

¹³⁶ Art. 163 da Constituição Estadual. "O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

I - oferta de creches e pré-escola para as crianças de zero a seis anos de idade;
 II - ensino fundamental, gratuito e obrigatório para todos, na rede estadual, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria;
 III - progressiva extensão da obrigatoriedade e gratuidade ao ensino médio;
 IV - ensino noturno regular, na rede estadual, adequado às condições do aluno;
 V - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência física, mental ou sensorial, bem como aos que revelarem vocação excepcional em qualquer ramo do conhecimento, na rede estadual;
 VI - condições físicas adequadas para o funcionamento das escolas;
 VII - atendimento ao educando através de programas suplementares de alimentação, assistência à saúde, material didático e transporte;
 VIII - recenseamento periódico dos educandos, em conjunto com os municípios, promovendo sua chamada e zelando pela freqüência à escola, na forma da lei;
 IX - membros do magistério em número suficiente para atender à demanda escolar;
 X - implantação progressiva da jornada integral, nos termos da lei.

Parágrafo único A não-oferta ou a oferta irregular do ensino obrigatório, pelo Poder Público, importa em responsabilidade da autoridade competente.No art. 112, a Constituição Estadual, diz que compete ao Município, dentre outros, manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação, prioritariamente pré-escolar e de ensino fundamental"

dentre os quais a garantia de condições físicas adequadas para o funcionamento das escolas (Art. 163, VI); o zelo pela freqüência à escola promovendo o recenseamento periódico dos educandos, em conjunto com os municípios, na forma da lei (art. 163, VIII); a contratação de membros do magistério em número suficiente para atender à demanda escolar (art. 163, IX).

No art. 112, a Constituição Estadual diz que compete ao Município, dentre outros, manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação, prioritariamente pré-escolar e de ensino fundamental.

Dentro dessa perspectiva de melhoria de qualidade da educação, o art. 164, prevê a garantia, além da formação básica, de:

- I - a promoção dos valores culturais, nacionais e regionais;
 - II - programas visando à análise e à reflexão crítica sobre a comunicação social;
 - III - currículos escolares adaptados às realidades dos meios urbano, rural e pesqueiro;
 - IV - programação de orientação técnica e científica sobre a prevenção ao uso de drogas, a proteção do meio ambiente e a orientação sexual;
 - V - conteúdos programáticos voltados para a formação associativa, cooperativista e sindical.
- § 1º O ensino religioso, de matrícula facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental.
- § 2º O ensino fundamental regular será ministrado em língua portuguesa, assegurada às comunidades indígenas também a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem.
- § 3º Os cursos profissionalizantes de ensino médio da rede pública estadual serão administrados por órgão específico.

Há uma preocupação louvável da legislação estadual em aproximar a educação de valores culturais regionais, adaptando os conteúdos à realidade social do meio urbano, rural e pesqueira.

Iniciativas como os programas visando à reflexão crítica sobre a comunicação social, prevenção ao uso de drogas, proteção do meio ambiente, orientação sexual e o respeito da religião e da língua (menção expressa às comunidades indígenas) são importantes para a melhoria da qualidade da educação. Tais ações visam à construção de uma escola mais próxima da comunidade e da realidade do educando.

A educação é um direito de fundamental importância para a materialização da proteção integral. É através dela que crianças e adolescentes terão condições de se desenvolver enquanto pessoa e de se preparar para o exercício da cidadania.

Todos os entes federados têm a obrigação de contribuir com sua cota-parte para a efetivação desse direito¹³⁷.

Em relação à legislação municipal, é imprescindível citar a Lei Orgânica do Município de Florianópolis, que em seu art.4º assegura a todo habitante do município, dentre outros, o direito à educação¹³⁸. Segundo esta lei, compete ao Município manter, em cooperação técnica, programas de educação, prioritariamente pré-escolar e de ensino fundamental. O dever do Município com a educação, segundo o art. 20 da supracitada lei, será efetivado mediante:

- I - atendimento prioritário em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos, com pessoal habilitado na área;
 - II - atendimento ao educando através de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde;
 - III - obrigatoriedade de inspeção médico-odontológica aos alunos da rede pública municipal em articulação com o órgão municipal de saúde;
 - IV - ensino fundamental obrigatório;
 - V - implantação progressiva de oficinas de produção na rede pública municipal de ensino;
 - VI - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, com pessoal habilitado de preferência na rede escolar;
 - VII - ensino fundamental gratuito também àqueles que estão fora da faixa etária obrigatória;
 - VIII - definição de uma política para implantação progressiva de atendimento em período escolar integral;
 - IX - quadros de profissionais da educação, habilitados, especializados, e em número suficiente para atender à demanda;
 - X - elaboração e execução de programa de formação permanente aos educadores e demais profissionais da rede pública municipal de ensino;
 - XI - garantia das condições físicas para o funcionamento das escolas;
 - XII - manutenção das salas de apoio pedagógico na rede municipal de ensino.
- Parágrafo Único - O ensino fundamental é obrigatório, sob pena de responsabilidade.

Ao detalhar as obrigações do Município, destacam-se algumas atribuições mais específicas como: inspeção médico-odontológica, atendimento especializado

¹³⁷ Para um aprofundamento acerca da educação na legislação estadual, vide Lei Complementar Estadual nº 170, de 07/08/98, que dispõe sobre o Sistema Estadual de Educação. Neste trabalho absteve-se de se trabalhar a fundo essa lei pela sua semelhança com a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional.

¹³⁸ Lei Orgânica do Município de Florianópolis

Art. 4º - "É assegurado a todo habitante do Município, nos termos das Constituições Federal, Estadual e desta Lei Orgânica, o direito à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, ao usufruto dos bens culturais, à segurança, à proteção à maternidade, à infância, à assistência aos desamparados, ao transporte, à habitação e ao meio ambiente equilibrado."

Art. 9º - "Compete ao Município prover o que é de interesse local e do bem-estar de sua população como, dentre outras, as seguintes atribuições:

IX - manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação, prioritariamente pré-escolar e de ensino fundamental;"

aos portadores de deficiência, implantação progressiva do período integral e garantias das condições físicas na escola.

Da mesma forma, o art. 121 da Lei Orgânica Municipal ratifica as disposições contidas no art. 206 da Constituição Federal e destaca o estímulo à criatividade e à curiosidade do aluno. Além disso, enfatiza o desenvolvimento de uma consciência crítica a respeito do meio ambiente, através da promoção da educação ambiental nos diferentes graus de ensino.¹³⁹

A lei municipal também se preocupa com a arrecadação de recursos para a educação e determina que o Município aplique anualmente pelo menos 25% da receita proveniente dos impostos na ampliação e manutenção do ensino.¹⁴⁰

Em nível municipal, existe também a Lei n. 3794/92 que dispõe sobre a política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente no município. Esta lei estabelece este atendimento far-se-á através de políticas sociais de educação e outras ações que assegurem o desenvolvimento da criança e do adolescente.¹⁴¹

¹³⁹ Art. 121 da Lei Orgânica Municipal - "O ensino municipal será ministrado com base nos seguintes princípios:

- I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;
- II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber;
- III - estímulo à criatividade e à curiosidade do aluno;
- IV - pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas;
- V - gratuidade no ensino em todos os níveis, não sendo impeditivo de matrícula a cobrança de taxas pelas APP (Associação de Pais e Professores) ou similares;
- VI - valorização dos profissionais de ensino, garantindo, na forma da lei, plano de carreiras para magistério, com piso salarial profissional e ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos;
- VII - gestão democrática do ensino, na forma da lei;
- VIII - garantia de padrão de qualidade;
- IX - democratização das relações na escola;
- X - integração comunidade-escola como espaço de criação, valorização e difusão da cultura popular;
- XI - desenvolvimento de uma consciência crítica a respeito da questão ambiental, através da promoção da educação ambiental nos diferentes graus de ensino."

¹⁴⁰ Art. 122 da Lei Orgânica Municipal. "O Município aplicará, anualmente, pelo menos, vinte e cinco por cento da receita proveniente de seus impostos e dos impostos estadual e federal de cuja arrecadação participe, na manutenção, ampliação e no desenvolvimento do ensino, ressalvadas as despesas com programas de alimentação e assistência à saúde, no ensino fundamental, que serão custeados com recursos federal, estadual e outros recursos orçamentários municipais.

§ 1º - Os recursos municipais poderão ser destinados às escolas comunitárias, filantrópicas ou definidas em lei, que:

- I - comprovem finalidade não lucrativa e apliquem seus excedentes financeiros em educação;
- II - assegurem a destinação de seu patrimônio a outra escola comunitária, filantrópica ou ao Poder Público Municipal, no caso de encerramento de suas atividades.

§ 2º - A lei poderá disciplinar a concessão de bolsas de estudos para o ensino fundamental dos que demonstrarem falta ou insuficiência de recursos, quando houver falta de vagas e cursos regulares na rede pública na localidade de residência do educando, ficando o Poder Público obrigado a investir, prioritariamente, na expansão de sua rede na localidade."

¹⁴¹ Art. 2º - "O atendimento dos Direitos da Criança e do Adolescente do Município de Florianópolis, far-se-á através de:

- I - Política sociais Básica de educação, saúde, habitação, recreação, esportes, cultura, lazer, profissionalização e outras que assegurem o desenvolvimento físico, afetivo, mental, moral espiritual

Sobre as políticas públicas sociais da educação vale lembrar a atuação do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente - CMDCA¹⁴², que define prioridades e controla as ações em todos os níveis, ouvindo-se o Fórum Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente¹⁴³. Existe, ainda, o Conselho Municipal de Educação, instituído pelas Leis 3951/92 e 3651/91 que objetiva propor a formulação da política de educação municipal, de acordo com os princípios inscritos na Lei Orgânica do Município de Florianópolis.

Estes foram apenas alguns tópicos levantados¹⁴⁴ acerca da Legislação Estadual e Municipal com o intuito de se perceber, de forma regional, as garantias asseguradas às crianças e adolescentes com respeito ao direito à educação. Muitas vezes acredita-se que os ordenamentos infraconstitucionais, estaduais e municipais apenas repetem as garantias já asseguradas na Constituição Federal. Entretanto, é importante ter claro que além de reforçar e oferecer mais operatividade em nível regional, tais ordenamentos também são um espaço em que a comunidade pode se ver representada em sua especificidade. Como exemplo pode-se citar o art. 164, III, da Constituição Estadual que estabelece a aproximação da educação de valores culturais regionais, adaptando-se os conteúdos à realidade social do meio urbano, rural e pesqueiro.

e social da criança e do adolescente em condições de liberdade e dignidade, a convivência familiar e comunitária bem como o encaminhamento dos portadores de deficiência às instituições especializadas.”

¹⁴² O Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescentes, instituído pela Lei Ordinária nº 3794 de 02/07/1992, será composto paritariamente por 12 (doze) membros sendo 06 (seis) representantes do Poder Público, e 06 (seis) representantes da Sociedade Civil, todos referendados pelo Prefeito Municipal. Da mesma forma, será nomeado um suplente para cada Conselheiro convocados para servirem na falta ou impedimento dos Titulares.

¹⁴³ Art. 7º da Lei Ordinária nº 3794 de 02/07/1992 - Fica instituído o Fórum composto de Entidades não Governamentais que mantém programas de atendimento à criança e adolescente e de entidades que tenham por objetivo a defesa e proteção dos Direitos da Criança e do Adolescente, especificamente ou do cidadão de modo geral.

Art. 8º da Lei Ordinária nº 3794 de 02/07/1992 - O Fórum é Órgão Consultivo do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente e tem por função sugerir as políticas a serem adotadas por este Conselho, assim como auxiliar nas implantações das mesmas.

¹⁴⁴ Apesar de parecer um tanto exaustivo, esse percurso sobre a legislação constitucional, infraconstitucional, estadual e municipal, é importante para os objetivos do trabalho uma vez que se pretende analisar a realidade do município de Florianópolis, no que tange à efetivação do direito à educação.

CAP 2. O DIREITO À EDUCAÇÃO BÁSICA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Como pode se antever do tópico anterior, o direito à educação é resguardado por tratados internacionais, pela Constituição, por legislações infraconstitucionais federais (como o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional) e por normas estaduais e municipais. Ocorre que, como pode se antever pelas notícias e dados apresentados, o direito à educação ainda não tem sido suficientemente garantido a despeito de todo o arcabouço jurídico que o cerca.

O Poder Judiciário e o Ministério Público, apesar de várias iniciativas importantes, enfrentam dificuldades em atuar como mais um agente de efetivação de tais direitos. Sem um aparelho judiciário apto a transformar tais direitos em realidade concreta, estas normas jurídicas não passam de declarações de intenções, de um “aleluia jurídico”¹⁴⁵, o que acarretaria ausência de sentido em se falar de reais garantias constitucionais (ROCHA, 1995, p. 70).

Este capítulo pretende discutir a natureza jurídica deste direito à educação e quais são os argumentos jurisprudenciais utilizados para assegurar ou negar sua efetivação.

2.1. Natureza jurídica do direito à educação

Quando se pretende abordar a questão do direito à educação, não é suficiente apresentar os dispositivos normativos que asseguram tal direito. É importante que se tenha a real dimensão do caráter jurídico conferido a esse direito. O direito à educação trata-se de um direito social, de um direito fundamental ou apenas de um preceito programático a ser assegurado na medida da discricionariedade do administrador? É um direito subjetivo, conferindo ao indivíduo sua exigibilidade frente ao Judiciário ou um direito objetivo que além da relevância individual, têm significado para toda a coletividade? Ou é um direito híbrido assumindo as duas perspectivas?

Retomando a perspectiva estatal proposta por Andrade (1998, p.11-13), para o estudo dos direitos fundamentais¹⁴⁶, citada no item 1.1, é importante ressaltar que os direitos fundamentais serão compreendidos como direitos dos homens num

¹⁴⁵ Esta expressão é atribuída a Carl Schmidt citado por Canotilho (2005, p.83).

¹⁴⁶ A referência a essa perspectiva foi feita no item 1.1 quando se descrevia as bases teóricas utilizadas no tratamento do problema apresentado.

determinado tempo e espaço. Seguindo este entendimento, esta dissertação versará sobre a efetivação do direito à educação, como direito fundamental, tomando como base o cenário brasileiro e as diretrizes da Constituição de 1988.

A definição desta perspectiva é importante para que se tenha claro o significado adotado neste trabalho para a expressão “direitos fundamentais”. A própria Constituição se utiliza aleatoriamente de outras expressões para se reportar aos direitos fundamentais, como direitos humanos (art.4º, da Constituição), direitos e garantias fundamentais (epígrafe do título II e art.5º, §1º, da Constituição), direitos e liberdades constitucionais (art.5º, inciso LXXI, da Constituição) e direitos e garantias individuais (art.60, §4º, inciso IV, da Constituição). Neste trabalho adota-se a concepção de direitos fundamentais proposta por Sarlet (2004, p.34), que preceitua que a categoria “direitos fundamentais” abrangeria todas as demais espécies ou categorias apresentadas, nomeadamente os direitos individuais e coletivos, sociais, políticos e etc. Assim, utilizar-se-á a expressão “direitos fundamentais” como gênero dos demais direitos. As atenções estarão centradas sob a dimensão concreta dos Direitos Fundamentais tais como estão plasmados na órbita do direito constitucional positivo (estatal) pátrio.

A noção dos direitos fundamentais tornou-se referência importante a partir das declarações de direitos humanos, principalmente Bill of Rights (1688, nos EUA) e a Declaração francesa dos direitos do homem e dos cidadãos (1789). Neste período os direitos fundamentais assumiram caráter universal. A nova ordem liberal burguesa que surgia, impôs mediante as Constituições, a idéia de fundamental limitação da autoridade estatal através da técnica de separação de poderes e da declaração de direitos. Os direitos fundamentais integram a partir daí, ao lado da definição do sistema de governo e da organização do poder, a essência da Constituição, tornando-se um de seus elementos nucleares. Nesse sentido os direitos fundamentais, além de constituírem-se como limitação ao poder, são critérios de legitimação estatal e da própria ordem constitucional.

Para os fins deste trabalho¹⁴⁷, apresentar-se-á as dimensões¹⁴⁸ dos direitos fundamentais, podendo assim visualizar o reconhecimento progressivo destes direitos.

¹⁴⁷ A maioria dos trabalhos que se dedicam ao estudo dos direitos fundamentais, empregam várias linhas ao tratamento de uma perspectiva histórica dos direitos fundamentais. Tal esforço vai além dos objetivos do presente estudo e ainda assim com risco de não se desenvolver a contento.

¹⁴⁸ Optou-se pela utilização da nomenclatura “dimensões” ao invés da idéia de “gerações” de direitos fundamentais, pois esta última pode ensejar a noção de que uma geração substitui a outra, quando

A primeira dimensão se refere aos direitos individuais (direito à vida, liberdade, propriedade, igualdade e etc.) e os direitos políticos (direito à voto, direito de igualdade formal perante a lei, garantias processuais como devido processo legal, *habeas corpus*, petição e etc.). São direitos vinculados mais fortemente a um pensamento liberal burguês, individualista, quando os direitos individuais eram entendidos como garantias contra o Estado.

Os direitos de segunda dimensão, são reconhecidos com o surgimento de problemas sociais e econômicos decorrentes da crescente industrialização. São estes direitos chamados, por este motivo, de econômicos, sociais e culturais (direitos à saúde, educação, trabalho, direitos a sindicalização, direito de greve, direito dos trabalhadores e etc.). Atribuiu-se ao Estado naquele período, um comportamento ativo na realização da Justiça social. Trata-se da liberdade por intermédio do Estado e não apenas da liberdade perante o Estado.

Na terceira dimensão reúnem-se os direitos à proteção de grupos humanos. São direitos de titularidade coletiva ou difusa (direito a um meio ambiente saudável e equilibrado, direito a uma vida digna e etc.).

Os direitos de quarta dimensão são decorrentes de um movimento de universalização dos direitos fundamentais e referem-se novamente à proteção de uma coletividade (direitos à democracia direta, direitos a informação, direito ao pluralismo cultural e etc.). Alguns autores¹⁴⁹ referem-se ainda a existência de uma quinta dimensão, que se destinaria à proteção de direitos como a manipulação genética e a mudança de sexo. Vale ressaltar que a mera divisibilidade dos direitos em dimensões não consegue explicar de modo satisfatório toda a complexidade do processo de formação histórica e social dos direitos fundamentais. O que se pretende é apenas uma breve explanação, dentro dos objetivos deste trabalho, para que se possa avançar no tratamento do direito à educação como direito fundamental e também nos mecanismos de sua efetivação.

na verdade a idéia deve ser de reconhecimento progressivo, de complementariedade e não de alternância e substitutividade (SARLET, 2004, p.53).

¹⁴⁹ É importante destacar que vários autores fazem essa caracterização de dimensões de direitos fundamentais, dentre eles Bonavides (2000), Andrade (1998), Comparato (2001) Barroso (2000), Miranda (2000) e a obra clássica de Bobbio (1992). Tem-se conhecimento ainda de outras propostas de caracterização dos direitos fundamentais, como por exemplo Alexy, em sua tese de livre docência (dimensão analítica, dimensão empírica e dimensão normativa - vide sobre isso Guerra Filho (1997)). Praticamente cada autor cria (re-cria) sua própria classificação, passando-se até por Silva (1998, p. 95-467), que se abstendo de criar qualquer categoria, estuda e classifica os direitos fundamentais da mesma forma consagrada pela Constituição, que ordena os direitos e deveres individuais e coletivos, os direitos sociais, os direitos de nacionalidade, de cidadania (direitos políticos) e por fim, as garantias constitucionais. Como já mencionado não se pretende uma explanação desses autores mas apenas apresentar um posicionamento basilar aos objetivos do estudo sobre as dimensões dos direitos fundamentais.

Numa tentativa de classificação dos direitos fundamentais, estes podem ser compreendidos em dois grandes grupos: os direitos fundamentais como direito de defesa e como direito de prestações¹⁵⁰. Os direitos de defesa são chamados de direitos clássicos e estão vinculados à defesa da esfera individual de liberdade do cidadão contra os poderes públicos¹⁵¹. Canotilho (1999, p.541) destaca que o mesmo direito de defesa pode se caracterizar tanto como uma liberdade negativa, vez que proíbe as ingerências destes na esfera jurídica individual, como liberdade positiva, ao exigir do mesmo poder público omissões, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos. Assim o direito de exprimir e divulgar o pensamento constitui uma liberdade positiva enquanto que o direito de expressão e de informação sem impedimentos ou discriminações trata-se de liberdade negativa.

Numa outra perspectiva, Alexy (1993, p. 541) divide os direitos de defesa em três grupos, os direitos ao não-impedimento de ações, direitos a não-afetação de propriedades e situações e direitos à não-eliminação de posições jurídicas¹⁵².

Os direitos de prestações apresentam-se num primeiro momento como direito ao acesso e à utilização de prestações estatais, os quais se subdividem em direitos derivados a prestações e direitos originários a prestações (CANOTILHO, 1999, p.541-547). Os direitos derivados a prestações revestem-se do direito de igual acesso, obtenção e utilização de todas as instituições públicas criadas pelos poderes públicos para concretizar os direitos sociais¹⁵³. O direito originário a prestações apresenta-se quando se reconhece, além do dever do Estado na criação das condições para o exercício efetivo, a faculdade do cidadão em exigir de forma imediata, as prestações constitutivas desses direitos (CANOTILHO, 1999, p.543).

¹⁵⁰ Utilizar-se-á mais incisivamente a classificação proposta por Canotilho (1999). Contudo, entre os autores brasileiros merece destaque Sarlet (2003, p. 174) que propõem uma classificação no mesmo sentido do autor português.

¹⁵¹ Alguns autores fazem uma identificação desses direitos unicamente com os direitos de primeira dimensão supracitados, mas optou-se por apresentar as duas classificações uma vez que não só os direitos de primeira dimensão são considerados de defesa, havendo a possibilidade do mesmo direito apresentar a característica de direito de defesa e prestação de acordo com a face observada.

¹⁵² Este importante autor alemão não terá sua classificação explicitada a fundo neste estudo por partir de uma perspectiva diversa da adotada. Como destaca Silva (2005, p.116), o autor parte da concepção de uma Constituição-moldura, uma Constituição que sirva de limites para a atividade legislativa e não como uma Constituição-fundamento que traz as premissas básicas da sociedade. Além disso, o pensamento deste autor, ante sua complexidade e inovação, por si só demandaria um estudo próprio para que se compreenda suas premissas e resultados. Contudo, não é possível que se ignore sua contribuição para esta temática.

¹⁵³ Com base nesta classificação criou-se a proibição de retrocesso social. Na medida em que os direitos sociais são concretizados, não poderiam deixar de ser fornecidos pelo Estado nem terem sua quantidade diminuída. Tal argumentação não será objeto deste estudo.

Estes últimos direitos podem ser imediatamente reclamados, inclusive judicialmente, mesmo ante a falta de norma regulamentadora¹⁵⁴.

Na Constituição brasileira é clara a existência de direitos a prestações sociais como saúde, habitação e educação. Ocorre que, como se verá no item 2.2, parte da doutrina chega a negar-lhe a qualidade de direito remetendo-lhe ao campo da política social, realizada na medida da discricionariedade administrativa. Canotilho (1999, p. 543) ao relatar o mesmo problema na realidade portuguesa, alerta que, ainda que a realização do direito possa estar suscetível a uma reserva do possível (dependência dos recursos econômicos), a sua efetivação não se reduz a um apelo ao legislador, mas constitui uma verdadeira “imposição constitucional”.

Alexy (1993, p. 482-485) quando trata dos direitos a prestações em sentido estrito (direitos sociais fundamentais), descreve que estes são direitos do indivíduo contra o Estado, como por exemplo o direito ao trabalho e à educação. Segundo este autor, tais direitos podem apresentar-se como: normas que conferem direitos subjetivos ou que obrigam o Estado apenas objetivamente; normas vinculantes ou não vinculantes; normas que configuram regras (direitos e deveres definitivos) ou princípios aplicados como mandados de otimização. Estas normas então estariam sujeitas a uma escala que mune tais direitos de alta densidade normativa (proteção forte) ou de baixa densidade normativa (proteção fraca), situando-se o “mínimo vital” (condições básicas para a garantia da dignidade humana) como de alta densidade normativa. O autor defende que a realização dos direitos sociais fundamentais será baseada na teoria dos princípios, promovendo-se sua efetivação, em cada caso, balizada no sopesamento dos princípios constitucionais.

Num segundo momento, retomando a classificação de Canotilho (1999, p.546-547), os direitos a prestações são compreendidos como direitos à participação na organização e no procedimento de realização dos direitos sociais. Tais direitos pretendem assegurar a abertura democrática das instituições com a participação dos cidadãos. Esta preocupação reflete uma idéia do cidadão não mais como “receptor passivo” das prestações do Estado, mas como fomentador e

¹⁵⁴ Em publicação mais recente, Canotilho (2004, p. 37-38) estabelece uma possibilidade de conformação/positivação jurídico constitucional dos direitos econômicos e sociais, da seguinte forma: a) norma programática: fins e tarefas do Estado com conteúdo eminentemente sociais; b) normas de organização: competência para a emanção de medidas relevantes nos planos econômicos, social e cultural; c) direitos sociais: garantias institucionais obrigando o legislador a proteger a essência de determinadas instituições (família, administração local, saúde pública) e também como direitos subjetivos públicos - inerentes ao espaço existencial dos cidadãos.

viabilizador de tais ações. No âmbito do direito à educação, esta abertura é garantida pelo art. 206, inciso VI da Constituição, que disciplina a gestão democrática do ensino público.

Dentre as dimensões apresentadas, os direitos sociais, típicos direitos à prestações, são de fundamental importância para este estudo. Estes direitos, exemplificados pelo direito à saúde, educação, moradia e outros, foram visualizados tendo o Estado como seu grande realizador. Eles não são direitos de igualdade, baseados em regras de julgamento que implicam num tratamento uniforme, mas um direito de preferência e desigualdades, um direito discriminatório com propósito compensatório (FARIA, 1998, p. 105). Com a crise de meios financeiros para realização desses direitos, iniciou-se uma crise de efetividade da Constituição e do próprio Estado.

O Direito à educação está classificado como direito social, conforme o art.6º da Constituição¹⁵⁵. Este dispositivo, juntamente com os que definem os direitos sociais, de nacionalidade e políticos, encontra-se dentro do título de direitos e garantias fundamentais. Apesar de não se encontrar no rol do art.5º, estes direitos são considerados fundamentais por estarem voltados a assegurar o princípio da dignidade humana. O próprio texto constitucional no §2º do art.5º declara essa abertura constitucional para outros direitos que, apesar de não expressos no rol de direitos fundamentais, constituem-se materialmente como tal. Ao conferir então aos direitos sociais, o *status* de direito fundamental, é cristalino que o direito à educação, por se tratar de direito inegável a consecução de uma vida digna, também se invista de todas as prioridades de um direito fundamental assegurado constitucionalmente. Além disto tudo, o direito à educação é apontado várias vezes (art.227 e 205 da Constituição) como uma prioridade do Estado, da família e da sociedade.

A despeito de uma controvérsia sobre se tratar de direito social ou fundamental, é preciso ter claro que o direito à educação é um objetivo constitucional, um preceito constitucional assegurado e que deve ser implementado numa atuação conjunta entre todos os entes estatais e a sociedade.

Andrade (1998, p.107) destaca que a necessidade de se ter uma concepção constitucional dos direitos fundamentais que traduza o compromisso fundamental de toda a Constituição. O autor defende a existência de uma unidade de sentido predominante, um conjunto de valores que seriam caros à comunidade e

¹⁵⁵ Art. 6º da Constituição Federal. "São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição."

que se construiriam no Brasil em torno do conceito de dignidade humana¹⁵⁶. O direito à educação insere-se neste conjunto de valores a serem garantidos para a promoção da dignidade do ser humano. É preciso ter claro que a garantia de um sistema público adequado de educação não interessa apenas aos beneficiários direto dos serviços, mas à coletividade pois garante o acesso às gerações futuras ao elemento indispensável que propiciará o desenvolvimento pleno de suas capacidades no plano intelectual, físico, espiritual, criativo e social.

Outra faceta dos estudos dos direitos fundamentais¹⁵⁷ que interessa a este trabalho, diz respeito à da perspectiva objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais. Canotilho (2001, p. 367-368) ao trabalhar com a classificação dos direitos sociais, situa-os em dois planos. No plano subjetivo, os direitos sociais, econômicos e culturais consideram-se inseridos no espaço do cidadão, independentemente de sua exeqüibilidade imediata. No plano objetivo, as normas consagradoras dos direitos fundamentais vinculam o legislador a atuar criando condições materiais e institucionais para o exercício de direitos, bem como o fornecimento das prestações asseguradas. Tomando como exemplo, o direito à saúde, o autor diferencia o reconhecimento desse direito do cidadão, da imposição constitucional que exige a criação de um serviço nacional destinado a fornecer as prestações adequadas na garantia desse direito.

O mesmo autor, em outra obra, explicita melhor as características do direito subjetivo. Uma norma garantiria um direito subjetivo quando o titular tem, face ao seu destinatário, o direito a um determinado ato e o segundo tem o dever de, perante o primeiro, praticar tal ato (CANOTILHO, 1999, p.1176). Barroso (2001, p.250) esclarece que as normas constitucionais que geram direitos subjetivos resultam para os seus beneficiários situações jurídicas imediatamente desfrutáveis, efetivadas por prestações positivas ou negativas, exigíveis do Estado ou de outro eventual destinatário da norma.

A perspectiva objetiva dos direitos fundamentais¹⁵⁸ alinha-se a um entendimento comunitário da Constituição e compreende os direitos fundamentais

¹⁵⁶ Para confirmar tal fato vale lembrar o inciso III do art.1º da Constituição Federal, que estabelece como fundamento da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana.

¹⁵⁷ Vale lembrar que a maioria dos autores que estudam os direitos fundamentais dedica várias linhas sobre os limites dos direitos fundamentais, as restrições de sua atuação, colisão dos direitos fundamentais e etc. Este trabalho se referirá a cada uma dessas construções teóricas à medida que tal faceta se mostrar coerente com os objetivos propostos.

¹⁵⁸ Bonavides (2000, p. 537) ao tratar dessa dimensão objetiva dos direitos fundamentais elenca uma série de conseqüências dentre as quais: irradiação dos direitos fundamentais a toda esfera do Direito Privado; elevação dos direitos fundamentais a categoria de princípios; eficácia vinculante dos direitos

como um conjunto de valores, objetivos básicos e fins diretivos da ação dos poderes públicos e não apenas garantias negativas dos interesses individuais (PEREZ LUÑO, 1998, p.201). De forma muito interessante a exigibilidade dos direitos fundamentais continua presente mesmo na dimensão objetiva, na medida em que esses valores fundantes da sociedade devem estar presentes as tarefa concretizadoras levadas a cabo pelo poder público e iniciativa privada (CANOTILHO, 2005, p. 83).

Nesse sentido, o direito à educação assume ao mesmo tempo a perspectiva subjetiva, configurando-se como direito plenamente exigível pelo cidadão, e a dimensão objetiva, caracterizando-se como um elemento fundamental da comunidade a ser resguardado por políticas públicas. É por isso que este direito, ora se revela exigível individualmente quando, por exemplo, o direito de uma criança está sendo violada por conduta específica da direção da escola, ora pode ser demandado de forma coletiva pelo representante do Ministério Público que pleiteia, mediante Ação Civil Pública, a abertura de vagas em escolas.

Na primeira forma de atuação, o Poder Judiciário se sente mais confortável pois muitas vezes basta determinar que o órgão público se abstenha de praticar tal conduta. No segundo caso, quando as condições para o exercício desses direitos precisam ser criadas, com a garantia da vaga, ou do transporte escolar, o Poder Judiciário encontra maiores dificuldades. Estas duas formas de atuação serão consideradas na discussão dos limites de atuação do Poder Judiciário e do Ministério Público na efetivação do direito à educação.

A formulação e implementação de políticas sociais são atribuídas aos foros legislativos e executivos por excelência, cujos representantes são eleitos para a adoção de medidas consideradas prioritárias e expressam a vontade coletiva para a condução dos rumos da comunidade. Vários fatores interferem, entretanto, no processo de formação da vontade política, de modo que muitas vezes a atuação estatal não é voltada ao atendimento dos direitos fundamentais das pessoas. Muitos se insurgem contra a legitimidade do Poder Judiciário para agir no campo de formulação e implementação das políticas sociais. Isto porque no Brasil os juízes não são eleitos. A implementação dos direitos sociais estaria na dependência de opções políticas efetuadas pelos administradores públicos, eleitos para tanto.

fundamentais em relação aos três poderes; aplicabilidade direta e eficácia imediata dos direitos fundamentais com perda do caráter de normas programáticas; direitos fundamentais como postulados sociais que exprimem uma determinada ordem de valores e servem de diretriz para a legislação.

Muitos dos fatores que limitam a realização desses direitos, não são de responsabilidade do Poder Judiciário e fazem parte de um círculo vicioso que culmina com a ineficiência das medidas adotadas. Dentre eles, destaca-se: a falta de vontade política do administrador; a fragilidade dos mecanismos de garantia de continuidade da política de atendimento à criança e ao adolescente; o despreparo dos responsáveis que deveriam ditar as políticas públicas nos Municípios; a alocação de recursos em programas que seguem o interesse do administrador em detrimento das políticas pré-estabelecidas pelos Conselhos da Criança e do Adolescente; falta de compromisso com uma cultura de prioridade absoluta da criança e do adolescente, por parte de membros dos três poderes (FERREIRA, 2002, p.5-6).

Não se pretende defender uma idéia de que a responsabilidade pela efetivação dessas políticas públicas é do Poder Judiciário. Tem-se claro que muitas vezes este poder encontra-se tolhido em seus limites de atuação, permanecendo como mero expectador das tragédias que lhe são apresentadas todos os dias nos processos judiciais. Outros poderes, como o Executivo e o Legislativo, têm em suas mãos ferramentas muito mais simples e democráticas para a consecução desses direitos. Mas e quando esses poderes são omissos?

Lopes (1998, p.131) destaca que a prestação desse serviço educacional depende da real existência dos meios. O que fazer se não há escolas em número suficiente? Seria “justo” conceder o benefício da vaga na escola a quem tiver tido oportunidade e a sorte de obter uma decisão judicial e deixar abandonadas várias pessoas que estão na fila de espera? Seria correto falar em um direito que permite ultrapassar a fila de espera, sendo que o serviço público deve pautar-se pela universalidade e impessoalidade? E como fica o direito subjetivo da criança à educação? O autor é da opinião de que, da forma como vêm se realizando o Judiciário, ao proferir uma decisão num processo que retrata um conflito coletivo, ainda que se posicione de forma favorável a uma minoria, continua “enxergando” aquela demanda sob uma ótica privatista que é incapaz de compreender o conflito. Preocupa-se em definir somente se é legal ou não, constitucional ou não. Não se tem uma visão global do tema, um tratamento da situação visando às conseqüências sociais. Limita-se apenas a proferir decisões que tantas vezes ficam sem exeqüibilidade.

Faria (1996, p.34), concordando com essa posição, destaca que o Executivo tem a discricionariedade para agir deliberando sobre o problema em si, visto de forma global. O Judiciário tende a tratá-lo de maneira fragmentária,

conforme as reivindicações das partes interessadas em ações específicas, decidindo cada uma delas como questões isoladas.

Da forma como o problema é colocado por estes autores, tende-se a acreditar que a interferência do Judiciário revela-se muitas vezes inadequada, na medida em que várias pessoas são prejudicadas por uma decisão que determina que “àquela” criança, que teve acesso ao provimento judicial, seja matriculada.

Pergunta-se: O Judiciário pode assistir inerte as imensas filas de espera nas escolas? Ele pode deixar de agir mesmo quando acionado? Ele deve ignorar as notícias que revelam que as pessoas passam até 3 dias na fila para conseguir vaga em uma escola? Pode-se deixar o cidadão à mercê da conveniência e discricionariedade do Executivo em implementar o direito à educação? As respostas a essas perguntas parecem serem sempre negativas.

A questão está em como deve atuar o Judiciário, ou o Sistema de Justiça de uma forma geral. Uma verdadeira atuação do Poder Judiciário e do Ministério Público nesse sentido, deveria se dar não apenas na decisão de um caso específico, mas junto ao Executivo, por exemplo, na elaboração da lei orçamentária, de modo a garantir verbas para a educação e influir efetivamente na implementação das políticas públicas (LOPES, 1998, p.133).

A visão adotada por este estudo, a despeito das opiniões em contrário consideradas, é que o Poder Judiciário e o Ministério Público não são as únicas ferramentas possíveis a serem utilizadas pelo cidadão para a garantia do seu direito. Mas estes órgãos devem sim, assumir a posição a eles reservada pela Constituição Federal. É imprescindível que o cidadão possa se valer de suas competências como mais uma forma de luta por efetivação dos direitos fundamentais assegurados. Quando acionados de forma individual, estes órgãos devem, na medida do possível, atuar na defesa do direito daquela criança que está sendo prejudicada e exercer suas funções sempre com vistas no princípio da prioridade absoluta. Devem ainda trabalhar junto ao Executivo e ao Legislativo, influenciando os Conselhos de elaboração e aplicação de políticas públicas e a elaboração da lei orçamentária, para que estes direitos possam ser viabilizados de forma mais ampla mediante a efetivação de políticas adequadas.

Estas discussões sobre os limites de atuação do Poder Judiciário e sobre o caráter jurídico dos direitos fundamentais, especificamente do direito à educação, podem assumir para alguns uma posição de segundo plano ante a problemática de efetivação desses direitos que, muitas vezes passa pela vontade política dos

governantes e pelo jogo de interesses nos espaços de discussões públicas. Bobbio (1992, p.25) destaca que o problema não é saber quais e quantos são esses direitos, qual é a sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos. O problema é encontrar o modo mais seguro para garantir esses direitos e para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados.

É importante, entretanto, que se construam conceitos da natureza jurídica e da “força” desses direitos para que tais concepções sirvam como ferramentas para efetivação. Como se verá no item 2.2.1, é impossível se pretender efetivar o direito à educação se este é entendido por alguns como uma mera norma programática. A esta construção de um direito à educação como direito fundamental assegurado de forma individual (direito subjetivo, que pode ser exigível junto aos órgãos públicos) e garantido como valor constitucional (que deve nortear a atuação dos poderes através de implementação de políticas públicas eficazes) é que se destinou este tópico.

2.1.1. Conteúdo material do direito à educação

Para os objetivos deste trabalho, a questão do direito fundamental à educação merece uma maior especificação. De que direitos especificamente está se tratando quando se fala em direito à educação? No item 1.3 mencionou-se que o direito à educação vai além da disponibilização de vagas em escolas. É necessário que se assegure os subsídios necessários para a permanência na escola, como programas de material escolar, alimentação, uniformes, transporte, assistência à saúde, combate à evasão, escola próxima à residência e outros. Além do exposto, faz-se necessário ainda o atendimento da criança com deficiência, o oferecimento de creche e pré-escola para criança de 0 a 6 anos e a oferta de ensino noturno para o adolescente trabalhador. Por isso a importância de se utilizar um conceito mais amplo de direito à educação.

Conforme destaca Liberati (2000b, p.211) apesar da Constituição assegurar apenas o ensino fundamental como direito subjetivo público, ela determina outros deveres estatais correlacionados ao direito à educação, é o que segue:

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

- I - ensino fundamental, obrigatório e gratuito, assegurada, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiveram acesso na idade própria;
- II - progressiva universalização do ensino médio;

- III - atendimento educacional especializado aos portadores da deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;
 - IV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade;
 - V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;
 - VI - oferta de ensino noturno regular, adequado as condições do educando;
 - VII - atendimento ao educando, no ensino fundamental, através de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.
- § 1º - O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.
- § 2º - O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente.
- § 3º - Compete ao Poder Público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela freqüência à escola.

No parágrafo primeiro do art. 208 o constituinte reforça a obrigatoriedade de efetivação do direito à educação e concede ao ensino fundamental o caráter de direito subjetivo¹⁵⁹. Tal característica, como já mencionado, oferece ao cidadão a possibilidade de exigir na Justiça a efetivação desses direitos. Pergunta-se: e os demais direitos possuem esse *status* de obrigatoriedade ou são meras diretrizes a serem implementadas de acordo com a conveniência do administrador? Este trabalho posiciona-se no sentido de se tratar de direitos compreendidos dentro do direito fundamental à educação, possuindo caráter obrigatório.

Sem a observância de todas essas condições não se pode falar num respeito efetivo ao direito à educação. O acesso e a freqüência, com sucesso, a uma instituição de ensino significam além do aprendizado dos conteúdos formais, a aquisição de sociabilidade e o exercício da cidadania. É por isso que a garantia de permanência na escola significa, ainda, a não-aceitação de exclusão da escola do aluno indisciplinado, do portador de alguma doença, dos portadores de deficiência e etc. Nenhum aluno pode ser privado desta oportunidade de participação em um ambiente escolar.

Liberati (2000b, p.217) vai além, pois defende que uma garantia material do acesso à escola supõe a concretização da matrícula, o asseguramento dos direitos acima elencados, o funcionamento ininterrupto da escola e dos programas auxiliares (transporte e merenda escolar), e ainda a garantia de um ensino de qualidade.

¹⁵⁹ A obrigatoriedade do acesso à educação abrange outras determinações como prescreve o art.6º da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional. Este é claro: "É dever dos pais ou responsáveis efetuar a matrícula dos menores, a partir dos seis anos de idade, no ensino fundamental." A não-observância a essa determinação pode acarretar no crime de abandono intelectual (art. 246 do Código Penal: Deixar, sem justa causa de, de prover à instrução primária de filho em idade escolar. Pena - detenção de quinze dias a um mês, ou multa, de duzentos a quinhentos mil réis.)

Um dos aspectos mais polêmicos que terá destaque neste trabalho, em virtude dos dados colhidos, é a efetivação do direito à creche e pré-escola. Como mencionado no item 1.3, esta é uma carência do município de Florianópolis e se repete em vários outros estados brasileiros.

O atendimento à criança, do nascimento aos 6 anos, historicamente, teve como principal característica a sua destinação para crianças da classe social mais pobre. Esta política pública foi fortemente marcada pela desarticulação, descontinuidade e sobreposição de atuação e de recursos, muitas vezes permeado pelo clientelismo político¹⁶⁰ (BRESSAN, 2002, p.2).

O oferecimento de ensino infantil, por meio de creches e pré-escolas, constitui, como prescreve o art. 208, inciso IV da Constituição, art.54, inciso IV do Estatuto e art. 11, inciso IV da LDB¹⁶¹, de um lado, um dever do Município (que poderá requerer, mediante ação própria, a colaboração técnica e financeira da União e do Estado-Membro respectivo – art. 211, caput e § 1º, da CF/88), e, de outro lado um direito líquido e certo de toda criança brasileira na faixa de 0 a 6 anos de idade¹⁶².

Com a inclusão deste direito no capítulo constitucional sobre a educação, o atendimento de crianças até 6 anos, deveria deixar de ser uma ação assistencialista e de caridade, ao menos teoricamente. Este atendimento passa a se fundamentar numa política ampla de educação para a infância, integrada pelas políticas de saúde e assistência social, enquanto garantia de seus direitos sociais. Assim, a creche e a pré-escola não podem mais ser consideradas apenas como espécies de programa de apoio sócio-familiar¹⁶³ e tampouco integrar políticas de assistência social de caráter supletivo. Estas ações fazem parte da política social básica de educação¹⁶⁴. A educação infantil passa a ser compreendida como primeira

¹⁶⁰ Para um aprofundamento histórico a respeito da educação infantil vide Herkenhoff (1989).

¹⁶¹ A referência expressa deste artigo não será feita neste momento uma vez que todos já encontram descritos no item 1.3.

¹⁶² Tal determinação é reforçada na Constituição do Estado de Santa Catarina, em seu art. 163, Inciso I e na Lei orgânica do município de Florianópolis em seu artigo 20 citado no item 1.3.

¹⁶³ Art. 90 do Estatuto da Criança e do Adolescente. As entidades de atendimentos são responsáveis pela manutenção das próprias unidades, assim como pelo planejamento e execução de programas de proteção e sócio-educativos destinados a crianças e adolescentes, em regime de: I - orientação e apoio sócio-familiar; [...].

¹⁶⁴ Tal determinação está expressa no art. 29 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional: “A educação infantil, primeira etapa da educação básica, tem como finalidade o desenvolvimento integral da criança até seis anos de idade, em seus aspectos físico, psicológico, intelectual e social, complementando a ação da família e da comunidade.” [grifo nosso]

etapa da "educação básica", que é composta ainda pelo ensino fundamental e pelo ensino médio (art. 21 da LDB)¹⁶⁵.

Observa-se então, que o fato da Constituição ter estabelecido no parágrafo 1º do art. 208 o caráter de direito subjetivo ao ensino fundamental não retira do ensino infantil e médio a obrigatoriedade de sua implantação. No que diz respeito à educação infantil, esta deve ser implementada em cooperação entre União, Estados e Município. Contudo, tal iniciativa é cobrada de forma mais acentuada dos Municípios, pois a política educacional do mesmo, como prescreve a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (art.11, IV), deve estar direcionada para a educação infantil e fundamental.

Como se verá nos dados apresentados¹⁶⁶ neste estudo e nas ementas abaixo, a implementação da educação infantil não tem sido vista como prioridade, pois sucumbe a argumentos como intervenção do Poder Judiciário no Executivo e na discricionariedade dos atos administrativos. Segue julgado sobre o assunto:

CONSTITUCIONAL – OBRIGAÇÃO DE MATRÍCULA DE CRIANÇA EM ESTABELECIMENTO MUNICIPAL PRÉ-ESCOLAR

"1. A disponibilização de vagas em estabelecimento pré-escolar é meta programática que o Poder Público tem o dever de implementar na medida de suas possibilidades.

2. No âmbito do Município, o direito público subjetivo preconizado no §1º do art. 208 da Lex Mater, consistente no 'poder da vontade humana que, protegido e reconhecido pela ordem jurídica, tem por objetivo um bem ou um interesse' (George Jellinek, apud José Cretella Júnior. Comentários à Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Forense, 1993. V. 8. p. 4.414), somente pode ser invocado em relação ao ensino fundamental.

3. Ao Poder Judiciário falece competência para interferir na política educacional implementada pelo Poder Executivo, quando esta é derivada de norma programática e não imperativa" (ACMS n.º 2002.006812-3, Des. Luiz César Medeiros; REsp n.º 503.028, Min. Eliana Calmon). (TJSC. Apelação Cível n. 2003.029781-2, da Capital, Rel. Des. Newton Trisotto, em 31/08/04). [grifo nosso]

APELAÇÃO CÍVEL – Inconformismo do Ministério Público, contra decisão que julgou improcedente a ação civil pública de obrigação de fazer, para que fosse determinada a matrícula das crianças em creche municipal ou que a Municipalidade fosse compelida a arcar com o custo da manutenção das crianças em creche particular. Impossibilidade. Ato discricionário da Administração. A conveniência e a oportunidade de o Poder Público realizar atos físicos de administração cabe, com exclusividade, ao Poder Executivo, não sendo possível ao Judiciário, sob o argumento de estar protegendo direitos coletivos, ordenar sejam efetivados. Apelação improvida. (Apelação Cível n.º. 118.252-0/5-00 – TJSP Câmara Especial).

¹⁶⁵ Vale lembrar que a despeito de ser um dever do Estado, a educação infantil não é obrigatória, como é o caso do ensino fundamental. Porém, deve ser garantida àquelas famílias que procurarem pelo atendimento.

¹⁶⁶ No item 1.3 já foram elencados alguns dados sobre o atendimento em creche e pré-escolas. Para um aprofundamento, principalmente a respeito da diminuição de recursos destinados a esse fim, vide Bressan (2002).

Ocorre que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça já se manifestaram de forma contrária a respeito deste tema :

Recurso Extraordinário n.º 436996/SP em 26/10/2005. Relator: Min. Celso de Mello.

EMENTA: CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE. ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA. EDUCAÇÃO INFANTIL. DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV). COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO. DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º). RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO.

- A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (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 razões de puro pragmatismo governamental.

- Os Municípios – que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) – não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-Administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), 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.

- Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. [grifo nosso]

Recurso Especial nº 575.280 - SP (2003/0143232-9), Rel.: Min. José Delgado, em 02/09/04

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL À CRECHE EXTENSIVO AOS MENORES DE ZERO A SEIS ANOS. NORMA CONSTITUCIONAL REPRODUZIDA NO ART. 54 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. NORMA DEFINIDORA DE DIREITOS NÃO PROGRAMÁTICA. EXIGIBILIDADE EM JUÍZO. INTERESSE TRANSINDIVIDUAL ATINENTE ÀS CRIANÇAS SITUADAS NESSA FAIXA ETÁRIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CABIMENTO E PROCEDÊNCIA.

1- O direito constitucional à creche extensivo aos menores de zero a seis anos é consagrado em norma constitucional reproduzida no art. 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Violação de Lei Federal. "É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente: I - ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria; II - progressiva extensão da obrigatoriedade e gratuidade ao ensino médio; III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência preferencialmente na rede regular de ensino; IV - atendimento em creche e pré-escola às crianças de (zero) a 6 (seis) anos de idade."

2- Relewa notar que uma Constituição Federal é fruto da vontade política nacional, erigida mediante consulta das expectativas e das possibilidades do que se vai consagrar, por isso que cogentes e eficazes suas promessas, sob pena de restarem vãs e frias enquanto letras mortas no papel. Ressoa inconcebível que direitos consagrados em normas menores como Circulares,

Portarias, Medidas Provisórias, Leis Ordinárias tenham eficácia imediata e os direitos consagrados constitucionalmente, inspirados nos mais altos valores éticos e morais da nação sejam relegados a segundo plano. Prometendo o Estado o direito à creche, cumpre adimpli-lo, porquanto a vontade política e constitucional, para utilizarmos a expressão de Konrad Hesse, foi no sentido da erradicação da miséria intelectual que assola o país. O direito à creche é consagrado em regra com normatividade mais do que suficiente, porquanto se define pelo dever, indicando o sujeito passivo, *in casu*, o Estado.

3- Consagrado por um lado o dever do Estado, revela-se, pelo outro ângulo, o direito subjetivo da criança. Conseqüentemente, em função do princípio da inafastabilidade da jurisdição consagrado constitucionalmente, a todo direito corresponde uma ação que o assegura, sendo certo que todas as crianças nas condições estipuladas pela lei encartam-se na esfera desse direito e podem exigí-lo em juízo. A homogeneidade e transindividualidade do direito em foco enseja a propositura da ação civil pública.

4- A determinação judicial desse dever pelo Estado, não encerra suposta ingerência do judiciário na esfera da administração. Deveras, não há discricionariedade do administrador frente aos direitos consagrados, quiçá constitucionalmente. Nesse campo a atividade é vinculada sem admissão de qualquer exegese que vise afastar a garantia pética.

5- Um país cujo preâmbulo constitucional promete a disseminação das desigualdades e a proteção à dignidade humana, alçadas ao mesmo patamar da defesa da Federação e da República, não pode relegar o direito à educação das crianças a um plano diverso daquele que o coloca, como uma das mais belas e justas garantias constitucionais.

6- Afastada a tese descabida da discricionariedade, a única dúvida que se poderia suscitar resvalaria na natureza da norma ora sob enfoque, se programática ou definidora de direitos. Muito embora a matéria seja, somente nesse particular, constitucional, porém sem importância revela-se essa categorização, tendo em vista a explicitude do ECA, inequívoca se revela a normatividade suficiente à promessa constitucional, a ensejar a acionabilidade do direito consagrado no preceito educacional.

7- As meras diretrizes traçadas pelas políticas públicas não são ainda direitos senão promessas de *lege ferenda*, encartando-se na esfera insindicável pelo Poder Judiciário, qual a da oportunidade de sua implementação.

8- Diversa é a hipótese segundo a qual a Constituição Federal consagra um direito e a norma infraconstitucional o explicita, impondo-se ao judiciário torná-lo realidade, ainda que para isso, resulte obrigação de fazer, com repercussão na esfera orçamentária.

9- Ressoa evidente que toda imposição jurisdicional à Fazenda Pública implica em dispêndio e atuar, sem que isso infrinja a harmonia dos poderes, porquanto no regime democrático e no estado de direito o Estado soberano submete-se à própria justiça que instituiu. Afastada, assim, a ingerência entre os poderes, o judiciário, alegado o malferimento da lei, nada mais fez do que cumpri-la ao determinar a realização prática da promessa constitucional.

10- O direito do menor à freqüência em creche, insta o Estado a desincumbir-se do mesmo através da sua rede própria. Deveras, colocar um menor na fila de espera e atender a outros, é o mesmo que tentar legalizar a mais violenta afronta ao princípio da isonomia, pilar não só da sociedade democrática anunciada pela Carta Magna, mercê de ferir de morte a cláusula de defesa da dignidade humana.

11- O Estado não tem o dever de inserir a criança numa escola particular, porquanto as relações privadas subsumem-se a burocracias sequer previstas na Constituição. O que o Estado soberano promete por si ou por seus delegatários é cumprir o dever de educação mediante o oferecimento de creche para crianças de zero a seis anos. Visando ao cumprimento de seus desígnios, o Estado tem domínio iminente sobre bens, podendo valer-se da propriedade privada, etc. O que não ressoa lícito é repassar o seu encargo para o particular, quer incluindo o menor numa 'fila de espera', quer sugerindo uma medida que tangencia a legalidade, porquanto a inserção numa creche particular somente poderia ser realizada sob o pálio da licitação ou delegação legalizada, acaso a entidade fosse uma *longa manu* do Estado ou anuísse, voluntariamente, fazer-lhe as vezes.

12- Recurso especial provido. [grifo nosso]

No mesmo sentido

RESP N. 492.904-0 - SP. RELATOR MINISTRO LUIZ FUX. PRIMEIRA TURMA. UNÂNIME. DATA DO JULGAMENTO: 23.3.2004.

Nesse sentido, o direito à educação infantil, juntamente com os demais direitos constituintes de uma compreensão global do direito à educação, não pode ser caracterizado como mero preceito programático apenas porque a Constituição optou por priorizar o direito fundamental.

Esta mesma afirmação pode ser feita em relação ao transporte escolar, que é uma das condições mais importantes de permanência na escola. O Estatuto da Criança e Adolescente, em seu artigo 54, VII, assegurou o direito ao ensino fundamental gratuito e, conseqüentemente, ao transporte escolar. A Lei de Diretrizes e Bases da Educação, por sua vez, reafirma a mesma tendência, enfatizando em seus artigos 4º, incisos I e VIII, e 5º o dever do Estado com a educação escolar e com o conseqüente transporte.

De forma semelhante ao estabelecido para a educação infantil, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional em seus art. 10, VII e art. 11, VI, define o critério de cooperação entre Estado e Município, de modo a garantir o desenvolvimento do programa de transporte escolar e o conseqüente acesso dos alunos à escola da rede pública estadual. Assim, o transporte escolar será de responsabilidade do Estado quando os alunos forem provenientes de escola da rede Estadual. Do mesmo modo, fica o Município responsabilizado pelo transporte dos alunos provenientes da rede municipal. Tais iniciativas se revestem de maior importância quando se trata de crianças oriundas da área rural e/ou com deficiência física.

É pertinente destacar que o direito à educação não é um direito amplo e vazio, mas sim uma somatória de outros direitos que viabilizem o acesso e a frequência regular a escola. Faz necessária uma compreensão da obrigatoriedade desses direitos, oriundo de seu *status* de dever estatal, para que se possa garantir sua aplicabilidade.

2.2 Principais argumentos judiciais contra e a favor de benefícios concretos na área da educação

Como se pode vislumbrar no tópico anterior, a forma de atuação do Poder Judiciário e do Ministério Público na efetivação do direito à educação passa por uma compreensão da natureza jurídica de tal direito. O entendimento do direito para além de mero preceito programático a ser implementado na medida da discricionariedade do administrador é necessário para que se possa viabilizar a exigência de implementação desse direito.

Além desta compreensão outros entendimentos merecem ser tratados neste momento para que se possa perceber a contento os julgados adiante analisados.

Tratar-se-á a seguir, de argumentos utilizados nas decisões judiciais para se conceder ou negar o direito pleiteado. Tais construções doutrinárias revelam muitas vezes uma visão do papel do Estado na implementação de direitos sociais. Evidenciam ainda um entendimento acerca da função do Poder Judiciário e do Ministério Público e uma compreensão do alcance dos efeitos das normas constitucionais. O primeiro destes argumentos já fora mencionado em alguma medida no tópico anterior e merecerá o tratamento adequado neste momento.

2.2.1 Norma programática x direito público subjetivo

Quando se pretende uma discussão a respeito da garantia dos direitos fundamentais é inevitável enfrentar alguns dos problemas da sua dogmática: distinção de uma dimensão subjetiva e objetiva desses direitos; articulação dos direitos fundamentais com força diretiva ou dirigente da Constituição; especificidade da força normativa desses direitos; justiciabilidade dos direitos fundamentais e o dever de proteção destes direitos através do Estado; e a discussão do caráter programático ou normativo dos preceitos constitucionais que asseguram os direitos fundamentais (CANOTILHO, 2005, p.81).

Com exceção da discussão sobre os preceitos programáticos, os demais pontos foram trabalhados, em alguma medida, no tópico anterior e no primeiro capítulo. Quando se trata da normatividade dos direitos sociais nas Constituições contemporâneas, há divergência entre os doutrinadores. Tal discordância se refere a sua capacidade de serem oponíveis, em juízo, pelos cidadãos em face do Estado, já que sua eficácia dependeria da adoção de medidas concretas, não só por parte do

Executivo como do Legislativo. O debate em torno do tema pode ser imputado ao fato de que muitas das normas constitucionais que outorgam direitos sociais decorrem de políticas sociais e econômicas previstas de modo amplo em normas programáticas.

Este estudo adota a perspectiva de que nenhuma norma constitucional, principalmente aquelas consagradoras de direitos, pode ser entendida como simples programa, proclamação, desejo ou “aleluia jurídico” como pretendem alguns autores¹⁶⁷. Também não podem ser compreendidas como programas constitucionais, úteis para a conformação das políticas dos direitos mas imprestáveis para fornecer suporte jurídico imediato para a exigência do direito.¹⁶⁸

Cada norma constitucional é sempre executável por si mesma. O problema encontra-se na verificação de quais são os efeitos possíveis de execução de cada uma. Não há norma constitucional destituída de eficácia. Elas se diferenciam quanto ao grau de seus efeitos. Na célebre classificação proposta por Silva (2003), as normas constitucionais poderiam ser divididas em normas de eficácia plena, contida e limitada.

As normas de eficácia plena teriam aplicabilidade direta e não dependeriam da atuação do legislador. Produzem todos os seus efeitos essenciais, ou têm normatividade suficiente para produzi-los (SILVA, 2003, p. 82). Como eficácia contida, o autor classifica aquelas normas que teriam aplicabilidade mas não de forma integral. A própria norma preveria meios ou conceitos para manter sua eficácia contida em certos limites. As normas de eficácia limitada não produzem todos os seus efeitos essenciais. Podem ser normas que necessitam de uma lei para tornar-se aplicável ou normas chamadas programáticas que definem preceitos programáticos a serem implementados de acordo com a discricionariedade do legislador.

Silva (2003) ensina que as normas declaratórias de princípios programáticos são normas constitucionais. Por meio delas o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado (SILVA, 2003. p. 139).

¹⁶⁷ Dentre eles Andrade (1998) e Ferreira (1995).

¹⁶⁸ Para uma compreensão acerca da juridicidade das normas programáticas vide Bercovici (1999).

Seriam então normas com baixa densidade normativa, insuficiente para atingir eficácia. Normas que estabelecem programas, finalidades e tarefas a serem implementadas pelo Estado ou que contém imposições de maior ou menor concretude ao legislador (SARLET, 2004, p.287).

Barroso (2001, p. 93) apresenta outra forma de sistematização que não se diferencia muito da clássica proposta de José Afonso da Silva, mas tem o mérito de procurar reduzir comportamentos omissivos dos poderes na aplicação dos preceitos constitucionais. O autor preceitua que as normas constitucionais enquadram-se em: normas de organização (responsáveis pela organização política do Estado, por exemplo.: competência dos órgãos institucionais e forma de governo); normas definidoras de direitos (que seriam os direitos individuais, políticos e sociais); e as normas programáticas. Vale ressaltar que as normas definidoras de direitos produziram três tipos diferentes de efeitos: a) situações prontamente desfrutáveis (como o direito de greve que requer apenas a abstenção do Estado); b) a exigibilidade de prestações perante o Estado (como direito à saúde e educação); c) interesses cuja realização depende da edição de uma norma infraconstitucional integradora.

As normas programáticas, para Barroso (2001, p.117), traçariam fins públicos a serem alcançados pelo Estado e pela sociedade sem especificar as condutas a serem seguidas para o atingimento do fim colimado, como por exemplo a função social da propriedade (Art.170, III, da Constituição). Estas normas programáticas podem ter efeito diferido (produção de resultados num tempo futuro) ou imediato (informa a atuação dos poderes públicos desde a sua criação). Esta última não concede o direito subjetivo de exigir a prestação, mas faz nascer um direito de exigir que o Poder Público se abstenha de praticar atos que irão contra o seu conteúdo.

Este tema traz duas grandes inquietações que são pertinentes a este estudo. Primeiramente, mesmo sendo entendidas como programas constitucionais, qual seria a “força” dos preceitos programáticos que garantem os direitos sociais?

Andrade (1998, p. 206/207) defende que os direitos sociais não atribuem aos titulares poderes de exigir que tome medidas para uma realização concreta de bens protegidos. As tarefas impostas não estariam definidas suficientemente pela Constituição para vincularem os poderes públicos¹⁶⁹. Para tanto seria necessária

¹⁶⁹ É importante esclarecer que não se dará destaque as discussões sobre a atuação do Poder Judiciário nas ocasiões em que o direito a ser concedido não está perfeitamente delimitado. As

uma regulamentação legislativa. Só o conteúdo mínimo¹⁷⁰ dos direitos sociais poderiam se considerar constitucionalmente determinados.

Ocorre que outra corrente doutrinária compreende as normas programáticas como compromissos constitucionais estabelecidos, que não são meras proclamações de cunho ideológico ou político. Além de ter sua própria eficácia, as normas programáticas serviriam de parâmetro de interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas.

As normas programáticas são endereçadas a todos os representantes do Estado brasileiro e vinculam até mesmo os particulares. Tratam-se de objetivos almejados pelo constituinte e são, portanto, um instrumento de normatização política da sociedade¹⁷¹. Este entendimento sobre as normas programáticas inspirou as discussões acerca da natureza “dirigente” das Constituições contemporâneas.

As normas programáticas, dentro deste segundo entendimento, possuiriam uma eficácia negativa na medida em que coibiriam toda e qualquer atividade infraconstitucional que lhe seja contrária, condicionando assim a atuação do legislador. Por outro lado, tais normas teriam eficácia positiva, exigindo dos poderes públicos uma atuação, um dever jurídico constitucional de agir no sentido de buscar a concretização gradativa destes preceitos programáticos (PIOVESAN, 1992, p. 72).

Em relação à efetividade das normas programáticas, é grande o número de trabalhos que, enfocando a natureza jurídica de tais normas, principalmente a diferenciação de princípios e regras e suas formas de aplicação, pretende esboçar soluções para o problema. A doutrina jurídica que trata desse assunto utiliza freqüentemente os estudos desenvolvidos por Alexy e Dworkin¹⁷². Estes autores partem da idéia de que a distinção entre princípios e regras é uma distinção qualitativa e não de grau de normatividade. Os princípios têm um maior grau de abstração e necessitam de mediações concretizadoras para serem aplicadas ao caso concreto. As regras, por sua vez, têm maior grau de concretude e possuem

discussões sobre a atuação do Poder Judiciário na definição do sentido da norma fogem aos objetivos deste estudo.

¹⁷⁰ Este conteúdo mínimo está vinculado ao respeito à dignidade da pessoa humana. A temática será exposta no item 2.2.4.

¹⁷¹ O entendimento das normas programáticas como normas e não como mera recomendação remonta a meados deste século com o trabalho de Crisafulli, Vesio. *La costituzione e le sue disposizioni di principio*. Milano: Giufre, 1952.

¹⁷² Dworkin (2002) e Alexy (1997). Neste tópico apenas se apresentará uma idéia das teorias destes autores de forma bastante precária, pois o tratamento adequado da questão mereceria um trabalho próprio. Algumas questões sobre o trabalho de Alexy foram mencionadas no item 2.1.

uma descrição da situação fática mais pormenorizada. A principal contribuição de Alexy é o desenvolvimento da idéia de princípios como mandamentos de otimização.

Segundo Alexy (1993, p. 86), princípios são normas que estabelecem que algo deve ser realizado na maior medida possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas presentes. Por isso são eles chamados de mandamentos de otimização. A realização completa de um determinado princípio pode ser - e freqüentemente é - obstada pela realização de outro princípio. Essa idéia é traduzida pela metáfora da colisão entre princípios, que deve ser resolvida por meio de um sopesamento, para que se possa chegar a um resultado ótimo¹⁷³.

Ocorre que o conceito de princípio usado por Robert Alexy, como espécie de norma contraposta à regra jurídica, é diferente do conceito de princípio tradicionalmente usado na literatura jurídica brasileira. "Princípios" são, tradicionalmente, definidos como "mandamentos nucleares" ou "disposições fundamentais" de um sistema, ou ainda como "núcleos de condensações"¹⁷⁴. A nomenclatura pode variar um pouco mas a idéia costuma ser a mesma: princípios seriam as normas mais fundamentais do sistema, enquanto que as regras costumam ser definidas como uma concretização desses princípios e teriam, por isso, caráter mais instrumental e menos fundamental (SILVA, 2003, p. 612). E tal idéia não é compatível com o conceito estrutural de Alexy, que não leva em consideração fundamentalidade nem abstração. Um princípio pode ser um "mandamento nuclear do sistema", mas pode também não o ser, já que uma norma é um princípio apenas em razão de sua estrutura normativa e não de sua fundamentalidade. Não se pretende discutir qual classificação é correta mas apenas apresentar esta distinção e verificar que a aplicação da teoria de colisão dos princípios não é uma fórmula mágica que apresentará a solução para todos os problemas enfrentados na efetivação das normas programáticas¹⁷⁵.

Tais argumentações são importantes para os objetivos deste estudo no intuito de se compreender como se dá o enfrentamento de situações em que se

¹⁷³ Estes critérios para solução de conflitos não serão analisados a fundo e podem ser resumidos no emprego da interpretação para delimitar em abstrato o conteúdo de cada um dos direitos conflitantes e persistindo o conflito prestigiar o valor hierarquicamente superior, ou ponderar os valores em jogo. O princípio da proporcionalidade que se desdobra em três postulados: adequação (se a medida é adequada para atingir o fim colimado), necessidade (a medida não é substituível por outro menos restritivo ao outro bem jurídico envolvido) e proporcionalidade em sentido estrito (medida não é desproporcional em relação ao fim a ser atingido). Mediante o uso desse princípio podem ser decididos os casos de conflitos entre os princípios constitucionais.

¹⁷⁴ Tais classificações são reconhecidas por Barroso (2000), Silva (1998), Canotilho e Vital Moreira (1991), dentre outros.

¹⁷⁵ Merece destaque o trabalho de Lima (2001), que correlaciona a abordagem principiológica destes autores com o Estatuto da Criança e do Adolescente.

pretende a efetivação do direito à educação. Amparado na teoria dos princípios, nos mandamentos de otimização e na metáfora da colisão de princípios, muitos operadores jurídicos tem posto em pé de igualdade direitos constitucionalmente assegurados, como o direito à educação e, por exemplo, o princípio da separação dos poderes. Isso acontece no ato de decidir, em cada caso concreto, se cabe ao Poder Judiciário efetivar ou não o direito.

Como demonstrado adiante, tais premissas não podem ser colocadas meramente em pé de igualdade e, juntamente com argumentações sobre a “reserva do possível”, anular-se qualquer possibilidade jurídica de realização do direito. Isso porque outros compromissos constitucionais, como o princípio da prioridade absoluta, também devem ser levados em consideração.

A segunda inquietação que se revela importante para este estudo trata-se de caracterizar os direitos sociais, especificamente o direito à educação, como norma programática ou não.

O art.5º, §1º da Constituição estabelece que os direitos e garantias fundamentais terão aplicabilidade imediata. Este mandamento constitucional vale para todo o Título II, que abrange os direitos sociais, e qualifica estes direitos como auto-suficientes e independentes de qualquer ato legislativo ou administrativo para se tornar eficaz. A grande questão está na discussão de alguns autores, dentre eles Grau (2000), que entendem que o art.5º, §1º da Constituição assegura a eficácia jurídica (possibilidade de produzir efeitos) e não a eficácia social (realização prática do direito). A despeito dessa discussão, e sem querer deixar-se envolver por uma ingenuidade positivista¹⁷⁶, defende-se o entendimento que esse preceito teria o valor de estabelecer aos órgãos estatais a tarefa de reconhecerem a maior eficácia possível aos direitos fundamentais, sejam estes classificados como normas programáticas ou não (SARLET, 2004, p. 245).

Além disso, quando trata das normas programáticas, Silva (2003, p.150), exclui expressamente o direito à educação e à saúde por não se tratarem de programas mas de típicos direitos à prestação, dever estatal que, em caso de não cumprimento revela um desrespeito à norma constitucional. Quanto ao direito ao ensino obrigatório, a qualidade de direito subjetivo público conferida pelo art. 208,

¹⁷⁶ Expressão usada por Amaral (2001, p. 211) para referir-se a posicionamentos como “se está na lei deve ser cumprido.”

§1º da Constituição¹⁷⁷, apenas reforça o dever estatal de promover e manter ensino público gratuito (MALISKA, 2001, p. 154).

As normas programáticas são princípios instituidores de deveres genéricos do Estado, tais como os deveres de proteção e a função social da propriedade. Tais normativas servem como uma orientação constitucional na atuação de todo órgão estatal. No caso dos direitos sociais, especificamente o direito à educação, não existe margem de discricção, por parte do Estado, no momento de sua implementação, uma vez que o próprio constituinte limitou, a escolha dos meios pelos quais as políticas públicas serão implementadas. O constituinte definiu, assim, o conteúdo e a forma como os programas serão executados, bem como a fonte de seu financiamento e o momento de sua implementação¹⁷⁸.

Impõe-se, portanto, uma clara distinção do direito à educação, que possui um elevado potencial de concretização constitucional, dos casos em que o direito social está previsto de forma vaga, demandando assim, um verdadeiro ato de vontade da administração.

O argumento da indeterminação do direito à educação e a tentativa de sua qualificação como norma programática vem apenas ao encontro daqueles que não pretendem mover qualquer esforço para sua concretização.

Faria (1998b, p. 95) alerta que em sociedades sujeitas a fortes discriminações sócio-econômicas, como a brasileira, as declarações programáticas de direitos humanos e sociais acabam tendo uma função apenas retórica. Seu objetivo seria o de apenas forjar as condições simbólicas necessárias para uma assimilação da ordem jurídica, um instrumento ideológico de controle das expectativas sociais¹⁷⁹. A concreção dos Direitos Humanos é negada pelos diferentes braços do Estado. Tal negação feita de uma forma sutil se dá por via de uma “interpretação dogmática” do direito. Enfatiza-se argumentos como a inexistência de regulamentação de alguns preceitos constitucionais em detrimento

¹⁷⁷ Art. 208 da Constituição. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:[...]

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

¹⁷⁸ Art. 208 da Constituição: O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: [...]

I - ensino fundamental, obrigatório e gratuito, assegurada, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiveram acesso na idade própria;”.

Tal garantia além de ter especificada sua forma e momento de implementação, também tem garantido o financiamento com a destinação orçamentária disposta no art. 212 da Constituição.

¹⁷⁹ Esta hipótese é defendida por Neves (1994, p.37) que afirma que muitas normas programáticas serviriam apenas para criar uma imagem de um Estado que responde normativamente aos problemas sociais, desempenhando uma função preponderantemente ideológica de manipulação.

de outros argumentos como o respeito à Constituição que favoreceriam a efetivação desse direito.

Como descrito no item 2.1 deste estudo e em várias oportunidades neste tópico, defende-se o entendimento de que o direito à educação não pode ser configurado como norma programática. Mas, ante aos vários julgados que fazem menção a este argumento para negar a concessão do direito pleiteado, foi importante dedicar algumas linhas à compreensão deste argumento.

2.2.2 Separação dos Poderes x Interferência do Judiciário

Mesmo ante aos argumentos de que os direitos sociais são normas programáticas a serem concretizadas na medida da vontade do administrador, parece restar dominante o entendimento de que, principalmente o direito à educação fundamental deve ser assegurado. A questão é, se o Legislativo ou Executivo negam a aplicação desse direito, caberia ao Poder Judiciário decidir pela sua efetivação? Tal conduta configurar-se-ia em interferência do Judiciário nos demais poderes ou uma atuação legítima do mesmo na posição de guardião da Constituição?

Conforme trabalhado no item 1.2 deste estudo, o Poder Judiciário poderia, em alguma medida, atuar como mais um mecanismo de concretização desses direitos. Segundo Grau, (2000, p.313) agindo assim, o Poder Judiciário não estaria invadindo a esfera de atuação destes poderes, mas apenas atendendo ao princípio da supremacia da Constituição¹⁸⁰. Mas tal entendimento não é pacífico.

Grau (2000, p. 320-321) preceitua que o Poder Judiciário é o aplicador último do direito. Isso significa que, se a Administração pública ou o legislativo de quem se reclama a correta aplicação do direito nega-se a fazê-lo, o Poder Judiciário poderá ser acionado para o fim de aplicá-lo. Tal decisão não é facultativa deste Poder, pois segundo o autor, uma vez acionado o órgão judicial, este estaria, de um lado, vinculado pelo dever de conferir efetividade imediata ao preceito constitucional e de outro, autorizado a inovar o ordenamento jurídico suprindo em cada decisão, eventuais lacunas que impedissem a aplicabilidade imediata.

¹⁸⁰ Sobre esta idéia da utilização da Constituição como marco delimitador das funções estatais, é importante mencionar a teoria garantista elaborada por Luigi Ferrajoli (1995). Este marco teórico não é objeto deste estudo mas traz novas perspectivas para a disparidade entre a previsão normativa dos direitos e sua prática efetiva. A função jurisdicional sob esta ótica tem por razão de ser a tutela dos direitos fundamentais para exercer um controle dos poderes na Constituição. Desenvolve uma Teoria do Estado para concebê-lo como instrumento de satisfação dos interesses vitais do cidadão. Souza (2005) adota esta perspectiva e desenvolve excelente estudo sobre a efetivação dos direitos sociais.

A teoria da separação dos poderes de Montesquieu¹⁸¹, consagrada como princípio constitucional no art. 2º da Carta Fundamental¹⁸², é muitas vezes invocada como a principal razão para se objetar a atuação do Judiciário na esfera política. Esta teoria¹⁸³ foi concebida em meio à constituição do Estado Liberal, consolidado pela Revolução Francesa, avessa ao despotismo¹⁸⁴. Isto motivou Montesquieu em separar as funções do Estado de forma que o poder não se concentrasse em apenas um deles.

A divisão das funções estatais foi idealizada como forma de contenção do poder político para garantir um equilíbrio em prol da proteção dos cidadãos. A proposta da separação dos poderes tinha duas bases fundamentais, inicialmente à proteção da liberdade individual e depois o aumento da eficiência do Estado com uma melhor divisão de atribuições e competências.

Não previa, portanto, uma atuação estatal no sentido de garantir bem-estar aos seus cidadãos e muito menos preservar a figura de um Estado prestador de serviços. Na moldura tradicional da separação de poderes, torna-se impensável a ação do Estado como orientador de transformações sociais, ficando essas a cargo da articulação da sociedade civil.

Diante dos outros poderes, o Poder Judiciário foi politicamente neutralizado e tornou-se apenas a voz que pronunciava o sentido da lei, não possuindo nenhuma forma de interferir em questões políticas. A existência de um foro independente daqueles encarregados de governar, a quem pudesse recorrer os cidadãos para a proteção de seus direitos, é a razão de ser do Poder Judiciário. O motivo do interesse da burguesia em converter o Poder Judiciário em simples

¹⁸¹ Este trabalho não era se aprofundar na definição dessa teoria, para isto veja Montesquieu, 1979.

¹⁸² Vale lembrar ainda que este princípio consta juntamente com as garantias dos direitos individuais como uma das cláusulas pétreas:

Art.2º da Constituição. São poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, Executivo e o Judiciário.

Art.60 da Constituição. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: [...]

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...]

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

¹⁸³ Doutrinariamente a primeira vez que surge a separação dos poderes é através de John Locke (1983) tomando como parâmetro o Estado Inglês do séc. XVII. Este identificava quatro funções e dois órgãos do poder, sendo a função legislativa para o parlamento e a executiva para o rei. Mas somente com Montesquieu é que a teoria da separação dos poderes ganha maior configuração.

¹⁸⁴ Montesquieu tipifica as formas de governo em republicano, monárquico e despótico. Foge aos objetivos deste estudo uma explanação mais ampla, mas a título de exemplo, segue: "Nos Estados despóticos, não há lei: o juiz é ele mesmo a sua própria regra. Nos Estados monárquicos, existe uma lei: e onde ela é precisa, o juiz segue-a; onde ela não o é, ele procura seu espírito. No governo republicano, é da natureza da Constituição que os juízes sigam a letra da lei. Não há cidadão contra quem se possa interpretar uma lei quando se trata de seus bens, sua honra ou de sua vida." (MONTESQUIEU, 2000, livro VI, cap.3).

instrumento de aplicação mecânica das leis, explica-se pelo fato de ela ser, naquele momento histórico, a única classe social representada no Parlamento. Um Juiz submetido estritamente à lei, era a grande reivindicação da burguesia que com isso assegurava a supremacia de seus objetivos, tutelados pela lei que ela mesma elaborava (ROCHA, 1995, p. 108).

O melhor exemplo da aplicação dos princípios liberais clássicos é a Constituição Americana de 1787. Entretanto, em Montesquieu os americanos buscaram mais os mecanismos de controle (freios e contrapesos) do que independência dos poderes. Isto porque, apesar de não se preocuparem em remover qualquer “entulho absolutista”¹⁸⁵, queriam evitar a tirania da maioria. O medo das decisões da maioria democrática tinha base no caos financeiro e econômico do país e chegou ao ápice quando os legislativos estaduais passaram a decretar perdão da dívida de agricultores falidos anulando decisões judiciais favoráveis aos credores. É quando surge o controle constitucional para garantir a superioridade da Constituição e como solução liberal para os problemas democráticos.

A consagração do Judiciário como verdadeiro Poder capaz de interferir eficientemente na vida política do Estado, tornou-se definitiva com o famoso caso *Marbury versus Madison*, decidido pela Suprema Corte Americana em 1803. Nesta oportunidade, em voto do então presidente da Corte, John Marshall afirmou a doutrina do amplo poder de controle judiciário dos atos do Executivo e do Legislativo, através de interpretação das normas constitucionais, podendo até anular os atos dos demais Poderes julgados inconstitucionais. Nasce o controle de constitucionalidade. Esta doutrina deu fundamento a uma ampla atuação política de todos os juízes e teve, desde então, enorme influência nesta área não só nos EUA¹⁸⁶.

Assim, com base em condições sócio-políticas do séc. XIX sustenta-se a neutralização política do Judiciário como conseqüência do princípio da divisão dos poderes. A transformação dessas condições com o advento da “Constituição dirigente” e do Estado social, parece desenvolver exigências de demandas por uma “desneutralização” do Judiciário. Isso porque o juiz é chamado a libertar-se da estrita legalidade e exercer uma função mais condizente com a realidade social e também

¹⁸⁵ Expressão usada por Arantes e Kerche (1999, p. 32) em artigo sobre o tema.

¹⁸⁶ Para uma discussão mais aprofundada desses e outros casos da Corte Suprema Americana que são utilizados como referenciais de discussão em nosso país vide Vilhena Vieira (2002).

mais preocupada com as finalidades políticas/sociais de suas decisões (Ferraz Júnior, 1994, p.19).

Estudando a realidade brasileira, Vianna (1997, p. 32) observa o esvaziamento da regra da separação dos poderes, tal como compreendido pela cultura jurídico-política dos países da *civil law*, passando o tema da limitação a prevalecer sobre o da separação, que supõe a neutralidade política do judiciário. O que ocorre é uma aproximação com o modelo dos freios e contrapesos (mútua dependência e equilíbrio) dos federalistas americanos, terreno no qual se originaria a figura do juiz herói, guardião dos direitos fundamentais, em oposição ao juiz funcionário da *civil law*, simples operador da doutrina da certeza jurídica.

Infelizmente há ainda muitos julgados e entendimentos doutrinários que não aceitam a intervenção do Judiciário em algumas questões. Neste sentido, merece menção acórdão do STJ em sede de Recurso Especial n. 63.128-9/GO, (Relator Ministro Adhemar Maciel, 11.03.1996). Neste caso, a ação civil pública havia sido proposta pelo Ministério Público em face do Estado de Goiás, no intuito de obter provimento que determinasse a construção de abrigos para adolescentes infratores. A ação foi extinta sem julgamento de mérito no primeiro grau. O STJ referendou esta posição, sob o argumento de que a política pública não poderia ser formulada pelo Poder Judiciário. O Executivo seria o único competente para escolher o momento conveniente para a execução da obra reclamada.

Um dos principais argumentos que impediriam essa intervenção é a questão da falta de legitimidade dos juízes, uma vez que estes não foram eleitos democraticamente para decidir sobre a criação de políticas públicas.

Andrade (1998, p.190/192) entende ilegítima a conformação de tais direitos através dos tribunais por não serem os juízes politicamente responsáveis, seja para a fixação das linhas gerais das políticas econômicas e sociais ou para a sua implementação em sentido diverso ao pretendido pelo parlamento e governo. Na opinião do autor ante a complexidade das políticas de habitação, saúde, educação e etc., estas não poderiam estar perfeitamente determinadas nos textos constitucionais. Tais políticas dependeriam de opções autônomas de órgãos com capacidade técnica e de opções políticas majoritárias. A atuação do Poder Judiciário nesta seara deveria se restringir a garantia do chamado mínimo existencial que será tratado no tópico 2.2.4.

Faria (2004, p.111) defende que, obviamente, o sistema judicial não pode ser insensível ao que ocorre nos âmbitos da economia e da política. Mas os tribunais

e o Ministério Público só podem atuar nos limites de sua capacidade operativa. Quando acionados, segundo a opinião deste autor, o máximo que podem fazer é julgar se uma decisão política ou econômica é constitucional e legalmente válida. Se forem além disso estarão exorbitando seus papéis e justificando reações defensivas dos demais sistemas, como restrições orçamentárias, controle externo e súmula vinculante.

Amaral (2001a, p. 116-117) na mesma linha, opõe-se ao deslocamento da decisão sobre “escolhas dramáticas”¹⁸⁷ para o Poder Judiciário, que não se encontraria legitimado pelo voto para efetuar tais opções. Ressalta entretanto, que isso não significa que não haja qualquer controle jurisdicional da atuação dos demais poderes. Tal controle poderá ser feito sob os critérios de razoabilidade das motivações apresentadas pelo ente estatal para sua omissão em atender a demanda solicitada. Demonstrada a ponderabilidade destas razões, o Poder Judiciário nada pode fazer.

Ferreira (2004, p. 44), em estudo feito em 227 decisões sobre direito à saúde do Tribunal de Justiça de São Paulo, conclui que a tutela individual deste direito realizada pelo Poder Judiciário não é a mais adequada. As decisões judiciais analisadas, que concederam ou confirmaram a concessão de medicamentos solicitados pelo autor, desprezaram em sua quase totalidade os efeitos sociais e econômicos que gerariam para além do processo. Segundo os autores do estudo, a desconsideração do impacto econômico da decisão judicial, ante a efetiva alocação de recursos pelo Judiciário, com resultados macroeconômicos que podem demandar mais prejuízo que os benefícios obtidos, atribuiria ao Poder Judiciário uma difícil tarefa (que ele não está habilitado a cumprir): o de definir métodos de distribuição de recursos escassos. Estes são alguns dos argumentos utilizados para desautorizar a intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas.

Alguns dos pontos levantados, como a legitimidade de atuação política do Poder Judiciário, a complexidade das decisões que dependeriam de um aparato que o Judiciário não possui e as conseqüências econômicas de decisões que concedessem direitos que dependem de recursos financeiros, foram enfrentadas em alguma medida no item 1.2 onde foi discutido sobre atuação do Poder Judiciário e do Ministério público de uma forma geral.

¹⁸⁷ O autor realizou pesquisas em decisões sobre direito à saúde e concentra-se em discussões sobre a quem atender e quanto recurso disponibilizar para atender pacientes que precisam de tratamentos específico sob risco de vida.

Desta forma, em princípio, o Poder Judiciário não deveria intervir em esfera reservada a outro poder para substituí-lo em juízos de conveniências e oportunidade. No entanto, é necessária uma revisão desse dogma da separação dos poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços sociais básicos.

A importância do presente item é procurar compreender a questão da separação dos poderes e porque a atuação judicial é vista com tanta cautela pelos demais poderes. Não se está fazendo a defesa de uma atuação judicial que ultrapasse as competências constitucionais atribuídas ao Judiciário, mas sim que este possa exercer sua função de guardião da Constituição e dos direitos ali assegurados.

Alexy (1993, p. 527) observa que a Constituição prevê um órgão jurisdicional para a garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos frente aos demais poderes. A própria teoria da separação dos poderes já previa que o Judiciário funcionasse como órgão atuante na defesa do cidadão. A intervenção judicial para a tutela desses direitos não pode ser considerada uma assunção indevida das competências legislativas, mas algo permitido e ordenado constitucionalmente.¹⁸⁸

Essa atuação, como prescreve Faria (2004), deve se dar dentro das competências atribuídas a este órgão. É por isso que este estudo optou por restringir a pesquisa aos julgados referentes ao direito à educação. Tal decisão se deve a um entendimento de que nem todos os direitos sociais estão regulamentados e definidos a contento na legislação nacional.

No caso da legislação básica (que inclui a educação infantil, fundamental, médio e as garantia de acesso e permanência) já ficou bastante demonstrado que se trata de direito constitucionalmente assegurado e perfeitamente regulamentado no Estatuto da Criança e do Adolescente e Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional. Mas mesmo ante tais exigências de concretização, a atuação judicial

¹⁸⁸ Vale destaque acórdão do TJSP, Apelação n.º 061.146.5/0-00, Rel. Lineu Peinado, em 22/06/99, em que o relator defende que não se está violando o princípio da separação dos poderes pois cabe exclusivamente ao Poder Judiciário dizer o Direito. E na hipótese concreta, o que está se fazendo é apenas determinar que a Constituição seja cumprida em sua inteireza. Existindo norma constitucional determinando que seja prestado atendimento social (pleiteava-se atendimento aos moradores de rua), “não há que se falar em opção da Administração, pois a liberdade do administrador cessa ante o texto expresso de lei” (p.06 do acórdão). Segue a ementa: “Ação Civil Pública - Legitimidade - Interferência no Poder Executivo - Inexistência - Tratando-se de atendimento social previsto na Constituição da República, é de se reconhecer a existência de direito difuso a ser tutelado por Ação Civil Pública. A determinação para implementação de política pública, já prevista na Constituição da República não caracteriza ingerência no Poder Executivo. Recursos a que se negam provimento.”

nesse sentido é vista como inadequada. Por que o Judiciário não pode funcionar como mais um mecanismo do cidadão para exigir que tais políticas públicas sejam realizadas?

Não se pode contudo ignorar que em alguns pontos este Poder realmente não atende as expectativas nele depositadas.

Sobre a legitimidade política para, por exemplo, criar políticas públicas, é importante reconhecer que seria um tanto temerário atribuir esta função ao órgão judicial, uma vez que seus representantes, oriundos na maioria das vezes das classes mais favorecidas, não tem sequer contato com as demandas populares. Mas sobre direitos assegurados e políticas públicas há tempos demandadas, não há porque impedir que se tenha o órgão judicial como mais um mecanismo de concretização.

Para uma melhoria desta legitimidade da intervenção judicial, deve haver uma interação e uma abertura entre o Poder Judiciário e a sociedade mediante o conhecimento e a conscientização sobre a realidade social e com a adoção de procedimentos cada vez mais democráticos como as audiências públicas, inspeções judiciais e tutelas coletivas. Não se pode ignorar o risco de que grupos mais organizados possam viabilizar de forma mais eficiente o pleito perante as instâncias judiciais. Porém, tal perigo é enfrentado em todos os canais de discussões públicas (sistemática de discussão parlamentar e a influência de determinados grupos na administração pública). Este fato deve ser levado em consideração na avaliação pelo julgados da situação fática devendo extrair uma visão que tenha em vista o sistema de acesso de uma forma ampla (SOUZA, 2005, p. 132).

A respeito da complexidade de decisões judiciais (que necessitam de conhecimentos técnicos que o Judiciário não possui) e da consideração das conseqüências econômicas que delas são decorrentes, é necessário algum cuidado. Esses “obstáculos” são inerentes ao próprio ofício judicial e não acontecem apenas em relação às questões de concretização de políticas públicas. É sabido que tais dificuldades têm sido enfrentadas pelos magistrados com a oitiva no processo de peritos técnicos e com a priorização de conciliações que evitem o proferimento de decisões inexecutáveis. Da mesma forma, na questão de concretização de políticas públicas na área da educação, é importante que se incentive uma atuação nem sempre mandatória das sentenças judiciais, mas que o juiz, principalmente de primeiro grau, possa funcionar como mediador desses conflitos sociais. Já se tornou freqüente em audiências e termos de ajustamento de conduta efetuados pelo

Ministério Público, o enfrentamento de tais questões de forma mais ampla. Ao invés de se proferir uma decisão que determine a abertura de vagas em creches, o que muitas vezes ficava sem exeqüibilidade na prática, opta-se por realizar um trabalho com os moradores que necessitam da vagas e com os representantes da prefeitura. O objetivo é assegurar efetivamente a abertura das vagas, ainda que gradativamente.¹⁸⁹

Esta também é uma atuação possível do Judiciário e do Ministério Público nesta área. É flagrante que esta questão da interferência do Judiciário na concretização dos direitos sociais é bastante polêmica. Não se pode tratar do problema de forma displicente, concedendo ao Judiciário o papel de dizer/desdizer quais serão as prioridades dos gastos públicos. Mas também não se deve tratar a questão de forma extrema, impedindo qualquer mecanismo de controle judicial nesta área. É impossível que o Judiciário deva permanecer inerte ante a omissão do Executivo na concretização desses direitos.

Historicamente, como afirma Cappelletti (1993, p.53-54), todas as vezes que a rígida separação entre poderes não permitiu a emergência de um sistema de controles e contrapesos recíprocos, com os magistrados podendo exercer funções mais amplas do que as previstas pelo paradigma liberal clássico de Estado de Direito, o resultado foi um Judiciário perigosamente débil e confinado aos conflitos privados. Apenas onde esse sistema de controles recíprocos se consolidou é que se conseguiu fazer coexistir um Executivo forte com um Judiciário forte.

É preciso ter claro que o Judiciário tem legitimidade para atuar na tentativa de promover a concretização desses direitos sociais básicos. Tal legitimidade advém de sua qualidade de guardião da Constituição e, pasmem, do próprio cumprimento da legislação¹⁹⁰. Não se trata aqui de usurpação dos direitos da maioria e nem de interferência dos poderes, mas sim de estabelecimento de certas condições de vida sem as quais a própria idéia de cooperação social perde completamente o sentido.

¹⁸⁹ Como exemplo é possível citar a experiência narrada no Inquérito civil 01/02 que pleiteava a abertura de 2049 vagas em educação infantil em Florianópolis. Infelizmente, após vários meses de negociação com a prefeitura, não restou alternativa ao Ministério Público senão ingressar com os autos de Ação Civil Pública n. 023.02.009415-1, que obteve decisão favorável na primeira instância. Esta decisão foi cassada pela Apelação 2004.016445-9 exatamente sob a argumentação de que o Judiciário não pode intervir na discricionariedade do Executivo em abrir tais vagas. No 3º capítulo tal caso será tratado a contento.

¹⁹⁰ Como pode o Magistrado e o Promotor Público da área da infância e da Juventude ignorar o princípio da prioridade absoluta da criança e do adolescente e manter-se inerte ante aos gastos públicos que privilegiam outros interesses enquanto prioridades básicas dessas crianças não são atendidas?

Mesmo assim, em casos que o objeto da pretensão envolve atos inseridos na atribuição discricionária de autoridade administrativa, tem-se decidido no sentido de impor a extinção na forma autorizada pelo art. 267, IV, do Código de Processo Civil¹⁹¹, por impossibilidade jurídica do pedido¹⁹². A impossibilidade de prosseguimento do processo apóia-se no pretexto de que a decisão judicial implicaria em violação do art.2º da Constituição Federal, com ofensa à independência e à harmonia dos Poderes. A despeito dessa alegação, na verdade o que acontece em muitos casos é a não-ocorrência real da discricionariedade ou, ainda que inserida nesta seara, a atividade exigida é necessária para fazer cessar ofensa a interesses constitucionalmente assegurados.

É importante frisar que em nenhum momento se defende a assunção do papel dos demais poderes. Pelo contrário, defende-se uma atuação jurisdicional complementar e subsidiária, tendo em vista que a formulação e a implementação de políticas públicas sociais é a tarefa por excelência dos órgãos legislativo e executivo com a participação da sociedade civil. O que não se aceita é a criação dessa barreira intransponível para o questionamento judicial de tais ações políticas e para a exigência do cidadão de seus direitos constitucionais. A atuação judicial não deve dar-se na perspectiva de confronto, mas de cooperação entre os poderes. O que não é possível é exigir dos cidadãos e dos operadores do direito que se mantenham silentes aos atos dos demais poderes¹⁹³.

Com base em todos estes argumentos, afirma-se que o princípio da separação e interdependência dos órgãos estatais tem uma função de garantia da Constituição, pois os esquemas de responsabilidade e controle entre os vários órgãos transformam-se em relevantes fatores de observância da Constituição. Esses

¹⁹¹ Art.267 do CPC. Extingue-se o processo sem julgamento do mérito: [..]

VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual.

¹⁹² Como exemplo segue a ementa abaixo:

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA - REFORMA DE ESTABELECIMENTO PRISIONAL - CONDENAÇÃO DO ESTADO EM OBRIGAÇÃO DE FAZER - IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO - EXTINÇÃO DO FEITO - CPC, ART. 267, INC. VI - RECURSO PROVIDO

"Ao Poder Executivo cabe a conveniência e a oportunidade de realizar atos físicos de administração (construção de conjuntos habitacionais, etc.). O Judiciário não pode, sob o argumento de que está protegendo direitos coletivos, ordenar que tais realizações sejam consumadas" (REsp n. 169.876/SP, Min. José Delgado). (TJSC, Apelação Cível n. 2002.023800-2, de São Joaquim, Rel: Des. Luiz César Medeiros, em 22/09/03.

¹⁹³ Na defesa dos direitos da criança e do adolescente, o próprio Estatuto prevê este tipo de atuação estabelecendo como um de seus princípios a descentralização. Somente mediante a divisão de tarefas e a somatória de empenhos entre os entes federados, família e a sociedade civil é que será possível a concretização dos direitos sociais. (VERONESE, 1999, P. 101)

esquemas de controle defendem o acesso à Justiça para tutela de todos os direitos fundamentais, inclusive os direitos sociais (SILVA, 1998, p. 825).

A ação do Poder Judiciário no processo de efetivação dos direitos sociais não deve ser feita de modo a suprimir a esfera de autonomia pública e privada. É claro que existe um campo de liberdade necessário para a atuação dos governantes. Mesmo porque as políticas públicas são complexas, demandando estudos e aplicação prática para a aferição de resultados. Contudo, esta liberdade também deve respeitar os parâmetros constitucionais. Mancuso (2002, p.769) traz um exemplo interessante que é útil para este estudo: o Poder Executivo tem a prerrogativa de escolher uma fonte de energia para o suprimento das necessidades da população. Mas antes todas as fontes disponíveis, se o governante escolhe aquela que acarretará em degradação irreversível ao meio ambiente, como inundação de área de preservação ambiental ou poluição de rios, o Ministério Público poderá insurgir-se solicitando que se respeite o art. 225 da Constituição¹⁹⁴, que garante o meio ambiente equilibrado. Da mesma forma acontece com relação à prioridade absoluta da criança e do adolescente, consagrado no art. 227 da Constituição.

Como se verá a seguir, o que não se aceita é uma discricionariedade ilimitada e imune ao controle jurisdicional.

2.2.3 Discricionariedade administrativa x controle judicial

Outro argumento judicial freqüentemente invocado em processos sobre a efetivação do direito à educação refere-se à questão da discricionariedade dos atos administrativos que visem concretizar os direitos sociais.

Antes de qualquer consideração sobre o tema, é necessário que se esboce a distinção tradicionalmente feita entre os atos administrativos vinculados e discricionários¹⁹⁵. Os primeiros são praticados sem qualquer margem de liberdade por estarem previstos legalmente todos os seus elementos, enquanto os atos discricionários apresentariam alguns elementos não passíveis de controle

¹⁹⁴ Art. 225 da Constituição. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

¹⁹⁵ Há autores que fazem ainda uma distinção entre atos políticos e atos administrativos. Numa concepção ampla os atos políticos englobariam atividades de planejamento e execução de políticas públicas. No entendimento restritivo, as questões políticas consistiriam em opções de natureza ideológica vinculadas aos programas dos governos eleitos. A discricionariedade administrativa assumiria a função de executar as políticas traçadas pela discricionariedade política. Para um aprofundamento sobre este tema vide Appio (2004, p. 385 e ss).

jurisdicional, sujeitos à livre escolha do administrador entre várias alternativas possíveis.

Assim, haveria uma atuação vinculada quando a norma a ser cumprida já predetermina qual o único comportamento que o administrador estará obrigado a tomar perante casos concretos. De modo oposto, a atuação discricionária resultaria para o administrador um campo de liberdade em cujo interior cabe interferência de uma apreciação subjetiva quanto à maneira de proceder nos casos concretos de acordo com critérios de conveniência e oportunidade administrativa (BANDEIRA DE MELLO, 1996, p. 9).

Hely Lopes Meirelles (2003, p.114-116), ao tratar do poder discricionário, preceitua que a discricionariedade é liberdade de ação administrativa, dentro dos limites permitidos em lei. Esta liberdade fundar-se-ia na consideração de que só o administrador, em contato com a realidade, está em condições de apreciar os motivos ocorrentes de oportunidade e conveniência da prática de certos atos. O Judiciário não pode substituir o discricionarismo do administrador pelo do juiz. A tarefa do órgão judicial é proclamar as nulidades e coibir os abusos da Administração.

Neste sentido, esta discricionariedade não é ilimitada. O ato administrativo está sempre sujeito à observância da lei e dos princípios constitucionais, principalmente no que tange a motivação. É preciso que se entenda a discricionariedade vinculada aos princípios e ao sistema constitucional, afastando a idéia da liberdade absoluta ou ilimitada, seja na margem de conformação do legislador, seja no campo de ação do administrador.

Valendo-se novamente das lições de Bandeira de Mello (1996, p. 15), percebe-se que ante a necessária submissão da administração à lei, o chamado “poder discricionário” é simplesmente o cumprimento do dever de alcançar a finalidade legal. Apenas nesta perspectiva é que o chamado “poder discricionário” pode ser corretamente entendido e dimensionado. O que existe na verdade, antes de um “dever”, é um “dever discricionário”, que obriga que os atos praticados ainda que com certa liberdade, devem estar balizados pelos dispositivos legais.

A doutrina mais comum, por outro lado, enfatiza a noção de poder. Como se a discricionariedade reservasse uma presunção de que o agente público dispõe de um poder para fazer escolhas livres, na suposição de que dentre as alternativas comportadas pelas normas, quaisquer delas são de indiferente aplicação no caso

concreto. Ao contrário, a lei sempre impõe o “comportamento ótimo”¹⁹⁶. Quando a lei regula discricionariamente uma dada situação, ela o faz porque não aceita do administrador outra conduta que não seja a melhor opção para satisfazer a finalidade legal (BANDEIRA DE MELLO, 1996, p. 32).

A finalidade do ato administrativo, disposta na lei, vincula o Administrador Público de modo que a revisão judicial sempre será possível. Esta possibilidade de revisão é o chamado controle judicial do desvio de poder ou finalidade. Além disso, os princípios constitucionais vinculam ainda o conteúdo dos atos administrativos, os quais devem estar permeados pelos valores consignados pelo constituinte, sob pena de nulidade. O ato administrativo poderá atender a uma finalidade prevista em lei, como por exemplo, um edital de licitação publicado com a finalidade de adquirir bens necessários ao desempenho das funções administrativas. Mas o conteúdo do ato poderá colidir com os princípios constitucionais quando, por exemplo, o edital publicado tem o conteúdo direcionado a privilegiar determinados fornecedores¹⁹⁷.

É por isso que Bandeira de Mello, (1996, p. 41) defende a tese de que não existe discricionariedade mas sempre vinculação, já que em toda e qualquer hipótese só haveria real obediência à norma quando se adotasse a providência adequada perante o caso concreto para atender o escopo normativo. Mesmo a atuação discricionária é vinculada, na medida em que deve obediência a lei e aos princípios constitucionais. Estes atos estão, como todos os outros, sujeitos, antes de tudo, ao princípio da legalidade.

Mas se é assim, porque existe a atividade discricionária? Foge aos objetivos deste estudo fazer um estudo aprofundado sobre a discricionariedade. Mesmo assim, é importante observar quais seriam as causas normativas geradora da discricionariedade. Segundo Bandeira de Mello, (1996, p. 19-20) a discricionariedade pode derivar: a) da própria norma, quando a lei descreve de modo impreciso a situação fática que irá deflagrar o comando da norma; b) quando a própria norma abre para o poder público alternativa de conduta; c) quanto à finalidade da norma, quando os preceitos normativos contêm conceitos vagos ou imprecisos como “segurança pública”, interesse público¹⁹⁸ e outros. Nesse sentido, a

¹⁹⁶ Grau (2002, p.213) não reconhece a possibilidade de que se apresente uma solução unívoca, pois a existência de mais de uma solução adequada é característica da própria discricionariedade. O autor defende ainda que este juízo de oportunidade não está sujeito ao controle judicial, salvo quando caracterizar desvio de conduta ou de finalidade. Cabe ressaltar, antes que haja uma compreensão equivocada, que o autor diz expressamente que atos motivados por razões de interesse público não são atos discricionários, havendo uma vinculatividade que determina a utilização mais razoável.

¹⁹⁷ Este exemplo foi retirado de Appio (2004, p. 392).

¹⁹⁸ Merece destaque o trabalho de Salles e Grinover (2003).

discricionariedade existe na maioria das vezes porque, apesar de existir uma finalidade normativa, não lhe foi possível reconhecer objetivamente qual será o comportamento no caso concreto apto a atingir tal finalidade.

Nos casos em que a prática de um ato requer a apreciação de conceitos vagos ou indeterminados¹⁹⁹, como “interesse público” e “bem comum”, haverá uma ampla margem de discricionariedade. Talvez aqui esteja a verdadeira discricionariedade porque, se em determinada situação real o administrador reputar em entendimento razoável que se aplica o conceito vago e agir nesta conformidade, não se poderá dizer que violou a lei. E se procedeu dentro da liberdade intelectual que o direito lhe facultava, não há razão para qualquer controlador de legitimidade, mesmo que seja o Judiciário, lhe corrigir a conduta (Bandeira de Mello, 1996, p. 23-24).

Ante a exigência de que o ato administrativo respeite os princípios constitucionais e o que dispõe a lei sobre o assunto, o Judiciário tem competência para anular atos administrativos discricionários que não obedeçam a esses critérios definidos. Este controle de legalidade é um poder-dever próprio do órgão jurisdicional. Esse controle não nega a discricionariedade e tão pouco substitui o administrador pelo juiz, mas é um reforço para assegurar ao administrado que a melhor escolha foi feita.

Di Pietro (2002, p.182), segue a linha de raciocínio que não admite o controle judicial do mérito administrativo afirmando que, caso isso ocorra, haverá uma intromissão do Judiciário na esfera administrativa. Nestes casos ocorreria uma substituição dos critérios utilizados pela Administração pelos critérios jurisdicionais. Este mérito administrativo composto pela oportunidade e conveniência estaria fora da alçada judicial.

Ao Judiciário seria vedado, no exercício do controle jurisdicional, apreciar o mérito dos atos administrativos, para dizer da utilidade, da moralidade, etc., de cada procedimento. Não poderia o juiz substituir-se ao administrador. Compete a ele, adequar as iniciativas administrativas aos estritos limites da ordem jurídica (BASTOS, 1994, p.101).

¹⁹⁹ Grau (2002, p.202-212), após discorrer sobre a diferença entre conceito indeterminado e termo indeterminado, conclui que na verdade o que chamam de discricionariedade é na verdade interpretação. Por isso defende que o conteúdo desses conceitos deve ser preenchido pelo Administrativo e pelo Judiciário, que são os aplicadores por excelência destes direitos. Nesse sentido, na opinião deste autor quanto mais vago o conceito utilizado, maior a possibilidade de controle judicial, devendo este ser feito de acordo com a legalidade e não com o juízo de oportunidade.

A questão é exatamente os limites deste controle judicial. Não se pretende aqui defender um amplo controle sobre os motivos que levam a prática ou não do ato administrativo. Também não se enveredará novamente pelas críticas sobre o desrespeito ao princípio da separação dos poderes e da (in) capacidade técnica do Poder Judiciário de examinar o acerto da decisão administrativa²⁰⁰.

Mesmo ante alguns entendimentos que autorizam essa intervenção mais ampla²⁰¹, nos limites deste trabalho, o que se pretende lembrar é que o princípio básico da administração pública é atender ao interesse público. Reforça-se a idéia de que todo ato administrativo deve ainda se dar de acordo com a legislação vigente e os princípios constitucionais. São estes os limites do controle judicial do ato administrativo que serão aqui considerados.

Num contra-senso, a existência de um poder discricionário em favor da Administração Pública, a qual deve mensurar dentre outras coisas as obras e serviços públicos a serem implementados, bem como o momento mais adequado para a sua execução, tem sido utilizada como o principal argumento em desfavor de um controle judicial das políticas públicas.²⁰²

Como se verá na análise dos julgados abaixo, a oferta de transporte escolar, a necessidade de reformas nas escolas e a concessão de vagas suficientes são consideradas por alguns como atos administrativos que devem ser executados na medida da conveniência e oportunidade do legislador.

Não se pode aceitar que a discricionariedade (liberdade abstrata conferida pela lei ao administrador para atingir determinada finalidade) sirva de fundamento

²⁰⁰ No entendimento de Grau, (2002, p. 216) o verdadeiro ato discricionário, quando a lei atribui a Administração juízo de oportunidade, não está sujeito ao controle do Poder Judiciário, salvo no caso de abuso de poder e de finalidade.

²⁰¹ Vide Ementa no Recurso Especial Nº 493.811 - SP, Rel.: Min. Eliana Calmon, em 11.03.03. ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO: NOVA VISÃO. 1. Na atualidade, o império da lei e o seu controle, a cargo do Judiciário, autoriza que se examinem, inclusive, as razões de conveniência e oportunidade do administrador. 2. Legitimidade do Ministério Público para exigir do Município a execução de política específica, a qual se tornou obrigatória por meio de resolução do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente. 3. Tutela específica para que seja incluída verba no próximo orçamento, a fim de atender a propostas políticas certas e determinadas. 4. Recurso especial provido.

²⁰² Assim, por exemplo, STJ, 2ª Turma, no REsp. 208.893-PR, publicado no DJ 22.03.2004, relator Ministro Franciulli Neto, ao julgar recurso judicial correlato a processo judicial envolvendo ação civil pública promovida pelo Ministério Público do Estado do Paraná em face do Município de Cambará-PR, com base nas disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente e que tinha por finalidade obrigar o município a disponibilizar imóvel para instalação para menores carentes, com recursos humanos e materiais. Na ocasião, o relator consignou que “com fulcro no princípio da discricionariedade, a Municipalidade tem liberdade para, com a finalidade de assegurar o interesse público, escolher onde devem ser aplicadas as verbas orçamentárias e em quais obras deve investir. Não cabe, assim, ao Poder Judiciário interferir nas prioridades orçamentárias do Município e determinar a construção de obra especificada. Ainda que assim não fosse, entendeu a Corte de origem que o Município recorrido ‘demonstrou não ter, no momento, condições para efetivar a obra pretendida, sem prejudicar as demais atividades do município”.

para a violação de direitos constitucionalmente assegurados. O argumento de pertencer à esfera da discricionariedade administrativa transforma tais políticas públicas em medidas inalcançáveis e inexigíveis pelo cidadão. Esta argumentação tem sido usada como forma de eximir o Poder público de cumprir com os compromissos assumidos constitucionalmente.

Tais atos administrativos são passíveis de controle judicial pelo simples fato de serem naturalmente submetidos às normas constitucionais. Quando se fala em discricionariedade do Legislativo e Executivo, parece querer esquecer-se que esses poderes também têm que primar sua atuação dentro dos parâmetros contidos na ordem de valores da Constituição.

Mesmo correndo-se o risco de ser redundante é preciso afirmar que as políticas públicas na área da educação têm prioridade. Primeiro, pelo compromisso constitucional com o direito à educação e, segundo, pelo princípio da prioridade absoluta da criança e do adolescente que será tratado no item 2.3. O Judiciário pode apreciar o ato discricionário e, se for o caso, declará-lo nulo, pois nenhuma lesão de direito pode ser excluída da apreciação do Poder Judiciário. O que vêm ocorrendo principalmente no âmbito do direito à educação, é a violação do direito constitucionalmente assegurado, com a omissão do Executivo, sob o amparo de argumentos de que implementará tais políticas de acordo com sua discricionariedade.

Estas argumentações têm servido muitas vezes para bloquear a ação de instituições como o Ministério Público, que utiliza mecanismos legais teoricamente eficientes como o Mandado de Segurança e a Ação Civil Pública.

2.2.4 Reserva do possível x exigências de concretização

Um último argumento que merecerá destaque neste trabalho devido a freqüente menção em julgados referentes à efetivação dos direitos sociais, trata-se da dicotomia instalada entre as exigências legais/constitucionais de concretização desses direitos e a impossibilidade do Estado²⁰³ em dispor de recursos financeiros para tanto.

Canotilho (1991, p.131) vê a efetivação dos direitos sociais dentro de uma “reserva do possível” e aponta a sua dependência dos recursos econômicos. A elevação do nível de sua realização estaria condicionada ao aumento do volume de

²⁰³ A menção ao Estado neste subitem se fará referindo-se ao Poder Público de uma forma geral. Em nenhum momento pretende-se estabelecer uma contraposição entre o Poder Judiciário e o Estado como se o primeiro, a este último não pertencesse.

recursos. Por esta teoria, a limitação dos recursos públicos passa a ser verdadeiro limite fático à efetivação dos direitos sociais. Ao mesmo tempo, a decisão sobre disponibilidade destes recursos estaria localizada no campo discricionário das decisões governamentais e dos parlamentos, sendo implementadas de acordo com a conveniência e oportunidade. Tais entendimentos encerram em um círculo vicioso que limitaria muito a realização desses direitos²⁰⁴.

Em publicação mais recente, o autor sistematiza o que significaria a “reserva do possível”: a) total desvinculação jurídica do legislador quanto à dinamização dos direitos sociais constitucionalmente consagrados; b) tendência para zero da eficácia jurídica das normas constitucionais consagradoras dos direitos sociais; c) gradualidade com dimensão lógica e necessária da concretização dos direitos sociais, tendo em conta os limites financeiros; d) insindicabilidade jurisdicional das opções legislativas quanto à densificação das normas constitucionais reconhecedoras de direitos sociais (CANOTILHO, 2004, p. 108) .

Tal questão assume grande relevância frente à elevada destinação de recursos para, por exemplo, construção de escolas, creches ou implantação de sistema de transporte escolar. É inegável que o custo dos direitos sociais²⁰⁵ influencie diretamente no âmbito de sua efetivação. Entretanto, é importante observar que muitas vezes a alegação da “reserva do possível” acaba se tornando uma barreira intransponível para a realização desses direitos.

Questiona-se: até que ponto a simples alegação de que o Estado não dispõe de recursos financeiros para atender a demanda por acesso à educação pode servir de última justificativa para inviabilizar, inclusive, demandas pela criação de programas que possam proporcionar a efetivação deste direito a longo prazo?

Além do mais, os seguintes questionamentos precisam ser feitos: qual é a força deste argumento? A alegação da “reserva do possível” pode obstaculizar a realização de um direito subjetivo como o direito à educação (SARLET, 2004, p.300)? O direito a educação, que a despeito da discussão acerca das normas

²⁰⁴ Em publicação mais recente Canotilho (2004, p.51) em alguma medida revê esse posicionamento. Em artigo intitulado “Tomemos a sério os direitos econômicos, sociais e culturais”, o autor defende que se deve levar a sério o reconhecimento constitucional dos direitos como trabalho saúde e educação, independente das dificuldades reais. A Constituição considerou certas posições jurídicas de tal modo fundamentais, que a sua garantia não pode ser deixada a critérios de simples maiorias parlamentares.

²⁰⁵ Merece destaque obra de Holmes e Sunstein (1999) que serve de referência para vários autores que estudam esta temática. Os autores procuram desfazer a distinção extremada entre direitos que requerem prestações positivas do Estado e direito que para serem concretizados requerem apenas a omissão estatal. Com base no fim desta distinção defendem a idéia de que a escassez de recursos impede que todos sejam contemplados e que nem por isso o Estado merece ser retaliado. A situação de escassez é compreendida como algo natural da sociedade.

programáticas, já está concretizado na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional e no Estatuto da Criança e do Adolescente, pode ver sua garantia frustrada por esta alegação estatal? Seguindo este raciocínio, poderia o governo alegar ausência de recursos para, por exemplo, realizar eleições e recusar-se a efetuar esse processo democrático (ANDRADE 1998, p. 204)?

Esta questão deve ser discutida com bastante cuidado para que não se atenha unicamente a máximas como “se está na lei é para ser cumprido”. Pois como descreve Amaral (2001, p.184-185) em trabalho sobre as questões trágicas decididas pelo Judiciário na garantia do direito à saúde, a lei por si só, não importa seu nível hierárquico ou a obediência que lhes devam os governantes, não consegue remover a escassez de recursos. O autor julga inaceitável que esta questão seja resolvida por meio de uma “profissão de fé”, uma crença irreal na suficiência dos recursos para atender a todos.

A despeito de não se acreditar que o Judiciário sozinho tem capacidade de solucionar todos os problemas de acesso às políticas públicas de efetivação dos direitos sociais, é inadmissível que se aceite que a simples menção de um argumento doutrinário e/ou jurisprudencial como a escassez de recursos, possa servir de justificativa plausível para a não-realização de um direito assegurado constitucionalmente e demandado pela população. É claro que para se solucionar tal questão requer-se muito mais que decisões judiciais adequadas. Seriam necessários programas amplos de políticas públicas que assumam o compromisso de efetivação desses direitos. Como descreve Barroso (2001, p. 113), o problema está muito mais na ausência de políticas públicas comprometidas com a superação da pobreza do que com questões legislativas e jurídicas.

A realização dos direitos sociais pressupõe a atuação conjunta de vários atores sociais para que se tenha uma bem elaborada peça orçamentária, na qual todos possam influir na construção e execução das políticas públicas e fiscalizar como o Estado maneja os recursos públicos e ordena as prioridades para as despesas. É importante que se fortaleça a necessidade da presença da sociedade nesses processos de elaboração e controle da execução orçamentária. Os próprios órgãos estatais, como o Judiciário e Ministério Público, têm sua função nesses processos e podem/devem influir para que as prioridades dos cidadãos sejam contempladas. Contudo, é sabido que muitas vezes, pela sobrecarga desses órgãos e por uma cultura jurídica de inércia (a instituição só age quando provocada), essas funções não são exercidas a contento.

O que não se pode aceitar é que os argumentos de sobrecarga orçamentária e escassez de recursos tornem-se uma barreira intransponível para a realização desses direitos. Cléve (2003, p.28), preocupando-se com esta questão, aponta que, principalmente em relação ao mínimo existencial, a “reserva do possível” não pode ser compreendida como uma cláusula obstaculizadora, mas antes um preceito que imponha prudência e responsabilidade no campo da atividade judicial.

Canotilho (2004, p.100) defende que paira sobre a dogmática e teoria jurídica dos direitos econômicos, a carga metodológica²⁰⁶ da vaguides e indeterminação. Os juristas não sabem sobre o que estão falando quando abordam os complexos direitos econômicos, sociais e culturais. Jurista muitas vezes não tem elementos para saber quanto custa um ano do tratamento e nem o que poderia ser feito pela coletividade com o dinheiro que seria economizado caso o Estado seja desobrigado de oferecer o tratamento.

Na esteira dessas discussões, autores como Ricardo Lobo Torres (2001) e Robert Alexy (1993) defendem a existência de um patamar mínimo que poderia ser exigida a despeito da escassez de recursos. O chamado mínimo existencial, seria formado por condições mínimas que confeririam uma existência digna ao ser humano (tais como saúde, alimentação, educação e etc.). Esse mínimo existencial seria um claro limite à liberdade de conformação do legislador e ao mesmo tempo abriria caminho para a intervenção judicial. A questão é: onde está esse patamar mínimo? Como definir de forma clara o que é considerado condição existencial mínima? Negar, por exemplo, acesso ao ensino fundamental por falta de um sistema de transporte escolar compromete diretamente a dignidade do indivíduo? Defende-se o posicionamento que sim.

Motivado por esta falta de critérios em se estabelecer o que estaria dentro do chamado mínimo existencial, Amaral (2001b, p. 78) discorda da posição de Torres e Alexy a esse respeito e defende a inexistência de tal conceito. Valendo das lições de Holmes e Sunstein (1999), o autor destaca que nem mesmos os direitos entendidos como inseridos no conceito de mínimo existencial seriam absolutos e invioláveis, simplesmente porque não existem direitos com este condão. Nenhum direito cuja efetividade pressupõe um gasto dos valores arrecadados pode ser protegido de maneira unilateral pelo Judiciário sem considerações às conseqüências orçamentárias, pelas quais os outros dois poderes são responsáveis.

²⁰⁶ Chamada pelo autor de metodologia fuzzy.

Amaral (2001, p. 199) destaca ainda que é possível fornecer tratamento médico a uma dada pessoa, mas parece inadmissível o excesso de otimismo, a ingenuidade ou demagogia de se pretender assegurar a todas as pessoas o direito subjetivo ao tratamento de saúde ou o direito ao pleno emprego.

A polêmica sobre os termos em que o salário mínimo é assegurado constitucionalmente (art. 7º, IV da Constituição Federal/88)²⁰⁷ e a dificuldade do Estado em fixá-lo a contento é sempre usado como um exemplo de que os direitos sociais fixados na Constituição não têm a obrigatoriedade de serem implementados na íntegra. Sobre o assunto, Barroso (2001, p. 151) alerta que a Constituição, se não quisesse atribuir *status* de dever estatal ao direito à educação, não deveria ter usado a palavra direito. Da mesma forma no caso do salário mínimo, o autor entende que não se trata de norma programática mas de direito assegurado, que para infortúnio da maioria da população não é garantido. Numa futura reforma constitucional, deve ser observada essa diferença: o que é direito assegurado e o que é norma programática a ser implementada na medida do possível.

Segundo Alexy (1993, p.495), as demandas que estariam dentro do chamado mínimo existencial e que por isso teriam condições de requisitar o reconhecimento judicial, seriam os direitos sociais mínimos, como uma habitação simples, educação escolar, formação profissional e um nível mínimo de assistência médica.

Neste sentido, no caso de demandas de concretização desses direitos, não se mostrará lícito ao Poder Público, mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa, criar obstáculo artificial que revele o propósito de frustrar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da "reserva do possível" - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada pelo Estado com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais. Isso notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar prejuízo aos direitos constitucionais fundamentais.

²⁰⁷ Art.7º da Constituição. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...]

IV- salário mínimo fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;

Desses preceitos decorre a correta ponderação de Barcellos (2002, p. 245-246), que ao enfrentar a questão da limitação de recursos, preceitua que o intérprete e o magistrado devem levar em conta a questão da escassez ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente e fornecido pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade precípua do Estado ao obter recursos, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição. A meta central das Constituições modernas e da Carta de 1988 em particular, é a promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições mínimas de dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estabelecer-se-ia exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderia discutir em que outros projetos se deveria investir.

A cláusula de “reserva do possível” estabelece dois condicionamentos impostos ao processo de concretização dos direitos sociais. De um lado, a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. O mínimo existencial, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver tranquilamente com estas exigências. Isto porque as demandas contidas nesse patamar mínimo são mais do que “razoáveis”, sendo qualificadas muitas vezes como inegáveis e trágicas, ante o risco de vida que a omissão estatal acarreta²⁰⁸.

Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções a cargo dos governantes, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável, de modo a comprometer a eficácia dos direitos sociais e um conjunto de condições mínimas necessárias a uma existência digna, justificar-se-á a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário com a finalidade de viabilizar o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente negada pelo Estado (BARCELLOS, 2002, p.246).

A despeito de tais preocupações muitos autores entendem que não é função do Poder Judiciário garantir tais pretensões. Torres (2001, p.326) defende que os direitos sociais e econômicos não encontram no Poder Judiciário a sua

²⁰⁸ Este exemplo é perfeitamente visualizado na questão de demandas que o Estado pleiteie tratamentos de saúde não disponíveis em programas públicos já instalados.

garantia constitucional mais efetiva. Afirma que as reivindicações de tais direitos devem ser feitas ao legislativo que detém a competência de distribuição de bens diante da escassez de recursos.

Segundo Canotilho, (2001, p.373) essa perda de justiciabilidade sobre as questões de realização dos direitos fundamentais e a colocação dos direitos a prestações dentro da “reserva do possível”, devem ser compensadas por uma intensificação de participação democrática na política dos direitos fundamentais.

Para Amaral (2001, p. 208) não caberiam ao Poder Judiciário as decisões alocativas²⁰⁹ de questões trágicas do sistema de saúde (quem atender, quanto recurso disponibilizar). A este Poder seria atribuído o papel de controlar as condutas adotadas por aqueles que ocupam a função executiva ou legislativa. Ao avaliar a pretensão individual e a realidade fática e observar quais as razões para o Estado ter agido daquela forma, o Judiciário ponderaria o grau de essencialidade da pretensão²¹⁰ e o grau de excepcionalidade da situação concreta.²¹¹ A justificativa para a não-realização das prestações positivas, que são deveres estatais, será apenas a existência de circunstâncias concretas que impediriam o atendimento de todos os demandantes de prestações essenciais. Nesta situação haveria, segundo este autor, o espaço de escolha no qual o Estado estabeleceria critérios de alocação dos recursos e conseqüentemente de atendimento às demandas.

Sarlet (2004, p.288-289) apesar de admitir que os direitos sociais se encontram sob a “reserva do possível”, preceitua também que este argumento não pode prevalecer em todos os casos, em especial naqueles em que se encontra em jogo o direito à vida e o princípio da dignidade humana.

A título de exemplo:

Constitucional e processual civil. Mandado de Segurança. Dispensação de medicamentos excepcionais. Perecimento de objeto inócua. Fornecimento de medicamento indispensável a quem não os possa adquirir: dever do estado. I - liminar mandamental, seja de caráter cautelar ou antecipatório, destinada que é a fruição 'in natura' do direito vindicado, não revela satisfatividade jurídica, senão de fato. Por essa razão, seu deferimento não faz parecer o objeto da segurança. A satisfatividade de direito 'somente será obtida com o trânsito em julgado da sentença' ou acórdão (FIGUEIREDO, Lucia Valle. Mandado de Segurança. 3. ed. São

²⁰⁹ Este termo é utilizado para referir-se a decisões que escolhem para qual setor/demanda serão designados os recursos.

²¹⁰ Este grau de essencialidade está ligado ao mínimo existencial à dignidade da pessoa humana. Quão mais necessário for o bem para a manutenção de uma exigência digna maior será o grau de essencialidade. E quanto maior a essencialidade da prestação mais excepcional deverá ser a razão para que ela não seja atendida (AMARAL, 2001, p. 215).

²¹¹ No âmbito da Ação Civil Pública, por se tratar de um procedimento que pretenderia beneficiar de forma coletiva, o autor admite um maior controle social dos critérios e procedimentos de alocação dos recursos.

Paulo, Malheiros, 2000, p. 114). II - é direito de todos e dever do estado assegurar aos cidadãos a saúde, adotando políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doença e de outros agravos e permitindo o acesso universal e igualitário as ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (art. 6 e 196 da CF), conferindo prioridade absoluta a esse direito fundamental da criança e a ao adolescente, com precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública, para que lhe seja propiciado condição de existência digna (art. 227, cf, art. 4, parágrafo primeiro, 'b' e art. 7, ECA). Em obediência e tais princípios constitucionais, cumpre o Estado, através do seu órgão competente, fornecer medicamentos indispensáveis ao tratamento de pessoa em desenvolvimento validamente diagnosticada como carente pela providência, não servindo de escusas meros óbices procedimentais administrativos. Orientação reiterada na jurisprudência desta corte e dos tribunais superiores. III - Segurança concedida. (TJGO, 4ª Câmara Cível, Mandado de Segurança n.º 11747-5/101 - Goiânia, Processo: 200302629780, Rel. Des. Beatriz Figueiredo, em 18/03/2004.) [grifo nosso]

Agravo de Instrumento. Saúde. Assistência médica. Liminar em cautelar proposta contra o Município de Petrópolis. Preliminares de ilegitimidade passiva, de ilegalidade de antecipação da tutela contra o Poder Público, ainda de carência, posto que a autora não comprovou a hipossuficiência. Preliminares rejeitadas. A Constituição da República e a Lei 8.080/90 afirmaram a responsabilidade do Município, afastando a legitimidade do Estado do Rio de Janeiro para esta ação. Trata-se de obrigação de fazer que não impõe aplicação indevida de verba pública ou desvio orçamentário, mas torna eficaz norma constitucional, não se aplicando à hipótese a vedação da Lei n. 9.494/97. A declaração de hipossuficiência gera, em regra, presunção "iuris tantum" de veracidade, cabendo à parte contrária a prova de sua inexistência, sendo insuficiente mera alegação, sem suporte fático ou jurídico. Decisão que determina ao Poder Público fornecer medicamentos gratuitamente aos necessitados em razão de doença não ofende o princípio do orçamento. Supremacia da vida humana em detrimento de fato financeiro do Estado que existe para servir o cidadão e não para servir-se do mesmo. Toda e qualquer argumentação jurídica cede ante à função social do direito, que impõe ao julgador atentar para o fim social da norma jurídica ao aplicá-la. Portadores de doenças graves tem o direito de receber do Poder Público os medicamentos que não podem adquirir. Desprovisionamento do recurso. (TJRJ, 17ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento n.º 2000.002.05540, em 23/08/2000 Relator: Des. Luiz Carlos Guimarães) [grifo nosso]

Esta é também a posição defendida por este estudo. Na Constituição estão as mais importantes opções políticas estabelecidas pela comunidade. É preciso se tenha mecanismos para garantir de um lado, o mínimo respeito aos compromissos constitucionais e, de outro, assegurar os direitos sociais básicos que visem à defesa de uma vida digna e a igualdade de oportunidades.

Se estas bases não forem preservadas, em alguma medida perde-se a própria razão de ser do Estado e da Constituição. Como já dito, não se pretende defender que o Judiciário seja o órgão apto para formulação destas políticas públicas ou aquele que deve atuar como grande realizador desses direitos sociais. É claro que as medidas de realização desses direitos competem aos demais poderes. Não se pretende que o Judiciário controle a fundo as prioridades elencadas pelo Executivo e a motivação dos atos administrativos. O que se deve ter é um órgão que

atue como fiscalizador destas condutas e que observe se as mesmas estão de acordo com as diretrizes da Constituição e da legislação infraconstitucional.

Não se quer assegurar como direito absoluto toda e qualquer demanda por tratamento de saúde ou de um salário mínimo que o país não tem condições financeiras de estabelecer, por exemplo. O que se pretende é conceder ao Judiciário a permissão em apreciar, como colocado por Amaral (2001), as circunstâncias concretas que impedem o atendimento de demandas básicas como educação e saúde. Tais como: que anseios estão sendo atendidos em cada caso? Qual destinação está sendo dada ao dinheiro do contribuinte? Esta destinação está sendo feita de acordo com as diretrizes constitucionais? Os recursos poderiam ser alocados com mais justiça de outro modo?

Estas são as contribuições que o Judiciário está apto a oferecer, respeitando-se, é claro, os limites de cada procedimento. Muitas vezes um anseio identificado em uma Ação Civil Pública ou Mandado de Segurança não poderá ser atendido nos limites daqueles autos, mas podem motivar outras atuações, principalmente do Ministério Público (que dispõem muitas vezes de ferramentas mais amplas) para a consecução daquele direito.

É impensável que, em todos os julgados que se pleiteie por exemplo, a construção de uma creche, o Poder Judiciário acate o argumento da “reserva do possível” para alegar que é impossível que o Executivo viabilize tal medida. Como é possível acatar este argumento, ante o princípio da prioridade absoluta da criança e do adolescente? A cláusula da “reserva do possível” não pode se sobrepor a este princípio constitucional.

Assim, com a omissão do Executivo em implementar medidas para a efetivação do direito à educação, é lícito que o Judiciário possa interferir para exigir que, a despeito de alegações acerca da escassez de recursos, seja observado o princípio da prioridade absoluta. Desta maneira seria possível que o Judiciário determinasse a destinação de proventos para o atendimento daquela demanda que está inserida no mínimo existencial.

De todo o exposto, pode se extrair que o magistrado ao proferir sua decisão tem várias opções de atuação possíveis. Todas são juridicamente válidas e sustentáveis e refletem, conforme preceitua Calamandrei (1960, p.66), o sentimento do juiz como um homem que vive em sociedade e participa da dinâmica das aspirações econômicas e morais. Este autor clássico descreve apropriadamente que a sentença não é obra do intelecto ou da ciência jurídica, como se pretende. O

produto da análise judicial é fruto da criação prática, da vontade alimentada pela experiência social. Quando tenta solucionar um caso que lhe é apresentado, o juiz se guia por premissas de ordens gerais e toma a decisão do caso em seu interior, buscando apenas, posteriormente, o embasamento legal e doutrinário para seu intento.

Neste tópico pretendeu-se apresentar alguns dos argumentos utilizados nas decisões sobre a implementação de políticas públicas. Por vezes, visualiza-se que o magistrado opta por uma argumentação formalista, e justifica sua decisão com base em referências estritas à letra da lei ou em argumentos tradicionalistas clássicos (discricionariedade administrativa, princípio da separação de poderes, etc.), usados de forma abstrata e sem qualquer relativização. Essa opção algumas vezes é apontada pelos autores como geradora de efeitos funestos que agravam a situação de exclusão social brasileira (HALIS, 2004).

No caso do direito à educação, o posicionamento positivista e apegado à ritualística processual vai ao encontro dos anseios da sociedade. Se neste momento o juiz se apegasse ao princípio da prioridade absoluta e aos direitos sociais expressamente assegurados, bem como aos dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente, ter-se-ia uma atuação judicial muito mais próxima do que se deseja para pessoas necessitadas que se valem do aparato judicial.

O manejo de instrumentos processuais como a Ação Civil Pública, pode trazer importante contribuição para a efetivação dos direitos fundamentais, especialmente quando voltada para a implementação de políticas públicas necessárias para a realização progressiva dos direitos. É imprescindível, contudo, certa dose de prudência pois a sociedade brasileira, num quadro de escassez de recursos, reclama soluções urgentes em muitas áreas ao mesmo tempo (meio ambiente, direitos sociais, políticas de inclusão, infra-estruturas e etc.).

É sabido que não se pode resolver de uma vez um quadro de deterioração, mas é importante que cada órgão estatal possa, dentro de suas funções, contribuir para progressivamente, resolver aquilo que é proclamado pela Constituição (Cléve 2003, p. 25). O respeito ao princípio da prioridade absoluta, que é objeto do próximo tópico, é um passo fundamental na definição de critérios para a destinação destes recursos.

2.3 Garantia constitucional da prioridade absoluta da criança e do adolescente

O princípio constitucional da prioridade absoluta da criança e do adolescente é o último argumento judicial tratado neste estudo.

Optou-se por dedicar um tópico exclusivamente para este argumento, por entender necessário a explanação da Doutrina da Proteção Integral. Esta teoria foi introduzida no Brasil com o advento da Constituição e posteriormente com Estatuto da Criança e do Adolescente, na qual a garantia da prioridade absoluta é um dos princípios.

O Estatuto da Criança e do Adolescente está assentado em dois princípios constitucionais básicos: o da prioridade absoluta e da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento (CF, art. 227). Ambos visam garantir à criança ou adolescente a primazia, preferência ou precedência no atendimento de seus direitos básicos, ante a inequívoca urgência de suas necessidades.

Como mencionado em vários pontos do tópico 1.3 que trata do direito à educação, a Doutrina da Proteção Integral²¹², implementada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, inaugura uma nova visão, que veio se contrapor à Doutrina da Situação Irregular²¹³ adotada pelo Código de Menores²¹⁴.

A proteção integral trata-se de uma doutrina jurídica constituída por um conjunto de princípios e direitos para garantir à criança e ao adolescente um novo *status*, diferenciado daquele que, até o final dos anos 80, lhe era conferido internacional e nacionalmente. A condição de sujeito de direitos, que emerge a partir da nova posição doutrinária, significa que a criança e o adolescente já não poderão mais ser tratados como objetos passivos da intervenção da família, da sociedade e

²¹² Esta teoria é consagrada na Convenção internacional sobre os Direitos da Criança (1989). Esta expressa no art.1º do Estatuto da Criança e do Adolescente. “Esta lei dispõe sobre a proteção integral à criança.”

²¹³ Anteriormente a Doutrina do Direito Penal do Menor, concentradas nos códigos de 1830 e 1890, preocupou-se com a delinqüência e buscou imputar a responsabilidade ao menor em função de seu entendimento quanto à prática de um ato criminoso.

A doutrina Jurídica da situação irregular, constante do Código de Menores de 1979, tinha como principal característica o fato de se preocupar com categorias de “menores”: o menor abandonado (privado de condições essenciais para sua subsistência), o menor vítima de maus-tratos, em perigo moral e o adolescente em desvio de conduta e/ou autor de ato infracional. O próprio termo “menor”, a despeito de ainda ser usados por alguns operadores jurídicos carrega um teor pejorativo de um “menor” marginalizado e delinqüente. Tratava-se de uma política assistencialista fundada na proteção do “menor” abandonado ou infrator. A doutrina da proteção integral rompe com essa mentalidade e adota a proteção integral para todas as crianças e adolescentes. Para um tratamento adequado sobre as diferenças entre estas doutrinas reconhecidas na prática das instituições de atendimento consulte Sêda (1991, p.99).

²¹⁴ A despeito de sua importância não será feito uma incursão histórica da proteção jurídica oferecida as crianças e adolescentes. Tal intento foge aos objetivos desse estudo, para tanto vide Veronese (1999), Priore (1995) e Méndez (1998)

do Estado. Da condição de menores, objeto de compaixão e/ou repressão passam à condição de sujeitos plenos de direitos²¹⁵ (MÉNDEZ, 1998, p. 91).

Esta forma de proteção integral assegura a todas as crianças e adolescentes a garantia aos direitos fundamentais, sem discriminação de qualquer tipo. Esses direitos fundamentais são os mesmos de qualquer pessoa humana, tais como à vida, saúde, liberdade, dignidade, educação e etc.

Esta teoria é uma mudança de paradigma trazida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Este processo dinâmico se realizou com a participação de vários segmentos da sociedade que visaram também profundas redefinições na gestão e no método de implementação dos direitos da criança, na perspectiva da descentralização político-administrativa e da municipalização. A proteção, com prioridade absoluta não é mais obrigação exclusiva da família e do Estado: é um dever social (Pereira, 2000, p. 14).

Segundo Veronese (2006, p. 10), a doutrina da proteção integral implica em: a) admitir-se a infância e a adolescência como prioridade imediata e absoluta, de forma que a sua proteção sobrepor-se-á a quaisquer outras medidas; b) compreender o princípio do melhor interesse da criança como algo concreto, ressaltando o papel da comunidade, da família e do poder público na sua concretização; c) reconhecer a família como ambiente natural para o crescimento e bem-estar de seus membros

Nesse sentido, um dos principais fundamentos da Doutrina da Proteção Integral é o princípio do melhor interesse da criança²¹⁶. Conforme este princípio, quando houver um conflito entre interesses da criança e de outras pessoas ou instituições, os primeiros devem prevalecer.

A base axiológica do Direito da Criança e do Adolescente é formada pela tríade: dignidade, respeito e liberdade. Esses três valores podem ser considerados o cerne da Doutrina da Proteção Integral²¹⁷.

²¹⁵ Esta expressão é apontada pelo autor como sendo de Antônio Carlos Gomes da Costa sem outras referências.

²¹⁶ Pereira (2000, p.4) aponta como origem deste princípio o instituto inglês *parens patriae* que prescrevia que o bem-estar da criança deveria se sobrepor aos direitos de cada um dos pais. É recepcionado pela jurisprudência norte-americana em 1813, o caso *Commonwealth x Addicks*, no qual a Corte da Pensilvânia afirma a prioridade do interesse de uma criança em detrimento dos interesses de seus pais.

²¹⁷ Para uma abordagem mais aprofundada sobre esta base axiológica do Direito da Criança e do Adolescente, vide Lima (2001). Em excelente tese de doutorado o autor parte de uma abordagem que pressupõe a prévia compreensão do Direito da Criança e do Adolescente como um ordenamento duplamente sistemático - é um sistema de princípios e regras, enfaticamente principiológico e um sistema de Direitos Fundamentais. Ao final o autor faz uma sistematização dos princípios que estão inseridos no Direito da criança e do adolescente.

De forma inédita na legislação brasileira, o Constituinte de 1988 fez inserir, no art. 227, o chamado princípio da prioridade absoluta, quando determina ser dever da família, da sociedade e do Estado, assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Este comando constitucional atende às exigências da Declaração Universal dos Direitos da Criança (1959)²¹⁸ e da Convenção sobre os direitos da criança (1989)²¹⁹ na qual o Brasil é signatário.

A fim de que não pairasse qualquer dúvida quanto à aplicabilidade deste preceito constitucional (que alguns ainda insistem de taxar de meramente programático), a mesma determinação veio reiterada e esmiuçada no Estatuto da Criança e do Adolescente. Reza o art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente :

É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo Único - A garantia de prioridade compreende: a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
b) precedência do atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude
[grifo nosso].

Como se o dispositivo não fosse suficientemente explicativo, o art. 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente traça ainda os rumos da interpretação a ser empregada por seu aplicador. Este deve respeitar os seguintes fins sociais: as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos e a condição peculiar da criança e do adolescente de pessoas em desenvolvimento.

²¹⁸ Princípio I da Declaração Universal dos Direitos das Crianças - UNICEF (1959): A criança desfrutará de todos os direitos enunciados nesta Declaração. Estes direitos serão outorgados a todas as crianças, sem qualquer exceção, distinção ou discriminação por motivos de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de outra natureza, nacionalidade ou origem social, posição econômica, nascimento ou outra condição, seja inerente à própria criança ou à sua família.

Princípio VIII- A criança deve - em todas as circunstâncias - figurar entre os primeiros a receber proteção e auxílio.

²¹⁹ A Convenção sobre os direitos da criança (1989) estabelece:

Artigo 3

1. Em todas as medidas relativas às crianças, tomadas por instituições de bem estar social públicas ou privadas, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, terão consideração primordial os interesses superiores da criança.

A prioridade absoluta e proteção especial decorrente da Doutrina da Proteção Integral devem figurar entre as premissas fundamentais dos governantes. Esta exigência constitucional demonstra o reconhecimento de uma necessidade de se cuidar de modo especial de pessoas, que por sua fragilidade natural decorrente de sua fase desenvolvimento, correm mais riscos.

Infelizmente as políticas públicas destinadas às crianças e os adolescentes não vêm recebendo tal prioridade no orçamento público. Somente para exemplificar, cada um dos 58.244.212²²⁰ crianças e adolescentes brasileiros recebeu cerca de R\$ 1,41 por dia, em 2005. Esta quantia irrisória mal possibilita a compra de pão e leite, muito menos suprir as demandas com educação, saúde e garantia de direitos.

Esses direitos devem ser assegurados, por todos os meios, com absoluta prioridade, conforme preceitua os dispositivos acima citados. Esta prioridade deveria estabelecer que, por exemplo, na área administrativa enquanto não existirem creches, escolas, postos de saúde, e outras condições que garantam os direitos da criança, não se deveriam asfaltar ruas, construir praças, sambódromos, monumentos artísticos e etc²²¹. (LIBERATI, 2004a, p.19)

Essa prioridade absoluta deveria refletir, ainda, na atuação dos órgãos do Sistema de Justiça e na destinação privilegiada dos recursos públicos²²². Assim,

²²⁰ Dados do Censo 2000, do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. Retirado do Boletim Orçamento & Política da Criança e do Adolescente: uma publicação do INESC- Instituto de Estudos Socioeconômicos. Ano VII • nº 21 • julho de 2006. Disponível em: < <http://www.inesc.org.br/pt/index.php>> Acesso em: 05 jun 2006.

²²¹ Merece destaque liminar concedida, pelo Juiz de Direito Alexandre Morais da Rosa, titular da Vara da Infância e da Juventude da Comarca de Joinville/SC nos autos de Ação Civil pública nº 038.03.008229-0, patrocinada pelo Promotor de Justiça da Infância e Juventude daquela Comarca – Dr. Francisco de Paula Fernandes Neto, em 12 de maio de 2003. A decisão determinou que a Prefeitura local providenciasse, em 45 dias, vagas para 2.948 crianças de zero a seis anos, que se encontram fora da escola. O descumprimento da ordem, implicaria na imposição de multa mensal de um salário mínimo por criança sem escola no município. Em seu despacho, o Magistrado afirma não entender como a Prefeitura pode investir somas elevadas em projetos especiais – citando o Teatro Bolshói e a recém lançada campanha para construção de um novo estádio de futebol – enquanto direitos básicos são deixados em segundo plano. “O administrador público pode escolher suas prioridades discricionariamente somente depois de cumprir com o básico; enquanto não fizer, vedada se mostra a destinação de recursos para finalidades fomentadoras da iniciativa privada. E isso não precisava nem ser dito !”, escreveu o Juiz Alexandre em seu despacho liminar. Infelizmente tal decisão foi cassada mediante decisão em Agravo de Instrumento n.º 03.010276-0, proferida em 01/06/2004, Rel. Des. Francisco Oliveira Filho.

²²² Importante não perder de vista o disposto em Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude - Regras de Beijing (Recomendadas no 7.º Congresso das Nações Unidas sobre prevenção de delito e tratamento do delinqüente, realizado em Milão em 26.08 a 06.09.85 e adotada pela Assembléia Geral em 29.11.85). Este tratado, que o Brasil é signatário, determina, entre seus princípios e regras, que a Justiça da Infância e Juventude será concebida como parte integrante do processo de desenvolvimento nacional de cada país e deverá ser administrada para todos os jovens de forma a contribuir ao mesmo tempo para sua proteção e para a manutenção da paz e da ordem na sociedade .

num primeiro plano, deve se compreender que o Estatuto instituiu um Sistema de garantias de Direitos da Infância e Juventude, criando uma rede de atores integrados (Família, Escola, Conselho Tutelar, Conselhos de Direitos, Ministério Público, Poder Judiciário e sociedade de uma forma geral) que devem atuar em conjunto para viabilizar os direitos das crianças e adolescentes (KONZEN, 2000, p. 187). Tal sistema legitima por si só a atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário na defesa do direito à educação.

Num outro plano, a respeito da destinação privilegiada dos recursos públicos (art.4º, § único, alínea "d" do ECA), é importante ter claro que não faz parte da discricionariedade administrativa decidir se dará ou não apoio prioritário às crianças e aos adolescentes. A primazia da proteção à infância e à juventude é um mandamento constitucional, não estando ao alvedrio de cada governante obedecer ou não.

Senão houvesse nenhum outro dispositivo sobre educação, apenas quando se diz que a criança terá precedência de atendimento nos serviços públicos e preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas, já se estaria garantindo acesso à educação.

Neste sentido, a desculpa de "falta de verba" para a criação e manutenção de serviços afetos à infância e à juventude é incompatível com a redação das alíneas "c" e "d" do art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente supracitado.

Para tanto, os responsáveis pelo órgão público questionado deverão comprovar que, na destinação dos recursos disponíveis, ainda que escassos, foi observada a prioridade exigida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. A não-observância dessa garantia por parte do Poder Público poderá ser impugnada e os atos administrativos anulados via mandado de segurança, ação popular ou ação civil pública. Posteriormente poderia se apurar, ainda, a responsabilidade civil e criminal do ordenador das despesas. (LIBERATI, 2004a, p.141)

A prioridade absoluta, enquanto princípio-garantia constitucional, vem sendo reconhecida em alguns julgados brasileiros.

Do estudo atento desses dispositivos legais e constitucionais, deduz-se que não é facultado à Administração alegar falta de recursos orçamentários para a construção dos estabelecimentos aludidos, uma vez que a Lei Maior exige prioridade absoluta - art. 227 - e determina a inclusão de recursos no orçamento. Se, de fato, não os há, é porque houve desobediência, consciente ou não, pouco importa, aos dispositivos constitucionais precitados encabeçados pelo parágrafo sétimo do art. 227. (TJDF, Apelação Cível nº 6292, de, acórdão número 63.835, Rel. Des. Luiz Claudio Abreu, em 16.04.93.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul já reconheceu que “a exigência de absoluta prioridade não deve ter conteúdo meramente retórico, mas se confunde com uma regra direcionada, especificamente, ao Administrador Público”. Segue a ementa completa:

Ação civil pública. Adolescente infrator. Art-227, caput, da Constituição federal. Obrigação de o Estado-membro instalar e manter programas de internação e semiliberdade para adolescentes infratores. 1. descabimento de denúncia da lide a União e ao município. 2. Obrigação de o estado-membro instalar (fazer obras necessárias) e manter programas de internação e semiliberdade para adolescentes infratores, para o que deve incluir a respectiva verba orçamentária. sentença que corretamente condenou o estado a assim agir, sob pena de multa diária, em ação civil publica proposta pelo ministério publico. norma constitucional expressa sobre a matéria e de linguagem por demais clara e forte, a afastar a alegação estatal de que o Judiciário estaria invadindo critérios administrativos de conveniência e oportunidade e ferindo regras orçamentárias. valores hierarquizados em nível elevadíssimo, aqueles atinentes a vida e a vida digna dos menores. discricionariedade, conveniência e oportunidade não permitem ao administrador se afaste dos parâmetros principiológicos e normativos da Constituição Federal e de todo o sistema legal. 3. provimento em parte, para aumentar o prazo de conclusão das obras e programas e para reduzir a multa diária. (TJRS, Apelação Cível 596017897 - Santo Angelo, 7ª Câmara Cível, Rel. Des. Sérgio Gischkow Pereira, em 12/03/1997). [grifo nosso]

Em julgado mais recente:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO PROPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA GARANTIR MEDIDA DE PROTEÇÃO À CRIANÇA - ESCOLA RURAL - DIFICULDADE DE ACESSO - ÔNIBUS ESCOLAR SEM ROTA NO SÍTIO ONDE RESIDE O MENOR - DEVER DO MUNICÍPIO - DIREITO À EDUCAÇÃO - SENTENÇA QUE IMPÕE AO MUNICÍPIO O DEVER DE PROPICIAR MEIOS AO MENOR PARA ACESSO À ESCOLA - POSSIBILIDADE - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO PODER PÚBLICO EM GARANTIR EFETIVIDADE À PRIORIDADE ABSOLUTA DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NAS POLÍTICAS GOVERNAMENTAIS. A sentença do Juiz que determina ao Município que propicie meios para o menor ter acesso à escola, em momento algum extrapola a competência do Judiciário ou interfere no princípio da independência dos Poderes, mas tão-somente aplica o estatuído na Lei nº 8.069/90 (ECA), mais precisamente em seu art. 4º, que impõe ao Poder Público a responsabilidade solidária de assegurar com absoluta prioridade a efetivação dos direitos da criança e do adolescente.(TJMT, 2ª Câmara Cível, Apelação Cível n.º 29420/2005 - Juína, Rel. Des. José Zuquim Nogueira, em 21.06.06).[grifo nosso]

Assim, é preciso reconhecer que o princípio da prioridade absoluta é um fator a limitar o campo de atuação discricionária do administrador público. Este deveria ser mais um argumento considerado na análise os processos julgados nesta seara. Pensar de outra maneira, é converter o art. 227 e o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente em meras cartas de intenções.

Esta prioridade deve se refletir, não apenas em decisões judiciais, mas numa atuação do Ministério Público e do Judiciário na elaboração da lei orçamentária. Desta forma se garantiria que os recursos existentes fossem aplicados respeitando os mandamentos constitucionais. O acompanhamento da confecção dessas leis e da execução das políticas públicas parece indispensável para a melhoria - sob todos os aspectos - das condições de vida das crianças e adolescentes brasileiros.

Este capítulo foi destinado, primeiramente, a análise da natureza jurídica do direito à educação. Uma compreensão material ampla deste direito é imprescindível para as ações adotadas para sua implementação. A forma que se compreende este direito irá refletir numa visão do papel do Estado na implementação dos direitos sociais, num entendimento acerca da função do Poder Judiciário e do Ministério Público e numa compreensão do alcance dos efeitos das normas constitucionais.

Em seguida este capítulo procurou traçar um apanhado dos argumentos judiciais utilizados nas decisões referentes ao direito à educação. Todas estas construções doutrinárias/ jurisprudenciais foram analisadas de forma teórica e valendo-se de julgados de vários tribunais do país. Com todo o exposto, visualizar-se-á no próximo capítulo como a questão da garantia a educação básica vêm sendo tratada pelo Ministério Público e Poder Judiciário no Estado de Santa Catarina, especificamente a comarca de Florianópolis.

CAP.3. RETRATO DO SISTEMA DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À EDUCAÇÃO BÁSICA

Ante toda a construção teórica supramencionada, é possível observar as dificuldades que o cidadão enfrenta em valer-se das instituições judiciais para a realização dos direitos sociais postos na Constituição. Pergunta-se: qual é o papel das instituições estatais na tentativa de realização desses direitos? É possível a realização desses direitos, fruto de anseios e conquistas de diferentes movimentos sociais, dentro de uma estrutura burocrática e comprometida com interesses das classes dominantes?

Na tentativa de encontrar algum tipo de resposta a essas inquietações pretendeu-se verificar como vêm se processando as demandas por direito à educação básica nas Promotorias da Infância e da Juventude de Florianópolis, na Vara da Infância e Juventude de Florianópolis e no Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

É freqüente, na doutrina jurídica e nos meios de comunicação²²³, o discurso sobre a inefetividade e lentidão do Poder Judiciário. Contudo, conforme já demonstrado quando se pretende analisar não apenas o Poder Judiciário, mas um conjunto de instituições que atuam em uma área específica – no caso a defesa dos direitos da criança e do adolescente – muitas vezes encontra-se alguns julgados e/ou termos de ajustamento de conduta produzidos pelo Ministério Público que efetivamente, naquele caso concreto, produziu a realização daquele direito²²⁴.

Talvez por lidarem com questões tão urgentes e de inegável necessidade, com certa freqüência encontram-se julgados que determinam a efetivação desses direitos. Apesar de não se poder discordar da existência de uma crise do Poder Judiciário e da ordem jurídica estatal, esses julgados instigaram a realização da presente pesquisa na tentativa de aferir se o Judiciário e o Ministério Público têm contribuído para a garantia desses direitos.

Faria (1998b, p.95), ao discorrer sobre a dificuldade de realização dos direitos sociais, declara que apesar da boa vontade de alguns operadores jurídicos, sempre hesitantes em questionar o tabu dos procedimentos formais de natureza

²²³ Para um estudo detalhado sobre essa campanha de desprestígio do Poder Judiciário e os interesses que estão resguardados por esta atuação vide Maccalóz (2002).

²²⁴ É importante ressaltar o reconhecimento de que a simples decisão a favor da realização do direito, por exemplo a abertura de vagas em escola, não produz automaticamente a eficácia desse direito na vida social, mas o provimento judicial tem sido muitas vezes o primeiro passo para a realização desses direitos.

individualista, os avanços não têm sido significativos – pelo menos não há pesquisas empíricas reveladoras disso²²⁵.

A presente pesquisa, apesar de não atender todas as expectativas do autor supracitado, pretende oferecer dados da efetivação do direito social à educação em Florianópolis. Este é outro ponto que precisa ser abordado e que motiva a realização deste trabalho.

A pesquisa empírica que para alguns pesquisadores, principalmente na área do Direito, pode ser vista como um trabalho de menor valor e/ou de difícil realização, é muito relevante para este estudo. Para responder aos objetivos deste estudo, realizou-se uma pesquisa em fontes primárias, no caso decisões judiciais e documentos em geral produzidos pelos órgãos analisados, na tentativa de se produzir dados atualizados acerca da atuação desses órgãos na temática proposta.

Sobre a concepção de fontes primárias utilizadas, Oliveira (2001, p. 34) explica que na pesquisa jurídica pode se valer de documentação direta e indireta. A documentação indireta é composta de fontes primárias, que podem ser consultadas em arquivos públicos, particulares, dados estatísticos e fontes orais. As fontes secundárias encontram-se em livros, trabalhos acadêmicos em geral, nos quais a documentação já tenha sido trabalhada pelo pesquisador. A documentação direta é produzida pela pesquisa de campo, por meio de entrevistas, questionários e formulários.

Nesse sentido, uma pesquisa em fontes primárias é aquela que se vale de um documento que traz uma informação sobre algum fato ou acontecimento. No presente estudo utilizou-se da documentação direta e indireta. Primeiramente realizou-se uma pesquisa empírica nos órgãos analisados e posteriormente efetuou-se o cruzamento dessas informações encontradas nas decisões judiciais com a doutrina produzida sobre o assunto.

A pesquisa empírica, chamada por Mezzaroba e Monteiro (2003, p.113) de pesquisa prática, busca uma aproximação do direito com a realidade social, analisando principalmente os fatos sociais, econômicos, culturais e jurídicos. A pesquisa prática tem como característica essencial sua experimentalidade, mas nem

²²⁵ Uma pesquisa realizada por Castro (1997, p. 152), em julgados do Supremo Tribunal Federal, indica que este tribunal superior em sua atuação tem julgado contrariamente à prevalência das iniciativas do poder público, o que inclui a implementação de políticas públicas, em detrimento de interesses privados. Amaral (2001b) também realizou pesquisas em julgados na área do direito à saúde no TJSP mas seus resultados foram apresentados em pequenos enxertos de julgados priorizando exemplos de como a atuação do Poder Judiciário deveria se dar.

por isso dispensa os referenciais teóricos para a execução e interpretação dos dados.

Demo (1991, p. 23) observa que o cientista, em sua tarefa de descobrir e criar, necessita, num primeiro momento, questionar. Esse questionamento é o que permitiria ultrapassar a simples descoberta para, através da criatividade, produzir conhecimentos. Para muitos pesquisadores, o trabalho de campo fica restrito ao levantamento e à discussão da produção bibliográfica existente sobre o tema de seu interesse. Esse esforço é importante em qualquer pesquisa e visa criar novas questões num processo de incorporação e superação daquilo que já se encontra produzido. Mas é preciso que se vá além disso.

Nesse sentido, o trabalho em questão versa sobre a atuação do Ministério Público e do Judiciário na área da Infância e da Juventude, mas não apenas de forma teórica. É claro que se utiliza da bibliografia já existente sobre o assunto, mas as discussões são aproximadas da realidade de Florianópolis. Mediante a utilização de dados empíricos, pretende-se contribuir para uma nova perspectiva sobre as discussões da crise do Sistema de Justiça de uma forma geral, oferecendo originalidade ao trabalho.

Há diversos estudos teóricos sobre a crise do Poder Judiciário e dos órgãos ligados ao sistema de Justiça, mas são poucos os estudos que se dispõem a demonstrar as reais condições de atuação desses órgãos estatais. O Poder Judiciário tem uma imagem nos meios de comunicação de uma instituição corrupta, morosa e comprometida com a classe dominante, mas não há uma dedicação da comunidade acadêmica na compreensão de como vem se dando o papel dessa instituição e do Ministério Público na garantia desses direitos constitucionalmente assegurados.²²⁶

Nesse sentido, este estudo também guarda uma preocupação acerca da qualidade da pesquisa jurídica que vêm se produzindo no país. Pretende-se trazer alguma contribuição à metodologia da pesquisa aplicada ao Direito e à qualidade da pesquisa jurídica. É comum que o estudante de Direito, e os pesquisadores na área jurídica de uma forma geral, utilizem, em sua maioria, de fontes de fácil acesso, se concentrando na legislação, jurisprudência e na bibliografia. O que ocorre, é que muitos trabalhos se tornam um compêndio de citações, a repetição da repetição. Colaço, (2004, p.1) aponta:

²²⁶ Para uma amostra de trabalhos sobre o assunto vide Vianna (1997), Sadek (2001), Vianna e Burgos (2005), Pinheiro (2000) e (2003).

Também apresentam-se trabalhos em que mesmo utilizando autores consagrados que tratam do assunto, não há uma harmonia, tampouco uma coerência, e fica evidente a costura das citações sem o mínimo cuidado no acabamento, aparecendo os remendos mal arrematados. No entanto, o que há de comum na maioria das pesquisas jurídicas em que tivemos a oportunidade de ler é que os próprios autores da pesquisa, escondem-se atrás dos outros autores consultados e muitas vezes não fica claro a sua opinião sobre o tema, nem na própria conclusão.
(COLAÇO, 2004, p.1)

Tal quadro retrata a realidade de uma pesquisa científica muitas vezes cômoda e pouco original, na qual os objetivos são analisados de forma unicamente teórica e desvinculados da realidade social. O estudo é também uma forma de demonstrar que a pesquisa jurídica pode valer-se de procedimentos empíricos de pesquisa e experimentar novas formas de se pesquisar o direito.

Não se pretende defender que toda a pesquisa teórica não tem seu valor. Muitas vezes através de construções teóricas de qualidade e voltadas para uma realidade social específica pode-se ter o vislumbamento de saídas mais justas para alguns problemas. Ocorre que, em determinados temas e objetivos de pesquisa um trabalho empírico se mostra necessário e enriquecedor. Já é tempo da pesquisa em Direito superar a discussão de questões teóricas estéreis e se valer de outros métodos de pesquisa no intuito de observar como determinado fenômeno jurídico se concretiza na prática. Este estudo pretende contribuir para a discussão de uma pesquisa do Direito nesta perspectiva.

Nesse sentido, partindo-se da idéia de que instituições como o Poder Judiciário e o Ministério Público podem ser instrumentos de efetivação do direito à educação básica pretendeu-se, com o estudo de julgados e outros documentos produzidos pelas instituições analisadas sobre esta temática, verificar como vêm se desenvolvendo a atuação dessas instituições na efetivação desse direito, no período de 2000-2005.

3.1 Metodologia utilizada

3.1.1 Método de Abordagem

O método dedutivo foi utilizado como forma de abordagem. O tema proposto foi analisado a partir de teorias já formuladas sobre o papel de dois órgãos do sistema de Justiça na efetivação do direito à educação, aplicando-se a teoria à

análise dos documentos produzidos por estes órgãos no que tange ao direito à educação básica (acesso e permanência na escola).

A partir da análise das fontes primárias (decisões judiciais da Vara da Infância e da Juventude de Florianópolis, acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina e termos de ajustamento de conduta, inquéritos civis e outros procedimentos da Promotoria de Justiça da Infância e Juventude da Comarca de Florianópolis), procurou-se inquirir se é possível afirmar que há uma insuficiência destes órgãos no cumprimento de seu papel na efetivação do direito à educação. Esse sistema de Justiça tem sido eficaz na efetivação do direito a educação? A fim de responder essas perguntas, realizou-se a pesquisa de campo a seguir delineada.

3.1.2 Método de Procedimento e Técnicas de Pesquisa

O método de procedimento foi a pesquisa em fontes primárias (decisões judiciais, termos de ajustamento de conduta, e outros documentos fotocopiados ou em mídia eletrônica, que envolvam a temática analisada) e secundárias (bibliografia sobre o tema proposto).

Os dados a serem analisados neste trabalho foram recolhidos da seguinte forma: a primeira e mais importante delimitação para incluir uma decisão no banco de dados foi sobre a temática discutida no documento. Só foram analisados documentos que versam sobre questões atinentes ao problema da efetivação do direito à educação básica. Foi recolhido então, todo acórdão/decisão no qual a parte ou o Ministério Público pleiteou que o Poder Público adotasse providências para garantir o acesso e permanência na escola (mensalidades escolares, transporte escolar, acesso a vagas, atendimento em creche, retenção de documentos por inadimplência, reforma na escola, merenda escolar, e outros)

Dentro desta delimitação temática, não houve uma preocupação em diferenciar os casos em que se tratavam de direitos individuais, difusos e coletivos²²⁷. Assim a decisão foi inserida no banco de dados quando se tratava do

²²⁷ O conceito de interesse coletivo e difuso, foram definidos no art. 81, § único II da Lei 8078/90 (Código de Defesa do Consumidor) que afirma que:

Art. 81 da Lei 8078/90 (Código de Defesa do Consumidor)

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de :

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

direito à educação de uma única criança ou quando se referia a uma demanda coletiva por este direito.

Não foi feita nenhuma restrição acerca do tipo de processo que a decisão era originária (Ação Civil Pública, Mandado de Segurança, ou outra). Enfatizou-se a temática tratada na decisão (ou no documento de uma forma geral) para incluí-la ou excluí-la do estudo.

Não se distinguiu também documentos que tratavam de acesso e permanência na escola pública ou particular. Apesar de se ter conhecimento que a maioria das situações trabalhadas se deu em escolas públicas (falta de vagas, transporte escolar e outros) não se pretendeu excluir da análise os documentos referentes à escola particular (aumento das mensalidades escolares, retenção de documentos por inadimplência, e outros).

Outra delimitação importante realizou-se de acordo com a data em que a decisão ou qualquer outro documento foi produzido. Só foram analisados documentos produzidos no período de 2000 a 2005. Acredita-se que com cinco anos de abrangência é possível ter um número de decisões que demonstrem o quadro analisado. Vale ressaltar que o Estatuto da Criança e do Adolescente data de 1990 e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional foi publicada em 1996, o que interferiria na análise de julgados anteriores a estes anos. Além disso a facilidade de acesso a julgados mais novos foi considerada, pois não é objetivo deste estudo realizar um estudo histórico da garantia desses direitos.

Este trabalho não tem uma pretensão de abranger estatisticamente todas as decisões proferidas nessa matéria, dentro deste período, mas de recolher o maior número de decisões possíveis que possam responder como o Ministério Público e o Judiciário contribuem para a efetivação do direito à educação básica.

Segundo Barbeta (2002, p. 25) população alvo é o conjunto de elementos que se quer abranger no estudo. São os elementos para os quais se deseja que as conclusões oriundas da pesquisa sejam válidas. A população alvo neste estudo seria os documentos produzidos sobre direito à educação básica²²⁸. Quando essa

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

Para um aprofundamento desta matéria na seara do direito da criança e do adolescente veja Veronese e Silva (1998, p. 124)

²²⁸ Alves-mazzoti e Gewandsznajder (1998) remontam ainda a noção de unidade de análise que é a forma pela qual se organizam os dados para efeito de análise. É preciso decidir se será trabalhado com uma organização como um todo ou se serão analisados separadamente grupos de uma

população é muita grande, torna-se interessante a realização de uma amostragem, ou seja, a seleção de uma parte da população para ser observada²²⁹.

Para a seleção de uma amostra aleatória, que garanta a fidedignidade dos dados, é necessária uma lista completa dos elementos da população. Este tipo de amostragem consiste em selecionar a amostra através de um sorteio sem restrição. Assim, por exemplo, se um pesquisador quisesse estudar algumas características dos funcionários de uma certa empresa é possível que se extraísse uma amostra de trabalhadores para serem analisados, na forma de um sorteio entre todos os funcionários. Tal pesquisa, feita de forma correta, possibilitaria que fosse elaborada, com base na amostra analisada, uma estimativa dos parâmetros²³⁰ que fossem válidos para todos os empregados.

Como não há uma lista, ou um banco de dados confiável, que contenha todas as decisões/documentos produzidos pelo Judiciário e pelo Ministério Público sobre a defesa do direito à educação, foi necessário abranger vários locais de pesquisa para que se pudesse ter um conjunto de dados representativos. Por estes motivos não se trabalhará com uma amostra de dados, mas sim com todos os elementos encontrados que atendam aos requisitos aqui delineados.

Na verdade o que se pretende, em alguma medida, é um **censo**. Segundo Vieira, (1988, p.18), um censo é realizado quando se busca coletar informações de todos os elementos da população. O que se intenta é pesquisar toda a população objeto do estudo, qual seja, decisões proferidas no período de 2000 a 2005 que tratem sobre direito à educação. Mas é claro que, pelos próprios limites metodológicos de toda pesquisa, também não se pode afirmar que efetivamente todas as decisões foram alcançadas pelo estudo. É importante destacar que envidaram-se esforços para que isso acontecesse.

organização. A unidade de análise do nosso trabalho será cada processo encontrado, ou cada decisão demonstrativa de um auto processual.

²²⁹ Para um leigo em estatística é surpreendente como uma amostra de 3.000 eleitores forneça um perfil bastante preciso sobre a preferência de todo o eleitorado na véspera de uma eleição presidencial. Mas isto só é verdade se esta amostra for extraída sob um rigoroso plano de amostragem. Este tipo de pesquisa é chamado levantamento por amostragem. Nesse sentido, a seleção dos elementos que serão efetivamente observados deve ser feita sob uma metodologia adequada, que permita que os resultados da amostra sejam informativos para avaliar características de toda a população.

²³⁰ Parâmetros são características específicas dos elementos da população. Os valores calculados, a partir dos dados da amostra, com o objetivo de avaliar parâmetros desconhecidos são chamados estimativas desses parâmetros. Numa pesquisa eleitoral por exemplo a percentagens de cada candidatos divulgadas antes da eleição são na verdade estimativas. (BARBETTA, 2002, p. 41-43)

Por todas estas limitações já apresentadas as inferências²³¹ que podem ser feitas acerca dos documentos analisados também têm suas restrições. O trabalho é útil para traçar um panorama de como o Ministério Público e o Poder Judiciário vêm atuando na área da Infância e Juventude em Florianópolis na defesa do direito à educação básica. Mas não se pretende dizer que os todos os Sistemas de Justiça funcionam da mesma forma em todo o país. O mérito da pesquisa é promover tal levantamento e vislumbrar soluções para o aperfeiçoamento das iniciativas de efetivação do direito à educação, mas é preciso reconhecer os seus limites. Uma pesquisa que pudesse generalizar seus dados para todo o Brasil demandaria, além de uma grande equipe de pesquisa, uma metodologia complexa que vai além dos limites de uma dissertação.

Feitas estas ressalvas, a pesquisa dos documentos realizou-se em quatro lugares²³²:

1) O Centro de Apoio Operacional da Infância e Juventude (CIJ), órgão auxiliar do Ministério Público Estadual para acompanhar e executar ações voltadas à proteção dos interesses de crianças e adolescentes, de forma a servir de suporte ao trabalho dos Promotores de Justiça com atribuição na área em todo o Estado.

O CIJ está previsto no art. 33 da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993) e no art. 8º, inciso II, da Lei Orgânica do Ministério Público de Santa Catarina (Lei Complementar Estadual nº 197, de 13 de julho de 2000). Foi instituído pelo Ato nº 048/MP/2003 da Procuradoria Geral de Justiça do Estado de Santa Catarina e concentra hoje em seu banco de dados (mídia eletrônica e arquivos impressos) uma série de decisões desta temática, reunidas para facilitar o trabalho dos promotores de todo o Estado.

Neste local iniciou-se a pesquisa de decisões de primeira e segunda instância disponíveis no acervo. Para evitar a repetição dos acórdãos efetuou-se o cadastramento dos mesmos em Planilhas de Excel que discriminam, comarca, ano, tipo, número do processo e assunto tratado. Espera-se desta forma evitar que ao mudar de local de pesquisa, a decisão seja computada duplamente.

Desde o início foi criada a categoria de “problemas resolvidos”. Tal índice é utilizado em várias tabelas e serviu de critério em todos os locais de pesquisa.

²³¹ Segundo Barbeta, (2002, p. 17) a inferência estatística trata-se do ato de generalizar resultados da parte amostra para o toda a população.

²³² Segue anexa cópia dos requerimentos às autoridades competentes de cada órgão realizou-se a pesquisa. Todos os requerimentos estão com despachos autorizando a realização da pesquisa.

Este parâmetro foi utilizado na análise de todos os processos e procura responder se demanda requerida foi solucionada ou não. Se mediante provocação o Ministério Público conseguiu, por via administrativa, obter vaga na escola para a criança, o problema é considerado como resolvido. Caso contrário o problema era computado como negativo. Isso se repete em relação à Vara da Infância e da Juventude da Capital e nos julgados do TJSC.

2) O Ministério Público do Estado de Santa Catarina junto a 10^a e 15^a Promotoria de Justiça da Infância e da Juventude de Florianópolis: verificaram-se procedimentos que tinham afinidade com a temática da educação confeccionando-se um levantamento de procedimentos administrativos, de forma geral, que pudessem revelar qual a atuação desta instituição nas demandas de efetivação do direito à educação básica.

Para facilitar o estudo, procurou-se agrupar os procedimentos em categorias de acordo com os assuntos tratados dentro do direito à educação. Foram criadas as seguintes categorias²³³:

- a) Matrícula em escola de criança estrangeira: reúne reclamações referentes ao direito à educação de crianças estrangeiras;
- b) Transporte escolar: refere-se a requerimentos de transporte escolar em qualquer nível educacional dentro da educação básica, inclusive para crianças com necessidades especiais;
- c) Matrícula em escola: reúne reclamações sobre falta de vagas na escola ou requerimentos para ser matriculado em escola mais perto de sua residência;
- d) Vaga em creche: agrupa demandas por vagas em educação infantil ou requerimentos para atendimento em estabelecimento perto de sua residência;
- e) Aluno com necessidades especiais e/ou problemas psicológicos/saúde/mentais: destina-se a requerimentos para atendimento de alguma necessidade particular do aluno como problema de saúde, atendimento especial por deficiência mental, problemas psicológicos e alunos com necessidades especiais ;
- f) Denúncias de violência na escola: tais denúncias que foram feitas por pais, professores ou alunos, vão desde condutas de indisciplina, atos infracionais e acusação de racismo por parte de professores e diretores. Apesar de tratar-se de matéria afeta ao direito penal, muitas reclamações chegam ao Ministério Público da

²³³ Pretende-se manter, na medida do possível, estas mesmas categorias quando da análise dos dados referentes ao Poder Judiciário. Alguma alteração poderá se dar de acordo com os assuntos recuperados.

Infância e da Juventude como requerimentos de providências para melhoria da segurança no ambiente escolar;

g) Superlotação de alunos em sala de aula: agrupa demandas para que se respeite o máximo de alunos por sala de aula;

h) Falta de estrutura/profissionais na escola: reúne pedidos de melhorias estruturais na escola, sinalização de trânsito na área escolar, contratação de professores e profissionais especializados e outros;

i) Problemas administrativos na escola: refere-se a demandas por troca do turno das aulas e/ou solicitando troca de turno do aluno por algum problema particular. Além disso, reclamações por reprovação, suspensão ou expulsão indevida, irregularidades praticadas pela direção da escola, revisão de provas, retenção de documentação escolar e etc.

Os procedimentos encontrados, que deram origem a processos na Vara da Infância e da Juventude de Florianópolis, foram analisados no item 3.3.1 que se refere ao Poder Judiciário - Primeira Instância.

3) A Vara da Infância e da Juventude de Florianópolis: selecionaram-se processos referentes à temática da educação a fim de efetuar um levantamento de decisões de primeira instância que possam revelar qual a atuação desta instituição nas demandas de efetivação do direito à educação básica.

Neste local, foram selecionados processos com o auxílio de um programa de gerenciamento de processos interno. Ocorre que, o sistema não classifica os processos por assunto, mas apenas por ano e classe. Assim, de forma manual efetuou-se uma varredura no banco de dados buscando ações que tivessem relação com os objetivos deste trabalho.

Para oferecer maior organicidade ao trabalho, os processos de primeira instância, que foram objeto de recurso, foram analisados juntamente com os acórdãos encontrados no site do Tribunal de Justiça, no item 3.3.2.

4) O site do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (<<http://www.tj.sc.gov.br>>): no link “Jurisprudência” é disponibilizado, a qualquer pessoa, o acesso ao inteiro teor dos acórdãos deste Tribunal.

A coleta de dados da segunda instância merece algumas considerações mais detalhadas. Este trabalho enfoca a efetivação do direito à educação básica em Florianópolis, por esse motivo, não se pretendia analisar decisões de primeira

instância de outras comarcas. Entretanto, no decorrer da pesquisa, tomou-se conhecimento de que no período de 5 anos estudados, a Vara da Infância e da Juventude da comarca de Florianópolis foi ocupada por um único juiz.

Este fato, mesmo com os cuidados metodológicos que foram tomados, prejudica em alguma medida os dados encontrados pois refletiria o entendimento de um único juiz sobre a matéria analisada. Por outro lado, como os processos de primeira instância não são os únicos procedimentos pesquisados, acredita-se que esta situação não tenha interferido muito nas considerações finais do estudo.

Na tentativa de mitigar o fato de que as decisões consideradas na primeira instância foram proferidas por um único juiz e ante a real impossibilidade de se realizar pesquisas em outras comarcas, o que acarretaria em um trabalho exaustivamente longo, dispendioso e inviável frente o tempo disponível para a realização de uma dissertação, foram feitas algumas escolhas. Para se ter uma visão mais ampla de como os juízes de primeira instância tratam a questão do direito à educação optou-se por utilizar o site do tribunal de Justiça e inserir no estudo as sentenças de outras comarcas, objeto de recurso, que versassem sobre direito à educação. Mediante os dados das sentenças de primeira instância contidos nos acórdãos é possível se ter uma visão mais ampla dos entendimentos de primeira instância em todo o Estado de Santa Catarina.

Tem-se consciência de que só está se considerando os processos que foram objeto de recurso e que isso não reflete realmente todas as demandas do Estado, mas ante as dificuldades apontadas não foram encontradas outras soluções.

Assim, é preciso deixar claro que o banco de dados apresentados no item 3.3.2 referente a Segunda Instância agrupa processos encontrados na Vara da Infância e da Juventude da Capital que foram objeto de recurso, acrescido de acórdãos que foram recuperados durante a pesquisa no site do Tribunal de Justiça, referentes não só a comarca da Capital mas à todas as comarcas do Estado.

A pesquisa utilizou as palavras-chaves “criança” e “educação” para a busca desses acórdãos. A partir de uma primeira lista de acórdãos recuperada, selecionou-se àqueles que se aproximavam da temática da pesquisa²³⁴. Após o recolhimento de todos os documentos, procurou-se estabelecer algumas relações que revelem: o percentual de vezes que a demanda foi atendida e quais foram às motivações utilizadas para deferir ou não as providências requeridas.

²³⁴ O procedimento adotado em cada local será explicitado no momento da apresentação dos resultados, no item 3.2 e 3.3 sobre o Ministério Público e Poder Judiciário respectivamente.

A análise dos documentos selecionados foi, de um lado, qualitativa, pois procurou identificar os argumentos trazidos pelos julgadores na concessão ou não do direito. De outro lado, a análise privilegiou critérios quantitativos e apurou qual tipo de decisão (concessiva ou negativa) predominou no período analisado. Para tanto, foi desenvolvido um modelo de análise²³⁵ com os seguintes itens investigativos:

- I - Tipo de processo, número, ano e comarca de origem;
- II - Direito pleiteado na ação originária e se esta sentença foi concessiva ou negatória do direito;
- III- Decisão final do acórdão, implicando na concessão ou não do direito pleiteado;
- IV- Se o problema apresentado foi resolvido oferecendo-se uma resposta a essa demanda social ou não;
- V- Reconhecimento pelo julgador da prioridade absoluta da criança e do adolescente como princípio constitucional a ser assegurado;
- VI- Consideração de critérios econômicos para a decisão;
- VII- Classificação do direito à educação como norma programática a ser efetivada de acordo com a discricionariedade do administrador ou como direito subjetivo público exigível;
- VIII- Definição de que as decisões judiciais que concedem o direito são uma interferência deste poder na atuação dos demais, configurando-se violação da separação dos poderes ou do argumento de que o Poder Judiciário deve participar da efetivação desses direitos sociais;

Este modelo de análise foi construído com base nos objetivos da pesquisa e de acordo com os argumentos mais freqüentes apresentados²³⁶ no item 2.2 deste estudo.

²³⁵ Segundo Quivy (1992, p. 109) para um perfeito trabalho exploratório, é preciso que o levantamento bibliográfico efetuado possa ser traduzido em um esquema que traduza de forma sistemática como se desenvolverá o processo de recolha e análise de dados. Esta é a função do modelo de análise.

²³⁶ Quando se observa este tipo de procedimento é possível remeter-se ao método de pesquisa chamado de Análise de conteúdo. A técnica da Análise de conteúdo surgiu nos Estados Unidos no início do século. Seus primeiros experimentos estavam voltados para os meios de comunicação de massa. Até os anos 50, predominava o aspecto quantitativo da técnica que se traduzia pela contagem da freqüência da aparição de certas palavras nos conteúdos das mensagens analisadas. Atualmente, é possível destacar duas funções na aplicação da técnica. Uma se refere à verificação de hipóteses e questões formuladas antes do trabalho de investigação. A outra função diz respeito à descoberta do que está por detrás dos conteúdos manifestos. Como exemplo de utilização desta técnica tem-se: a análise de obras de um romancista para identificar seu estilo e/ou para descrever sua personalidade; a observação dos depoimentos de telespectadores que assistem a uma determinada emissora ou de leitores de um determinado jornal para determinar os efeitos dos meios de comunicação em massa. (MINAYO et al, 2003, p.74). A análise de conteúdo é um conjunto de técnicas de observação das comunicações visando obter, por procedimentos de descrição do conteúdo das mensagens, indicadores que permitam a inferência de conhecimentos relativos às condições de

Além do índice de “problema resolvido” supramencionado utilizou-se neste momento do indicador de “reforma das decisões”. Procurou-se fazer uma relação entre sentença positiva X acórdão negativo e/ou sentença negativa X acórdão positivo. A decisão é observada para se verificar se a sentença de primeira instância é ou não reformada quando chega ao Tribunal.

Os dados foram agrupados em tabelas demonstrativas que serão apresentadas a seguir. Para a análise estatística²³⁷ dos dados recolhidos utilizou-se um programa de estatística chamado MINITAB Statistical Software Release 13,0, (2000).

Em muitas situações, foi necessário comparar proporções para se aferir se as diferenças numéricas apresentadas nas tabelas realmente existiam estatisticamente. Para, por exemplo, verificar se a proporção de problemas resolvidos foi estatisticamente maior que a proporção de problemas não resolvidos, calculou-se o valor de “p” pelo teste binomial²³⁸.

Admitindo-se que o normal seria que os processos tivessem uma distribuição de 50% solucionados e 50% não solucionados pela chance natural de concessão ou não da demanda, criou-se como Hipótese estatística de trabalho²³⁹, que a diferença numérica não é real. Como Hipótese Alternativa está a afirmação de que a diferença numérica é real. O valor de “p” é definido como a probabilidade do

produção/recepção (variáveis inferidas) destas mensagens. Para aprofundamento sobre este tema recomendam-se as obras de Bardin (1979), Richardson (1985) e Triviños (1987).

Em outra perspectiva é importante citar também a Análise do Discurso. Esta prática está inserida no campo da lingüística e da comunicação sendo utilizada para a verificação de existência de construções ideológicas presentes num texto. É muito utilizada, por exemplo, para analisar textos da mídia e as ideologias que trazem em si. Foucault e sua perspectiva do Poder trouxe grande contribuição para o assunto. No Direito vários estudos sobre o discurso jurídico enveredam nesta perspectiva, como Ferraz Júnior (1997).

É importante deixar claro que não se fará estes tipos de análise que tem sua técnica própria. Tais teorias são muito utilizadas na área da educação e psicologia. O que se pretende é uma análise documental utilizando-se da interpretação para verificar, primeiramente, no ato de inserção do julgado na base de dados se este se encaixa dentro da temática da educação básica. Posteriormente, no ato da análise de dados será observado se estes argumentos são utilizados para conceder ou negar o direito pleiteado.

²³⁷ Neste momento é útil conceito de Lakatos (1993, p.81) sobre o método estatístico. Trata-se de redução de fenômenos sociológicos, políticos e econômicos a termos quantitativos e a manipulação estatística que permite comprovar as relações dos fenômenos entre si e obter generalização sobre essa natureza ocorrência ou significado.

²³⁸ O teste binomial é útil em experimentos que apenas admitem duas alternativas como resposta, tais como certo ou errado, sim ou não, problema resolvido ou não, e assim por diante. O teste utiliza o desenvolvimento matemático binomial de duas freqüências relativas complementares p e q (sendo $p + q = 1$) para avaliar a probabilidade de elas poderem ser consideradas estatisticamente não-diferentes, ainda que desiguais em termos puramente numéricos. Assim, os dados experimentais utilizados pelo teste são as freqüências relativas p e q, referentes às duas alternativas possíveis naquele determinado experimento. A freqüência esperada para p e q, em caso de igualdade perfeita, seria $\frac{1}{2}$ para ambos. Como, num experimento, dificilmente p é igual a q, o teste avalia, em última análise, até que ponto os valores de p e q podem diferir, sem deixarem de ser estatisticamente iguais.

²³⁹ Esta hipótese também recebe o nome de Hipótese Nula.

resultado estar mais ou menos distante do esperado (50% para cada um, ou seja, $p=1,00$). Assim, se o “p” for menor ou igual ao nível de significância do teste²⁴⁰ (aqui adotado como $\alpha=0,05$), demonstrando assim, que a probabilidade de igualdade é pequena, torna-se prudente rejeitar que as proporções comparadas são iguais. Nesse sentido, todas as vezes que o “p” for maior que $\alpha=0,05$ não haveria evidência estatística suficiente para afirmar que há diferença entre os valores comparados²⁴¹. Este teste será utilizado todas as vezes que se pretender comparar proporções na discussão dos dados apresentados.

Por fim, é importante registrar que numa primeira etapa do trabalho, pretendia-se analisar os documentos produzidos pelo Conselho Tutelar²⁴². Foi feito requerimento à instituição solicitando a realização da pesquisa. O referido requerimento foi negado conforme cópia anexa, para resguardar o sigilo dos procedimentos ali produzidos. Tal empecilho se deve ao fato de que o Conselho Tutelar da Ilha, não dispõe de nenhum tipo de cadastro ou controle dos procedimentos que ali ingressam. Para que se pudesse ter acesso aos procedimentos referentes ao direito à educação, seria necessário ter acesso a todos os outros, realizando um trabalho exaustivo e totalmente inviável de análise individual de todos os procedimentos. Nesta varredura a procura de procedimentos referentes ao direito à educação, ter-se-ia contato com outros procedimentos de violência contra a criança que devem permanecer em sigilo. Por estes motivos, o Conselho Tutelar teve de ser excluído das instituições analisadas.

²⁴⁰ O nível de significância do teste é o valor da probabilidade tolerável de incorrer no erro de rejeitar a hipótese de igualdade quando esta é verdadeira. Este valor é designado pela letra grega α . Em pesquisas sociais é comum adotar nível de significância de 5%, isto é, $\alpha=0,05$.

²⁴¹ Para aprofundamento neste tema vide Barbeta (2002, 195-206), Medronho (2004, p.259-271) e Vieira (1988, p. 181-190)

²⁴² O Conselho Tutelar é o órgão permanente e autônomo, não-jurisdicional, encarregado de zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente. Dentro da temática analisada, se os pais de uma criança ou adolescente não encontram vagas para seus filhos na escola, ou se por descuido ou negligência os pais não matriculam criança em idade escolar, o Conselho Tutelar pode ser procurado. Nesses casos, o Conselho tem o poder de requisitar que os serviços públicos atendam a essas necessidades e que os pais cumpram com sua obrigação. Requisitar, aqui, não é mera solicitação, mas é a determinação para que o serviço público execute o atendimento. Casos as requisições não sejam cumpridas, o Conselho Tutelar encaminhará o caso ao Ministério Público para que sejam tomadas as providências jurídicas.

3.2 O Ministério Público da Infância e da Juventude

Como já descrito no item acima, este trabalho realizou pesquisa processual em quatro locais diferentes, com acesso a vários tipos de documentos, em meio impresso e eletrônico. A apresentação destes dados, que se fará a seguir, pretende oferecer alguma sistematização ao banco de dados recolhido.

Primeiramente, entretanto, julga-se importante fazer um breve apanhado do Ministério Público do Estado de Santa Catarina em comparação com dados dos Ministérios Públicos de outros estados. Não se fará uma incursão aprofundada sobre o tema, pretende-se apenas situar o Ministério Público Catarinense no cenário nacional no que tange as despesas empregadas ao seu funcionamento e o número de promotores por habitantes. Para tanto utilizou-se o Relatório "Diagnóstico do Ministério Público dos Estados"²⁴³ que apresenta dados dos Ministérios Públicos Estaduais no ano de 2004.

A respeito das despesas empregadas no Ministério Público, o relatório revela que a média nacional de participação de gastos na despesa executada pelo Estado é de 1,5%. O Ministério Público de Santa Catarina recebe 1,8% da despesa pública do Estado, acima da média nacional.

Uma comparação interessante trazida pelo Relatório é a relação entre as despesas executadas por habitante pelo Ministério Público e pelo Poder Judiciário. O Ministério Público, numa média nacional, no ano de 2004, gastou R\$ 19,80 por habitante, enquanto o Judiciário gastou R\$ 62,65. O Estado de Santa Catarina tem índices de R\$24,41 por habitante no Ministério Público e R\$ 66,49 no Judiciário. Nota-se um grande variação de gastos no Estado de Santa Catarina perfazendo os gastos do Ministério Público em 36,71% dos gastos despendidos ao Judiciário.

Em relação ao número de membros do Ministério Público Estadual por habitantes, em média se tem 4,86 promotores para cada 100.000. O Estado de Santa Catarina também tem um índice acima da média com 5,37.

Estes foram apenas alguns indicadores que juntamente com a argumentação teórica traçada no item 1.2.2 podem introduzir a idéia da realidade do Ministério Público do Estado de Santa Catarina. A seguir far-se-á a apresentação dos dados recolhidos sobre direito à educação no âmbito desta instituição.

²⁴³ Este documento foi produzido recentemente e conta com a colaboração do Ministério da Justiça-Secretaria da Reforma do Judiciário, do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais-CNPG e da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público. Disponível em: http://www.cnpg.org.br/site/diagnosticos.asp?secao_id=6. Acesso em: 07 fev 2007.

Uma das formas de se observar a atuação do Ministério Público é a análise dos procedimentos administrativos. Foram analisados procedimentos provenientes da 10ª e 15ª Promotorias da Infância e da Juventude de Florianópolis.

Como já explicitado no item anterior, o objetivo da pesquisa processual é analisar o maior número de processos possíveis em que se pretendia a efetivação do direito à educação. A título de ilustração e conhecimento do campo de trabalho em que se está inserido, segue tabela confeccionada com base nos Relatórios da Corregedoria do Ministério Público que traça um perfil do número de processos que tramitam nas promotorias da Infância e da Juventude de Florianópolis²⁴⁴:

Tabela 2- Distribuição de freqüência dos tipos de processos encontrados nas promotorias da Infância e da Juventude de Florianópolis por ano

Ano	Notícias, Inquéritos Cíveis, Representações e Procedimentos Administrativos	Termos de Ajustamento de Conduta ²⁴⁵	Avisos por infreqüência escolar - APOIA	Ações Cíveis Públicas	Mandados de Segurança
2000	33	10	-	3	7
2001	994	78	-	129	-
2002	1.114	49	-	56	-
2003	802	61	979	28	-
2004	914	39	579	53	-
2005	905	60	736	101	16

Fonte: Tabela confeccionada pela autora com base em dados retirados dos Relatórios da Corregedoria do Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Disponível em: http://www.mp.sc.gov.br/portal/site/portal/Portal_integra.asp?secao_id=333

Neste item analisar-se-á os procedimentos administrativos que tramitam no âmbito das promotorias da Infância e Juventude e versavam sobre direito à educação, além dos procedimentos gerados pelo Programa Apóia adiante apresentado.

As Ações Cíveis Públicas e os Mandados de Segurança serão analisados no item que trata do Poder Judiciário no qual será possível visualizar o resultado final de cada demanda e a atuação do Judiciário e do Ministério Público.

²⁴⁴ Vale lembrar que tais processos não estão especificados por assunto englobando todos os tipos de demanda.

²⁴⁵ É importante destacar que os Termos de Ajustamento de Conduta encontrados na pesquisa e que se referiam ao direito à educação eram anteriores ao ano de 2000 por isso não foram listados e classificados. Os demais que aparecem nesta estatística ou estão inseridos em processos que ainda não foram julgados ou fazem parte dos autos de Ação Civil Pública sendo classificadas no item 3.3.

3.2.1 Procedimentos Administrativos

Dentre os diferentes tipos de atuação do Ministério Público que se desenvolve conforme o art. 127 da Constituição e 201 do Estatuto da Criança e do Adolescente, e de acordo com as atribuições já discutidas no item 1.2.2, selecionou-se nas Promotorias analisadas procedimentos administrativos que versassem sobre o direito à educação. Seguindo a metodologia analisada, concentrou-se a pesquisa em autos que tratavam deste assunto e que continham decisões proferidas entre 2000 e 2005, sem fazer distinção acerca do tipo de procedimento. Serão apresentados aqui os dados encontrados.

Após a seleção dos procedimentos mediante os critérios supracitados, foram analisados 364 processos na 10ª e 15ª Promotoria da Infância e da Juventude de Florianópolis, sendo 314 na primeira e 50 na segunda. Esta discrepância se deve a divisão interna de competência das promotorias, ficando a temática da educação pública, que tem uma demanda maior, ao encargo da 10ª Promotoria.

Destes 364 procedimentos, 105 deram origem a processos²⁴⁶ na Vara da Infância e da Juventude de Florianópolis sendo analisados no tópico que se refere ao Poder Judiciário. Por isso o número total de autos analisados neste item é de 259. Os procedimentos encontrados variam entre Representação, Pedido de Providências e Inquérito Civil. Não se ateve a essa diferenciação, enfocando o estudo sobre o atendimento ou não da demanda pleiteada. Por exemplo, se o cidadão procurou o Ministério Público solicitando transporte escolar para seu filho, foi observado se tal pedido foi atendido com as providências administrativas tomadas por este órgão ou não. Em caso de não atendimento se o Ministério Público deu origem ao processo judicial.

Para facilitar o estudo, procurou-se agrupar os procedimentos em categorias de acordo com os assuntos tratados dentro do direito à educação, como apresentado no item 3.1. Foram criadas as seguintes categorias: Matrícula em escola de criança estrangeira, Transporte escolar, Matrícula em escola, Vaga em creche, Aluno com necessidades especiais e/ou problemas psicológicos /saúde/mentais, Denúncias de violência na escola, Superlotação de alunos em sala

²⁴⁶ Vale ressaltar que os resultados referentes a estes 105 procedimentos não serão apresentados aqui, mas é digno de nota ressaltar que: 41 processos foram encerrados por ocasião da abertura do Inquérito civil 01/02 que deu origem a Ação Civil Pública n. 023.02.009415-1, 20 processos deram origem a Ação Mandamental n. 023.01.049057-7 e 11 procedimentos instruíram a Ação Mandamental n. 023.01.057309-0 todos referindo-se a demandas por abertura de vagas em creches. Estas ações serão analisadas no tópico 3.3.1 que trata da Vara da Infância e da Juventude

de aula, Falta de estrutura/profissionais na escola, e Problemas administrativos na escola. Segue os resultados encontrados:

Tabela 3 - Distribuição de frequência dos processos administrativos sobre direito à educação básica de acordo com o seu objeto e resultado final

Assuntos	Nº	%	Problema resolvido				Informação	
			sim	%	não	%	insuficiente ²⁴⁷	%
Problemas administrativos na escola	62	23,9	59	95,2	2	3,2	1	1,6
Matrícula em escola criança estrangeira	11	4,2	10	90,9	0	0,0	1	9,1
Transporte escolar	48	18,5	44	91,7	3	6,3	1	2,1
Matrícula em escola	41	15,8	41	100,0	0	0,0	0	0,0
Vaga em creche	17	6,6	10	58,8	4	23,5	3	17,6
Aluno com necessidades especiais e/ou problemas psicológicos/saúde/mentais	5	1,9	5	100,0	0	0,0	0	0,0
Denúncias de violência na escola	12	4,6	12	100,0	0	0,0	0	0,0
Superlotação de alunos em sala de aula	43	16,6	43	100,0	0	0,0	2	4,7
Falta de estrutura/profissionais na escola	20	7,7	19	95,0	0	0,0	1	5,0
Total	259	100,0	243	93,8	9	3,5	9	3,5

Fonte: Tabela confeccionada pela autora com base em pesquisa realizada na 10ª e 15ª Promotorias da Infância e da Juventude de Florianópolis

Como se pode observar na tabela acima, os procedimentos administrativos instaurados pelo Ministério Público têm um índice de desempenho muito positivo. Segundo a pesquisa 93,8% dos processos instaurados conseguem atender aos pedidos solicitados. Vale lembrar que além do mérito de atender rapidamente a solicitação do cidadão, a atuação do Ministério Público ainda colabora com o Judiciário evitando que tais deslindes cheguem até os processos judiciais.

Segundo Arantes (2002, p.76) o Ministério Público tende na medida do possível a privilegiar a fase pré-processual por meio do uso de procedimentos administrativos, Inquéritos Cíveis e Termos de Ajustamento de Conduta, para antecipar a solução de litígios sem ter que enfrentar a morosidade do Judiciário.

Estes pedidos solucionados positivamente são em sua maioria referentes a problemas administrativos na escola (23,9%), transporte escolar (18,5%), superlotação de alunos em sala de aula (16,6%) e matrícula em escola (15,8%). Nestes tipos de pedido é que se verifica também o maior índice de atendimento da solicitação.

²⁴⁷ Esta categoria refere-se a processos que não contém indícios de que a demanda foi atendida ou não. Ex.: Representação n.º 04/2005 (10ª Promotoria) Matrícula de criança estrangeira em escola: Foi expedida requisição para escola que proceda a matrícula, sem comprovação de que realmente isso foi feito. Representação n.º 08/2006 (10ª Promotoria) Requisição de transporte escolar: encaminhada para ONG não se tem comprovante de efetivo atendimento.

Isso mostra que a atuação do Ministério Público de forma extrajudicial com procedimentos administrativos e requerimentos de pedidos de providências tem sido, muitas vezes, suficiente para que a demanda seja atendida e o problema resolvido.

As solicitações de vagas na educação infantil merecem destaque por ser o pedido que alcançou o maior índice de não-atendimento da pretensão e também o maior número de processos com informação insuficiente. Apesar de tratar-se de pequenos índices (são 17 procedimentos com 10 pedidos atendidos, 4 negados (23,5%) e 3 (17,6%) com informação insuficiente (17,6%)) não deixa de chamar atenção o fato de ocorrer neste assunto o maior percentual de negativa de pretensão, ainda que este não seja o assunto mais encontrado na pesquisa (apenas 6,6%). Dos 9 processos que não tiveram a pretensão atendida 4 são referentes à vaga em creche e 3 sobre transporte escolar.

Outra consideração a ser feita diz respeito ao assunto mais freqüentemente encontrado. Os processos referentes a problema administrativos na escola são responsáveis por 62 (23,9%) procedimentos. Destes, vale destacar que 30 reclamações referem-se a demandas por troca do turno das aulas, por reprovação, transferência, suspensão irregular, expulsão indevida e revisão de provas.

Tais pedidos não deixam de demonstrar que muitas demandas que poderiam ser examinadas pelos conselhos escolares, ou mesmo no âmbito da própria direção e colegiado de professores da escola, são trazidos para a intervenção do Ministério Público e do Poder Judiciário.

Este crescimento do Ministério Público em matérias que muitas vezes poderiam ser resolvidas no âmbito da sociedade civil é objeto de análise em excelente trabalho de Arantes (2002). Neste estudo, como mencionado no item 1.2.2, o autor alerta para o fato do crescimento do Ministério Público acarretar progressivamente num desestímulo a associação da sociedade civil na busca de seus direitos.

Como aventado pelo autor, por essas razões é que se tem um grande número de ações civis públicas que são interpostas pelo Ministério Público, e uma quase inexistência de ações intituladas por associações civis. Na presente pesquisa não foi encontrada nenhuma Ação Civil Pública impetrada por associação civil sobre direito à educação.

Este entendimento talvez explique esta grande incidência de reclamações ao Ministério Público sobre problemas que poderiam ser resolvidos no âmbito da

própria escola. O Ministério Público é visto atualmente como órgão defensor da sociedade e estes dados podem demonstrar um outro lado dessa situação: a face de uma sociedade pouco organizada, na qual o cidadão ao se ver envolvido em um problema não encontra outras instâncias de solução de seus conflitos e delega às instituições a tarefa de tutelar seus direitos.

O incentivo a projetos, dentro da escola, que envolvessem representação estudantil, docente, pais, comunidade em geral e direção da escola, poderiam promover o resgate do cidadão para a posição de agente de administração dos conflitos de seu próprio cotidiano. Desta forma poderia se superar a idéia de uma comunidade passiva sujeita aos ditames proferidos pelo Ministério Público e Judiciário. Muitas dessas reclamações poderiam ser resolvidas no âmbito escolar desde que pais, professores e estudantes se vejam como parte na administração de seus conflitos, envolvendo-se efetivamente e não apenas delegando a outrem a tarefa de encontrar uma “solução”.

Não se quer em nenhum momento desprestigiar a atuação do Ministério Público na defesa dos direitos fundamentais sociais. Esta atuação é fundamental e representa grande conquista na busca por efetivação desses direitos. Entretanto, no caso de problemas de menor complexidade, o ideal seria é que estes órgãos fossem acionados, apenas quando outras instâncias não puderem solucionar o problema. Assim, as grandes violações aos direitos da criança podem receber a dedicação adequada desta instituição.

3.2.2 Programa Apóia

Na realidade do Estado de Santa Catarina, existe o Programa Apóia, coordenado pelo Centro da Infância e da Juventude do Ministério Público do Estado. Este programa tem como objetivo garantir a permanência na escola de crianças e adolescentes, de 07 a 18 anos de idade, para que concluam o ensino fundamental.

O Programa Apóia, conforme aventado no item 1.3, funciona da seguinte forma: o aluno que não comparecer à escola por cinco dias consecutivos ou sete dias alternados deve justificar a ausência. Sem essa devida justificativa, o professor notificará a direção da escola que terá uma semana para se comunicar com a família do aluno. Se o aluno não retornar à escola, dever-se á acionar o Conselho Tutelar, que tentará dentro de suas atribuições propiciar o retorno do aluno. Se os procedimentos anteriores não surtirem efeito, o Ministério Público será acionado a

tomar também as medidas pertinentes ao caso, com a responsabilização penal dos pais ou responsável, se for o caso. Ao Judiciário cabe conferir tratamento de urgência aos casos encaminhados pelo Conselho Tutelar e pelo Promotor da Infância e da Juventude.

O programa foi implantado no ano de 2001 e tem como objetivo implantar um sistema integrado e interinstitucional, de apoio ao aluno infreqüente e à sua família, capaz de gerar procedimentos aptos a garantir o retorno do aluno faltoso. Trabalhando sob a ótica do Estatuto da Criança e do Adolescente, o programa pretende promover que o Estado, a família e a sociedade atuem juntas para garantir o direito à educação das crianças e adolescentes.

Apesar de não ser objeto do estudo um aprofundamento no desenvolvimento das atividades e resultados deste programa, é imprescindível que se faça um breve apanhado de tal matéria, ante a proximidade dos objetivos do programa com a efetivação do direito à educação.

Além disso o programa trabalha dentro de uma ótica ampla procurando verificar e sanar as causas pelas quais o aluno não freqüenta a escola. É uma iniciativa do Ministério Público a fim de garantir que se tenha além da mera abertura formal de vagas a preservação das condições de permanência do aluno na escola.

Para que se possa ter uma idéia da abrangência do programa, segue dados sobre o número de avisos de infreqüência recebidos e o percentual de retorno do estudante à escola:

Tabela 4 - Distribuição de freqüência dos avisos de Infreqüência escolar e do número de alunos que retornaram à sala de aula no Estado de Santa Catarina e em Florianópolis de acordo com o ano.

Ano	Avisos por infreqüência	Retornos do aluno	Percentual de casos solucionados
Estado de Santa Catarina			
2002	7.274	5.898	81,1
2003	7018	5722	81,5
2004	4835	4111	85,0
2005	1933	1753	90,7
Total	21060	17484	
Florianópolis			
2002*	226	134	59,3
2003	153	101	66,0
2004		Não forneceu dados	
2005		Não forneceu dados	

Fonte: Tabela confeccionada pela autora com base em Relatório do Programa Apóia cedidos pelo Centro de Infância e da Juventude do Ministério Público do Estado de Santa Catarina.

* Dados referentes ao 2º semestre de 2002 pois o Conselho Tutelar não forneceu dados sobre o 1º semestre deste ano

Os dados apresentados foram retirados de um Relatório que segundo o Projeto do Programa Apóia deveria ser prestado pelo Conselho Tutelar. Este órgão teria condições de centralizar as informações oriundas da escola, do Ministério Público e àquelas processadas em suas próprias instalações, e fornecer um perfil do andamento do programa em todo o Estado de Santa Catarina.

Para isso era solicitado que os Conselhos Tutelares emitissem semestralmente um relatório contendo o número de Avisos de Infreqüência e de retornos conseguidos. Ocorre que quando se analisou o relatório concentrado, que reunia as informações fornecidas pelos Conselhos tutelares de todo o Estado, verificou-se que alguns conselhos tutelares não atendiam essa solicitação. Essa omissão em encaminhar o relatório pode ser explicada pela falta de estrutura/pessoal dos conselhos tutelares para exercer todas as suas atribuições. Essa é uma das dificuldades relatadas nos relatórios de avaliação periódica do programa. É por isso que deve ser admitida alguma inconsistência dos dados, oferecendo a tabela acima apenas uma idéia do funcionamento do programa.

Mesmo ante a falta de confiabilidade dos dados, optou-se por apresentá-los uma vez que estes guardam a capacidade de demonstrar a dimensão deste programa e o número de crianças beneficiadas. O programa, durante os anos de 2002 a 2005, recebeu 18586 Avisos por Infreqüência²⁴⁸ em todo o Estado de Santa Catarina e possibilitou o retorno de 17484 crianças á escola.²⁴⁹

No município de Florianópolis não foi possível obter dados mais concretos, ante a inexistência de informações referentes aos anos de 2004 e 2005, mas merece destaque o número de 235 retornos nos dois primeiros anos de funcionamento do programa.

Os números referentes ao funcionamento do programa podem ser um dos fatores que refletiram na diminuição da taxa de abandono da escola. Segue Tabela sobre taxa de abandono:

²⁴⁸ Vale destacar que são os avisos recebidos e retornos viabilizados por todas as instituições envolvidas Escola, Ministério Público e Judiciário.

²⁴⁹ Segundo dados obtidos dos Relatórios da Corregedoria Geral do Ministério Público : Em 2003 as promotorias da infância receberam 979 Avisos por Infreqüência, dos quais 647 retornaram à escola com índice de 66,09%. Em 2004 este índice caiu para 57,16% (579 avisos e 331 retornos), e em 2005 com um melhor desempenho atingindo 71,74% (736 avisos com 528 retornos). Dados retirados dos Relatórios da Corregedoria do MP disponível em: http://www.mp.sc.gov.br/portal/site/portal/Portal_integra.asp?secao_id=333

Tabela 5 - Distribuição de frequência da taxa de abandono por ano, tipo de ensino e abrangência geográfica

Taxa de abandono	Ano	Abrangência Geográfica		
		Brasil	Santa Catarina	Florianópolis
Fundamental	2000	12	6,9	6,9
	2001	9,6	2,2	3
	2002	8,7	1,6	2
	2003	8,3	1,4	2,6
	2004	8,3	1,2	2,2
Médio	2000	16,6	13,4	11,8
	2001	15	6,6	5,9
	2002	15,1	4,2	4,6
	2003	14,7	4,4	5,6
	2004	16	11,4	14,8

Fonte: Tabela confeccionada pela autora com base em dados encontrados no EDUDATABRASIL - MEC/INEP disponível em : <<http://www.edudatabrasil.inep.gov.br>>. Acesso em : 15 set 2006.

Assim pelos dados apresentados, a taxa de abandono no ensino fundamental tem caído. Em Santa Catarina, no ano de 2000, tinha-se um índice de 6.9 e em 2004, 1.2. Quanto ao município de Florianópolis, o fenômeno se repete com índices de 6,9 e 2,2 respectivamente aos anos de 2000 e 2004. A respeito do ensino médio, a diminuição desta taxa parecia se repetir com exceção do ano de 2004, quando houve um aumento (11,4 Santa Catarina e 14,8 Florianópolis).

Na 15ª Promotoria de Florianópolis foram encontrados procedimentos administrativos originados pelo Apóia. São casos em que, como mencionado, a atuação da escola e do Conselho Tutelar foram insuficientes para propiciar o retorno do aluno à escola. Trata-se de 181 procedimentos que foram analisados segundo a mesma metodologia utilizada para os demais procedimentos administrativos, objetivando verificar, se neste caso, foi possível propiciar o retorno do aluno à escola. Segue Tabela sobre os procedimentos APÓIA:

Tabela 6 - Distribuição de frequência dos procedimentos APÓIA de acordo com o motivo da infrequência escolar e seu resultado final

Motivo da infrequência	Nº	%	sim	Problema resolvido			Informação insuficiente	
				não	%	%	%	
Afastado para trabalhar em casa ou fora	7	3,9	4	57,1	2	0	1	0
Aluna grávida	2	1,1	0	0,0	1	50,0	1	50,0
Aluno morando na rua	5	2,8	3	60,0	0	0,0	2	40,0
Comportamento problemático	24	13,3	10	41,7	7	29,2	7	29,2
Desentendimentos com alunos	3	1,7	0	0,0	1	33,3	2	66,7
Desinteresse pela escola	51	28,2	25	49,0	18	35,3	8	15,7
Dificuldade financeira/passagens/uniforme	6	3,3	2	33,3	0	0,0	4	66,7
Nenhuma razão alegada	64	35,4	24	37,5	23	35,9	17	26,6
Problema de saúde/psicológico/drogas	17	9,4	7	41,2	4	23,5	6	35,3
Violência na escola	2	1,1	1	50,0	1	50,0	0	0,0
Total	181	100,0	76	42,0	57	31,5	48	26,5

Fonte: Tabela confeccionada pela autora com base em pesquisa realizada na 15ª Promotoria da Infância e da Juventude de Florianópolis

Segundo a tabela acima, dos 181 procedimentos apenas em 76 (42,0%) foi possível realizar o retorno do aluno à escola. Em 57 (31,5%) ($p=0,037$)²⁵⁰ o estudante não retornou as suas atividades e em 48 (26,5%) não há informação nos autos para que se conclua que tal retorno aconteceu.

A classificação dos dados, considerando o motivo pelo qual a criança não está freqüentando regularmente à escola, se revelou particularmente interessante para que se possa refletir acerca dos razões do insucesso escolar. As motivações elencadas com maior freqüência pelos pais, e/ou pela criança/adolescente para a infreqüência à escola são: o comportamento problemático²⁵¹ (13,3%) e o desinteresse pela escola (28,2%). Em 64 processos (35,4%), quando perguntados sobre os motivos da infreqüência nenhuma alegação foi registrada nos autos.

A análise destes motivos poderia merecer, por si só, um estudo na área da educação que procurasse traçar direcionamentos para melhoria da freqüência escolar. São impressionantes os relatos encontrados nos processos, em que as crianças descrevem um total desinteresse pelas atividades realizadas na escola e despreocupação com as conseqüências que a falta de instrução possa lhe trazer.

Esta primeira impressão, ainda que precária, é útil para se observar não somente a atuação do Ministério Público no programa Apóia, mas também provoca a reflexão sobre as dificuldades em se freqüentar uma escola no Brasil, o que vai muito além da simples abertura de vagas. Mas o aprofundamento destas questões foge aos limites deste estudo.

Mediante o contato com a documentação referente ao programa Apóia, foi possível perceber que se trata de grande iniciativa de efetivação do direito à educação, realizada dentro dos princípios do Estatuto da Criança e do Adolescente. Ocorre que, ainda são muitas as dificuldades a serem superadas para que se possa atingir o seu funcionamento a contento.

Este programa trabalha dentro de uma lógica de articulação entre as entidades envolvidas Escola, Conselho Tutelar, Ministério Público e Judiciário. Estas instituições sobrecarregadas em suas outras atribuições acabam não possuindo condições em realizar as atividades do APÓIA de forma adequada. O perfeito funcionamento do programa, depende, em muitos aspectos, de uma forte atuação

²⁵⁰ Como p-valor é menor que 0,05 (intervalo de confiança) pode se dizer que existe diferença estatística entre as categorias. Podendo se afirmar estatisticamente que o APOIA tem produzido efeitos positivos com um número maior de retornos do que de não-retornos.

²⁵¹ Esta categoria agrupa alegações dos pais como a dificuldade de impor limites a criança ou ao adolescente, a dificuldade de acordar cedo e àqueles alunos que mentem que vão a escola e passam o período envolvidos com outras atividades.

principalmente do Conselho Tutelar, órgão que muitas vezes não possui os recursos disponíveis (financeiros, pessoal e estruturais) para realizar todas as funções a ele atribuídas. A cidade de Florianópolis contou durante muitos anos com apenas 2 Conselhos tutelares²⁵² e somente 2 conselheiros cada um. Tal quadro impede muitas vezes que iniciativas como o Apóia, e outras, sejam realizadas a contento.

²⁵² Recentemente foi implantado o Conselho tutelar do Norte da Iha.

3.3 O Poder Judiciário

De acordo com os objetivos deste estudo, segue a apresentação dos dados encontrados referentes ao Poder Judiciário.

Primeiramente, julga-se importante fazer um breve apanhado sobre o Poder Judiciário do Estado de Santa Catarina em comparação com dados da Justiça Estadual dos outros estados. Não se fará uma incursão aprofundada sobre o tema, o que se pretende é situar o Poder Judiciário catarinense no cenário nacional no que tange as despesas empregadas ao seu funcionamento, número de magistrado e carga de trabalho.

Para tanto utilizou-se o Relatório "A Justiça em Números - Indicadores Estatísticos do Poder Judiciário Brasileiro"²⁵² que apresenta dados da Justiça Estadual no ano de 2004.

A respeito das despesas empregadas no Poder Judiciário, o relatório revela que a média nacional de gastos com a Justiça é 5,04% de toda a despesa pública estadual. O Judiciário de Santa Catarina recebe 5% da despesa pública do Estado, um bom dado em comparação com Estados como Tocantins que destina apenas 2,83% de seus gastos para a Justiça.

Em relação ao número de Magistrados da Justiça Estadual por habitantes, em média se tem 6,98 juízes para cada 100.000. O Estado de Santa Catarina também tem um bom índice com 6,36 próximo da média.

Este número de magistrados não representa necessariamente um bom índice de decisão processual. De acordo com a mesma pesquisa, a carga de trabalho da justiça estadual (2º grau) é de 1.482,67 processos para cada magistrado. Quando se trata de juízes em 1ª instância esse indicativo sob para em média 3.041,74 processos. Tais indicadores revelam o assoberbamento das instâncias judiciais brasileiras. Em Santa Catarina, a pesquisa aponta uma carga de trabalho de 1.842,75 nos processos de segundo grau. Na primeira instância, essa carga de trabalho sobe para a impressionante cifra de 5.748,73, sempre referente ao ano de 2004. Todos os índices estão acima da média nacional, o que revela uma sobrecarga de trabalho dos magistrados catarinenses ainda maior.

Estes foram apenas alguns indicadores que juntamente com a argumentação teórica, traçada no item 1.2, podem introduzir a idéia da realidade do Poder Judiciário do Estado de Santa Catarina. A seguir apresenta-se os dados

²⁵² Disponível no site <http://www.stf.gov.br/seminario/>. Acesso em: 15 dez 2006.

recolhidos sobre direito à educação na Vara da Infância e da Juventude de Florianópolis e no Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

3.3.1 Primeira instância

Iniciar-se-á a apresentação dos dados pela Vara da Infância e da Juventude de Florianópolis. Neste local foram selecionados 97 processos com o auxílio de um programa de gerenciamento de processos interno. Ocorre que, tal sistema não classifica os processos por assunto, mas apenas por ano e classe do processo. Assim de forma manual efetuou-se uma varredura no banco de dados buscando ações que tivessem relação com os objetivos deste trabalho.

Partindo-se da experiência da pesquisa de campo realizada nas Promotorias de Justiça, onde se pode ter uma idéia dos tipos de processos envolvidos, efetuou-se a pesquisa nos processos de Mandado de Segurança²⁵³ e Ação Civil Pública²⁵⁴. Apesar de não se ter a intenção inicial de diferenciar as decisões, a serem incluídas no estudo, pelo tipo de processo que é originária, na Vara da Infância e da Juventude, essa opção tornou-se inevitável para dar prosseguimento aos trabalhos.

Vale ressaltar que foi mantida a mesma metodologia apresentada no item 3.1 selecionando os processos que versavam sobre direito à educação e que foram julgados no período de 2000 a 2005. Na classificação dos autos mantiveram-se, na medida do possível, as mesmas categorias confeccionadas para os procedimentos administrativos do Ministério Público. Assim sendo, segue Tabela ilustrativa dos processos encontrados:

²⁵³ Apesar de não ser objetivo deste estudo, vale ressaltar que o Mandado de Segurança é regido pelas normas constante na Lei 1533/51, possuindo requisitos como existência de ato de autoridade, ilegalidade ou abuso de poder que represente lesão ou ameaça de lesão a direito líquido e certo e não amparado por habeas corpus e habeas data. A previsão da utilização deste instituto no Estatuto da Criança e do Adolescente está no art.212:

Art. 212. Para defesa dos direitos e interesses protegidos por esta Lei, são admissíveis todas as espécies de ações pertinentes.

§ 1º Aplicam-se às ações previstas neste Capítulo as normas do Código de Processo Civil.

§ 2º Contra atos ilegais ou abusivos de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público, que lesem direito líquido e certo previsto nesta Lei, caberá ação mandamental, que se regerá pelas normas da lei do mandado de segurança.

²⁵⁴ A Ação Civil Pública e seus legitimados foi trabalhada em alguma medida no item 1.2.2 que trata do Ministério Público. Para um aprofundamento sobre este tema vide Milaré (2002) e Brandão (1996).

Tabela 7 - Distribuição de frequência dos processos de primeira instância da Vara da Infância da Capital de acordo com o seu objeto e resultado final

Assuntos	Nº	%	Problema resolvido					
			sim	%	não	%	vide recurso	%
Problemas administrativos na escola	8	8,2	7	87,5	0	0,0	1	12,5
Matrícula em escola criança estrangeira	3	3,1	1	33,3	0	0,0	2	66,7
Transporte escolar	19	19,6	4	21,1	0	0,0	15	78,9
Matrícula em escola	3	3,1	2	66,7	1	33,3	0	0,0
Vaga em creche	56	57,7	5	8,9	23	41,1	28	50,0
Aluno com necessidades especiais e/ou problemas psicológicos/saúde/mentais	3	3,1	1	33,3	0	0,0	2	66,7
Falta de estrutura/profissionais na escola	4	4,1	3	75,0	0	0,0	1	25,0
Superlotação de alunos em sala de aula.	1	1,0	0	0,0	0	0,0	1	100,0
Total	97	100,0	23	23,7	24	24,7	50	51,5

Fonte: Tabela confeccionada pela autora com base em pesquisa realizada na Vara da Infância e da Juventude da Capital

De forma geral os processos de primeira instância têm um percentual equivalente de problemas solucionados de forma positiva (23,7%) e negativa (24,7%) ($p=0,876$), além dos processos que foram objeto de recursos.

De acordo com a tabela acima, nota-se que as maiores demandas são para abertura de vagas em creche e pela garantia de transporte escolar, com respectivamente 57,7% e 19,6%. Analisando-se estes dois índices conjuntamente, tem-se 75 processos, dos quais apenas 09 foram atendidos imediatamente, 23 foram negados e 43 foram objeto de recursos.

Os processos que tiveram o maior índice de resolubilidade imediata referem-se a problemas administrativos na escola com 87,5% de resultado positivo.

A maioria dos processos que relatam problemas não resolvidos trata-se de demandas por vaga em creche. Dentre estes, 21 não foram resolvidos por questões processuais da seguinte forma:

- a) 19 processos foram extintos sob o argumento de que em sede de Mandado de Segurança não caberia a discussão sobre a questão da falta de vagas e de recursos para implementar as creches. Foram processos iniciados pelo Conselho Tutelar, com a alegação de que ao não providenciar as vagas o Executivo inviabiliza o seu trabalho e o faz de forma deliberada.
- b) 1 processo foi arquivado pois a criança conseguiu vaga em outra creche. Processo tramitou durante 2 anos.
- c) 2 processos foram extintos, pois a Prefeitura apresentou uma relação de crianças que tiveram o direito à creche assegurado e extinguiu o processo fazendo referência a Ação Civil Pública 023.02.009415-1

Esta Ação Civil Pública (n.º 023.02.009415-1) merece destaque. Ela originou-se do Inquérito Civil 01/02 que efetuou um grande levantamento sobre vagas em creches em Florianópolis e constatou a deficiência de 2049 vagas na educação infantil. Quarenta e um procedimentos administrativos foram encerrados por ocasião da abertura deste Inquérito e ficaram no aguardo de decisão que seria proferida na Ação Civil Pública n. 023.02.009415-1. A sentença proferida em primeira instância determinou a abertura das vagas, julgando procedente o pedido do Ministério Público. O Município apelou (Apelação cível n.º. 2004.016445-9) e obteve decisão a seu favor, segue ementa:

Ação civil pública para cumprimento de obrigação de fazer. Pretendida "abertura" de vagas na rede de ensino municipal, com vistas a assegurar o direito à educação. Impossibilidade, pena do Poder Judiciário intervir em critérios administrativos de conveniência e oportunidade. Provimento. (TJSC, Apelação cível n. 2004.016445-9, em 09/09/2004. Relator: Des. Vanderlei Romer.)

Após a abertura de mais de 40 procedimentos administrativos, instauração de Inquérito Civil e Ações Cíveis públicas, o direito à educação teve sua efetividade prejudicada com o apego do TJSC ao argumento da separação dos poderes e da impossibilidade do Poder Judiciário intervir na conveniência e oportunidade do Executivo. Vale ressaltar que foram inúmeras as notificações feitas à Prefeitura sem sucesso e infelizmente a ordem judicial não pôde servir, ao final, de mecanismo de pressão para implementação do direito.

Além desta processo, a Ação Mandamental n. 023.01.049057-7 (originada de 20 procedimentos administrativos) e a Ação Mandamental n. 023.01.057309-0 (composta de demandas de 11 procedimentos administrativos) também versam sobre abertura de vagas em creches. Ambas com decisões de primeira instância positivas tiveram suas sentenças reformadas²⁵⁵ pelo Tribunal sob a alegação de que a abertura de vagas em creches é norma programática a ser implementada de acordo com a conveniência do administrador.

Todos estes dados demonstram como o direito ao ensino infantil é uma grande demanda da comarca de Florianópolis, que ainda não vêm encontrando guarida nos entendimentos do Tribunal de Justiça do Estado. De que adianta os esforços do Ministério Público e dos Juizes de primeira instância atuando

²⁵⁵ A Ação Mandamental n. 023.01.049057-7 foi objeto da Apelação Cível n.º 2003.029803-7, e a Ação Mandamental n. 023.01.057309-0, da Apelação Cível n.º 2003.029812-6. Todos os acórdãos podem ser consultados no site www.tj.sc.gov.br, no link "Jurisprudência".

procedimentos, confeccionado Termos de Ajustamentos de Condutas, expedindo notificações e realizando audiências se o Executivo conta ao final dos processos com a certeza de um entendimento a seu favor no Tribunal de Justiça. Foi essa a realidade observada nesta pesquisa.

Para oferecer maior organicidade ao trabalho, os processos de primeira instância que foram objeto de recurso (51% de acordo com a tabela acima), serão analisados juntamente com os acórdãos encontrados no site do Tribunal de Justiça, no item 3.3.2. Entretanto, é importante se faça uma caracterização dos mesmos:

Tabela 8 - Distribuição de freqüência dos processos de primeira instância da Vara da Infância e da Juventude da Capital com recursos de acordo com a sentença recorrida e o resultado final

Julgados em geral	Recurso de 2º grau			Totais
	Decisão primeira instância	ainda não julgado	Acórdão positivo ²⁵⁶	
Concedendo o direito	8	11	30	49
Negando o direito	0	1	0	1
Total	8	12	30	50

Fonte: Tabela confeccionada pela autora com base em pesquisa realizada na Vara da Infância e da Juventude da Capital

Nesse sentido em relação aos processos objeto de recurso tem-se 49 sentenças de primeira instância concedendo o direito pleiteado e apenas 1 negando. Das sentenças que concederam o direito apenas 11 foram confirmadas pelo Tribunal sendo 30 reformadas. Oito ações ainda não foram julgadas.

3.3.2 Segunda Instância

Antes de apresentar os dados obtidos na segunda instância é importante que algumas diferenciações sejam feitas. Como descrito no item 3.1, em decorrência do fato de que a Vara da Infância e da Juventude da Capital contar com apenas um magistrado nos 5 anos estudados pela pesquisa, decidiu-se pesquisar, no site do Tribunal de Justiça, julgados referentes não só a Vara da Capital mas a todas as comarcas do Estado. Tal decisão pretende oferecer um perfil mais abrangente do entendimento da Primeira Instância em relação à temática analisada. Vê-se na tabela 9 a Distribuição de freqüências de acórdãos do TJSC e sentenças de acordo com a sua origem:

²⁵⁶ A partir deste ponto adotar-se-á a seguinte nomenclatura na tabelas: as categorias acórdãos positivos e negativos, e sentenças positivas e negativas referem-se a decisões concessivas ou negadoras do direito pleiteado, respectivamente. Não se está analisando as decisões quanto a sua justiça, julgando-as corretas ou incorretas, mas apenas se estas concedem ou negam o direito à educação pleiteado.

Tabela 9 - Distribuição de frequências de acórdãos do TJSC e sentenças de acordo com a sua origem.

Comarca	Nº	%	Sentença*				Acórdão				Problema resolvido			
			+	%	-	%	+	%	-	%	Sim	%	Não	%
Capital	55	65,5	51	92,7	4	7,3	16	29,1	39	70,9	21	38,2	34	61,8
Demais comarcas	29	34,5	21	72,4	8	27,6	15	51,7	14	48,3	16	55,2	13	44,8
Total	84	100,0	72	85,7	12	14,3	31	36,9	53	63,1	37	44,0	47	56,0

Fonte: Tabela confeccionada pela autora com base em pesquisa realizada no site do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina

* + sentenças e acórdãos positivos

- sentenças e acórdãos negativos

Como demonstrado, foram encontrados 84 acórdãos que atendiam aos requisitos da pesquisa. Destes, 55 (65,5%) originaram-se de processos provenientes da comarca da Capital e os demais de outras comarcas do Estado (29, 34,5%).

As sentenças provenientes da comarca da Capital²⁵⁷ parecem ter um maior percentual de deferimento na primeira instância (atingindo índices de 92,7%) em comparação com as demais comarcas com 72,4% ($p=0,024$). Em contrapartida tem-se um número bem maior de sentenças reformadas dos processos provenientes da Capital (70,9%) do que da demais comarcas (48,3%) ($p=0,042$). Vale ressaltar que, das 51 sentenças da Capital concedendo o direito apenas 16 foram confirmadas e das 21 decisões positivas das demais comarcas apenas 15 tiveram seu provimento aceito pelo Tribunal.

Observando a Tabela tender-se-ia a afirmar que as demais comarcas têm percentualmente (55,2%) um maior índice de atendimento da demanda do que a comarca da Capital com 38,2% de problemas solucionados ($p=0,133$). Entretanto os cálculos estatísticos demonstram que essa diferença na realidade não existe. Assim não é possível afirmar que quando se refere a processos provenientes das comarcas do interior do Estado, o Tribunal tem decidido mais favoravelmente, utilizando-se um intervalo de confiança de 5% ($p=0,05$)²⁵⁸

A seguir, efetuar-se-á a análise mais pormenorizada dos acórdãos selecionados pelo estudo. Como já explicitado no item 3.1, a pesquisa foi realizada no site do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, no link “Jurisprudência”, no qual é disponibilizado, a qualquer pessoa, o acesso ao inteiro teor dos acórdãos

²⁵⁷ Para que não restem dúvidas o banco de dados apresentados neste item refere-se aos processos encontrados na Vara da Infância e da Juventude que foram objeto de recurso, acrescido de acórdãos que foram recuperados durante a pesquisa no site do Tribunal de Justiça provenientes de todas as comarcas do Estado de acordo com a metodologia apresentada.

²⁵⁸ Se p-valor fosse menor ou igual a 0,05 poderia se dizer que existe diferença estatística entre as categorias. Com p-valor maior que 0,05 esta diferença realmente não existe.

deste Tribunal. A pesquisa utilizou as palavras-chaves “criança” e “educação” para a busca desses acórdãos e selecionou àqueles que se aproximavam da temática da pesquisa.

Com a inserção dessas palavras chaves foram recuperados 714 acórdãos, dos quais 653 foram excluídos pelos seguintes motivos:

- a) 120 acórdãos foram julgados fora do período de 5 anos que a pesquisa abrange (2000 a 2005);
- b) 414 acórdãos tratavam de objeto alheio ao direito à educação;
- c) 36 decisões referiam-se a projetos específicos da prefeitura como ACORDE e POASF²⁵⁹
- d) 24 acórdãos tratavam de questão unicamente processual não discutindo o mérito da questão;
- e) 59 processos foram descartados por tratarem-se de Apelação Criminal de pedido de imposição de penalidade administrativa, contra Secretário da Educação com base no artigo 249 do Estatuto da Criança e do Adolescente²⁶⁰ por não atender determinação do Conselho Tutelar por fornecimento de Vagas em educação infantil. Destes:

A- 21 continham decisão dizendo que este dispositivo só é atribuído aos pais da criança;

B- 30 processos não foram apreciados pelo Tribunal por questões processuais (incompetência da Vara, falta de interesse processual e outros);

C- 8 reconheceram que a ausência de vaga na instituição é motivo justificado a ser oferecido pelo Secretário da Educação para o não atendimento;

Estes julgados apesar de versarem sobre direito à educação (ensino infantil) foram descartados por tratarem-se de Apelação Criminal na qual se discutia se era possível enquadrar a conduta do Secretário da Educação na tipificação do

²⁵⁹ O ACORDE objetiva oferecer apoio a crianças vítimas de exploração e violência sexual e o POASF é um programa de apoio sócio-econômico a família de uma forma geral abrangendo ações em várias áreas como educação, saúde e moradia. Estes processos não foram considerados por ser muito mais abrangente do que os objetivos deste estudo.

²⁶⁰ Art. 249 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Descumprir, dolosa ou culposamente, os deveres inerentes ao pátrio poder ou decorrente de tutela ou guarda, bem assim determinação da autoridade judiciária ou Conselho Tutelar:

Pena - multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência.

art.249 ou não²⁶¹. Mas de qualquer forma merece registro neste trabalho da existência desse tipo de iniciativa.

Segue os resultados encontrados para os processo selecionados:

Tabela 10 - Distribuição de freqüência dos acórdãos do TJSC de acordo com o seu objeto e resultado final

Assunto	Nº	%	Problema resolvido			
			sim	%	não	%
Problemas administrativos na escola	7	8,3	6	85,7	1	14,3
Matrícula em escola criança estrangeira	4	4,8	3	75,0	1	25,0
Transporte escolar	14	16,7	10	71,4	4	28,6
Matrícula em escola	12	14,3	8	66,7	4	33,3
Vaga em creche	41	48,8	7	17,1	34	82,9
Aluno com necessidades especiais e/ou problemas psicológicos/saúde/mentais	3	3,6	3	100,0	0	0,0
Falta de estrutura / profissionais	2	2,4	0	0,0	2	100,0
Limite de aluno em sala de aula.	1	1,2	0	0,0	1	100,0
Total	84	100,0	37	44,0	47	56,0

Fonte: Tabela confeccionada pela autora com base em pesquisa realizada no site do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina

Conforme os dados acima, foram selecionados 84 acórdãos, sendo a maioria das demandas referentes à abertura de vagas em creches (48,8%), seguidos pelos pedidos de transporte escolar (16,7%) e Matrícula em escola de ensino fundamental e/ou médio (14,3%).

De uma forma geral, dos 84 acórdãos analisados, 37 (44,0%) tiveram suas demandas resolvidas e 47 (56,0%) não (p=0,120). Neste sentido não é possível afirmar que o número de casos não resolvidos foi significativamente maior que o

²⁶¹ Como exemplo cita-se resumo do acórdão da Apelação criminal n.º 2005.006574-0, (Des. Relator: Des. Irineu João da Silva, em 26/04/2005):

No Juízo da Infância e Juventude da Comarca de Joinville, o Conselho Tutelar iniciou procedimento para imposição de penalidade administrativa contra o Secretário Municipal de Educação, Sylvio Sniecikovski, descrevendo que o representado, na condição de Secretário Municipal de Educação, deixou de cumprir deliberação deste Conselho Tutelar, materializada em requisição para prestar serviço de Educação Infantil, no Bairro Jardim Iririú, para a criança K. C. dos S., conforme o art. 136, III, da Lei n. 8.069/90 (ECA), apontando-o, então, como incurso nas sanções do artigo 249 do mesmo Diploma Legal.

"Art. 249. Descumprir, dolosa ou culposamente, os deveres inerentes ao pátrio poder ou decorrentes de tutela ou guarda, bem assim determinação da autoridade judiciária ou Conselho Tutelar: Pena - multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência."

No caso concreto, não se caracterizou o descumprimento, doloso ou culposamente, da determinação do Conselho Tutelar, visto que a Secretaria de Educação somente não disponibilizou imediatamente a vaga para o menor, porque o Centro de Educação Infantil (CEI) não comportava o atendimento, consoante se infere do ofício de fl. 08. Ademais, verifica-se que, mesmo assim, a responsável pela entidade prontificou-se a contatar o Conselho Tutelar quando surgisse alguma vaga (fl. 10).

Logo, como o representado somente não atendeu à solicitação de vaga porque não existia, não tendo, como corolário, descumprido, dolosa ou culposamente, a determinação do Conselho Tutelar, mister que se o absolva da imputação, com fulcro no preceituado no art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal, porquanto é patente a atipicidade da conduta.

número problemas resolvidos, utilizando-se um intervalo de confiança de 5% ($p=0,05$).

O que é inegável, é o baixo índice de resolutibilidade do problema em pedidos de vagas em creche, dos 47 processos que não tiveram seus problemas resolvidos, 34 são referentes a vagas em educação infantil.²⁶²

Comparando os índices de resolutibilidade de problemas de vaga em creche, com as demandas por transporte escolar, foram encontrados dados interessantes. As demandas por transporte escolar tiveram 71,4% dos seus casos solucionados, enquanto vagas em creche apenas 17,1% ($p<0,001$). Este fato permite afirmar que, quando se refere às demandas por transporte escolar o tribunal tem propiciado um maior índice de concessão do que às demandas por vagas em creche.

Existem outras categorias como problemas administrativos na escola (85,7%) e Aluno com necessidades especiais e/ou problemas psicológicos/saúde/mentais (100%) com percentuais mais altos de resolutibilidade positiva do problema. Contudo, considerando que estes dois últimos tipos de demanda têm uma incidência numérica menor do que o transporte escolar é possível afirmar que este direito possui o maior índice de resolutibilidade positiva encontrada nos acórdãos.²⁶³

Esta pesquisa possibilitou a observação, ainda, do índice de reforma das decisões²⁶⁴, conforme pode ser observado na tabela 11.

Tabela 11 - Distribuição de freqüência dos acórdãos do TJSC de acordo com percentual de recorribilidade da sentença

Sentença	Acórdão				Total
	positivo	%	negativo	%	
Positiva	28	38,9	44	61,1	72
Negativa	3	25,0	9	75,0	12
Total	31	36,9	53	63,10	84

Fonte: Tabela confeccionada pela autora com base em pesquisa realizada no site do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina

²⁶² O índice da primeira instância sobre o tema também é baixo (8,9%) mas talvez por que há um alto índice de recursos (50%) vide tabela 7.

²⁶³ Comparando os percentuais de 71,4% (transporte escolar) e 100% (alunos com necessidades especiais) obteve-se $p=0,018$. Fazendo a mesma comparação do transporte escolar mas com Problemas administrativos na escola (85,7%), obteve-se $p=0,425$, o que demonstra a não diferença estatística entre estas duas proporções.

²⁶⁴ É preciso que não se confunda o índice de reforma das decisões, com o índice de problemas resolvidos. No primeiro está se fazendo uma relação entre sentença positiva X acórdão negativo e/ou sentença negativa X acórdão positivo. A decisão é observada para se verificar se a sentença de primeira instância é ou não reformada quando chega ao Tribunal. O índice de problemas resolvidos, aprecia de forma mais ampla se a demanda requerida foi solucionada ou não. Se a criança obteve vaga na escola, ou se o transporte escolar foi providenciado.

Dos 84 acórdãos analisados, 72 continham decisões que determinavam a concessão do direito e 12 negavam a garantia do direito. Dos que concediam, 44 (61,1%) sentenças foram reformadas e 28 (38,9%) foram confirmadas ($p=0,006$). Há diferença estatística entre essas taxas, permitindo-se afirmar que quando se tem uma sentença concessiva do direito a educação, ao ser objeto de recurso o TJSC, de maneira geral, tem reformado mais decisões do que confirmado a concessão do direito.

Ao observar apenas os processos referentes à vaga em creche tem-se um percentual maior da sentença que concede o direito (85,36%) e em contrapartida também um índice maior de reforma da decisão (85,71%) ($p=0,003$)²⁶⁵, conforme tabela em anexo²⁶⁶. De 35 sentenças que concedem o direito à educação infantil o tribunal reforma 30 decisões²⁶⁷. Cálculos estatísticos permitem afirmar que o TJSC tem reformado percentualmente mais decisões referentes a vagas em creche do que de outros assuntos.

Em relação ao transporte escolar, de forma contrária, das 14 sentenças concedendo o direito, 8 foram confirmadas e 6 reformadas, com um índice de reforma de 42,85%. Comparando estas duas proporções ($p=0,003$)²⁶⁸, é possível dizer também, que o Tribunal de Justiça tem reformado menos decisões concessivas de direito ao transporte escolar, do que ao direito à creche, proporcionalmente.

Feita a análise dos acórdãos encontrados, a seguir dedica-se algumas linhas a consideração dos argumentos judiciais, já caracterizados no tópico 2.2 e utilizados para conceder ou negar o direito à educação.

Começando com o argumento da prioridade absoluta da criança e do adolescente, é importante destacar que dos 84 julgados analisados, 69 não fazem nenhuma referência a este argumento. Apenas 7 acórdãos fazem menção a este

²⁶⁵ Este valor de “p” é resultado da comparação do percentual de decisões reformadas de uma forma geral e o percentual de decisões reformadas sobre Vagas em creche.

²⁶⁶ Não foram inseridas no corpo do texto as tabelas referentes ao percentual de recorribilidade específica para Vaga em creche e Transporte escolar para que a discussão e análise de dados não se tornassem por demais exaustivos, seguindo as mesmas em anexo.

²⁶⁷ Destes 30, 11 acórdãos afirmam que se o caso fosse sobre direito à educação fundamental concederiam a abertura de vagas. E quando se tratava de vagas em escolas 4 dizem que se fosse educação infantil não concederiam.

²⁶⁸ O $p=0,003$ mostra que há diferença estatística entre os percentuais de reforma de 85,71% (vagas em creche) e 42,85% (transporte escolar), o que permite afirmar que o Tribunal de Justiça reforma mais processos referentes à Vaga em creche do que transporte escolar.

princípio constitucional como uma das premissas a ser considerada²⁶⁹. Oito acórdãos contêm argumentos que relativizam a prioridade absoluta. Segue exemplo:

[...] O fato de o Município não estar conseguindo atender a demanda de crianças e adolescentes que precisam de assistência não significa, por si só, que a prioridade absoluta estatuída no art. 227 da Constituição Federal, e pormenorizada no Estatuto da Criança e do Adolescente, esteja sendo desconsiderada. Afinal essa priorização se estende a todos os campos das necessidades humanas, v.g. a saúde, a educação, o lazer, a proteção dos órfãos e abandonados etc.[...]. (Apelação Cível n. 2004.029225-8, da Capital, Rel. Des. Luiz César Medeiros, em 07 de dezembro de 2004).

Todos os acórdãos, em que esse princípio é relativizado, tratam-se de demandas por vagas em creche. Nestes casos, argumenta-se que, não é porque não existem vagas em creche que esse princípio está sendo desrespeitado.

Neste estudo defende-se o posicionamento contrário a esta fundamentação. É claro que este princípio se estende a todas as necessidades humanas (saúde, educação, lazer e etc.). Tal fato ocasiona a situação de que muitas vezes o Estado não tem condições de atender a todas essas carências. Mas é importante ter claro, que o princípio da prioridade absoluta é mecanismo para demonstrar que o Executivo deve realizar esforços de concretização das necessidades da criança, atribuindo-a preferência sobre outros gastos públicos. Este princípio é um argumento que serve como instrumento para se pretender ações, ainda que a longo prazo, de concretização dos direitos da criança. Não cabe ao julgador relativizá-lo, nem restringir a sua abrangência, porque a própria Constituição e Estatuto da Criança e do Adolescente não o fizeram. A relativização deste argumento e a própria ausência do mesmo nos julgados que diz respeito ao direito à educação, revela uma visão do direito descompromissada com as premissas constitucionais e do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Sobre o argumento da “reserva do possível”, 26 julgados fazem referência a este entendimento e estabelecem que a realização do direito à educação está limitada a disponibilidade de recursos financeiros²⁷⁰. Como já mencionado no tópico 2.2.4, não se pretende defender que a decisões não devem considerar critérios econômicos de realização do direito. Não só os estes critérios, mas também as preocupações sociais, ambientais e estruturais devem ser consideradas. De nada adianta uma decisão que não terá aplicabilidade prática, que não será cumprida. O

²⁶⁹ Destes 7 julgados 1 refere-se a transporte, e os demais se dividem igualmente entre matrícula em escola, creche e necessidades especiais.

²⁷⁰ Destes 26 julgados, 20 referem-se à vaga em creche, 3 transporte escolar, 1 matrícula em escola e 2 falta de estrutura na escola.

que não se pode conceber é que o simples argumento de impossibilidade financeira do Estado, sem mesmo apresentar qualquer tipo de demonstração de tal insuficiência, possa servir de argumento último para o não deferimento da pretensão pleiteada.

Garcia (2004, p. 190) compartilhando de tal entendimento, preceitua que se tal impossibilidade for provada, o não cumprimento da política pública se dará, por efetiva e total impossibilidade material e não por desídia estatal.

Este descompromisso é o que se tem visto nos julgados analisados. Dos 26 processos em que este argumento aparece, 24 não tiveram a demanda solucionada positivamente e 22 consideraram o direito à educação como mera norma programática a ser concretizada de acordo com a vontade do administrador. O argumento da reserva do possível, nos julgados analisados, representa justificativa para a não-concessão do direito à educação pleiteado.

Dois julgados (Apelação Cível n.º 2003.0281509, Rel. Des. Volnei Carlin, em 09/12/04; e Apelação Cível n.º 2004.0073763, Rel. Des. Vanderlei Romer, em 24/06/04), merecem destaque sobre este tema. Em sua fundamentação, os relatores reconhecem a existência de preceitos econômicos a serem considerados, mas afirmam que a realização do direito (nos dois casos tratava-se de transporte escolar) não pode ficar adstrita a escassez de recursos, sendo dever do Estado priorizar o atendimento a criança e aos adolescentes, como determina a Lei fundamental. Segue citação que resume o problema:

O conflito dá-se entre a oneração financeira do Município e o pronto atendimento do adolescente, em que há de resolver-se, evidentemente, em favor do menor, até mesmo pela forma prioritária como a Carta Magna caracteriza as prestações em favor da infância e da juventude - art. 227, caput. (MC/RS n. 6515, Rel. Min. José Delgado, DJU de 20.10.03), citado em Apelação Cível n.º 2003.0281509, Rel. Des. Volnei Carlin, em 09/12/04.

Neste trabalho pretende-se que o argumento da prioridade absoluta possa prevalecer frente a alegações de insuficiência de recursos e normas programáticas como se verá a seguir.

Quanto ao argumento de que o direito à educação é uma norma programática, a ser implementada de acordo com a conveniência do administrador, tem-se que dos 53 julgados que indeferiram a pretensão, 38 o fazem com base neste entendimento. A maioria destes acórdãos (32) referem-se à julgados sobre vagas em creche. Mas há decisões que afirmam que o transporte escolar para

crianças de 0 a 5 anos²⁷¹; a matrícula em ensino médio²⁷² ou em estabelecimento perto de sua residência²⁷³, são normas programáticas.

A maioria dos julgados, que utiliza este argumento, apóia-se no entendimento de que não cabe ao Poder Judiciário traçar metas e estabelecer critérios para atender a crescente demanda escolar. Realmente não cabe ao Poder Judiciário tomar estas medidas, uma vez que ele não é o responsável pela elaboração das políticas e definição de prioridades. Mas o Judiciário é responsável pela fiscalização dos gastos públicos e da aplicação de tais políticas e deve assegurar que estas sejam realizadas de acordo com as regras estabelecidas na Constituição e no Estatuto da Criança e do Adolescente. O que se observou é que os compromissos constitucionais de priorizar a realização do direito à educação e de privilegiar a criança nos gastos públicos foram várias vezes desconsiderado e desrespeitado nos acórdãos analisados.

A atuação do Judiciário nesta área não precisa enveredar para discussões teóricas sobre a natureza do direito à educação (direito subjetivo X norma programática) podendo inserir-se apenas na determinação de respeito aos princípios constitucionais consagrados.

Em contraposição ao argumento da norma programática, foi observado também a incidência do entendimento do direito à educação como direito público subjetivo exigível. Dos 84 julgados analisados, 35 fazem referência a este

²⁷¹ Trata-se da Ação direta de inconstitucionalidade n.º 2003.026720-4 (Des. Luiz Carlos Freyesleben de 23/11/2005) que impugna lei que assegurava isenção parcial do pagamento da tarifa de transporte coletivo municipal aos pais ou responsáveis por crianças de zero a cinco anos, matriculadas na rede pública municipal de ensino. Tal lei deixava a cargo do Município de Blumenau o custeio da isenção tarifária com recursos financeiros do orçamento do ensino fundamental. A ADIN foi julgada procedente sobre o argumento dentre outros, que o Executivo não tem obrigação de oferecer tal transporte, por tratar de educação infantil.

²⁷² Refere-se ao Mandado de Segurança n.º 2001.025777-7 (Des. Luiz César Medeiros de 09/04/2003) impetrado na comarca de Lages, contra ato do Secretário de Estado da Educação e Desportos, que não autorizou o lançamento de edital de matrículas para o ensino médio, referente a uma de suas instituições. Admitindo-se que a decisão fere o princípio constitucional da triplicação dos Poderes, o julgado afirma que: "o dever da Administração em implementar as vagas em estabelecimentos escolares dependem diretamente de atos governamentais - decisão política. Não cabe ao Poder Judiciário traçar metas e estabelecer critérios para atender a crescente demanda de jovens em idade escolar."

²⁷³ Trata-se da Apelação cível 2003.027986-5 (Des. Vanderlei Romer de 12/02/2004) em que os pais da criança pleiteiam vagas em creche próxima a sua residência, não possuindo condições de matricular as menores em outra escola, pois não há como levá-las e buscá-las já que ele e sua esposa laboram. O Executivo, alegando falta de vagas na escola pretendida, preceitua que não há dispositivo legal que garanta ao Ministério Público, a liberdade de escolher ou determinar onde o Estado deva atender a criança, sendo obrigação da municipalidade conceder a vaga onde ela existir. Vale ressaltar que em nenhum momento foi cogitado inserir a criança em programa de transporte escolar.

argumento e compreendem que o direito á educação tem força maior que a norma programática, sendo possível exigir sua implementação em juízo²⁷⁴.

Ao observar-se os julgados separados por assunto (vide tabela anexa), o transporte escolar (14 acórdãos encontrados) faz referência a esse argumento em 71,42% (10 casos). Em contrapartida os julgados referentes à Vaga em creche referem-se ao mesmo argumento em apenas 19,51% dos casos (em 8 do total de 41) ($p < 0,001$). Isso demonstra novamente que, o transporte escolar é uma garantia cuja exigibilidade é mais aceita do que o direito à creche.

O próximo argumento considerado refere-se à teoria da separação dos poderes. Como descrito no item 2.2.2., este entendimento preceitua que não cabe ao Poder Judiciário atuar no sentido de promover a efetivação dos direitos sociais. As decisões que determinam a abertura de vaga em escolas ou a disponibilização de transporte escolar configurar-se-iam interferência ilegítima do Poder Judiciário nas atribuições do Executivo.

Nos 84 julgados pesquisados, foram encontradas 40 referências a este argumento, sendo que a maioria delas (32 acórdãos) refere-se à abertura de vaga em creches²⁷⁵. Estes números confirmam a inadmissibilidade, já observada, da atuação judicial na implementação do direito à educação infantil.

Semelhante ao que acontece com o argumento da reserva do possível a alegação de interferência nos demais poderes também é usada como argumento para a não concessão do direito á educação. Prova disto está no fato de que dos 40 acórdãos que fazem referência a este entendimento 37 não tiveram suas demandas solucionadas positivamente.

Como descrito no item 2.2.2, o princípio da separação dos poderes, ou melhor dizendo, de colaboração entre os poderes, antes de ser uma mera teoria constitutiva da relação entre os poderes estatais, é instrumento indispensável à salvaguarda das liberdades e dos direitos individuais. Assim, pergunta-se: como um princípio que se destina à salvaguarda dos direitos individuais pode ser utilizado como preceito de um entendimento que busca justamente legitimar sua inobservância? (GARCIA, 2004, p.189). É preciso que se reflita sobre o conteúdo rela da teoria da separação dos poderes e sobre a finalidade para a qual ela está sendo utilizada.

²⁷⁴ Destes 35, 4 referem-se a problemas administrativos na escola, 3 matrícula criança estrangeira, 10 transporte escolar, 8 matrícula em escola, 8 vaga em creche, 2 criança com necessidades especiais.

²⁷⁵ Os demais referem-se a problemas administrativos na escola (2), vaga para criança estrangeira (1), transporte escolar (1), matrícula em escola (2) e falta de estrutura na escola (2).

O argumento do poder discricionário (item 2.2.3) segue, em muitos casos, acompanhando o argumento da separação dos poderes. Este entendimento preceitua que o Poder Judiciário não deve intervir em questões de implementação de políticas públicas, ficando a mesma ao critério do administrador. Este argumento foi referenciado em 43, dos 84 julgados, sendo a sua maioria referentes à Vaga em creche (33 acórdãos).²⁷⁶

Estes foram os dados encontrados para o Poder Judiciário do Estado de Santa Catarina. Espera-se que a realização desta pesquisa possa ter oferecido uma idéia sobre como tem se dado a efetivação do direito à educação, através da atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário.

Quanto aos argumentos utilizados para conceder ou negar o direito, tem maior incidência os seguintes entendimentos: de que a concretização do direito à educação está inserida no poder discricionário do administrador (51,19%); de que o Judiciário não deve participar da concretização deste direito (princípio da separação dos poderes - 47,61%); de que o direito à educação é norma programática sendo implementado na medida da vontade e possibilidade estatal (45,23%); e que para tanto devem ser considerados critérios econômicos (princípio da reserva do possível - 30,95%).

Apenas 41,6% dos acórdãos entendem o direito à educação como um direito público exigível. O princípio da prioridade absoluta é referenciado em apenas 8,3% dos casos. Neste sentido, é possível afirmar que o argumento da prioridade absoluta, praticamente, não é considerado quando se tem em mãos uma demanda pelo direito à educação.

Ao considerar um ou outro argumento, o jurista não revela apenas uma preferência por uma visão do direito ou da Constituição, mas adota um paradigma que refletirá na decisão daqueles envolvidos na demanda processual.

Já é tempo que os processos judiciais sejam vistos como espelhos de problemas sociais reais, que não podem ser resolvidos com a adoção asséptica e descompromissada por um ou outro entendimento doutrinário. Quando se opta por um argumento, é preciso que se tenha consciência da conseqüência prática que dele resultará.

Em relação aos julgados de primeira instância, pode se perceber um esforço dos magistrados em driblar essa série de argumentos desfavoráveis à

²⁷⁶ Os demais referem-se a problemas administrativos na escola (2), transporte escolar (3), matrícula em escola (3) e falta de estrutura na escola (2).

efetivação do direito à educação e produzir decisões mais corajosas e críticas. Estas decisões estão menos atreladas às velhas concepções de um Direito liberal, individualista e formalista.

Os dados do direito à educação, de uma forma geral, não revelam um perfil do Judiciário de 2ª instância muito negativo, encontrando-se um número de problemas resolvidos de forma positiva e negativa quase que equivalentes. Em relação ao direito à creche, que foi a maior demanda encontrada, não se pode dizer o mesmo. Em relação a este direito, prevaleceu uma postura positivista apegada a argumentos como o da norma programática e da separação dos poderes, fazendo deste direito, uma mera recomendação contida no Estatuto da Criança e do Adolescente e na Constituição.

Valendo-se das lições de Clève (2003, p. 18-19), defende-se que é preciso que se construa uma “dogmática constitucional emancipatória”. Esta dogmática apesar de respeitar, de modo integral, a normatividade constitucional, não é positivista e se preocupa em ser mecanismo de mudança da triste condição da população brasileira. Os direitos fundamentais sociais, dentre eles o direito à educação, devem ser compreendidos por esta dogmática singular, emancipatória, marcada pelo compromisso com a dignidade da pessoa humana, e com a plena efetividade dos comandos constitucionais.

Mas a utilização deste “tipo” de dogmática advém do entendimento do Direito, não mais como uma simples técnica de controle e organização social, mas como um instrumento de direção e promoção social. Uma ciência jurídica que pretenda ser muito mais um método de correção das desigualdades sociais, do que garantidor da certeza e segurança jurídica (FARIA, 1998a, p. 20).

Para a efetivação do direito à educação, é preciso se tenha, além da vontade política dos governantes, um Judiciário compromissado com as diretrizes constitucionais de prioridade absoluta e com uma doutrina de proteção das crianças e adolescentes realmente integral e plena.

Ninguém pode pretender controlar ou provocar voluntariamente uma mutação. Muita gente tem razão ao dizer que onde está não pode fazer nada ou quase nada. Mas cada um esteja onde estiver, pode, ao menos se libertar da idéia de que toda aspiração de mudança é em vão. Toda pessoa que, no mais fundo de si mesma, rejeita como mau um certo estado de coisas, pode fazer frutificar interiormente, como uma força positiva, seu desejo de mudança e viver, como diz o apóstolo “neste mundo, sem ser deste mundo”.

Em termos cristãos, isto tem um nome: esperança.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. Penas Perdidas: o sistema penal em questão. Trad. Maria Lúcia Karam. 1 ed. Niterói-RJ: Luam, 1993, p.50.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Muitas são as facetas da chamada crise do Poder Judiciário. Este fenômeno provoca questionamentos sobre a função que este Poder já exerceu e exerce na ordem jurídico-política nacional. Mazelas, que refletidas nos meios de comunicação, enfraquecem ainda mais a legitimidade que as decisões judiciais possuem perante o cidadão. Em decorrência desta debilidade, o Judiciário tem sofrido uma série de reformas na tentativa de mitigar suas falhas. Reformas que o pretendem mais célere, mais eficiente e algumas vezes o distanciam dos anseios populares e dos princípios constitucionais.

Este trabalho tem como base principal o desejo de que os compromissos constitucionais sejam realmente balizas para a atuação estatal. Ante o quadro de escassez e desigualdades sociais, a sociedade tem cobrado dos órgãos governamentais, de uma forma geral, um maior compromisso com políticas públicas que promovam a dignidade da pessoa humana. Dentre elas, sem dúvida, está o compromisso com a educação.

Para o tratamento dessas questões necessitou-se firmar alguns posicionamentos. Primeiramente, considerou-se a Constituição como um conjunto de valores e compromissos definidores da atuação dos entes estatais. Principalmente os direitos sociais, não devem ser considerados como um conjunto de programas ou recomendações a serem observadas na medida da discricionariedade do legislador. Neste sentido, a atuação de todos os poderes, inclusive o Judiciário, deve se desenvolver na tentativa de se ver efetivados os princípios e garantias fixados na Constituição.

Ao discutir a crise do Sistema de Justiça e após analisar os limites e possibilidades de atuação do Ministério Público e do Judiciário na efetivação dos direitos sociais, abordou-se o fenômeno da judicialização da política. Os estudos desse fenômeno que abrangem a atuação dos órgãos analisados, apontam as vantagens e desvantagens de se canalizar conflitos coletivos de dimensão política para o sistema judicial. Reconhecendo-se algumas desvantagens deste movimento, posicionou-se no sentido de que o Sistema de Justiça pode funcionar positivamente não como definidor e implementador de política pública na área da educação, mas como uma ferramenta complementar na luta por efetivação desses direitos. É urgente que o Sistema de Justiça possa atuar na preservação de valores e garantias constitucionais, para que os cidadãos reconheçam nessas instituições aliados na

mitigação desse quadro de desigualdades da sociedade brasileira, e não como integrantes de uma governabilidade alheia a suas necessidades.

O primeiro passo para tanto, seria o entendimento de que os direitos sociais, precipuamente o direito à educação, são objetivos constitucionais que devem ser implementados numa atuação conjunta entre todos os entes estatais e a sociedade. De natureza híbrida, o direito à educação, que vai além da simples abertura de vaga em escola, assume ao mesmo tempo a perspectiva subjetiva, configurando-se como direito plenamente exigível pelo cidadão, e a dimensão objetiva, caracterizando-se como um elemento fundamental da comunidade a ser resguardado por políticas públicas.

Na defesa da primeira faceta deste direito, o Poder Judiciário se sente mais confortável, pois muitas vezes basta determinar que o órgão público se abstenha de praticar conduta que interfira na garantia do direito. Na segunda acepção do direito, quando as condições para o seu exercício precisam ser criadas, com a garantia da vaga, ou do transporte escolar, o Poder Judiciário encontra maiores dificuldades de atuação.

A formulação e implementação de políticas sociais são atribuídas aos poderes legislativos e executivos por excelência, cujos representantes são eleitos para tanto, devendo expressar a vontade coletiva. Vários fatores interferem, entretanto, no processo de formação dessa vontade política, de modo que muitas vezes a atuação estatal não é voltada ao atendimento dos princípios e direitos constitucionalmente assegurados. Não se defende neste estudo, a idéia de que a responsabilidade pela efetivação de políticas públicas é do Poder Judiciário. Tem-se claro que este poder encontra-se muitas vezes tolhido em seus limites de atuação, não possuindo as melhores ferramentas para a consecução desses direitos. O que se pretende é que o Sistema de Justiça possa atuar quando os demais poderes se omitem ou quando estes conduzem suas ações em descompasso com o que prescreve a Constituição.

Esta atuação, além disso, pode se desenvolver em vários aspectos. Quando acionado de forma individual, estes órgãos devem agir na defesa do direito daquela criança que está sendo prejudicada, exercendo suas funções sempre com vistas no princípio da prioridade absoluta. Por outro lado, é interessante que estas instituições trabalhem também, em conjunto com o Executivo e o Legislativo, desenvolvendo programas, influenciando os Conselhos de elaboração e a aplicação de políticas públicas. Todas estas ações com o intuito de contribuir na elaboração de

uma lei orçamentária que possibilite a viabilização desses direitos de forma mais ampla mediante a efetivação de políticas adequadas.

Da mesma forma, é importante que se incentive uma atuação nem sempre mandatária das sentenças judiciais, mas que o juiz, principalmente de primeiro grau, possa funcionar como mediador desses conflitos sociais. Já se tornou freqüente em audiências e termos de ajustamento de conduta o enfrentamento de tais questões de forma mais ampla. Ao invés de se proferir uma decisão que determine a abertura de vagas em creches, o que muitas vezes ficava sem exeqüibilidade na prática, é possível realizar um trabalho com os moradores que necessitam das vagas e com os representantes da prefeitura, a fim de assegurar efetivamente o acesso dessas crianças à educação infantil ainda que gradativamente.

Tem-se muito claro que a realização dos direitos sociais passa mais perto da vontade política dos governantes e do jogo de interesses nos espaços de discussões públicas, do que das decisões judiciais. É importante, contudo, que se construam conceitos da natureza jurídica e da “força” desses direitos sociais para que tais concepções sirvam como ferramentas para efetivação dessas demandas. Talvez esta seja a maior contribuição a ser oferecida pelos operadores do direito.

Nesta perspectiva é que se analisaram alguns dos argumentos jurisprudenciais e doutrinários que são utilizados para se conceder ou negar o direito à educação pleiteado. Com a exposição destes argumentos, pretendeu-se que o direito à educação fosse compreendido não como norma programática, uma recomendação ou “aleluia jurídico” a ser implementado de acordo com a vontade do administrador. A efetivação desse direito requer sua compreensão primeiramente como um direito exigível judicialmente e ainda como um compromisso constitucional balizador da atuação de todos os entes estatais.

Um entendimento que contribua para a efetivação do direito à educação, admite a existência de um campo de liberdade necessário para a atuação dos governantes, ante a complexidade da formulação e implementação das políticas públicas. Contudo, esta discricionariedade do administrador deve respeitar os parâmetros legais e constitucionais. Este é o limite que autorizaria a intervenção judicial, sem qualquer violação ao princípio da separação dos poderes.

Um outro entendimento que assume este compromisso de realização do direito à educação, reconhece a necessidade de empenho de verbas públicas para se efetivar este direito e também o quadro de escassez de recursos governamentais. Por outro lado, julga inadmissível que se aceite a simples menção do argumento de

falta de verba, como justificativa plausível para a não-realização de um direito assegurado constitucionalmente e demandado pela população. É claro que a solução desta questão requer muito mais que decisões judiciais adequadas. O atendimento dos direitos sociais pressupõe a atuação conjunta de vários atores na construção de uma bem elaborada peça orçamentária, na qual todos possam influir na construção e execução das políticas públicas e na fiscalização dos gastos públicos. É importante que se fortaleça a presença da sociedade nesses processos de elaboração e controle da execução orçamentária. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da "reserva do possível" - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais.

Quando se trata de demandas pela efetivação do direito à educação é indiscutível o seu critério prioritário frente a outros gastos públicos. De um lado, pelo compromisso constitucional com o direito à educação e de outro pelo princípio da prioridade absoluta da criança e do adolescente. Conforme observado neste trabalho, o que vêm ocorrendo é a violação do direito constitucionalmente assegurado, com a omissão do Executivo amparado nos seguintes argumentos: de que o direito à educação é norma programática a ser implementada de acordo com a conveniência do administrador; de que a discricionariedade administrativa é imune a apreciação do Judiciário sob pena de violação ao princípio da separação dos poderes; e por tratar de direitos que demandam verba pública para sua concretização deve se sujeitar à escassez de recursos e a escala de prioridades definida pelos governantes.

Estas argumentações têm representado um bloqueio a ação de instituições como o Ministério Público que utiliza mecanismos legais teoricamente eficientes, como o Mandado de Segurança e a Ação Civil Pública. É preciso reconhecer que o princípio da prioridade absoluta é um fator importante a limitar o campo de atuação discricionária do administrador público. Este deve ser um argumento considerado na análise dos processos julgados nesta seara. Pensar de outra maneira é converter o art. 227 e o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente em meras cartas de intenções.

De acordo com o panorama exposto, efetuou-se pesquisa no Ministério Público e no Judiciário que atua na área da Infância e da Juventude da Capital para verificar como se desenvolve a atuação destas instituições na efetivação do direito à educação.

Foram pesquisados 621 processos, sendo 259 procedimentos administrativos encontrados no âmbito das Promotorias da Infância e da Juventude da Capital, 181 procedimentos referentes ao programa Apóia, 97 processos judiciais na Vara da Infância e da Juventude da Capital e 84 acórdãos recuperados do site do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

Sobre os procedimentos administrativos no âmbito do Ministério Público, é possível afirmar que estes processos têm um desempenho muito positivo. Segundo a pesquisa, 93,8% dos processos instaurados conseguem atender aos pedidos solicitados. O Programa Apóia também tem um índice positivo de retorno do aluno à sala de aula.

Nos julgados de primeira instância, de forma geral, tem-se um percentual equivalente de problemas solucionados de forma positiva e negativa. As maiores demandas encontradas referem-se à abertura de vagas em creche e a garantia de transporte escolar, com respectivamente 57,7% e 19,6%.

Nos julgamentos da Segunda instância pôde se observar que, por várias vezes, o direito à educação teve sua efetividade prejudicada com o apego do TJSC ao argumento da separação dos poderes e da impossibilidade do Poder Judiciário em intervir na conveniência e oportunidade do Executivo.

A maioria das demandas no segundo grau são referentes à abertura de vagas em creches, seguidos pelos pedidos de transporte escolar e matrícula em escola de ensino fundamental e/ou médio. Repetiu-se o baixo índice de resolubilidade (17,1%) dos pedidos de vagas em creche, sendo em sua maioria indeferidos.

É possível afirmar ainda, que o TJSC, ao apreciar recurso contra decisão que concedeu o direito à educação, tende, na maioria das vezes, a reformá-la, revogando ordem que havia efetivado o direito. Dentro dos assuntos pesquisados, os pedidos de Vaga em creche é que alcançaram os maiores índices de reforma da decisão.

Quanto aos argumentos utilizados para conceder ou negar o direito, as conclusões não são boas. Foi encontrada uma grande incidência de entendimentos no sentido de: inserir a efetivação do direito à educação na discricionariedade do administrador (51,19%); proibir a participação do Judiciário na concretização deste direito (princípio da separação dos poderes - 47,61%); caracterizar o direito à educação como norma programática que deve ser implementada na medida da

vontade e possibilidade estatal (45,23%); e que para tanto devem ser considerados critérios econômicos (princípio da reserva do possível - 30,95%).

Apenas 41,6% dos acórdãos entendem o direito à educação como um direito público exigível. O princípio da prioridade absoluta é referenciado em somente 8,3% dos casos. Neste sentido, é possível afirmar que este argumento praticamente não é considerado quando se tem em mãos uma demanda pelo direito à educação.

Ao considerar um ou outro argumento, o jurista não revela só uma preferência por uma visão do direito ou da Constituição, mas adota um paradigma que refletirá na decisão daqueles envolvidos na demanda processual. Já é tempo que os processos judiciais sejam vistos como retrato de problemas sociais que não podem ser resolvidos com o apego de um ou outro entendimento doutrinário. Quando se opta por outro argumento é preciso que se tenha consciência do resultado prático que dele resultará.

Em relação aos julgados de primeira instância pode se perceber um esforço dos magistrados em driblar essa série de argumentos desfavoráveis à efetivação do direito à educação.

Apesar disso, ao analisar os dados do direito à educação de uma forma geral, não se teve na 2ª instância um índice de resolutibilidade muito negativo, encontrando-se números equivalentes de problemas resolvidos de forma positiva e negativa. Em relação ao direito à creche, que foi a maior demanda encontrada, não se pode dizer o mesmo. Nos casos referentes a este direito prevaleceu uma postura positivista apegada a argumentos como o da norma programática e da separação dos poderes, fazendo deste direito uma mera recomendação contida no Estatuto da Criança e do Adolescente e na Constituição.

Esta diferença entre juízes de 1ª e 2ª instância talvez possa ser explicada pelo fato de, na primeira instância ter se analisado uma Vara da Infância e da Juventude, que por ter contato diário com as mazelas e necessidades da infância revela-se mais comprometida e sensível às suas demandas. A criação de Turmas especializadas da Infância e da Juventude no TJSC talvez possa contribuir para um aumento de julgamentos inseridos dentro da ótica do Estatuto e do respeito à prioridade absoluta da criança e do adolescente.

As solicitações de vagas na educação infantil merecem destaque por ser o pedido que alcançou o maior índice de não-atendimento da pretensão, desde os procedimentos administrativos até os acórdãos do Tribunal de Justiça. No TJSC

essas demandas por direito à creche têm um alto índice de indeferimento (82,9%) e ajudam a construir a grande incidência de argumentos favoráveis a norma programática, separação dos poderes e poder discricionário, respectivamente 84,21%, 80% e 76,4%.

Todos estes dados demonstram que o direito ao ensino infantil é uma demanda reprimida da comarca de Florianópolis. Infelizmente, esse direito que beneficia a criança, iniciando seu processo de aprendizagem e socialização, e as mães, que muitas vezes dependem das creches para deixar seus filhos enquanto trabalham, ainda não vêm encontrando guarida nos entendimentos do Tribunal de Justiça do Estado. Tais entendimentos não vão ao encontro da doutrina mais moderna sobre direito da criança e do adolescente. De que adianta os esforços do Ministério Público e dos juízes de primeira instância, se o Executivo conta, ao final dos processos, com a certeza de um entendimento a seu favor no Tribunal de Justiça? Esta foi a realidade observada nesta pesquisa.

Este trabalho foi construído para verificar se o Sistema de Justiça da Infância e da Juventude do Estado de Santa Catarina, representado pelos órgãos estatais atuantes na Comarca de Florianópolis, é eficiente no processo de implementação do direito à educação básica, buscando apontar onde estão as possíveis falhas do sistema. Diante todo o arcabouço doutrinário e jurisprudencial levantado e a pesquisa de campo realizada, visualiza-se uma mescla de cores alegres e tristes.

Ao mesmo tempo em que se tem uma atuação cada vez mais atuante e compromissada dos órgãos do Ministério Público e dos juízes de primeira instância, ainda se convive com entendimentos jurisprudenciais bastantes conservadores na segunda instância. Ficou demonstrada a força que o Sistema de Justiça tem na realização desses direitos, quando atua de acordo com os preceitos constitucionais. Apesar das desvantagens, trazidas por alguns autores, da atuação judicial política, é impossível, durante a realização da pesquisa empírica não se admirar com o potencial de realização de direitos sociais que estes órgãos possuem. A decisão da Justiça sobre estas questões foi visualizada como uma importante possibilidade de fiscalização da política de governo tendo como norma-parâmetro a Constituição.

O risco está em se atribuir unicamente ao Sistema de Justiça a tarefa de efetivação desses direitos. Isso porque, como foi descrito, os argumentos e decisões judiciais movem-se facilmente, ora na defesa dos direitos do cidadão e ora na

garantia de interesses menos legítimos. Há teorias para todos os intentos. Por isso defende-se uma atuação judicial subsidiária e fiscalizadora.

A hipótese central do trabalho de que o Ministério Público e o Sistema de Justiça, representado pelos órgãos estatais atuantes na Comarca de Florianópolis, não tem cumprido seu papel na efetivação do direito à educação básica, não restou confirmada. Em relação ao Ministério Público e ao Judiciário de primeira instância foi observada uma importante atuação na efetivação desses direitos. A avaliação do Judiciário de segunda instância apesar de positiva guarda algumas ressalvas.

O fato do princípio da prioridade absoluta ser quase que ignorado pelos julgados do TJSC causa preocupação. Esta questão talvez seja a única “falha” observada durante o trabalho. Todos os órgãos visitados, a despeito de estarem inseridos dentro de um quadro de crise do sistema de justiça que assola todo o país, não são órgãos desorganizados. O acesso aos dados foi bastante facilitado, pelo pronto atendimento de todos os servidores envolvidos, pela informatização do processamento judicial e pela pronta resposta às dúvidas que eventualmente surgissem.

Contudo, a forma como são apreciados os argumentos doutrinários, jurisprudenciais, legais/constitucionais, principalmente pelo TJSC, é que representou o verdadeiro óbice a concretização do direito à educação. A falta de compromisso com a questão da criança e da juventude em nosso país e o grande obstáculo a ser vencido.

De uma forma geral, após a pesquisa realizada e respondendo os objetivos específicos propostos, pode se fazer as seguintes considerações:

1 - o direito à educação deve ser compreendido como um direito fundamental de conteúdo material amplo (incluindo garantias como direito ao transporte escolar, alimentação, uniformes e outros) que abrange o ensino infantil e a educação especial.

2- o Ministério Público têm atuado na defesa deste direito. Tal afirmação pode ser comprovada pelo grande número de procedimentos administrativos solucionados positivamente nas Promotorias da Infância e da Juventude, pelo ingresso de várias Ações Civas Públicas e Mandados de Segurança e, ainda, pelo envolvimento em programas interinstitucionais como o APÓIA.

3- o Judiciário de primeira e segunda instância possui índices medianos de resolubilidade do problema com números de problemas resolvidos e não resolvidos equivalentes. Na segunda instância, têm-se um perfil mais conservador na

apreciação das demandas, com baixa utilização do argumento da prioridade absoluta da criança e do adolescente, prevalecendo-se argumentos como norma programática, separação dos poderes e discricionariedade administrativa.

O Sistema de Justiça deve assumir a posição a ele reservada pela Constituição Federal. Novas pesquisas poderão ser realizadas em outros estados brasileiros para verificar o grau de comprometimento do Sistema de Justiça com estas questões, inclusive (re)discutindo a atuação política do órgãos analisados, a consideração ou não dos argumentos apresentados e, ainda, uma análise que envolva outras instituições, como por exemplo o Conselho Tutelar. Além disso, destaca-se a importância de se construir trabalhos que aprofundem teoricamente cada um dos argumentos apontados, para que a utilização dos mesmos se dê de acordo com os preceitos constitucionais.

É imprescindível que o cidadão possa valer-se das competências judiciais como mais uma forma de luta por efetivação dos direitos fundamentais assegurados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALVES-MAZZOTTI, Alda Judith; GEWANDSZNAJDER, Fernando. **O método nas ciências naturais e sociais: pesquisa quantitativa e qualitativa**. 2 ed. São Paulo: Thompson, 1998.

AMARAL, Gustavo. Interpretação dos direitos fundamentais e conflito entre poderes. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.) **Teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001a.

_____. **Direito, escassez & escolha**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001b.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Cidadania: do direito aos direitos humanos**. São Paulo: Acadêmica, 1993.

APPIO, Eduardo Fernando. **A atuação do Poder Judiciário e a efetividade do direito fundamental à saúde prestacional**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2002.

ARANTES, Rogério Bastos. Direito e política: o Ministério Público e a defesa dos direitos coletivos. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, n 39, vol.14, fevereiro, 1999.

_____; KERCHE, Fábio. Judiciário e democracia no Brasil. **Revista Novos Estudos**, n 54, p.27- 41, julho, 1999.

_____. **Ministério Público e a política no Brasil**. São Paulo: EDUC Sumaré FAPESP, 2002.

ARAÚJO, Cloves dos Santos. Os conflitos agrários e os limites da atuação do Judiciário. **Revista Constituição e Democracia**. n.07, Setembro, Brasília: UNB - SINDJUSDF, 2006.

ARAÚJO, Rosalina Corrêa de. **O Estado e o poder judiciário no Brasil**. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2000.

ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de. **Ensino jurídico e sociedade** – formação, trabalho e ação social. São Paulo-SP: Acadêmica,1989.

ATCHE, Elusa Cristina Costa Silveira. **O controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2004.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2 ed. São Paulo-SP: Malheiros, 1996.

BARBETTA, Pedro Alberto. **Estatística aplicada às ciências sociais**. 5. ed. Florianópolis: Editora da UFSC, 2002.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000

_____. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BASTOS, Aurélio Wander. **Conflitos sociais e limites do poder judiciário**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1994.

BERCOVICI, Gilberto. A problemática da Constituição Dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. **Brasília: Revista da Informação Legislativa**. Ano 36 n. 142, 1999.

_____. Constituição política : uma relação difícil. **Lua Nova: Revista de cultura e política**. n.61, p.5-23, 2004.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ação civil pública**. Florianópolis: Obra Jurídica, 1996.

BRESSAN, Carla. A educação infantil no Brasil: o que mudou nas últimas décadas? **Boletim Orçamento & Política da Criança e do Adolescente**: uma publicação do INESC- Instituto de Estudos Socioeconômicos. Ano III, nº 13, outubro de 2002. Disponível em: <<http://www.inesc.org.br/pt/index.php>> Acesso em: 05 jun 2006

BRUNING, Raulino Jaco. **História do Ministério Público catarinense**. Florianópolis: Habitus, 2001.

CALAMANDREI, Piero. **Processo y democracia**. Buenos Aires: Europa-América, 1960.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. Magistratura, sistema jurídico e sistema político. In: FARIA, José Eduardo. **Direito e justiça** : a função social do Judiciário. 2. ed. São Paulo : Ática, 1994a.

_____. O Judiciário e a democracia no Brasil. Revista USP, **Dossiê Judiciário**, Universidade de São Paulo, São Paulo, n. 21, mar, abril, maio, 1994b.

_____. O trabalhador e o direito à saúde: a eficácia dos direitos sociais e discurso neoliberal. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; DI GIORGI, Beatriz; PIOVESAN, Flávia. **Direito, cidadania e justiça**: ensaios sobre lógica, interpretação, teoria, sociologia e filosofia jurídicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____. Os desafios do Judiciário: um enquadramento teórico. In: FARIA, José Eduardo (Org.) **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra :Coimbra, 1991.

_____. Rever ou romper com a Constituição dirigente?: Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo. In: **Revista dos Tribunais** - Cadernos de Direito constitucional e Ciência política. São Paulo, n.15, 1998.

_____. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

_____. **Constituição dirigente e vinculação do legislador** – contributo para compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Portugal: Coimbra, 2001.

_____. **Estudo sobre direitos fundamentais**. Coimbra, Coimbra Editora, 2004.

_____. Das Constituições dos direitos à crítica dos direitos. **Revista de Direito público**. V.1, n. 1 julho/setembro. Porto Alegre: Síntese. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito público, 2005

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris,1993.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma abordagem. **Revista de Sociologia e Política**. Curitiba, n. 23, p. 115-126, novembro, 2004.

CASTRO, Marcus Faro. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, n 34, vol.12, junho, 1997.

CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. **A democratização do poder judiciário**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.

CHAVES, José Pericles. Reforma do Poder Judiciário, fatos históricos e alguns aspectos polêmicos . **Jus Navigandi**, Teresina, a. 7, n. 95, 6 out. 2003. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4212>>. Acesso em: 13 set. 2004 .

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**: elementos da filosofia constitucional contemporânea. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2000.

CLÉVE, Clémerson Merlin. **O problema da legitimação do Poder Judiciário e as decisões judiciais no Estado Democrático de Direito**. In: A Constituição democrática brasileira e o Poder Judiciário. Série Debates n. 20. São Paulo: Fundação Konrad – Adenauer- Stiftung – Centro de Estudos, 1999.

_____. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. **Revista Latino Americana de Política, Filosofia y Derecho - Crítica Jurídica**. Fundación Iberoamericana de Derechos Humanos, n.22, jul/dez, 2003.

COLAÇO, Thais Luzia. Uma visão interdisciplinar das fontes de pesquisa. **Anais do XIII Congresso Nacional do CONPEDI - Conselho Nacional de Pesquisa em Direito**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p.841-849.

COLOMBO, Carlos Alberto. Os julgamentos do Supremo Tribunal Federal: violações aos direitos constitucionais e ilegitimidade política. In: COELHO, Rogério Viola (Org.) **Revista Democracia e mundo do trabalho**: o Estado em transformação na perspectiva dos trabalhadores. Porto Alegre: Camargo, Coelho, Maineri e Advogados Associados n. 3, p.119-159, 2001.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2001.

DAKOLIAS, Maria. **O setor judiciário na América Latina e no Caribe**: elementos para reforma. Washington: Banco Mundial, 1996. (Documento Técnico n.º 319) Disponível em: <<http://www.anamatra.org.br/downloads/documento318.pdf>> Acesso em: 16 nov.2005

DEMO, Pedro. **Pesquisa**: princípio científico e educativo. 9. ed. São Paulo: Cortez, 2002.

DOBROWOLSKI, Silvio. O Poder Judiciário e a constituição. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília-DF. n. 136, ano 34, out/dez 1997.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. Porto Alegre: Globo, 1977.

FARIA, Jose Eduardo. **Justiça e conflito: os juízes em face dos novos movimentos sociais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

_____. Os desafios do Judiciário. In: Revista USP, **Dossiê Judiciário**, Universidade de São Paulo, São Paulo, n. 21, mar, abril, maio, 1994.

_____. A crise do Poder Judiciário no Brasil. In: **Justiça e Democracia**, n. 01, Associação dos juízes para a democracia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996a.

_____. **Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas**. São Paulo: Malheiros, 1996b.

_____. Introdução: O Judiciário o desenvolvimento sócio-econômico. In: FARIA, José Eduardo (Org.) **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 1998a.

_____. O Judiciário e os Direitos humanos e sociais: notas para uma avaliação da justiça brasileira. In: FARIA, José Eduardo (Org.) **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 1998b.

_____. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. O sistema brasileiro de Justiça: uma experiência recente e futuros desafios. **Revista Estudos Avançados**, vol.18, n.51, p.103-125, São Paulo, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Madrid: Trotta, 1995.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? Revista USP, **Dossiê Judiciário**, Universidade de São Paulo, São Paulo, n. 21, mar, abril, maio, 1994.

_____. **Direito, retórica e comunicação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

FERREIRA, Camila Duran et. al. **O judiciário e as políticas de saúde no Brasil: o caso AIDS**. Monografia premiada no concurso de monografias Prêmio Ipea/Caixa 40 Anos, julho, 2004. Disponível em: <<http://www.usp.br/nepaids/monoipeapet.pdf>>. Acesso em 29 jun 2006.

FERREIRA, Luiz Antonio Miguel. **O papel do Ministério Público na política de atendimento à criança e ao adolescente**. Palestra proferida no Curso de Capacitação para Conselheiros Municipais realizado pela Fundação Prefeito Faria Lima – CEPAM – 10 e 11 de outubro de 2002 em Presidente Prudente. Disponível em : <<http://www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/26-10.pdf>>. Acesso em: 10 nov 2006.

FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição Federal**. São Paulo: Saraiva, 1995.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. 10 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1981.
_____. **Pedagogia da autonomia**. São Paulo: Paz e Terra, 1997.

GARAPON, Antonie. **O Juiz e a democracia: o guardião das promessas**. Trad.: Maria Luzia de Carvalho. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001

GARCIA, Emerson. O direito à educação e sua perspectiva de efetividade. In: GARCIA, Emerson (Coord.) **A efetividade dos direitos sociais**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. **Direito posto e direito presuposto**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

GRIFFIN, Stephen M. Judicial Supremacy and Equal Protection in a Democracy of Rights. University of Pennsylvania. **Journal of Constitutional Law**. Volume 4, Janeiro de 2002, nº 2.p. 281-313.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Direitos Fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade. In: GUERRA FILHO, Willis Santiago (Coord). **Dos direitos humanos aos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

HABERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. 01.

HALIS, Denis de Castro. **A Supremacia judicial em discussão**: formulação de decisões, ativismo e justiça substantiva. Trabalho apresentado no 4º Encontro Nacional da ABCP - Associação Brasileira de Ciência Política, nos dias 21 a 24 julho 2004 – Pontifícia Universidade Católica – Rio de Janeiro.

HERKENHOFF, João Baptista. **Dilemas da educação**: dos apelos populares à Constituição. São Paulo: Cortez, 1989.

_____. **Para onde vai o direito?** Reflexões sobre o papel do direito e do jurista. 3. ed. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2001.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HOLMES, Stephen and SUNSTEIN, Cass R. **The cost of right: why liberty depends on taxes**. New York: Norton & Co, 1999.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

KOERNER, Andrei. **Judiciário e cidadania na constituição da república brasileira**. São Paulo: Hucitec, Departamento de Ciência Política, USP, 1998.

_____. O debate sobre a reforma judiciária. **Revista Novos Estudos**, n.54, p.11- 26, julho, 1999.

KONZEN, Afonso Armando. O direito à educação escolar. In: KONZEN, Afonso Armando et. al. **Encontros pela Justiça na educação**. FUNDESCOLA/MEC, Brasília, 2000a.

_____. Conselho tutelar, escola e família - parcerias em defesa do direito à educação. In: KONZEN, Afonso Armando et. al. **Encontros pela Justiça na educação**. FUNDESCOLA/MEC, Brasília, 2000b.

KRELL, Andreas. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa). **Revista da Informação legislativa**. Brasília ano 36, n.144, 1999.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1993.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 8. ed. Revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2004a.

_____. **Direito à educação** : uma questão de justiça. São Paulo: Malheiros, 2004b.

LIMA, Miguel Moacyr Alves. **O Ministério Público do Estado de Santa Catarina: diagnóstico e perspectiva de sua função social**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 1987.

_____. **O direito da criança e do adolescente: fundamentos para uma abordagem principiológica**. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2001.

LOBATO, Anderson Orestes Cavalcante. Política, constituição e justiça: os desafios para a consolidação das instituições democráticas. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, n. 17, novembro, 2001. Disponível em:

<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010444782001000200005&Ing=en&nrm=iso>. Acesso em: 20 out 2006.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. In: Os Pensadores, 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Justiça e Poder Judiciário ou a virtude confronta a instituição. In: Revista USP, **Dossiê Judiciário**, Universidade de São Paulo, São Paulo, n. 21, mar, abril, maio, 1994.

_____. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do judiciário no Estado social de direito. In: FARIA, José Eduardo. (Org.) **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 1998.

LOPES, Júlio Aurélio Vianna. **Democracia e cidadania: o novo Ministério Público brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumens Júris, 2000.

MACCALÓZ, Salete Maria Polita. **O Poder Judiciário, os meios de comunicação e opinião pública**. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2002.

MACHADO, Antonio Alberto; GOULART, Marcelo Pedroso. **Ministério público e direito alternativo: o Ministério Público e a defesa do regime democrático e da ordem jurídica**. São Paulo: Acadêmica, 1992.

MACIEL, Débora Alves e KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. **Revista Lua Nova**, n.57, São Paulo, 2002.

MACIEL, Cláudio Baldino. **O juiz independente no Estado Democrático**. Âmbito Jurídico, ago/2001 Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br/aj/cron0148.htm>> Acesso em: 10 nov 2005.

MALISKA, Marcos Augusto. **O direito à educação e a Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A Ação Civil Pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas. In: MILARÉ, Édis et al. **Ação Civil Pública**: Lei 7.347/1985 - 15 anos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MANZINI-COVRE, Maria de Lourdes. **O que é cidadania**. 3 ed. São Paulo: Brasiliense, Coleção Primeiros Passos n. 20, 1991.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na 'sociedade órfã'. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, n. 58, p. 185, nov. 2000.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **O Ministério Público no Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: <[http://www.mp.sp.gov.br/cao infancia/Doutrina/O%20MINIST%C3%89RIO%20P%C3%9ABLICO%20NO%20ECA%20\(revisto\).doc.>](http://www.mp.sp.gov.br/cao infancia/Doutrina/O%20MINIST%C3%89RIO%20P%C3%9ABLICO%20NO%20ECA%20(revisto).doc.>)
Acesso 30.06.03.

MEDRONHO, Roberto A. et al. **Epidemiologia**. São Paulo: Atheneu, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2003.

MÉNDEZ, Emilio García. **Infância e cidadania na América Latina**. Trad. Ângela Maria Tijiwa. São Paulo: Hucitec/Instituto Ayrton Senna, 1998.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de metodologia da pesquisa no Direito**. São Paulo: Saraiva, 2003.

MILARÉ, Edis, et al. **Ação civil pública**: lei 7.347/1985 - 15 anos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MINAYO, Maria Cecília de Souza, DESLANDES, Suely Ferreira, CRUZ NETO, Otávio, GOMES, Romeu. **Pesquisa social**: teoria, método e criatividade. 22 ed. Petrópolis-RJ: Vozes, 2003.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 3 ed., tomo IV. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. **Do espírito das Leis**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MORAIS, José Luis Bolzan de. **Do direito social aos interesses transindividuais: o Estado e o direito na ordem contemporânea**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1996.

_____. **A idéia de direito social: o pluralismo jurídico de Georges Gurvitch**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

OLIVEIRA, Olga Maria B. Aguiar. **Monografia jurídica: orientações metodológicas para o trabalho de conclusão de curso**. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 2001.

OLIVEIRA, Vanessa Elias de. Judiciário e privatizações no Brasil: existe uma judicialização da política? **Revista Dados**, vol. 48, no. 3 pp. 559-686, 2005.

OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de. O Poder Judiciário na concretização do Estado Democrático de Direito após 1988. In: SCAFF, Fernando Facury (Org.). **Constitucionalizando direitos: 15 anos de constituição brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PAULA, Paulo Afonso Garrido de. O Ministério Público. In: KONZEN, Afonso Armando et. al. **Encontros pela Justiça na educação**. FUNDESCOLA/MEC, Brasília, 2000.

PEREIRA, Tânia da Silva. **O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

PEREZ LUÑO, Antônio E. **Los derechos fundamentales**. 7. ed. Madrid: Tecnos, 1998.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito Administrativo**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

PINHEIRO, Armando Castelar. **Direito e economia num mundo globalizado: cooperação ou confronto?**. Texto para Discussão n.º 963. Rio de Janeiro, 2003a. Disponível em: <www.ipea.gov.br>. Acesso em: 07 nov. 2005.

_____. **Judiciário, reforma e economia:** a visão dos magistrados. Texto para Discussão n.º 966. Rio de Janeiro, 2003b. Disponível em: <www.ipea.gov.br>. Acesso em: 30 jun. 2004.

PIOVESAN, Flávia. Constituição e transformação social: a eficácia das normas constitucionais programáticas e a concretização dos direitos e garantias fundamentais. **Revista da Procuradora Geral do Estado de São Paulo**. Centro de Estudos, n.37, São Paulo, junho, 1992.

_____; VIEIRA, Renato Stanziola. **Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos no Brasil:** desafios e perspectivas. In: Araucária primer, Universidade de Sevilla, Espanha, n.15, vol.08, 2006, p.128-146. Disponível em: <<http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=28281509>>. Acesso em: 28 set. 2006.

PRIORE, Mary del (Org.). **História da criança no Brasil**. 3. ed. São Paulo: Contexto, 1995.

QUIVY, Raymond, CAMPENHOUDT, Luc Van. **Manual de Investigação em ciências sociais**. Trad.: João Minhoto Marques e Maria Amália Mendes. Portugal: Gradiva, 1992.

RAWLS, John. **Liberalismo político**. Tradução de Sergio René Madero Báez, México: Fondo de Cultura Económica, 1995.

ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o Poder Judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1995.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Ensino jurídico e direito alternativo**. São Paulo: Acadêmica, 1993.

ROSENN, Keith. **O jeito na cultura jurídica brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

SADEK, Maria Tereza Aina. **Poder Judiciário:** perspectivas de reforma. Opinião Pública [online]. Vol.10, n.1, 2004, p.01-62. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-62762004000100002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 12 jun.2005

SALLES, Carlos Alberto de; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Processo civil e interesse público**: o processo como instrumento de defesa social. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. Os tribunais nas sociedades contemporâneas. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. N. 30, fevereiro, 1996.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SÊDA, Edson. **O novo Direito da criança e do adolescente**. Brasília: Ministério da Ação Social, 1991.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6.ed. São Paulo, Malheiros, 2003.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Princípios e regras**: mitos e equívocos acerca de uma distinção. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais n.1, jan./jun. 2.003, p. 607-630. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOIBELMAN, Félix. Súmula vinculante na Emenda Constitucional nº 45/2004. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 9, n. 618, 18 mar. 2005. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6392>> Acesso em: 20 jun. 2005.

SOUZA, Maria Lúcia Gomes de. **A função jurisdicional e os direitos sociais**: a legitimidade democrática do poder judiciário. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2005.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TATE, Neal; VALLINDER, Torbjörn. **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995.

TAYLOR, Charles; GUTMANN, Amy. **Multiculturalism**: examining the politics of recognition. Princeton: Princeton University Press, 1994.

TORRES, Ricardo Lobo (Org.) **Teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

VERDÚ, Pablo Lucas. **O sentimento constitucional**: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política. Tradução de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Acesso à Justiça**: a defesa dos interesses difusos da criança e do adolescente – ficção ou realidade? Tese (doutorado em Direito) Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis:1994.

_____; SILVA, Moacyr Motta da . **A tutela jurisdicional dos direitos da criança e do adolescente**. São Paulo: LTr, 1998.

_____. **Os direitos da criança e do adolescente**. São Paulo: LTr, 1999.

_____(Org.). **Violência e exploração sexual infanto-juvenil**: crimes contra a humanidade. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2005.

_____. **Direito da criança do adolescente**: volume 5. Coleção Resumos Jurídicos, Valdemar P. da Luz (Coord.). Florianópolis: OAB/SC, 2006.

VIANNA, Luís Werneck; et. al. **Corpo e alma da magistratura brasileira**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

_____. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

_____.; BURGOS, Marcelo Baumann. Entre princípio e regras (cinco estudos de caso de Ação Civil Pública). In: **Cadernos CEDES**. Rio de Janeiro: IUPERJ, 2005. Disponível em:<<http://cedes.iuperj.br>>. Acesso em 09 set. 2005.

VIEIRA, Cleverton Elias. **A Ação Civil Pública como instrumento de garantia da educação básica**. Monografia (Graduação em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2002.

_____. **A questão dos limites na educação infanto – juvenil sob a perspectiva da doutrina da proteção integral: rompendo um mito**. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2005.

VIEIRA, Sonia. **Introdução à bioestatística**. 5. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1988.

VILHENA VIEIRA, Oscar. **Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política**. São Paulo: Malheiros, 2002.

WALZER, Michael. **Las esferas de la justicia: una defensa del pluralismo y la igualdad**. Mexico, D.F.: Fondo de Cultura Economica, 1993.

_____; MILLER, David. **Pluralism, justice, and equality**. Oxford: Oxford University Press, 1995.

_____. **Da tolerância**. São Paulo : Martins Fontes, 1999.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito**. 3 ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001.

_____. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Poder Judiciário: crises, acertos e desacertos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

Anexos

1.1 Lista de processos administrativos pesquisados na 10ª e 15ª Promotoria da Infância e da Juventude da Capital

Promo- toria	Tipo de Procedimento	N.º Proc CSMP	ANO	N.º Proc	Ano	Objeto	Reclamação atendida
10ª	Representação			1	2001	Falta de estrutura/profissionais na escola	sim
10ª	Inquérito Civil			1	2001	Vaga em creche	Informação insuficiente
10ª	Processo Administrativo			7	2001	Falta de estrutura/profissionais na escola	sim
10ª	Representação	-		14	2001	Matrícula em escola	sim
10ª	Representação	-		18	2001	Falta de estrutura/profissionais na escola	sim
10ª	Representação			19	2001	Matrícula em escola	sim
10ª	Representação	-		35	2001	Vaga em creche	sim
10ª	Ação Mandamental			40	2001	Vaga em creche	Informação insuficiente
10ª	Representação	-		41	2001	Matrícula em escola	sim
10ª	Representação	-		45	2001	Matrícula em escola	sim
10ª	Representação			46	2001	transporte escolar	sim
10ª	Representação	-		52	2001	Problemas administrativos na escola	sim
10ª	Representação	-		54	2001	Denúncias de violência na escola	sim
10ª	Representação			57	2001	Problemas administrativos na escola	sim
10ª	Representação	-		60	2001	transporte escolar	sim
10ª	Representação	-		63	2001	Matrícula em escola	sim
10ª	Representação			64	2001	Matrícula em escola	sim
10ª	Representação			67	2001	Vaga em creche	sim
10ª	Representação			68	2001	Vaga em creche	Informação insuficiente
10ª	Representação	2246	2001	69	2001	transporte escolar	sim
10ª	Representação			86	2001	transporte escolar	sim

10ª	Representação	1933	2002	87	2001	Transporte escolar	sim
10ª	Processo Administrativo	2315	2002	88	2001	Denúncias de violência na escola	sim
10ª	Representação			89	2001	Vaga em creche	Sim
10ª	Representação			92	2001	Vaga em creche	Sim
10ª	Representação	1888	2002	95	2001	transporte escolar	sim
10ª	Representação	-		98	2001	Falta de estrutura/profissionais na escola	sim
10ª	Representação	-		99	2001	Matrícula em escola	sim
10ª	Representação			120	2001	Problemas administrativos na escola	sim
10ª	Representação	1684	2002	163	2001	Vaga em creche	não
10ª	Representação	-		168	2001	transporte escolar	não
15ª	Representação	2691	2001	191	2001	Falta de estrutura/profissionais na escola	sim
10ª	Representação			193	2001	Retenção de histórico escolar	sim
10ª	Representação	1651	2001	199	2001	Vaga em creche	não
10ª	Representação	2237	2001	204	2001	Denúncias de violência na escola	sim
10ª	Representação			208	2001	Vaga em creche	não
10ª	Representação			215	2001	Vaga em creche	não
10ª	Representação	-		216	2001	Matrícula em escola	sim
10ª	Representação	1876	2002	218	2001	Matrícula em escola	sim
10ª	Representação			218	2001	Problemas administrativos na escola	não
10ª	Representação	2207	2002	4	2002	Problemas administrativos na escola	sim
10ª	Representação	2037	2002	5	2002	Expulsão de aluno	sim
15ª	Inquérito Civil	3956	2002	5	2002	transporte escolar	sim
10ª	Representação	1905	2002	12	2002	Matrícula em escola	sim
10ª	Representação	1825	2002	14	2002	Matrícula em escola	sim
10ª	Representação	1906	2002	15	2002	Matrícula em escola	sim

10ª	Representação	1907	2002	16	2002	Matrícula em escola	sim
10ª	Representação	1908	2002	17	2002	Matrícula em escola	sim
10ª	Representação	1909	2002	17	2002	Matrícula em escola	sim
10ª	Representação	1910	2002	19	2002	Matrícula em escola	sim
10ª	Representação	1911	2002	20	2002	Matrícula em escola	sim
10ª	Representação	1912	2002	21	2002	Matrícula em escola	sim
10ª	Representação	-		22	2002	Matrícula em escola	sim
10ª	Representação	1913	2002	23	2002	Matrícula em escola	sim
10ª	Representação	1914	2002	25	2002	Matrícula em escola	sim
10ª	Representação	1915	2002	26	2002	Matrícula em escola	sim
10ª	Representação	-		27	2002	Matrícula em escola	sim
10ª	Representação	-		28	2002	Problemas administrativos na escola	sim
10ª	Representação	1837	2002	34	2002	Falta de estrutura/profissionais na escola	sim
10ª	Representação	-		35	2002	Problemas administrativos na escola	sim
10ª	Representação	-		36	2002	Falta de estrutura/profissionais na escola	sim
10ª	Representação	2129	2002	41	2002	Problemas administrativos na escola	sim
10ª	Representação	-		42	2002	Problemas administrativos na escola	sim
10ª	Representação	1980	2002	45	2002	Denúncias de violência na escola	sim
10ª	Representação	-		49	2002	Problemas administrativos na escola	sim
15ª	Representação	3373	2002	52	2002	Falta de estrutura/profissionais na escola	sim
10ª	Representação	2040	2002	54	2002	Transporte escolar	não
10ª	Representação	-		55	2002	Problemas administrativos na escola	Informação insuficiente
10ª	Representação	-		56	2002	Matrícula em escola	sim
10ª	Representação	-		66	2002	Expulsão de aluno	sim
10ª	Representação	2247	2002	70	2002	Expulsão de aluno	sim

10ª	Representação	-	71	2002	Expulsão de aluno	sim	
10ª	Representação	2238	2002	72	2002	Retenção de histórico escolar	sim
10ª	Representação	2363	2002	74	2002	Problemas administrativos na escola	sim
10ª	Representação		76	2002	transporte escolar	sim	
10ª	Representação	2311	2002	78	2002	Retenção de histórico escolar	sim
10ª	Representação	-	84	2002	Expulsão de aluno	sim	
10ª	Procedimento Administrativo Preliminar		84	2002	Denúncias de violência na escola	sim	
10ª	Representação	2328	2002	85	2002	Aluno com problemas psicológicos/saúde/mentais	sim
10ª	Representação	2322	2002	87	2002	Falta de estrutura/profissionais na escola	sim
10ª	Representação	-	88	2002	transporte escolar	sim	
10ª	Representação	-	92	2002	Retenção de histórico escolar	sim	
10ª	Representação	-	97	2002	Matrícula em escola	sim	
10ª	Representação	-	99	2002	Problemas administrativos na escola	sim	
15ª	Representação	3677	2002	100	2002	Problemas administrativos na escola	sim
10ª	Representação	2670	2002	107	2002	Problemas administrativos na escola	sim
10ª	Representação	2601	2003	2	2003	Matrícula em escola criança estrangeira	sim
10ª	Representação	2603	2003	3	2003	transporte escolar	sim
10ª	Representação	-	4	2003	Problemas administrativos na escola	não	
15ª	Representação	3986	2003	4	2003	Falta de estrutura/profissionais na escola	sim
10ª	Representação	-	5	2003	transporte escolar	sim	
15ª	Inquérito Civil		5	2003	Falta de estrutura/profissionais na escola	sim	
10ª	Representação	-	8	2003	Matrícula em escola	sim	
10ª	Representação	-	10	2003	Matrícula em escola	sim	
10ª	Representação	-	12	2003	Matrícula em escola	sim	

10ª	Representação		13	2003	Matrícula em escola	sim	
10ª	Representação	-	21	2003	Matrícula em escola	sim	
10ª	Representação	2913	2003	22	2003	transporte escolar	sim
10ª	Representação		23	2003	Matrícula em escola	sim	
10ª	Representação	-	25	2003	Matrícula em escola	sim	
10ª	Representação	-	26	2003	Problemas administrativos na escola	sim	
10ª	Representação	2683	2003	27	2003	Problemas administrativos na escola	sim
10ª	Representação	2914	2003	28	2003	transporte escolar	sim
15ª	Representação	-	35	2003	Falta de estrutura/profissionais na escola	Informação insuficiente	
15ª	Representação	-	38	2003	transporte escolar	sim	
10ª	Representação	2812	2003	44	2003	Expulsão de aluno	sim
10ª	Representação	2834	2003	46	2003	Falta de estrutura/profissionais na escola	sim
10ª	Representação	-	52	2003	Aluno com problemas psicológicos/saúde/mentais	sim	
10ª	Representação	-	55	2003	Matrícula em escola	sim	
10ª	Representação	-	57	2003	Matrícula em escola criança estrangeira	sim	
10ª	Representação		60	2003	Expulsão de aluno	sim	
10ª	Representação	-	62	2003	Retenção de histórico escolar	sim	
10ª	Procedimento Administrativo Preliminar		64	2003	Transporte escolar	sim	
10ª	Representação	2915	2003	67	2003	Problemas administrativos na escola	sim
10ª	Representação		68	2003	Problemas administrativos na escola	sim	
10ª	Representação		79	2003	transporte escolar	sim	
10ª	Representação		82	2003	transporte escolar	sim	
10ª	Representação		83	2003	transporte escolar	sim	
15ª	Representação		86	2003	Vaga em creche	sim	

15ª	Representação	3629	2004	1	2004	transporte escolar	sim
10ª	Representação			1	2004	Retenção de histórico escolar	sim
10ª	Representação	3797	2004	1	2004	Superlotação de alunos em sala de aula	sim
10ª	Representação	4232	2004	1	2004	Superlotação de alunos em sala de aula	sim
10ª	Representação			2	2004	Retenção de histórico escolar	sim
10ª	Representação	3798	2004	2	2004	Superlotação de alunos em sala de aula	sim
10ª	Representação	4989	2004	2	2004	Superlotação de alunos em sala de aula	sim
10ª	Representação	3683	2004	2	2004	Superlotação de alunos em sala de aula	sim
10ª	Representação	-		2	2004	Matrícula em escola	sim
10ª	Representação	-		3	2004	Problemas administrativos na escola	sim
10ª	Representação	3799	2004	3	2004	Superlotação de alunos em sala de aula	sim
10ª	Representação	3684	2004	3	2004	Superlotação de alunos em sala de aula	sim
15ª	Representação			4	2004	Vaga em creche	sim
10ª	Representação	3800	2004	4	2004	Superlotação de alunos em sala de aula	sim
10ª	Representação	3685	2004	4	2004	Superlotação de alunos em sala de aula	sim
10ª	Representação			4	2004	transporte escolar	sim
10ª	Representação	3801	2004	5	2004	Superlotação de alunos em sala de aula	sim
10ª	Representação	4233	2004	5	2004	Superlotação de alunos em sala de aula	sim
10ª	Representação	-		5	2004	Problemas administrativos na escola	sim
15ª	Representação			6	2004	Falta de estrutura/profissionais na escola	sim
10ª	Representação	-		6	2004	Problemas administrativos na escola	sim
10ª	Representação	3802	2004	6	2004	Superlotação de alunos em sala de aula	sim
10ª	Representação	4236	2004	6	2004	Superlotação de alunos em sala de aula	sim
10ª	Representação			7	2004	Problemas administrativos na escola	sim
10ª	Representação	4607	2004	7	2004	Superlotação de alunos em sala de aula	sim

10ª	Representação	3803	2004	7	2004	Superlotação de alunos em sala de aula	sim
10ª	Representação	-		8	2004	Matrícula em escola	sim
10ª	Representação	3804	2004	8	2004	Superlotação de alunos em sala de aula	sim
10ª	Representação	-		9	2004	Problemas administrativos na escola	sim
10ª	Representação	4235	2004	9	2004	Superlotação de alunos em sala de aula	sim
10ª	Representação	3805	2004	9	2004	Superlotação de alunos em sala de aula	sim
15ª	Representação	4559	2004	10	2004	Superlotação de alunos em sala de aula	sim
10ª	Representação	-		10	2004	Matrícula em escola criança estrangeira	sim
10ª	Processo Administrativo			10	2004	Vaga em creche	sim
10ª	Representação	-		11	2004	Falta de estrutura/profissionais na escola	sim
10ª	Processo Administrativo	5093	2004	11	2004	Superlotação de alunos em sala de aula	sim
10ª	Representação	4234	2004	11	2004	Superlotação de alunos em sala de aula	sim
10ª	Processo Administrativo	5094	2004	12	2004	Superlotação de alunos em sala de aula	sim
10ª	Representação	4605	2004	12	2004	Superlotação de alunos em sala de aula	sim
10ª	Representação			13	2004	Superlotação de alunos em sala de aula	sim
10ª	Representação	3806	2004	13	2004	Superlotação de alunos em sala de aula	sim
10ª	Representação	3807	2004	14	2004	Superlotação de alunos em sala de aula	sim
10ª	Representação	3686	2004	14	2004	Superlotação de alunos em sala de aula	sim
15ª	Representação			14	2004	transporte escolar	sim
15ª	Representação			15	2004	Superlotação de alunos em sala de aula	sim
10ª	Representação	3808	2004	15	2004	Superlotação de alunos em sala de aula	sim
15ª	Representação	4717	2004	16	2004	Superlotação de alunos em sala de aula	sim
15ª	Representação			16	2004	Problemas administrativos na escola	sim
15ª	Representação			17	2004	Problemas administrativos na escola	sim
10ª	Representação	4557	2004	17	2004	Superlotação de alunos em sala de aula	sim

10ª	Representação	4603	2004	18	2004	Superlotação de alunos em sala de aula	sim
10ª	Representação	4558	2004	18	2004	Superlotação de alunos em sala de aula	sim
10ª	Representação	4719	2004	19	2004	Superlotação de alunos em sala de aula	sim
15ª	Representação			20	2004	Matrícula em escola criança estrangeira	sim
15ª	Representação	4720	2004	20	2004	Superlotação de alunos em sala de aula	sim
10ª	Processo Administrativo	5091	2004	21	2004	Superlotação de alunos em sala de aula	sim
10ª	Representação	4531	2004	21	2004	Superlotação de alunos em sala de aula	sim
10ª	Processo Administrativo	5090	2004	22	2004	Superlotação de alunos em sala de aula	sim
10ª	Representação	4608	2004	23	2004	Superlotação de alunos em sala de aula	sim
10ª	Processo Administrativo	5092	2004	23	2004	Superlotação de alunos em sala de aula	sim
10ª	Processo Administrativo			24	2004	Problemas administrativos na escola	sim
15ª	Representação			26	2004	transporte escolar	sim
10ª	Representação	3687	2004	26	2004	Superlotação de alunos em sala de aula	sim
10ª	Representação	3688	2004	27	2004	Superlotação de alunos em sala de aula	sim
15ª	Representação			30	2004	Transporte escolar	sim
10ª	Processo Administrativo			30	2004	Denúncias de violência na escola	sim
10ª	Representação	-		30	2004	Problemas administrativos na escola	sim
10ª	Representação	-		31	2004	Problemas administrativos na escola	sim
10ª	Representação	-		32	2004	Denúncias de violência na escola	sim
15ª	Representação			32	2004	Matrícula em escola criança estrangeira	sim
10ª	Representação			33	2004	Superlotação de alunos em sala de aula	sim
10ª	Representação			35	2004	Problemas administrativos na escola	sim
15ª	Representação			36	2004	Transporte escolar	sim
15ª	Representação			37	2004	Transporte escolar	sim
10ª	Representação	-		40	2004	Problemas administrativos na escola	sim

15ª	Representação		42	2004	Matrícula em escola criança estrangeira	sim
15ª	Representação		44	2004	Matrícula em escola criança estrangeira	sim
15ª	Representação		45	2004	Falta de estrutura/profissionais na escola	sim
15ª	Representação		48	2004	Denúncias de violência na escola	sim
10ª	Representação		50	2004	Problemas administrativos na escola	sim
15ª	Representação		50	2004	Aluno com problemas psicologicos/saúde/mentais	sim
10ª	Representação	-	51	2004	Vaga em creche	sim
15ª	Representação	-	51	2004	Matrícula em escola criança estrangeira	sim
15ª	Representação	-	53	2004	Matrícula em escola criança estrangeira	sim
10ª	Representação	4331	2005	2 2005	Problemas administrativos na escola	sim
10ª	Representação		3	2005	Retenção de histórico escolar	sim
10ª	Representação		4	2005	Matrícula em escola criança estrangeira	Informação insuficiente
15ª	Representação		6	2005	Vaga em creche	sim
15ª	Representação		7	2005	Falta de estrutura/profissionais na escola	sim
10ª	Representação		9	2005	transporte escolar	sim
10ª	Representação	-	10	2005	Matrícula em escola	sim
10ª	Representação		10	2005	Retenção de histórico escolar	sim
10ª	Representação	-	11	2005	Problemas administrativos na escola	sim
15ª	Representação		11	2005	transporte escolar	sim
15ª	Representação	-	12	2005	Matrícula em escola criança estrangeira	sim
10ª	Representação	-	12	2005	Matrícula em escola	sim
15ª	Representação		13	2005	Transporte escolar	sim
15ª	Representação		15	2005	Transporte escolar	sim
10ª	Representação	-	16	2005	Matrícula em escola	sim
10ª	Representação		17	2005	Problemas administrativos na escola	sim

15ª	Representação		17	2005	Transporte escolar	sim
15ª	Representação		19	2005	Expulsão de aluno	sim
10ª	Representação	-	20	2005	Matrícula em escola	sim
10ª	Representação		22	2005	Denúncias de violência na escola	sim
15ª	Representação		22	2005	transporte escolar	sim
10ª	Representação		24	2005	transporte escolar	sim
10ª	Representação		30	2005	Problemas administrativos na escola	sim
10ª	Representação		32	2005	Aluno com problemas psicológicos/saúde/mentais	sim
10ª	Representação		33	2005	Problemas administrativos na escola	sim
10ª	Representação		33	2005	Retenção de histórico escolar	sim
10ª	Representação		34	2005	Problemas administrativos na escola	sim
10ª	Representação		35	2005	Transporte escolar	não
15ª	Representação		35	2005	Problemas administrativos na escola	sim
10ª	Representação	-	38	2005	Matrícula em escola	sim
15ª	Representação		38	2005	Matrícula em escola	sim
10ª	Representação		39	2005	transporte escolar	sim
10ª	Representação		39	2005	transporte escolar	sim
10ª	Processo Administrativo		41	2005	Denúncias de violência na escola	sim
10ª	Representação	-	41	2005	transporte escolar	sim
10ª	Representação		42	2005	Retenção de histórico escolar	sim
10ª	Representação		2005	45 2005	Falta de estrutura/profissionais na escola	sim
10ª	Representação		47	2005	Problemas administrativos na escola	sim
10ª	Representação		48	2005	Denúncias de violência na escola	sim
10ª	Representação	-	49	2005	transporte escolar	sim
10ª	Representação	-	51	2005	transporte escolar	sim

15ª	Representação	5119	2005	56	2005	Problemas administrativos na escola	sim
10ª	Representação			61	2005	Problemas administrativos na escola	sim
10ª	Representação			62	2005	Denúncias de violência na escola	sim
10ª	Representação	-		1	2006	transporte escolar	sim
15ª	Representação	-		2	2006	transporte escolar	sim
15ª	Representação			3	2006	Falta de estrutura/profissionais na escola	sim
15ª	Representação			4	2006	Falta de estrutura/profissionais na escola	sim
10ª	Representação	-		7	2006	Transporte escolar	sim
10ª	Representação	-		8	2006	Transporte escolar	Informação insuficiente
10ª	Representação	-		10	2006	Transporte escolar	sim
10ª	Representação			11	2006	transporte escolar	sim
10ª	Representação	-		12	2006	transporte escolar	sim
10ª	Representação			15	2006	transporte escolar	sim
10ª	Processo Administrativo			--	2006	Aluno com problemas psicologicos/saúde/mentais	sim
10ª	-			-	2006	Vaga em creche	sim

1.2. Lista de procedimentos referentes ao Programa Apóia pesquisados na 10ª Promotoria da Infância e da Juventude da Capital

N.º processo/ Ano	Motivo de infrequência na escola	Problema
03/01	Problema de saúde/mentais/psicológico	Informação insuficiente
04/01	Nenhuma razão alegada	Informação insuficiente
06/01	Problema de saúde/mentais/psicológico	Informação insuficiente
07/01	Nenhuma razão alegada	Informação insuficiente
09/01	Falta de responsabilidade	Sim
10/01	Falta de responsabilidade	Sim
12/01	Dificuldade financeira/passagens/uniforme	Informação insuficiente
15/01	Nenhuma razão alegada	Informação insuficiente
18/01	Problemas com drogas	Sim
21/01	Desinteresse pela escola	Informação insuficiente

24/01	Comportamento problemático/Dificuldade de impor limites	Sim
27/01	Desinteresse pela escola	Informação insuficiente
30/01	Comportamento problemático/Dificuldade de impor limites	Informação insuficiente
36/01	Desinteresse pela escola	Informação insuficiente
39/01	Aluno morando na rua	Informação insuficiente
42/01	Afastado para trabalhar em casa ou fora	Informação insuficiente
45/01	Problemas com drogas	Informação insuficiente
48/01	Afastado para trabalhar em casa ou fora	Sim
51/01	Desinteresse pela escola	Sim
54/01	Desinteresse pela escola	Sim
57/01	Desinteresse pela escola	Informação insuficiente
60/01	Desinteresse pela escola	Informação insuficiente
63/01	Desinteresse pela escola	Informação insuficiente
66/01	Comportamento problemático/Dificuldade de impor limites	Sim
72/01	Comportamento problemático/Dificuldade de impor limites	Sim
75/01	Comportamento problemático/Dificuldade de impor limites	Informação insuficiente
81/01	Comportamento problemático/Dificuldade de impor limites	Sim
01/02	Problema de saúde/mentais/psicológico	Informação insuficiente
02/02	Comportamento problemático/Dificuldade de impor limites	Informação insuficiente
14/02	Falta de responsabilidade	Informação insuficiente
15/02	Aluno morando na rua	Sim
19/02	Desinteresse pela escola	Sim
21/02	Falta de responsabilidade	Sim
24/02	Nenhuma razão alegada	Sim
30/02	Falta de responsabilidade	Informação insuficiente
33/02	Desinteresse pela escola	Informação insuficiente
51/02	Nenhuma razão alegada	Sim
57/02	Afastado para trabalhar em casa ou fora	Sim
18/02	Problemas com drogas	Sim
70/02	Comportamento problemático/Dificuldade de impor limites	Não
66/02	Comportamento problemático/Dificuldade de impor limites	Não
60/02	Nenhuma razão alegada	Não
27/02	Problema de saúde/mentais/psicológico	Informação insuficiente
12/03	Nenhuma razão alegada	Sim
36/02	Desinteresse pela escola	Sim
54/02	Desinteresse pela escola	Sim
78/01	Nenhuma razão alegada	Sim
10/03	Desinteresse pela escola	Sim
72/02	Problemas com drogas	Não
45/02	Nenhuma razão alegada	Sim
64/02	Desinteresse pela escola	Sim

16/03	Nenhuma razão alegada	Não
67/02	Comportamento problemático/Dificuldade de impor limites	Sim
69/02	Nenhuma razão alegada	Sim
01/03	Nenhuma razão alegada	Sim
39/02	Desinteresse pela escola	Não
04/03	Desinteresse pela escola	Não
42/02	Desinteresse pela escola	Não
14/03	Desinteresse pela escola	Não
18/03	Dificuldade financeira/passagens/uniforme	Sim
20/03	Dificuldade financeira/passagens/uniforme	Sim
05/03	Aluno morando na rua	Informação insuficiente
23/03	Problema de saúde/mentais/psicológico	Informação insuficiente
03/02	Desinteresse pela escola	Sim
04/02	Desinteresse pela escola	Não
06/02	Nenhuma razão alegada	Não
07/02	Aluno morando na rua	Sim
09/02	Desinteresse pela escola	Sim
16/02	Comportamento problemático/Dificuldade de impor limites	
22/02	Desinteresse pela escola	Não
25/02	Nenhuma razão alegada	Não
28/02	Comportamento problemático/Dificuldade de impor limites	Não
31/02	Falta de responsabilidade	Informação insuficiente
34/02	Desinteresse pela escola	Não
37/02	Nenhuma razão alegada	Não
40/02	Desinteresse pela escola	Não
43/02	Nenhuma razão alegada	Não
46/02	Nenhuma razão alegada	Não
49/02	Aluna grávida	Não
52/02	Desinteresse pela escola	Não
55/02	Violência na escola	Não
08/02	Desinteresse pela escola	Não
58/02	Desinteresse pela escola	Não
61/02	Nenhuma razão alegada	Informação insuficiente
62/02	Desinteresse pela escola	Informação insuficiente
65/02	Afastado para trabalhar em casa ou fora	Não
68/02	Desinteresse pela escola	Não
71/02	Problema de saúde/mentais/psicológico	Não
05/01	Nenhuma razão alegada	Sim
08/01	Desinteresse pela escola	Sim

11/01	Problemas com drogas	Sim
14/01	Problema de saúde/mentais/psicológico	Sim
17/01	Nenhuma razão alegada	Não
20/01	Desinteresse pela escola	Sim
23/01	Desinteresse pela escola	Sim
26/01	Desinteresse pela escola	Sim
29/01	Falta de responsabilidade	Sim
32/01	Nenhuma razão alegada	Informação insuficiente
35/01	Nenhuma razão alegada	Sim
38/01	Nenhuma razão alegada	Sim
41/01	Desinteresse pela escola	Sim
44/01	Desinteresse pela escola	Sim
47/01	Dificuldade financeira/passagens/uniforme	Informação insuficiente
50/01	Afastado para trabalhar em casa ou fora	Não
53/01	Nenhuma razão alegada	Sim
56/01	Desinteresse pela escola	Não
59/01	Nenhuma razão alegada	Sim
62/01	Aluna grávida	Informação insuficiente
65/01	Nenhuma razão alegada	Sim
68/01	Nenhuma razão alegada	Não
050/02	Nenhuma razão alegada	Informação insuficiente
74/01	Nenhuma razão alegada	Informação insuficiente
77/01	Nenhuma razão alegada	Sim
80/01	Nenhuma razão alegada	Sim
01/04	Comportamento problemático/Dificuldade de impor limites	Não
02/04	Comportamento problemático/Dificuldade de impor limites	Não
03/04	Problema de saúde/mentais/psicológico	Sim
04/04	Desinteresse pela escola	Não
05/04	Comportamento problemático/Dificuldade de impor limites	Informação insuficiente
06/04	Desentendimentos com alunos	Informação insuficiente
07/04	Desinteresse pela escola	Não
08/04	Desinteresse pela escola	Não
08/05	Desinteresse pela escola	Não
03/05	Nenhuma razão alegada	Informação insuficiente
01/05	Nenhuma razão alegada	Não
02/05	Nenhuma razão alegada	Não

04/05	Nenhuma razão alegada	Informação insuficiente
05/05	Nenhuma razão alegada	Não
06/05	Nenhuma razão alegada	Informação insuficiente
07/05	Nenhuma razão alegada	Informação insuficiente
09/05	Nenhuma razão alegada	Informação insuficiente
10/05	Nenhuma razão alegada	Informação insuficiente
12/05	Desentendimentos com alunos	Informação insuficiente
13/05	Nenhuma razão alegada	Informação insuficiente
11/05	Nenhuma razão alegada	Informação insuficiente
--	Nenhuma razão alegada	Informação insuficiente
03/03	Nenhuma razão alegada	Não
06/03	Problema de saúde/mentais/psicológico	Não
09/03	Nenhuma razão alegada	Não
026/02	Nenhuma razão alegada	Sim
05/02	Desinteresse pela escola	Sim
10/02	Desinteresse pela escola	Sim
11/02	Dificuldade financeira/passagens/uniforme	Informação insuficiente
12/02	Dificuldade financeira/passagens/uniforme	Informação insuficiente
17/02	Falta de responsabilidade	Sim
20/02	Nenhuma razão alegada	Informação insuficiente
29/02	Nenhuma razão alegada	Não
32/02	Desentendimentos com alunos	Não
041/02	Nenhuma razão alegada	Não
044/02	Problema de saúde/mentais/psicológico	Sim
047/02	Nenhuma razão alegada	Não
053/02	Nenhuma razão alegada	Não
043/01	Nenhuma razão alegada	Não
056/02	Nenhuma razão alegada	Não
063/02	Desinteresse pela escola	Sim
013/02	Nenhuma razão alegada	Sim
046/01	Nenhuma razão alegada	Sim
049/01	Nenhuma razão alegada	Sim
052/01	Nenhuma razão alegada	Sim
055/01	Desinteresse pela escola	Sim
058/01	Violência na escola	Sim
061/01	Desinteresse pela escola	Sim

064/01	Nenhuma razão alegada	Sim
067/01	Comportamento problemático/Dificuldade de impor limites	Não
070/01	Desinteresse pela escola	Sim
040/01	Problema de saúde/mentais/psicológico	Sim
071/01	Desinteresse pela escola	Sim
073/01	Desinteresse pela escola	Sim
076/01	Afastado para trabalhar em casa ou fora	Sim
079/01	Nenhuma razão alegada	Não
082/01	Aluno morando na rua	Sim
013/01	Nenhuma razão alegada	Não
016/01	Desinteresse pela escola	Sim
019/01	Nenhuma razão alegada	Não
022/01	Afastado para trabalhar em casa ou fora	Sim
025/01	Nenhuma razão alegada	Sim
028/01	Nenhuma razão alegada	Sim
031/01	Nenhuma razão alegada	Sim
035/02	Desinteresse pela escola	Não
037/01	Desinteresse pela escola	Sim
038/02	Problema de saúde/mentais/psicológico	Não

1.3. Lista de processos pesquisados na Vara da Infância e da Juventude da Capital

Ano	Tipo de Processo	n.º de processo	Proponente	assunto	Problema	Argumento	acórdão
2000	Ação Mandamental	023.00.013008-0	Ministério Público	Problemas administrativos na escola	sim		
2000	Ação Mandamental	023.00.018631-0	Ministério Público	Problemas administrativos na escola	sim		
2000	Ação Mandamental	023.00.053642-6	Particular	Problemas administrativos na escola	sim		
2001	Ação Civil Pública	023.01.000373-0	Ministério Público	Matrícula em escola criança estrangeira	sentença positiva	ver recurso	positivo
2001	Ação Civil Pública	023.01.025002-9	Ministério Público	Transporte escolar	sentença positiva	ver recurso	negativo
2001	Ação Civil Pública	023.01.025173-4	Ministério Público	Matrícula em escola	não	demora processual	-
2001	Ação Civil Pública	023.01.052908-2	Ministério Público	Transporte escolar	sentença positiva	ver recurso	negativo
2001	Ação Civil Pública	023.01.061688-0	Ministério Público	Vaga em creche	não	ACP 9415	-
2001	Ação Mandamental	023.01.025050-9	Ministério Público	Vaga em creche	sim		

Ação	Ministério Público	Aluno com necessidades especiais	sentença positiva	recurso não julgado
2001 Mandamental 023.01.000003-0				
Ação	Ministério Público	Vaga em creche	sentença positiva	ver recurso negativo
2001 Mandamental 023.01.000186-0				
Ação	Ministério Público	Vaga em creche	sim	
2001 Mandamental 023.01.000333-1				
Ação	Ministério Público	Vaga em creche	sim	
2001 Mandamental 023.01.000361-7				
Ação	Ministério Público	Vaga em creche	sentença positiva	recurso não julgado
2001 Mandamental 023.01.024850-4				
Ação	Ministério Público	Vaga em creche	sentença positiva	ver recurso negativo
2001 Mandamental 023.01.024890-3				
Ação	Ministério Público	Vaga em creche	sentença positiva	ver recurso positivo
2001 Mandamental 023.01.024897-0				
Ação	Ministério Público	Vaga em creche	não	ACP 9415
2001 Mandamental 023.01.024901-2				
Ação	Ministério Público	Vaga em creche	sentença positiva	ver recurso negativo
2001 Mandamental 023.01.024905-5				
Ação	Ministério Público	Vaga em creche	sentença positiva	ver recurso negativo
2001 Mandamental 023.01.024923-3				
Ação	Ministério Público	Vaga em creche	não	questão processual
2001 Mandamental 023.01.024946-2				
Ação	Ministério Público	Vaga em creche	sentença positiva	ver recurso negativo
2001 Mandamental 023.01.025045-2				
Ação	Ministério Público	Vaga em creche	sim	
2001 Mandamental 023.01.025050-9				
Ação	Ministério Público	Vaga em creche	sentença positiva	ver recurso negativo
2001 Mandamental 023.01.025165-3				
Ação	Ministério Público	Vaga em creche	sentença positiva	ver recurso positivo
2001 Mandamental 023.01.025188-2				
Ação	Ministério Público	Vaga em creche	sentença positiva	ver recurso negativo
2001 Mandamental 023.01.025242-0				
Ação	Ministério Público	Vaga em creche	sentença positiva	ver recurso negativo
2001 Mandamental 023.01.034794-4				
Ação	Conselho Tutelar	Vaga em creche	não	questão processual
2001 Mandamental 023.01.034860-6				
Ação	Ministério Público	Vaga em creche	não	questão processual
2001 Mandamental 023.01.034866-5				
Ação	Ministério Público	Vaga em creche	não	questão processual
2001 Mandamental 023.01.034878-9				
Ação	Ministério Público	Vaga em creche	não	questão processual
2001 Mandamental 023.01.034882-7				
Ação	Ministério Público	Vaga em creche	não	questão processual
2001 Mandamental 023.01.034886-0				

Ação	Ministério		sentença	
2001 Mandamental 023.01.034889-4	Público	Vaga em creche	positiva	ver recurso negativo
Ação	Ministério		questão	
2001 Mandamental 023.01.034890-8	Público	Vaga em creche	não	processual
Ação	Ministério		sentença	
2001 Mandamental 023.01.034893-2	Público	Vaga em creche	positiva	ver recurso negativo
Ação	Ministério		questão	
2001 Mandamental 023.01.034894-0	Público	Vaga em creche	não	processual
Ação	Ministério		questão	
2001 Mandamental 023.01.034897-5	Público	Vaga em creche	não	processual
Ação	Conselho		questão	
2001 Mandamental 023.01.034901-7	Tutelar	Vaga em creche	não	processual
Ação	Ministério		questão	
2001 Mandamental 023.01.034905-0	Público	Vaga em creche	não	processual
Ação	Ministério		questão	
2001 Mandamental 023.01.034909-2	Público	Vaga em creche	não	processual
Ação	Ministério		questão	
2001 Mandamental 023.01.034913-0	Público	Vaga em creche	não	processual
Ação	Ministério		questão	
2001 Mandamental 023.01.034917-3	Público	Vaga em creche	não	processual
Ação	Ministério		questão	
2001 Mandamental 023.01.034921-1	Público	Vaga em creche	não	processual
Ação	Ministério		questão	
2001 Mandamental 023.01.034925-4	Público	Vaga em creche	não	processual
Ação	Ministério		questão	
2001 Mandamental 023.01.034929-7	Público	Vaga em creche	não	processual
Ação	Ministério		questão	
2001 Mandamental 023.01.034933-5	Público	Vaga em creche	não	processual
Ação	Ministério		sentença	
2001 Mandamental 023.01.035052-0	Público	Vaga em creche	positiva	ver recurso positivo
Ação	Ministério		sentença	
2001 Mandamental 023.01.037782-7	Público	Vaga em creche	positiva	ver recurso negativo
Ação	Ministério		sentença	
2001 Mandamental 023.01.037783-5	Público	Vaga em creche	positiva	ver recurso negativo
Ação	Ministério		sentença	
2001 Mandamental 023.01.037845-9	Público	Vaga em creche	positiva	ver recurso negativo
Ação	Ministério		sentença	
2001 Mandamental 023.01.037888-2	Público	Vaga em creche	positiva	ver recurso negativo
Ação	Ministério		sentença	
2001 Mandamental 023.01.037890-4	Público	Vaga em creche	positiva	ver recurso negativo
Ação	Conselho		questão	
2001 Mandamental 023.01.037900-5	Tutelar	Vaga em creche	não	processual
Ação	Ministério		sentença	
2001 Mandamental 023.01.037913-7	Público	Vaga em creche	positiva	ver recurso negativo
Ação	Conselho		questão	
2001 Mandamental 023.01.037914-5	Tutelar	Vaga em creche	não	processual

Ação		Ministério		questão	
2001 Mandamental	023.01.037915-3	Público	Vaga em creche	não	processual
Ação		Ministério		sentença	
2001 Mandamental	023.01.049057-7	Público	Vaga em creche	positiva	ver recurso negativo
Ação		Ministério		sentença	
2001 Mandamental	023.01.051526-0	Público	Vaga em creche	positiva	ver recurso negativo
Ação		Ministério		sentença	
2001 Mandamental	023.01.051545-6	Público	Vaga em creche	positiva	ver recurso negativo
Ação		Ministério		sentença	
2001 Mandamental	023.01.051549-9	Público	Vaga em creche	positiva	ver recurso negativo
Ação		Ministério		sentença	
2001 Mandamental	023.01.051553-7	Público	Vaga em creche	positiva	ver recurso negativo
Ação		Ministério	Problemas	sentença	
2001 Mandamental	023.01.057307-3	Público	administrativos na escola	positiva	ver recurso positivo
Ação			Vaga em creche	sentença	
2001 Mandamental	023.01.057309-0			positiva	ver recurso negativo
Ação		Ministério	Problemas		
2001 Mandamental	023.01.057335-9	Público	administrativos na escola	sim	
Ação		Ministério	Problemas		
2001 Mandamental	023.01.057346-4	Público	administrativos na escola	sim	
Ação		Ministério	Problemas		
2001 Mandamental	023.02.000664-3	Público	administrativos na escola	sim	
Ação Civil		Ministério		sentença	
2002 Pública	023.02.009415-1	Público	Vaga em creche	positiva	ver recurso negativo
Ação Civil		Ministério		sentença	
2002 Pública	023.02.016922-4	Público	Transporte escolar	positiva	ver recurso negativo
Ação Civil		Ministério		sentença	
2002 Pública	023.02.024506-0	Público	Transporte escolar	positiva	ver recurso positivo
Ação Civil		Ministério		sentença	recurso não
2002 Pública	023.02.026589-4	Público	Transporte escolar	positiva	juizado
Ação Civil		Ministério		sentença	
2002 Pública	023.02.030004-5	Público	Vaga em creche	sim	
Ação Civil		Ministério		sentença	recurso não
2002 Pública	023.02.032085-2	Público	Transporte escolar	positiva	juizado
Ação Civil		Ministério		sentença	
2002 Pública	023.02.032103-4	Público	Transporte escolar	positiva	ver recurso positivo
Ação Civil		Ministério	Falta de		
2002 Pública	023.02.036377-2	Público	estrutura/profissionais na escola	sim	
Ação Civil		Ministério		sentença	recurso não
2002 Pública	023.02.039643-3	Público	Transporte escolar	positiva	juizado
Ação Civil		Ministério		sentença	
2002 Pública	023.02.040551-3	Público	Transporte escolar	positiva	ver recurso positivo
Ação Civil		Ministério		sentença	
2002 Pública	023.02.040566-1	Público	Reforma em escola	positiva	ver recurso negativo

Ação Civil 2002 Pública	023.02.040598-0	Ministério Público	Transporte escolar	sentença positiva	ver recurso negativo
Ação Civil 2002 Pública	023.02.040599-8	Ministério Público	Limite de aluno em sala de aula.	sentença positiva	ver recurso negativo
Ação 2002 Mandamental	023.02.024481-1	Ministério Público	Matrícula em escola	sim	
Ação Civil 2003 Pública	023.03.063076-5	Ministério Público	Transporte escolar	sentença positiva	ver recurso positivo
Ação 2003 Mandamental	023.03.031445-6	Ministério Público	Vaga em creche	sentença negativa	ver recurso positivo
Ação 2003 Mandamental	023.03.057068-1	Ministério Público	Transporte escolar	sentença positiva	recurso não julgado
Ação 2003 Mandamental	023.03.058720-7	Ministério Público	Matrícula de criança estrangeira	sentença positiva	ver recurso positivo
Ação 2003 Mandamental	023.03.368995-7	Ministério Público	Falta de estrutura/profissiona is na escola	sim	
Ação 2003 Mandamental	023.03.660565-7	Ministério Público	Reforma em escola	sim	
Ação 2003 Mandamental	023.03.666759-8	Ministério Público	Aluno com necessidades especiais	sentença positiva	perda do objeto
Ação Civil 2004 Pública	023.04.684318-6	Ministério Público	Transporte escolar	sentença positiva	recurso não julgado
Ação Civil 2004 Pública	023.04.688209-2	Ministério Público	Aluno com necessidades especiais	sim	
Ação Civil 2004 Pública	023.04.688225-4	Ministério Público	Problemas administrativos na escola	sim	
Ação 2004 Mandamental	023.04.042714-8	Ministério Público	Matrícula de criança estrangeira	sim	
Ação 2004 Mandamental	023.04.699499-0	Ministério Público	matrícula em escola zoneamento	sim	
Ação 2004 Mandamental	023.04.054648-1	Ministério Público	Transporte escolar	sentença positiva	ver recurso positivo
Embargos à 2004 execução	023.04.054630-9	Ministério Público	Transporte escolar	sim	
Execução 2004 provisória	023.04.046297-0	Ministério Público	Transporte escolar	sim	
Execução 2004 provisória	023.04.050104-6	Ministério Público	Transporte escolar	sim	
Ação Civil 2005 Pública	023.05.034738-4	Ministério Público	Transporte escolar	sentença positiva	recurso não julgado
Ação 2005 Mandamental	023.05.024499-2	Ministério Público	Transporte escolar	sim	

1.4. Lista de acórdãos pesquisados no site do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina

Comarca	Ano	Tipo de Processo	n.º de processo	assunto	sentença	acórdão	Problema resolvido
Capital	2000	Ap Civ MS	1998 0134277	matrícula em escola zoneamento	positiva	negativa	sim
Capital	2000	Adin	2000 0064343	lei implementando psicologia escolar em todas as escolas	positiva	negativa	não
Capital	2000	Ap Civ MS	1999 0075982	matrícula em escola zoneamento	positiva	negativa	sim
Capital	2001	Ag Inst	2001 0048795	Matrícula criança estrangeira	positiva	negativa	não
Capital	2001	Ag Inst	2001 0065703	Vaga em creche	positiva	negativa	não
Capital	2001	Ap Civ MS	2001 0125439	Vaga em creche	negativa	negativa	não
Capital	2002	Ag Inst	2001 0185040	Vaga em creche	positiva	negativa	não
Capital	2002	Ap Civ MS	2002 0000850	Vaga em creche	positiva	positiva	sim
Capital	2002	Ap Civ MS	2002 0066031	Vaga em creche	positiva	positiva	sim
Capital	2002	Ap Civ MS	2002 0068123	Vaga em creche	positiva	negativa	não
Capital	2002	Ap Civ MS	2002 0115300	Vaga em creche	positiva	positiva	sim
Capital	2003	Ap Civ MS	1999 0007731	Vaga em creche	positiva	negativa	não
Capital	2003	Ap Civ MS	2002 0048089	Vaga em creche	positiva	negativa	não
Capital	2003	Ag Inst	2003 0105484	Vaga em creche	negativa	positiva	sim
Capital	2003	Ap Civ MS	2003 0280871	Vaga em creche	positiva	negativa	não
Capital	2003	Ap Civ ACP	2003 0281240	transporte escolar	positiva	negativa	sim
Capital	2003	Ap Civ	2003 0298800	Matrícula de criança estrangeira	positiva	positiva	sim
Capital	2004	Ap Civ ACP	1998 0062683	Vaga em creche	positiva	positiva	sim
Capital	2004	Ag Inst	2003 0223339	vaga em creche	positiva	negativa	não
Capital	2004	Ap Civ MS	2003 0247394	Problemas administrativos na escola	positiva	positiva	sim
Capital	2004	Ap Civ MS	2003 0279865	matrícula em escola zoneamento	positiva	negativa	não
Capital	2004	Ap Civ MS	2003 0279920	vaga em creche	positiva	negativa	não
Capital	2004	Ap Civ MS	2003 0279938	vaga em creche	positiva	negativa	não
Capital	2004	Ap Civ MS	2003 0280693	vaga em creche	positiva	negativa	não
Capital	2004	Ap Civ MS	2003 0280812	vaga em creche	positiva	negativa	não
Capital	2004	Ap Civ MS	2003 0280863	vaga em creche	positiva	negativa	não
Capital	2004	Ap Civ	2003 0281258	Vaga em creche	positiva	negativa	não
Capital	2004	Ap Civ	2003 0281274	Vaga em creche	positiva	negativa	não
Capital	2004	Ap Civ MS	2003 0281282	Vaga em creche	positiva	negativa	não

Capital	2004	Ap Civ MS	2003 0281290	Vaga em creche	positiva	negativa	não
Capital	2004	Ap Civ	2003 0281509	transporte escolar	positiva	positiva	sim
Capital	2004	Ap Civ	2003 0297812	Vaga em creche	positiva	negativa	não
Capital	2004	Ap Civ MS	2003 0298037	Vaga em creche	positiva	negativa	não
Capital	2004	Ap Civ	2003 0298258	Vaga em creche	positiva	negativa	não
Capital	2004	Ap Civ	2003 0298266	Vaga em creche	positiva	negativa	não
Capital	2004	Ap Civ	2004 0073763	transporte escolar	positiva	positiva	sim
Capital	2004	Ap Civ ACP	2004 0074298	Limites de aluno por sala de aula	positiva	negativa	não
Capital	2004	Ap Civ	2004 0164459	Vaga em creche	positiva	negativa	não
Capital	2004	Ap Civ ACP	2004 0183810	Reforma na escola	positiva	negativa	não
Capital	2004	Ag Inst	2004 0018614	educação especial	negativa	negativa	sim
Capital	2004	Ap Civ	2004 0214413	transporte escolar	positiva	positiva	sim
Capital	2004	Ap Civ	2004 0241453	transporte escolar	positiva	negativa	sim
Capital	2005	Ap Civ MS	1998 0085071	Vaga em creche	positiva	negativa	não
Capital	2005	Ap Civ MS	2003 0256601	Vaga em creche	positiva	negativa	não
Capital	2005	Ap Civ MS	2003 0279857	Vaga em creche	positiva	negativa	não
Capital	2005	Ap Civ ACP	2003 0280715	Matrícula criança estrangeira	positiva	positiva	sim
Capital	2005	Ap Civ ACP	2003 0281525	Transporte escolar	positiva	negativa	não
Capital	2005	Ap Civ MS	2003 0298126	Vaga em creche	positiva	negativa	não
Capital	2005	Ap Civ MS	2003 0298347	Vaga em creche	positiva	negativa	não
Capital	2005	Ap Civ ACP	2004 0073941	transporte escolar	positiva	positiva	sim
Capital	2005	Ap Civ	2004 0188307	transporte escolar	positiva	negativa	não
Capital	2005	Ap Civ	2004 0294159	reajuste de mensalidades escolares	positiva	positiva	sim
Capital	2005	Ap Civ MS	2004 0324531	Transporte escolar	positiva	positiva	sim
Capital	2005	Ap Civ MS	2005 0097091	vaga em creche	negativa	positiva	sim
Coronel Freitas	2004	Ap Civ MS	2003 303294	Transpor escolar não tem direito a determinado itinerário	positiva	negativa	não
Lages	2005	Ag Inst	2005 0043146	Vaga em creche	negativa	negativa	não
Laguna	2003	Ap Civ	1999.022863-0	Transporte escolar	positiva	positiva	sim
Mafra	2002	Ap Civ	1998 0129311	Problemas administrativos na escola	positiva	positiva	sim
São Miguel do Oeste	2005	Ap Civ ACP	2005 0001722	Aluno com necessidades especiais	positiva	positiva	sim
São Miguel do Oeste	2005	Ag Inst	2005.002097-3	Vaga em creche	positiva	positiva	sim

Turvo	2000	Ap Civ MS	1998.002713-6	Transporte escolar	positiva	positiva	sim
Turvo	2001	Ap Civ MS	1999.0110621	Transporte escolar	positiva	positiva	sim
Lages	2003	MS	2001.0257777	Vaga em escola	negativa	negativa	não
São Bento do Sul	2003	Ap Civ MS	2001.008876-2	Vaga em escola	negativa	negativa	não
Balneário Camboriú	2000	Ap Civ MS	1998.017044-3	Problemas administrativos na escola	positiva	positiva	sim
Itaiópolis	2005	Ap Civ	2005.011965-8	Vaga em escola	negativa	positiva	sim
Jaguaruna	2003	Ap Civ MS	2002.027103-4	Problemas administrativos na escola	negativa	negativa	sim
Gaspar	2005	Ag inst	2004.031132-1	Vaga em creche	positiva	negativa	não
Joinville	2005	Ag inst	2005.000323-8	Vaga em creche	positiva	negativa	não
Balneário Camboriú	2001	Ap Civ MS	1997.007358-5	Vaga em escola	positiva	negativa	não
São Miguel do Oeste	2005	Ap Civ	2005.000550-0	Aluno com necessidades especiais	positiva	positiva	sim
Chapecó	2005	Ag inst	2004.002190-9	Vaga em escola	positiva	positiva	sim
Coronel Freitas	2005	Ap Civ MS	2004.013701-0	Transporte escolar	positiva	negativa	não
Blumenau	2005	Adin	2003.026720-4	Transporte escolar	positiva	negativa	não
Joinville	2004	Ag inst	2003.010276-0	Vaga em creche	positiva	negativa	não
Criciúma	2001	Ag inst	1999.018667-9	Problemas administrativos na escola	positiva	positiva	sim
Joinville	2005	Ap Civ	2005.011650-4	Vaga em escola	positiva	positiva	sim
Joinville	2005	Ap Civ	2005.011884-5	Vaga em creche	negativa	negativa	não
Joinville	2005	Ap Civ	2005.006583-6	Vaga em creche	negativa	negativa	não
Chapecó.	2005	Ap Civ MS	2004.031111-8	Vaga em escola	positiva	positiva	sim
Chapecó	2003	Ap Civ MS	2002.025128-9	Vaga em escola	positiva	positiva	sim
Chapecó	2004	Ap Civ MS	2002.025127-0	Vaga em escola	positiva	positiva	sim
Xanxerê	2004	Ap Civ ACP	2001.009917-9	repasso de recursos	negativa	negativa	não
Capital	2003	Ag Inst	2003.016622-0	Matrícula criança estrangeira	positiva	positiva	sim

1.5. Tabelas a respeito dos percentuais de recorribilidade das sentenças referentes a Vaga em creche e Transporte Escolar

Tabela 12 - Distribuição de frequência dos acórdãos do TJSC sobre Vagas em creche de acordo com percentual de recorribilidade da sentença

Sentença	Acórdão				Total	%
	positivo	%	negativo	%		
Positiva	5	14,28	30	85,71	35	85,36
Negativa	2	33,33	4	66,66	6	14,63
Total	7		34		41	

Fonte: Tabela confeccionada pela autora com base em pesquisa realizada no site do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina

Tabela 13 - Distribuição de frequência dos acórdãos do TJSC sobre Transporte escolar de acordo com percentual de recorribilidade da sentença

Sentença	Acórdão				Total	%
	positivo	%	negativo	%		
Positiva	8	57,14	6	42,85	14	100,0
Negativa	0	0,0	0	0,0	0	0,0
Total	8		6		14	

Fonte: Tabela confeccionada pela autora com base em pesquisa realizada no site do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina