



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Dos limites do ativismo judiciário na intervenção das políticas públicas na área da educação infantil

Suellen Lisboa Nunes

Rio de Janeiro
2015

SUELLEN LISBOA NUNES

**Dos limites do ativismo judiciário na intervenção das políticas públicas na área da
educação infantil**

Artigo apresentado como exigência de
conclusão de Curso de Pós Graduação
Lato Sensu da Escola de Magistratura do
Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Artur Gomes

Guilherme Sandoval

Mônica Areal

Néli Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rafael Mario Iorio Filho

Rio de Janeiro
2015

DOS LIMITES DO ATIVISMO JUDICIÁRIO NA INTERVENÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NA ÁREA DA EDUCAÇÃO INFANTIL

Suellen Lisboa Nunes

Graduada pela Universidade Tiradentes e advogada pós graduanda na EMERJ.

Resumo: O artigo tem como objetivo uma análise do ativismo judicial na área da educação infantil. Parte-se de um exame do ativismo judicial e seus aspectos mais relevantes. Após uma abordagem sobre a legitimidade do Poder Judiciário em decidir questões sobre políticas públicas, e o confronto entre a reserva do possível e o mínimo existencial. Por fim uma análise específica como é realizado e o cabimento do ativismo judicial na área da educação infantil. Toda essa análise é feita com o auxílio da doutrina e análise jurisprudencial.

Palavras-Chave: Direito Constitucional Ativismo Judicial Políticas Públicas Educação Infantil.

Sumário: Introdução. 1. Do ativismo judicial. 2. Da colisão entre o mínimo existencial e a reserva do possível. 3. Constitucionalidade da implementação das políticas públicas na área da educação infantil. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo análise da atuação do Poder Judiciário para a implementação das políticas públicas na área da educação.

O ativismo judicial tem-se mostrado mais frequente nos últimos tempos. A deficiência na concretização das políticas públicas governamentais faz com que os prejudicados pela atuação ineficiente do Estado procurem o Poder Judiciário para que as políticas públicas sejam implementadas e assim garantidos seus direitos estabelecidos na Constituição Federal.

Dessa atuação jurisdicional surge a controvérsia quanto à constitucionalidade da concretização das políticas públicas na área da educação para resolver os problemas sociais isoladamente.

É necessária a análise da concretização pelo Judiciário das políticas públicas. Pois tais decisões devem observar o princípio da separação dos poderes para que essa atuação não

exceda as competências estabelecidas pela Constituição, como também não fira a autonomia na elaboração das políticas públicas na área da educação.

A implementação das políticas públicas objetiva a concretude do mínimo existencial, mas essa concretização pode interferir na reserva do possível. Dessa forma, é imperiosa a observação dessa possível colisão no deferimento das decisões que determina a realização das políticas públicas e a impossibilidade financeira para concretizar todos os problemas sociais.

A colisão entre o mínimo existencial e a reserva do possível pode servir de ferramenta em conjunto com a Constituição Federal para chegar a um limite na atuação do Judiciário na realização das políticas públicas.

E com base elementos acima mencionados verificar se atuação do Judiciário na implementação das políticas públicas na área da educação infantil se mostra constitucional e obedece ao princípio da separação dos poderes.

Para atingir o objetivo mencionado será utilizada a metodologia do tipo bibliográfica e jurisprudencial, parcialmente exploratória e qualitativa.

1 ATIVISMO JUDICIAL.

Com a evolução do Estado que passou de liberal e de não intervencionista a ser prestacional com a concretização de políticas públicas. Essas mudanças ocasionaram uma nova forma de atuação dos Poderes Estatais.

Em um primeiro momento o Estado era liberal e tinha como objetivo a abstenção, ou seja, garantia os direitos de liberdade e políticos para seus cidadãos. Dessa forma, os Poderes Legislativo e Executivo atuavam de forma a se abster e preservar a liberdade dos indivíduos e o Judiciário tinha como objetivo a proteção da liberdade dos indivíduos garantindo a não intervenção dos demais poderes na liberdade.

Em um segundo momento, com a evolução da sociedade e a mudança das necessidades da sociedade, o Estado assume uma atuação ativa, de concretização dos direitos sociais como educação, moradia, saúde, segurança dentre outros. Nesse instante, para a prestação desses direitos os Poderes do Estado passaram a atuar de forma diferente. Os Poderes Legislativos e Executivos objetivam a implementação desses direitos com as políticas públicas e programas de governo. O Poder Judiciário também evoluiu na sua forma de atuação, deixando de apenas tutelar as liberdades para implementar as políticas públicas dispostas na Constituição Federal que não foram implementadas pelos demais Poderes.

Entende-se por políticas públicas realizações de planos governamentais que estejam diretamente ligados aos fins do Estado. Em tese essas concretizações estão diretamente relacionadas aos Poderes Executivo e Legislativo. Tais fins são estabelecidos na Constituição Federal e todos os Poderes têm que fomentar a sua concretização.

Partindo dessa premissa, há uma releitura do princípio da separação dos poderes, art. 2º da CRFB, em que é de atribuição de todos os Poderes a concretização dos fins do Estado. Tendo o Judiciário um novo campo de atuação que é a assunção dos valores sociais em conjunto com as suas funções já determinadas como a limitação dos poderes e a resolução dos conflitos.

Essa nova atuação judicial decorreu de uma crescente crise de representação em que o Poder Legislativo se mostra deficitário na sua função legislativa. Em contrapartida, há uma crescente interferência do Executivo com a criação de atos administrativos em geral, que contudo não se mostram satisfatórios. O que ocasiona uma falta de representatividade, ou seja, que os reclames da sociedade de implementação dos direitos sociais não estão sendo efetivamente realizados, o que leva a sociedade a procurar outras formas de implementá-los.

Diante dessas novas necessidades de representação social o Judiciário tem ampliando sua atuação o que vem sendo demonstrado no ativismo judicial. Esse ativismo se caracteriza

como sendo a “intervenção do Judiciário em áreas típicas de gestão administrativa, em virtude da reconhecida ineficiência da Administração¹”.

A atuação se dá como uma forma de realização dos fins constitucionais. Segundo Barroso² faz uma interessante diferenciação entre judicialização e ativismos que esclarece a judicialização:

[...] uma norma constitucional nela se deduz a pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo é uma atitude, a escolha de modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo seu alcance. [...]

Nesse sentido, continua Barroso³ estabelecendo critérios para a atuação proativa dos fins constitucionais do Judiciário que são:

[...] (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição Federal; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Dessa forma, o ativismo judicial se justifica pela concretização dos fins constitucionais consagrando os direitos fundamentais e a implementação dos objetivos da República Federativa do Brasil estabelecidos no art. 3º da CRFB.

Reforçando a tese da necessidade do ativismo judicial a autora Ada Pellegrine citando decisão do Ministro Celso de Mello⁴:

[...] embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem encargos políticos-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estrutura constitucional, ainda que derivados de estrutura programática. [...].

Como pode observar, o objetivo do ativismo judicial é assegurar os fins estabelecidos na Constituição Federal. Tais fins objetivam assegurar condições mínimas de existência, ou seja, assegura a dignidade da pessoa humana. E quando o Poder Executivo e Legislativo é omissos na consecução da dignidade mínima é imperiosa a atuação do Judiciário.

¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos, *Manual de Direito Administrativo*, ver., ampli. e atual.. Rio de Janeiro: Atlas, 2014, p. 54.

² BARROSO, Luís Roberto, *Judicialização, Ativismo Judicial E Legitimidade Democrática*. Disponível em : <www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf> Acesso em: 06 out. 2014.

³ Ibidem

⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle judicial de políticas públicas. In *O controle judicial de políticas públicas*. Forense, 2. ed., Rio de Janeiro: 2013, p. 131.

Dentre esses fins estão às políticas públicas na área da educação infantil, tema do presente trabalho, mas antes é necessário analisar alguns requisitos que alguns doutrinadores impõem para que o Judiciário implementem as políticas públicas em caso de omissão dos demais poderes.

A primeira análise de alguns requisitos segundo o entendimento de Dirley de Cunha Júnior⁵ que estabelece que todos os direitos fundamentais têm aplicação imediata, art. 5º,§ 1º da CRFB, portanto o Judiciário poderia implementar qualquer direito sem a necessidade de aprovação do Executivo e Legislativo.

Já Ada Pellegrini⁶ em uma interpretação de decisões do STF entende que este estabeleceu requisitos para que haja ética do Judiciário na implementação das políticas públicas, que são:

[...] (1) o limite fixado pelo mínimo existencial a ser garantido ao cidadão; (2) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público; (3) existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações dele reclamadas.

Consagrando o mínimo existencial Kazuo Watanabe⁷ defende que os direitos sociais básicos para assegurar a dignidade da pessoa humana devem ser implementados pelo Judiciário, como também os que embora não pertencente ao núcleo básico estejam predeterminados de forma completa na Constituição. A concretização desses direitos judicialmente é sem a observância das políticas públicas específicas estabelecidas pelo Legislativo e Executivo.

Dessa forma, o ativismo judicial é a concretização pelo Poder Judiciário de políticas públicas, ou seja, fins buscados pelo Estado, que não concretizados pelo Legislativo e Executivo, essa omissão fere a dignidade da pessoa humana.

⁵ CUNHA JUNIOR, apud WATANABE, Kazuo. Controle Jurisdicional das Políticas Públicas – “Mínimo Existencial” e Demais Direitos Fundamentais Imediatamente Judicializáveis. In GRINOVER, Ada Pellegrini. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro. 2 ed. Forense. 2013 p.216-217.

⁶ GRINOVER, op. cit., p. 132.

⁷ WATANABE, Kazuo. Controle Jurisdicional das Políticas Públicas – “Mínimo Existencial” e Demais Direitos Fundamentais Imediatamente Judicializáveis. In GRINOVER, Ada Pellegrini. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p.224.

Para que essa atuação do Judiciário não ocorra de forma arbitrária é necessário parâmetros de atuação e pode-se destacar o mínimo existencial e a reserva do possível. Portanto, para uma melhor compreensão do tema é necessária uma análise dos institutos do mínimo existencial e da reserva do possível, que será objeto do próximo tópico.

2- LEGITIMIDADE, RESERVA DO POSSÍVEL E MÍNIMO EXISTENCIAL.

O ativismo é decorrência da falta de representação da população com os eleitos para a implementação dos direitos constitucionalmente disciplinados. Há discussão se o Poder Judiciário teria legitimidade para concretizar os direitos estabelecidos constitucionalmente, pois não são eleitos pelo voto popular.

Segundo Barroso⁸, são dois os fundamentos que embasam a atuação do Poder Judiciário no ativismo judicial: que essa legitimação vem da Constituição Federal, que atribui poder político ao Judiciário com atuação técnica e imparcial, e ao aplicar a lei e a Constituição concretiza as decisões tomadas pelos representantes do povo; que seria um poder contramajoritário, que consiste em assegurar a proteção dos direitos e garantias fundamentais das minorias.

Dessa forma, o Poder Judiciário tem legitimidade para a concretização das diretrizes constitucionais, uma vez que é poder político estabelecido pela Constituição Federal, e também para garantir os direitos constitucionais sejam implementados efetivando os ditames constitucionais, nesse sentido STF⁹.

[...] É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (José Carlos Vieira de Andrade, “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, p. 207, item n. 05,

⁸ BARROSO, op. cit., p. 11

⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADPF nº 45, Relatoria: Ministro Celso de Mello. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm> >, Acesso em: 10 jan. 2015.

1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. [...]

Com o debate crescente do ativismo judicial surgem teses e, dentre elas, está a reserva do possível e o mínimo existencial.

A reserva do possível é utilizada como argumento do Estado para não concretizar as políticas públicas, está intimamente relacionada com a disponibilidade de recursos financeiros. Ou seja, é a impossibilidade da concretização dos direitos fundamentais em decorrência da escassez de recursos financeiros.

O orçamento é forma de organização do Estado e deve nortear a sua atuação, ou seja, deve trazer o método adequado para a arrecadação dos recursos financeiros e sua correta distribuição. O Estado social deve ser baseado no orçamento programa que deve visar a concretização dos direitos fundamentais.

O Estado alega a falta de recursos financeiros para não implementar as políticas públicas. Contudo, não basta apenas alegar, tem que comprovar a falta de recursos financeiros.

Dessa forma, o Judiciário poderá condenar o Estado a obrigação de aplicar as verbas para o adimplemento dos direitos fundamentais, quando não comprovada a falta dos recursos financeiros, ou condenar a incluir no orçamento a verba necessária para a concretizar a política pública quando ficar comprovada a impossibilidade de recursos, nesse sentido STF¹⁰

[...]. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder

¹⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADPF nº 45, Relatoria: Ministro Celso de Mello. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm> >, Acesso em: 10 jan. 2015

resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. [...].

Pelo exposto, a reserva do possível é um argumento comumente usado pela Administração para não efetivar os direitos fundamentais. Tal alegação tem que ser demonstrada concretamente. Não poderá usar como forma apenas de afastar a concretização das políticas públicas, de exonerar-se, pois tal conduta do administrador poderá ferir a dignidade da pessoa humana, já que não implementado seus direitos mínimos.

O mínimo existencial está intimamente relacionado com o princípio da dignidade da pessoa humana disciplinado no art. 1º, III, da CRFB. Apesar da indeterminação desse princípio, o mínimo existencial traz a ideia de elementos básicos para a ocorrência de uma vida digna. Nesse sentido, Kazuo Watanabe¹¹ conceitua o mínimo existencial como:

[...] ‘um conteúdo básico, sem o qual se poderá afirmar que o princípio foi violado e que assume caráter de regra e não mais de princípio. Esse núcleo, no tocante aos elementos materiais da dignidade, é composto pelo mínimo existencial, que consiste em um conjunto de prestações materiais mínimas sem as quais se poderá afirmar que o indivíduo se encontra em situação de indignidade’, vale dizer, somente ‘as prestações que compõem o mínimo existencial poderão ser exigidas judicialmente de forma direta, ao passo que ao restante dos efeitos pretendidos pelo princípio da dignidade da pessoa humana são reconhecidas apenas na modalidade de eficácia negativa, interpretativa e vedativa do retrocesso, como preservação do pluralismo e do debate democrático’.

Nesse contexto, o mínimo existencial compõe o núcleo básico de direitos fundamentais a ser atendido pelo Estado. Esse núcleo básico de direitos fundamentais devem ser implementados independente da análise da cláusula da reserva do possível e a concordância dos Poderes Executivo e Legislativo.

A importância da concretização desses direitos pelo Judiciário é em razão de que a sua não observância caracteriza que a pessoa que não tem concretizado esse direito mínimo se encontra em estado de indignidade, o que é inaceitável em um Estado Democrático de Direito em que a dignidade da pessoa humana é um dos seus fundamentos.

¹¹WATANABE, Kazuo. Controle Jurisdicional das Políticas Públicas – “*Mínimo Existencial*” e Demais Direitos Fundamentais Imediatamente Judicializáveis. In GRINOVER, Ada Pellegrini. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p 217.

Há direitos sociais que não estão dentro da esfera do mínimo existencial, mas que possuem densidade suficiente disciplinada na Constituição que merece também ser efetivados. Esses direitos de carga densa estão relacionados com a forma em que está disciplinado na Constituição, que podem ser realizados independentes de regulamentação legislativa.

Esses direitos sociais podem ser ponderados com a cláusula da reserva do possível, mas não quer dizer que esses direitos sejam indeferidos quando comprovado a insuficiência de recursos.

O Judiciário na análise do direito social de carga suficiente e a reserva do possível, comprovada concretamente a insuficiência de recursos, deve determinar que seja incluída no orçamento a verba necessária para a efetivação do direito e aplicar a verba para o adimplemento da obrigação. Essa tese de ponderação que mais se compatibiliza pelo princípio da razoabilidade e da proporcionalidade em decorrência da comprovada falta de dinheiro e a impossibilidade financeira de se efetivar todos os direitos no atual cenário brasileiro.

Outra espécie dos direitos estabelecidos na Constituição são aqueles de cunho programático, segundo Kazuo Watanabe¹² “não desfrutam da tutelabilidade jurisdicional sem a prévia ponderação do Legislativo ou do Executivo, por meio de definição política específica. Em relação a eles deve ser resguardado o debate democrático e preservado o pluralismo político, no âmbito do Legislativo e do Executivo”. Ou seja, os direitos programáticos estabelecidos na Constituição necessitam da deliberação política para serem efetivados, respeitando assim o princípio democrático.

Para uma análise da jurisdicionalidade dos direitos fundamentais aqueles que integram o mínimo existencial e os de densidade suficiente que podem ser efetivados por decisão judicial. O primeiro não precisa da análise da reserva do possível, pois é inerente à dignidade da pessoa humana não podendo ser desrespeitados. Já os segundos podem ser analisada a

¹² WATANABE, op. cit. p. 223.

reserva do possível em sua efetivação, se não houver recursos disponíveis que o valor da obrigação seja incluído no orçamento. Por último temos os direitos programáticos que a sua jurisdicionalidade depende de prévia deliberação política, pois decorrem muitas vezes da progressiva execução e concretização das políticas públicas.

3- O ATIVISMO JUDICIAL NA EDUCAÇÃO INFANTIL.

Como o surgimento do Estado Democrático de Direito a função do Estado é satisfazer o bem comum e garantir os direitos fundamentais para possibilitar uma igualdade entre seus cidadãos, para isso necessita de um agir do estatal.

O direito a educação infantil elencado no art. 205¹³ da CRFB estabelece que “a educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.”.

Como também disciplina o art. 208, IV da CRFB¹⁴ estabelece que o dever do Estado com a educação será garantido com a oferta da educação infantil, em creche e pré- escola, às crianças de até 5 anos de idade. Assim como o art. 227 caput da CRFB também protege o direito à educação da criança.

Como se percebe pelo texto constitucional o direito à educação infantil faz parte dos direitos fundamentais de segunda geração em que o Estado pela tem o dever de efetivar. A concretização desses direitos é com a execução de políticas públicas, pois tais direitos necessitam de ações afirmativas estatais.

¹³BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil Disponível em:<
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 12 jan. 2015.

¹⁴ Ibid.

A inércia do Estado em cumprir as diretrizes constitucionais configura-se como omissão inconstitucional, já que em decorrência de sua omissão os direitos consagrados na Constituição Federal não poderão ser exercitados.

Diante da omissão surge à possibilidade da busca de sua implementação através da busca por uma tutela jurisdicional. Dentre outros argumentos contrário a essa tutela jurisdicional dos direitos fundamentais afirmaram que tal tutela feriria a separação dos poderes.

Tal tese deve ser rechaçada, o poder é uno, o que se divide são as funções, todos os Poderes do Estado estão para concretizar as normas estabelecidas pela Constituição Federal. Só haveria violação à separação de poderes se houvesse interferência a função específica delimitada na Constituição àquele Poder.

A atuação do Judiciário na tutela de direitos fundamentais, mais especificamente na educação infantil, não fere a separação dos poderes, uma vez que estará implementando os ditames constitucionais, consagrando e protegendo os fins do Estado.

Outro argumento é a reserva do possível, que a escassez dos recursos financeiros impossibilitaria a criação de creches e pré-escolas. Contudo, tal tese não merece ser acolhida em face do direito fundamental que se objetiva proteger.

O direito a educação infantil visa o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação¹⁵. Nesse sentido o RE 4369996/SP.

[...] põe em destaque a imprescindibilidade de sua implementação, em ordem a promover o bem-estar social e a melhoria da qualidade de vida de todos, notadamente das classes menos favorecidas, assinalando, com particular ênfase, a propósito de obstáculos governamentais que possam ser eventualmente opostos ao adimplemento dessa obrigação constitucional, que "o Estado não pode se furtar de tal dever sob alegação de inviabilidade econômica ou de falta de normas de regulamentação [...].

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, RE n 4369996. Relator Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo407.htm#transcricao1>>. Acesso em 10 jan 2015.

Esse direito está elencado dentre os direitos inerentes à pessoa em desenvolvimento, o art. 4º do ECA garante a primazia no atendimento nos direitos inerentes a educação da criança. O que não pode deixar de ser observado sobre a alegação da reserva do possível.

Diante desses elementos, o direito a educação infantil está elencado dentre os direitos mínimos que devem ser efetivados. Fazem parte do núcleo essencial que compõe a dignidade da pessoa humana devendo todos os Poderes do Estado instituí-lo.

Não pode o direito a educação infantil ficar a mercê da avaliação de discricionariedade da Administração Pública na sua implementação. A Constituição Federal estabelece as políticas relacionadas à educação infantil não deixando margem para a avaliação da conveniência e oportunidade do administrador para realizá-las.

O Judiciário não pode se abster da análise da questão da implementação da educação infantil quando provocado porque tal direito compõe o mínimo existencial, necessita de uma atuação estatal e a inércia do Estado compromete a integridade e eficácia da Constituição. Nesse sentido o RE 4369996/SP¹⁶.

[...] Salientei, então, em tal decisão, que o Supremo Tribunal Federal, considerada a dimensão política da jurisdição constitucional outorgada a esta Corte, não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais, que se identificam - enquanto direitos de segunda geração (como o direito à educação, p. ex.) - com as liberdades positivas, reais ou concretas [...]

A atuação do Judiciário é para consagrar e efetivar os ditames constitucionais. Na tutela do direito a educação infantil não atua criando políticas públicas, que seria função dos demais Poderes, mas implementa políticas públicas instituídas pela própria Constituição Federal como estabelece o art. 208, IV da CRFB, impõe ao Estado a criação de creche e pré-escolas, não havendo ingerência em mérito administrativo.

O atuar do Judiciário não é elaborando políticas públicas, seu atuar é na consecução dos fins constitucionais, ou seja, atua para concretizar as normas e os direitos dispostos na Constituição. Portanto, não adentra nas atribuições dos outros Poderes, mas sim executa o que

¹⁶ Ibid.

determinado para sua competência à guarda da Constituição Federal, e dentre desses deveres a garantia de que os direitos fundamentais sejam efetivados, não ferindo o princípio da Separação dos Poderes.

Diante de todo o exposto, o direito à educação infantil deve ser materializado ainda que por decisão judicial. Esse direito está inserido no núcleo básico que garante o mínimo de direitos a ser prestados para uma vida digna.

CONCLUSÃO

O ativismo judicial é um fenômeno que cresce, pois há uma crise de representação, uma vez que o povo não vê seus anseios defendidos pelos eleitos para tal obrigação. Dessa forma, cresce o número de ações em que objetiva a efetivação de políticas públicas que objetiva as consecuições dos direitos sociais.

O Poder Judiciário não pode se esquivar de seu papel constitucional de proteção da Constituição da República Federativa. E uma forma de proteger as normas estabelecidas na Constituição é assegurar a implementação dos direitos nela consagrados.

O direito à educação infantil é um direito fundamental, ligado à dignidade da pessoa humana. É um direito prestacional que necessita da atuação em regra do Poder Legislativo e Executivo. Contudo, a inércia desses poderes não pode prejudicar a efetivação desse direito, sendo necessária a atuação do Judiciário para suprir essa omissão.

Portanto, o ativismo judicial na área da educação infantil não se caracteriza por interferência entre os poderes. A atuação é legítima, quando provocado, do Judiciário na realização dos direitos estabelecidos na Constituição, porque a separação objetiva a limitação

e o controle de poderes entre os Poderes, e a atuação do Judiciário em sede de políticas públicas objetiva a correção da omissão estatal, não interferindo um Poder no outro.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto, *Judicialização, Ativismo Judicial E Legitimidade Democrática*. Disponível em : <www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf> Acesso em: 06 out. 2014.

BARROSO, Luis Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Entre o Guardião de Promessas e o Superego da Sociedade: Limites e Possibilidades da jurisdição constitucional no Brasil. In: XIMENES, Julia Maurmann (org.). *Judicialização da Política e Democracia*. Brasília: IDP, 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos, *Manual de Direito Administrativo*, ver., ampli. e atual.. Atlas. Rio de Janeiro, 2014, p. 54.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 12 jan. 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle judicial de políticas públicas. In. *O controle judicial de políticas públicas*. 2. ed, Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 131.

_____. Lei n.8.069 de 13 de julho de 1990. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em 10 jan 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; Paulo Gustavo Gonet Branco. *Curso de direito constitucional*, Saraiva, 8. ed. 2013.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo. Atlas. 2012.

MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*, São Paulo: Dialética, 1999.

MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de direito constitucional*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal, ADPF nº 45, Relatoria: Ministro Celso de Mello. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm> >, Acesso em: 30 mar. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal, RE n 4369996. Relator Ministro Celso de Mello. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo407.htm#transcricao1>>. Acesso em 30 mar. 2015.

VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

WATANABE, Kazuo. Controle Jurisdicional das Políticas Públicas – “*Mínimo Existencial*” e Demais Direitos Fundamentais Imediatamente Judicializáveis. In GRINOVER, Ada Pellegrini. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2 ed. Forense. Rio de Janeiro.