

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO

Maríndia Catto Maito

A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À EDUCAÇÃO – O  
OLHAR DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO  
RIO GRANDE DO SUL

Passo Fundo

2016

Maríndia Catto Maito

A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À EDUCAÇÃO – O  
OLHAR DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO  
RIO GRANDE DO SUL

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Educação, Mestrado em Educação da Faculdade de Educação, da Universidade de Passo Fundo, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Educação, sob a orientação da professora Dra. Rosimar Siqueira Esquinsani.

Passo Fundo

2016

A você, **Eduardo**, por tudo que significa em minha vida. Por tanta força e positividade depositadas neste meu projeto de vida. Com carinho, o meu eterno agradecimento.

## AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus que me capacitou para escrever esse trabalho.

Ao concluir essa pesquisa, quero agradecer a todas as pessoas que foram fundamentais na realização:

À prof.<sup>a</sup> Dra. Rosimar Siqueira Esquinsani, pela orientação e amizade cultivada ao longo destes anos. Pelo conhecimento, pela atenção e paciência, por indicar caminhos e apostar na minha capacidade.

À minha mãe Eva Jussara pelas orações e afeto. Às minhas irmãs Mayara, Daiane e Duane pela motivação e inspiração as quais foram fundamentais para mais esta realização profissional e pessoal. Ao sobrinho Samuel, que chegou encantando meus dias.

Um agradecimento especial à amiga Marta pela companhia e ajuda nessa dissertação, pois, foi quem estendeu a mão em um dos momentos mais difíceis, minha eterna gratidão.

À minha família, pela compreensão e apoio para a realização desta etapa de formação acadêmica.

“... para mim, é impossível existir sem sonho. A vida na sua totalidade me ensinou como grande lição que é impossível assumi-la sem risco.” *Não há ensino sem pesquisa e pesquisa sem ensino.*

(PAULO FREIRE).

## RESUMO

O direito à Educação é visto, no Brasil, no conjunto dos direitos sociais, originalmente acolhido como direito de todos e dever do Estado. Frente a isso, apresentam-se as relações escolares que desaguam no Poder Judiciário por meio das crescentes intervenções judiciais que se firmam entre o direito e a Educação, contando também com a consequente mediação do Ministério Público nas questões educacionais. Neste trabalho, busca-se levantar hipóteses acerca do aumento considerável das demandas judiciais como estratégia de solução para se alcançar um dos principais direitos fundamentais do cidadão, previsto pela Constituição Federal de 1988 em seus artigos 6º, 205 e 208, que é o direito à Educação. Ocorre que a judicialização da Educação representa a busca de mais e melhores instrumentos de defesa de direitos juridicamente protegidos, visto que o acesso à justiça passou a ser reconhecido como garantia do exercício da cidadania. Este estudo baseou-se em uma pesquisa documental nos arquivos eletrônicos disponibilizados pelo site do Tribunal de Justiça Sul-Riograndense, e, metodologicamente, balizou-se pela pesquisa qualitativa descritivo-interpretativa, objetivando investigar a discussão acerca da judicialização da Educação como estratégia de execução do Direito à Educação pública e analisar a literatura sobre o tema e as decisões proferidas pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. A pesquisa teve como base teórica os autores Cury (2008; 2010; 2016), Boaventura (1977; 1997; 1998; 1999) e DINIZ (1999). Conclui-se com esta pesquisa que o Direito à Educação é garantido também pelo Poder Judiciário e afins, pois, para a concretização dos direitos sociais se dar por meio de políticas públicas, o grande desafio tem sido o de estabelecer mecanismos para garantir a exigibilidade e o controle judicial do seu cumprimento, em caso de ausência ou insuficiência das políticas adotadas. Uma das possibilidades de fazer valer esse direito é recorrer ao sistema de justiça, seja por meio da atuação do Poder Judiciário ou do Ministério Público e seus respectivos órgãos competentes.

**Palavras-chave:** Gestão democrática. Judicialização. Legislação. Políticas educacionais.

## ABSTRACT

The right to education is seen, in Brazil, in the set of social rights, originally welcomed as the right of all and the duty of the State. Faced with this, we present the school relations that flow into the Judiciary through the increasing judicial interventions that are established between the law and Education, and also counts on the consequent mediation of the Public Ministry in educational matters. In this paper, we seek to raise hypotheses about the considerable increase in judicial demands as a solution strategy to achieve one of the main fundamental rights of citizens, provided for by the Federal Constitution of 1988 in its articles 6, 205 and 208, which is the right to Education. It occurs that the judicialization of Education represents the search for more and better instruments for the defense of legally protected rights, since access to justice has come to be recognized as a guarantee of the exercise of citizenship. This study was based on a documentary research in the electronic archives made available by the website of the South-Riograndense Court of Justice, and, methodologically, the study was carried out by qualitative descriptive-interpretative research, with a bibliographical contribution, aiming to investigate the discussion about the judicialization of Education as a strategy for the implementation of the Right to Public Education, analyzing the literature on the subject and the decisions handed down by the High Court of Justice of the State of Rio Grande do Sul. The research was based on the following authors: CURY, 2008; 2010; 2016; BOAVENTURA, 1977; 1997; 1998; 1999; DINIZ, 1999. It is concluded with this research that the Right to Education is also guaranteed by the Judiciary and related, because, for the realization of social rights to be given through public policies, the great challenge has been to establish mechanisms to ensure enforceability and judicial control of compliance in case of absence or insufficiency of the policies adopted. One of the possibilities to assert this right is to resort to the justice system, either through the performance of the Judiciary or the Public Ministry and their respective competent bodies.

**Keywords:** Democratic management. Judiciary. Legislation. Educational policies.

## LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 1 – Estrutura do poder judiciário.....	15
Quadro 1 – Levantamento jurisprudencial do TJ/RS sobre direito à educação.....	65
Quadro 2 – Levantamento jurisprudencial do TJ/RS das 5 maiores comarcas do estado com a temática “vagas escolares” .....	76
Quadro 3 – Levantamento jurisprudencial do TJ/RS limitado à comarca de Passo Fundo com a temática “vagas escolares” .....	78



## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	10
<b>2</b>	<b>EXIGIBILIDADE DA EDUCAÇÃO BÁSICA PELO SISTEMA DE JUSTIÇA</b> .....	17
<b>2.1</b>	<b>Estrutura do poder judiciário para julgar- órgãos que compõem</b> .....	20
2.1.1	Tribunais Superiores - STF e STJ .....	22
2.1.2	Tribunais e Juízes dos Estados - TJ .....	23
2.1.3	Das funções essenciais à Justiça: Ministério Público e do Conselho Tutelar .....	24
2.1.4	Gestão Democrática: o papel do diretor escolar e a noção de Responsabilidade Civil.. .....	29
<b>2.2</b>	<b>A natureza do direito à educação na constituição de 1988</b> .....	31
2.2.1	Duas principais previsões legais utilizadas no sistema escolar: Leis de Diretrizes e Bases e Estatuto da Criança e do Adolescente .....	33
<b>3</b>	<b>A EDUCAÇÃO BÁSICA BRASILEIRA COMO DIREITO</b> .....	40
<b>3.1</b>	<b>Fontes do direito</b> .....	41
3.1.1	Lei.....	42
3.1.2	Costume.....	44
3.1.3	Jurisprudência.....	45
3.1.4	Doutrina.....	47
<b>3.2</b>	<b>Princípios do direito educacional</b> .....	48
<b>3.3</b>	<b>Sobre a educação</b> .....	52
3.3.1	A qualidade da Educação no ordenamento jurídico e o Plano Nacional da Educação - (PNE).....	53
<b>3.4</b>	<b>Sobre direito à educação</b> .....	56
<b>3.5</b>	<b>Justiça e educação</b> .....	63
<b>4</b>	<b>A JUDICIALIZAÇÃO DA EDUCAÇÃO</b> .....	68
<b>4.1</b>	<b>Instrumentos viabilizadores do direito à educação</b> .....	71
4.1.1	Mandado de segurança (Habeas corpus e Habeas data).....	73
4.1.2	Mandado de injunção .....	74
4.1.3	Ação civil pública.....	74

<b>4.2</b>	<b>Entendendo as decisões judiciais do tribunal de justiça do estado do rio grande do sul com a temática: vagas escolares e/ou ação de garantia de vagas .....</b>	<b>75</b>
4.2.1	Levantamento quantitativo de interferência judicial na jurisprudência do TJ/RS com relação a temática “as vagas escolares” nas cinco maiores Comarcas do Estado: Porto Alegre; Caxias do Sul; Pelotas; Santa Maria e Passo Fundo .....	76
4.2.2	Análise jurisprudencial qualitativa na judicialização do Direito à Educação quanto a temática “as vagas escolares” na Comarca de Passo Fundo .....	78
<b>5</b>	<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>81</b>
	<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>91</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Neste trabalho, pretende-se realizar um levantamento bibliográfico e documental dos estudos e julgados brasileiros acerca da relação da educação com o sistema de justiça, após a Constituição Federal de 1988. A partir desse diagnóstico, apontar-se-á a evolução das áreas com maior desenvolvimento que necessitam de aprofundamento. Apresenta-se, ainda, de maneira abrangente, os principais resultados encontrados na área a ser pesquisada: “vagas escolares” para a efetivação do Direito à Educação básica pelo Sistema de Justiça.

Com o advento da CF/88, denominada Constituição Cidadã, uma série de novos direitos foram incorporados ou reforçados junto à sociedade brasileira, dentre eles o Direito à Educação, incluído especialmente no capítulo dos chamados direitos sociais – artigos 6º, 205 e 208, e previsto como dever do Estado.

No Brasil, a educação primária, durante mais de meio século após sua independência em 1822, foi proibida aos negros escravos, aos índios, aos mais pobres e as mulheres, enfrentaram muitos obstáculos por causa de uma visão tradicionalmente discriminatória quanto ao gênero. Mesmo com posteriores declarações e inscrição em lei, o direito à educação ainda não se efetivou plenamente.

A persistência desta situação de base continua a produzir pessoas ou que estão “fora do contrato” ou que não estão tendo oportunidade de ter acesso a postos de trabalho e bens sociais mínimos. Isto explica o enorme número de pessoas que, sequer possui educação primária, sendo ainda grande o número de pessoas que possui poucos anos de escolaridade. Pode-se dizer que existe uma “pirâmide educacional” acompanhada muito de perto a pirâmide da distribuição da renda e da riqueza.

---

<sup>1</sup> Constituição Federal - Art. 6º. São direitos sociais **a educação**, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (grifo nosso)

<sup>2</sup> Constituição Federal - Art. 205. 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.

<sup>3</sup> Constituição Federal- Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria; II - progressiva universalização do ensino médio gratuito; III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino; IV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade; V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um; VI - oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando; VII - atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.

Assim, em razão desse direito social e sendo dever do Estado atendê-lo, presenciemos o aumento de iniciativas concorrentes para a garantia do direito à educação em todos os níveis de governo, federal, estaduais e municipais.

Em nosso País, por exemplo, reconhece o ensino fundamental como um direito desde 1934 e o reconhece como direito público subjetivo desde 1988. Em 1967, o ensino fundamental – primário - passa de quatro para oito anos obrigatórios. Ele é obrigatório, gratuito e quem não tiver tido acesso a esta etapa da escolaridade pode recorrer à justiça e exigir sua vaga.

Entretanto, tais iniciativas nem sempre são suficientes para atender às expectativas dos cidadãos, que passaram a buscar o Poder Judiciário como alternativa de solução de conflitos e interesses, ante a parcial incapacidade dos Poderes Legislativo e Executivo em atender a todas as demandas por educação. Dessa maneira, indagamos: como ocorreram os desdobramentos na legislação educacional e as políticas educacionais pós Constituição Federal de 1988 e inserção da Lei de Diretrizes e Bases?

Algumas questões se colocam ao utilizar o Judiciário como um recurso para questionar a efetivação de direitos: Quem são os titulares desse direito? É possível exigí-lo individual ou coletivamente? A exigibilidade judicial destina-se para a determinação de vagas ou para a criação de políticas públicas? Quais mecanismos podem ser acionados em caso de sua oferta irregular ou insuficiente?

Considerando que o Brasil é um Estado Democrático de Direito, conforme estabelecido por ocasião da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil em 05 de Outubro de 1988, este trabalho tem como **tema central o Direito à Educação**. A relevância social e jurídica do assunto é axiomática, uma vez que pretende examinar a crescente busca pelo Judiciário a partir da primeira década do Século XXI, em especial perante o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Infere-se que a problemática se configura pelos conflitos relacionados à educação, que acabam desaguando no sistema judicial, pois, creditam ao Poder Judiciário o papel de formulador de políticas públicas e acabam por revelar certo sombreamento de poderes e competências no que diz respeito ao direito à educação. Com isso, denota-se que a crescente intervenção do judiciário acabou por estabelecer uma nova frente de debates na educação, atualmente nominadas como Judicialização do direito à educação. Considera-se que o fenômeno da Judicialização é relativamente recente e acompanha, por um lado, a obrigatoriedade legal do acesso à educação e, por outro, a crescente perspectiva de que o

Poder Judiciário pode resolver os temas e demandas que o executivo não pode ou não quer resolver (por questões financeiras e/ou de prioridade política).

Desse modo, até com a justificativa de impulsionar o indivíduo na busca da educação, muitos países farão da educação primária uma condição para o exercício dos direitos políticos, em especial o do voto. Por seu lado, muitos movimentos operários assumiram a bandeira da educação escolar como forma de obter ganhos sociais mediante a representação parlamentar, cuja base operária estaria presente com o voto dos trabalhadores.

Na Carta Constitucional, o direito à educação integra sua primeira parte, no rol dos direitos sociais, relacionados no artigo 6º, no Título dos Direitos e Garantias Fundamentais: “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”.

Contribuindo no objeto de pesquisa, nos parece adequado, verificar fatores que provocam as demandas e os decisórios sobre o direito fundamental à educação no âmbito da Judicialização perante o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Então, a pretensão será em averiguar em que medida os elementos extrajurídicos, ou seja, as expectativas dos autores das ações concorrem para a interposição de demandas forenses que buscam garantir a efetividade da aplicação do direito – previsto na legislação constitucional e infraconstitucional - fundamental à educação.

Desta forma, parece não bastar a previsão legal de que o direito à educação é prerrogativa do cidadão e dever do Estado, visto que muitas vezes isto não ocorre, em razão: a) da ausência de recursos; b) de escolhas ou prioridades políticas que levam gestores a colocarem o foco da administração em uma ou outra ação, deixando demandas descobertas ou, c) em face de equivocadas interpretações sobre o verdadeiro significado e extensão de tal direito, constitucionalmente previsto.

Dessa feita, o **objetivo geral** do estudo caracteriza-se por **problematizar como ocorre o acesso ao direito à educação, a partir da intervenção do judiciário.**

Analisar a declaração do Direito à Educação a partir da Constituição Federal de 1988, os mecanismos introduzidos para a sua efetivação e a intervenção do sistema de Justiça (Poder Judiciário, Promotoria de Justiça e demais órgãos relacionados) neste mister para restabelecer tal Direito quando negado pela ação ou omissão do Poder Público.

Como **objetivos específicos**, apontamos: a) verificar, quais os meios e instrumentos estão sendo utilizados para garantir o Direito à Educação; b) identificar os principais temas do

direito à educação que são levados ao judiciário; e, c) apurar os instrumentos constitucionais da Judicialização da educação, tais como: ação direta de inconstitucionalidade – *Adi* -, *habeas corpus* e *habeas data*, mandado de segurança, mandado de injunção, ação civil pública e ação popular, principais meios empregados para garantir o direito de acesso.

Procedimentalmente o texto será estruturado por meio de dados extraídos da jurisprudência dos decisórios do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, especificamente sobre a temática: “vagas escolares”; “vagas em creches, pré-escola e ensino público infantil”, no âmbito do município de Passo Fundo, no recorte temporal de 2000 a 2016, unido à análise teórica.

Enquanto direito fundamental, a educação pode ser considerada um bem maior que não se limita apenas à responsabilidade dos educadores, outras áreas tanto da sociedade quanto do poder público dividem tamanho compromisso no que pertine à garantia do acesso, da permanência e da qualidade do ensino para todos. Ante a isso, alcança relevância jurídica, pois é possível questionar judicialmente a satisfação do Direito à Educação.

Colaborando nesse contexto, pergunta-se o que é Lei na Educação? Vislumbrando associar os princípios constitucionais para garantir os direitos sociais e fundamentais, aqueles constantes na própria Constituição Federal, Lei Maior de nosso País, tão importantes e imprescindíveis de cumprimento. Também se considerou a necessidade de estudar sobre as ideias, conceitos e definições de legislação, órgãos julgadores e seus representantes.

Ao aliar a legislação educacional ao direito constitucional, pretende-se dar um novo sentido à sua eficaz aplicação quando se trata de Direito à Educação e formação de diretrizes a serem seguidas tanto pelo Poder Judiciário, quanto àquele de deverá cumprir suas determinações, ou seja, o gestor escolar. Para tanto, parte-se de algumas concepções sobre leis da educação, transformantes e significativas, que incorporam-se ao trabalho na forma de garantias fundamentais/constitucionais, essenciais à percepção de direitos e a criação de novas formas de entender como a lei pode interferir para melhorar a qualidade de vida dos alunos, das escolas e dos professores.

Observando a evolução histórica da legislação educacional, a partir do levantamento bibliográfico dos estudos e pesquisas brasileiros, sobre a relação da educação com o sistema de justiça consagrado pela Constituição Federal de 1988, permeia-se verificar a eficácia da aplicabilidade dos decisórios jurisprudenciais no Estado Sul Riograndense, no que tange a educação básica. Portanto, este estudo é uma contribuição à comunidade científica por

registrar e sintetizar aspectos sobre a abrangência dos principais resultados dos estudos para a efetivação do Direito à Educação básica pelo Sistema de Justiça do nosso Estado.

A investigação aborda a contribuição do paradigma dialético para o desenvolvimento da pesquisa em educação. Argumenta que a epistemologia dialética constitui fundamentação significativa para a investigação educacional, uma vez que se revela exigência intrínseca do conhecimento nesse campo, levando-se em conta o caráter eminentemente prático da educação. Mostra igualmente que a pesquisa assim conduzida tem relevância destacada na formação docente já que essa formação só pode fundar-se num processo de apropriação construtiva do conhecimento de uma perspectiva essencialmente histórico-social. (SEVERINO, 2001, p. 11).

Para tanto, será realizada uma pesquisa bibliográfica para o conhecimento da área de estudo. Serão analisadas doutrinas de diferentes autores, relacionadas a diversos aspectos do Direito, bem como da Educação, citando, dentre eles: Educação (CARLOS ROBERTO JAMIL CURY, ROMUALDO PORTELA DE OLIVEIRA), e no Direito Constitucional (PEDRO LENZA, JOSÉ AFONSO DA SILVA, CANOTILHO), bem como, a Constituição Federal do Brasil, entre outros.

Num primeiro momento, o capítulo versa quanto à exigibilidade da educação básica pelo sistema da justiça, ou seja, a estrutura do Poder Judiciário, na pessoa do juiz e desembargadores, competentes para julgar as lides que envolvem a educação nos dias atuais. Estudar-se-ão os órgãos que o compõem e suas respectivas competências; o Ministério Público e do Promotor de Justiça como órgão independente; e, corroborando a isso, o papel do Conselho Tutelar.

Na sequência, de forma breve, será realizada abordagem específica sobre a legislação educacional brasileira, com os principais marcos legais: Constituição Federal, Leis de Diretrizes e Bases, bem como o Estatuto da Criança e do Adolescente. Reforçando a isso, serão examinados os princípios constitucionais que regem a educação a partir dos artigos 6º e 205 ao 214 da CF/88 e demais artigos pertinentes ao tema.

Ainda, será explorado e o Direito à Educação, conhecendo e verificando sua abrangência, compreendendo a origem como um todo, mediante a exclusiva revisão bibliográfica de estudiosos da área. Coletar conceitos, princípios e costumes no intuito de construir a base deste trabalho.

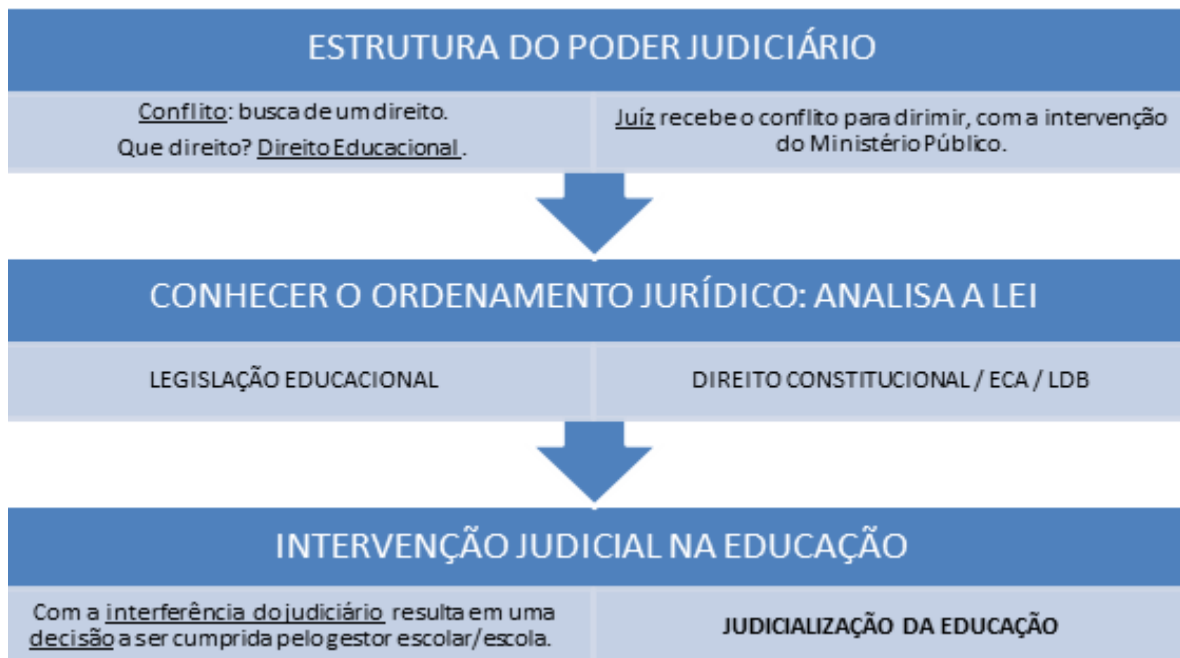
Num terceiro momento, o capítulo finaliza a pesquisa, ao analisar a Judicialização das relações escolares, mais especificamente no Estado Sul Riograndense, com os dados

encontrados na compilação dos atos decisórios judiciais e escritas sobre o tema, momento que teve a expansão do Poder Judiciário com a implementação dos direitos sociais pela CF/88, a partir da autoridade escolar em oposição à realidade escolar; na expectativa de encontrar respostas para a cidadania e Judicialização dos conflitos escolares, tendo em vista o papel que a educação desempenha em um Estado Democrático de Direito. Em suma, verificar o porquê da ascensão da Judicialização para um “direito com previsão legal constitucional” a partir dos desdobramentos na legislação educacional e as políticas educacionais com o advento da Constituição Federal e de 1988 e da Lei de Diretrizes e Bases - (LDB) .

Então, esta produção apresenta a discussão acerca da expansão do Poder Judiciário enquanto uma instância de efetivação dos direitos sociais e fundamentais do cidadão, e nesse conjunto os educacionais, recorrendo a análise da literatura e ao levantamento de decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ/RS), explorando os dados retirados do site referente às decisões no âmbito da educação mais precisamente sobre as vagas escolares, a falta de professores e a educação, direito à educação e direito educacional, isto é, o enfrentamento e cumprimento das decisões pelo gestor escolar.

Compreendendo o trabalho por meio do fluxograma:

Figura 1 - Estrutura do poder judiciário



Fonte: Elaborado pela autora



Em conclusão, espera-se que com essa abordagem possa **colaborar** de alguma forma para a **compreensão de como se dá o acesso à educação e quais as interfaces existentes entre as áreas do direito e da educação para a garantia desse acesso.**

A metodologia utilizada foi com base documental, por ser uma análise de conteúdo, quando os dados examinados foram textuais; por descrever relações, mas não fornecer uma explicação ou sentido, cabendo ao “investigador” tentar construir o conhecimento. Assim, refere-se ao método qualitativo, pois, baseia-se na presença ou ausência de uma característica ou modo, segundo o qual os elementos do “discurso” estão articulados. (QUIVY e LUC VAN, 1998, p. 27).

Portanto, a análise de conteúdo se firma com a interpretação dos decisórios jurisprudenciais relativos à educação básica pública, julgados pelo Tribunal do Estado do Rio Grande do Sul, especificamente a matéria de “vagas escolares”. Buscar-se-á de forma quantitativa verificar os dados colhidos nas maiores comarcas do Estado, quais sejam: Porto Alegre, Caxias do Sul, Pelotas, Santa Maria e Passo Fundo. Já, a análise qualitativa dar-se-á pela verificação dos decisórios jurisprudenciais especificamente à comarca de Passo Fundo. Com a análise de estatísticas de dados, as buscas serão realizadas no site do TJ/RS<sup>4</sup>, valendo-se as palavras chaves, “vagas escolares”; “vagas em creches/pré-escola/ensino público infantil”. O período compreende a partir do ano 2000 até o presente momento, com propósito de apurar a situação das demandas judiciais.

Esta pesquisa se constitui numa combinação de conhecimentos tanto no campo da educação, quanto nas ciências jurídicas e sociais. Portanto, é uma contribuição à comunidade científica, utilizando-se do método documental, a fim de estabelecer sua influência e aplicabilidade na consecução da previsão constitucional relativa ao direito à educação.

Colaborando, também, para que a legislação educacional seja aplicada de forma eficaz tanto nas escolas, quanto aos alunos, professores e gestores, garantindo a cada um o que é seu de direito.

---

<sup>4</sup> Site do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/site/>>

## **2 EXIGIBILIDADE DA EDUCAÇÃO BÁSICA PELO SISTEMA DE JUSTIÇA**

Para tratarmos da intervenção judicial na educação, faz-se necessário iniciar a abordagem compreendendo a ideia de Judicialização, que envolve tanto a esfera procedimental quanto substantiva do exercício das funções judiciais.

As ciências jurídicas se valem do termo Judicialização para referirem à obrigação legal de que um determinado tema seja apreciado judicialmente. De caráter normativo, afirma-se que Judicialização é o ingresso em juízo de determinada causa, referindo-se a decisões particulares de tribunais. É tomada como um processo objetivo utilizado para defender propostas de mudança face às novas necessidades sociais. (MACIEL, KOERNER, 2002, p. 114-116).

Assim, em se tratando da intervenção pelo sistema de justiça, o Poder Judiciário tem a função essencial de garantir os direitos individuais, coletivos e sociais, no tocante a resolver conflitos entre cidadãos, entidades e Estado. Para tanto, conta com autonomia administrativa e financeira garantida pela Constituição Federal.

O objetivo desse capítulo é compilar e explorar a produção bibliográfica sobre a exigibilidade do Direito à Educação básica pelo sistema de Justiça. Denota-se que essa temática nos últimos anos tem crescido a olhos vistos, necessitando de maior aprofundamento sobre o tema, uma vez que, a busca pelo Poder Judiciário é dado objetivando principalmente a implantação de políticas públicas.

Os mecanismos relativos ao reconhecimento formal dos direitos, à sua expansão e tipificação, fazem com que se torne cada vez mais difícil sua aplicação, dado que a “proteção aos direitos sociais requer uma atuação positiva do Estado, com obrigações para a sua promoção, ao contrário dos direitos individuais tradicionais, que precisam da abstenção de determinados comportamentos.” (SILVEIRA, 2012, p. 31).

Compreendendo que a concretização dos direitos sociais se dá por meio da ampliação da ação do Estado, na execução de políticas públicas, denota-se que o grande desafio, segundo Silveira (2012, p. 31), “tem sido o de estabelecer mecanismos para garantir a exigibilidade e o controle judicial do seu cumprimento, em caso de ausência ou insuficiência das políticas adotadas.” Acudir-se do Poder Judiciário é uma das alternativas de fazer valer este direito, justamente como determina a própria Constituição Federal: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.” (BRASIL, 1988, art. 5º, inciso XXXV).

A carência das políticas públicas poderá ser objeto de controle do Poder Judiciário, pois o que qualifica a existência de um direito social como direito pleno não é simplesmente a conduta cumprida pelo Estado, mas a existência de algum poder jurídico para que o titular do direito possa, em caso de descumprimento da obrigação devida, exigir a sua autuação. Desta forma, se de verdade temos direitos, devemos ter uma ação. (SILVEIRA, 2012, p. 31).

A legislação educacional como um todo, reconhece que não somente o ensino obrigatório são direitos assegurados à criança e ao adolescente, que podem ser objeto de acionamento judicial, mas todos aqueles considerados os deveres jurídicos do Estado. Faz-se necessário constar que, a formulação das políticas públicas é deliberada, em regra, ao Poder Executivo, sendo imprópria a atuação judicial na elaboração das políticas públicas. Todavia, a possibilidade de submeter uma política pública a controle jurisdicional é, segundo Bucci (2006), inquestionável, pois, o “Judiciário tutela as políticas públicas na medida em que elas expressam direitos.” (BUCCI, 2006, p. 31).

É notório, que em nosso País, estudos sobre a exigibilidade do Direito à Educação pelo sistema de Justiça estão tomando larga escala, por parte de pesquisadores tanto da área do Direito quanto da Educação. Sabe-se, ainda, que algumas das pesquisas, nos últimos tempos, analisam mais precisamente a intervenção do Judiciário frente às demandas educacionais, como é o caso deste trabalho, em verificar a abrangência e os temas que envolvem as decisões do Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

Portanto, para sabermos como consiste o órgão que implica diretamente na aplicação do Direito à Educação todos os dias, seja para garantir o direito ao cidadão, à escola, ao poder público, qualquer que seja a finalidade, é necessário que conheçamos um pouco mais sobre este mediador, que faz parte dos três Poderes que regem um Estado Democrático de Direito, mostra Cretella Júnior que a princípio,

o Poder no início seria uno. Aos poucos, contudo, foi partilhado, sendo seu exercício distribuído entre vários tipos de órgãos, cada um com sua competência graduada. Assim, a separação dos Poderes pressupõe a tripartição das funções do Estado, ou seja, a distinção das funções legislativa, executiva e judiciária. (1998, p. 101).

Nesse prisma, será feita breve análise de como o Poder Judiciário é constituído e como atua diretamente na educação, no intento de fazer valer as normas constitucionais que garantem o direito ao cidadão. Por isso, a divisão do Poder consiste em repartir o exercício do poder político, entre órgãos diferentes e independentes, pelos critérios que nenhum deles possa agir livremente sem ser contido pelo outro, impedindo o arbítrio antidemocrático.

Na contemporaneidade, considera-se democrático o regime político fundado na soberania popular, cujo objetivo consiste integralmente no respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, para Lenza “destinam-se ao homem, ao cidadão, em abstrato. Reconhecem direitos a todos os homens por serem homens – em razão da natureza.” (2010, p. 742). Dessa forma, a soberania do povo está voltada à consagração dos direitos humanos, que conduz necessariamente ao arbítrio da maioria. O respeito aos direitos do homem, por seu turno, é inalcançável quando o poder político maior não pertence ao povo.

Dito isso, o Poder Judiciário, como órgão de um Estado democrático, há de ser constituído visando estas exigências. No entanto, diferentemente dos demais poderes públicos (Executivo e Legislativo), o Judiciário apresenta notável particularidade: a principal garantia do respeito integral aos direitos humanos, visto que na generalidade dos países, os magistrados, salvo raras exceções, não são escolhidos pelo voto popular, a exemplo, o Brasil.

Com efeito, o fator que compatibiliza o Poder Judiciário com o espírito da democracia, sentido este trazido nas palavras de Pedro Lenza, visão precursora,

(...) inovou dizendo que tais funções estariam intimamente conectadas a três órgãos distintos, autônomos e independentes entre si. Cada função corresponderia a um órgão, não mais se concentrando nas mãos únicas do soberano. Tal teoria surge em contraposição ao absolutismo, servindo de base estrutural para o desenvolvimento de diversos movimentos como as revoluções americana e francesa, consagrando-se na *Declaração Francesa dos Direitos do Homem e Cidadão*, em seu art. 16. Por meio dessa teoria, cada Poder exercia uma função típica, inerente à sua natureza, atuando independente e autonomamente. Assim, cada órgão exercia somente a função que fosse típica, não mais sendo permitido a um único órgão legislar, aplicar a lei e julgar, de modo unilateral, como se percebia no absolutismo. Tais atividades passam a ser realizadas, independentemente, por cada órgão, surgindo, assim, o que se denominou teoria dos freios e contrapesos. (2010, p. 397-398).

Sobre o Poder Judiciário, o constitucionalista José Afonso da Silva ensina que,

tem por função compor conflitos de interesses em cada caso concreto. Isso é o que se chama *função jurisdicional* ou simplesmente *jurisdição*, que se realiza por meio de um *processo judicial*, dito, por isso mesmo, sistema de composição de conflitos de interesses ou sistema de composição de lides. Os conflitos de interesses são compostos, solucionados, pelos órgãos do Poder Judiciário com fundamentos em *ordens gerais* e *abstratas*, que são *ordens legais*, constantes ora de corpos escritos que são as leis, ora de costumes, ou de simples normas gerais, que devem ser aplicadas por eles, pois está praticamente abandonado o sistema de composição de lides com base em *ordem singular* ergida especialmente para solucionar determinado conflito. (2002, p. 550).

Portanto, divididas as funções da soberania nacional, quais sejam, por três Poderes distintos, nos resta verificar quão democrático é o Poder Judiciário no Brasil, por ser este

especificamente o abordado nesta pesquisa, analisando quanto à organização e o seu funcionamento, segundo os requisitos fundamentais da independência e da responsabilidade.

## 2.1 Estrutura do poder judiciário para julgar- órgãos que compõem

Cabe neste momento de forma sucinta, apresentar uma visão abrangente sobre o terceiro Poder do Estado atribuído à União do Estado Federal brasileiro – o *Poder Judiciário* – organizado na Constituição Federal de 1988 pelos artigos 92 a 126, composto por juízes e tribunais. Aborda-se cobrindo alguns dos assuntos principais concernentes ao tema preestabelecido, conduzindo o aspecto da categoria dos direitos fundamentais, visto que este Poder deve, evidentemente, decidir atuando o direito objetivo, não podendo se valer de critérios particulares, privados ou próprios, para compor conflitos de interesses, ao promover justiça. (SILVA, 2003, p. 551).

É nesse contexto, que se deve ler a análise da estrutura do Poder Judiciário, considerando a partilha das suas competências, do regime jurídico de seus membros e das suas garantias. Trabalha-se com as fontes de produção normativa e com o que convencionou denominar direitos judiciários fundamentais em espécie.

Desse modo, retrata Pedro Lenza sobre as funções do Poder Judiciário como sendo,

O Poder Judiciário tem por função típica e jurisdicional, inerente à sua natureza. Exerce, ainda, funções atípicas, de natureza executivo-administrativa (organização de suas secretarias – art. 96, I, “b”; a concessão de licença e férias a seus membros, juízes e servidores imediatamente vinculados - art. 96, I, “f”), bem como funções atípicas de natureza legislativa (elaboração do registro interno – art. 96, I, “a”). (...) conceituar a jurisdição como **“uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com a justiça. Essa pacificação é feita mediante a atuação da vontade do direito objetivo que rege o caso apresentado em concreto para ser solucionado; e o Estado desempenha essa função sempre por meio do processo, seja expressando imperativamente o preceito (através de uma sentença de mérito), seja realizando no mundo das coisas o que o preceito estabelece (através da execução forçada)”**. (2010, p. 553). (Grifo nosso).

Nesse contexto, denota-se que a função deste Poder é determinada como jurisdicional<sup>5</sup> e é exercida pelos seguintes órgãos<sup>6</sup> conforme determina o art. 92 da CF/88:

<sup>5</sup> **Função jurisdicional** ou simplesmente **jurisdição**, que se realiza por meio de um processo judicial, dito, por isso mesmo, sistema de composição de conflitos de interesses ou sistema de composição de lides. (...) A jurisdição hoje é monopólio do Poder Judiciário do Estado (art. 5º, XXXV). Anteriormente ao período moderno havia jurisdição que não dependia do Estado. Os senhores feudais tinham jurisdição dentro de seu feudo: encontravam-se *jurisdições feudais* e *jurisdições baronais*. Lembre-se de que os donatários das Capitânias

- (1) Supremo Tribunal Federal;
- (2) Superior Tribunal de Justiça;
- (3) Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais;
- (4) Tribunais e Juízes do Trabalho;
- (5) Tribunais e Juízes Eleitorais;
- (6) Tribunais e Juízes Militares;
- (7) Tribunais e Juízes dos Estados, do Distrito Federal e dos territórios.

A ordem judiciária do País, para Silva (2003, p. 553) compreende em:

- (a) Um órgão de cúpula, como guarda da Constituição e Tribunal da Federação, que é o Supremo Tribunal Federal;
- (b) Um órgão de articulação e defesa do direito objetivo federal, que é o Superior Tribunal de Justiça;
- (c) As estruturas e sistemas judiciários, compreendidos Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais; Tribunais e Juízes do Trabalho; Tribunais e Juízes Eleitorais; Tribunais e Juízes Militares;
- (d) Os sistemas judiciários dos Estados, Distrito Federal e Territórios.

Delimitada a jurisdição a ser executada pelos juízes/magistrados, por meio de uma sentença/decisão judicial, responsáveis cada qual pelo seu órgão, expõe José Afonso da Silva,

Poder Judiciário tem por função compor conflitos de interesses em cada caso concreto. Os conflitos de interesses são compostos, solucionados, pelos órgãos do Poder Judiciário com fundamento em ordens gerais e abstratas, que são ordens legais, constantes ora de corpos escritos que são as leis, ora de costumes, ou de simples normas gerais, que devem ser aplicadas por eles. *Jurisdição e Legislação* – Não é difícil distinguir *jurisdição* e *legislação*. Esta edita normas de caráter geral e abstrato e a jurisdição se destina a aplicá-las, na solução de lides. Veja-se, por exemplo, um ato jurisdicional típico: *a sentença*. Esse ato, em termos muito simplificados, declara, através do dispositivo, a determinada pessoa, com determinada ordem individualizada e concreta sobre um bem específico. (2003, p. 551).

A verdade é que o Poder Judiciário assumiu novo papel em face das transformações decorrentes da Constituição de 1988, passando a exercer funções que antes não lhe eram

---

Hereditárias no Brasil colonial dispunham da *jurisdição civil e criminal* nos territórios de seu domínio. No período monárquico brasileiro, tínhamos a *jurisdição eclesiástica*, especialmente em matéria de direito de família, a qual desapareceu com a separação entre Igreja e Estado. Agora só existe jurisdição estatal, confiada à certos funcionários, rodeados de certas garantias: *os magistrados*. (SILVA, p. 550-551, 2003) (grifo do autor)

<sup>6</sup> Para o constitucionalista Pedro Lenza, pode-se afirmar que o STF e os Tribunais Superiores (STJ, TST, TSE e STM) são **órgãos de convergência**, têm sede na Capital Federal (Brasília) e exercem jurisdição sobre o território nacional, nos termos do art. 92, § 2º, da CF/88. Denominam-se **órgãos** ou **centros de convergência** visto que, cada uma das justiças especiais da União (Trabalhista, Eleitoral e Militar), tem por cúpula seu próprio Tribunal Superior, que é responsável pela última decisão nas causas de competência dessa Justiça. Quanto às causas processadas na Justiça Federal ou nas locais, em matéria infraconstitucional a convergência conduz ao Superior Tribunal de Justiça, que é um dos Tribunais Superiores da União embora não integre Justiça alguma; em matéria constitucional, convergem diretamente ao Supremo Tribunal Federal. Todos os Tribunais Superiores convergem unicamente ao Supremo Tribunal Federal, como órgão máximo da Justiça brasileira e responsável final pelo controle de constitucionalidade de leis, atos normativos e decisões judiciárias. (2010, p. 576) (grifos nosso).

próprias, como a de “intromissão” em assuntos de outros poderes, assim como a de ocupar espaços que antes pertenciam às relações privadas ou políticas entre os diversos grupos sociais, substituindo a família, a Igreja e os fóruns de discussão política. Daí a maior influência política do Poder Judiciário nas sociedades contemporâneas. (NUNES JUNIOR, 2008, p. 161).

De modo geral, não há como negar que os avanços e as inovações da Magna Carta de 1988 vêm propiciando uma participação cada vez mais ativa do Poder Judiciário nas questões das políticas públicas.

### 2.1.1 Tribunais Superiores - STF e STJ

O Supremo Tribunal Federal tem sede na capital da República e jurisdição em todo o território nacional, encontra-se no topo, órgão máximo do Judiciário brasileiro. Tem como função, precipuamente, a guarda da Constituição conforme preconiza o art. 101, caput, CF/88. Sua composição é de 11 ministros, escolhidos entre cidadãos brasileiros, indicados pelo presidente da República e nomeados por ele após a aprovação por maioria absoluta do Senado Federal.

Entre as diversas competências do STF pode-se citar a de julgar as chamadas *ações diretas de inconstitucionalidade*. Duas são as formas de competência do STF:

A um, por meio da competência recursal, como órgão de revisão das causas decididas em única ou última instância, quando a decisão é recorrida. Vejamos alguns tópicos que originam a competência recursal deste órgão, “a) contrariar dispositivo da Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição; d) julgar lei local contestada em face de lei federal (art. 102, III, “a”, “b”, “c” e “d”).” (NUNES JUNIOR, 2008, p. 166). Assim, em se tratando competência recursal, o Supremo Tribunal Federal atua como instância revisora final das decisões proferidas por juízes ou tribunais no exercício do controle difuso de constitucionalidade, com posição singular no sistema constitucional brasileiro.

A dois, tratando de competência originária, como instância exclusiva para julgar os litígios constitucionais decorrentes do exercício do critério de controle concentrado de constitucionalidade. Trata-se da jurisdição constitucional concentrada, que visa a assegurar o princípio da supremacia da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico (SILVA, 2006, p. 562).



Assim, entende-se por que a Corte Suprema tem colocação quanto à atuação política do Poder Judiciário no Brasil. Nesse sentido, a Constituição de 1988, na medida em que atribui ao Supremo Tribunal Federal, em sede de critério de controle concentrado, a função exclusiva para proceder ao exame da constitucionalidade das leis e dos atos normativos, portanto, enseja a prerrogativa para a ocorrência do fenômeno da Judicialização, como se verá, adiante, por ocasião dos dados colhidos.

Quanto ao Superior Tribunal de Justiça – STJ, o qual se encontra logo abaixo do STF que por este foi instituído, utilizando-se da Constituição Federal de 1988, cuja responsabilidade é fazer uma interpretação uniforme da legislação federal, ou seja, uniformizar o direito nacional infraconstitucional. Composto de, no mínimo, 33 Ministros nomeados pelo Presidente da República, escolhidos numa lista tríplice elaborada pela própria Corte. De igual forma, os ministros também contam com a aprovação pelo Senado Federal antes da nomeação pelo presidente do Brasil.

Os julgamentos pelo STJ ocorrem nas causas criminais de relevância e que envolvem governadores de Estados, desembargadores e juízes de Tribunais Regionais Federais, Eleitorais e Trabalhistas, bem como de outras autoridades.

A competência está distribuída em três áreas: a) competência originária para processar e julgar as questões de relacionadas no inc. I do art. 105 da CF/88; b) competência para julgar, em recurso ordinário, causas referidas no inc. II; c) competência para julgar, em recurso especial, as causas indicadas no inc. III. (SILVA, 2003, p. 560).

#### 2.1.2 Tribunais e Juízes dos Estados - TJ

Na sequência, abordar-se-à as Justiças Estaduais, regulamentada pelos artigos 125 e 126 da Constituição Federal, subdividindo-se em graus de jurisdição, Primeira Instância - Comarcas/Fórum, as causas serão analisadas por juízes estaduais ou federais; e Segunda Instância - Tribunais de Justiça, que operam os desembargadores para análise de recursos, e, estão alocados nas capitais de cada Estado. Esse ponto, explica Pedro Lenza, “Organiza-se em dois graus de jurisdição (instâncias), sendo o primeiro, em regra, monocrático, ou seja, o julgamento é realizado por um só juiz e o segundo, normalmente por órgãos colegiados.” (2010, p. 614).

A organização se dá por competência de cada Estado e do Distrito Federal. A função da justiça estadual é processar e julgar qualquer causa que não esteja sujeita à competência de



outro órgão jurisdicional (Justiça Federal comum, do Trabalho, Eleitoral e Militar). Oportuno constar que nesta representa maior volume de litígios no Brasil. É válido dizer que o STF e o STJ têm poder sobre a Justiça comum, federal e estadual.

Com efeito, a doutrina contemporânea não mais concebe a função do juiz como atividade mecânica, sem criatividade. De igual modo, não mais admite a compreensão de que a lei tem apenas um sentido, que há somente um significado verdadeiro do texto legal e que a lei é completa, inexistindo lacunas. Assim, é errôneo conceber hoje que a função do juiz se restringe simplesmente a verificar a ocorrência do fato e enquadrá-lo na hipótese legal – a chamada subsunção judicial, herdada do positivismo jurídico, de origem kelseniana.

A aplicação do Direito pelo juiz, dada a sua complexidade, oferece diversas possibilidades interpretativas sobre um mesmo caso concreto, conduzindo a elementos criativos. Nos dias atuais, o juiz, com frequência, depara-se com textos legais abertos, que contêm mais de um significado possível, o que lhe atribui certa margem de liberdade para decidir entre as várias interpretações cabíveis. (NUNES JUNIOR, 2008, p. 161).

Entre as mudanças relevantes está o novo enfoque dado à função de julgar, bem diverso do tradicional, ampliando consideravelmente a participação do juiz e dando-lhe certo distanciamento em relação à lei, o que não admitia a doutrina clássica, de índole positivista.

### 2.1.3 Das funções essenciais à Justiça: Ministério Público e do Conselho Tutelar

As funções essenciais à justiça têm o objetivo de dinamizar a atividade jurisdicional, por isso, o poder constituinte institucionalizou por ocasião da CF/88, nos artigos 127 a 130, as atividades profissionais atribuindo-lhes esse renome. Assim, o Ministério Público é considerado 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, dito isso pelo art. 127, caput, da CF/88. Seu representante é o Promotor de Justiça. A finalidade principal do Ministério Público é defender o Direito e o interesse da sociedade. É tradicionalmente conhecido pela expressão latina “*custos legis*”, que significa “guardião da lei”.

O Ministério Público, instituição concebida na Constituição Federal de 1988, para defender o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis, atua para efetivar o Direito à Educação, ou seja, a garantia de um direito social positivado na legislação como direito de todos e dever do Estado.

Mediante o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Ministério Público assume importantes funções na garantia dos direitos relativos à infância e à juventude, podendo atuar junto ao Poder Judiciário ou administrativamente.

Quando necessária à propositura da ação judicial ou a solução do problema, sem recorrer ao Judiciário, o membro do Ministério Público pode, de acordo com o estatuto antes mencionado, expedir notificações para colher depoimentos ou esclarecimentos, requisitando condução coercitiva da polícia civil ou militar nos casos de não comparecimento; ainda, exigir informações, exames, perícias e documentos de autoridades municipais, estaduais e federais, da administração direta ou indireta. Cabe-lhe, também, promover inspeções a instituições particulares e instituições privadas, requisitando informações e documentos sempre que necessário.

Este órgão tem interferência direta no Direito Educacional, podendo atuar de duas formas, sendo preventivo, orientando, atuando de forma pedagógica, por intermédio dos procedimentos administrativos e pedagógicos da própria instituição de ensino, participações do Ministério Público, Conselho Tutelar, políticas públicas e privadas, ações afirmativas para inclusão social na educação; de outro norte, apresenta solução de composição ou judicial, pelo sistema da justiça e instrumentos processuais, com a participação do Estado-juiz.

Importante constar, que a legislação brasileira, principalmente a partir de 1988, com a Constituição Federal, contempla com muito detalhamento o Direito à Educação, além de prever mecanismos jurídicos que podem ser utilizados para a sua proteção e instituições para a sua defesa, como o Ministério Público. Atualmente os estudos sobre a atuação deste órgão, na garantia do Direito à Educação ainda são escassos, tanto na área do Direito como da Educação.

É necessário despertar na população a consciência política e social de que todos os cidadãos são igualmente responsáveis pela educação, seja pai, mãe, aluno, professor, educador, gestor educacional, sociedade e o poder público, que devem agir de maneira preventiva nas questões educacionais, conforme a própria Constituição Federal estabelece.

De igual forma, não é justo que cidadãos que se depare com situações que envolvam crianças e adolescentes que se encontrem com seus direitos fundamentais à educação ameaçados ou já violados, permaneçam inertes, conforme impõe o Estatuto da Criança e do Adolescente, “É dever de todos prevenirem a ocorrência de ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente.” (art. 70 do ECA).

Nesse contexto, em situação de vulnerabilidade social, todos tem o direito de recorrer ao poder público e é exatamente nesse ponto que os órgãos do Ministério Público e do Conselho Tutelar entram em cena, de forma preventiva, quando buscam o entendimento com a pessoa ou a autoridade acusada da ameaça ou violação aos direitos infantojuvenis.

Aos olhos da Lei de Diretrizes e Bases da Educação, no caput do art. 5º, estabelece que o acesso ao ensino fundamental corresponde ao direito público. Menciona, também, quem está legitimado para acionar o Poder Público no caso de não oferecimento ou mesmo de oferta irregular do ensino público (art. 208, § 2º, da CF/88), a fim de garantir o acesso ao ensino obrigatório. Neste caso, qualquer cidadão, grupo de cidadãos, associação comunitária, organização sindical, entidade de classe ou outra legalmente constituída e ainda o Ministério Público têm legitimidade para proporem ações judiciais contra o Poder Público, com direito à gratuidade e rito sumário, como garantia à educação.

Já em nível constitucional, por força do disposto no art. 129, III, ampliou-se a legitimidade do Ministério Público, reservando importante papel, como guardião da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Infere-se, neste caso, de abertura da legitimidade para agir, mediante legitimação do Ministério Público e de corpos intermediários, como associações, entidades sindicais, partidos políticos e outras entidades organizadas para a defesa de interesses difusos e coletivos.

Se observarmos bem a legislação, o Ministério Público toma maior destaque, conferindo-lhe amplas atribuições e responsabilidades, para solucionar conflitos que envolvam o sistema educacional, ou seja, a escola e/ou Sistema de Ensino, seus representantes, alunos e professores. Há quem diga que com a promulgação da Constituição Federal de 1988 foi a instituição que mais avançou com a nova Constituição.

O Ministério Público tem autonomia para atuar e para postular ao Poder Judiciário que profira decisão que parecer mais correta ao MP, independentemente de quem ela beneficie ou prejudique. Por se tratar de um órgão com independência funcional e autonomia administrativa, denominado pela Constituição, não necessita obedecer ordens dos órgãos superiores de sua carreira, pois não há hierarquia para essa finalidade, isso quer dizer que nem o chefe de cada esfera do Ministério Público - o procurador-geral - nem os órgãos superiores - Conselhos Superiores - nem mesmo o Poder Judiciário podem, como regra, determinar ao membro do Ministério Público como atuar em determinada situação.

No ensinamento de José Afonso da Silva,

De natureza executiva, sendo, pois, uma instituição vinculada ao Poder Executivo, funcionalmente independente, cujos membros integram a categoria dos agentes políticos, e, como tal, hão de atuar, com plena liberdade funcional, desempenhando suas atribuições com prerrogativas e responsabilidades próprias, estabelecidas na Constituição e em Leis especiais. Não são funcionários públicos em sentido estrito, nem se sujeitam ao regime estatutário comum. Tem normas específicas para sua escolha, investidura, conduta e processo por crimes funcionais e de responsabilidade, que lhes são privativos. (2003, p. 582).

O órgão ministerial é regido por Lei Estatutária, onde consta no art. 201 que deverá “zelar pelo efetivo respeito aos direitos e garantias legais assegurados às crianças e adolescentes, promovendo, se necessárias, as medidas judiciais e extrajudiciais cabíveis.”

Destaca Nelson Joaquim sobre o Ministério Público, considerando tratar de órgão que tenta solucionar o problema através de gestão de ordem administrativa, visando o entendimento,

O Ministério Público, no primeiro momento, busca o entendimento com as pessoas ou autoridades acusadas da ameaça ou violação aos direitos da criança e do adolescente, através de gestões de ordem administrativa, sem que tenha que recorrer ao Poder Judiciário. Ele tenta através de argumentos de ordem jurídica e também técnica, alertá-los da ilegalidade da situação apurada e conceder-lhe um prazo razoável para eliminação do risco e/ou reparação do dano causado. É da competência do Ministério Público instaurar procedimentos administrativos, mas também, outros procedimentos podem ser instaurados, como a sindicância (art. 201, VIII) ou mesmo quaisquer outros procedimentos administrativos afetos ao Ministério Público (CF, art. 129, VI). (JOAQUIM, 2015, p. 160).

Portanto, em geral, o Ministério Público não tem a função de defender interesses estritamente individuais. Porém, alguns direitos, mesmo no plano individual têm relevância especial, seja porque atingem parcela relevante da sociedade, seja porque eles mesmos envolvem interesse público é o caso, como exemplo, do Direito à Educação, à saúde e à vida. Diante disso, quando está em causa algum desses interesses especiais, o Ministério Público tem legitimidade jurídica para adotar providências, judiciais ou extrajudiciais, mesmo no interesse de uma só pessoa ou de um pequeno grupo delas, exemplificando, são os direitos das crianças e adolescentes.

Concluindo, para tornar mais efetiva a atuação deste órgão, se faz necessário estabelecer políticas institucionais e fortalecer o trabalho em conjunto com a sociedade, possibilitando à instituição o conhecimento das reais demandas e fortalecendo a cobrança, contribuindo, desta forma, como mecanismo de pressão junto aos poderes públicos.

Nesse ponto, passamos a conhecer o Conselho Tutelar que é um órgão vinculado ao Poder Público Municipal, definido pelo art. 131 da Lei 8.069/1990, “O Conselho Tutelar é

órgão permanente e autônomo, não jurisdicional, encarregado pela sociedade de zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente, definidos nesta Lei.”

O conselho tutelar pode aplicar medidas de proteção que entender adequadas às crianças e adolescentes conforme art. 101, I ao VII do ECA, sem necessitar de ordem judicial.

É um órgão com independência no exercício de suas funções, mas atua sob fiscalização do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, da autoridade judiciária e do Ministério Público. Por sua característica não jurisdicional, não exerce o poder de fazer cumprir determinações legais ou de imputar punições.

Em cada município haverá, no mínimo, um conselho tutelar composto de cinco membros escolhidos pela comunidade local, para mandato de três anos, permitida uma recondução. Como abordado anteriormente, o ECA e LDB/96 atribuem ao conselho tutelar importantes funções para garantir a frequência escolar; além disso, no exercício de suas atribuições, definidas pelo ECA, pode requisitar serviços públicos na área da educação e encaminhar ao Ministério Público notícia de fato que constitua infração administrativa ou penal contra os direitos da criança ou adolescente, bem como, à autoridade judiciária, os casos de sua competência.

Desta forma, o conselho tutelar torna-se um importante aliado na relação com os órgãos do sistema de justiça para exigir o cumprimento do direito à educação.

Este órgão desempenha função que anteriormente era exercida pelo cargo do chamado “juiz de menores”. Válido constar que se não houver Conselho Tutelar no Município, as atribuições do órgão serão exercidas pelo juiz da infância e juventude, conforme preconiza o art. 262 do ECA.

Portanto, o dever do Conselho Tutelar é zelar, em nome da sociedade, pelos direitos da criança e do adolescente.

Discorre sobre o assunto, Nelson Joaquim, ensinando que

por um lado, o Conselho Tutelar realiza um trabalho educativo de atendimento, ajuda e aconselhamento aos pais ou responsável, ou seja, a família, a fim de superarem as dificuldades materiais, morais e psicológica em que eles encontram-se. De forma a propiciar um ambiente saudável para as crianças e os adolescentes que devem permanecer com eles, tendo em vista ser justamente em companhia dos pais ou responsável, que terão condições de desenvolver-se de forma mais completa e harmoniosa. Os pais ou responsáveis têm a obrigação de matricular seus filhos “na rede regular de ensino” – é o que preconiza o Estatuto (art. 55). O descumprimento dessa obrigação, sem justa causa, pode gerar a adoção de medidas por parte do Conselho Tutelar. Por outro lado, atua junto aos estabelecimentos de ensino fundamental, que são responsáveis por eventual maus tratos, repetidas ausências ou

evasão e elevados níveis de repetência dos alunos (art. 56 e incisos ECA).(2015, p. 161).

No sentido de explorar o tema, análise feita pelo Procurador de Justiça, Afonso Armando Konzen, especificamente sobre o Conselho Tutelar em defesa do Direito à Educação, ensina que,

Conselhos, de costume, exercem funções de natureza política, assim considerada, por exemplo, a função de expressar posição ideológica a respeito da gestão dos negócios públicos ou de determinada ação governamental e de decidir por aquela solução de maior interesse público, como é, sem dúvida, o papel dos Conselhos de Direitos. As funções do Conselho Tutelar não têm conteúdo político estrito, são funções de natureza técnica, no sentido de que a solução do caso é ditada pela norma legal e é nela que o conselheiro inspira a sua decisão<sup>19</sup>. Por isso, a função propriamente dita, como, por exemplo, aplicar determinada medida, não necessita obrigatoriamente ser exercida pelo conjunto dos conselheiros, mas a regulamentação municipal do Conselho pode definir a situação em respeito às peculiaridades locais, atribuindo a tarefa individualmente a cada conselheiro ou ao colegiado do Conselho. Sustenta-se, portanto, aqui, a posição de que o Município tem capacidade de legislar supletivamente sobre a matéria, mesmo porque se cuida de órgão integrante de sua estrutura administrativa e a possibilidade de suplementar, em tais situações, a legislação federal e estadual no que couber, está autorizada pela Constituição Federal (artigo 30, inciso II). (2000, p. 9-10).

Assim, percebe-se que a escola e o Conselho Tutelar devem andar juntos, cabendo a este informar permanentemente ao “fiscal da Lei”, Ministério Público ou ao Conselho Municipal de Direitos da Criança e do Adolescente, sobre as demandas de atendimentos e deficiências estruturais existentes no Município, considerando que a partir de então serão implementados, ampliados ou adequados políticas e programas de atendimento às crianças e adolescentes, bem como às famílias.

#### 2.1.4 Gestão Democrática: o papel do diretor escolar e a noção de Responsabilidade Civil

É interessante para esta pesquisa analisar a condição daquele que recebe a determinação judicial ou administrativa, imposta ser cumprida. Neste caso, o melhor a se fazer é iniciar com a consideração do que há de específico no conceito de direção escolar quando confrontado com o conceito de administrador escolar.

Esclarece o autor Vitor Paro,

(...) embora tais expressões sejam tomadas como sinônimas, não devem ser em razão que, na legislação referente a suas atribuições, o diretor escolar ou gestor escolar, termos estes empregados à identificar outras pessoas em posição de chefia que no

sistema de ensino, quer na unidade escolar (supervisores escolares ou coordenadores pedagógicos). Assim, por exemplo, considere-se que uma coisa é ser diretor, outra é ser administrador. **Direção** é função do mais alto nível que, como a própria denominação indica, envolve linha superior geral de conduta, inclusive capacidade de liderança para escolha de filosofia e política de ação. **Administração** é instrumento que o diretor pode utilizar pessoalmente ou encarregar alguém de fazê-lo **sob sua responsabilidade**. Por outras palavras, direção é um todo superior e mais amplo do qual a administração é parte, aliás, relativamente modesta. Pode-se delegar função administrativa, função diretiva. (2011, p. 41). (Grifo nosso).

Portanto, a direção contém a administração e simultaneamente é mais abrangente. A direção engloba a administração, porém, coloca-se acima dela, em virtude do componente de poder que lhe é inerente. Assim, refere o autor Vitor Paro que, “podemos dizer que a direção é a administração revestida do poder necessário para se fazer a responsável última pela instituição, ou seja, para garantir seu funcionamento de acordo com uma filosofia e uma política de educação.” (2011, p. 41).

É sabido que tanto pela legislação e pelos órgãos superiores do sistema, quanto pelas pessoas que com ele convivem no cotidiano escolar, o diretor é visto como o responsável último pela escola. Um dos aspectos mais relevantes na estrutura organizacional da escola pública é justamente o papel desempenhado pelo diretor. Queira-se ou não, a figura do diretor de escola é ainda um dos determinantes mais importantes na qualidade dos serviços desenvolvidos pela instituição de ensino.

Assim, resta evidente a responsabilidade que recai sobre o diretor. A responsabilidade civil conquistou destaque no cenário jurídico brasileiro, devido às profundas modificações de concepções de dano moral e material que estão evidenciados no Direito contemporâneo. A teoria clássica da responsabilidade civil funda-se em três pressupostos básicos: a conduta culposa, o dano e o nexo de causalidade. Esta é a chamada Responsabilidade Civil Subjetiva, que diz respeito principalmente às relações interindividuais. No entanto, na atualidade, a responsabilidade Civil Objetiva tem aplicação prática muito maior.

Vejamos como ensina Chrispino sobre os pressupostos da responsabilidade civil subjetiva quando estuda a Judicialização das relações escolares e a responsabilidade civil dos educadores,

A conduta culposa inclui ações ou omissões, sendo que, neste último caso, tem o agente o dever jurídico de agir, de praticar um ato para impedir o resultado danoso. Quem responde pela omissão não responde pelo fato de outrem, mas pelo fato próprio da omissão. A culpa é, por vezes, de difícil caracterização, mas pode-se afirmar que resulta do descumprimento de um dever de cuidado que, por sua vez, são a cautela e diligência necessárias para que não resulte lesão aos bens jurídicos alheios. Este dever de cuidado pode estar previsto em lei ou no contrato. A culpa é



conduta voluntária contrária ao dever de cuidado imposto pelo Direito, com a produção de um evento danoso involuntário, porém previsto ou previsível. A conduta culposa exterioriza-se pela imprudência (falta de cuidado por conduta comissiva), negligência (falta de cuidado por conduta omissiva) ou imperícia (falta de habilidade para o exercício de atividade técnica). O nexo causal pode ser conceituado como elemento referencial entre a conduta e o resultado danoso. Questão tormentosa na doutrina é a das causalidades múltiplas ou concorrência de causas. No entanto, o que deve ficar claro é que fica excluído o nexo e causalidade e, por consequência, a responsabilidade civil quando se comprova fato exclusivo da vítima, fato de terceiro ou caso fortuito (evento imprevisível e inevitável) e força maior (evento previsível, mas inevitável por se tratar de fato superior às forças do agente). Quanto ao dano, podemos afirmar que é a subtração ou diminuição de um bem jurídico. Diante da complexidade das relações humanas, hoje se reconhecem os danos material, moral, estético, à imagem, além de outros que podem ser considerados subdivisões destes. Caracterizado o dano, o mesmo deve ser objeto de liquidação judicial, que visa a fixar o valor da indenização devida por aquele a que é responsável pela reparação. (2008, p. 18-19).

Com isso, a prestação de serviços educacionais, quer pelo Poder Público diretamente, quer pela iniciativa privada delegada, submetem-se as normas constitucionais e infraconstitucionais que disciplinam a matéria, respondendo objetivamente pelos danos materiais e morais causados aos usuários dos serviços educacionais.

## **2.2 A natureza do direito à educação na constituição de 1988**

A Constituição Federal de nosso País ampara com algumas considerações sobre a educação básica que julgamos pertinentes para contribuir a essa abordagem.

O Direito à Educação assume expressamente na Constituição brasileira como um direito de base social. Trata, inicialmente, no art. 6, de maneira categórica e concisa, para posteriormente ratificar esse posicionamento, especificando esse direito e outros direitos e institutos correlatos, no seu Capítulo III do Título VIII, exatamente a partir do art. 205.

Como já visto anteriormente, considerado direito social, o Direito à Educação obriga o Estado a oferecer o acesso a todos interessados, especialmente àqueles que não possam custear uma educação particular. Os direitos sociais ocupam-se, preferencialmente, dentro do universo de cidadãos do Estado, daqueles mais carentes. Apesar do sentido de direito social, que assume dogmaticamente, o Direito à Educação deve ser também reconhecido em caráter de liberdade pública.

No tocante a educação básica, Carlos Roberto Jamil Cury, afirma que

A educação básica no Brasil ganhou contornos bastante complexos nos anos posteriores à Constituição Federal de 1988 e, sobretudo, nos últimos oito anos. Analisá-la não é fácil exatamente porque as contingências que a cercam são



múltiplas e os fatores que a determinam têm sido objeto de leis, políticas e programas nacionais, alguns dos quais em convênio com órgãos internacionais. (2002, p. 169)

Na educação são enfrentados desafios diários, seja na busca de novos espaços de atuação, seja na área por meio das grandes transformações pelas quais o mundo contemporâneo vem passando. É importante saber o que significaram as realidades vividas no passado e, no presente, o que ainda significam no sentido das garantias fundamentais de um futuro melhor para todos: alunos, professores e estabelecimentos de ensino.

Do direito nascem prerrogativas próprias das pessoas em virtude das quais elas passam a gozar de algo que lhes pertence como tal. Estamos diante de uma proclamação legal e conceitual bastante avançada, mormente diante da dramática situação que um passado de omissão legou ao presente. Do dever, dever de Estado, nascem obrigações que devem ser respeitadas tanto da parte de quem tem a responsabilidade de efetivá-las, como os poderes constituídos, quanto da colaboração vinda da parte de outros sujeitos implicados nessas obrigações (Cury, 2002).

É básico o conhecimento dos direitos e das garantias fundamentais, pois, nas disposições constitucionais gerais, Lei Maior, no seu art. 5º estampa o seguinte: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.”

Afirma Cury eu, a educação básica é declarada, em nosso ordenamento jurídico maior, como direito do cidadão – dever do Estado, assim,

A prática de declarar direitos significa, em primeiro lugar, que não é um fato óbvio para todos os homens que eles são portadores de direitos e, por outro lado, significa que não é um fato óbvio que tais direitos devam ser reconhecidos por todos. A declaração de direitos inscreve os direitos no social e no político, afirma sua origem social e política e se apresenta como objeto que pede o reconhecimento de todos, exigindo o consentimento social e político.

Este reconhecimento positivado, dentro de um Estado Democrático de Direito, tem atrás de si um longo caminho percorrido. Da instrução própria das primeiras letras no Império, reservada apenas aos cidadãos, ao ensino primário de quatro anos nos estados da Velha República, do ensino primário obrigatório e gratuito na Constituição de 1934 à sua extensão para oito anos em 1967, derrubando a barreira dos exames de admissão, chegamos ao direito público subjetivo e ao novo conceito ora analisado. (2008, p.295)

É sabido que hoje, praticamente, não há país no mundo que não garanta, em seu ordenamento jurídico, o acesso de seus cidadãos à educação básica e os direitos dos

professores. Isso porque, a educação básica é influência que origina a cidadania, e esse princípio é imprescindível para políticas que visam à participação de todos nos espaços sociais e político, inclusive para (re)inserção no mundo profissional. No tocante aos professores, a valorização desses profissionais na educação escolar, bem como, a garantia da lei quanto: plano de carreira, piso salarial e ambiente adequado para seu trabalho, como garantia fundamental.

Nesse mesmo sentido, ao concluir seu entendimento, Anísio Teixeira afirma que

A forma democrática implica um desenvolvimento social e político, que tem por base a educabilidade humana, e no qual a educação é concebida como processo deliberado, sistemático, progressivo e, praticamente, indefinido de formação do indivíduo e de realização da própria forma democrática. As relações, portanto, entre o Estado Democrático e a Educação são relações intrínsecas, no sentido de que a Educação é a condição *sinequa non* da existência do Estado Democrático. (1996, p. 99).

Assim se compreendem as palavras de Clarice Duarte (2007, p. 113-118) embora a educação, para aquele que a ela se submete, represente uma forma de inserção no mundo da cultura e mesmo um bem individual, para a sociedade que a concretiza, ela se caracteriza como um bem comum, já que representa a busca pela continuidade de um modo de vida que, deliberadamente, se escolhe preservar. Esses valores constitucionais “básicos” alcançam todos aqueles que estejam engajados com a prestação educacional no país, sejam entidades públicas, sejam privadas ou mesmo núcleos menores, como a família. Nesse sentido, são conteúdos que geram obrigações para todos.

#### 2.2.1 Duas principais previsões legais utilizadas no sistema escolar: Leis de Diretrizes e Bases e Estatuto da Criança e do Adolescente

No Brasil existem aproximadamente 2.600 leis que regem o ordenamento jurídico da educação. Se não bastasse isso, muitos são os documentos de caráter internacional, firmados por países da Organização das Nações Unidas, que adotam e garantem esse acesso a seus cidadãos. Tal é o caso do art. XXVI da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, que desde aquela época já assegurava que toda pessoa tem Direito à Educação. Nesse mesmo diapasão estabelece a Convenção Relativa à Luta contra a Discriminação no Campo do Ensino, de 1960; e o art. 13 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966.

Os dispositivos constitucionais referentes direta ou indiretamente sobre a educação básica – currículos - foram promulgados pela Assembleia Nacional Constituinte, não sem antes ter havido intensa discussão sobre eles.

Vários atores políticos, governamentais e não-governamentais, por exemplo, polemizaram sobre a correlação entre formação básica comum, currículo mínimo e outros pontos relativos a componentes curriculares. Esses atores que se pautaram pela defesa de uma formação básica comum lograram a constitucionalização de um dispositivo que, antes, jamais ultrapassara os limites da legislação infra-constitucional. O prosseguimento da discussão dessa temática ocorreu em torno de projetos da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, cuja tramitação vem desde 1988, e também por ocasião do Plano Decenal de Educação para Todos, em 1994. Mas não se pode esquecer que, com maior ênfase no ensino fundamental, já havia orientações significativas postas pela Lei nº 8.069 de 13/7/1990, mais conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Muito bem explica Cury, “O termo *diretriz* significa caminhos propostos para e, contrariamente à imposição de caminhos, ele denota um conjunto de indicações pelo qual os conflitos se resolvem pelo diálogo e pelo convencimento.” (2002, p. 193)

Esse sentido está presente no art. 9º, IV, da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, que assinala ser incumbência da União: “estabelecer, em colaboração com os Estados, Distrito Federal e os Municípios, competências e *diretrizes para a educação infantil, o ensino fundamental e o ensino médio*, que nortearão os currículos e os seus conteúdos mínimos, de modo a assegurar a formação básica comum. (CURY, 2002 p. 194) (grifos nossos)

Assim, a apropriação das diretrizes pelos projetos pedagógicos permite o exercício da autonomia dos estabelecimentos no sentido de adequá-las à sua realidade.

Portanto, aprovadas as diretrizes e bases da educação nacional, via Lei nº 9.394/96, o governo federal, disposto a aplicar o regime descentralizado, sob o enfoque da focalização, obteve êxito incomum na aprovação da Emenda nº 14/96, e da qual resultou a aprovação da Lei nº 9.424/96, quase que concomitante à aprovação da LDB. Esta legislação reforça a política histórica de descentralização de atribuições e recursos, com controle recentralizado na União.

A LDB instaurou o conceito de educação básica como direito da cidadania e dever do Estado cobrindo três etapas sequenciais da escolarização: a educação infantil, o ensino fundamental e o ensino médio. E os recursos vinculados devem ser voltados para a

manutenção e o desenvolvimento da educação. Essa manutenção se dá com auxílio do chamado FUNDEF<sup>7</sup>, vejamos:

O FUNDEF, ora vigente, impõe a consideração de alguns pontos a serem analisados: a manutenção de vínculos orçamentários constitucionais, a subvinculação obrigatória de recursos ante os entes federativos, a criação de Conselhos Cíveis com incumbências fiscais e de controle, a presença ativa dos Tribunais de Contas, o cumprimento exato das disposições legais e questões federativas pendentes. O FUNDEF foi o modelo encontrado para que a manutenção e o desenvolvimento do ensino fundamental fosse o foco das políticas com envolvimento das três esferas federadas, com a prioridade dessa etapa atribuída aos municípios. Trata-se de uma decisão planejada do poder público federal, intencionalmente dirigida, e talvez seja a única política a apresentar resultados positivos. Municípios que jamais haviam investido em educação fundamental, sob pena de perdas de recursos, viram-se obrigados a repensar suas políticas para o setor. É preciso reconhecer que a inspiração cooperativa dos três níveis de poder provém de iniciativas e propostas postas por Anísio Teixeira na década de 1950. (CURY, 2002, p. 175)

Pode-se dizer que o Direito à Educação básica e as garantias constitucionais tanto dos professores, quanto dos alunos são espaços que não perderam e nem perderão sua atualidade. Como direito, ela significa um recorte universalista próprio de uma cidadania ampliada e ansiosa por encontros e reencontros com uma democracia civil, social, política e cultural.

Assim, denota-se a amplitude que consiste o sistema que ampara a legislação educacional como primordial na vida dos cidadãos. No entender de Bobbio,

A existência de um direito, seja em sentido forte ou fraco, implica sempre a existência de um sistema normativo, onde por "existência" deve entender-se tanto o mero fator exterior de um direito histórico ou vigente quanto o reconhecimento de um conjunto de normas como guia da própria ação. A figura do direito tem como correlato a figura da obrigação. (1992, p. 79-80).

Considerando que a educação básica é de competência e garantia dos poderes públicos, em face da capacidade financeira e da capacidade de atendimento da demanda e da realização da educação como direito social, implica a responsabilização conjunta da União, dos estados e dos municípios.

Para tanto, Bonavides trata de garantias, e põe em sintonia com o Direito definindo que, “Garantia é a instituição criada em favor do indivíduo, para que, armado com ela, possa

---

<sup>7</sup> A ampliação do **Fundef** pelo Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (**Fundeb**) por meio da Emenda Constitucional 53/2006 e da Lei n. 11.494/97, preservou pontos positivos do Fundef, ampliou sua abrangência para a educação básica em seus níveis e modalidades, dispôs prazo para fixar, em lei específica, piso salarial profissional nacional para os profissionais do magistério público, explicita em valores pecuniários a complementação da União, aperfeiçoa os Conselhos de Controle do Fundo, reitera a obrigação dos planos de carreira e remuneração com capacitação profissional em que a formação continuada deve promover a qualidade do ensino. (CURY, 2014, p. 1062)

ter ao seu alcance imediato o meio de fazer efetivo qualquer dos direitos individuais.” (2011, p. 527).

No tocante ao direito social à educação, a Constituição Federal de 1988 (CF/88, art. 205) estabelece que a educação é “direito de todos e dever do Estado e da família”. Os deveres do Estado para a garantia do Direito à Educação estão declarados no artigo 208 da CF/88, no Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990 (ECA) e na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional de 1996 (LDB). O legislador constituinte dispensou tratamento diferenciado ao ensino obrigatório, considerando-o também como direito público subjetivo, sendo que o não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente (BRASIL, 1988, art. 208, § 1º e 2º). A LDB/96 reforça a possibilidade da exigibilidade do ensino obrigatório, “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”. (BRASIL, 1996, art. 5º). O ECA enumera, de forma expressa (art. 208), os direitos assegurados à criança e ao adolescente que, não oferecidos ou ofertados de maneira irregular, ensejam proteção judicial, com ações de responsabilidade. Infere-se, então, que a exigibilidade do Direito à Educação não se restringe ao conceito abarcado pelo direito público subjetivo, ou seja, o período declarado como obrigatório.

A educação básica, como direito, aprofundou-se no Brasil com a aprovação da Lei n. 11.274/06, pela qual o ensino fundamental obrigatório passou a durar nove anos, iniciando-se aos 6 anos de idade. A Lei n. 10.172/01, lei do Plano Nacional de Educação – (PNE), esvaziada de seu suporte financeiro, ficou apenas em metas de “boa vontade” conquanto expressivas do quanto se poderia fazer nos dez anos de sua validade.

Normalmente a real aplicação dessas expectativas e do próprio sentido expresso da lei entra em choque com as adversas condições sociais de funcionamento da sociedade em face dos estatutos de igualdade e garantias por ela reconhecidos. É clara a dificuldade de, diante da desigualdade social, instaurar um regime em que a igualdade, garantias fundamentais e direitos aconteçam no sentido de diminuir as discriminações. Do mesmo modo, muitos governos apregoam sua incapacidade administrativa para deixar de cumprir com suas obrigações jurídicas expressas, seja educação, seja direitos dos professores.

Há que se deixar claro, como bem explica Cury (2010, p. 49) “uma nova ordem constitucional representa sempre a projeção de uma expectativa de virem a se realizar alguns de seus princípios e traz a esperança de que possamos chegar a um regime democrático com o

funcionamento pleno das instituições democráticas.” Acredita-se que a prática social, por meio da mobilização consciente dos alunos e professores poderá fazer com que as leis educacionais sejam devidamente confirmadas.

Não somente pela própria legislação constitucional há essas garantias, como também no âmbito exclusivamente educacional, a chamada LDB (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional). Aborda nesse sentido Cury (2010, p. 66), a proposta de Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB) indica que todas as escolas possuem o direito à “liberdade de ensino”, desde que cumpram as normas gerais do sistema brasileiro de educação e as normas constitucionais e legais.

Muito bem colocado por Cury, (2010, p. 66), O Direito à Educação decorre de dimensões estruturais coexistentes na própria consistência do ser humano. Assim, pode-se tentar dizer de onde vêm tamanha importância e necessidade reconhecidas à educação.

A expressão “educação básica” no texto de uma Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – LDBEN – é um conceito, é um conceito novo, é um direito e também uma forma de organização da educação nacional. Como conceito, a educação básica veio esclarecer e administrar um conjunto de realidades novas trazidas pela busca de um espaço público novo. Como um princípio conceitual, genérico e abstrato, a educação básica ajuda a organizar o real existente em novas bases e administrá-lo por meio de uma ação política consequente. Segue o entendimento de Cury,

A capacidade de mobilização de uma ideia política reside justamente nos seus conteúdos abstratos. Aliás, a abstração é fonte fundamental de sua força, porque permite que os conteúdos de determinados princípios gerais possam ganhar redefinições inesperadas, e, portanto, a questão dos direitos será sempre uma construção imperfeita e inacabada. (2008, p.294)

Portanto, de um lado temos o dever do Estado com a educação (art. 208 da Constituição Federal); de outro, o art. 5º da Lei de Diretrizes e Bases da Educação, que, além de repetir que o acesso ao ensino fundamental é direito público subjetivo, acrescentou que qualquer cidadão, grupo de cidadãos, associação comunitária, organização sindical, entidade de classe ou outra legalmente constituída e o Ministério Público podem acionar o poder público para exigí-lo. Assim como disposição contida no Estatuto da Criança e do Adolescente, no art. 54, § 1º: "O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo." Para o educador e jurista Edivaldo Boaventura,

A educação é direito de todos, dever do Estado e da família. De um lado, temos a pessoa humana portadora do direito à educação e, do outro, a obrigação estatal de prestá-la. Em favor do indivíduo há um direito subjetivo; em relação ao Estado um dever a cumprir. Se há um direito público subjetivo à educação (vide § 1º, do art. 208), isso quer dizer que o particular tem a faculdade de exigir do Estado o cumprimento da prestação educacional pelos poderes públicos (vide § 2º, do art. 208). O seu não oferecimento importa na responsabilidade da autoridade competente. A Constituição poderá fazer muito pela Educação no sentido de sua promoção, colocando em prática os meios jurídicos para efetivá-la como um direito público subjetivo. Finalmente o legislador atendeu aos reclamos da doutrina. (1999, p. 260).

Outro importante documento legal para a declaração do Direito à Educação é o Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990 (ECA).

Este Estatuto, no artigo 53, amplia as condições para a efetivação desse direito. O primeiro inciso desse artigo está presente na CF/88, mas há outros aspectos complementares do Direito à Educação, como o inciso II que garante às crianças e aos adolescentes o direito de serem respeitados por seus educadores; o inciso III, que possibilita a discussão pelas famílias dos critérios de avaliação do rendimento escolar adotados pela escola; e o inciso V, que favorece a possibilidade de exigência do transporte escolar gratuito, na impossibilidade de atendimento do educando na escola próxima de sua residência.

Nelson Joaquim aborda em sua obra, em relação ao Estatuto da Criança e do Adolescente,

Inicia a Lei dizendo em seu primeiro artigo: “Esta Lei dispõe sobre proteção integral à criança e ao adolescente”. E se o artigo 2º define quem é criança e quem é adolescente: considera-se criança para efeitos desta lei, as pessoas até doze anos de idade incompletos, e adolescentes aquele entre doze e dezoito anos de idade. A proteção integral e garantia da criança e do adolescente esta prevista no art. 227 da Constituição Federal, que tem tratamento específico no art. 53 do referido Estatuto: “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. Trata-se de uma legislação importante para a educação da criança e do adolescente, que são público-alvo da educação básica.” (2015, p. 51).

Nesse mesmo diapasão, discorre ainda o autor sobre a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional conhecida pela sigla LDB – Lei nº 9.394/96,

Foi aprovada após oito anos de debate no Congresso Nacional e ampla participação dos segmentos, que atuam na área educacional, em 17 de dezembro de 1996, promulgada em 20 de dezembro e publicada no Diário Oficial da União em 23 de dezembro de 1996, assumiu como relator o Senador Darcy Ribeiro, que conseguiu apoio da maioria dos senadores. (2015, p. 50).



É certo que as dificuldades para a realização de um ideal igualitário e universalista, propugnado pelo Estado de Bem-Estar Social, ensejaram o surgimento efetivo de lacunas, dando margem à separação da defesa do direito à diferença de sua base fundante no direito à igualdade. Por isso, Cury já afirmava que “a educação básica deve ser objeto de uma política educacional de igualdade concreta e que faça jus à educação como o primeiro dos direitos sociais inscrito na Constituição Federal como direito civil inalienável dos direitos humanos e como direito político da cidadania.” (2008, p. 301).

Tal legislação é de tamanha importância à esfera educacional que é vista por alguns estudiosos da área como,

Lei Maior da Educação no País, por isso mesmo denominada “Carta Magna da Educação: ela situa-se imediatamente abaixo da Constituição, definindo as linhas mestras do ordenamento geral da educação brasileira.” Pode-se indicar que na LDB existe um traço bastante singular: ela foi única que nasceu no seio do Poder Legislativo. Como destaque inicial desta lei, o reconhecimento do crime de responsabilidade, por parte da autoridade competente, na hipótese de o não oferecimento do ensino obrigatório (§ 4º do art. 5º da LDB). Outro destaque, com a implantação desta lei, o Município passa a ter atribuições e responsabilidades não previstas nas legislações anteriores. Assim, cabe ao Município colaborar com a União e o Estado e receber deles colaboração necessária para o cumprimento de suas responsabilidades. Ainda, vale ressaltar que a nova legislação facilitou a expansão da educação superior pela via privada. (SAVIANI, 2000, p. 2).

Resta evidente o enlace de dependência de um órgão ao outro. Tudo está atrelado. Os Poderes propriamente ditos dependem da execução das garantias constitucionais pelo cidadão e vice e versa. Muito embora a educação, instrução e ensino sejam objetos de estudo da pedagogia, o caráter interdisciplinar nas relações jurídico-educacionais nos permite apresentar as relações entre o direito e a educação, com a consequente intervenção do Poder Judiciário, por isso, foram abordados os pontos deste capítulo.

Na sequência, levando-se em conta que a Judicialização da educação representa a busca de mais e melhores instrumentos de defesa de direitos juridicamente protegidos e que a proteção judicial só avança na consolidação do direito da criança e do adolescente, buscaremos conhecer o Direito Educacional, no tocante à conceituação e princípios que sustentam a base do Direito à Educação.



### 3 A EDUCAÇÃO BÁSICA BRASILEIRA COMO DIREITO

Num momento em que a cidadania enfrenta novos desafios, busca novos espaços de atuação e abre novas áreas por meio das grandes transformações pelas quais passa o mundo contemporâneo, é importante ter o conhecimento de realidades que, no passado, significaram e, no presente, ainda significam passos relevantes no sentido da garantia de um futuro melhor para todos. O direito à educação escolar é um desses espaços que não perderam e nem perderão sua atualidade.

Neste capítulo será discorrido acerca da educação básica como Direito Educacional, e, ainda, introduziremos sobre a Judicialização da educação escolar no Brasil.

Uma questão que logo se apresenta é a escolha da expressão "Direito Educacional", ante a definição ou conceito desse novo ramo da ciência jurídica. Embora todo conhecimento jurídico necessite do conceito de direito, não se tem conseguido um conceito único de direito, tampouco de direito educacional.

Sobre esse importante e novo tema que norteia o Direito, para Di Dio, no que diz respeito ao Direito Educacional brasileiro,

inicialmente podemos destacar dois aspectos: primeiro, o ordenamento do Direito Educacional é formado por normas de caráter constitucional, ordinárias e administrativas, em conformidade com os dois sistemas, federal e estadual de educação; segundo, o sentido amplo da lei, considerando como lei outras legislações educacionais como, por exemplo, decretos, portarias, regulamentos, Regimento Escolar, resoluções e pareceres normativos dos conselhos de educação, tratados e convenções internacionais. (2015, p. 104).

Segue o autor Di Dio, afirmando que,

o mais apropriado seria a expressão direito da educação, direito educacional ou direito educativo. Os puristas optariam por direito educativo, uma vez que o adjetivo educacional soaria a galicismo. De outro lado, no linguajar comum, educativo carrega a conotação de algo que educa, ao passo que educacional seria o direito que trata da educação. Consciente das possíveis objeções que, segundo ele, podem ser feitas ao termo, usaremos a expressão direito educacional, à espera de que o uso e os especialistas consagrem a melhor denominação. (2006, p. 12).

Por outro norte, vejamos tal conceituação sob o olhar da Enciclopédia Saraiva do Direito, que adotou no seu verbete direito da educação a seguinte definição: "O Direito da Educação como ramo da Ciência do Direito que estuda os princípios e as normas que

envolvem a vida dos indivíduos e dos grupos humanos nos aspectos formativos e informativos.” (1977, p. 236).

No mesmo sentido, aborda Maria Helena Diniz, em texto constante do seu Dicionário jurídico que preleciona: "O Direito da Educação é o conjunto de normas relativas à formação e à informação dos indivíduos, à política educacional, à organização, à administração e ao currículo escolar e à didática." (1998, p. 13).

Pelas posições referentes ao conceito de direito educacional segundo Edivaldo Boaventura, pode-se dizer que o direito à educação está inserido no conjunto de normas, princípios e doutrinas que disciplinam o comportamento das partes presentes no processo ensino-aprendizagem, composto de alunos, professores, servidores, escolas, famílias e poderes públicos, que constitui o centro de interesse maior para o direito. Cabendo, assim, principalmente ao Estado a proteção desse relacionamento. (1997, p. 260-261).

Nas palavras de Motta, podemos abstrair, de maneira simples e compreensiva, três formas de focar o conceito de direito educacional,

a) conjunto de normas reguladoras dos relacionamentos entre as partes envolvidas no processo ensino-aprendizagem; b) a faculdade atribuída a todo ser humano e que se constitui na prerrogativa de aprender, de ensinar e de se aperfeiçoar; c) ramo da ciência jurídica especializado na área educacional. (2006, p. 13).

Resta claro, que o Direito Educacional não pode ser visto e estudado somente dentro dos limites da legislação, ao contrário, deve ser tratado à luz das diretrizes que lastreiam a educação e os princípios que formam/informam todo o ordenamento jurídico.

Portanto, denota-se que existe dificuldade de conceituação do Direito Educacional, isso porque, depende de um esforço comum dos estudiosos da área do direito e da educação. Por isso, a contribuição para a sistematização do direito educacional não se esgota nesta relação conceitual entre direito e educação, uma vez que, por meio da análise da estrutura clássica das fontes do direito, pretende-se fornecer mais elementos para tal compreensão.

### **3.1 Fontes do direito**

Neste íterim, abordaremos sobre a origem do direito, pois, a expressão fonte significa a origem, a procedência, a nascente ou lugar onde nasce alguma coisa. (DICIONÁRIO, 1987). Logo, leciona Nelson Joaquim que, "a teoria das fontes tradicionais do direito pode ser

considerada a base de todos os estudos jurídicos (leis, costumes, jurisprudência e doutrina)". (2015, p. 103-104).

Segue ensinando que,

**Fontes do direito**, de um lado, seria a origem primaria do direito, que surge da própria realidade social e dos valores da sociedade (fontes materiais). De outro lado, fontes do direito são várias ou diferentes maneiras ou formas de manifestação do direito, mas vinculadas aos órgãos ou organização de expressão do direito (fontes formais). Essa segunda concepção considera como fontes formais do Direito Educacional: a lei, o costume, a jurisprudência e a doutrina. O Direito Educacional manifesta-se na lei, na jurisprudência, nos usos e costumes jurídicos, na doutrina e nos princípios jurídicos, são formas de expressão ou mesmo de produção do direito. Formas e modos de expressão tradicionalmente chamados de fontes de direito. As fontes formais são uma necessidade para construção e sistematização do Direito Educacional. (JOAQUIM, p. 103-104, 2015). (Grifo nosso).

Assim, passamos a analisar individualmente as fontes formais do direito, que segundo a clássica concepção são: a lei, o costume, a jurisprudência e a doutrina.

### 3.1.1 Lei

No caso brasileiro, a principal fonte do direito é a lei. A palavra lei pode significar tanto a norma geral emanada do Poder Legislativo, como qualquer norma de direito escrito, desde a Constituição até um decreto regulamentar ou mesmo decreto individualizado. A forma escrita é a manifestação mais característica da lei. (JOAQUIM, 2015, p. 104).

Como já visto em outros tópicos, muitas leis fluem da Constituição em direção ao ordenamento jurídico educacional, porém, outras emanam da própria lei ordinária, denominada infraconstitucional e outras das infralegais.

Neste sentido, cumpre-nos abordar dentre as muitas leis ordinárias que disciplinam o processo de ensino e aprendizagem brasileiro, sobressai a de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – LDB –, também chamada de “Constituição da educação brasileira”, dito isso por Nelson Joaquim, que segue ensinando,

Essa lei disciplina, entre outros aspectos, os princípios, finalidade, objetivos, organização, inclusive curricular dos níveis e das modalidades de educação e ensino, além de tratar dos profissionais da educação e dos recursos financeiros destinados à educação. O nível de educação escolar compõe-se de educação básica formada pela educação infantil, ensino fundamental e ensino médio; educação superior (art. 21). A elaboração da Lei de Diretrizes e Bases da Educação é de competência legislativa e privativa da União. (2015, p. 104-105). (Grifo nosso).

O ensinamento trazido por Miguel Reale, idealizador da Constituição Federal de 1988, reconhecendo os frequentes equívocos que rondam a palavra "lei", sustentando que,

nos domínios do direito, se emprega o termo lei quando o que se quer significar é uma regra ou um conjunto ordenado de regras. Porém, para que se possa empregar com rigor o termo lei, não basta que haja norma ou um sistema de normas escritas, pois escritas são também as normas dos regulamentos, decretos, resoluções, portarias, avisos etc. **A lei, no sentido técnico desta palavra, só existe quando a norma escrita é constituída de direito ou, esclarecendo melhor, quando ela introduz algo de novo com caráter obrigatório no sistema jurídico em vigor, disciplinando comportamentos individuais ou atividades públicas.** Nesse quadro, somente a lei, em seu sentido próprio, é capaz de inovar no direito já existente, isto é, de conferir, de maneira originária, pelo simples fato de sua publicação e vigência, direitos e deveres a que todos devemos respeito. Entretanto, nesse contexto e em relação às fontes do direito educacional, para um país, como o Brasil, perfilado na tradição romanística, a legislação é a fonte principal do direito. Interessa o conceito de legislação como conjunto das leis que regulam particularmente uma certa matéria, que fornece como exemplos legislação militar e legislação escolar, legislação educacional ou legislação de ensino. É a legislação, portanto, uma das expressões mais fortes e mais importantes do direito. Em educação, a legislação apresenta-se dispersa e distribuída pelas esferas: União, Estados, Distrito Federal e Município. (2002, p. 203). (Grifo nosso).

No ordenamento educacional merecem destaque, embora não considerados lei no sentido técnico, visto que não é elaborada pelo Poder Legislativo, os decretos, regulamentos, regimentos e portarias. De forma breve, explica Nelson Joaquim a distinção entre eles, pois, importantes peças para o devido andamento do sistema educacional brasileiro,

O **decreto** é ato administrativo da competência exclusiva do chefe do Executivo federal, estadual, ou municipal, que se destina a prover uma situação geral ou individual. É oportuno lembrar que há decretos, que são regulamentos de leis. Podemos conceituar o **regulamento** em nosso Direito como ato geral e (de regra) abstrato, de competência privada do Chefe do Poder Executivo, expedido com a estrita finalidade de produzir as disposições operacionais uniformizadoras necessárias à execução de lei, cuja aplicação demande atuação da Administração Pública. No caso brasileiro, há diferenças entre o regulamento e a lei. Esta provém do Legislativo, enquanto o regulamento é da competência do Poder Executivo. Além disso, a lei inova na ordem jurídica, enquanto o regulamento não pode contrariar a lei. A Lei Maior da instituição de ensino é o **Regimento**, que atua internamente. No setor educacional, cada escola ou grupo de estabelecimentos deve possuir seu Regimento Escolar. Tradicionalmente o Regimento é definido como a lei da casa ou lei escolar. Trata-se de um ato administrativo normativo, que regula atividade interna da instituição educacional. Já as **portarias** são “atos administrativos internos, pelos quais os chefes de órgãos, repartições ou serviços, expedem determinações gerais ou especiais a seus subordinados, ou designam servidores para funções e cargos secundários.” Ela é muito frequente na administração educacional. Como ato administrativo ordinário, disciplina o funcionamento da administração e a conduta funcional de seus agentes. (2015, p. 106-107). (Grifos nossos).

A importância reconhecida da lei entre os educadores, porque, como cidadãos, eles se deram conta de que, apesar de tudo, ela é um instrumento viável de luta. Com ela podem-se criar condições mais propícias não só para a democratização da educação, mas também para a socialização de gerações mais iguais e menos injustas.

Em suma, nesta categoria, “Lei” como fonte do direito educacional, devemos então considerar a Constituição; as Leis de Diretrizes e Bases da Educação Nacional; decretos, regulamentos, regimentos e portarias; tratados e convenções internacionais; resoluções e pareceres normativos dos conselhos de educação; assim como os importantes regimentos escolares.

### 3.1.2 Costume

Podemos definir os costumes como sendo normas de conduta observadas pelo povo em caráter reiterado e uniforme, em razão da consciência jurídica de sua necessidade. (BOAVENTURA, 1997, p. 79).

Nesse contexto, pode-se compreender a relevância dos costumes como fonte do direito pelas palavras de Joaquim, que define,

O **costume** é a grande fonte primitiva do direito, a mais espontânea, em certo sentido, e também a mais natural, ou normal. Aliás, sem negar a precedência histórica do costume, poder-se-á dizer que costume e lei são formas fundamentais do direito, e, por consequência, suas fontes primárias. Da mesma forma, os costumes são a forma primeira de elaboração da norma jurídica: quando um grupo social adota uma prática reiterada de agir, sua repetição constante a transforma em regra de comportamento, que o tempo consolida em princípio de direito. Constitui tipicamente, o direito não escrito. (2015, p. 108). (Grifo nosso).

Dessa forma, vê-se, então, que a lei e o costume são formas de expressão do Direito Educacional, sendo que a lei seria a forma fundamental e o costume uma das formas complementares.

Muito bem esclarece Cury que, “a leitura e interpretação de livros em geral ou dos livros sagrados eram reservadas aos bacharéis e aos teólogos, autorizados pela Igreja católica. Daí porque a transmissão oral ganha relevância sobre a transmissão baseada no acesso à leitura e à escrita a todos.” (2002, p.257)

É oportuno destacar que existem duas situações de ordem prática epistemológica no que diz respeito aos costumes como fonte do direito. Há dois tipos de ordenamento jurídico: o da tradição romanística (*Civil Law*) e o da tradição anglo-americana (*Common Law*). Aquele

caracteriza-se pelo fato de considerar a lei como única expressão autêntica da nação e da vontade geral. Este último prioriza a tradição, os usos e costumes como fonte do direito. (JOAQUIM, 2015, p. 108). (Grifos nossos)

Observando esses pressupostos, adverte Miguel Reale,

Temos, pois, dois grandes sistemas de Direito no mundo ocidental, correspondentes a duas experiências culturais distintas, resultantes de múltiplos fatores, sobretudo de ordem histórica. O confronto entre um e outro sistema tem sido extremamente fecundo, inclusive por demonstrar que, nessa matéria, o que prevalece para explicar o primado desta ou daquela fonte de direito não são razões abstratas de ordem lógica, mas apenas motivos de natureza social e histórica. (2002, p. 142).

Contudo, os confrontos ou pontos de encontro entre as duas tradições, *Civil Law* e *Common Law*, não são apenas um problema de ordem jurídica, muito pelo contrário. Trata-se, também, de uma questão, política, filosófica, pedagógica e metodológica, pois o modo de pensar indutivo-empírico é próprio do sistema *Common Law*, enquanto o método dedutivo-teórico estrutura o sistema *Civil Law*. Ambas as maneiras de pensar adotadas pelos diferentes grupos sociais refletem na educação formal da sociedade. (JOAQUIM, 2015, p. 108-109).

Para Direito Educacional na vida escolar, observam-se vários costumes, que, devido ao uso continuado, transformam-se em regra de comportamento obrigatório, reconhecida pela lei. Por exemplo, frequência mínima do total de horas letivas para aprovação; após a saída do primeiro aluno, que estava em sala fazendo prova, nenhum outro aluno poderá entrar; pedido de revisão de prova e de 2ª chamada; e pedido de documentos escolares. Oportuno enfatizar que alguns desses costumes e outros já foram incorporados na Constituição de 1988, na LDB/96e Regimentos Escolares. (JOAQUIM, 2015, p. 109).

Portanto, considerando que o costume e a lei são formas de expressão do Direito Educacional, ambos se acrescentam à jurisprudência, à doutrina e aos princípios gerais do direito.

### 3.1.3 Jurisprudência

Na jurisprudência, o Direito Educacional consagra uma de suas principais fontes, razão a isso, pela crescente dos conflitos em caráter pedagógico nas relações que envolvem o cenário da educação: alunos, professores, estabelecimento de ensino, sistemas de ensino e o Poder Público.

Nessa acepção, preleciona Nelson Joaquim que seguindo a sistemática de apresentação das fontes de direito, temos o termo jurisprudência com, pelo menos, dois sentidos fundamentais,

Num deles, ela é sinônimo de ciência do direito ou de dogmática jurídica. Num segundo e mais frequente sentido, a palavra jurisprudência refere-se à reiterada repetição de uma dada solução judicial de casos análogos; sendo que apenas nesse último sentido pode-se entender a jurisprudência como fonte do direito. Dentre as fontes do direito, a **jurisprudência** tem muito de semelhante ao costume – alguns autores chegam a identificá-la como costume jurisprudencial. Todavia, há características de um e de outra que bem podem distinguir costume e jurisprudência. Os pontos cruciais desta distinção são os seguintes: a) O costume é obra de todos os membros da coletividade, enquanto a jurisprudência é de um setor definido da comunidade – os juízes e tribunais; b) o costume nasce espontaneamente no exercício de direitos e deveres, ao passo que a jurisprudência ocorre apenas como consequência dos casos em conflito; c) o costume é espontâneo, como vimos anteriormente, enquanto a jurisprudência é reflexiva, por nascer do pensamento e, pois, da reflexão sistemática dos julgadores, ou seja, especialistas; d) finalmente, o núcleo de identidade se acha, no costume, apenas dado no conjunto das condutas concordantes, apenas vivido, pois, ao contrário, na jurisprudência ele se acha também pensado, refletido. (2015, p. 110). (Grifo nosso).

Dentre as fontes do direito, a jurisprudência tem papel importante, uma vez que representa a imagem da interpretação dos textos da lei. Diante disso, Miguel Reale, afirma que já se pode considerar superada a dúvida sobre se a jurisprudência é ou não "fonte de direito", desde que se passou a uma compreensão mais ampla e abrangente de "ordenamento jurídico". Este, na realidade, não se reduz mais a um puro sistema de normas legais, completado, no máximo, por um corpo de normas costumeiras, reservando-se à jurisprudência e à doutrina uma função acessória. (2002, p. 203).

Segue o autor ensinando que,

conceitualmente, **jurisprudência é um conjunto de solução dadas pelos tribunais superiores à questão de direito; interpretação reiterada que os tribunais dão às leis, nos casos concretos submetidos ao seu julgamento.** Além da legislação, a jurisprudência é um outro modo de criação de normas. Como é notório, a atividade dos juízes e tribunais na aplicação do direito positivo, quando repetida no mesmo sentido, forma jurisprudência, que é, assim, a repetição uniforme que os tribunais dão à lei, nos casos concretos submetidos ao seu julgamento. (2002, p. 203-204). (Grifo nosso).

As fontes jurisprudenciais do direito educacional estão presentes nas decisões dos tribunais, ou seja, na esfera jurídica com os acórdãos e as súmulas, também chamadas de enunciados. Igualmente, nas decisões dos colegiados (Conselhos de Educação), no campo



administrativo com os pareceres das entidades educacionais que têm força de jurisprudência (jurisprudência administrativa), esclarece Nelson Joaquim. (2015, p. 111).

De igual forma, oportuno verificar mais sobre a jurisprudência administrativa e jurisprudência dos tribunais, por isso vejamos a orientação do professor,

Quanto à **jurisprudência administrativa**, podemos destacar dois aspectos fundamentais. Em primeiro lugar, os conselhos de educação como fonte do direito educacional. Em segundo lugar, a atuação dos colegiados superiores das universidades, das procuradorias e consultorias jurídicas do Ministério da Educação, das Secretarias de Educação e organismos outros que prestam serviço jurídicos às instituições oficiais de ensino. Estas entidades, conhecedoras dos problemas nas relações entre Estado, alunos e estabelecimentos de ensino, elucidam as práticas e os costumes no campo da educação. Já a **jurisprudência dos tribunais**, no que concerne à matéria educacional, tem colaborado para estabelecer contornos e precisões, fornecendo mais segurança e definição às situações educacionais. Em nosso país, alcançaremos, com almejada eficiência, os ideais de celeridade e presteza da Justiça se nossa jurisprudência voltar-se, com mais extensão e profundidade, para os princípios gerais do direito, que dão muito maior e melhor flexibilidade aos enunciados de interpretação da lei. (JOAQUIM, 2015, p. 112). (Grifos nossos).

Enfim, para o Direito Educacional a jurisprudência tem mostrado indispensável, a um por ser necessária para o progresso da ciência do direito educacional e da sociedade; a dois pelo fato de que os conflitos entre Estado, alunos e instituições de ensino estão exigindo em grande monta a participação direta do Poder Judiciário.

#### 3.1.4 Doutrina

Nessa linha das fontes do direito, temos a doutrina. Nesse ponto, há grande divergência nos ensinamentos estudados, visto que existe a indagação se a doutrina constitui ou não uma fonte jurídica. Muito embora, o fato de ser ou não ser fonte do direito não retira da doutrina a sua importância como fonte inspiradora para o juiz na aplicação da lei, como do próprio legislador na elaboração das normas. Sobre tal divergência, aborda Nelson Joaquim,

muitos autores excluem a doutrina como fonte do direito, alegando que, por maior que seja a dignidade de um mestre e por mais alto que seja o prestígio intelectual de um jurista, os seus ensinamentos jamais terão força bastante para revelar a norma jurídica positiva que deva ser cumprida pelos juízes ou pelas partes. Historicamente, no entanto, tempo houve em que a doutrina teve mais força do que hoje. Isso se deu quando numerosos imperadores romanos atribuíram força de lei aos pareceres doutrinários ou às obras teóricas e didáticas dos grandes juristas romanos da época, ou quando legislações medievais e modernas admitiram expressamente como fontes subsidiárias a obra de algum famoso glossador medieval,



tal como ocorreu em relação a Bátolo e Acúrsio nas Ordenações Afonsinas. (2015, p. 113).

Nesse sentido, Miguel Reale não reconhece doutrina como fonte do direito, porém, em análise acrescenta, “a doutrina não é fonte do direito, mas nem por isso deixa de ser uma das molas propulsoras, e a mais racional das forças diretoras, do ordenamento jurídico.” (2002, p. 176).

Já o autor Caio Mário da Silva, numa linha de exposição dogmática, adverte e afirma,

com a codificação do direito, a sistematização dos preceitos reduziu a importância da obra doutrinária. Mas nem por isso a doutrina deixa de constituir fator relevante como fonte indireta. Expõe os princípios gerais de direito, debate as ideias e revive as discussões de temas que alargam o conteúdo das regras jurídicas. São os escritores que ventilam com o poder de sua inteligência os textos e os arestos, formulando e desenvolvendo conceitos que realizam a evolução do direito. (2005, p. 181).

A doutrina do Direito Educacional, ao longo do tempo, vem acumulando um acervo significativo na área. Todavia, ele depende do trabalho de pesquisadores para o seu desenvolvimento científico e adequação ao contexto a ser aplicado.

Para Nelson Joaquim, os conselhos, por exemplo, acumulam importantes acervo de decisões, que se incorporam, dada a natureza do direito positivo brasileiro, às próprias fontes do Direito Educacional. As opiniões doutrinárias dos pareceres emanados dos conselhos revestem-se de força legal, como expressão da vontade coletiva do órgão colegiado. Podemos considerar, também, como fonte doutrinária do Direito Educacional, as revistas especializadas do Direito Educacional, bem como seminários e congressos de Direito Educacional, que fortalecem a luta pelo Direito à Educação no Brasil. (2015, p. 115).

Corroborando as fontes do direito, passaremos a abordar os princípios que regem o Direito Educacional, na prerrogativa de contribuir ao avanço da sistematização, considerando sua importância no sistema jurídico.

### **3.2 Princípios do direito educacional**

Hoje, praticamente, não há país no mundo que não garanta, em seus textos legais, o acesso de seus cidadãos à educação básica. Afinal, a educação escolar é uma dimensão fundante da cidadania, e tal princípio é indispensável para políticas que visam à participação de todos nos espaços sociais e políticos e, mesmo, para reinserção no mundo profissional.

Nesse prisma, embora grande parte da doutrina afirme que os princípios gerais do direito não constituem fonte do direito, válido lembrar que toda ciência tem princípios. Em se tratando da disciplina jurídica, de forma autônoma, caracteriza um conjunto sistematizado de princípios e normas. Em sendo assim, o direito educacional, como ramo da ciência jurídica, também tem os seus princípios.

O estudioso da área, Nelson Joaquim, em abordar este tópico, sustenta que a importância dos princípios está em que eles fundamentam as regras e constituem o ponto de partida e o ponto de chegada de todo o sistema jurídico, uma vez que as regras decorrem dos princípios e são por elas dirigidas. (2015, p. 116).

Para evidenciar a importância dos princípios é oportuno o comentário de Celso Antônio Bandeira de Mello,

Violar um **princípio** é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas todo sistema de comando. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais. (1998, p. 230). (Grifo nosso).

À vista disso, antes de examinarmos os princípios propriamente ditos do Direito Educacional, importante dar uma breve noção sobre os significados do termo princípio, “A teoria tradicional do direito consagra os princípios gerais do direito na condição de forma complementar do direito normativo. A esse propósito, a nossa Lei de Introdução ao Código Civil é categórica ao estabelecer que "quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito" - (art. 4º, LICC)”. (JOAQUIM, 2015, p. 116).

Corroborando a isso, resta necessário distinguir a diferença existente entre lei e norma jurídica, por isso vejamos,

Os princípios gerais do direito são diretivas básicas e gerais que orientam o interprete ao criar o direito no caso de omissão do texto legal. Assim, constitui-se em recurso último para o caso de o ordenamento jurídico ser incompleto, lacunoso, não dispondo da norma jurídica, aplicável ao caso material sugerido. É preciso evitar a confusão entre lei e norma jurídica. A norma é uma prescrição enquanto a lei é a forma de que se reveste a norma ou um conjunto de normas dentro do ordenamento jurídico. (JOAQUIM, 2015, p. 246).

Por isso, embora muitos aceitem a distinção entre norma jurídica e princípio, ela nem sempre é fácil de ser firmada. Porém, é no Direito Constitucional que a teoria dos princípios

gerais do direito ganhou prestígio e estabeleceu aprofundadas reflexões. (JOAQUIM, 2015, p. 117).

Apregoa Pedro Lenza que os princípios do Direito Constitucional, válidos a estabelecer contato com a legislação educacional, referem-se aos princípios da proporcionalidade ou razoabilidade, vejamos:

Em essência, consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das ideias de justiça, equidade, com senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; precede e condiciona a positividade jurídica, inclusiva de âmbito constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral do direito serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico. Trata-se de princípio extremamente importante especialmente na situação de colisão entre valores constitucionalizados. (2010, p. 138).

Sobre estes princípios do Direito Constitucional, da razoabilidade e da proporcionalidade, que servem como meio de interpretação e aplicação da lei, sendo a origem do primeiro no direito da *common Law* (Direito anglo-americano), enquanto o segundo no direito da Europa Ocidental. (JOAQUIM, 2015, p. 117).

No tocante aos princípios básicos do ensino, aborda com muita propriedade o constitucionalista José Afonso da Silva,

A consecução prática dos objetivos da educação consoante o art. 205 da CF/88 – *pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho* – só se realizara num sistema educacional democrático, em que a organização da educação formal (via escola) concretize o direito ao ensino, informando por princípios por ele coerentes, que, realmente, foram escolhidos pela constituição, como são: *igualdade* de condições para o acesso e permanência na escola; *liberdade* de aprender, ensinar, pesquisar, e divulgar o pensamento, a arte e o saber; *pluralismo* de ideias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino; *gratuidade* do ensino público em estabelecimentos oficiais; *valorização dos profissionais do ensino* garantindo na forma da lei; planos de carreira para o magistério público, com piso salarial e profissional e ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos; *gestão democrática*; garantia de *padrão de qualidade* (art 206). (2003, p. 813).

Nesse mesmo diapasão, essa nova tendência introduziu-se no direito educacional, com o advento da Constituição de 1988 e da Lei de Diretrizes e Bases da Educação, pois, os princípios assumiram funções normativas específicas, reforçando-se os princípios doutrinários da ciência jurídica da educação. A educação, direito de todos, é dever do Estado e da família preceitua o art. 205 da Constituição Federal. Porém, para a concretização das finalidades expostas nesse dispositivo constitucional, o ensino deve obedecer aos princípios do art. 206

do texto constitucional, os quais devem constituir a base de qualquer planejamento que se faça na área de educação. (JOAQUIM, 2015, p. 118-119).

Segue o autor no mesmo ditame afirmando que,

Essa nova tendência pós-positivista, em que os princípios assumiram funções normativas específicas, introduziu-se no Direito Educacional com o advento da Constituição de 1988 e da Lei de Diretrizes e Bases da Educação, em 1996, estabeleceram precisão terminológica no emprego das expressões educação e ensino. O ensino deve obedecer aos princípios do art. 206 do texto constitucional e do art. 3º da LDB, os quais devem constituir a base de qualquer planejamento, gestão democrática e Projeto Político Pedagógico que se façam na área da educação. Podemos sintetizar os **princípios básicos da educação em sete itens**. Segundo o 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 ideias e de concepções pedagógicas e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino;IV - gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais;V - valorização dos profissionais 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." (2015, p. 118-119). (Grifos nossos)

Não há como serem abordados todos os princípios que abrangem o Direito Constitucional aliado ao Direito Educacional, porém, por se tratarem de pilares do Estado Democrático de Direito na Constituição Federal, falaremos sobre o princípio da liberdade e da igualdade.

Segundo o cientista político e filósofo Norberto Bobbio, “Liberdade e igualdade são os valores que servem de fundamento à democracia. A maior ou menor democraticidade de um regime mede-se precisamente pela maior ou menor liberdade de que desfrutam os cidadãos e pela maior ou menor igualdade que existem entre eles.” (1996, p. 8).

Para o jurista Paulo Benavides, sobre estes princípios, ensina que,

Foi Montesquieu sábio ao dizer que ‘a liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem’. Com estas palavras, ele vinculou indissociavelmente a liberdade ao Direito. De tal sorte que, onde não houver o primado da ordem jurídica, não haverá liberdade. (...) Completou Rousseau muito bem o conceito de liberdade de Montesquieu mediante a concepção da lei como produto da ‘vontade geral’. (1996, p. 70).

Assim, considerando que a igualdade constitui o signo fundamental da democracia, mas não admite os privilégios e distinções, que um regime simplesmente liberal consagra. Por isso, segundo ele, é que a burguesia cônica de seu privilégio de classe, jamais postula um regime de igualdade tanto quanto reivindicara o de liberdade. As constituições só têm

reconhecido à igualdade e à liberdade no seu sentido jurídico-formal. A matriz da igualdade e da liberdade geral decorre dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição de 1988, tendo como referência que todos são iguais perante a lei e ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei. (JOAQUIM, 2015, p.120).

Para finalizar, nas palavras de Nelson Joaquim, no Direito Educacional o princípio da liberdade aparece mais fortemente expresso, como princípio da liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber (art. 206, inc. II da Constituição Federal), igualmente expresso no inc. II do art. 3º da Lei de Diretrizes e Bases da Educação. (2015, p. 120).

Enfim, as normas-princípio do Direito Educacional ganharam corpo com o advento da Constituição Federal de 1988 e com a Lei de Diretrizes e Bases da Educação, que reconhecem o direito público subjetivo à educação. Por isso, a Constituição e algumas legislações infraconstitucionais indicam expressamente os instrumentos jurídicos colocados à disposição do cidadão para exigir do poder público o cumprimento da prestação educacional. Trata-se, na realidade, de princípio de ordem pública, porque diz respeito à cidadania, ao interesse público e à educação como direito fundamental. (JOAQUIM, 2015, p. 122).

### **3.3 Sobre a educação**

De forma concisa, faremos esse ponto dedicado à Educação. Pois bem, o termo educação possui diversas conceituações conforme o período histórico em que é abordado.

Para José Afonso da Silva, “A *educação* como processo de reconstrução da experiência é um atributo da pessoa humana, e, por isso, tem que ser comum a todos. É essa concepção que a Constituição agasalha nos arts. 205 a 214, quando declara que ela é um *direito de todos e dever do Estado*.” (2003, p. 812).

No tocante aos termos educação, instrução e ensino, embora tenham sentido e significados diferentes, muitas vezes são confundidos entre si, e utilizados de forma incorreta. Educação é o processo que visa capacitar o indivíduo a agir conscientemente diante de situações novas de vida, com aproveitamento da experiência anterior, tendo em vista a integração, a continuidade e o progresso sociais, segundo a realidade de cada um, para serem atendidas as necessidades individuais e coletivas. (JOAQUIM, 2015, p. 15).

Assim, seja por razões políticas, seja por razões ligadas ao indivíduo, a educação era vista como um canal de acesso aos bens sociais e à luta política e, como tal, um caminho

também de emancipação do indivíduo diante da ignorância. A educação foi considerada, segundo o ponto de vista dos diferentes grupos sociais – ora como síntese dos três direitos assinalados – os civis, os políticos e os sociais.

Sobre esse ponto de vista, ensina Cury,

A magnitude da educação é assim reconhecida por envolver todas as dimensões do ser humano: o *singulus*, o *civis*, e o *socius*. O *singulus*, por pertencer ao indivíduo como tal, o *civis*, por envolver a participação nos destinos de sua comunidade, e o *socius*, por significar a igualdade básica entre todos os homens. Essa conjunção dos três direitos na educação escolar será uma das características do século XXI. (2002, p. 254)

Valido constar o ponto de vista do autor Nelson Joaquim aduzindo que,

Pode instruir uma pessoa, sem educar a mesma, assim como educar sem instruir, ou seja, conhecer conteúdos de uma matéria ou princípios morais ou normais de conduta não leva o indivíduo, necessariamente, à prática dos mesmos. **A educação é um fenômeno social e universal, sendo uma atividade humana necessária a existência e funcionamento de todas as sociedades, embora com diferentes concepções nos diferentes ramos do conhecimento. Cada sociedade precisa cuidar da formação dos indivíduos, auxiliar no desenvolvimento de suas capacidades físicas e espirituais, prepará-los para a participação ativa e transformadora nas várias instâncias da vida social, na sociedade da informação.** (2015, p. 15). (Grifo nosso).

Para finalizar, o autor Nelson Joaquim consta sobre “a educação das crianças está diretamente relacionada com a cidadania e, quando o Estado garante que todas as crianças serão educadas, este tem em mente, sem sombra de dúvida, as exigências e a natureza da cidadania.” (2015, p. 11).

### 3.3.1 A qualidade da Educação no ordenamento jurídico e o Plano Nacional da Educação - (PNE)

Em nosso País, afirma Cury que “a educação é tida como democratização educacional tardia, o acesso e a permanência ao ensino obrigatório foram vistos como básicos para a qualidade do desempenho.” (2014, p. 1053)

Importante constar como objetivo deste estudo também é analisar o Direito à Educação à luz das modificações pelas quais passou a educação brasileira nos últimos anos, chamando a atenção para a necessidade de transformar o padrão de qualidade para todos em parte do direito público e subjetivo à educação fundamental.

Partindo desse pressuposto, pode-se dizer que vários fatores podem definir a qualidade da educação, tais como: depende de insumos pedagógicos, da formação inicial e continuada dos docentes, de planos de carreira e de salários atrativos. Tais exigências, dentro de um país federativo, estão contempladas no novo plano nacional de educação.

Para melhor compreender a qualidade, buscou-se a explicação do estudioso Carlos Roberto Jamil Cury, que define,

a **qualidade** é algo que, na linguagem comum, tem sido considerado como uma agregação que confere valor superior a um bem, a um serviço ou a um sujeito. Trata-se de um atributo ou predicado virtuoso pelo qual esse sujeito, bem ou serviço se distingue de outros semelhantes considerados ordinários. Ela caracteriza e distingue algo ou alguém como por uma certa propriedade que lhe é inerente. A qualidade também pode ser apontada como capacidade para efetuar uma ação ou atingir uma certa finalidade. O termo qualidade advém do latim *qualitas*, mas cuja procedência mais funda é a de *poiôtês* do grego e que significa um título definidor de uma categorização ou classificação. De certo modo, estamos no campo de um atributo distintivo de um bem que passa a se apresentar com uma característica particular além da comum. Por vezes, essa distinção costuma ser assinalada com uma adjetivação como no caso de qualidade social, qualidade total, entre outras. A qualidade, até por essa origem greco-latina, é um termo polissêmico e cuja definição não só carece de uniformidade como também se louva em sentidos de muita complexidade. Caso se peça à filosofia uma determinação mais precisa do que seja a qualidade, pode-se dizer que, considerando vários autores como Aristóteles, Kant e Engels, ela supõe uma certa quantidade capaz de ser mensurada, na qual reside um modo de ser de tal forma distinta que ela se veja enriquecida ao ponto de sua realidade apresentar um salto agregando valor àquilo que a sustém. E essa realidade qualificada pode ser conhecida pelo sujeito que pode então agir sobre ela. Essa indicação definidora da qualidade, ainda que ela mesma se preste a muitas outras determinações, pode nos ser útil no desvendamento de aspectos da educação escolar. (2014, p. 1054-1055)

Muito bem definido por Romualdo Portela de Oliveira, sobre a qualidade na educação,

Qualidade é uma palavra polissêmica, ou seja, comporta diversos significados e por isso tem potencial para desencadear falsos consensos, na medida em que possibilita interpretações diferentes do seu significado segundo diferentes capacidades valorativas; Também não se deve perder de vista que parte significativa do debate sobre qualidade na educação é importada do mundo dos negócios e, ainda assim, nesse âmbito restrito, embute sentidos distintos. (2005, p. 7)

Não é tão simples obter uma definição precisa do que seja qualidade. Desse modo, é melhor partir daquilo que a qualidade não é: uma espécie de definição negativa.

Antes mesmo da CF/88 pensar na qualidade, a Constituição de 1946, no art. 172, cobrava dos sistemas e dos alunos eficiência escolar. A Lei n. 4.024/61 atribuíu ao MEC à função de zelar pela qualidade do ensino em todo o país, cabendo aos Conselhos de Educação o papel de melhorar a qualidade e elevar os índices de produtividade do ensino.



Assim, denota-se que a educação escolar tornou-se um direito da cidadania de modo ampliado, vindo a ser ainda mais largo quando o Brasil se torna signatário de vários Tratados e Convenções Internacionais relativos aos direitos humanos dos quais a educação faz parte.

Tamanha é a importância da educação, que ela só pode ter como própria de sua natureza a qualidade. Tanto é assim que este direito, juridicamente protegido, se vê ainda cercado de um vínculo à própria Constituição Federal, de modo que, pelo art. 212, “todos os entes federados são obrigados a fazer o devido investimento em educação a fim de assegurar sua qualidade.”

A partir dessa lógica, podemos observar o ponto de vista do autor PORTELA, quando faz o seguinte questionamento: O que significa uma educação de qualidade? Segue com sua brilhante e breve resposta,

De um ponto de vista histórico, na educação brasileira, três significados distintos de qualidade foram construídos e circularam simbólica e concretamente na sociedade: um primeiro, condicionado pela oferta limitada de oportunidades de escolarização; um segundo, relacionado à ideia de fluxo, definido como número de alunos que progridem ou não dentro de determinado sistema de ensino; e, finalmente, a ideia de qualidade associada à aferição de desempenho mediante testes em larga escala. (2005, p. 8)

Válido lembrar quando a LDB prescreve em seu inciso IX, do art. 4º que, “o dever do Estado para a efetivação do direito à educação será concretizado mediante a garantia de “padrões mínimos de qualidade de ensino, definidos como a variedade e a quantidade mínimas, por aluno, de insumos indispensáveis ao desenvolvimento do processo de ensino-aprendizagem.” Logo, além de consolidar a obrigatoriedade do ensino básico, não apenas para o indivíduo e as famílias, mas também a obrigatoriedade de oferta por parte do Estado, o texto constitucional e a legislação subsequente obriga que essa oferta educacional seja de qualidade.

Nesse mesmo contexto, PORTELA ao abordar o padrão de qualidade e a busca constante pelo judiciário, ensina que,

se a legislação brasileira incorporou o conceito de qualidade do ensino a partir de Constituição Federal de 1988, essa incorporação não foi suficiente para estabelecer de forma razoavelmente precisa em que consistiria ou quais elementos integrariam o *padrão de qualidade* do ensino brasileiro, o que dificulta bastante o acionamento da justiça em caso de oferta de ensino com má qualidade. (2005, p. 17)

Por tudo isso, denota-se que a *qualidade* está diretamente contrastada com o horizonte que demanda *melhoria*, atrelada aos princípios norteadores da educação escolar. Portanto, é



necessário sair da situação que pede por melhoria, por meio de um pacto em que de comum acordo se opte pela via de superação, visto que, percebe-se ser a única saída a busca por um pacto.

Essa necessidade já havia sido constatada no ano de 1994 quando ocorreu a Conferência Nacional de Educação, em que as principais temáticas foram o Plano Decenal de Educação para Todos e a busca de um Acordo Nacional de Educação para Todos. Nele se deu um consenso: Pacto pela Valorização do Magistério e Qualidade da Educação; nesse pacto destaca-se a firme resolução de colocar em evidência o papel do professor, sua qualificação profissional ante as necessidades básicas da aprendizagem e sua valorização face às condições de trabalho.

Foi a partir do Fundef que se deu a ampliação da abrangência para a educação básica em seus níveis e modalidades, no intuito de promover a qualidade do ensino. Assim, para ser possível a execução deste pacto, é com o *Plano de Desenvolvimento da Educação* - (PDE) - no qual o MEC assume um protagonismo compartilhado com os poderes públicos dos outros entes federativos em cumprir com as metas estabelecidas.

Esse Plano, metas objetivas serão tomadas a partir de informações e dados trazidos pelas avaliações e indicadores feitos há 10 anos na Educação Básica. Essas metas, pactuadas por adesão com os entes federativos, terão o seu foco voltado para a aprendizagem e seus resultados com apoio na formação continuada. Este PDE, a rigor, foi uma iniciativa importante do MEC visando ser uma nova ação face ao fracasso do Plano Nacional de Educação, 2001-2011. (CURY, 2014, p. 1062)

Portanto, colaborando ao estudado até o momento, cabe agora examinar a garantia desse direito fundamental, reconhecido constitucionalmente pelo ordenamento jurídico, o Direito à Educação.

### **3.4 Sobre direito à educação**

Esse tópico pode ser considerado como ponto chave do trabalho. Isso porque, o Direito à Educação está diretamente ligado ao Direito Educacional, como pressuposto fundamental ao direito humano, direito público, subjetivo, personalíssimo e cidadania. Sob qualquer aspecto que seja estudado o Direito à Educação, denota-se que é indispensável ao ser humano para que a pessoa tenha uma vida digna, por isso da importância do presente tema nos diferentes ramos do conhecimento.

Cada país, dentro de sua situação histórica, conhecerá peculiaridades próprias que não o reduzem ao caminho de um outro. De todo modo, as reflexões de Norberto Bobbio, em 1992, sobre a *Era dos Direitos*, sua gênese, evolução e perspectivas, são muito úteis para classificar, no campo dos direitos, e diferenciá-los entre si. No caso, é importante destacar que ambos se referem à educação escolar como um direito imprescindível para a cidadania e para o exercício profissional. O direito à educação, como direito declarado em lei, é recente e remonta ao final do século XIX e início do século XX. Mas seria pouco realista considerá-lo independente do jogo das forças sociais em conflito. (CURY, 2002, p. 253)

O contorno legal indica os direitos, os deveres, as proibições, as possibilidades e os limites de atuação, enfim: regras. Tudo isso possui enorme impacto no cotidiano das pessoas, mesmo que nem sempre elas estejam conscientes de todas as suas implicações e consequências.

Segundo Bobbio,

a existência de um direito, seja em sentido forte ou fraco, implica sempre a existência de um sistema normativo, onde por “existência” deve entender-se tanto o mero fator exterior de um direito histórico ou vigente quanto o reconhecimento de um conjunto de normas como guia da própria ação. A figura do direito tem como correlato a figura da obrigação. (1992, p. 79-80)

Todo o avanço da educação escolar além do ensino primário foi fruto de lutas conduzidas por uma concepção democrática da sociedade em que se postula ou a igualdade de oportunidades ou mesmo a igualdade de condições sociais.

A educação escolar ou formal, segundo TEIXEIRA, caracterizada como um direito individual a ser assegurado pelo Estado por ser considerada de interesse público, é recente em nossa história. De acordo com o educador, essa educação não deve ser vista como uma vantagem, mas como direito de cada um e dever público para a construção de uma sociedade democrática,

O direito à educação faz-se um direito de todos, porque a educação já não é um processo de especialização de alguns para certas funções na sociedade, mas a formação de cada um e de todos para a sua contribuição à sociedade integrada e nacional, que se está constituindo com a modificação do trabalho e do tipo de relações humanas. (1996, p. 60)

Assim, o Direito à Educação não compreende somente a dimensão individual, mas a social também, pois a formação de cada cidadão contribui para o desenvolvimento econômico, político e social de toda a sociedade.

É preciso considerar que a inscrição de um direito no código legal de um país não acontece tão rapidamente. Trata-se da história da produção de um direito e que tem sua clara presença a partir da era moderna. Para Bobbio,

Não existe atualmente nenhuma carta de direitos que não reconheça o direito à instrução – crescente, de resto, de sociedade para sociedade – primeiro, elementar, depois secundária, e pouco a pouco, até mesmo, universitária. Não me consta que, nas mais conhecidas descrições do estado de natureza, esse direito fosse mencionado. A verdade é que esse direito não fora posto no estado de natureza porque não emergira na sociedade da época em que nasceram as doutrinas jusnaturalistas, quando as exigências fundamentais que partiam daquelas sociedades para chegarem aos poderosos da Terra eram principalmente exigências de liberdade em face das Igrejas e dos Estados, e não ainda de outros bens, como o da instrução, que somente uma sociedade mais evoluída econômica e socialmente poderia expressar. (1992, p. 75)

Do mesmo modo, o direito à educação tem uma dimensão jurídico-social, como direito social fundamental, como dispõe o 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.” Além disso, este artigo combinado com o art. 205 da CF, eleva o direito à educação ao nível de direito social fundamental. Vale lembrar que todos tem o direito à educação, que é dever do Estado e da família, mas a sociedade tem a responsabilidade social de promover e incentivar a educação. Enfim, todos são responsáveis pela educação. (JOAQUIM, 2015, p. 124).

Nesse sentido, expressa Nelson Joaquim, mostrando que o Direito à Educação,

como proteção de vida não tem fronteira, por ser anterior e superior a qualquer norma ou lei, como direito humano, inalienável e fundamental. Além disso, o direito à educação é um tema interdisciplinar, que vem sendo discutido e estudado sistematicamente pela área das ciências pedagógicas e outras áreas do conhecimento. (2015, p. 123).

Para Pedro Lenza, “a educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.” (2010, p. 838).

A ligação entre o direito à educação escolar e a democracia terá a legislação como um de seus suportes e invocará o Estado como provedor desse bem, seja para garantir a igualdade de oportunidades, seja para, uma vez mantido esse objetivo, intervir no domínio das desigualdades, que nascem do conflito da distribuição capitalista da riqueza, e progressivamente reduzir as desigualdades. A intervenção tornar-se-á mais concreta quando da associação entre gratuidade e obrigatoriedade, já que a obrigatoriedade é um modo de sobrepor uma função social relevante e imprescindível de uma democracia a um direito civil. (CURY, 2002, p. 249)

No ordenamento jurídico brasileiro, os direitos educacionais receberam proteção jurídica diferenciada, com especificação do seu conteúdo e formas de exigibilidade, ao considerar o ensino obrigatório como direito público subjetivo. Essa norma jurídica possibilita ao indivíduo “transformar a norma geral e abstrata contida num ordenamento jurídico em algo que possua como próprio.” (SILVEIRA, 2012, p. 355-356).

Utilizar o Judiciário para a implementação dos direitos educacionais vai além do conceito abarcado pelo direito público subjetivo relativo ao ensino obrigatório, pois é viável acionar o Estado para que cumpra com os deveres elencados no art. 208 da CF/88, respeite os princípios correlacionados no art. 206, destine o percentual mínimo vinculado à educação, bem como outras regras e princípios relacionados à educação, declarados na Constituição e na legislação infraconstitucional, como a Lei de Diretrizes e Bases (LDB/1996), o ECA e o Plano Nacional de Educação (PNE).

Quanto à capacidade jurídica de exigir judicialmente esses direitos, define-se o papel relevante do reconhecimento pelo ECA, em seu art. 208, dos direitos versando sobre interesses individuais, difusos e coletivos relativos à criança e ao adolescente, que podem ser objeto de proteção judicial.

Neste meio, podemos destacar os três objetivos básicos apontados pela doutrina e pela Constituição Federal de 1988 em seu art. 1º que contem nos incisos e relaciona aos fundamentos do Estado brasileiro, definidos para a educação: a) pleno desenvolvimento da pessoa; b) preparo da pessoa para o exercício da cidadania; c) qualificação da pessoa para o trabalho. (JOAQUIM, 2015, p. 124).

O constitucionalista José Afonso da Silva faz a seguinte observação,

Para seguirmos na prática esses objetivos, faz-se necessário um sistema educacional democrático, em que a organização da educação formal (via escola) concretize o direito de ensino, informado por alguns princípios com eles coerentes, que,

realmente, foram acolhidos pela constituição no art. 206. É na escola que o estudante-cidadão vai cultivar a sua dignidade, para o desenvolvimento pleno da sua personalidade, preparar-se para o exercício da cidadania e qualificar-se para o trabalho, tendo a educação como meio para atingir esses objetivos. (2003, p. 310-311).

É importante saber, que Pontes de Miranda foi o primeiro jurista a discutir, a defender e a definir o Direito à Educação como um direito público subjetivo. Ele sustentou na conferência da Ordem dos Advogados em 1965 – Teses nº XV sob o título Acesso à Cultura como Direito de Todos – que fosse criada para todos o direito subjetivo à educação, no sentido de que o cidadão pudesse estar armado de uma ação capaz de exigir do Estado a prestação educacional. (JOAQUIM, 2015, p. 127).

E acrescenta, aduzindo que a melhor solução “é dar-se legítima ação ativa aos pais para exercerem, em nome dos filhos, a pretensão e ação. Qualquer cidadão deve ter o direito de ingressar em juízo com ação popular, para exigir do Estado que lhe dê educação ou a outrem, que não tenha capacidade de ingressar em juízo por ser menor.” (DI DIO, 1981, p. 99).

Muito bem explica Carlos Roberto Jamil Cury, precursor dos estudos nesta área, sobre a história do Direito à Educação escolar,

É semelhante à luta por uma legislação protetora dos trabalhadores da indústria nascente, pois, em ambos os casos, foi no século XIX que se lançaram as bases para os direitos sociais como integrantes da cidadania. Segundo Marshall, “a educação é um pré-requisito necessário da liberdade civil” e, como tal, um pré-requisito do exercício de outros direitos. O Estado, neste caso, ao interferir no contrato social, não estava conflitando com os direitos civis. Afinal, esses devem ser utilizados por pessoas inteligentes e de bom senso e, para tanto, segundo o autor, o ler e o escrever são indispensáveis. A educação das crianças está diretamente relacionada com a cidadania, e, quando o Estado garante que todas as crianças serão educadas, este tem em mente, sem sombra de dúvida, as exigências e a natureza da cidadania. Está tentando estimular o desenvolvimento de cidadãos em formação. O direito à educação é um direito social de cidadania genuíno porque o objetivo da educação durante a infância é moldar o adulto em perspectiva. Basicamente, deveria ser considerado não como o direito da criança freqüentar a escola, mas como o direito do cidadão adulto ter sido educado. (2002, p. 249-250)

Nesse mesmo contexto, Nelson Joaquim aborda que a educação também deve ser vista como Direito da Personalidade, explicando que o direito à educação não é somente um direito social fundamental, mas modernamente é considerado, também, um “direito da personalidade”, no sentido de que o conhecimento é uma necessidade básica do ser humano, ou seja, direito à vida. Ele é, sobretudo, um direito indisponível, e inerente ao ser humano,

portanto, como direito personalíssimo, deve ser visto na ótica dos direitos humanos ou naturais. (JOAQUIM, 2015, p. 128).

Segue afirmando que o direito à educação está ligado à personalidade da pessoa, uma vez violado acarreta prejuízos à pessoa, à família e a sociedade em geral. O direito da personalidade vincula-se ao direito à educação como valores fundamentais, que se revelam no processo histórico, mais precisamente neste terceiro milênio como proteção da vida e da dignidade humana. (2015, p. 128).

Na obra de Direito e Ensino Jurídico, Eduardo Bittar diz o seguinte:

O direito à educação carrega em si as características dos direitos da personalidade, ou seja, trata-se de um direito natural, imanente, absoluto, oponível *erga omnes*, inalienável, impenhorável, imprescritível, irrenunciável, não se sujeitando aos caprichos do Estado ou à vontade do legislador, pois, trata-se de algo ínsito à personalidade humana desenvolver, conforme a própria estrutura e constituição humana. (2001, p.9).

Necessária, então, a proteção jurídica aos direitos da personalidade no âmbito educacional, considerando que a educação é uma necessidade básica do ser humano.

Pontes de Miranda, com sua larga e profunda cultura filosófica e jurídica, avançou tanto ou mais do que os educadores na defesa dos direitos educacionais de natureza constitucional. Nos comentários ainda à Constituição de 1967, textualmente assim se expressou Pontes de Miranda,

A ingenuidade ou a indiferença ao conteúdo dos enunciados com que os legisladores constituintes lançam a regra 'A educação é direito de todos' lembra-nos aquela Constituição espanhola em que se decretava que todos os espanhóis seriam, desde aquele momento, '*buenos*'. A educação somente pode ser direito de todos se há escolas em número suficiente e se ninguém é excluído delas; portanto, se há direito público subjetivo à educação e o Estado pode e tem de entregar a prestação educacional. fora daí, é iludir o povo com artigos de Constituição ou de leis. Resolver o problema da educação não é fazer leis, ainda que excelentes: é abrir escolas, tendo professores e admitindo alunos. (1987, p.36).

Outra obra que contribui muito para o Direito Educacional é escrita pelo educador Anísio Teixeira, *Educação é um direito*, publicada em 1968, é marcada pelo estudo da educação brasileira, tendo sido influenciada por fatores históricos e pelas legislações a respeito da educação. Ressalta em sua obra que, quando o Estado liberal cogita da educação para todos, não visa tanto um direito de cada um, mas a conveniência de preparar o homem para a indústria, até porque a sociedade já era fundada no saber e no conhecimento. A ênfase em educação técnica, profissional, industrial, em oposição à educação acadêmica e intelectual,

refletia ainda o velho dualismo, em que os poucos seriam longamente educados para si mesmos e para as suas funções especializadas e os muitos receberiam apenas o treino necessário ao trabalho a que se destinavam. Em seguida, o educador brasileiro, com muita propriedade, sustenta que

O direito à educação faz-se um direito de todos, porque a educação já não é um processo de especialização de alguns para certas funções na sociedade, mas a formação de cada um e de todos para a sua contribuição à sociedade integrada e nacional, que se está constituindo com a modificação do tipo de trabalho e do tipo de relações humanas. Dizer-se que a educação é um interesse público a ser promovido pela lei. (TEIXEIRA, 1996, p. 60).

Do ponto de vista constitucional, segundo Anísio Teixeira o direito à educação tornar-se-ia efetivo com a criação definitiva de uma organização múltipla, mas singela, para o seu desempenho, organização em que as forças locais e regionais e o espírito nacional mutuamente se fecundariam para a promoção de um sistema educacional múltiplo, diversificado e uno, como convém às proporções continentais do nosso país e à natureza democrática de sua Constituição. (1996, p. 63).

Todas essas questões no processo educacional brasileiro, e as longas discussões que engendraram, finalmente foram consolidadas na Constituição de 1988. Tanto na doutrina, quanto na legislação, especialmente na atual Constituição, a educação finalmente é direito público subjetivo, e a negligência por parte do poder público na prestação do serviço importa crime de responsabilidade. (JOAQUIM, 2015, p. 24).

Nas palavras de Nelson Joaquim, tanto o art. 208, § 1º e 2º da Constituição de 1988, quanto o seu correspondente em nível infraconstitucional, no caput do art. 5º e parágrafos 3º e 4º da Lei de Diretrizes e Bases da Educação são instrumentos educativos e coercitivos eficientes no combate à indiferença das autoridades, principalmente as municipais, em relação à democratização da educação. Trata-se de direito público subjetivo fundamental, até porque o §4 do art. 5º da Lei de Diretrizes e Bases da Educação dispõe o seguinte: "Comprovada a negligência da autoridade competente para garantir o oferecimento do ensino obrigatório, poderá ela ser imputada por crime de responsabilidade." (2015, p. 128-129).

No entanto, para que se consiga a efetivação da educação como direito público subjetivo nas relações juspedagógicas que envolvem as instituições de ensino, o Estado (em seus três níveis: União, Estados ou Distrito Federal e Municípios) e os alunos, é necessária, além disso, uma ordem constitucional de remédios, ações, garantias fundamentais e entidades ou órgãos governamentais e não-governamentais, aqui, como instrumentos de tutela à



educação para facilitar o acesso à justiça em matéria educacional. No mesmo sentido, são as palavras de Nelson Joaquim esclarecendo que,

considerar o direito à educação direito público subjetivo, como fim preciso do Estado; permitir ação do indivíduo contra o Estado e o plano de educação como essencial à existência do Estado, em cujo fim único está incluída a função técnica de educar. Para nós, da mesma forma que as demais ciências humanas contribuem para as diferentes acepções de educação, assim também o direito tem todas as condições de contribuir para a educação. (2015, p. 127).

A possibilidade legal da Judicialização do não-oferecimento ou da oferta irregular da educação escolar certamente não representa a solução para todas as insuficiências da área educacional. Poderá constituir-se, no entanto, em significativo instrumento de coerção para as mudanças necessárias e desejadas na legislação brasileira, porque, a lei há de contribuir para a mudança da mentalidade na sociedade brasileira, habituada, infelizmente, a se omitir diante das injustiças de que são vítimas as crianças e adolescentes. O respeito à lei fará com que a opressão e o abandono dêem lugar à justiça, à solidariedade e ao amor. (JOAQUIM, 2015, p. 134).

Finalizando, nesse tópico consiste exatamente na percepção do avanço frente às garantias fundamentais sociais dos indivíduos, introduzido com o advento da Constituição de 1988, do Estatuto ECA e pela LDB, pela possibilidade jurídica da defesa judicial dos interesses individuais, difusos e coletivos, dentre os quais o Direito à Educação.

### **3.5 Justiça e educação**

Para concluir este capítulo, não há como negar que existe uma relação especial entre o direito (a lei) e a educação, por isso, da necessidade de seu conhecimento para o pleno desenvolvimento e eficácia de suas atividades.

Muito embora já visto anteriormente, a Educação possui regulamentação com capítulo específico na Constituição de 1988, bem como por meio de leis, tais como o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei n. 9394/96), pelo Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e da Valorização dos Profissionais da Educação – Fundeb, e ainda, com o Plano Nacional de Educação, assim como inúmeros decretos e resoluções que direcionam toda a atividade educacional, com reflexos diretos para os estabelecimentos escolares e os sistemas de ensino, nos quais estão inseridos os responsáveis pelo ensino: os diretores, coordenadores



pedagógicos, supervisores, professores, os próprios alunos e dirigentes de ensino, dentre tantas outras que fazem parte do dia a dia das relações escolares.

Notório que tal legislação regulamentou a educação como um direito de todos e um dever do Estado e da família, promovida e incentivada com a colaboração da sociedade. Normatizou a universalização do ensino público, especialmente tratando do ensino fundamental, dado seu caráter obrigatório, garantindo, assim, escola para todos, inclusive àqueles que não tiveram acesso na idade própria, ou seja, uma educação para todos, criando mecanismos para a sua garantia. (CURY, 2009, p.34)

Diante disso, um novo contexto de situações/conflitos surgem envolvendo a escola, seja com alunos, professores, gestores, que até então raramente existiam, em razão da proporção que os assuntos relacionados a Educação tomaram e vem tomando até ao dias de hoje. Assim, com a universalização e obrigatoriedade que remetem ao ensino básico a colocar todas as crianças na escola, ou seja, todas as crianças com suas características pessoais, o sistema educacional passou a conviver com uma maior grandeza de diversidade sociocultural em que adentram a escola pelas crianças com peculiaridades próprias. Tal cenário faz com que apareçam pessoas/cidadãos com suas individualidades, rompendo com falso panorama de uniformidade.

Nesse sentido aborda Cury, sobre a atual legislação no estabelecimento de garantias dos direitos da criança e do adolescente, envolvendo o Poder Judiciário,

A atual legislação também acabou por estabelecer um sistema de garantia dos direitos da criança e do adolescente (entre eles o direito à educação) envolvendo o Poder Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública, Segurança Pública, Conselho de Direitos da Criança e do Adolescente e Conselho Tutelar. Estas instituições, chamadas a operar na área educacional e da infância e da juventude, também não se apresentavam devidamente preparadas para tal desafio, até porque os conselhos de direitos e conselhos tutelares foram criados nesta oportunidade, ou seja, inexistiam antes da vigência do Estatuto da Criança e do Adolescente. O Poder Judiciário e o Ministério Público desempenhavam outras atividades na área menorista, pouco voltada à questão educacional. A entrada da LDB e das leis reguladoras do Fundef e do Fundeb criaram os Conselhos de Acompanhamento e Controle dos Recursos que devem ser aplicados na educação escolar. Soma-se a esta situação o reconhecimento na Constituição Federal da educação como o primeiro dos direitos sociais. Assim foi estabelecido: Art. 6º – **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 (2009, p. 34). (Grifo nosso)

Dito isso, denota-se que a partir da garantia estabelecida não só pelo art. 6º da CF, mas por vários outros, esse reconhecimento implica diretamente na obrigação do Poder Público de garantir a educação aos cidadãos brasileiros, visando à igualdade das pessoas, e, portanto,

garante a este mesmo interessado o poder e o direito de pleitear no Judiciário a sua real concretização.

Por esse ângulo afirma Cury, que as normas constitucionais que disciplinam o direito à educação,

ora visto como integrante do direito à vida, ora como direito social, não de ser entendidas como de eficácia plena e aplicabilidade imediata, produzindo efeitos jurídicos, onde todos são investidos no direito subjetivo público, com o efetivo exercício e gozo, indispensáveis para o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. Resulta desta situação uma relação direta envolvendo o direito e a educação, sendo que a Justiça passou a ser chamada amiúde a solucionar conflitos no âmbito escolar, que extrapolam a questão da responsabilidade civil<sup>3</sup>, ou seja, se antes se contemplava na esfera do judiciário, ações de indenização ou reparação de danos envolvendo o sistema educacional, ou mandados de segurança para garantia de atribuições de aulas a professores, hoje, a realidade é bem diversa, e várias são as situações em que se provoca o judiciário com questões educacionais. (2009, p. 35).

Por isso, é consagrado que no Brasil que o poder público não cumpre de maneira satisfatória a prestação educacional, apesar de o texto constitucional declarar que a educação é direito de todos, assim, resta evidente que, se o Poder Público como Poder Executivo não cumpre com a sua obrigação, poderá o interessado acionar o Poder Judiciário visando a sua responsabilização, por meio do direito público subjetivo à educação e a existência de garantias, de sanções, de remédios judiciais adequados e eficazes.

A efetividade do direito à educação prevista na Constituição Federal, os conflitos ocorridos no ambiente escolar e a garantia da educação de qualidade, passaram a ser objeto de questionamento judicial, assim, pode-se resumir que a garantia fundamental do direito à educação, sob o enfoque legal, ocorre principalmente nos seguintes tópicos perante o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

Quadro 1 – Levantamento jurisprudencial do TJ/RS sobre direito à educação

Educação - 46,688%
Ato infracional (ECA) - 26,453%
Vagas em creche - 11,191%
Vaga e pré-escola - 5,743%
Vaga no ensino público infantil - 2,679%
Questões financeiras educacionais - 2,408%
Transporte escolar - 1,752%
Ensino fundamental e idade mínima - 1,662%
Educação e direito a educação e direito educacional - 0,338%
Gestão escolar - 0,319%
Eleições de diretores - 0,248%

Falta de professor e escola pública - 0,242%
Aluno e deficiência - 0,171%
Merenda escolar - 0,093%
Bullying escolar - 0,015%

Fonte: Decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (a partir de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul). Elaboração da autora (2016)

Em síntese, enquanto estes direitos relacionados à educação não forem devidamente satisfeitos pelos responsáveis públicos ou, quando for o caso, privados, gera aos interessados a possibilidade do questionamento judicial. Daí o surgimento da “Judicialização da Educação”, que ocorre quando aspectos relacionados ao direito à educação passam a ser objeto de análise e julgamento pelo Poder Judiciário. Em outros termos, a educação, condição para a formação do homem é tarefa fundamental do Estado, é um dos deveres primordiais, sendo que, se não o cumprir, ou o fizer de maneira ilícita, pode ser responsabilizado. (CURY, 2009, p. 35-36).

Ainda, segue o autor explicando que essa responsabilização com a intervenção do Poder Judiciário consolida o processo de Judicialização da Educação. Tais ocorrências se verificam por fatores que implicam diretamente à ofensa do direito e decorre de: a) Mudanças no panorama legislativo; b) Reordenamento das instituições judicial e escolar; c) Posicionamento ativo da comunidade na busca pela consolidação dos direitos sociais. (CURY, 2009, p. 36).

Com a nova legislação, que reconhece a criança e o adolescente como sujeitos de direitos; a educação como direito social e público subjetivo; que garante a busca pelos interessados da efetividade e consolidação deste direito; a acessibilidade da Justiça, com mudança em relação às questões como educação, saúde, criança e adolescente; as intervenções de outras instituições como o Conselho Tutelar e o Ministério Público apresentam-se como fatores determinantes nesse contexto da Judicialização.

Como afirmado por Cury, o paradigma atual é o da educação para todos. Os índices de escolaridade aumentaram significativamente, demonstrando que, após o novo comando constitucional, está ocorrendo a efetiva matrícula das crianças no ensino obrigatório, cumprindo-se a determinação legal. Diante dessa nova realidade e dos conflitos oriundos dessa relação, fica evidente que a intervenção judicial não mais se limita a questões como a da responsabilidade civil dos educadores ou criminal dos pais ou responsáveis. Novos questionamentos relacionados à educação são levados diariamente ao Poder Judiciário, que passou a ter uma relação mais direta, com uma visão mais social e técnica dos problemas

afetos à educação. Decorre dessa nova realidade o chamamento do Poder Judiciário por parte do próprio interessado (aluno e/ou responsável), Ministério Público ou Conselho Tutelar com inúmeras hipóteses de Judicialização das relações educacionais. (2009, p. 36-37).

Portanto, o Poder Judiciário, mas especificamente o Juiz da Infância e da Juventude, é o legitimado maior para o exercício do poder-dever de garantir os direitos da criança e do adolescente, dentre os quais está o Direito à Educação. Assim, seja a oferta ausente ou irregular, situe-se o interesse no campo individual, difuso ou coletivo, é o Poder Judiciário o destinatário natural da pretensão em se tratando de Judicialização do Direito à Educação.

#### 4 A JUDICIALIZAÇÃO DA EDUCAÇÃO

É histórico no Brasil que o poder público não cumpra de maneira satisfatória a prestação educacional, apesar de o texto constitucional declarar que a educação é direito de todos. Acrescente-se que o não oferecimento ou o oferecimento irregular da prestação educacional é uma dívida do poder público para com o cidadão, que importa na responsabilidade do Estado. Por isso, é necessário o reconhecimento no texto constitucional do direito público subjetivo<sup>8</sup> à educação e a existência de garantias, de sanções, de remédios judiciais adequados e eficazes.

Pela Constituição de 1988, inúmeras questões no processo educacional brasileiro foram consolidadas, tanto na doutrina, quanto na legislação, sendo assim, a educação finalmente é direito público subjetivo, e a negligência por parte do poder público na prestação do serviço importa crime de responsabilidade.

Para o autor Carlos Roberto Jamil Cury,

O Brasil é um país federativo. E um país federativo supõe o compartilhamento do poder e a autonomia relativa das circunscrições federadas em competências próprias de suas iniciativas. Outra suposição de uma organização federativa, decorrente da anterior, é a não-centralização do poder. Isso significa a necessidade de um certo grau de unidade e sem amordaçar a diversidade. E, na forma federativa adotada pela CF/88, com 27 estados e mais de 5.500 municípios, só a realização do sistema federativo por cooperação recíproca, constitucionalmente previsto, poderá encontrar os caminhos para superar os entraves e os problemas que atingem nosso país. (2002, p. 171)

Embora nas últimas décadas tenha melhorado o acesso à educação, não foi acompanhado pelo oferecimento de uma educação básica pública de qualidade, que resulte uma aprendizagem satisfatória para todos, como revelam os dados fornecidos pelo IDEB, PISA, SAEB entre outros. (JOAQUIM, 2015, p. 204).

O cerne do direito educacional: de um lado temos o dever do Estado com a educação (art. 208 da Constituição Federal); também como disposição contida no Estatuto da Criança e

---

<sup>8</sup> A teoria dos **direitos públicos subjetivos** nasce na França, com o triunfo do liberalismo em seguida à Revolução Francesa. Os jusnaturalistas, sobretudo no século XVIII, sustentavam que os indivíduos possuem direitos naturais públicos subjetivos em virtude do contrato social por eles contraído para sua própria garantia. Esta teoria representa uma conquista da época moderna, que atinge a sua força teórica e doutrinária tão somente na segunda metade do século XIX. Do ponto de vista jurídico, o direito subjetivo público é uma *facultas agendi* pública, que tanto pode ter como titular o Estado quanto o particular. De um lado, o estado tem a faculdade de exigir do administrado o cumprimento de prestações; de outro lado, o particular tem a faculdade de exigir do Estado o cumprimento de diversas prestações. Há, portanto, direito público subjetivo "do administrado" e direito público subjetivo "da administração", que recebem proteção jurisdicional, mediante o emprego de vários instrumentos ou garantias jurídicas. (JOAQUIM, 2015, p. 25). (grifos nossos).

do Adolescente, no art. 54, § 1º: "O acesso ao ensino obrigatório e gratuito e de direito público subjetivo."; somando a isso, temos o art. 5º da Lei de Diretrizes e Bases da Educação, que, além de repetir que o acesso ao ensino fundamental é direito público subjetivo, acrescentou que qualquer cidadão, grupo de cidadãos, associação comunitária, organização sindical, entidade de classe ou outra legalmente constituída e o Ministério Público podem acionar o poder público para exigí-lo.

Para o educador e jurista Edivaldo Boaventura,

A educação é direito de todos, dever do Estado e da família.' De um lado, temos a pessoa humana portadora do direito à educação e, do outro, a obrigação estatal de prestá-la. Em favor do indivíduo há um direito subjetivo; em relação ao Estado um dever a cumprir. Se há um direito público subjetivo à educação (vide § 1º, do art. 208), isso quer dizer que o particular tem a faculdade de exigir do Estado o cumprimento da prestação educacional pelos poderes públicos (vide § 2º, do art. 208). O seu não oferecimento importa na responsabilidade da autoridade competente. A Constituição poderá fazer muito pela Educação no sentido de sua promoção, colocando "O art. 208, § 1º da Constituição vigente não deixa a menor dúvida a respeito do acesso ao ensino obrigatório e gratuito que o educando, em qualquer grau, cumprindo os requisitos legais, tem o direito público subjetivo, oponível ao Estado, não tendo este nenhuma possibilidade de negar a solicitação, protegida por expressa norma jurídica constitucional cogente." (1997, p.63).

Nas palavras de Elias Oliveira da Motta, tanto o art. 208, § 1º e 2º da Constituição de 1988, quanto o seu correspondente em nível infraconstitucional, no caput do art. 5º e parágrafos 3º e 4º da Lei de Diretrizes e Bases da Educação são instrumentos educativos e coercitivos eficientes no combate à indiferença das autoridades, principalmente as municipais, em relação à democratização da educação. Trata-se de direito público subjetivo fundamental, até porque o §4 do art. 5º da Lei de Diretrizes e Bases da Educação dispõe que, "comprovada a negligência da autoridade competente para garantir o oferecimento do ensino obrigatório, poderá ela ser imputada por crime de responsabilidade.", portanto, deverá ser posto em prática os meios jurídicos para efetivá-la como um direito público subjetivo. (1997, p. 85).

Contribui nesse mesmo sentido, Nelson Joaquim, acrescentando que os direitos públicos subjetivos fundamentais recebem proteção jurisdicional, mediante remédios constitucionais,

o remédio constitucional é uma espécie de ação judiciária que visa proteger categoria especial de direitos públicos subjetivos. A educação, como direito social fundamental (art. 6º da Constituição Federal), é protegida por uma série de garantias que procuram efetivar a prestação educacional pelo Estado (art. 208 da Constituição Federal). E educação é um direito fundamental do homem, na condição de direito público subjetivo à educação, mas, sobretudo, como algo inerente à própria

existência humana, que o Estado deve respeitar, proporcionando educação para todos. (2015, p. 25).

A dialética entre o direito à igualdade e o direito à diferença na educação escolar como dever do Estado e direito do cidadão não é uma relação simples. De um lado, é preciso fazer a defesa da igualdade como princípio de cidadania, da modernidade e do republicanismo. A igualdade é o princípio tanto da não discriminação quanto ela é o foco pelo qual homens lutaram para eliminar os privilégios de sangue, de etnia, de religião ou de crença. Ela ainda é o norte pelo qual as pessoas lutam para ir reduzindo as desigualdades e eliminando as diferenças discriminatórias. Mas isto não é fácil, já que a heterogeneidade é visível, é sensível e imediatamente perceptível o que não ocorre com a igualdade. Logo, a relação entre a diferença e a heterogeneidade é mais direta e imediata do que a que se estabelece entre a igualdade e a diferença. (CURY, 2002, p. 255)

É do reconhecimento da igualdade essencial de todas as pessoas do gênero humano que se nutriram todas as teses da cidadania e da democracia. Sem esse reconhecimento e respeito por ele, estão abertas portas e janelas para a entrada de todas as formas de preconceitos de que o século XX deu calamitosas comprovações.

A defesa das diferenças, hoje tornada atual, não subsiste se levada adiante em prejuízo ou sob a negação da igualdade. Estamos assim diante do homem como pessoa humana em quem o princípio de igualdade se aplica sem discriminações ou distinções, mas estamos também ante o homem concreto cuja situação deve ser considerada no momento da aplicação da norma universal.

Por isso, os Estados democráticos de direito zelam em assinalar as discriminações que devem ser sempre proibidas: origem, raça, sexo, religião, cor, crença. Ao mesmo tempo, seria absurdo pensar um igualitarismo, uma igualdade absoluta, de modo a impor uniformemente as leis sobre todos os sujeitos e em todas as situações.

A diferença de tratamento deve estar relacionada com o objeto e com a finalidade da lei e ser suficientemente clara e lógica para justificar. A não aceitação da igualdade básica entre todos os seres humanos e o direito a um acesso qualificado aos bens sociais e políticos conduzem a uma consagração muito perigosa do direito à diferença. (CURY, 2002, p. 256)

Consagrado por este reconhecimento, o direito público subjetivo implica ao Estado seu dever de atender a todos os maiores de sete anos no cumprimento dos anos da escolaridade obrigatória. Este embate entre direito e dever implica aos interessados, quando na falta deste

atendimento, o acionar de instrumentos jurídicos e processuais capazes de fazer respeitar um direito claramente protegido.

Nesse sentido, a Constituição aciona a própria sociedade civil como espaço consciente de poder e de controle democrático do próprio Estado, a fim de que nenhum cidadão fique sem o benefício da educação escolar. O direito à educação parte do reconhecimento de que o saber sistemático é mais do que uma importante herança cultural. Como parte da herança cultural, o cidadão torna-se capaz de se apossar de padrões cognitivos e formativos pelos quais tem maiores possibilidades de participar dos destinos de sua sociedade e colaborar na sua transformação.

O acesso à educação é também um meio de abertura que dá ao indivíduo uma chave de autoconstrução e de se reconhecer como capaz de opções. O direito à educação, nesta medida, é uma oportunidade de crescimento cidadão, um caminho de opções diferenciadas e uma chave de crescente estima de si. (CURY, 2002, p. 260)

Nesse contexto, diversos são os instrumentos judiciais à disposição dos alunos ou seus responsáveis, instituição de ensino, professores, funcionários administrativos e governo na área do direito educacional. Passamos a analisá-los, individualmente, com o propósito de compreender como cada um interfere na Judicialização da educação.

#### **4.1 Instrumentos viabilizadores do direito à educação**

Nas últimas décadas os direitos sociais têm sido contestados por grupos sociais, exigindo o cumprimento da legislação por meio do Judiciário.

Antes de identificarmos um a um dos instrumentos, ações e garantias constitucionais utilizados nas relações jurídicas e conflitos educacionais vamos, em primeiro lugar, apresentar um breve comentário sobre o acesso à justiça e ações constitucionais.

Preconiza José Afonso da Silva que “são garantias constitucionais na medida em que são instrumentos destinados a assegurar o gozo de direitos violados ou em vias de ser violados ou simplesmente não atendidos.” (2003, p. 440).

O advento do direito constitucional, todo cidadão tem o direito de pedir ao judiciário que obrigue o autor da lesão a reparar o ato danoso que praticou. E nisto, justamente, consiste o direito de ação. Trata-se, neste caso, de efetiva contribuição dos estudiosos filiados à doutrina da ação como direito autônomo e abstrato, que concebe a ação como direito subjetivo público à composição do litígio pelo Estado. (JOAQUIM, 2015, p. 27).



No ensinamento de José Afonso da Silva, em referência aos ditos remédios, rigorosamente falando, as garantias dos direitos fundamentais são as limitações, as vedações, impostas pelo constituinte ao poder público, por isso, válido lembrar que,

esses remédios não deixam também de exercer um papel limitativo da atuação do Poder Público, quer porque, em existindo, este se comporta de maneira a evitar sofrer-lhes a impugnação, quer porque o exercício desses direitos-remédios pelos titulares dos direitos ou interesses violados ou ameaçados ou não satisfeitos nos termos da Constituição importa em impor correção a seus atos e atividades, o que é um modo de limitar. E mais, tais remédios atuam precisamente quando as limitações e vedações não foram bastantes para impedir a prática de atos ilegais e com excesso de poder ou abuso de autoridade. **São, pois, espécies de garantias, que, pelo seu caráter específico e sua função saneadora, recebem o nome de remédios, e remédios constitucionais, porque consignados na Constituição.** (2003, p. 440). (grifo nosso)

A partir do momento em que as ações e os relacionamentos assumiram um caráter cada vez mais coletivo e complexo do que individual, o "acesso à justiça" passou a ser básico e fundamental como garantia do exercício da cidadania.

O acesso à justiça, entretanto, não significa apenas possibilidade de ingresso em juízo, nem tampouco a mera admissão ao processo judicial, significa, também, "acesso à ordem jurídica justa". Para que exista efetivo acesso à justiça, é indispensável, ainda, que o maior número possível de pessoas seja admitido a demandar e a defender-se adequadamente. No caso brasileiro, para que o acesso à justiça seja efetivo, é necessário que o poder público resgate os direitos civis do cidadão brasileiro, os quais, até hoje, continuam muitos deles inacessíveis à maioria da população. (JOAQUIM, p. 27-28).

Os remédios constitucionais, como o mandado de segurança (art. 5º, LXIX e LXX, b, da Constituição Federal) e outras garantias constitucionais, como veremos a seguir, são postos à disposição dos cidadãos para que estes provoquem a intervenção do Poder Judiciário (art. 5º, inc. XXXV da Constituição Federal). Alguns deles têm a natureza de ações e garantias constitucionais. Eles são instrumentos destinados a assegurar o gozo de direitos violados ou em vias de serem violados ou simplesmente não atendidos. (JOAQUIM, 2015, p. 28).

No mesmo sentido, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei nº 9.394, de 26.12.1996), no caput do art. 5º, estabelece que o acesso ao ensino fundamental corresponde a direito público. E menciona, também, quem está legitimado para acionar o Poder Público no caso de não oferecimento ou mesmo de oferta irregular do ensino público (art. 208, § 2º, da Constituição Federal), a fim de garantir o acesso ao ensino obrigatório. Neste caso, qualquer cidadão, grupo de cidadãos, associação comunitária, organização sindical, entidade de classe

ou outra legalmente constituída e ainda o Ministério Público (caput do art. 5º) têm legitimidade para proporem ações judiciais contra o Poder Público, com direito à gratuidade e rito sumário, como garantia à educação (art. 5º, § 3º, Lei nº 9.394/96). (JOAQUIM, 2015, p. 28).

Apenas com a existência dos instrumentos de tutela à educação, sem o desenvolvimento de políticas públicas na área da educação, não é possível contar com a real garantia de direito à educação.

Neste caso, vale lembrar os ensinamentos do renomado jurista Pontes de Miranda, quando aduz, "resolver o problema da educação não é fazer leis, ainda que excelentes: é abrir escolas, tendo professores e admitindo alunos." (1987, p. 135).

Além de uma maior explicitação dos direitos educacionais, a CF/88 também aprimorou e criou instrumentos processuais para a sua proteção, como o mandado de segurança, o mandado de injunção e a ação civil pública, que podem ser utilizados para exigir o cumprimento do direito à educação.

Pelo exposto, passaremos a um breve exame de cada um desses instrumentos constitucionais utilizados na Judicialização da educação brasileira.

#### 4.1.1 Mandado de segurança (Habeas corpus e Habeas data)

O mandado de segurança é estabelecido no artigo 5º, LXIX, LXX da CF/88. Oportuno observar que, é por meio do mandado de segurança que podem ser defendidos os chamados direitos líquidos e certos, distintos da liberdade de locomoção, contra atos ou omissões abusivas do Poder Público. Os direitos líquidos e certos são considerados, de tal forma, cujo reconhecimento independe de uma instrução probatória no processo, exemplo disso, são as testemunhas ou vistorias.

Nas palavras do educador Romualdo Portela de Oliveira, este entende que: "O mandado de segurança é remédio específico contra a violação pelo Poder Público de direito, líquido e certo, outro que o de locomoção. O seu campo de ação é definido por exclusão: onde não cabe o habeas corpus, cabe o mandado de segurança." (1999, p. 65).

Este instrumento é formalizado por meio de um rito processual rápido e de natureza exclusivamente documental, sendo concedido para proteger "direito, líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso

de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.”, tudo conforme preconiza o art. 5º, inciso LXIX da CF/88.

#### 4.1.2 Mandado de injunção

Este remédio jurídico é procedimento inovador na CF/88, concede-se “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.” (art. 5º, inciso LXXI, CF/88).

No tocante ao mandado de injunção, ensina José Afonso da Silva,

O mandado de injunção é um instituto processual civil, outorgado ao legítimo interessado como remédio constitucional para a obtenção, mediante decisão judicial de equidade, a imediata e concreta aplicação de direito, liberdade ou prerrogativa inerente à nacionalidade, à soberania popular ou à cidadania, quando a falta de norma reguladora torne inviável o seu regular exercício. (1989, p. 51-52)

Ainda, estabelece o Estatuto da Criança e do Adolescente como uma das funções do Ministério Público é “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.” (art. 201, inciso IX do ECA).

Por isso, as utilizações práticas deste instituto, muito bem definido por PORTELLA como sendo,

Um instituto que tem por fim antecipar a regulamentação de determinadas diretrizes esparsamente consagradas pela norma constitucional, solicitadas judicialmente por necessidade concreta desde que seja indispensável ao pleno exercício de direitos e liberdades previstas na Lei Maior, especialmente aqueles atinentes às prerrogativas imanescentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. (1999, p. 65).

#### 4.1.3 Ação civil pública

Este remédio Constitucional está previsto no artigo 129, inciso III da CF/88, que estabelece as funções do Ministério Público: “São funções institucionais do Ministério Público: [...] 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”.

Portanto, este detalhamento legal permite, do ponto de vista jurídico, amplo apoio a ações, até mesmo, por parte de associações da sociedade civil, visando garantir o Direito à Educação.

A ação civil pública foi criada pela lei 7.347 de 1985, que elevou para nível constitucional com o art. 129, inc. III da CF/88, ao estabelecer como funções 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.

Dessa forma, denota-se que para a exigibilidade do Direito à Educação, por meio do sistema de justiça, se fazem muito importantes as disposições do ECA. Com a doutrina da prioridade absoluta à criança e ao adolescente, este instrumento legal possibilita a criação de varas de justiça especializadas e exclusivas à infância e juventude, que possibilitam solucionar com mais especificidade as demandas das crianças e adolescentes.

Sendo assim, a intervenção do Judiciário, quando comprovado o não cumprimento de um dever, não significa transferência de competências, mas exigência de uma tarefa constitucional.

#### **4.2 Entendendo as decisões judiciais do tribunal de justiça do estado do rio grande do sul com a temática: vagas escolares e/ou ação de garantia de vagas**

Levando em conta a precisão e abrangência da Declaração do Direito à Educação na CF/88, realizou-se uma pesquisa para verificar se tal declaração havia propiciado melhores condições para se exigir a efetivação desse Direito na hipótese de se recorrer ao sistema de Justiça. Buscou-se verificar junto à jurisprudência, os julgados processuais que envolviam as “vagas escolares” em processos contra o Poder Público, bem como o tratamento a eles dispensado pelo Poder Judiciário.

Para tanto, analisou-se a atuação da Justiça em todos os seus graus de jurisdição, especificamente no município de Passo Fundo/RS. Dos dados colhidos junto ao site do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, destaca-se a atuação crescente nos últimos anos, envolvendo diferentes solicitações, desde a requisição do acesso e permanência à educação

infantil, ao ensino fundamental, ao ensino médio, às escolas próximas da residência, questionamentos sobre a qualidade de ensino, incentivos à gestão democrática do ensino público, entre outros assuntos.

#### 4.2.1 Levantamento quantitativo de interferência judicial na jurisprudência do TJ/RS com relação a temática “as vagas escolares” nas cinco maiores Comarcas do Estado: Porto Alegre; Caxias do Sul; Pelotas; Santa Maria e Passo Fundo

Quadro 2 - Levantamento jurisprudencial do TJ/RS das 5 maiores comarcas do estado com a temática “vagas escolares”

COMARCA	DATA	TIPO DE PROCESSO
Porto Alegre	20/08/2003	Agravo de Instrumento-70006239545
	08/07/2005	Mandado de Segurança 70011244324
	27/09/2006	Agravo de Instrumento 70016561573
	10/07/2007	Apelação Cível 70019678689
	05/11/2008	Mandado de Segurança 70024199705
	16/07/2008	Mandado de Segurança 70024172272
	24/01/2008	Apelação Cível 70022385835
	18/06/2009	Agravo de Instrumento 70028618007
	25/03/2010	Apelação Cível 70034809673
	20/05/2010	Apelação Cível 70035821776
A partir de 01/01/2011 até a presente da:	2012 (5) 2013 (5) 2014 (112) 2015 (327) 2016 (446)	Ato Infracional (1) Contratos Administrativos (2) Controle de Constitucionalidade (2) DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (293) Dissolução (1) Ensino Fundamental e Médio(542) Garantias Constitucionais (2) Inconstitucionalidade Material(1)
Caxias do Sul	16/12/2010 23/06/2010 09/02/2009	Apelação Cível 70039350384 Apelação Cível 70036507507 Apelação Cível 70036075620 Agravo de Instrumento 70028557304
	Período 01/01/2006 a 31/12/2010	Agravo Interno (1) Agravo de Instrumento (1) Apelação (3) Apelação / Remessa Necessária (2)
	Período 01/01/2011 até a presente data	Agravo de Instrumento (71) Apelação (94) Embargos Infringentes (3)
Pelotas	11/12/2003	Mandado de Segurança 70007388051
	Período 01/01/2011 até a presente data	Agravo Interno (1) Agravo de Instrumento (1) Apelação (2) Remessa Necessária (1)

COMARCA	DATA	TIPO DE PROCESSO
Santa Maria	25/11/2005	Agravo de Instrumento 70011956224
	Período 01/01/2006 até 31/12/2010	Agravo Interno (1) Apelação Cível (3)
	Período 01/01/2011 até presente data	Agravo Interno (1) Agravo de Instrumento (3) Apelação (2) Apelação / Remessa Necessária (4) Recurso Inominado (1)
Passo Fundo	23/12/2010	Agravo de Instrumento 70039602859
	Período 01/01/2011 até presente data	Agravo de Instrumento (2) Apelação (1)
<b>Análise realizada no conteúdo integral destes três julgados para resultado desta pesquisa:</b>	27/04/2011 09/07/2013 07/05/2015	70041916230 70054479852 70064107758

Fonte: Decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (a partir de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul). Elaboração da autora (2016)

As decisões judiciais acima relacionadas, como resultado do objeto de pesquisa, julgadas pelo TJ/RS versando sobre o direito de crianças e adolescentes à educação, “vagas escolares”, foram coletadas por meio da interpretação jurisprudencial no sítio eletrônico do banco de dados Consulta de jurisprudência do TJ/RS. A partir dessas informações, é importante destacar que essas decisões coletadas no âmbito desta pesquisa constituem-se de um conjunto ilustrativo, porém de conteúdo integral, suprimidos apenas os nomes próprios, no mais, mantendo-se a integralidade dos julgados. Assim, totalizaram 1.112 decisões, no período de 2000 a 2016, que foram utilizadas para a análise da atuação do TJ sul rio-grandense, delimitadas pelas comarcas de Porto Alegre, Pelotas, Santa Maria, Caxias do Sul e Passo Fundo, sobre o direito à educação, especificamente quanto às “vagas escolares”.

Importante também considerar que as ações judiciais analisadas são procedimentos em fase de recurso, chamado também de segundo grau onde são analisadas pelos desembargadores, pois, tentativas anteriores foram utilizadas para a garantia e/ou questionamento do direito, em fase de primeiro grau, julgado pelos juízes das respectivas comarcas. As decisões coletadas foram classificadas com base nas cinco maiores cidades/comarcas do Estado, estabelecidas pelo próprio Tribunal de Justiça, demandas e questionamentos discutidos nos processos, em na categoria específica de acesso à educação básica (Quadro 2).

O levantamento das decisões judiciais tratando sobre o direito de crianças e adolescentes à educação denota grande frequência do uso do Poder Judiciário para a resolução

de conflitos nessa área. O recurso judicial para requisição de uma vaga na educação básica e para o oferecimento de serviços que impedem a permanência do aluno na escola foram os conflitos mais presentes no conjunto estudado.

Nesse cenário de crescente exigibilidade do direito à educação, merece destaque o papel exercido pelo Ministério Público, ente necessário para o andamento da justiça, que atuou como parte em número considerável de decisões proferidas pelo TJ/RS. Também é preciso considerar a conscientização da população e da sociedade civil organizada sobre seus direitos e da possibilidade de recorrerem ao Judiciário.

Com a aprovação da LDB/96, foi possível perceber um crescimento das demandas. Do conjunto analisado, observa-se um acentuado número de decisões a partir de 2010, pois a maioria das ações é levada a litígio em períodos específicos, ocasionadas por alterações nas políticas de oferta do atendimento educacional e na legislação, como as ações requisitando o direito à matrícula das crianças com 6 anos no ensino fundamental, e, principalmente, no que se refere às ações envolvendo a educação infantil, sua expressiva demanda pode estar relacionada à sua declaração na LDB/1996, como primeira etapa da educação básica.

Portanto, resta evidente a procura pelo Judiciário é em sua maioria a busca pela efetivação de um direito. Das decisões analisadas, denota-se que em muitas ações há discordância entre os próprios membros do tribunal, e distintos resultados da primeira e segunda instâncias do Poder Judiciário.

#### 4.2.2 Análise jurisprudencial qualitativa na judicialização do Direito à Educação quanto a temática “as vagas escolares” na Comarca de Passo Fundo

Quadro 3 - Levantamento jurisprudencial do TJ/RS limitado à comarca de Passo Fundo com a temática “vagas escolares”

**Ementa:** AGRAVO INTERNO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. FORNECIMENTO DE ATENDIMENTO ESPECIAL COM UM MONITOR ESCOLAR. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. DIREITO À EDUCAÇÃO. GARANTIA FUNDAMENTAL. DIREITO SOCIAL. OBRIGAÇÃO DO ESTADO EM SENTIDO AMPLO. ARTS. 6º E 208 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ART. 54 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. (Agravo Nº 70041916230, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator [...])



**Ementa:** AÇÃO ORDINÁRIA. PEDIDO DE MATRÍCULA INDEFERIDO POR AUSÊNCIA DE REQUISITO ETÁRIO. DIREITO À EDUCAÇÃO. DEVER DO ESTADO. 1. A organização do ensino público deve ser feita de forma ampla, sujeita a critérios técnicos, constituindo um sistema de educação, que é regido pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação, Lei nº 9.394/96, que prevê regras e critérios a serem observados, atribuindo ao Estado competência para estabelecer as normas de acesso à rede pública, entre as quais está, precisamente, a que adota o critério etário. 2. Embora correta a decisão administrativa que indeferiu o pedido de matrícula do infante que não atende o critério objetivo de idade para ingresso na rede pública de ensino fundamental, a decisão liminar deferida integrou a criança ao grupo escolar, estando já consolidada a situação fática desaconselhando sua reforma. Recurso desprovido. (Agravado de Instrumento Nº 70054479852, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator[...])

**Ementa:** AGRAVO DE INSTRUMENTO. ECA. PEDIDO DE CONVERSÃO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO PARA AGRAVO RETIDO. DESCABIMENTO. MUNICÍPIO DE PASSO FUNDO. GARANTIA CONSTITUCIONAL DE ACESSO À EDUCAÇÃO INFANTIL. VAGA EM CRECHE OU PRÉ-ESCOLA. TRANSPORTE ESCOLAR GRATUITO. CABIMENTO, NO CASO. 1. Hipótese que autoriza o processamento do agravo por instrumento, pela possibilidade de resultar dano irreparável ou de difícil reparação, já que a confirmação da decisão acoimada onera o ente público. 2. Caso concreto em que o infante encontra-se matriculado em escola infantil de fundação beneficente e inserido em núcleo familiar de considerável vulnerabilidade social, mostrando-se cabível o fornecimento de transporte escolar pelo ente municipal, ainda que o aluno não integre a rede pública de ensino. PRELIMINAR REJEITADA. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO. (Agravado de Instrumento Nº 70064107758, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator [...])

Fonte: Decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (a partir de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul). Elaboração da autora (2016)

Nas ações que requisitavam vagas em instituições de educação infantil, os municípios, como réus ou recorrentes das ações judiciais, alegaram que são obrigados a oferecer somente o ensino fundamental, que não possuem estrutura, pois operam no limite da capacidade, e que a ampliação do atendimento na educação infantil é inviabilizada pelo problema orçamentário, não sendo possível ao Poder Judiciário interferir em atos do Poder Executivo.

As decisões judiciais, tanto em primeira instância como em recurso no TJ/RS, apresentaram resultados diferentes, não havendo consenso entre os desembargadores acerca da interferência do Judiciário sobre a determinação do município em atender, por exemplo, aos pedidos de vaga, pois essa tarefa consiste numa atividade discricionária do Poder Executivo.

As análises do Judiciário, sobretudo quanto às demandas envolvendo matrícula na educação infantil, consolidaram o dever do Estado, com responsabilidade do município pelo atendimento, ao decidirem que a primeira etapa da educação básica se constituiu em direito subjetivo dos seus titulares em exigir o seu cumprimento perante o Judiciário, quando da sua violação. Assim como definiu que não deve ser considerada uma norma costumeira, como justificaram vários municípios quando compelidos judicialmente para garantir esse direito às crianças que não obtiveram vagas nas creches e pré-escolas.



As ações versando sobre o acesso ao ensino fundamental foram prontamente atendidas em primeira instância, juízo de primeiro grau, decidido pelos juízes, e confirmadas pelo TJ/RS, por meio das decisões proferidas pelos desembargadores, em virtude da existência de vagas. Já a educação infantil teve seu reconhecimento como direito líquido e certo para as ações que requisitavam vagas individualmente ou para um número definido de crianças.

Mesmo não tendo informações para todo o conjunto de decisões analisadas, pode-se perceber a demora em uma resposta definitiva do Judiciário. As ações que obtiveram liminares de tutela antecipada favoráveis em primeira instância asseguraram que o direito requisitado fosse garantido, como, por exemplo, a matrícula e o transporte.

Assim, percebe-se que esperar a decisão do mérito do pedido poderá não surtir mais o efeito pretendido, pois, como no exemplo, a criança já poderá ter perdido a oportunidade de frequentar a escola naquele ano.

Verificou-se, portanto, que na educação subsiste um conjunto bem definido de direitos, indicando que os principais problemas ligados a essa questão não se referem a qualquer suposta indefinição. Em algumas áreas, como educação infantil, o Judiciário contribuiu para esclarecer a legislação, principalmente quanto aos deveres do Estado.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A educação, enquanto direito fundamental, é considerada um bem maior que não se restringe apenas à responsabilidade de educadores, outras esferas da sociedade e do poder público partilham a responsabilidade no que diz respeito à garantia do acesso, da permanência e da qualidade do ensino para todos.

Nesse sentido, adquire relevância jurídica, pois é possível questionar judicialmente a satisfação do direito à educação. A exigibilidade do direito à educação por meio do sistema de justiça é um tema que aos poucos vai interessando a pesquisadores e estudiosos de diversas áreas.

Entretanto, segundo Romualdo Portela de Oliveira (2001), que realizou um estudo da arte sobre a temática do “Direito à educação e legislação do ensino”, essa área não compõem a tradição da pesquisa em educação no Brasil. Em outros países, a exemplo os Estados Unidos, a bibliografia sobre legislação educacional, principalmente sob o aspecto jurisprudencial, é mais abrangente, como os trabalhos que reúnem e analisam as decisões da Suprema Corte e a existência de revistas acadêmicas que se dedicam ao tema.

Hoje cresceu, enfim, a importância reconhecida da lei entre os educadores, porque, como cidadãos, eles se deram conta de que, apesar de tudo, ela é um instrumento viável de luta porque com ela podem-se criar condições mais propícias não só para a democratização da educação, mas também para a socialização de gerações mais iguais e menos injustas.

Válido lembrar os deveres do Estado, no sentido de garantir o direito social à educação, os quais estão enumerados no art. 208 da CF/88, lembrando que este artigo foi alterado em dois momentos: pela Emenda Constitucional nº 14 de 1996 e a Emenda Constitucional nº 53 de 2006, onde estão explicitados, também, no ECA (art. 54) e na LDB/96 (art. 4º). Dentre eles, destacam-se: ensino fundamental obrigatório e gratuito, com oferta gratuita para todos os que a ele não tiveram acesso na idade própria; progressiva universalização do ensino médio gratuito; atendimento educacional especializado gratuito aos educandos com necessidades especiais, preferencialmente na rede regular de ensino; educação infantil gratuita, em creches e pré-escolas às crianças até 5 (cinco) anos de idade; acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um; atendimento, ao educando no ensino fundamental, por meio de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.

Levando-se em consideração que a CF/88 consta uma importante declaração relativa à introdução de mecanismos para garantir a efetivação do Direito à Educação, trata-se da previsão de que “o acesso ao ensino fundamental obrigatório e gratuito é direito público subjetivo”, e que o “não oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente.” (art. 208, parágrafos 1º e 2º).

Logo, a educação escolar, é erigida em bem público, de caráter próprio, por ser ela em si cidadã, e, por implicar a cidadania no seu exercício consciente, por qualificar para o mundo do trabalho, por ser gratuita e obrigatória no ensino fundamental, por ser gratuita e progressivamente obrigatória no ensino médio, por ser também a educação infantil um direito, a educação básica é dever do Estado.

E como se trata de um direito juridicamente protegido, em especial como direito público subjetivo no âmbito do ensino fundamental, é preciso que ele seja garantido e cercado de todas as condições.

Daí a LDB, o Plano Nacional de Educação e outros diplomas legais buscarem garantir esse direito.

A função social da educação assume a igualdade como pressuposto fundamental do Direito à Educação, sobretudo nas sociedades politicamente democráticas e socialmente desejosas de maior igualdade entre as classes sociais e entre os indivíduos que as compõem e as expressam. Essas são as exigências que o Direito à Educação traz, a fim de democratizar a sociedade brasileira e republicanizar o Estado.

São os Estados e os Municípios que levam adiante a implementação dessas políticas, especialmente no disciplinamento financeiro. Desse modo, várias facetas da educação básica são levadas adiante pelos entes federados. É na concretização dos mesmos que se pode também ver a diversidade de caminhos que os diferentes governos de diferentes partidos ou composições partidárias estão implementando.

É preciso fazer estudos de caso, comparar situações e dimensionar, na efetividade de uma política educacional, os limites, as redefinições e as possibilidades que o regime federativo introduz.

O nosso federalismo acaba por se valer também de disparidades regionais que afetam a capacidade financeira e administrativa dos governos. São 27 estados e mais de 5.500 municípios. No caso dos municípios, a situação agrava-se, pois eles são muito diversos em sua capacidade financeira e não poucos vivem à base de transferências dos governos estaduais e do próprio governo federal.

A desigualdade socioeconômica que atende pelo nome de pobreza ou de miséria e significa a exclusão histórica e atual de um número significativo de estudantes provindos de famílias de baixa renda. Essa desigualdade, hoje medida por vários instrumentos de análise, a exemplo o IDH, faz com que haja problemas na escola e que não são da escola, por isso mesmo não é desprezível o impacto desta situação de fato sobre o conjunto do sistema educacional.

É de se perguntar se pode desconsiderar a desigualdade socioeconômica como geradora remota das dificuldades próximas que afetam o desempenho intraescolar dos alunos. Se a qualidade da educação básica, portanto, não é exclusiva ou privativa de nenhuma de suas etapas e/ou modalidades, então o caráter indispensável articulado à cidadania e ao trabalho é próprio de toda a educação básica.

Não há saída para as políticas da educação básica sem um horizonte universalista próprio do princípio da igualdade.

Muitas das políticas públicas de educação básica dependem do reordenamento do pacto federativo, apesar da vinculação orçamentária e constitucional da educação e sua gratuidade.

Fundamental é a consciência da importância da educação básica por parte dos cidadãos. Essa consciência vem crescendo, por conta da transformação da base econômica de produção. E quando isso acontece, ela altera, mais ou menos rapidamente, toda a imensa superestrutura.

Se efetivamente o PNE for cumprido, se tais medidas forem articuladas entre si, se a União mais uma vez não descumprir os termos desse novo pacto, se houver vontade de efetivar tais propósitos e metas, se houver um aumento da relação PIB/educação em vista de uma expansão qualificada, é possível dizer que estamos vislumbrando uma saída racional para um direito proclamado como direito social (art. 6º da Constituição/88), com padrão de qualidade como direito de todos e dever do Estado entre cujos princípios norteadores está tanto o resguardo da cidadania, quanto um dos pilares dos direitos humanos.

Se esta herança pesada do passado e o caráter necessário e atual de uma educação de qualidade, representados, de um lado, pelo não cumprimento das promessas contidas no ordenamento jurídico nacional e internacional, e de outro, pela urgência pedida pela sociedade em vista da qualidade, nasceram da ação dos homens de tantas gerações passadas, é da ação consciente dos educadores de hoje que devem ser construídas as balizas de uma educação escolar que tenha a cidadania e os direitos humanos como pilares de sua realização.

Desse modo, a educação como direito e sua efetivação em práticas sociais se convertem em instrumento de redução das desigualdades e das discriminações e possibilitam uma aproximação pacífica entre os povos de todo o mundo.

Devido, até mesmo, a uma tradição histórica do discurso da educação para todos, no plano jurídico não é possível defender-se que a educação, pelo menos a elementar, não deva ser para todos. Pode-se, isto sim, propor a redução do período de compulsoriedade, restringir a gratuidade etc., mas não se pode negar o direito de todos a um determinado período de educação gratuita e obrigatória.

O que se procurou demonstrar neste trabalho é que o Direito à Educação, declarado em nível constitucional federal desde antes mesmo da CF/88, tem sido, do ponto de vista jurídico, aperfeiçoado no Brasil. No entanto, os mecanismos declaratórios e garantidores do Direito à Educação ainda encontram obstáculos práticos para sua efetivação, o que acaba restringindo a abrangência da noção de cidadania. Percebe-se que, mais do que a legislação, é necessário entendê-la, também, como uma dimensão da luta política.

Nas palavras de Romualdo Portela de Oliveira, “a eficácia das normas constitucionais, em termos práticos, depende de duas esferas de fatores, que podem ser classificados em ‘jurídicos’ e ‘políticos’”. (1999, p. 71-72).

Diante da quase universalização do acesso à etapa obrigatória de escolarização, bem como dos reiterados episódios trazidos pela imprensa e vividos no cotidiano escolar quanto aos alunos que estão na escola, mas não se apropriam do mínimo indispensável para viver em sociedade, parece que o grande desafio do atual momento histórico, no que diz respeito ao Direito à Educação, é fazer com que ele seja, além de garantido e efetivado por meio de medidas de universalização do acesso e da permanência, uma experiência enriquecedora do ponto de vista humano, político e social, e que seja, de fato, um projeto de emancipação e inserção social.

Que o Direito à Educação tenha como pressuposto um ensino básico de qualidade para todos e que não (re)produza mecanismos de diferenciação e de exclusão social.

A existência da garantia legal do Direito à Educação e da existência de mecanismos para a sua defesa não são suficientes para que ela se efetive com qualidade para todos, sendo necessário transformar/concretizar em políticas públicas os direitos já reconhecidos constitucionalmente, exigindo do poder público, seja por meio judicial ou pela cobrança da sociedade civil organizada a sua realização, tendo o MP um importante papel em seu sucesso.

Aliado a tudo isso, para Pontes de Miranda, garantir o Direito à Educação envolve mais que declará-lo em leis; é necessário oferecer a todos, sem distinção, escolas em número suficiente, considerando-se o direito como direito público subjetivo, implicando no dever do Estado de garantir a prestação educacional.

A LDB/96, ao declarar também que o acesso ao ensino fundamental é direito público subjetivo, define as partes que poderão acionar o Poder Público para exigí-lo: qualquer cidadão, grupo de cidadãos, associação comunitária, organização sindical, entidade de classe ou outra legalmente constituída e o Ministério Público.

Essa mesma lei ainda determina que qualquer das partes mencionadas têm legitimidade para peticionar, junto ao Poder Judiciário, quando do não oferecimento ou oferta irregular do ensino obrigatório, sendo a ação judicial gratuita e de rito sumário. Desta forma, comprovada a negligência, a autoridade competente poderá ser imputada por crime de responsabilidade.

Para verificar a produção brasileira de conhecimento sobre o Direito à Educação e sua exigibilidade pelo sistema de justiça, inicialmente realizou-se uma pesquisa em sites de busca na Internet, em bancos de teses e dissertações das principais universidades brasileiras e no portal da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Ensino Superior (Capes); no portal da Scientific Electronic Library Online (SciELO), que hospeda periódicos científicos de diversas áreas; no portal da Associação brasileira de Magistrados e Promotores de Justiça da Infância e Juventude (AbMP) e nas editoras relacionadas à área da educação e do direito.

A investigação por meio de pesquisas, estudos e ensaios relacionou a palavra educação com os seguintes descritores: “vagas escolares”; “vagas em creches e educação básica”. Após o levantamento do material, procedeu-se à leitura dos resumos e/ou do trabalho completo, quando de sua disponibilidade, para verificar a pertinência temática, ou seja, se os mesmos abordavam a exigibilidade do Direito à Educação básica pelo sistema de justiça. O material pesquisado foi categorizado, inicialmente, em produções dos programas de pós-graduação (teses e dissertações), artigos científicos, capítulos de livros e ensaios publicados por instituições relacionadas ao sistema de justiça. É importante considerar os limites do levantamento dos documentos, dado que alguns estudos e pesquisas não estavam disponíveis na Internet; outros, ainda, foram excluídos por não explicitarem a relação da exigibilidade do Direito à Educação pelos atores do sistema de justiça e por não disponibilizarem informações suficientes para depreender os objetivos. Alguns textos abordavam a educação no conjunto dos direitos da criança e do adolescente e somente foram computados quando abordavam

diretamente a efetivação do Direito à Educação. Os capítulos de livros foram computados individualmente; os trabalhos integralmente originados de resultados de teses e/ou dissertações foram relacionados no conjunto das produções dos programas de pós-graduação. A maior concentração de trabalhos, envolvendo a temática da efetivação do Direito à Educação pelo sistema de justiça, encontra-se no grupo das produções dos programas de pós-graduação. Esta concentração maior de pesquisas é relevante, pois denota que o tema está se tornando objeto de interesse de pesquisadores, principalmente a partir do ano de 2010, dada a sua singular importância para a área de políticas públicas e o crescimento de ações visando à exigibilidade do Direito à Educação nos últimos anos.

A exigibilidade do Direito à Educação é um tema crescente nos últimos anos e está sendo discutido por educadores e especialistas do direito. O levantamento realizado denota que se trata de uma área com necessidade de maior estímulo e apoio às pesquisas. Alguns temas foram mais explorados, como o acesso ao ensino fundamental, sobretudo por ser declarado como direito público subjetivo.

Contudo, outras temáticas como a cobrança do acesso e a melhoria das condições de atendimento para as demais etapas e modalidades da educação básica são escassas, assim como a necessidade de discutir e criar mecanismos para que a qualidade da educação possa ser exigida pelo sistema de justiça.

Outra interface que necessita de aprofundamento nas pesquisas refere-se ao comportamento do Judiciário frente aos questionamentos para a formulação e implantação de políticas públicas pelo Poder Executivo e Legislativo. A possibilidade da exigibilidade do Direito à Educação pelo sistema de justiça não representa a solução para a garantia do acesso para aqueles que não estão matriculados; tampouco da permanência com qualidade para os já assistidos, mas constitui-se em um significativo mecanismo de controle da ação do Estado, fazendo com que se cumpram os direitos proclamados em nossa legislação.

No entanto, quando se trata da efetivação do direito à educação e da possibilidade de exigibilidade perante o Poder Judiciário, SILVEIRA (2012, p. 356) aponta alguns obstáculos: 1) dificuldade em delinear o regime jurídico aplicável aos direitos humanos de natureza social à luz do sistema internacional de proteção dos direitos humanos e do ordenamento jurídico interno; 2) Trata-se de verdadeiros direitos, ou de meros princípios, objetivos ou padrões de conduta gerais que devem guiar a atuação dos poderes públicos sem, contudo, gerar direitos subjetivos, exigíveis perante o Poder Judiciário, em caso de violação?; 3) o Judiciário, diante de uma situação de inércia do Legislativo na elaboração e do administrador na concretização



das referidas políticas, não poderia exercer o controle sobre tais violações, sob pena de invadir a esfera de competência dos demais poderes; 4) forma de proteção diferenciada conferida às diversas etapas e modalidades educacionais, à luz do ordenamento jurídico.

Ao que nos parece, o reconhecimento do Direito à Educação pelo Poder Judiciário ultrapassa a dimensão de proteção de interesses individuais, vai além da determinação para a garantia de vagas nas escolas, mas seria válido para a definição e implementação de políticas públicas, com a criação de ações concretas por parte do Poder Público, aqui entendido como Poder Executivo e Legislativo?

Em um Estado democrático de direito, como define a própria Constituição brasileira, o Poder Judiciário precisa repensar essas ideias. Nos últimos anos, a própria jurisprudência dos tribunais brasileiros, bem como a literatura específica, tem se posicionado favoravelmente à intervenção desta instituição, não implicando ofensa ao princípio da separação dos poderes ou interferência na discricionariedade administrativa. A complexidade dos problemas sociais contemporâneos coloca novos desafios aos direitos sociais, com o surgimento de demandas inéditas por direitos e, conseqüentemente, por uma efetividade das políticas públicas, implicando custos elevados para a sua implantação.

Porém, tais demandas surgem num contexto de contenção da capacidade econômico-financeira do Estado e de retração das políticas sociais. O processo se torna mais complexo na realidade brasileira, pois a CF/88 desencadeia a tentativa de construção de Estado de bem-estar, justamente no momento histórico marcado por uma crise mundial relativa a esse modelo de Estado. Isto é, no contexto de difusão da agenda neoliberal, que defende o controle dos gastos públicos e a retração das estruturas do Estado.

Assim, passando a análise específica sobre os julgados jurisprudenciais analisados ao longo deste trabalho, foi realizado levantamento feito no site do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, das decisões envolvendo o Direito à Educação, pertinente “às vagas escolares”, realizou-se o marco sobre as comarcas de Porto Alegre, Santa Maria, Pelotas, Caxias do Sul e Passo Fundo, passando então a verificar a partir dos dados encontrados, um diagnóstico específico à Comarca de Passo Fundo, região onde se encontra instalado o Programa de Pós Graduação que dá origem a esta pesquisa.

Estimar o número de processos que norteiam o universo jurídico nas diversas instâncias do Poder Judiciário além de moroso é incerto. Porém, alguns estudos apontam que o crescimento se deu a partir dos anos 2000. Dados informados por estudo realizado na faculdade de Direito da Universidade de São Paulo/USP, pela jurista Nina Ranieri, a qual



constatou que dos casos que chegaram a Suprema Corte brasileira, referentes à área da educação, concluiu-se que dos 4.410 julgamentos tomados pelo STF – Supremo Tribunal Federal entre os anos de 1988 e o começo de 2013, mais de 95% (4.222) ocorreram a partir do ano 2000, sendo a imensa maioria no final da década (Revista Educação, edição 206, 2014).

São apropriados os dados acima relacionados, pois, percebe-se que a crescente demanda no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, objeto deste estudo, se deu também a partir deste período, conforme pode ser verificado no quadro comparativo.

Denota-se a partir dos julgados jurisprudenciais analisados, que o principal obstáculo à efetivação consiste em cumprir o que foi consagrado pela legislação, colocar em ação as prioridades e as metas estabelecidas para garantir o atendimento dos deveres impostos ao Estado, construindo instituições educacionais com infraestrutura adequada, principalmente em áreas de expansão na cidade e no campo, equipando os estabelecimentos de ensino com materiais necessários ao ensino e aprendizagem adequados, promovendo capacitação dos profissionais da educação, remunerando-os com dignidade para que possam se dedicar exclusivamente ao exercício do magistério. Ou seja, é preciso sair da igualdade jurídica e implantar políticas públicas que garantam, de fato, igualdade de oportunidades e de conhecimentos a todos os cidadãos brasileiros.

Colaborando a este estudo, a estudiosa da área, Adriana Dragone Silveira, aduz que a justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais no Brasil é capaz de gerar um legado transformador e emancipatório para a consolidação do Judiciário em afirmação de direitos. Para tanto, a autora destaca como fundamental a participação da sociedade civil organizada, para que esta “acione de forma crescente o Poder Judiciário, otimizando o potencial emancipatório e transformador que o direito pode ter”. (2012, p. 364)

Pensamos, que somente dessa forma haverá maior transparência e efetividade dos deveres do Estado no tocante à implementação dos Direitos à Educação, com qualidade!

Por isso, as demandas judiciais constituem, nesse sentido, importante instrumento para a consolidação da democracia, ao problematizar os deveres do Estado a partir dos princípios constitucionais, associada à forma de governo e aos mecanismos de seleção dos representantes, para uma democracia substancial, na concretização da igualdade jurídica, social e econômica, materializando direitos fundamentais para todos, em igual conteúdo e qualidade.

Parece-nos, porém, que apenas com a existência dos instrumentos de tutela à educação, sem o desenvolvimento de políticas públicas na área da educação, não teremos uma

real garantia de Direito à Educação. Neste caso, vale lembrar os ensinamentos do renomado jurista e filósofo Pontes de Miranda: "resolver o problema da educação não é fazer leis, ainda que excelentes: é abrir escolas, tendo professores e admitindo alunos". (1987, p. 16).

De qualquer sorte, é inegável a necessidade de que o Estado ofereça estabelecimentos de ensino suficientes para atender às necessidades de sua sociedade. Aqui o tema entronca com a partilha constitucional de responsabilidades de execução (competência material). Mas o dever estatal quanto ao direito fundamental à educação está longe de se esgotar no mero oferecimento de acesso. O Poder Público deve valorizar os profissionais da educação (art. 206, inc. V). Deve, ainda, garantir um padrão mínimo de qualidade (art. 206, inc. VII). Este padrão vem definido, em parte, pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, em seu art. 4, inc. IX, como "a variedade e quantidade mínimas, por aluno, de insumos indispensáveis ao desenvolvimento do processo de ensino-aprendizagem".

Por tais razões que a legislação não é verdadeiramente reconhecida como um instrumento para efetivação de direitos sociais. A sua importância nasce do caráter contraditório, pois, continuamente reside em sua essência a luta. Luta por inscrições mais democráticas, por efetivações mais realistas, por sonhos de justiça. Todo o avanço da educação básica foi oriundo de lutas conduzidas por um ponto de vista democrático da sociedade em que se postula ou a igualdade de direitos ou a igualdade de condições sociais.

Enfim, cresceu a importância reconhecida da lei entre os educadores, porque, não só como professores, mas como cidadãos, descobriram que apesar de tudo, a legislação educacional é um instrumento viável de luta porque com ela podem-se criar condições mais propícias não só para a democratização da educação, mas também para a socialização de gerações mais iguais e menos injustas.

Quer dizer que independe de políticas públicas, de opções gerais, de programas totais de educação. Estes são também de responsabilidade do Estado. Mas o mesmo Estado não pode invocar esses seus deveres para eximir-se da obrigação de prestar, individualmente, quando solicitado, inclusive judicialmente, o devido acesso à educação fundamental, que é obrigatória (art. 208, inc. I da Constituição).

Em suma, **se a concretização dos direitos sociais se dá por meio de políticas públicas, o grande desafio, tem sido o de estabelecer mecanismos para garantir a exigibilidade e o controle judicial do seu cumprimento, em caso de ausência ou insuficiência das políticas adotadas. Uma das possibilidades de fazer valer este direito é**

**recorrer ao sistema de justiça**, seja por meio da atuação do Poder Judiciário ou do Ministério Público e seus respectivos órgãos competentes.

## REFERÊNCIAS

- BENAVIDES, Paulo. **A Constituição aberta**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- BITTAR, Eduardo C. B. **Direito e ensino jurídico: legislação educacional**. São Paulo: Atlas, 2001.
- BOAVENTURA, Edivaldo Machado. **A educação brasileira e o direito**. Belo Horizonte : Nova Alvorada, 1997.
- \_\_\_\_\_. **Direito educacional constitucional**. Rio de Janeiro: Instituto de Pesquisas Avançadas em Educação, 1977.
- \_\_\_\_\_. **Direito educacional**. Rio de Janeiro : Instituto de Pesquisas Avançadas em Educação, 1999.
- \_\_\_\_\_. **Um ensaio de sistematização do direito educacional**. Revista de Informação Legislativa, Senado Federal, Brasília, v. 33, n. 131, jul.-set. 1998.
- BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996.
- \_\_\_\_\_. **A Era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BRASIL, Senado Federal. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, Distrito Federal: Senado, 1988.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BUCCI, M. P. D. **O conceito de política pública em direito**. In: BUCCI, M. P. D. (Org.). Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e a teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CHRISPINO, Alvaro; CHRISPINO, Raquel S. P. **A judicialização das relações escolares e a responsabilidade civil dos educadores**. Disponível em: [https://www.researchgate.net/profile/Alvaro\\_Chripino/publication/262504780\\_The\\_judicial\\_school\\_relations\\_and\\_the\\_educators\\_civil\\_responsibility/links/54da01f10cf2970e4e7d5b24.pdf](https://www.researchgate.net/profile/Alvaro_Chripino/publication/262504780_The_judicial_school_relations_and_the_educators_civil_responsibility/links/54da01f10cf2970e4e7d5b24.pdf). Acessado em: 14 Abr. 2016.
- COMPARATO, Fábio konder. **O poder judiciário no regime democrático**. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40142004000200008&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40142004000200008&script=sci_arttext). Acesso em: 05 Mai.2016.
- CURY, Carlos Roberto Jamil. **Intelectual e educador**. Organização e Introdução: Cynthia Greice Veiga. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2010.

\_\_\_\_\_. **A educação básica como direito.** Cadernos de Pesquisa, v. 38, n. 134, maio/ago. 2008.

\_\_\_\_\_. **A educação básica no Brasil.** Educ. Soc., Campinas, v. 23, n. 80, setembro/2002, p. 168-200. Disponível em: <<http://www.cedes.unicamp.br>>. Acesso em: 27 Jul.2016.

\_\_\_\_\_. **A qualidade da educação brasileira como direito.** Educ. Soc., Campinas, v. 35, nº. 129, p. 1053-1066, out.-dez., 2014. Disponível em: <<http://www.cedes.unicamp.br>>. Acesso em: 27 Jul.2016.

CRETELLA JÚNIOR. **Elementos de direito constitucional.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

DI DIO, Renato Alberto Teodoro. **Contribuição à sistematização do direito educacional.** São Paulo, 1981. Tese (Livre-docência) – Faculdade de Educação, Universidade de São Paulo.

DEWEY, John. **Democracia e educação.** Trad. Godofredo Rangel & Anísio Teixeira. 3. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1959.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito.** 11. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

\_\_\_\_\_. **Dicionário jurídico.** São Paulo: Saraiva, 1998.

**ENCICLOPÉDIA Saraiva do Direito.** R. Limongi França (coord.). São Paulo: Saraiva, 1977.

FARIA, José Eduardo. **Os desafios do judiciário.** Revista USP. Coordenadoria de Comunicação Social (CCS) / USP, 1994. São Paulo, n. 21, p. 47-57. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/26935>>. Acesso em: 26 Mai. 2016.

JOAQUIM, Nelson. **Direito educacional brasileiro.** 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015.

HADDAD, Sérgio. GRACIANO, Mariângela. **A educação entre os direitos humanos.** São Paulo: Ação Educativa, 2006.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: M. Fontes, 2000.

KONZEN, Afonso Armando. **Conselho tutelar, escola e família parcerias em defesa do direito à educação.** Disponível em: <[https://scholar.google.com.br/scholar?hl=pt-BR&q=+Por+Afonso+Armando+Konzen&btnG=&lr=lang\\_pt](https://scholar.google.com.br/scholar?hl=pt-BR&q=+Por+Afonso+Armando+Konzen&btnG=&lr=lang_pt)>. Acesso em: 11 Abr. 2016.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado.** 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Comentários à Lei de Diretrizes e Bases da Educação: Lei 9.394, de 20.12.1996; jurisprudência sobre educação.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. **Sentidos da judicialização da política: duas análises.** *Lua nova*, v. 57, p. 113-133, 2002. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n57/a06n57.pdf>>. Acesso em: 15. Mai. 2016.

MARSHALL, T. H. **Cidadania, classe social e status.** Trad. Meton Porto Gadelha. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** 11. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967; com a Emenda nº 1 de 1969.** 3. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1987.

\_\_\_\_\_. **Direito à educação.** Rio de Janeiro: Alba, 1933.

MOTTA, Elias de Oliveira. **Direito educacional e educação no século XXI: com comentários à nova Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional.** Pref. Darcy Ribeiro. Brasília: UNESCO, 1997.

NUNES JUNIOR, Amandino Teixeira. **A Constituição de 1988 e a judicialização da política no Brasil.** Disponível em: <[http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/160455/Constitui%C3%A7%C3%A3o\\_1988\\_judicializacao.pdf?sequence=7](http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/160455/Constitui%C3%A7%C3%A3o_1988_judicializacao.pdf?sequence=7)>. Acesso em: 20 Mai. 2016.

OLIVEIRA, Romualdo Portela. O Direito à Educação na Constituição Federal de 1988 e seu restabelecimento pelo sistema de Justiça. **Revista Brasileira de Educação**, n. 11, maio/ago. 1999.

\_\_\_\_\_. Qualidade do ensino: uma nova dimensão da luta pelo direito à educação. **Revista Brasileira de Educação**, n. 28, jan/abr. 2005.

PARO, Vitor Henrique. **Crítica da estrutura da escola.** 1. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

\_\_\_\_\_. **Gestão democrática da escola pública.** 3. ed. São Paulo: Ática, 2000.

\_\_\_\_\_. **Gestão escolar, democrática e qualidade do ensino.** São Paulo: Ática, 2007.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituição de direito civil.** 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

QUIVY, Raymond e LUC VAN Campenhoudt. **Manual de investigação em ciências sociais.** Disponível em: <<http://www.fep.up.pt/docentes/joao/material/manualinvestig.pdf>>. Acesso em: 03. Mar. 2016.

REALE, Miguel. **Lições preliminares do direito**. 27. ed. Ajustado ao Novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002.

SAMPAIO, Tércio. **A ciência do direito**. São Paulo: EDUSP, 1977.

SAVIANI, Dermeval. **Educação brasileira: estrutura e sistema**. São Paulo: Saraiva, 1973.

SENADO FEDERAL, **Biblioteca do Senado Federal**. Disponível em: <[www.senado.gov.br](http://www.senado.gov.br)>. Acesso em: 05 Set. 2016.

SEVERINO, Antônio Joaquim. **A pesquisa em educação: a abordagem crítico a abordagem crítico dialética e suas implicações na formação do educador**. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rc/article/viewFile/14/6>>. Acesso em: 20 Jun. 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 22. ed. São Paulo : Malheiros, 2003.

SILVEIRA, Adriana A. Dragone. A busca pela efetividade do direito à educação: análise da atuação de uma Promotoria de Justiça da Infância e Juventude do interior paulista. **Educar em Revista**, n. especial 2, ed. Editora: UFPR, 2010.

\_\_\_\_\_. A exigibilidade do direito à educação básica pelo Sistema de Justiça: uma análise da produção brasileira do conhecimento. **RBPAE**, v.24, n.3, p. 537-555, set./dez. 2008.

\_\_\_\_\_. Atuação do Tribunal de Justiça de São Paulo com relação ao direito de crianças e adolescentes à educação. **Revista Brasileira de Educação**, v.17, n.50, mai./ago. 2012.

\_\_\_\_\_. Conflitos e Consensos na exigibilidade judicial do direito à educação básica. **Educ. Soc.**, Campinas, v.34, n.123, p. 371-387, abr./jun. 2013.

TEIXEIRA, Anísio. **Educação é um direito**. 2. ed. Rio de Janeiro : Editora UFRJ, 1996.

\_\_\_\_\_. **Educação não é privilégio**. 6. ed. comentada por Marisa Cassim. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 1994.

VIEIRA, Evaldo. **A política e as bases da educação nacional**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ccedes/v21n55/5538.pdf>> . Acesso em: 29 Mai. 2016.

#### **SITES CONSULTADOS:**

MICHAELIS. **Dicionário de Português Online Michaelis**. 2016. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php>>. Acesso em: 04. Jun. 2016.

REVISTA EDUCAÇÃO. 2016. Disponível em: <<http://revistaeducacao.com.br/textos/206/quando-a-educacao-e-caso-de-justica-313257-1.asp>>. Acesso em: 29 Mar. 2016.

SCIELO. **ScientificElectronic Library Online**. 2016. Disponível em:  
<<http://www.scielo.org/php/index.php>>. Acesso em: 10. Mar. 2016; 03. Abr. 2016; 29. Mai.  
2016.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. 2016. Disponível em  
<<http://www.tjrs.jus.br/site/>>. Acesso em: 04. Jun. 2016.



CIP – Catalogação na Publicação

---

- M232j Maito, Maríndia Catto  
A judicialização do direito à educação – o olhar do Tribunal  
de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul / Maríndia Catto  
Maito. – 2017.  
95 f. ; 30 cm.
- Orientação: Dra. Rosimar Siqueira Esquinsani.  
Dissertação (Mestrado em Educação) – Universidade de  
Passo Fundo, 2017.
1. Direito a educação. 2. Políticas educacionais. 3.  
Judicialização. I. Esquinsani, Rosimar Siqueira, orientadora. II.  
Título.
- CDU: 37.014.5  
342(81)
- 

Catalogação: Bibliotecária Marciéli de Oliveira - CRB 10/2113