

PROTEÇÃO JUDICIAL DO DIREITO À EDUCAÇÃO: DEBATES SOBRE DEMANDAS POR ACESSO À EDUCAÇÃO BÁSICA NO ESTADO DE SÃO PAULO

Adriana A. Dragone Silveira

Universidade de São Paulo/Brasil

adrianadragone@yahoo.com.br

Agência financiadora: FAPESP

Resumo: Este trabalho tem por objetivo discutir como o Poder Judiciário vem atuando para exigir a concretização do direito à educação, considerado no Brasil como um direito humano e social. Para tanto, analisa-se a atuação do Tribunal de Justiça de São Paulo com relação às ações em recurso para acesso às diferentes etapas e modalidades da educação básica, buscando compreender em quais conteúdos estabeleceu-se uma jurisprudência favorável para a proteção deste direito por meio do Poder Judiciário, verificando se a intervenção judicial possibilita a ampliação da cidadania e da justiça.

Palavras-chave: direito à educação básica; tribunal de justiça; política educacional.

INTRODUÇÃO

Segundo Bobbio (2004), os direitos dos homens são uma construção histórica em função do aprimoramento das necessidades da convivência coletiva e seu desenvolvimento passou por três momentos. Inicialmente com a declaração dos direitos de liberdade, posteriormente dos políticos e na terceira fase dos direitos sociais. Atualmente, a inovação tecnológica e o progresso científico colocam novos desafios no conjunto dos direitos humanos, fazendo com que uma quarta geração se estabeleça, contemplando as diferentes problemáticas deste novo século, como o direito ao meio ambiente, direito à intimidade e à privacidade, integridade do patrimônio genético dos seres humanos e dilemas da bioética.

Nas últimas décadas além do processo de conversão dos direitos humanos em direito positivo, de sua generalização e de sua internacionalização há uma nova tendência, que Bobbio chama de “especificação”, com a determinação dos sujeitos titulares. Essa especificação ocorreu principalmente com relação ao gênero, as fases da vida e as pessoas com necessidades especiais. Estando esses, principalmente, no âmbito dos direitos sociais.

De acordo com Bobbio (2004), esse processo de reconhecimento formal dos direitos, de sua ampliação e especificação torna cada vez mais difícil sua satisfação, dado que a proteção aos direitos sociais requer uma atuação ativa do Estado, com obrigações, ao contrário dos direitos individuais tradicionais, que precisam da abstenção de determinados comportamentos. Portanto, os direitos sociais obtêm com relativa facilidade a sua declaração,

no entanto no momento de sua execução iniciam-se as reservas e oposições. Tratando-se não de um problema filosófico, mas político, pois não precisamos tanto justificá-los, mas sim protegê-los, pois “à medida que as pretensões aumentam, a satisfação delas torna-se cada vez mais difícil” (p. 80).

Se os direitos sociais requerem uma ampliação dos poderes do Estado para a sua plena efetivação, quais ações deste Estado devem garantir a viabilização desses direitos?

A Constituição Federal de 1988 (CF/88) é um marco significativo no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente com relação à educação, reconhecendo-a como um direito social e fundamental. 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/96). Dentre eles, destacam-se: a gratuidade do ensino oficial em todos os níveis; ensino fundamental obrigatório e gratuito a partir dos seis anosⁱ, com oferta gratuita para todos os que a ele não tiveram acesso na idade própria; progressiva universalização do ensino médio; atendimento especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino; atendimento em creche e pré-escola às crianças até cinco anos de idade; oferta do ensino noturno regular; acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um; programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde aos alunos da educação básica; escola próxima da residência; e prioridade de atendimento à criança e ao adolescente.

Do ponto de vista da declaração, dos direitos educacionais, o Brasil pode ser considerado um dos mais avançados, no entanto há um caminho longo a se percorrer para a plena satisfação desses direitos (CURY, 1998). Somente no final da década de noventa atingiu-se os índices de escolarização obrigatória que muitos países universalizaram no início da segunda metade do século passado, mas ainda temos 14,2 milhões de analfabetos. Se considerarmos as outras etapas da educação básica os níveis de exclusão do atendimento escolar são mais evidentes, na educação infantil 18,1% das crianças de 0 a 3 anos estavam matriculados na creche e 72% na faixa etária de 4 a 6 anos na pré-escola. No ensino médio, a proporção de jovens no ensino médio era de 50 % (OBSERVATÓRIO DA EQUIDADE, 2008). Esses dados evidenciam que o direito ao acesso à educação ainda é mitigado no Brasil pelo poder público, sendo que o sistema escolar não contempla a todos.

Se a concretização dos direitos sociais se dá por meio da ampliação da ação do Estado, com a implementação de políticas públicas, o grande desafio, segundo Duarte (2004), “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” (p. 114). Recorrer ao Poder Judiciário é uma das possibilidades de fazer valer este direito, conforme o que determina a própria CF/88: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 1988, art. 5º, inciso XXXV).

Especialmente na segunda metade do século XX houve uma expansão do Judiciário de diferentes países tornando-se uma instância de implementação de direitos sociais e coletivos (ARANTES, 2007).

Sousa Santos (1996) relaciona a expansão do Judiciário e suas dificuldades atuais ao desenvolvimento e crise do Estado Providência. Com a consagração dos direitos sociais e econômicos no período posterior à Segunda Guerra Mundial os Tribunais são utilizados para efetivar a nova legislação social. Com a crise desse modelo de Estado, a partir dos finais da década de 70 e inícios dos anos 80 há uma procura maior pela efetivação desses direitos via Judicial, influenciada pela especificação dos direitos, pelos documentos internacionais e legislações nacionais, pelo contexto de agravamento das desigualdades sociais e pela desresponsabilização do Estado de seu papel provedor.

De acordo Sousa Santos (2007), o recurso ao Poder Judiciário está relacionado às “culturas jurídicas e políticas, mas tem a ver, também, com um nível de efetividade da aplicação dos direitos e com a existência de estruturas administrativas que sustentam essa aplicação” (p. 17).

No Brasil, segundo Arantes (2007), a expansão do Judiciário também pode ser relacionada ao desenvolvimento e crise do Estado Providência e também pela ampliação do acesso à Justiça dos atores coletivos da sociedade. Todavia é preciso considerar que embora não tenha se construído no Brasil um Estado social semelhante ao dos países europeus, a CF/88 é considerada como uma tentativa de construção de um Estado de Bem-Estar Social no Brasil ao reconhecer os direitos sociais, no entanto foi aprovada em um momento histórico mundial de crise deste modelo de Estado. Em outro contexto, as Emendas Constitucionais dos anos 90 retratam um processo de reforma do Estado brasileiro.

Desta forma, o crescimento da exigibilidade judicial do direito à educação pode estar relacionado com a baixa efetividade dos direitos declarados e com a existência de remédios jurídicos e instituições do Sistema de Justiça que facilitam esse acionamento.

O Poder Judiciário nesse processo de expansão assume funções relevantes na resolução de litígios, no entanto como destaca Sousa Santos (1996, 2007), nem todos os

cidadãos procuram essa alternativa, principalmente os que não têm consciência de seus direitos e da possibilidade de acessar as estruturas do Poder Judiciário para exigir a sua concretização.

Para Sousa Santos (1996), nos países semi-periféricos e periféricos, os Tribunais estão assumindo de maneira lenta e fragmentada uma co-responsabilidade política na atuação do Estado providência. “A distância entre a Constituição e o direito ordinário é, nesses países, enorme, e os tribunais têm sido, em geral, tíbios em tentar encurtá-la” (p. 38). Em alguns países há uma transferência de legitimidade do Poder Executivo e Legislativo para o Judiciário. E esse “movimento leva a que se criem expectativas positivas elevadas a respeito do sistema judiciário, esperando-se que resolva os problemas que o sistema político não consegue resolver” (SOUSA SANTOS, 2007, p.21). E o Judiciário, em grande medida, não consegue corresponder à expectativa.

Duarte (2006) aponta alguns obstáculos, quando se trata da efetivação do direito à educação e da sua possibilidade de exigibilidade perante o Poder Judiciário: 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?”; 3º) “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” (p. 128).

Sobre o acionamento do Poder Judiciário para garantir a efetividade do direito à educação, Sifuentes (2005) destaca que apesar do avanço do julgamento de ações impondo ao Executivo a obrigação de fazer, esta é uma prática que o Poder Executivo deveria prevenir realizando as atribuições que a Constituição lhe compete. Sendo o litígio de pendências individuais ou setorializadas um recurso extremo, pois resulta na fragmentação das políticas públicas.

Desta forma, este trabalho objetiva analisar a atuação do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ-SP)ⁱⁱ com relação às ações em recurso envolvendo demandas por acesso à educação básica, buscando compreender em quais conteúdos estabeleceu-se uma jurisprudência para a

exigibilidade do direito à educação por meio do Poder Judiciário. Para tanto, realizou-se levantamento e caracterização dos litígios educacionais requeridos ao Tribunal, a partir da aprovação do ECA, identificando os fundamentos para a negativa e afirmativa do direito requerido.

Considerando que a declaração do ECA foi um importante ordenador jurídico para a defesa dos direitos da infância e juventude, especialmente com inovações no campo de atuação do Ministério Público (MP) para a garantia do direito da criança e do adolescente, incluindo nesse conjunto o direito à educação, define-se como período de análise das decisões a partir de sua implantação (1991-2008). Outro aspecto que fundamenta a escolha por esse período é a afirmação de Oliveira (2007, p. 28), de que o Estatuto “tem servido de fundamento legal para boa parte das ações judiciais que visam garantir o direito à educação”.

Este trabalho integra a pesquisa de doutorado, em desenvolvimento, sob a orientação do Prof. Dr. Romualdo Portela de Oliveira, que se propõe a analisar a atuação de um Tribunal de Justiça estadual com relação aos litígios envolvendo a educação, verificando se a intervenção judicial possibilita uma ampliação da efetivação dos direitos educacionais, constituindo-se em um espaço para a ampliação da cidadania e da justiça.

ANÁLISE DAS DECISÕES JUDICIAIS VERSANDO SOBRE O ACESSO ÀS DIFERENTES ETAPAS E MODALIDADES DA EDUCAÇÃO BÁSICA

Para a coleta de dados recorreu-se as diferentes fontes documentais: publicação “Interpretação Jurisprudencial” produzido pela Procuradoria Geral de Justiça de São Paulo do Ministério Público; sítio eletrônico da Biblioteca do TJ-SP; no banco de dados eletrônico de jurisprudência do TJ-SP, sítio da Associação Brasileira de Magistrados e Promotores de Justiça da Infância e Juventude; revista “Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo”ⁱⁱⁱ.

Foram localizadas 284 decisões requisitando a matrícula e a definição de políticas públicas visando garantir condições para o ingresso de crianças e adolescentes as diferentes etapas e modalidades de ensino da educação básica: educação infantil (EI), ensino fundamental (EF), ensino médio (EM), educação de jovens e adultos (EJA), educação profissional e estudantes com necessidades educacionais especiais (NEE).

Neste grupo destacam-se as dezenas de requisições na EI (Tabela 1), representando 61% do total. Por outro lado, o ensino médio, considerado na LDB/96 como tendo a obrigatoriedade progressivamente estendida é quase insignificante sua presença no âmbito das decisões coletadas, ou seja, apenas uma.

Tabela 1 - Decisões agrupadas por temas envolvendo “Acesso à educação básica”

TEMAS/ANOS	91	92	93	94	95	96	97	98	99	00	01	02	03	04	05	06	07	08	Total
Acesso educação infantil									2	4	7	32	10	1	9	43	36	31	175
Acesso ensino fundamental						1	8	39	8	9	4	2					1	1	73
Acesso ensino médio									1										1
Acesso EJA									2		3						1		6
Acesso Ed. Profissional						2		1	1	1	1					1	3		10
Acesso Ed. NEE									1				3	2	1	2	6	2	17
Acesso (não define etapa/modalidade)																	1	1	2
TOTAL	0	0	0	0	0	3	8	40	15	14	15	34	13	3	10	46	48	35	284

Fonte: a autora com base na coleta de decisões julgadas pelo TJ-SP.

Educação Infantil

Na CF/88 a EI foi incorporada como um direito fundamental da criança e não mais da assistência ou do amparo social, competindo prioritariamente aos municípios a sua oferta. É assegurada, na lei maior brasileira, ao especificar e detalhar os deveres do Estado para com a educação (art. 208). A LDB/96 explicitou a gratuidade do atendimento em creches e pré-escolas, reconheceu a EI como primeira etapa da educação básica, determinou que as creches e as pré-escolas deveriam integrar-se ao sistema de ensino e definiu a nomenclatura e o estabelecimento de faixa etária para atendimento, dividindo a EI em duas etapas: atendimento em creche (crianças de 0 a 3 anos) e em pré-escolas (4 a 5 anos)^{iv}.

No âmbito do TJ-SP as decisões sobre os litígios envolvendo a primeira etapa da educação básica apresentaram crescimento nos anos de 2002, 2006-2008. Das 175 ações requisitando o atendimento em EI 83% versavam sobre matrículas em creche.

Os municípios como réus dessas ações alegavam a ausência de fundamentação legal para a concessão do direito à EI; limitações de orçamento e da legislação fiscal e impossibilidade de interferência do Judiciário na administração pública devido ao princípio da separação de poderes.

O reconhecimento da exigibilidade judicial do direito à vaga em instituições de EI não foi sempre consenso entre os desembargadores (des.) do TJ-SP. Alguns como o Des. Mohamed Amaro, reconhecem que a legislação determina que os municípios sejam responsáveis pelo oferecimento da EI, todavia afirmam que a oportunidade e a conveniência da realização de obras e de contratações competem com exclusividade ao Poder Executivo, não sendo possível ao Poder Judiciário ordenar a efetivação dessas medidas, sob a alegação de estar protegendo direitos coletivos.

Para outros desembargadores, o acesso à primeira etapa da educação básica não deve ser considerado como uma norma programática como alega alguns municípios, mas como um

direito que deve ser assegurado pelo Poder Público municipal, constituindo-se em direito subjetivo dos titulares, podendo desta forma exigir seu cumprimento.

Para o Des. Sidnei Beneti, seria inconcebível após reconhecer a EI como direito líquido e certo negar a tutela jurisdicional sob o argumento da violação ao princípio da independência dos Poderes.

O Supremo Tribunal Federal, em julgamento de recurso de ações do TJ-SP^v, definiu que a EI representa “prerrogativa constitucional indisponível” e seu processo de concretização não se expõe “a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental”.

Da análise das decisões do TJ-SP observa-se que a requisição de tutela a direitos individuais ou para um número preciso de vagas consolidou um entendimento favorável em reconhecer este direito como líquido e certo, todavia as demandas envolvendo a construção de estabelecimentos para atendimento de toda a demanda ou para um número não delimitado de crianças as decisões são mais divergentes entre os desembargadores. Os recursos judiciais com demandas envolvendo interesses difusos e coletivos têm fundamento para a negativa sob a alegação de que contém pedidos genéricos e indeterminados e não sendo possível a interferência do Judiciário na condução das políticas públicas e na questão orçamentária.

Dentre as ações que alegavam dificuldade orçamentária para a concessão das vagas em EI uma se destaca pela forma com que o desembargador decidiu sobre a problemática. O Des. Nogueira Diefenthaler, considerando a proibição de início de programas ou projetos não incluídos em lei orçamentária, decidiu para que o município fosse condenado a incluir as verbas necessárias à instalação das creches, no projeto de lei orçamentária. Esta pode ser uma solução para obrigar os municípios a expandirem o atendimento a EI com o devido planejamento e respeitando a legislação fiscal.

A principal divergência entre os membros do TJ-SP sobre as requisições de vagas de EI refere-se sobre a indevida introdução do Judiciário no poder discricionário do Executivo. Segundo alguns desembargadores, com relação ao oferecimento da educação, o Estado não tem discricionariedade, estando vinculando à norma constitucional e às normas infraconstitucionais e estas legislações impõem obrigações. O poder discricionário do município é compreendido pela forma como o administrador irá atender à determinação legal, decidindo se pela construção de novas unidades, ampliação das existentes ou ainda firmando convênios com estabelecimentos privados.

Para o Des. Gentil Leite a intervenção do Judiciário é tarefa atribuída pela própria Constituição de fazer cumprir e respeitar as normas legais em vigor. Complementando esse posicionamento, o Des. Roberto Vallim Bellocchi afirma que o Judiciário deve garantir a harmonia entre os poderes, funcionando com um sistema de freios e contrapesos.

Ensino Fundamental

As demandas por acesso ao EF correspondem a 25% dos julgados e estão concentradas nos anos de 1996-2002, tendo sido localizada apenas duas em anos posteriores. Os litígios envolvendo o acesso ao EF podem ser agrupados segundo duas problemáticas: restrição do ingresso de alunos com sete anos incompletos ao EF e matrícula em escola próxima a residência dos alunos.

Do total das demandas por acesso ao EF (73 decisões), 64 estão diretamente relacionadas a duas Resoluções da Secretaria da Educação Estadual (SEE) dos anos de 1996 e 1997, que estabeleciam como exigência para a matrícula na 1ª série do EF que a criança tivesse sete anos completos ou a completar até determinada data do ano letivo. Essas ações são julgadas pelo TJ-SP entre os anos de 1997 a 2002.

Cabe destacar que o dever dos pais ou responsáveis em matricular os menores de sete anos no EF foi alterado somente em 2005, com a antecipação do ano ingresso no ensino obrigatório para seis anos. De acordo com a LDB/96 até então a matrícula das crianças com seis anos era facultativa aos sistemas de ensino.

O acesso ao ensino obrigatório (EF) é considerado pela legislação brasileira como direito público subjetivo^{vi}, podendo qualquer cidadão, grupo de cidadãos, associação comunitária, organização sindical, entidade de classe ou outra legalmente constituída, e, ainda, o MP, acionar o Poder Público para exigí-lo.

Todas as ações requisitando o direito individual à educação para menores com seis anos foram julgadas a favor das crianças e com concessão de liminares, garantindo a frequência à escola. Já a ação determinando a possibilidade de matrícula de todas as crianças que completassem sete anos de idade no decorrer do ano e a ação civil pública visando compelir a SEE de abster-se de editar norma administrativa proibindo a matrícula de crianças com sete anos incompletos foram julgadas improcedentes pelo TJ-SP, pois não seria possível impor a obrigação de garantia de vagas no EF a todas as crianças com sete anos incompletos, considerando o acesso deste grupo desde que atendida a demanda de crianças com sete anos completos.

Segundo o apelo da Fazenda do Estado de São Paulo, a LDB/96 e a Resolução da SEE são expressas no que se refere à obrigatoriedade do EF somente às crianças que já tenham atingido sete anos e facultativamente às crianças que ainda tenham seis anos de idade. Portanto, não haveria obrigatoriedade destas matrículas. E a própria CF/88 garantia o atendimento das crianças com seis anos em estabelecimentos de pré-escola. Ainda alegou que haveria risco de grave lesão à ordem pública, na hipótese de procedência de ação, haja vista a impossibilidade dos estabelecimentos de ensino acolher toda a demanda. E a ação ocasionaria violação ao princípio da independência e harmonia de poderes.

Para os membros do TJ-SP, a determinação da SEE fere direito líquido e certo. Esta posição foi unânime entre os desembargadores em 42 recursos. Em quantidade considerável de processos (18) essa informação estava ausente, em dois recursos a aprovação foi por maioria dos votos e em dois foi rejeitado parcialmente o pedido.

A fundamentação legal para a concessão deste direito é semelhante entre os desembargadores. Para eles, a Resolução é inconstitucional, pois a CF/88 ao definir a garantia do EF obrigatório e gratuito não estabeleceu qual seria a idade própria. Presume-se que seria a partir dos sete anos, uma vez que prevê a garantia de atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade.

Nos casos concretos apreciados a recusa pela matrícula de crianças com seis anos no EF baseou-se exclusivamente no aspecto da idade, portanto as decisões foram favoráveis aos menores, sendo o único obstáculo para a matrícula a existência de menores de sete anos de idade para o ingresso.

O acesso e a locomoção da população usuária à escola próxima a residência dos alunos foi objeto de litígio no TJ-SP em apenas três julgados e um requerendo o direito de escolher a escola para efetuar a matrícula. O direito de acesso à escola pública e gratuita próxima da residência é assegurado pelo ECA.

Pelos acórdãos analisados a escolha da escola pelos alunos, dentre as mais próximas de sua residência, não é assegurada legalmente no entendimento do TJ-SP, ficando restrita à existência de vagas na escola pretendida. Em dois recursos o Tribunal acatou a alegação do Poder Executivo estadual da interferência do Poder Judiciário no poder discricionário do Executivo, sendo a quantificação e a localização das salas de aulas uma tarefa do administrador.

Educação profissional

Das dez decisões envolvendo a educação profissionalizante nove questionaram a forma de ingresso nesses cursos e uma a implantação do ensino técnico nas unidades de EM, mas não foi julgada no mérito, considerando a ilegitimidade do autor para a propositura da ação civil pública.

A priorização de vagas para os alunos egressos da escola pública por Resolução estadual foi julgada pelo TJ-SP em cinco processos. A Fazenda Pública alegou que não há direito público subjetivo, uma vez que o dever do Estado de assegurar o direito ao ensino público restringe-se ao EF e que os candidatos ao fazerem sua inscrição, no concurso para o provimento das vagas, conheciam os critérios da respectiva distribuição.

Três decisões que envolviam candidatos advindos do Serviço Social da Indústria (Sesi) e todas foram julgadas favoravelmente aos candidatos, considerando que a entidade oferece ensino gratuito, tendo portanto seus egressos o mesmo direito de concorrer em igualdade de condições com os alunos da rede pública.

Somente uma ação foi mantida o cancelamento da matrícula em curso técnico porque foram considerados erroneamente pontos decorrentes da declaração equivocada de que a menor seria egressa da escola pública, no entanto, estudara em uma entidade privada de caráter assistencial. Neste caso, o TJ-SP decidiu contrariamente as demais decisões que pleiteavam a equiparação dessas entidades às escolas públicas.

Em outras ações, também favoráveis aos menores, os desembargadores argumentaram que a Resolução estadual não tem poderes para restringir direitos, dado que a CF/88 não admite distinção de qualquer natureza.

Educação de Jovens e Adultos

As seis decisões envolvendo Educação de Jovens e Adultos (EJA) questionaram a idade mínima para ingresso nesses cursos e a gratuidade dos exames.

A LDB/96 dispõe no artigo 38 que os “sistemas de ensino manterão cursos e exames supletivos, que compreenderão a base nacional comum do currículo, habilitando ao prosseguimento de estudos em caráter regular” e os exames para o nível de conclusão do EM realizar-se-ão para os maiores de dezoito anos.

Desta forma, na decisão que discutiu o indeferimento da matrícula de vários menores no primeiro ano do curso supletivo do EM, por não terem completado a idade mínima de 19 anos, estabelecida pela Deliberação SEE o Des. Gonzaga Fransceschini julgou que a idade

estabelecida pela LDB/96 refere ao exame, não existindo exigência de idade mínima para a matrícula e frequência ao curso.

A gratuidade dos exames finais foi questionada pelo MP solicitando que a Fazenda Pública fosse condenada na obrigação de não fazer a cobrança da taxa, contribuição ou pagamento para a inscrição ao exame supletivo sob pena de multa diária, sob a alegação de que a cobrança viola o princípio constitucional da gratuidade do ensino público.

Todas as decisões foram proferidas em votação unânime e concedidas favoravelmente para o ingresso nos cursos de EJA, julgando ilegal a definição da idade pela SEE e considerando descabida a exigência de cobrança de taxa para a realização de exames supletivos. Todavia cabe destacar que as ações que pediam a não cobrança das taxas foram julgadas após o término do ano requerido. Portanto, o descumprimento de um princípio constitucional foi mantido, dado que em primeira instância a decisão foi favorável a cobrança da taxa, pois inicialmente as ações foram consideradas improcedentes.

Crianças e adolescentes com necessidades educacionais especiais

Questionamentos judiciais envolvendo crianças e adolescentes com necessidades educacionais especiais (NEE) foram localizados em 17 decisões do TJ-SP. Essas decisões versam sobre a acessibilidade dessas crianças e adolescentes à escola, com a adaptação do prédio escolar para possibilitar livre acesso dos alunos, transporte escolar e atendimento especializado.

Nota-se que das 17 decisões em dez o MP atuou como apelante da decisão ou como apelado em confronto com a municipalidade ou com a Fazenda Pública estadual, denotando a importância desta instituição na defesa desses direitos.

As decisões sobre esse tema tiveram maior consenso no TJ-SP, pois apenas duas foram aprovadas em maioria, as que solicitavam a remoção de barreiras arquitetônicas nas escolas, no entanto se destacam as divergências entre os juízes de 1ª instância e entre os próprios membros do TJ-SP.

O MP ingressou com várias ações civis públicas no município de Ribeirão Preto solicitando a condenação da Prefeitura Municipal a obrigação de fazer as devidas reformas e adaptações em determinados prédios escolares para pessoas portadoras de deficiência.

Em primeira instância uma ação foi extinta por ilegitimidade ativa do MP. Em recurso o MP sustentou a sua legitimidade para propor a ação, pois o processo visava garantir no âmbito difuso o acesso de qualquer pessoa portadora de deficiência à escola. O TJ-SP acatou

o argumento do MP e a prefeitura municipal condenada ao cumprimento da obrigação no prazo de um ano, sob pena diária, pois deixou de cumprir preceito constitucional.

Em outra ação o juiz em 1ª instância julgou improcedente o pedido por não haver comprovação da necessidade da alteração arquitetônica, dada a inexistência de alunos portadores de deficiência ali matriculados. O recurso do MP foi provido pelo TJ-SP por maioria. O Des. Laerte Sampaio, em declaração de voto vencido, defendeu que a adaptação com a instalação de elevadores, rampas e banheiros implicaria em gastos elevados para a administração municipal, sendo possível mediante divisão por diversos orçamentos anuais.

De certa forma, concorda-se parcialmente com o argumento do Desembargador, pois a adaptação de todos os prédios escolares em um único ano pode comprometer o desenvolvimento de demais políticas educacionais, sendo preciso criar um cronograma e exigir que os novos prédios já sejam construídos para a acessibilidade de todos.

Em outra decisão tanto o TJ-SP como o juiz de 1ª instância determinou que a obra para a adaptação do prédio fosse realizada até o término do segundo ano após o trânsito em julgado desta sentença, o que possibilitaria a adaptação das respectivas despesas no orçamento.

O transporte adaptado a crianças e adolescentes portadores de necessidades especiais foi requerido em duas ações e concedido em ambos para os menores em liminares. Segundo o TJ-SP, o direito líquido e certo está evidenciado no artigo 54, inciso VII, do ECA ao afirmar que é dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente atendimento no EF, através de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.

O atendimento educacional especializado requerido em várias ações teve sua contestação pelos municípios fundamentando-se nos seguintes argumentos: as normas constitucionais que regem a matéria são de eficácia reduzida, impossibilitando a sua aplicação imediata; limitações orçamentárias para o cumprimento da sentença; ingerência do Poder Judiciário na esfera de atuação do Executivo; impossibilidade de multa contra a Fazenda Pública.

Nos municípios que não dispunham de instituição especializada para o atendimento especializado foi requerido o pagamento de bolsa de estudo em instituições privadas, e em todas as decisões do TJ-SP foi concedida às crianças e aos adolescentes a obrigação de fazer do município a manutenção da matrícula em estabelecimentos de EF e EI.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A busca pela proteção de direitos via Judiciário, de acordo com Sousa Santos (1996), é sempre um processo em recurso, pois tentativas informais foram feitas para a resolução do conflito com as próprias instituições encarregadas de garantir o direito, como a procura pelos pais na escola, as intervenções do Conselho Tutelar e do MP com instrumentos extrajudiciais.

Da análise sobre o ano de julgamento dos recursos é possível perceber um crescimento das demandas a partir da aprovação da LDB/96. Os litígios envolvendo a negação do direito à EI são os mais presentes nos julgados do TJ-SP no período de análise, seguido das demandas por acesso ao EF e crianças e adolescentes com necessidades educacionais especiais.

A proporção desigual das ações entre as diferentes etapas e modalidades julgadas pelo Tribunal pode estar relacionada à forma de proteção diferenciada na legislação, mas também ao nível de efetividade e de procura por este atendimento.

A expressiva demanda de ações envolvendo a EI nos últimos anos está relacionada à especificação deste direito na legislação educacional, principalmente na LDB/96, como primeira etapa da educação básica e ao contexto de restrição de recursos a esta etapa de ensino com a Emenda Constitucional nº 14/96 e com a criação do Fundef que subvincularam recursos ao ensino obrigatório, ou seja, ao EF. A inclusão das creches e pré-escolas no Fundeb, que substituiu o anterior, cria uma expectativa de mais recursos para o atendimento de uma demanda em constante crescimento.

Neste sentido de especificação de direitos, a requisição de mecanismos de adaptação nos prédios escolares e transporte que garantissem a acessibilidade e o atendimento especializado às crianças e adolescentes com necessidades educacionais especiais (NEE) também tiveram uma expressiva recorrência no Judiciário paulista e com maior consenso entre os desembargadores, sendo aprovado por maioria dos membros do TJ-SP em apenas duas que requisitavam a adaptação dos prédios escolares.

Ainda sobre as ações que discutiam a obrigatoriedade do atendimento especializado as crianças e adolescentes com NEE destacam-se, entre as argumentações dos municípios para a negativa do pedido, a eficácia reduzida da legislação que rege sobre o assunto, impossibilitando o atendimento imediato.

Nos últimos anos, as requisições individuais ou para um número determinado de vagas consolidou uma jurisprudência favorável dominante no TJ-SP. Contribuindo para isso as decisões do STF, com o reconhecimento da EI como direito fundamental, assegurado nas

normas constitucionais e ordinárias, não sendo sua concretização uma avaliação discricionária da Administração Pública e a não observância do atendimento pelo Poder Executivo enseja sua proteção pelo Poder Judiciário.

Se as demandas judiciais com pedidos individuais são aceitos mais favoravelmente pelo Judiciário destaca-se como relevante a identificação das crianças que necessitam da vaga nas instituições de ensino e a realização de Censo.

Das decisões do TJ-SP sobre processos que requisitaram do Poder Público municipal a instalação de creches e pré-escolas para atendimento das crianças que necessitarem, destaca-se a ação, julgada em 2008, que condenou a municipalidade a incluir verbas necessárias no projeto de lei orçamentária para a sua instalação. Desta forma, o executivo respeitando as determinações da legislação sobre planejamento fiscal, poderá expandir o atendimento, principalmente em creche, que constituiu na principal reivindicação ao TJ-SP.

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

As ações versando sobre o acesso ao EF foram prontamente atendidas em primeira instância e confirmadas pelo TJ-SP, devido à existência de vagas. Já a EI teve seu reconhecimento como direito líquido e certo para as ações que requisitaram vagas individualmente ou para um número definido de crianças.

A partir da análise das decisões destaca-se também o importante papel do MP para o acesso à justiça. Em várias ações questionou-se a legitimidade do MP para propor ações versando sobre interesses difusos e coletivos. As decisões do TJ-SP foram unâneas em afirmar a possibilidade de atuação do MP com base na CF/88 e no ECA.

As discordâncias entre os próprios membros do Tribunal e distintos resultados da 1ª e 2ª instância estão relacionadas às seguintes questões: interferência do Judiciário em atividade administrativa do Poder Executivo; impossibilidade de atender ao pedido devido à criação de despesa ao Poder Executivo; autonomia administrativa e financeira do Executivo. Em suma, sobre a ofensa ao princípio constitucional da separação e independência de poderes.

Os desembargadores favoráveis a interferência do Judiciário afirmam que com relação à educação, o Poder Público não tem discricionariedade, considerando as obrigações impostas

pela norma constitucional e infraconstitucionais. O exercício da discricionariedade seria cumprido na maneira de satisfazer as obrigações.

Do conjunto das decisões analisada pode-se inferir que o Judiciário é mais favorável para analisar ameaça ou lesão a direito, como definido pela própria CF/88, mas pouco afeto a obrigar o poder público na criação de serviços e políticas, considerando a impossibilidade de interferência do Judiciário na condução das políticas públicas e na questão orçamentária.

Sobre o papel do Judiciário e sua relação de independência dos demais poderes destaca-se como relevante a discussão feita por Sousa Santos (2007):

É evidente que o sistema judicial não pode resolver todos os problemas causados pelas múltiplas injustiças. Mas, tem que assumir a sua quota-parte de responsabilidade na resolução. O sistema judicial está, hoje, colocado perante o seguinte dilema. Se não assumir a quota-parte da sua responsabilidade, continuará a ser independente de um ponto de vista corporativo, mas será cada vez mais irrelevante tanto social como politicamente. (SOUSA SANTOS, 2007, p. 34).

Concorda-se com o autor, pois em uma sociedade democrática o Judiciário dever assumir o seu papel de controlar a implementação dos direitos consagrados na legislação, exigindo dos demais poderes a sua realização.

NOTAS

ⁱ Com a Lei 11.114/2005 a idade mínima para ingresso ao EF foi antecipada para 6 anos e a ampliação da duração do atendimento para 9 anos com a Lei nº 11.274/2006.

ⁱⁱ O TJ-SP é considerado o maior Tribunal do país e é o órgão responsável pela revisão das decisões dos juízes estaduais de 1ª instância.

ⁱⁱⁱ Endereços eletrônicos pesquisados: <http://www.biblioteca.tj.sp.gov.br/acervo/principal.nsf>;
<http://cjo.tj.sp.gov.br/esaj/jurisprudencia/consultaCompleta>;
<http://www.abmp.org.br/acervo.php?a=julgados&&j=24&sj=39&tp=5>.

^{iv} Com a EC nº53 de 2006 o atendimento a EI é alterado para até 5 anos, devido à antecipação do ingresso do EF aos 6 anos.

^v Recurso Extraordinário nº 436996, 2005, de Santo André – SP, relator Ministro Celso de Melo.

^{vi} Com a Emenda Constitucional nº 59 de 2009 a obrigatoriedade da educação brasileira passa a ser dos 4 aos 17 anos, ou seja, da pré-escola ao EM, tendo o poder público até 2016 para a sua implantação.

REFERÊNCIAS

ARANTES, R. B. Judiciário: entre a Justiça e a Política. In: AVELAR, L.; CINTRA, A. O. *Sistema político brasileiro: uma introdução*. Rio de Janeiro: Konrad-Adenauer-Stiftung; São Paulo: Editora Unesp, 2007.

BOBBIO, N. *A era dos direitos*. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*, Brasília. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/sf/legislacao/const/>. Acesso em: 14 ago. 2009.

_____. *Lei nº 8.069*, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 16 de julho de 1990.

_____. *Lei nº. 9.394*, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as Diretrizes e Bases da Educação Nacional. Disponível em: < http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/Leis/L9394.htm >. Acesso em: 20 jan. 2009.

CURY, C. R. J. A educação infantil como direito. In: BRASIL, Ministério da Educação. *Subsídios para credenciamento e funcionamento de instituições de educação infantil*. Brasília: MEC, 1998.

DUARTE, C. S. Direito público subjetivo e políticas educacionais. *São Paulo em Perspectiva*. São Paulo, n. 18 (2), p. 113-118. 2004.

_____. Reflexões sobre a Justiciabilidade do Direito à Educação no Brasil In: HADDAD, S.; GRACIANO, M. (Org.) *A educação entre os direitos humanos*. Campinas, SP: Autores Associados; São Paulo, SP: Ação Educativa, 2006.

OBSERVATÓRIO DA EQUIDADE. As desigualdades na escolarização no Brasil. 2008. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/observatoriodaequidade/relatorio2.htm> Acesso em 12 fev. 2010.

OLIVEIRA, R. L. P. de. O direito à educação. In: OLIVEIRA, R. P. de; ADRIÃO, T. (Org.). *Gestão, financiamento e direito à educação: análise da LDB e da Constituição Federal*. 3ª ed. São Paulo: Xamã, 2007.

SIFUENTES, M. *Direito da educação e função dos juízes*. Revista *CEJ*, Brasília, n. 31, p. 5-6, 2005.

SOUSA SANTOS, B. *Para um revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2007.

_____ et al. *Os tribunais nas sociedades contemporâneas: o caso português*. Porto: Edições Afrontamento, 1996.