



UNIALFA – CENTRO UNIVERSITÁRIO ALVES FARIA  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU*  
MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO CONSTITUCIONAL ECONÔMICO

RAQUEL DE PAULA MENDONÇA

A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS VOLTADAS À EDUCAÇÃO  
BÁSICA NO ESTADO DE GOIÁS CONFORME PREVISÃO DA LEI COMPLEMENTAR  
Nº 26/98 E SEUS PRINCIPAIS EFEITOS À LUZ DO DIREITO CONSTITUCIONAL  
ECONÔMICO

GOIÂNIA  
2021

RAQUEL DE PAULA MENDONCA

A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS VOLTADAS À EDUCAÇÃO  
BÁSICA NO ESTADO DE GOIÁS CONFORME PREVISÃO DA LEI COMPLEMENTAR  
Nº 26/98 E SEUS PRINCIPAIS EFEITOS À LUZ DO DIREITO CONSTITUCIONAL  
ECONÔMICO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Centro  
Universitário Alves Faria - UNIALFA como pré-requisito  
para a obtenção do título de MESTRE em Direito  
Constitucional Econômico, sob a orientação do professor  
doutor Bruno César Lorencini.

GOIÂNIA  
2021

Catálogo na fonte: Biblioteca UNIALFA

M539j

Mendonça, Raquel de Paula

A judicialização das políticas públicas voltadas à educação básica no estado de Goiás conforme previsão da lei complementar nº 26/98 e seus principais efeitos à luz do direito constitucional econômico / Raquel de Paula Mendonça. – 2021.

93 f. : il.

Orientador: Prof. Dr. Bruno César Lorencini.

Dissertação (mestrado) – Centro Universitário Alves Faria (UNIALFA) - Mestrado em Direito – Goiânia, 2021.

1. Educação básica. 2. Judicialização. 3. Fórmula de hand. I. Mendonça, Raquel de Paula. II. UNIALFA – Centro Universitário Alves Faria. III. Título.

**CDU: 330.341:32+37.011.3**

RAQUEL DE PAULA MENDONÇA

A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS VOLTADAS À EDUCAÇÃO  
BÁSICA NO ESTADO DE GOIÁS CONFORME PREVISÃO DA LEI COMPLEMENTAR  
Nº 26/98 E SEUS PRINCIPAIS EFEITOS À LUZ DO DIREITO CONSTITUCIONAL  
ECONÔMICO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Centro  
Universitário Alves Faria - UNIALFA como pré-requisito  
para a obtenção do título de MESTRE em Direito  
Constitucional Econômico, sob a orientação do professor  
doutor Bruno César Lorencini.

Aprovada em: 26/02/2021

---

Prof. Dr. Bruno César Lorencini (Orientador)  
UNIALFA – Centro Universitário Alves Faria

---

Prof. Dr. Arnaldo Bastos Santos Neto (membro interno)  
UNIALFA – Centro Universitário Alves Faria

---

Prof. Dr. Wagner Wilson Deiro Gundim (membro externo)  
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP

Dedico este trabalho a Deus, meu pai, amado Senhor e Salvador. A quem devo tudo o que tenho, o que sou, e o que vier a ser. Verdadeira fonte de conhecimento, vida e esperança. A quem rendo graças por me permitir chegar até aqui. Toda Glória seja dada a Deus!

## AGRADECIMENTOS

*À minha amada e querida mãe por todo amor, exemplo de força, dedicação, incentivo e paciência ao longo de tantos anos de estudos, por estar sempre disposta a me auxiliar e a lutar comigo na construção dos meus sonhos e pelo apoio incondicional em todos os momentos.*

*Ao querido Wesley, meu amor, por tantas demonstrações de carinho e compreensão ao longo desta jornada, por ter se envolvido de todas as formas para que eu pudesse iniciar e chegar à conclusão, saiba que o seu apoio foi fundamental!*

*Ao incrível professor Bruno Lorencini, meu orientador, professor brilhante, dedicado, responsável por me conduzir neste trabalho e me iluminar em vários momentos de dúvidas.*

*Aos queridos professores Arnaldo Bastos Santos Neto e Henrique Garbellini Carnio que, na minha opinião, foram os responsáveis pelas melhores aulas ministradas no programa. Donos de um vasto conhecimento e amor pelo que fazem. Vocês são admiráveis, uma verdadeira inspiração para mim.*

*Às queridas amigas conquistadas neste período, Andrya Ferreira, Fabíola Rímole e Thais Assunção que, com certeza aplanaram o caminho percorrido até aqui. Pelo companheirismo, apoio e sincera amizade. Aproveito para estender o meu agradecimento a todos os demais colegas da turma 2019.1, que, sem dúvida contribuíram muito para o meu crescimento, além de tornarem as aulas momentos únicos de prazer e alegria.*

*À querida professora e Amiga Isivone Pereira Chaves, por ter sido a primeira pessoa a me incentivar a ingressar neste programa, pela parceria profissional, pelos anos que foi minha professora na graduação, por sempre acreditar e confiar em mim e por ser tão generosa e amável.*

*Ao meu irmão Ricardo e minha cunhada Geise por terem tornando os últimos anos mais leves e alegres com a presença de suas lindas filhas.*

*Às minhas lindas sobrinhas, Manuella e Isabella, por compartilharem tanto amor.*

*À Benedita, minha querida sogra que sempre me amparou com suas orações.*

*À querida Nilce Bastos, minha professora do ensino fundamental que me acompanha até hoje com sua torcida e apoio incondicional, em quem também me inspiro no desempenho da docência. Estendo minha gratidão a todos os mestres que me ensinaram com muito amor, paciência e tornaram a vida escolar prazerosa e feliz. Também faço menção ao amigo Marcelo Bastos (in memoriam) filho da professora Nilce.*

*Ao amigo Renato Dering, incentivador, sempre disposto a ajudar, fonte de pesquisa por seu vasto conhecimento, companheiro da vida acadêmica e de docência.*

*Ao querido professor Joveny Cândido de Oliveira, reitor do UNIGOIÁS, instituição que me acolheu na graduação e até hoje me recebe, agora, como parte do seu corpo docente, por sua força, e maestra condução, que do alto dos seus mais de 80 anos é um lindo exemplo de dedicação à docência, detentor de um conhecimento e experiência inefáveis. Minha admiração.*

*A tantos e queridos amigos, familiares e alunos que não conseguirei aqui nominar, mas, que sempre estiveram ao meu lado, incentivando, auxiliando, compreendendo as ausências em momentos importantes... MUITO OBRIGADA!*

## RESUMO

O presente trabalho analisa a relação entre a omissão estatal e o fenômeno da Judicialização das Políticas Públicas Educacionais no Estado de Goiás. A partir de uma abordagem institucional dos direitos fundamentais sociais, especificamente voltada ao direito à educação básica no estado de Goiás e sua efetivação, investiga qual tem sido a postura do Poder Judiciário do Estado quando provocado a decidir sobre pedidos oriundos de omissões inconstitucionais. Com base no estudo de seus precedentes judiciais, defende que o Poder Judiciário tem realizado substanciais mudanças por meio de suas recentes decisões, na medida em que ele se reconhece como órgão legítimo para avançar sobre o sistema político quando este negligencia o seu dever de legislar. Neste contexto, foi essencial realizar uma abordagem sobre os efeitos econômicos gerados a partir destas reiteradas decisões judiciais, na busca pela efetivação do direito à educação, à Luz do Direito Constitucional Econômico sob a perspectiva da Análise Econômica do Direito e Teoria dos Custos do Direito. Por fim, apresenta-se a fórmula de Hand como uma possibilidade de intervenção para a resolução da questão central da pesquisa. Tal abordagem vem ao encontro do que se projeta na linha de pesquisa “Desenvolvimento Econômico e Princípios Constitucionais da Ordem Econômica”, nos termos em que o acesso à educação está sendo pautado como instrumento eficaz para a redução das desigualdades regionais e sociais, bem como é essencial para o sucesso na busca do pleno emprego. Ambos os princípios estão ancorados no Título VII, Da Ordem Econômica e Financeira, no artigo 170, incisos VII e VIII, da Constituição Federal. Contudo, Restou concluído acerca da Judicialização das políticas públicas voltadas à educação no Estado de Goiás que, na grande maioria das vezes, o Poder Judiciário ao adotar uma postura bastante proativa, contribui efetivamente para o cumprimento de maneira adequada as políticas que já foram criadas e, também para o estabelecimento de um mínimo existencial, algo naturalmente previsto na Carta Maior como de sua competência. Por sua vez, do outro lado, o Poder Executivo competente não pode se olvidar de que as consequências econômicas chegarão e deixarão evidente a necessidade de criar um estaque, seja atuando preventivamente ao designar verba suficiente no orçamento, como na teoria da prevenção de Hand ou até mesmo desenvolvendo um mecanismo administrativo para tratar as demandas oriundas dessa omissão e, assim, conter a Judicialização desta política pública.

**Palavras-chave:** Educação básica, judicialização, fórmula de hand, ordem econômica, mínimo existencial.



## ABSTRACT

This paper analyzes the relationship between state omission and the phenomenon of Judicialization of Public Educational Policies in the State of Goiás. Based on an institutional approach to fundamental social rights, specifically focused on the right to basic education in the state of Goiás and its effectiveness, investigates what has been the position of the State Judiciary when provoked to decide on requests arising from unconstitutional omissions. Based on the study of its judicial precedents, it argues that the Judiciary has made substantial changes through its recent decisions, insofar as it recognizes itself as a legitimate organ for advancing the political system when it neglects its duty to legislate. In this context, it was essential to carry out an approach on the economic effects generated from these repeated judicial decisions, in the search for the realization of the right to education, in the light of the Constitutional Economic Law from the perspective of the Economic Analysis of the Law and Theory of the Costs of Law. Finally, Hand's formula is presented as a possibility of intervention to solve the central question of the research. Such an approach is in line with what is projected in the line of research "Economic Development and Constitutional Principles of the Economic Order", in the terms in which access to education is being guided as an effective instrument for the reduction of regional and social inequalities, as well as it is essential for success in the pursuit of full employment. Both principles are anchored in Title VII, Of the Economic and Financial Order, in article 170, items VII and VIII, of the Federal Constitution. Yet. It remains concluded about the Judicialization of public policies aimed at education in the State of Goiás that, in the vast majority of times, the Judiciary when adopting a very proactive stance, effectively contributes to the proper compliance with the policies that have already been created, and also for the establishment of an existential minimum, something naturally foreseen in the Carta Maior as of its competence. On the other hand, on the other hand, the competent Executive Branch cannot forget that the economic consequences will arrive and make evident the need to create a watertight, either acting preventively when allocating sufficient budget funds, as in Hand's theory of prevention or even developing an administrative mechanism to deal with the demands arising from this omission and, thus, contain the Judicialization of this public policy.

**Keywords:** Basic education, judicialization, hand formula, economic order, existential minimum.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>8</b>
<b>1. O DIREITO SOCIAL FUNDAMENTAL A EDUCAÇÃO, PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ORDEM ECONÔMICA E AS POLÍTICAS PÚBLICAS EDUCACIONAIS NO ESTADO DE GOIÁS - LEI COMPLEMENTAR 26/98</b> .....	<b>11</b>
<b>1.1 Direitos Fundamentais Sociais no Estado Constitucional Brasileiro</b> .....	<b>11</b>
<b>1.2 Políticas Públicas em sede de Direito Social à Educação como instrumento para a redução das desigualdades regionais e sociais</b> .....	<b>15</b>
<b>1.3 Princípio da Dignidade da pessoa humana, Reserva do Possível e Mínimo Existencial</b> .....	<b>18</b>
<i>1.3.1 Dignidade da Pessoa Humana</i> .....	<i>18</i>
<i>1.3.2 Reserva do possível</i> .....	<i>21</i>
<i>1.3.3 Mínimo Existencial e Mínimo Ético Existencial</i> .....	<i>26</i>
<b>1.4 Princípios do Welfare State</b> .....	<b>30</b>
<b>1.5 Políticas Públicas Educacionais No Estado De Goiás - Lei Complementar 26/98</b> .....	<b>32</b>
<b>2 JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS</b> .....	<b>37</b>
<b>2.1 Omissão estatal como propulsora de demandas no Poder Judiciário</b> .....	<b>38</b>
<b>2.2 O controle judicial das políticas públicas</b> .....	<b>43</b>
<i>2.2.1 Critérios para o Controle Judicial de Políticas Públicas</i> .....	<i>46</i>
<i>2.2.2 O posicionamento dos tribunais brasileiros</i> .....	<i>48</i>
<b>2.3 A contribuição do Poder Judiciário goiano na efetivação do Direito social à educação</b> .....	<b>50</b>
<b>2.4 Análise de Precedentes e da Súmula 39 do TJGO</b> .....	<b>53</b>
<b>3 OS EFEITOS DAS DESCISÕES DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE GOIÁS À LUZ DO DIREITO CONSTITUCIONAL ECONÔMICO</b> .....	<b>63</b>
<b>3.1 Teoria dos Custos dos Direitos e a Análise Econômica do Direito</b> .....	<b>63</b>
<b>3.2 Análise Econômica do cumprimento das decisões</b> .....	<b>66</b>
<b>3.3 Custo Social da implementação do número de vagas adequado</b> .....	<b>70</b>
<b>3.4 Custo da Prevenção (baseado no cálculo de Hand)</b> .....	<b>73</b>
<i>3.4.1 Falhas de Mercado, Falhas de Governo</i> .....	<i>73</i>
<i>3.4.2 As Externalidades Negativas</i> .....	<i>75</i>
<i>3.4.3 Responsabilidade Civil do Estado baseado no cálculo de Hand</i> .....	<i>77</i>
<b>CONCLUSÃO</b> .....	<b>82</b>
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>85</b>

## INTRODUÇÃO

O tema abordado no trabalho centra-se em demonstrar como as políticas públicas educacionais podem ser eficientes instrumentos capazes de reduzir as desigualdades regionais e sociais, e como o Poder Judiciário atua para que estas reduções das desigualdades sejam implementadas, cabendo ao Estado realizar o planejamento do orçamento prevendo estas despesas e mantendo o controle de gastos e minimizando os impactos econômicos na concessão de benefícios assistenciais que visam atender as inúmeras demandas criadas pelo legislador constituinte.

As políticas públicas surgem a partir de um tortuoso exercício de construção com a participação de várias áreas de interesse, marcado por impulsos, alianças políticas ou polarizações de ideias que desempenham o papel de instrumentalização de ferramenta de meio para uma finalidade que é a efetivação dos direitos sociais. Fruto do dirigismo Constitucional, as políticas públicas buscam, dentre outros objetivos, assegurarem a efetivação dos Direitos Fundamentais. As políticas públicas voltadas à educação são espécies de desdobramentos do que prevê a Constituição para atender a sociedade civil de modo geral e, também, a população em situação de vulnerabilidade social que dependem de grande engajamento estatal para que se tornem economicamente viáveis.

Embora, aparentemente, as grandes demandas sociais partam de uma necessidade popular, é possível afirmar que a sua origem histórica advém da nossa Constituição Federal, na forma do que se intitula “Direitos Sociais”, a partir daí ganha outro status, o de direitos adquiridos e, conseqüentemente, os transformam em uma espécie de atribuição do Poder Executivo, cuja competência está, dentre outras, a de criar Políticas públicas que viabilizem a consecução destes direitos aos brasileiros.

Os direitos fundamentais sociais são prerrogativas legítimas e possibilitam que o homem tenha uma vida digna. Assim, por meio desses direitos, são satisfeitos os anseios por liberdade, igualdade e dignidade humana. Tais direitos configuram núcleo inviolável dentro do contexto social, uma vez que não há como uma sociedade ser justa e próspera sem a real efetivação dos direitos fundamentais.

A Constituição Brasileira de 1988 pode ser considerada o mais importante marco teórico para a consecução e consolidação dos Direitos Fundamentais. Está ancorado no artigo 170, VII da Constituição, o objetivo de assegurar a todos uma existência digna com a redução das desigualdades regionais e sociais dever este imposto ao Estado que, muitas vezes esbarra na viabilidade econômica para a manutenção de seus vários programas sociais.

Com este estudo, pretende-se demonstrar, dentro da linha de pesquisa “Desenvolvimento Econômico e Princípios Constitucionais da Ordem Econômica”, disponibilizada no programa de Mestrado em Direito Constitucional Econômico, que a garantia ao acesso ao Direito fundamental social à educação, é imprescindível para que jovens obtenham uma qualificação adequada para o mercado de trabalho, conforme preconiza os artigos 205 e 208 da Carta Magna e, assim, o país possa conquistar o tão almejado “Desenvolvimento Econômico”. No que tange aos princípios constitucionais que fundamentam esta tese, destaca-se dois: a redução das desigualdades regionais e sociais (inciso VII, art. 170, CF/88) e a busca do pleno emprego (inciso VIII, art. 170, CF/88). Nas ciências políticas, há diversas definições de políticas públicas, sendo que o único consenso existente é o de que elas resultam de decisões governamentais e se referem a ações de governo. A política pública, enquanto atividade estatal complexa e processualizada, mantém uma intrínseca relação com o Direito Administrativo, pois este é ramo jurídico que cuida do Estado em atividade, é dizer, sua vertente executiva, sua função administrativa. Assim, é clara a existência do dualismo entre Política Econômica Constitucional e Política Econômica do Governo.

Comparato ressalta, por exemplo, sobre a insuficiência do Direito Constitucional em relação ao seu juízo de constitucionalidade. Esse juízo somente prevê o controle das leis e dos atos normativos, mostrando-se incapaz de controlar, sozinho, a validade das atividades de concreção constitucional. Falta, portanto, ao Direito Constitucional o perfil dinâmico e concretizador que é inerente ao Direito Administrativo Contemporâneo. (COMPARATO, 2019).

Entretanto, na outra ponta, depois de implementadas as políticas públicas ensejadas pelos direitos fundamentais sociais, retorna-se ao Direito Constitucional, agora em seu viés econômico com o Controle Judicial das Políticas Públicas. Esta função atribuída constitucionalmente ao Poder Executivo Federal, Estadual e Municipal esbarra em vários obstáculos até a sua plena efetivação, um deles é o orçamento público limitado. Este gargalo, infelizmente, sempre existirá, afinal, todo orçamento sofre com limitações. Assim, podemos apontar as questões de prioridades dos governos, talvez este seja o grande ponto de equilíbrio a ser atingido, as prioridades dos governos e as necessidades da população.

Outra questão que talvez possa ser vista como obstáculo, a depender do ponto de vista, é a intervenção do Judiciário na aplicação destas políticas públicas, que ora defende o indivíduo como detentor do direito mitigado, ora enxergando as limitações orçamentárias do poder público, fica a favor deste na demanda e inviabiliza a consecução de tais direitos pelo demandante.

Indiscutivelmente, paira sobre as políticas públicas, especificamente, sobre aquelas voltadas à educação, uma grande responsabilidade social de provocar melhorias na qualidade de vida e um grande peso econômico, uma vez que é necessário que se destine uma parte relevante da dotação orçamentária para o seu devido implemento e manutenção e, nem sempre irá ocorrer a contento da sociedade, assim, é neste momento que, ao ser provocado, o Poder Judiciário age efetuando o “controle judicial” destas políticas. A partir daí temos um embate entre poderes, economia e a Constituição Federal.

Para tanto, observando todos estes aspectos citados, utiliza-se a análise de casos concretos (método de investigação qualitativa) presentes na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás como metodologia de estudo e pesquisa. O referido método é aplicado durante a busca por uma compreensão extensiva e com mais objetividade e validade conceitual, do que propriamente estatística, considerando o representativo de um conjunto de casos análogos. A coleta de dados, feita como na pesquisa de campo, é base das principais inferências do pesquisador (SEVERINO, 2017). A judicialização de políticas públicas em solo goiano é bastante comum e o Poder Judiciário Goiano não se furta ao embate. Tantos foram, e ainda são, os casos que foi necessária a edição uma súmula no sentido de facilitar o acesso dos cidadãos na busca deste mitigado direito. A súmula nº 39 é uma referência nacional e segue o firme entendimento do Supremo Tribunal Federal no sentido de efetivar o direito à educação quando este for levado à apreciação do Judiciário. Desse modo, pretende-se, com o estudo deste tema, tratar dos principais gargalos da implementação e manutenção das políticas públicas à luz do Direito Constitucional Econômico, abordando temas específicos como a Análise Econômica do Direito e da Teoria dos Custos dos Direitos, considerando argumentos contrapostos como a necessidade de um mínimo existencial e a reserva do possível.

Por fim, na tentativa de elucidação e, também a título de contribuição, desdobrou-se no estudo do Custo da Prevenção baseando-se na teoria de Learnd Hand (cálculo de Hand) como uma análise alternativa a ser realizada pela administração pública diante do número elevado de decisões judiciais no sentido de determinar, sob pena de multa diária, que seja efetivada a matrícula de determinada criança no sistema público de ensino ou, em caso de inexistência da vaga, que a matrícula seja realizada no sistema privado às expensas do poder público competente, no caso em tela, os municípios do Estado de Goiás, algo extremamente oneroso para os cofres públicos. Dessa maneira, cabe ao ente público responsável implementar o cálculo referente ao custo da prevenção conforme ensina Hand e, implementar ações preventivas, menos custosas e que atendam um maior número possível de crianças.

# **1. O DIREITO SOCIAL FUNDAMENTAL A EDUCAÇÃO, PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ORDEM ECONÔMICA E AS POLÍTICAS PÚBLICAS EDUCACIONAIS NO ESTADO DE GOIÁS - LEI COMPLEMENTAR 26/98**

Políticas públicas educacionais são desdobramentos dos direitos fundamentais sociais previstos na Constituição de 1988. E, pela força do poder constituinte decorrente conforme previsto no artigo 25 desta, os Estados brasileiros podem e devem tratar do tema observando as suas principais peculiaridades e necessidades.

Antes de adentrarmos às políticas públicas educacionais do Estado de Goiás, perpassaremos pelos direitos fundamentais sociais no Estado Constitucional Brasileiro, a fim de demonstrar a sua importante atuação como instrumentos de redução das desigualdades sociais, bem como associá-las a princípios constitucionais essenciais para a consecução do estado do bem estar social que está diretamente ligado ao princípio da dignidade humana.

## **1.1 Direitos Fundamentais Sociais no Estado Constitucional Brasileiro**

O Estado Constitucional de Direito, assim como o Estado de Direito e o Estado Democrático de Direito, é aquele que se opõe fortemente ao Estado Absoluto. Tais nomenclaturas representam a evolução ao longo dos anos da visão de Estado. O mais recente, chamado de constitucional, tem o seu registro partir do constitucionalismo e tudo o que trouxe consigo, principalmente uma nova vertente política, baseada nos direitos e regras emanadas da Constituição Federal. Nas palavras do professor Bruno César Lorencini:

O nascimento do constitucionalismo normalmente é relacionado, do ponto de vista histórico, como efeito direto das revoluções liberais do século XVIII e, sob a perspectiva ideológica, como resultado das ideias iluministas expressas nas obras de Locke, Rousseau, Voltaire, Kant, Montesquieu, entre outros importantes teóricos da filosofia política. (LORENCINI, 2013, p. 35).

O autor discorre ainda sobre as diversas formas e métodos de análise do Estado que, podem auxiliar na sua conceituação:

A verdade é que a figura do Estado tem sido estudada a partir de diferentes métodos científicos e sob perspectivas de análise igualmente variadas. O direito, a política, a sociologia, a economia, enfim, as ciências humanas em geral conferem leituras diferenciadas à realidade estatal, cada uma com seus métodos próprios, deixando claro que o Estado consiste em um fenômeno multifacetário, imune a qualquer tentativa de conceituação abstrata e universal. (LORENCINI, 2013, p. 32)

O Estado Democrático de Direito foi estabelecido na Constituição Federal de 1988, em seu artigo primeiro, com a seguinte redação: “A República Federativa do Brasil, formada pela

união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos (...)”. Desde então, o ideal democrático esforça-se para se estabelecer em todas as frentes da sociedade. De igual modo, os direitos fundamentais sociais se destacam como primado de equidade e buscam sua implementação integral. Infere-se, assim, que a nomenclatura “Estado Constitucional de Direito” é empregada sempre que deseja dar ênfase a importância da efetivação dos direitos sociais na presente geração. No que tange a Constituição, esta é responsável por abrigar os direitos fundamentais que, por sua vez, surgiram com a necessidade de proteger o homem de possíveis abusos do poder estatal, tais ideais foram criados a partir de movimentos como o Iluminismo, nos séculos XVII e XVIII, e se propagaram por todos os ramos do direito com a modernização das leis.

Conforme entendimento pacificado pelo Supremo Tribunal Federal, os direitos e deveres individuais e coletivos não estão restritos ao art. 5º da CRFB/88, podendo ser encontrados ao longo de todo o texto constitucional, expressos ou decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição, ou, ainda, decorrentes dos tratados e convenções internacionais de que o Brasil seja parte.

Sobre os direitos fundamentais, José Afonso da Silva (2019) afirma que são aqueles reconhecidos por meio do direito positivo, todavia, ressalta que a palavra fundamental mostra que são direitos sem os quais a pessoa humana nem sequer sobrevive. Assim, os direitos fundamentais têm como base o princípio da dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos do Estado democrático de direito, conforme preceitua o art. 1º da Constituição Federal Brasileira, in verbis:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político

Desta maneira, podemos entender que, de forma geral, os direitos fundamentais são aqueles direitos mínimos, essenciais, inerentes a cada indivíduo, que asseguram a proteção e dignidade humana. Em uma análise histórica, verifica-se um longo processo pelo qual os direitos fundamentais passaram e ainda passam no sentido de desenvolvimento, aprimoramento, os modos como são regulados e aplicados por cada ordenamento jurídico.

Segundo Canotilho, os direitos fundamentais cumprem a função de “direitos de defesa dos cidadãos” e estabelece duas perspectivas para explicar, vejamos:

(1) constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).” (CANOTILHO, 2004, p. 562)

A Constituição Federal de 1988 trouxe, em seu Título II, os Direitos e Garantias Fundamentais, subdivididos em cinco capítulos: (1) Direitos individuais e coletivos: são os direitos ligados ao conceito de pessoa humana e à sua personalidade, tais como à vida, à igualdade, à dignidade, à segurança, à honra, à liberdade e à propriedade. Estão previstos no artigo 5º e seus incisos; (2) Direitos sociais: o Estado Social de Direito deve garantir as liberdades positivas aos indivíduos. Esses direitos são referentes à educação, saúde, trabalho, previdência social, lazer, segurança, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados. Sua finalidade é a melhoria das condições de vida dos menos favorecidos, concretizando assim, a igualdade social. Estão elencados a partir do artigo 6º; (3) Direitos de nacionalidade: nacionalidade, significa, o vínculo jurídico político que liga um indivíduo a um certo e determinado Estado, fazendo com que este indivíduo se torne um componente do povo, capacitando-o a exigir sua proteção e em contra partida, o Estado sujeita-o a cumprir deveres impostos a todos. Estão elencados no artigo 12; (4) Direitos políticos: permitem ao indivíduo, através de direitos públicos subjetivos, exercer sua cidadania, participando de forma ativa dos negócios políticos do Estado. Estão elencados no artigo 14; (5) Direitos relacionados à existência, organização e a participação em partidos políticos: garante a autonomia e a liberdade plena dos partidos políticos como instrumentos necessários e importantes na preservação do Estado democrático de Direito. Estão elencados no artigo 17.

Extensa é a classificação e os desdobramentos dos direitos fundamentais na Carta Magna, assim, durante esta pesquisa iremos direcionar o foco para os direitos sociais, especificamente àqueles voltados à educação. O ministro Alexandre de Moraes conceitua os direitos sociais como:

Direitos sociais são direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art. 1º,IV, da Constituição Federal. (MORAES, 2017, p. 209).

Nas palavras de Thiago dos Santos Acca, “os direitos sociais são difusos, o que significa dizer que o titular desse bem é a sociedade, a qual se beneficiará diretamente da distribuição



racionalizada desses bens, ainda que seja feita a grupos ou classes específicos”. (ACCA, 2019, p. 38).

Segundo Liberati, os direitos sociais formam um conjunto de direitos que exigem a realização de prestações de serviços por parte do Estado, com o objetivo de suprir ou incrementar os direitos de igualdade. São também chamados de direitos de crédito, porque seu titular (pessoa humana) se torna credor do Estado na prestação de serviços essenciais à aquisição da plena cidadania. (LIBERATI, 2019).

Neste diapasão, pretende-se, além de outros fins, combater a exclusão social e fortalecer a sociedade na qual, o indivíduo que irá receber e usufruir destes direitos, está inserido. Emerge aqui o Estado Constitucional como responsável por implementar políticas que evidenciem o cidadão social. Para Osvaldo Canela Junior:

O Estado tornou-se social, no sentido de que a proteção dos direitos humanos exige interferência ativa para a supressão da miséria e o consequente resgate da dimensão humana. Mas, para tanto, faz-se necessária a garantia de determinadas espécies de direitos não concebidas pelo Estado liberal, os chamados direitos econômicos, sociais e culturais, ou direitos fundamentais sociais. (CANELA, 2011, p. 137).

Deste modo, deve o Estado atuar na preservação da dignidade humana, visando a salvaguarda do indivíduo sob os aspectos físicos, intelectuais, morais, sociais e em todas as suas necessidades básicas (LIBERATI, 2019). Assim, pode-se afirmar que o princípio da dignidade da pessoa humana é o fundamento no qual se firma as principais sociedades contemporâneas democráticas do Estado Constitucional, bem como também atua como importante limite da atividade estatal. Ao tratar de conceituar Estado Constitucional consagra-se mais uma evolução do Estado Democrático de Direito, pois, uma vez estabelecidos os princípios da democracia, cuida-se agora, com maior foco, a proteção dos direitos individuais e coletivos, reconhecida como fim legítimo do Estado Constitucional

De acordo com Jorge Miranda, o Estado Constitucional significa “Estado assente numa Constituição reguladora tanto de toda a sua organização como da relação com os cidadãos e tendente à limitação do poder”. (MIRANDA, 2002). Por fim, convém citar as sábias impressões de Fabio Konder Comparato sobre o tema:

Os direitos fundamentais sociais protegem determinados bens da vida, cuja garantia, segundo o consenso internacional, diminui os níveis de miséria, promovendo a igualdade substancial entre os homens. Estes bens da vida, ou, do ponto de vista ético, bens soberanos, constituem um núcleo irrevogável e complementar, a ser atendido por meio de atos materiais praticados pelo Estado. (COMPARATO, 2019, p. 89).

Conclui-se, assim, que os direitos sociais são difusos, ou seja, a titularidade destes bens pertence a sociedade, sua beneficiária direta cujo destino servirá ao combate à exclusão social e conseqüente coesão social. Ao promover a manutenção da sociedade, o Estado estaria suprimindo as maiores necessidades dos indivíduos que, dentro de uma cadeia estruturada e organizada, ganhariam a oportunidade de devolverem muitos benefícios ao meio social no qual está inserido. (ACCA, 2019)

## **1.2 Políticas Públicas em sede de Direito Social à Educação como instrumento para a redução das desigualdades regionais e sociais**

Pensar o direito constitucional à educação como instrumento para redução das desigualdades sociais pode até parecer algo óbvio, mas enxergá-lo como potencial redutor de desigualdades regionais foge um pouco do padrão. Assim, se olharmos o compromisso com o ensino nacional como uma questão de soberania econômica do país, fará mais sentido. É o que ensina o professor André Ramos Tavares, que expõe o direito à educação como fator preponderante para o fortalecimento econômico interno por meio de uma mão-de-obra qualificada, força motriz do setor produtivo. (TAVARES, 2020). Assinala ainda que:

Foi no art. 205 que a Constituição especificou referido direito, estabelecendo que deve visar ao “pleno desenvolvimento da pessoa”, “seu preparo para o exercício da cidadania” e a sua “qualificação para o trabalho”. Esses objetivos expressam o sentido que a Constituição concedeu ao direito fundamental à educação. Tem-se, a partir daqui, de compreender um conteúdo da própria educação, como direito fundamental. Não se trata mais de qualquer direito à educação, mas daquele cujas balizas foram construídas constitucionalmente. Isso significa que o direito à educação é o direito de acesso, mas não um acesso a qualquer educação, e sim àquela que atende às preocupações constitucionais. (TAVARES, 2020, p. 779).

Para Walfrido Viana Vital, a Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 5 de outubro de 1988, na reunião da Constituinte, pode ser considerada como: “O marco inicial de uma nova ordem social, com a consolidação de um efetivo Estado Democrático Social de Direito, em que se opera a afirmação dos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana por meio de políticas públicas relacionadas a direitos sociais”. (VITAL, 2013, p. 112). A Carta Magna de 1988 trouxe o direito à educação expresso em vários momentos do seu texto. Inicialmente no artigo 6º que deve ser combinado com o artigo 205 e, por fim no artigo 227, caput.

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. (BRASIL, 1988).

O artigo 205 prevê importantes objetivos da educação: a) pleno desenvolvimento; b) preparo da pessoa para o exercício da cidadania; c) qualificação da pessoa para o trabalho. José Afonso da Silva (2019) leciona que:

A consecução prática desses objetivos só se realizará num sistema educacional democrático, em que a organização formal (via escola) concretize o direito de ensino, informado por alguns princípios com ele coerentes, que, realmente, foram acolhidos pela Constituição, tais são: *universalidade* (ensino para todos), *igualdade*, *liberdade*, *pluralismo*, *gratuidade do ensino público*, *valorização dos respectivos profissionais*, *gestão democrática da escola e padrão de qualidade*. (SILVA, 2019, p. 852).

Firma-se, assim, que a educação é, definitivamente, direito de todos, o fim no qual toda democracia deve mirar. Na lição de Alexandre de Moraes, os direitos sociais são de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, cuja finalidade é a igualdade social. (MORAES, 2018). Cabe ao Estado promover ações efetivas na promoção do acesso à educação por todos e, não apenas diretrizes que favorecem a inércia da Administração Pública.

Vale salientar que, conforme explana Dering (2021), as ações do Estado, enquanto políticas públicas voltadas à educação, quando não avaliam o contexto de forma a promover a inclusão, são determinantes mais excludentes do que propostas que visam à equidade. Observado isso, faz-se necessário tomarmos pé dos índices de analfabetismo no Brasil e proceder a análise das políticas públicas já implementadas, os resultados atingidos e os planos para expansão destas com o objetivo de conseguir melhores resultados na evolução humana e econômica do indivíduo na sociedade.

De início, há de se mencionar que, o analfabetismo de jovens e adultos vem sendo reduzido no Brasil — passou de 11,5% em 2004 para 8,7% em 2012, na Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio (Pnad). Em 2018, chegou a 6,8% e caiu para 6,6%, em 2019, de acordo com dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (Pnad) Contínua Educação, divulgada no Portal Agência Brasil. Apesar da queda, que representa cerca de 200 mil pessoas, o Brasil tem ainda 11 milhões de analfabetos. Tal fato demonstra a efetividade das políticas em curso para a educação básica. É o que diz o portal do MEC.

É preciso entender que para tal resultado, ao longo da última década, o Ministério da Educação construiu uma política organizada de enfrentamento do analfabetismo. O programa Brasil Alfabetizado foi uma ação do governo federal desenvolvida em colaboração com estados, Distrito Federal e municípios.

O Portal traz ainda uma informação que chama bastante a atenção. Além das diferenças entre as idades, o levantamento mostra que existem **desigualdades raciais e regionais** na

alfabetização no Brasil. Em relação aos brancos, a taxa de analfabetismo é 3,6% entre aqueles com 15 anos ou mais. No que se refere à população preta e parda, segundo os critérios do IBGE, essa taxa é 8,9%. A diferença aumenta entre aqueles com 60 anos ou mais. Enquanto 9,5% dos brancos não sabem ler ou escrever, entre os pretos e pardos, esse percentual é cerca de três vezes maior: 27,1%.

Além desses pontos, “destaca-se, para essa discussão, outros primordiais fatores que estão imbricados aos índices de analfabetismo dos sujeitos já inseridos no ensino regular obrigatório: a repetência, o acesso, o ingresso e a evasão.” (DERING, 2021, p. 61). Por isso, também é importante mencionar outras políticas públicas voltadas a reduzir a taxa de analfabetismo entre os adultos, o EJA – Programa para a educação de jovens adultos, também do governo federal que prepara para o ENCCEJA - Exame Nacional para Certificação de Competências de Jovens e Adultos. Esta certificação abre portas para outras qualificações, colocações no mercado de trabalho, além da possibilidade de construção de uma carreira profissional, Contribuindo para a redução das desigualdades sociais, melhorando a renda da família e conseqüentemente a economia do país.

Antônio Gramsci (1978) foi essencial para compreender as relações e conexões internas do processo de implementação das políticas e diretrizes educacionais. O autor analisa a sociedade capitalista por meio da relação entre infraestrutura econômica e superestrutura, sendo que nesta estão a sociedade política e a sociedade civil. A sociedade política seria formada pelo conjunto de mecanismos por meio dos quais a classe social dominante detém os instrumentos de repressão e coerção. (SILVA, 2019). Nas palavras de Gramsci, “é o aparelho de coerção estatal que assegura “legalmente” a disciplina dos grupos que não ‘consentem’, nem ativa nem passivamente, mas que é constituído para toda a sociedade, na previsão dos momentos de crise no comando e na direção, quando fracassa o consenso espontâneo”<sup>1</sup>.

Para Simônia Peres da Silva (2019), o Estado é concebido como um organismo próprio de um determinado grupo social, designado a criar as condições favoráveis à expansão máxima desse grupo, sob a égide da livre regulamentação do mercado. Assim, o desenvolvimento e a expansão são gerados e apresentados como a causa de uma expansão universal, como propulsora de todo o desenvolvimento. (SILVA, 2019). “O Estado direciona seus esforços para manter uma contínua formação e superação de equilíbrios instáveis, entre os interesses do grupo

---

<sup>1</sup> GRAMSCI, Antonio. **Obras escolhidas**. Trad. Manuel Cruz. Ver. Nei da Rocha Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 1978.

fundamental e os interesses dos grupos subordinados, prevalecendo, até certo ponto, os interesses do grupo dominante”<sup>2</sup>.

Ao voltarmos os olhos para a educação infantil básica, as desigualdades regionais ficam ainda mais aparentes, muito devido à grande extensão territorial e à pluralidade cultural e socioeconômica do país onde, nem todos os estados e, conseqüentemente as cidades, possuem as mesmas oportunidades no campo da educação. Esta é, provavelmente, a maior barreira educacional a qual se enfrenta hoje em dia. Observado isso, “a escola tem um papel central no ensino e na propagação de valores, além do contexto familiar, que deve primar pelo incentivo ao ensino do respeito às diferenças para que haja aprendizagem de todos por uma sociedade realmente igualitária, com direitos iguais e deveres cumpridos.” (SILVEIRA; DERING, 2015, p. 246).

Neste diapasão, a educação deve ser vista como a solução para a redução das desigualdades sociais. Um grande desafio que deve ser encarado com seriedade e compromisso diante do cenário que temos hoje onde, é muito mais fácil, se assim podemos dizer, entrar no sistema de ensino a sair tendo completado todo o ciclo. As dificuldades enfrentadas por pais e alunos são incontáveis e vai desde acesso a uma vaga até o calçado para a criança frequentar a escola. Daí a importância da criação e implementação de políticas públicas para saneamento destas e de outras celeumas.

### **1.3 Princípio da Dignidade da pessoa humana, Reserva do Possível e Mínimo Existencial**

#### **1.3.1 Dignidade da Pessoa Humana**

A concepção liberal produziu um Estado formal, cuja preocupação maior era conter a atuação do governo na economia. Contudo, o Estado liberal não conseguiu avançar na implementação de melhores condições de vida para a população, deixando as mazelas sociais aflorarem, tais como aumento da desigualdade social, acúmulo de capital, pobreza, desemprego, baixos salários e exploração da mão de obra operária. (SARLET, 2015). Sob esse contexto, aflora o discurso do princípio da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais em prol de um liberalismo mais igualitário, ou seja, na busca da igualdade de oportunidade a todos os indivíduos, bem como dos direitos sociais. (RAWLS, 2000)

---

<sup>2</sup> GRAMSCI, Antonio. **Obras escolhidas**. Trad. Manuel Cruz. Ver. Nei da Rocha Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 1978.

Logo, o debate sobre o princípio da dignidade da pessoa humana e sua eficácia mostra-se extremamente atual e relevante, uma vez que ainda vigora a concepção liberal, mesmo que seja sob uma nova terminologia o “neoliberalismo”. Assim, tem-se que o princípio da dignidade humana vem se transformando e se desenvolvendo no decorrer da história, possuindo, atualmente, um valor/conceito mais aberto. Para o filósofo Immanuel Kant, o princípio da dignidade humana é uma qualidade inerente aos seres humanos enquanto entes morais. Assim, a humanidade deve ser vista como um fim e nunca como um meio, pois para ele o homem constitui a medida de todas as coisas (KANT, 2002). Da mesma forma, Dworkin, alicerçado nas ideias de Kant, também acrescenta que o ser humano não poderá, em hipótese alguma, ser concebido como mero objeto, não devendo ser, assim, tratado de maneira indigna. (DWORKIN, 2002).

Diante dessas afirmações, pode-se concluir que a dignidade da pessoa humana é uma qualidade intrínseca e inerente ao ser humano, sendo, portanto, irrenunciável e inalienável, na medida em que constitui elemento que qualifica a própria pessoa humana. Logo, não há como se desfazer dessa qualidade, uma vez que se trata de um atributo intrínseco da pessoa. Nesse sentido, ensina Ingo Wolfgang Sarlet:

A qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (SARLET, 2015, p. 233).

Já Daniel Sarmiento considera que:

(...) o princípio da dignidade da pessoa humana deve guardar uma necessária conexão com a compreensão de pessoa humana, ... da pessoa vista como fim em si, e não como mero instrumento a serviço do Estado, da comunidade ou de terceiros; como merecedora do mesmo respeito e consideração que todas as demais, e não como parte de um estamento na hierarquia social...”. (SARMENTO, 2016, p. 118)

Quanto ao princípio da Dignidade da pessoa humana, Monique Canto, ao interpretar John Rawls diz:

Rawls não concebe o respeito de si como um dever moral individual, mas como um ‘bem fundamental’, um bem que virtualmente todo indivíduo consideraria como objeto do seu desejo racional, quaisquer que sejam as outras coisas que ele deseje [...] Um elemento capital de tal teoria da justiça é o argumento segundo o qual, se fossem adotados, esses princípios de ‘justiça como equidade’ (liberdade e oportunidades iguais para todos, e o ‘princípio

da diferença’) favoreceriam mais o respeito de si do que os princípios utilitaristas”. (CANTO, 2003).

Para Vicente Grego Filho, a dignidade é um valor da pessoa humana, com fundamento do próprio Direito, sendo que: “todas as consagrações constitucionais dos direitos individuais supõem a existência de alguns direitos básicos da pessoa humana, os quais pairam, inclusive acima do Estado, porquanto este tem como um de seus fins principais a garantia desses direitos.” (FILHO, 2003). Sob essa perspectiva, o princípio da dignidade humana tem como fim não só favorecer o ser humano na sua integralidade intrínseca, mas também assegurar a todos condições mínimas para uma vida digna. Assim sendo, a ignorância ao princípio da dignidade humana amotina não só contra todo sistema vigente (constituições e tratados internacionais), mas também contra todos os valores fundamentais de valorização do ser humano como parte integrante de todo o sistema.

Acrescente-se, ainda, que a dignidade humana deve ser considerada em sua universalidade, pois todos são iguais em direitos. Desta forma, não há que se levarem em consideração as diferenças existentes entre os humanos, uma vez que a diversidade é uma condição do próprio homem, pois ninguém é exatamente igual ao outro (ARENDDT, 2002). Infere-se, assim, que todos são titulares de dignidade, independentemente das diferenças existentes entre cada uma, pois trata-se de um direito inerente à condição humana. Sendo, o homem considerado centro de toda relação. Desta forma, pode-se concluir que o princípio da dignidade da pessoa humana guarda íntima conexão com o sentido de pessoa, visto que este se constitui como um fim em si mesmo e não como um mero instrumento a serviço do Estado, da comunidade, ou de terceiros. (SARMENTO, 2016).

Alguns doutrinadores brasileiros passaram a estabelecer que os direitos fundamentais, não essenciais à manutenção da vida estariam sujeitos a reserva do possível, dessa forma, poderia o judiciário quantificar a devida aplicação do princípio, sobre aquilo que efetivamente o Estado tem o dever de garantir, e aquilo que pode garantir caso tenha condições. Essa segunda situação, garantir caso tenha condições, seria efetivamente a reserva do possível.

A questão foi apreciada pela Suprema Corte que decidiu que somente pode ser exigido do Estado a prestação de benefícios, desde que observados os limites da proporcionalidade e razoabilidade, estabelecendo que os direitos sociais que impõe uma obrigação ao Estado estariam sujeitos à reserva do possível, ou seja, a disponibilização do objeto de direito está limitada àquilo que o Estado pode oferecer em razão de suas condições econômicas e estruturais. Logo os direitos fundamentais estão limitados àquilo que o Estado pode oferecer dentro de suas limitações econômicas e estruturais. (BARROSO, 2012).

A proporcionalidade é subdividida nos denominados subprincípios da: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Para Robert Alexy, a ponderação é representada pelo elemento parcial da proporcionalidade em sentido estrito e para chegar a ela, antes, é necessário passar pela adequação e pela necessidade, pois existe uma ordem a ser obedecida. (ALEXY, 2008). Alexy defende a ponderação como um modelo de fundamentação (e não de mera decisão), assegurando sua segurança, ou seja, sua racionalidade. Para tanto, o jurista desenvolve um conjunto de regras da argumentação aptas à racionalização das decisões jurídicas. Alexy formulou uma lei que se aplica a todas as ponderações de princípios, a chamada “lei da ponderação”, que prescreve que quanto maior é o grau da não satisfação de um princípio, maior deve ser a importância da satisfação do outro. (ALEXY, 2008).

### *1.3.2 Reserva do possível*

O princípio da reserva do possível surgiu na Alemanha, em 1972, fruto de uma ação impetrada por alunos que pleiteavam o direito de ingresso na Universidade Pública, no curso de medicina. A alegação utilizada para justificar tal direito foi baseada na Lei Fundamental Alemã em seu artigo 12, I, onde estabelece que, “todos os alemães têm o direito de livremente escolher profissão, local de trabalho e de formação profissional.” (SARLET, 2015). Para justificar tal direito, eles realizaram uma interpretação sistemática da norma, uma vez que sendo limitado o ingresso de alunos na Universidade, uma norma de direito fundamental, liberdade para escolha da profissão e da formação profissional regulada no artigo 12,I, estaria sendo violada.

A teoria da Reserva do Possível, já conceituada no início deste item, tem sido comumente utilizada por entes políticos, diante de inúmeras demandas judiciais, como uma justificativa para o não cumprimento das decisões impostas, bem como é alegado que o Poder Judiciário ao condenar a União, Estados, Distrito Federal e Municípios estaria infringindo o princípio da separação dos poderes, ou seja, incorrendo no ativismo judicial. A “teoria” ou “princípio” da Reserva do Possível pode ser entendida tanto em sentido amplo “abrange tanto a possibilidade, quanto o poder de disposição por parte do destinatário da norma” (SARLET 2015).

Contudo, a questão financeira do Poder Público não poder ser tida por absoluta e causa única para a não concessão das pretensões relativas à saúde ou a educação, visto que se trata da vida de um indivíduo, o qual depende da ação do Estado para ter seu direito a saúde realmente



efetivado. Nesse sentido o Ministro do STJ, Sérgio Kukina<sup>3</sup> se posicionou em julgamento de agravo regimental, in verbis: “No caso, o direito à efetiva saúde, deve sobrepor-se a eventual embaraço orçamentário apregoado pelo Estado, mesmo que em causa o direito de uma única pessoa, como sucede na hipótese ora examinada. Raciocínio contrário, seria afrontoso à ordem constitucional.” (KUKINA, STJ 2016).

Assim, a justificativa com base apenas critérios financeiros do Estado não logra êxito, mas é necessário um olhar pelo prisma da razoabilidade e proporcionalidade guiando as decisões, conforme esclarece Ingo Wolfgang Sarlet:

Especialmente no que diz com a esfera específica dos direitos sociais prestacionais, cabe lembrar aqui a já relativamente antiga, mas nem por isso desatualizada exortação ao bom-senso formulada pelo jurista suíço Wildhaber, que, ao salientar a necessidade de abstrair dos direitos sociais o seu cunho emocional e ideológico, ressalta que, se os direitos sociais não são nenhuma solução imediata e pré-fabricada para os problemas com os quais constantemente nos deparamos na busca da igualdade e da justiça, também não constituem uma ameaça de natureza totalitária e desintegradora às liberdades e à Constituição do Estado de Direito, impondo-se, de tal sorte, a busca do meio-termo e da justa medida. (SARLET, 2015, p. 210).

Fica evidente, neste caso, a utilização da reserva do possível pelo Poder Público como um argumento impeditivo para a intervenção judicial, sendo assim uma desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação de direitos fundamentais, especialmente de cunho social. Neste sentido, a alegação de motivos conveniência e oportunidade, ou seja, os critérios da discricionariedade da Administração Pública que são sempre trazidos na defesa, se não vierem conjuntamente com outros argumentos, não são suficientes para se sobreporem à efetivação dos direitos sociais. Entende-se que a teoria da reserva do possível deve ser aplicada, mas com as suas devidas reservas, cabendo ao poder público o encargo de demonstrar a indisponibilidade total ou parcial, do desaproveitamento dos recursos, bem como da eficiente aplicação destes. (SARLET, 2015).

Em diversas demandas, o ente do polo passivo das ações que visam algum tipo de prestação relacionadas a saúde, alegam que a decisão do magistrado ou da turma colegiada incorreu no ativismo, ou seja, violou o princípio da separação dos poderes. Contudo, tal alegação encontra grande respaldo no entendimento da Suprema. Neste sentido, o Ministro Edson Fachin se posicionou: “É firme o entendimento deste Tribunal de que o Poder Judiciário pode, sem que fique configurada violação ao princípio da separação dos Poderes, determinar a

---

<sup>3</sup> STJ – AgRg no REsp: 1104353 RS 2008/ 0254912-1, Relator: Ministro Sérgio Kukina, data de Julgamento: 17/12/2015, T1 – PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 03/02/2016.

implementação de políticas públicas nas questões relativas ao direito constitucional à saúde”<sup>4</sup>. Estendendo este entendimento às demais políticas públicas voltadas ao mínimo existencial de um indivíduo.

Nesta esteira, o princípio da Separação dos Poderes, está sendo usado de modo a obstaculizar o efetivo cumprimento do direito à saúde. Assim tal princípio precisa ser posto a uma nova leitura, de modo que possa servir o seu fim original, ou seja, de assegurar os Direitos Fundamentais face ao arbítrio e da omissão estatal. (MORAES, 2017).

É clarividente que sem recursos financeiros é impossível a implantação de políticas sociais públicas. Manoel Gonçalves Ferreira Filho comenta que nem sempre o Estado terá condições de executar ações sociais, porque “a Constituição de 1988 agravou a governabilidade brasileira, ao sobrecarregar o Estado de tarefas, sem providenciar os recursos para as mesmas, ou seja, preocupou-se com a distribuição das riquezas, não com a produção delas”. (FERREIRA FILHO, 1995).

Na lição de Liberati, os direitos sociais não podem ficar condicionados à boa vontade do Administrador, assim, se faz necessário que o Poder Judiciário atue como órgão de controle da atividade administrativa. Afirma ainda que “seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais”. (LIBERATI, 2019)

Nas palavras do Ministro Celso de Mello<sup>5</sup>, ao proferir decisão em Agravo Regimental em Recurso Extraordinário, sobre o tema educação infantil foi incisivo ao afirmar ser injustificável o argumento da reserva do possível pelo poder público para se eximir de implementar políticas públicas educacionais.

Portanto, importa destacar que a reserva do possível, bem assim eventual violação ao princípio da isonomia, não podem servir de justificativas para descumprir um dever constitucional, sendo desinfluyente a alegativa de viés burocrático para inviabilizar ou frustrar as políticas públicas voltadas a promover o acesso das crianças à educação. O Supremo Tribunal Federal já assentou a possibilidade, em casos emergenciais, de implementação de políticas públicas pelo Poder Judiciário, ante a inércia ou morosidade da Administração, como medida assecuratória de direitos fundamentais. (STF, 2011).

Portanto, verifica-se a importância da atuação do poder judiciário para a verdadeira efetivação dos direitos fundamentais, sendo que, diante de casos de omissão estatal, estão dando

---

<sup>4</sup> STF. 1ª Turma. ARE 947.823 AgR, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 28/06/2016.

<sup>5</sup> STF1ª ARE 639337 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, DJe publicado 15/9/2011.

a devida interpretação e aplicação, não deixando que o previsto pelo legislador constituinte fique como mera promessa.

Neste ponto, convém desdobrar a chamada “Discrecionabilidade Judicial” assim denominada por Ronald Dworkin em sua obra chamada “Levando o direito à sério” que registra uma minuciosa crítica às teorias apresentadas por Herbert Hart. É importante mencionar que este explícito antagonismo entre estes dois renomados jusfilósofos é considerado um evento hermenêutico épico.

Tal embate tem início com Hart, em sua obra “O conceito de direito”, lançada em 1961, que, na contramão das ideias desenvolvidas pelo positivismo clássico, elabora um composto jurídico ancorado em práticas sociais, transformando regras sociais básicas em regras juridicamente válidas, criando assim duas espécies de regras: primárias e secundárias. Para o autor, a existência de um sistema normativo composto apenas por regras primárias seria a expressão das sociedades primitivas, que chamam a atenção pela simplicidade das relações intersociais, visando apenas as condutas, cuja preocupação única limita-se a imposição de deveres. Já, as regras secundárias, marcam as sociedades mais evoluídas que vivenciaram experiências sociais mais complexas. (HART, 2012).

O próprio autor identifica problemas que impossibilitam a manutenção de um sistema jurídico eficaz baseando apenas em normas primárias, dentre eles está o “problema da incerteza”, talvez o mais importante deles. Para solucioná-lo, Hart propõe a criação de uma “regra de conhecimento” que, por meio de um critério formal determinada norma poderia ser considerada ou não válida. (HART, 2012)

A regra de reconhecimento, considerada uma regra secundária, era vista pelo autor como instrumento capaz de determinar quais normas deveriam ser consideradas válidas pelo ordenamento jurídico, uma espécie de “teste de validade” para o sistema. Segundo Hart:

(...) a maioria da sociedade obedece habitualmente ao direito pela ideia de que esta maioria deve necessariamente partilhar, aceitar ou encarar como vinculante a norma última de reconhecimento que especifica os critérios segundo os quais, em última instância, a validade das leis é determinada. (HART, 2012, p. 147)

Mesmo com tanta relevância, a regra de reconhecimento se depara com uma grande dificuldade que reside em reconhecer uma norma primária como válida dentro de um ordenamento jurídico, haja vista a existência de inúmeros enunciados normativos que apresentam certa imprecisão linguística, o que afeta diretamente o direito e desencadeia o problema da incerteza diante do que chama de “textura aberta” gerada pela linguagem utilizada. No que tange essa questão que provoca temor no Judiciário, Hart aduz que:

(...) Nada pode eliminar essa dualidade entre um núcleo de certeza e uma penumbra de dúvida quando procuramos acomodar situações particulares ao âmbito de normas gerais. Isso confere a todas as normas uma margem de vagueza ou 'textura aberta', o que pode afetar tanto a norma de reconhecimento que especifica os critérios últimos usados para a identificação do direito quanto uma lei específica. (HART, 2012, p.158)

Assim, é clara a posição do autor que enxerga a existência desta textura aberta como um problema para a Regra de Reconhecimento já que esta não é, senão, fruto da construção normativa de linguagem e, que acaba por lançar o direito em uma zona escura na qual o juiz se vê obrigado a fazer uso do poder discricionário sempre que estiver diante de questões não regulamentadas normativamente. (HART, 2012).

Em uma posição firmemente contrária, Ronald Dworkin entende que a regra secundária de reconhecimento difundida por Hart é irracional e falha pois é baseada em decisões pessoais do juiz e, não em regras jurídicas formais. Afirma, ainda, que a utilização do poder discricionário para corrigir o problema de textura aberta do direito não faz sentido, haja vista a instabilidade criada para o sistema jurídico vigente. (DWORKIN, 2002). Para Dworkin (2002), as decisões judiciais até poderiam surgir de uma análise extrajurídica, mas deveriam buscar fundamentos de validade dentro do direito positivado (regras e ou princípios) para atingirem o seu fim. Segundo o autor, são os princípios a solução encontrada para o problema da discricionariedade judicial tão defendida por Hart.

Nesta esteira, Dworkin (2002) estabelece a principal diferença entre regras e princípios a fim de fundamentar a solução por ele apresentada, vejamos primeiramente o que diz sobre as regras:

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão. (DWORKIN, 2002, p. 39)

Sobre os Princípios infere que:

(...) Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam, aquele que vai resolver o conflito tem que levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra frequentemente será objeto de controvérsia. (DWORKIN, 2002, p. 42)

Assim, da maneira como apresenta a sua teoria, Dworkin entende não haver brechas para a utilização de uma discricionariedade judicial sem elementos jurídicos válidos. De modo

que os magistrados apenas devem fundamentar as suas decisões se estiverem pautadas em princípios jurídicos existentes no ordenamento e amparadas na racionalidade para que alcancem a tão desejada equidade, essencial ao direito. (DWORKIN, 2002).

De fato, tal proceder poderá não impedir que ocorra a colisão entre princípios, mas contra este choque o juiz deverá decidir realizando um sopesamento entre eles para que possa tomar a melhor decisão possível diante do embate. Para exemplificar a sua teoria, o autor cita um modelo de juiz chamado Hércules que, por meio de sua postura quase onipresente, seria capaz de resolver os casos fáceis e casos difíceis através da ponderação. Neste cenário, modelo haveria uma diversidade satisfatória de princípios de modo a suprir todas as lacunas e não deixando qualquer espaço para a discricionariedade judicial.

Por fim, pode-se estabelecer um comparativo com o que se vê no sistema jurídico brasileiro atual onde, tem-se uma Constituição farta em princípios condutores para a realização de justiça social, um corpo de leis infraconstitucionais repleto de políticas públicas que visam a implementação dos direitos fundamentais sociais, como o direito à educação, por exemplo, e um poder judiciário atento e proativo no que tange a sua efetivação. A equação perfeita capaz de validar todas as decisões no sentido de proporcionar equidade sem lançar mão de uma discricionariedade extrajudicial, como teoriza Hart mas, baseando-se na teoria de Dworkin, seria possível uma discricionariedade judicial ao possibilitar que, ao julgar, o juiz tenha uma margem de escolha sobre qual seria o princípio mais adequado ao caso concreto.

### *1.3.3 Mínimo Existencial e Mínimo Ético Existencial*

Após discorrer sobre princípio da Dignidade da Pessoa Humana, faz todo sentido falar sobre o mínimo existencial já que, para o constitucionalismo contemporâneo, ambos os conceitos são indissociáveis. Embora não haja uma norma específica sobre o tema, é possível identificar traços desta importante tese em diversos princípios constitucionais.

Em um parêntese histórico é importante mencionar Otto Bachof que, no ano de 1950, um ano antes de participar da aclamada conferência de 1951 que lhe rendeu vários convites para dirigir grandes universidades e precedeu sua atuação como juiz estadual na Alemanha, foi o primeiro doutrinador a defender a tese do mínimo existencial em seguida ao período pós-guerra. Provavelmente influenciado pela forte comoção mundial defendia que mínimo existencial era um desdobramento do princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim, um direito tão importante como o direito à vida careceria de algo além de mera interpretação, o que exigiria uma conduta mais concretista do Estado. A Constituição de

Weimar inclui os direitos fundamentais à categoria de econômicos e sociais. Desta forma, o Estado compulsoriamente assume a função de garantidor de condições básicas para o desenvolvimento humano. (BACHOF, 2014)

Em 1952, Robert Alexy identificou a referida temática após decisão do Tribunal Constitucional Alemão que proclamou a existência de direito fundamental a um mínimo existencial. A partir daí o Tribunal Alemão dedicou-se na construção de quais direitos mínimos deveriam ser assegurados pelo Estado alemão. (ALEXY, 2008).

Para Ricardo Torres, o mínimo existencial deve ser considerado como as condições básicas de existência humana digna a serem tuteladas por um direito constitucional mínimo, fundado no exercício das liberdades, direitos sociais e nos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. (TORRES, 2009)

Em um sentido mais aprofundado, Sarlet afirma que: “a essência do mínimo existencial está radicada na dignidade da pessoa humana”. Assim, dignidade da pessoa humana é considerado princípio fundante de todos os direitos sociais. (SARLET, 2010, p. 351). Na mesma toada, Ana Paula Barcelos ensina que:

o mínimo existencial um conjunto de “condições materiais básicas para a existência” que “corresponde a uma fração nuclear da dignidade da pessoa humana à qual se deve reconhecer a eficácia jurídica positiva ou simétrica”. Para a autora, esse núcleo existencial “é composto de quatro elementos, três materiais e um instrumental, a saber: a educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à justiça”, certificando que esses elementos correspondem ao “núcleo da dignidade da pessoa humana a que se reconhece eficácia jurídica positiva e, a fortiori, o status de direitos subjetivo exigível diante do Poder Judiciário. (BARCELOS, 2002, p. 75)

Em respaldo a tese do mínimo existencial ligada a teoria dos direitos humanos, o artigo 25 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, propõe:

Toda pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para assegurar sua saúde, o seu bem-estar e o de sua família, especialmente para a alimentação, o vestuário, a moradia, a assistência médica e para os serviços sociais necessários, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle. (Declaração Universal dos Direitos do Homem, 1948).

Infere-se, assim, que os direitos fundamentais constitucionais são a essência do Estado Democrático de Direito e têm um papel extremamente relevante, ao passo que são diretamente responsáveis, no processo de construção de uma sociedade justa, livre e que preze pela igualdade, pela imposição a administração da implementação de políticas públicas que garantirão o mínimo necessário a uma existência digna. Por outro lado, o estado insiste em alegar limitações no orçamento para a não promoção dos direitos mínimos necessários ao

indivíduo a fim de legitimar a sua omissão. De fato, recursos são limitados, e as obrigações constitucionais são inúmeras, tornando um constante exercício de impossibilidades, porém, o Estado não pode, sob este argumento, deixar de garantir aos cidadãos um mínimo de direitos que são essenciais a uma vida digna.

Nesse sentido, tem-se a decisão da Segunda Turma do STJ, no julgamento do REsp. 1.389.952-MT (2014), cujo relator foi Ministro Herman Benjamin, *in litteris*:

É por isso que o princípio da reserva do possível não pode ser oposto a um outro princípio, conhecido como princípio do mínimo existencial. Desse modo, somente depois de atingido esse mínimo existencial é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em quais outros projetos se devem investir. (BENJAMIN, 2014)

Em uma análise crítica sobre o custo dos direitos fundamentais, Ingo Sarlet faz a seguinte reflexão:

Posto o problema do custo dos direitos fundamentais e, em especial, dos direitos fundamentais sociais, em relação ao financiamento da execução daqueles direitos, verifica-se, agora, se o constitucionalismo contemporâneo delimitou um mínimo existencial ou um núcleo essencial referente aos direitos sociais e a impossibilidade de retirá-los do catálogo constitucional. Essas locuções referem-se à proteção constitucional de um conjunto de direitos fundamentais sociais essenciais para a manutenção da vida com dignidade, o que exclui, de plano, a possibilidade de lhe atribuir o significado de um mínimo de sobrevivência ou piso vital mínimo aptos a manter a pessoa viva fisicamente. (SARLET, 2015, p. 330).

Para Ricardo Torres, o Supremo carece de decisões no sentido de delimitar o cerne dos direitos fundamentais sociais, para assim, clarificar sobre o mínimo existencial comum a todos os cidadãos, sejam eles livres ou conscritos de sua liberdade.

O Supremo Tribunal Federal (STF) ainda não se debruçou especificamente sobre a delimitação de um núcleo essencial dos direitos sociais. Todavia, em relação à prestação do direito básico à educação e ao direito da saúde, o STF tem encaminhado o problema, aceitando-os como integrantes de um catálogo mínimo dos direitos fundamentais, sob a forma de garantir o acesso à creche (educação infantil) e ao ensino fundamental, e, na área da saúde, pela entrega de medicamentos como forma de proteção à vida. (TORRES, 2009, p. 112).

Evidenciando uma preocupação com a proteção dos direitos fundamentais sociais já consagrados pela Constituição, a doutrina tem defendido o chamado *princípio do não retrocesso*. Também conhecido pela não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais ou pela impossibilidade de revisão das cláusulas pétreas, responsável por impedir que o conjunto de direitos fundamentais descritos na Constituição possa ser modificado. (LIBERATI, 2019).

Dentre os importantes papéis do referido princípio está o de promover a segurança jurídica dos direitos fundamentais inerentes a pessoa humana. A jurisprudência brasileira tem

se manifestado positivamente sobre a proibição do retrocesso dos direitos fundamentais sociais, vejamos:

EMENTA: CIVIL E CONSTITUCIONAL. ENSINO PARTICULAR. DESCONTO DA MENSALIDADE. SEGUNDO FILHO. APLICAÇÃO AO ENSINO UNIVERSITÁRIO. 1. O art. 24 do DL 3.200/41 foi concebido para beneficiar famílias de prole numerosa, garantindo o acesso de todos ao ensino. Repasse do custo às mensalidades (art. 205 da CF). Aplicação do texto ao ensino universitário (arts. 208, V, e 209, I, da CF). 2. O dispositivo em questão nada mais é do que uma conquista social da época e que não foi revogado ou derogado pela legislação ou Constituições supervenientes, pois nenhuma destas normas mostra-se incompatível ou regula inteiramente a matéria que tratava a lei anterior (art. 2º da LICC). Manteve-se integrado no tempo, obediente ao princípio da proibição de retrocesso social defendido por J. J. Gomes Canotilho (AC no 598193845). Apelo improvido (Apelação Cível no 70004480182, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Aurélio dos Santos Caminha, Julgado em 15/5/2003).

Joaquim José Gomes Canotilho também reconhece o princípio da proibição do retrocesso.

O princípio da democracia econômica e social aponta para a proibição de retrocesso social. A ideia aqui expressa também tem sido designada como proibição (de ‘contra revolução social’ ou da ‘evolução reacionária’). Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e econômicos (ex.: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjetivo. A ‘proibição de retrocesso social’ nada pode fazer contra as recessões e crises econômicas (reversibilidade factícia), mas o princípio em análise limita a reversibilidade dos direitos adquiridos (ex.: segurança social, subsídio de desemprego, prestações de saúde), em clara violação do princípio da proteção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito econômico, social e cultural, e do núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana.(CANOTILHO, 2004, p. 259).

No Brasil, é pacífico o entendimento de que os direitos fundamentais sociais são garantias constitucionais. Apesar da grande maioria dos doutrinadores entenderem que o princípio da proibição do retrocesso é sinal de segurança jurídica dos preceitos constitucionais, cujo valor absoluto sustenta o núcleo fundamental da Constituição, há outros que entendem que tal princípio não é absoluto. (LIBERATI, 2019). Neste sentido, aponta Jorge Miranda que “há uma relação necessária constante entre a realidade constitucional (efetividade das normas), entre a capacidade do Estado e da sociedade e os direitos derivados a prestações, entre os bens econômicos disponíveis e os bens jurídicos deles inseparáveis.” E, por tudo isso, “só é obrigatório o que seja possível, mas o que é possível torna-se obrigatório.” (MIRANDA, 2019).

Para a discussão em tela, o direito à educação básica assegurado pelo ordenamento jurídico pátrio é sim obrigatório, porém, é necessário algo além para que este seja efetivado,



um elemento moral. Neste sentido, convém tratar da teoria do Mínimo Ético Existencial, que recebeu relevante destaque por parte de dois importantes juristas, Jeremy Bentham e Georg Jellinek. Grande difusor do utilitarismo, Bentham, entendia que valores morais eram responsáveis pelo bem-estar das pessoas. Logo, o direito deveria primar pela moral para que os indivíduos tivessem a maximização da plenitude de vida e conseqüentemente a minimização de seus sofrimentos.

Mais adiante, Jellinek aperfeiçoa este pensamento e trabalha a ideia de que o direito resguarda principalmente os valores imprescindíveis à manutenção da vida em sociedade. Uma vez que a moral é um elemento fundamental para o bom funcionamento do sistema jurídico hodierno. Em estudo sobre o tema, Miguel Reale entende que a moral, como um princípio comportamental a todos impostos, de modo geral, é cumprida. O gargalo reside em fazer com esta seja indispensável para a consecução de um mínimo ético e, que este, seja declarado obrigatório e munido de coercibilidade para que se cumpra aquilo que seja necessário para que se tenha um bom convívio ou bem-estar social. O autor afirma ainda que é necessário fortalecer determinados princípios éticos pois, nem todos, podem ou querem cumprir de modo espontâneo as obrigações morais, mesmo sendo estas indispensáveis a paz social. (REALE, 2009)

Aplicando ao nosso tema, o direito a **educação de qualidade** se enquadra nas obrigações morais que deveriam ser cumpridas mesmo sem a necessidade de “armá-la” com coercibilidade. Mas, que são dotadas de força coercitiva, função desempenhada pelas políticas públicas educacionais para que seja efetivado o direito fundamental social à educação de qualidade. Assim, pode-se afirmar que o direito não é, senão o elemento moral revestido de força normativa com específicas garantias.

#### **1.4 Princípios do *Welfare State***

O Estado do Bem-Estar Social ou *Welfare State* surgiu na Europa Ocidental após a Segunda Guerra Mundial. Considerado uma das mais importantes conquistas da civilização ocidental, concilia um robusto conjunto, cultural, jurídico, social e econômico com ideais de liberdade, igualdade, solidariedade, direitos do trabalho, justiça social e bem estar das populações envolvidas. (DELGADO, 2019)

Porém, é importante mencionar que desde a metade do século XIX, na Alemanha, durante o governo de Otto Bismark, a criação de um programa público de previdência e assistência sociais é considerado o marco introdutório do futuro *Welfare State*. Neste contexto tem-se o estado de bem-estar como seguro social, um programa de compensações por acidentes de trabalho e um programa de seguro saúde para os trabalhadores. (KERSTENETZKY, 2012)

Paulo Bonavides também deu a sua contribuição ao tema e tratou de conceituar este importante ideal.

O Estado social nasceu de uma inspiração de justiça, igualdade e liberdade; é a criação mais sugestiva do século constitucional, o princípio governativo mais rico em gestação no universo político do Ocidente.” Surgem os direitos sociais, que são reconhecidos (educação e direitos trabalhistas) nas legislações e, inclusive, em determinadas Constituições (México, de 1917; Alemanha, Weimar, de 1919; Espanha, de 1931; Itália, de 1947; Lei Fundamental de Bonn, de 1949; Portugal, de 1976; Espanha, de 1978; e Brasil, de 1988), o dever do Estado de proteger a saúde e cuidar da enfermidade e, em geral, diminuir, com sua intervenção, a desigualdade social. (BONAVIDES, 2008)

Apesar de surgir como uma luz para as nações, grandes e numerosos foram os desafios enfrentados pela ideologia política do Estado do Bem-Estar Social. Graves crises econômicas e de regimes como as crises do Liberalismo, em 1929, e do Capitalismo, em 1970, asseveram argumentos contrários como o incalculável peso da implementação de políticas públicas como principal fator de inviabilidade para o *Welfare State*.

Entretanto, apesar das dificuldades enfrentadas em todos países por onde se estruturou, para Maurício Godinho Delgado, o Estado de Bem-Estar Social é totalmente adequado à realidade brasileira, que, deve trabalhar para sua estruturação e aplicação, principalmente para o aperfeiçoamento do sistema tributário que segundo o autor “um dos países mais desiguais do planeta”, ponto primordial para o equilíbrio econômico do Brasil. Assim, assevera:

Somente um Estado de Bem-Estar Social adequado às peculiaridades latino-americanas e brasileiras em particular será capaz de tomar as medidas eficazes assecuratórias de um significativo desenvolvimento econômico capitalista do tipo sustentável, harmonizado com a simultânea construção de igualdade, solidariedade, justiça e bem-estar sociais. O perfil intervencionista do EBES torna naturais políticas públicas imprescindíveis ao desenvolvimento econômico, como, a título ilustrativo, gestão racional do câmbio, gestão racional do crédito e seus juros, políticas interventivas de estímulo a distintos segmentos empresariais e ao emprego, incremento do investimento público e do investimento privado na economia, com reflexos positivos nos índices de emprego, priorização de nichos econômicos estratégicos (energia; saneamento básico; transporte, etc.) e dos nichos sociais estratégicos (saúde; educação; emprego, etc.) a par de outras medidas convergentes. (DELGADO, 2019)

Conclui-se, assim, que o Estado do Bem-estar social se encontra na proteção subsidiada pelo governo para a promoção de condições mínimas de vida, proporcionada por um padrão de renda, acesso à saúde, alimentação, moradia e educação, amparado pelos princípios de igualdade dignidade humana. Não se pretende um estado assistencialista, mas a correção de excessos por meio de uma administração pública eficiente e preocupada em resolver os

principais gargalos da sociedade, que intervenha na economia a fim de gerar empregos, controlar a inflação e melhorar a qualidade de vida da população em geral.

É importante que o Estado de Bem-Estar Social faça jus aos seus ideais originais promovendo a tão almejada redução das desigualdades sociais bem como a justiça social, previstas na Constituição de 1988, nos artigos 3º, “ Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” e 193 “A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.” (BRASIL, 1988)

Por fim, insta ressaltar a importância do direito social à educação infantil de qualidade e sua relação direta entre os direitos sociais e os direitos econômicos que, nas palavras de José Afonso da Silva:

O direito econômico tem uma dimensão institucional, enquanto os direitos sociais constituem formas de tutela pessoal. O direito econômico é o direito da realização de determinada política econômica. Os direitos sociais disciplinam situações subjetivas pessoais ou grupais de caráter concreto. Em certo sentido, pode-se admitir que os direitos econômicos constituirão pressupostos de existência dos direitos sociais, pois, sem uma política econômica orientada para a intervenção e participação estatal na economia, não se comporão premissas necessárias ao surgimento de um regime democrático de conteúdo tutelar dos fracos e mais numerosos. (SILVA, 2019, p. 288)

Assim, para a efetivação do direito à educação infantil básica com o tão sonhado acesso irrestrito a um sistema público de ensino de qualidade é extremamente necessário uma política econômica estatal eficiente e equânime baseada em princípios do Bem-estar social que, não só ofereça o mínimo para uma educação digna mas, que proporcione o mínimo ético, com qualidade comprovada.

### **1.5 Políticas Públicas Educacionais No Estado De Goiás - Lei Complementar 26/98**

Como desdobramento da Constituição de 1988, artigo 25, cabe a cada estado, conforme as suas necessidades e demandas específicas, a construção da legislação que complemente os direitos fundamentais sociais à educação. Em Goiás, existe alguns diplomas e movimentos institucionais neste sentido, como a Lei complementar 26/98 mas, antes veremos alguns marcos para a educação goiana a partir de 1950.

O atendimento em educação infantil básica no Estado foi iniciado por instituições filantrópicas e religiosas como a Creche Anália Franco, criada em 1958. No entanto, com o viés

assistencialista, sem o apoio do poder público não se pode enxergar como a implementação de um direito constitucional.

A primeira creche pública foi criada pela prefeitura de Goiânia na década de 1970, através da Fundação Municipal do Desenvolvimento Comunitário (Fundec), a Creche Tio Romão. Em 1983, foi criado o Centro Infantil Tio Oscar. E, ainda na década de 1980 outras iniciativas governamentais, como a inauguração da Casa da Criança e do Projeto Creche (1984) pela Fundação das Legionárias do Bem Estar Social, buscaram viabilizar a operacionalização de atividades com crianças na faixa etária de três a cinco anos, de famílias de média e baixa renda. “O Estado manteve uma política de expansão dos atendimentos e de contratação de profissionais, especialistas em diferentes campos, contando com “ajuda diversa” de creches particulares de caráter filantrópico”. (BARBOSA, 2005).

Em dezembro de 1996, foi publicada a Lei de Diretrizes Básicas da Educação Brasileira, a Lei nº 9.394/96. Considerada um marco para a educação no país, ela regulamenta o sistema educacional público e privado, da educação básica ao ensino superior. A LDB estabelece as diretrizes e bases da educação nacional e visa organizar o sistema educacional de modo a possibilitar a todos o acesso ao direito a educação, definindo o dever da União, Estados e Municípios na implementação dos instrumentos necessários para o alcance do que se propõe a LDB.

No ano de 1998, é criado o Conselho Municipal de Educação (CME), responsável por criar as primeiras normas de Educação Infantil no plano municipal, regulamentando a organização e o funcionamento das instituições de Educação infantil públicas e privadas. No ano seguinte houve a migração de 13 unidades e de 64 convênios de instituições filantrópicas da Fundec para a Secretaria Municipal de Educação. (BARBOSA, 2005).

O Conselho Municipal de Educação (CME), estabelecido em 1998, fixou as primeiras normas para a Educação Infantil no Sistema Municipal de Ensino, através da Resolução-CME N.014/99 – substituída pela Resolução N. 088 (20/08/2003). Regulamentou vários aspectos da organização e funcionamento das instituições, além de estabelecer critérios e procedimentos para o cadastramento e autorização de funcionamento de todas as instituições de educação infantil do município de Goiânia, públicas e privadas. Dessa forma, visava à integração das creches e pré-escolas ao Sistema Municipal de Ensino, conforme determinação da LDB/96, colocando-as sob inspeção, avaliação e controle do próprio Conselho. (BARBOSA, 2005, p. 5)

Ao voltar um pouco no tempo para entender a origem da LDB goiana, é possível perceber que, diante desta análise, em abril de 1997, um grupo formado por representantes da Universidade Federal de Goiás – UFG, especificamente da Faculdade de Educação, Sindicato dos Trabalhadores em Educação no Estado de Goiás (Sintego), Universidade Católica de Goiás

(PUC-Goiás, hoje), Secretaria Estadual de Educação e Cultura, Secretaria Municipal de Educação, Câmara Municipal de Goiânia, Delegacia regional do Mec e alunos e professores que reativaram o Fórum Estadual em Defesa da Escola Pública, decidiram realizar a hermenêutica coletiva da Lei Nacional e construir uma lei democrática para o Ensino de Goiás.

Organizaram-se em Grupos de Estudos – GT sob a coordenação da Faculdade de Educação da UFG e discutiram intensamente vários temas fundamentais para uma LDB abarcando a Educação Infantil, Ensino Fundamental, Médio, Superior, Especial, Profissional, Educação de Jovens e adultos, Educação à Distância e a organização do sistema de ensino no Estado. A discussão se estendeu para Fóruns sobre o tema até chegar, já em forma de anteprojeto, ao Plenário da Câmara em junho de 1997. Após várias sessões plenárias, e a sanção do governador da versão aprovada pelo legislativo, em 28 de dezembro de 1998, foi aprovada a Lei Complementar nº 26 – LDB do estado de Goiás.

A doutora Mirza Seabra Toschi, em parceria com a também doutora em Educação Marlene Faleiro, em uma obra coletiva, fizeram uma importante análise sobre a LDB goiana comparando-a com a LDB Nacional publicada em 1996. Vejamos um trecho:

Comparando-os as duas leis, há que se considerar também um avanço, pois essa última versão implica em considerar que nas instituições educacionais (creches, pré-escolas) não ocorre apenas uma “distribuição” do conhecimento e sim a sua construção e reconstrução. Reconhece-se, dessa forma, que a criança possa aprender e mediar sentimentos, pensamentos e ações sobre a realidade, com a possibilidade, assim de transformá-la. No tocante às responsabilidades do Estado diante da Educação Infantil, a versão estadual ganhou uma redação mais incisiva. Enquanto na LDB Nacional a Educação Infantil deveria ser apenas “oferecida” na versão estadual ela passa ser “assegurada”, o que traz peso considerável maior. Incluiu-se ainda que esta oferta seria “preferencialmente em estabelecimentos públicos”, a fim de selar o compromisso de Estado com a Educação da criança pequena. (FALEIRO; TOSCHI, 2001, p. 9)

No mesmo raciocínio, as autoras consideram que apesar de conter importantes avanços, há perdas significativas no texto da LDB Nacional, especialmente no que se refere a não existência de um sistema nacional de educação e também pela não realização do Fórum Nacional da Educação que seria responsável por elaborar, com a efetiva participação da sociedade, um Plano Nacional de Educação. (FALEIRO; TOSCHI, 2001). Posteriormente, outras políticas públicas foram criadas, mas o destaque vai para o Pacto pela Educação, criado em 2011, que propôs uma grande reforma no sistema educacional goiano, o documento trazia alterações ousadas impostas por meio de diretrizes, metas e ações com grande repercussão voltadas para cinco eixos: valorizar e fortalecer o profissional da educação; adotar práticas de ensino de alto impacto no aprendizado do aluno; reduzir significativamente a desigualdade

educacional; estruturar sistema de reconhecimento e remuneração por mérito; realizar profunda reforma na gestão e na infraestrutura da rede estadual de ensino. Tais eixos desdobram-se em 10 (dez) metas gerais e 25 (vinte e cinco) iniciativas. (SILVA, 2014).

Vários são os pontos positivos deste pacto, chama a atenção a proposta de melhoria nas condições de trabalho para o professor, sujeito principal no processo de aprendizagem, recebe a previsão de um reconhecimento nunca antes tido por meio de um plano de cargo e salário, assim, “a carreira de professor será uma das mais atrativas do estado” por meio do pagamento o “piso nacional e aumentar o salário de entrada.” (PACTO PELA EDUCAÇÃO, 2011).

Para cumprir o piso salarial determinado pelo MEC, o Governo de Goiás incorporou as gratificações dos professores por titularidade ao salário base, ou seja, por meio de uma mecanismo contábil redirecionou a verba destinada ao pagamento das gratificações para o pagamento do piso, que naquela época era de R\$1.395,00 para a categoria PI (nível médio) e de R\$2.026,03 para PIII (Licenciatura Plena) (SINTEGO, 2014). Para completar o conjunto de perdas no Plano de Carreira, a pós-graduação lato sensu deixa de ser gratificada, o mestrado que era de 40% caiu para 10% e doutorado de 50% para 20%. (SILVA, 2014).

Acerca do eixo que visa reduzir significativamente a desigualdade educacional, foi abordada apenas a realidade escolar, ou seja, apenas daqueles que estiverem dentro do sistema de ensino goiano, foi totalmente silente quanto ao grande gargalo que é a ausência de vagas para atendimento da grande demanda existente no estado. Tema central deste trabalho, esteve presente na LDB, porém não foi tratado no Pacto, uma grande lacuna que não foi reparada pelas políticas criadas posteriormente, o que nos obriga voltar novamente os olhos para Lei Complementar nº 26 de 1998.

A referida lei representou um importante avanço para a área, com um texto amplo, que tratou de importantes gargalos do sistema educacional goiano. Estabeleceu que na educação infantil fosse assegurada, preferencialmente em estabelecimentos públicos e, não simplesmente oferecida, termo que encontramos na LDB Nacional, lei nº 9.394/96. Criando assim uma obrigação permanente para o sistema, além da obrigatoriedade de ter o número de vagas necessário para atender a demanda do estado em certas faixas etárias. (BARBOSA, 2005).

Eis o cerne da presente pesquisa, a lacuna de políticas públicas que garantam o atendimento escolar para todas as crianças entre 0 e 6 anos como prevê o artigo 39 da LDB goiana. “A educação infantil é assegurada em creches para crianças de zero a três anos, e em pré-escolas para as de quatro a seis anos, preferencialmente, em estabelecimentos públicos, constituindo-se em direito da criança e de seus pais.” (BRASIL, 1988).

É neste ponto que os poderes executivo e judiciário goianos se chocam. Diante da alta procura por vagas em creches e Cmeis, em todo o estado e a constatação da inexistência de vagas, surge o fenômeno conhecido por “Judicialização” que será discutido no próximo capítulo. Desta forma, é levada a apreciação do Poder Judiciário os casos em que, diante da negativa de vagas em estabelecimentos próximos a residência da criança, conforme preconiza a Carta Magna em seu artigo 208, “O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: IV - atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade”.

Já no ano de 2014, por meio da Lei 13.005/2014 foi criado o Plano Nacional da Educação (PNE), um importante mecanismo de efetivação de políticas públicas educacionais. Com a vigência de 10 anos (2014-2024), é considerado a grande base atual do Sistema Nacional de Educação. O referido plano conta com relevantes diretrizes, como: a erradicação do analfabetismo; a universalização do atendimento escolar; a superação das desigualdades educacionais, com ênfase na promoção da cidadania e na erradicação de todas as formas de discriminação; a melhoria da qualidade da educação; a formação para o trabalho e para a cidadania, com ênfase nos valores morais e éticos em que se fundamenta a sociedade; a promoção do princípio da gestão democrática da educação pública; a promoção humanística, científica, cultural e tecnológica do País; o estabelecimento de meta de aplicação de recursos públicos em educação como proporção do Produto Interno Bruto - PIB, que assegure atendimento às necessidades de expansão, com padrão de qualidade e equidade; a valorização dos (as) profissionais da educação; a promoção dos princípios do respeito aos direitos humanos, à diversidade e à sustentabilidade socioambiental. (TOSCHI, 2003)

Para que seja implementada esta importante política pública, é fundamental a previsão de um orçamento que torne possível o cumprimento de toda as metas estipuladas no plano. O que, por inúmeras razões não ocorre. Tal omissão é terrível e acaba por acarretar prejuízos incontável para a sociedade e gerar um número considerável de demandas judiciais no sentido de tentar assegurar o direito básico à educação que será obtido por meio do acesso às instituições públicas de ensino, conforme assegura a Constituição.

## 2 JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

A judicialização é um fenômeno recorrente quando, a partir de uma norma constitucional que anuncie direitos a determinados destinatários, depreende-se uma pretensão objetiva ou subjetiva que será levada à apreciação do poder judiciário. Neste caso, caberá ao juiz decidir sobre referido direito, mesmo se este já tiver sido desdobrado em alguma política pública implementada ou não. Não raro, é possível identificar a omissão do poder público em determinadas ações que podem ser consideradas como obrigações sociais para com a sociedade impostas pelo constituinte originário. Neste momento, verifica-se um nítido conflito de interesses onde o Estado e os destinatários destes direitos sociais buscam judicialmente as vantagens constitucionais que lhe são devidas.

Assim, na medida em que se torna cada vez mais recorrente e crescente os casos em que tal inércia estatal é revelada, as demandas judiciais neste sentido brotam. Segundo Barroso “A judicialização, no contexto brasileiro é um fato, uma circunstância que decorre do modelo jurisdicional que se adotou e, não um exercício deliberado da vontade política” (BARROSO, 2019). Observem o recente julgado que traz a atuação do Supremo Tribunal Federal na efetivação dos direitos relacionados à educação. Tal caso reafirma a tese de que a omissão estatal no que tange a concretização dos direitos fundamentais gera demandas ao Poder Judiciário com muita frequência. Segue ementa do julgado ARE 639337 AgR, do Relator Ministro Celso de Mello:

DESCUMPRIMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DEFINIDAS EM SEDE CONSTITUCIONAL: HIPÓTESE LEGITIMADORA DE INTERVENÇÃO JURISDICIONAL. O Poder Público – quando se abstém de cumprir, total ou parcialmente, o dever de implementar políticas públicas definidas no próprio texto constitucional – transgredir, com esse comportamento negativo, a própria integridade da Lei Fundamental, estimulando, no âmbito do Estado, o preocupante fenômeno da erosão da consciência constitucional. Precedentes ADI 1.484/DF, Rel. Min. Celso de Melo, v.g. – A inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e configura, por si mesmo, comportamento que deve ser evitado. É que nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar um Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem ajustados à conveniência e aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos. – A intervenção do Poder Judiciário, em tema de implementação de políticas governamentais previstas e determinadas no texto constitucional, notadamente na área da educação infantil (RTJ 199/1219-1220), objetiva neutralizar os efeitos lesivos e perversos, que, provocados pela omissão estatal, nada mais traduzem senão inaceitável insulto a direitos básicos que a própria Constituição da República assegura à generalidade das pessoas. (ARE 639337 AgR, Relator: Min. Celso



Diante de um relevante movimento de judicialização das Políticas Públicas, fica evidente o papel do Judiciário na aplicação dos direitos sociais, uma vez que eles asseguram o bem-estar material para todos os membros da sociedade. Uma tarefa bastante complexa que deve observar os limites do direito e do Poder Judiciário.

## **2.1 Omissão estatal como propulsora de demandas no Poder Judiciário**

Omissão<sup>6</sup> é deixar de fazer ou dizer alguma coisa. Também pode ser entendido como deixar de lado, desprezar ou esquecer algo ou alguém. O Direito Penal entende por omissão algo que deixa de ser feito quando a pessoa estaria obrigada a fazê-lo por norma jurídica, ou teria condições para tal sendo imputado crime. Pelo significado jurídico, a omissão é o contrário da ação. A ação é o agir positivo, e a omissão o agir negativo, a não ação (inércia). Neste contexto, o Estado também pode ser omissor e, para aferição do agir do Estado foi criada a Teoria da Responsabilidade do Estado que é decorrente da falta de realização por meio de algum comando ou atividade que lhe é imposta, mostra-se controversa, tanto na doutrina, quanto na jurisprudência, pois é possível encontrar decisões do STJ e do STF que tratam de responsabilidade objetiva e outras que tratam como responsabilidade subjetiva.

Observa-se o desenvolvimento e estudo do tema em correntes. A primeira corrente sustenta que a responsabilidade do Estado pela omissão será sempre objetiva, seja nos casos de omissão, seja nos de comissão. Esta é a tese defendida pelo professor Hely Lopes Meirelles. Para ele, o artigo 37,§ 6º, da Constituição Federal de 1988, não faz distinção entre ação ou omissão. Logo, não cabe ao intérprete fazê-lo. A segunda corrente entende que a responsabilidade do Estado seria sempre subjetiva. Posição defendida pelo decano da Suprema Corte Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>2</sup>, o artigo 37,§ 6º, da Constituição Federal de 1988, abrangeria apenas as ações, não atingindo as omissões. Segundo o Ministro, apenas a ação pode originar um dano, a omissão não possui essa capacidade, sob pena de caracterizar o Estado como um garantidor universal. Esta é a posição majoritária da doutrina. (MEIRELES, 2016).

Finalmente, a terceira corrente fala em omissão genérica e específica. Na omissão genérica não haveria omissão alguma, mas já na omissão específica teríamos a responsabilidade objetiva, conforme defende Sergio Cavalieri Filho. Na omissão genérica, o Estado é omissor, pois não cumpriu um dever genérico que lhe é imposto. É o que ocorre, por exemplo, com a

---

<sup>6</sup> Omissão. In: DICIO, Dicionário Online de Português. Porto: 7 Graus, 2020. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/omissao/>. Acesso: 21 set. 2020.

segurança pública. (CAVALIERI FILHO, 2018).

Como o Estado não tem condições de garantir a absoluta segurança em todos os lugares, não há como imputar eventual responsabilidade ao Estado nesta situação. Logo, estará submetida ao princípio da reserva do possível, ou seja, na medida do possível o serviço da segurança pública será prestado. (MEIRELLES, 2016). Dessa forma, o Estado responde de forma objetiva pelas suas omissões, desde que ele tivesse obrigação legal específica de agir para impedir que o resultado danoso ocorresse. Assim, a responsabilidade civil do Estado constitui-se em indispensável mecanismo de defesa do indivíduo face ao Poder Público. (MEIRELLES, 2016).

Embora existam diversas correntes, vem se consolidando a ideia de que as pessoas jurídicas de direito público respondem objetivamente pelos danos que causarem a terceiros, tanto por atos comissivos quanto por atos omissivos, desde que, nestes últimos, fique demonstrado o nexo causal entre o dano e a omissão específica do Poder Público, conforme delineado pela terceira corrente. Há omissão legislativa sempre que o legislador não cumpre (ou cumpre insuficientemente) o dever constitucional de concretizar imposições constitucionais concretas. Ele pode não agir (omissão total) ou tomar medidas insuficientes ou incompletas (omissão parcial). (MEIRELLES, 2016).

Joaquim José Gomes Canotilho é um dos responsáveis pelo dirigismo da nossa Constituição e sua classificação como norma programática e dirigente. O que lhe permite ser considerada uma transformadora da realidade social, repleta de vários direitos e garantias fundamentais impõe um dever de agir aos órgãos estatais, responsáveis pela criação e execução de políticas públicas. (CANOTILHO, 2004). No intuito de conferir mais proteção aos direitos fundamentais, a Constituição Federal de 1988 apresenta alguns preceitos extremamente relevantes. O primeiro consiste no artigo 5º, parágrafo 1º, pelo qual se determina que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Por tal dispositivo, todas as autoridades estatais, incluindo o Poder Legislativo, estão vinculadas aos direitos fundamentais. Assim, tanto as ações do Poder Público que excessivamente restringem algum direito fundamental além dos limites permitidos pela Constituição, como as omissões que impedirem ou dificultarem seu exercício, são passíveis de controle judicial (CANOTILHO, 2004).

Tomemos como exemplo a construção e o planejamento do orçamento público que são definidos com base em três leis que, conforme orienta a Constituição Federal de 1988, no artigo 165, são de iniciativa do chefe do Poder Executivo. “Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão: I - o plano plurianual; II - as diretrizes orçamentárias; III - os

orçamentos anuais.”

Assim, a Lei do Plano Plurianual (PPA), Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e a Lei Orçamentária Anual (LOA). Em suma, o Plano Plurianual prevê a arrecadação e os gastos em programas e ações em um período de 4 (quatro) anos. A LDO estabelece metas e prioridades para o exercício financeiro, orienta e elaboração do orçamento e faz, quando necessárias, as alterações na legislação tributária. Por último, a LOA prevê receitas e fixa as despesas para um ano, observando as prioridades já definidas nas outras duas leis, especificando e detalhando quanto será gasto em cada programa ou ação governamental. Destarte, entende-se que o orçamento criado seja suficiente para criar todas as políticas públicas necessárias para a promoção da igualdade, desenvolvimento econômico e social tão esperados pela sociedade. Porém, não é o que se vê, pelo contrário. A criação destes orçamentos é repleta de omissões e, muitas das vezes não atendem ao mínimo esperado.

Já criados, e constatada a falta de previsão e comando para a criação ou efetivação de políticas públicas já criadas, surge a alegação de escassez de recursos que, para Ada Pellegrini Grinover deverá ser provada, senão vejamos:

A alegação pelo Poder Público da falta de recursos não é suficiente e deverá ser provada pela própria Administração, sendo aplicável, neste particular, a inversão do ônus da prova previsto no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, ou a flexibilização do ônus da prova previsto no art. 333, do CPC, justamente para atribuir a carga da prova à parte que estiver mais próxima dos fatos e tiver mais facilidade de prová-los. Ainda que a insuficiência de recursos seja devidamente comprovada, deverá ser determinado ao Poder Público que inclua na próxima proposta orçamentária a verba necessária para a implementação da política pública. (GRINOVER, 2011, p. 245).

No mesmo sentido, defende Ingo Wolfgang Sarlet: “A impossibilidade de atendimento da demanda diante da alegação da reserva do possível deve ser demonstrada pelo Poder Público, a quem incumbe o ônus da prova, a fim de que não se torne um entrave burocrático na concretização dos direitos sociais prestacionais.” (SARLET, 2018, p. 92) Por último, assevera ainda Sérgio Arenhart:

Na realidade, impende lembrar que os direitos fundamentais admitem concreção gradual, de forma que podem ser implementados paulatinamente, segundo as possibilidades de cada Estado. Esta implementação gradual, todavia, não pode autorizar que, sob o pretexto da indisponibilidade financeira do Estado, possa este furtar-se de realizar o mínimo cabível, dentro da exigência razoável que suas condições autorizariam. (ARENHART, 2009, p. 18).

O segundo diz respeito ao comando previsto no artigo 5º, parágrafo 2º, pelo qual os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos

princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Pelo referido preceito, estabelece-se uma cláusula de abertura, fazendo com que o catálogo de direitos fundamentais (já bastante extenso) não tenha caráter taxativo. Dessa maneira, a Constituição se abre para outras fontes normativas, especialmente os tratados e as convenções internacionais de direitos humanos, compondo, assim, um bloco de constitucionalidade, cujo eixo é os direitos humanos e fundamentais. (CANOTILHO, 2004).

Por último, a Constituição inovou ao introduzir tanto o mandado de injunção, quanto a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, instrumentos por meio dos quais se busca combater as omissões inconstitucionais. Assim, a jurisdição constitucional do STF é voltada tanto para fiscalizar as ações dos demais poderes, como suas omissões. (CANOTILHO, 2004). As inovações trazidas pela Constituição Federal de 1988, o Mandado de Injunção e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – ADO, visam tratar uma “doença” chamada de Síndrome da Inefetividade das Normas Constitucionais que atacam as normas de eficácia limitada, aquelas cuja aplicabilidade é mediata e reduzida e efeitos jurídicos negativos, segundo a classificação de José Afonso da Silva (SILVA, 2019).

Em um universo gigantesco de doutrinadores, há aqueles que entendem que estes mecanismos possibilitam o número elevado de demandas no Poder Judiciário (fenômeno da Judicialização) e deixam margem para o ativismo judicial, por vez muito criticado também. O ponto chave não está nos mecanismos inovadores trazidos pela Carta de 1988. De fato, a celeuma se instaura quando ocorre há omissão legislativa e é preciso, por meio do Poder Judiciário, obter a concretização dos direitos anunciados na Constituição, mas carentes de regulamentação. Tal omissão ou inércia do Poder Legislativo causa um excesso de ações no Poder Judiciário, o que chamamos de Judicialização, problema grave, que poderia ser evitado pela ação do Poder Legislativo no devido cumprimento de sua função típica. (GRINOVER, 2011).

Por outro lado, o aumento considerado de tais demandas foi visto de forma positiva, principalmente por movimentos que defendem o acesso e a aplicação dos direitos fundamentais tais como expresso na Constituição, pois tem lançado luz a questões até então não suscitadas e até mesmo “esquecidas” pelos poderes Executivo e Legislativo. (GRINOVER, 2011). Além da possibilidade de responsabilização, esta, já conhecida por todos, deseja aqui demonstrar uma das principais consequências da omissão estatal: a judicialização. Conceituemos então o termo:

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo — em cujo âmbito se encontram o presidente da República, seus ministérios

e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro. A seguir, uma tentativa de sistematização da matéria. (BARROSO, 2009, p 15).

Barroso cita ainda algumas causas para o fenômeno aqui retratado, a primeira grande causa da judicialização foi a redemocratização do país, que teve como ponto culminante a promulgação da Constituição de 1988. Nas últimas décadas, com a recuperação das garantias da magistratura, o Judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado e se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros Poderes. (BARROSO, 2009).

A segunda causa foi a constitucionalização abrangente, que trouxe para a Constituição inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária. Essa foi, igualmente, uma tendência mundial, iniciada com as Constituições de Portugal (1976) e Espanha (1978), que foi potencializada entre nós com a Constituição de 1988. A Carta brasileira é analítica, ambiciosa, desconfiada do legislador. Como intuitivo, constitucionalizar uma matéria significa transformar Política em Direito. Na medida em que uma questão — seja um direito individual, uma prestação estatal ou um fim público — é disciplinada em uma norma constitucional, ela se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica, que pode ser formulada sob a forma de ação judicial. Por exemplo: se a Constituição assegura o direito de acesso ao ensino fundamental ou ao meio-ambiente equilibrado, é possível judicializar a exigência desses dois direitos, levando ao Judiciário o debate sobre ações concretas ou políticas públicas praticadas nessas duas áreas. (BARROSO, 2009).

A terceira e última causa da judicialização, citada pelo autor, é o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, um dos mais abrangentes do mundo. Referido como híbrido ou eclético, ele combina aspectos de dois sistemas diversos: o americano e o europeu. Assim, desde o início da República, adota-se entre nós a fórmula americana de controle incidental e difuso, pelo qual qualquer juiz ou tribunal pode deixar de aplicar uma lei, em um caso concreto que lhe tenha sido submetido, caso a considere inconstitucional. Por outro lado, trouxemos do modelo europeu o controle por ação direta, que permite que determinadas matérias sejam levadas em tese e imediatamente ao Supremo Tribunal Federal. A tudo isso se soma o direito de propositura amplo, previsto no artigo 103, pelo qual inúmeros órgãos, bem como entidades públicas e privadas — as sociedades de classe de âmbito nacional e as confederações sindicais — podem

ajuizar ações diretas. Nesse cenário, quase qualquer questão política ou moralmente relevante pode ser alçada ao STF. (BARROSO, 2009). Uma vez provocada, a justiça não pode se eximir de julgar. Assim, os Tribunais vêm pautando suas decisões no princípio da razoabilidade para a concessão ou não das pretensões dos indivíduos relativos a obrigar o Estado a prestar algo.

## **2.2 O controle judicial das políticas públicas**

Ao realizar um breve retrospecto do tema aqui proposto, pode-se afirmar que as políticas públicas são indispensáveis à efetivação de direitos fundamentais, mas dependem, em todos os casos, de ações do estado, estes, por vezes esbarram nas limitações orçamentárias, defendidas sob o prisma da reserva do possível. É neste momento que acontece o conflito entre o mínimo existencial que deve ser proporcionado pela administração pública, conforme as diretrizes impostas pela Constituição e a referida limitação de recursos financeiros do estado. A fim de tentar dirimir a constante celeuma, o Poder Judiciário é acionado e procede o chamado controle Judicial das Políticas Públicas. Para Sérgio Arenhart, o controle judicial das políticas públicas será sempre possível e até necessária para a consecução de um benefício para a sociedade.

Sempre, pois, será possível o controle judicial das políticas públicas – mesmo diante da reserva do possível – quando se tratar de garantir direitos fundamentais mínimos. Idêntica posição se pode exigir do Poder judiciário, à toda evidência, quando o argumento da “reserva do possível” não encontrar respaldo concreto, ou seja, quando o Estado dele se valha apenas para deixar de garantir interesse relevante. Verificada a ausência de qualquer limitação financeira, ou a aplicação de recursos públicos em finalidade evidentemente menos importante do que aquela a ser protegida, cumpre afastar o limite ora estudado, sendo imponível a prestação para o Estado. (ARENHART, 2009)

Há uma importante questão no que tange ao controle judicial de políticas públicas, e diz respeito aos limites que devem ser observados pelos magistrados no ato de decidir em uma ação que envolva políticas públicas. Inevitavelmente, a necessidade de efetivação dos direitos sociais previstos na Carta Maior dá a tônica destes limites, uma vez que, ao ser provocado, investido de jurisdição, espera-se do magistrado uma postura mais proativa, com mais liberdade interpretativa, capaz de intervir na política do estado e garantir concretização destes direitos. Acerca do papel político do magistrado, Arenhart faz uma interessante reflexão:

A fim de enfrentar a questão posta, um pressuposto merece ser ponderado: o juiz, atualmente, não é mais visto como simples aplicador do direito. Seu papel, na atualidade, foi alterado de mera ‘boca da lei’, como queria o liberalismo clássico, para verdadeiro agente político, que interfere diretamente nas políticas públicas. Este papel se faz sentir em todas as oportunidades em que o magistrado é levado a julgar. Não há dúvida de que um juiz, que deve decidir sobre a outorga ou não de certo benefício previdenciário a alguém,

interfere, mesmo que de forma mínima, em uma política pública. Sua decisão importará a alocação de mais recursos, a alteração de certos procedimentos (para atender ao caso concreto), além de representar um paradigma para outras pessoas e situação equivalente. (ARENHART, 2009, p. 21).

Tal pensamento parece ir na contramão do Sistema denominado pelos norte-americanos checks and balances - dos freios e contrapesos - também adotado no Brasil que, apesar de não pregar a separação absoluta dos “Poderes”, presume um rol constitucionalmente previsto de funções típicas e atípicas, evidenciando a vedação de usurpação ou invasão de competência por parte dos poderes. Efetivando-se assim a consagrada visão de Montesquieu: “O poder deve limitar o poder, para evitar o abuso de poder”. Chamando a atenção para a existência de um controle recíproco (sistema de freios e contrapesos) no ordenamento jurídico pátrio. O que, em tese, favorece a necessidade de um controle Judicial de Políticas Públicas se ferir o princípio da Separação dos Poderes. (MORAES, 2017). Nessa esteira, também ensina Eduardo Áppio que:

A separação dos poderes se assenta na especialização das funções do Estado e não veda o exercício, a título ocasional, de uma determinada função por órgão não-especializado, desde que compatível com sua atividade fim. Já a reserva absoluta da lei implica a destinação específica da regulação de uma determinada matéria – inclusive as formas de exercício de um determinado direito – à atividade legislativa, a qual não pode ser exercida pelos membros dos demais Poderes. É da própria natureza do Poder Judiciário interferir sobre o exercício das atividades dos demais Poderes, na medida em que é o Poder constitucionalmente responsável pela função de verificar a compatibilidade destas atividades com a Constituição Federal. Andreas Krell recorda, neste sentido, que “na medida em que as leis deixam de ser vistas como programas condicionais e assumem a forma de programas finalísticos, o esquema clássico de divisão de poderes perde sua atualidade. (APPIO, 2012, p. 63)

Na teoria clássica da separação dos poderes, o juiz era considerado “la bouche de la loi” (a boca da lei). Isto já representava um notável avanço, pois retirava o arbítrio, sujeitando o juiz ao império da lei, ou seja, à norma geral e abstrata proveniente do Poder Legislativo. (GRINOVER, 2011). Já em 1891, os Estados Unidos da América haviam introduzido em seu sistema a judicial review, a partir do controle da constitucionalidade inaugurado pelo juiz Marshall no famoso caso Madison versus Marbury, em que se afirmou a supremacia da Constituição, a ser aferida em relação à lei, que poderia assim ser fulminada. Convém lembrar que o sistema constitucional brasileiro tem suas raízes no norte-americano. No Brasil, durante muito tempo os tribunais autolimitaram-se, entendendo não poder adentrar o mérito do ato administrativo e, conseqüentemente efetuar tal controle. (GRINOVER, 2013).

Em 1965, a Lei da Ação Popular (Lei n. 4.717/65) possibilitou ao Judiciário brasileiro a apreciação do mérito do ato administrativo, ao menos nos casos dos arts. 4o, II, b, e V, b, do

referido diploma, “elevando a lesão à condição de causa de nulidade do ato, sem necessidade do requisito da ilegalidade”. (GRINOVER, 2013 ). Importante lembrar que o ilustre mestre José Afonso da Silva preconizava que sempre se possibilitasse a anulabilidade do ato por simples lesividade. (SILVA, 2019).

Foi a Constituição de 1988 que proporcionou a verdadeira mudança em termos de ação popular, o art. 5o, inc. LXXIII, introduziu a seguinte redação:

Art. 5o, inc. LXXIII: “Qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência. (BRASIL, 1988)

Para Ada Pellegrini: “o controle, por via da ação popular, da moralidade administrativa não pode ser feito sem o exame do mérito do ato gerado. Trata-se, aqui, de mera lesividade, sem o requisito da ilegalidade”. (GRINOVER, 2013 ).

Cândido Dinamarco também entende que foi a ação popular que possibilitou ao Judiciário a análise do mérito do ato discricionário, devendo-se a ela a “desmistificação do dogma da substancial incensurabilidade do ato administrativo”, provocando “sugestiva abertura para alguma aproximação ao exame do mérito do ato administrativo”. (DINAMARCO, 2000).

Fechando o chamado arcabouço histórico da legitimidade do controle judicial de políticas públicas, é importante citar a relevante contribuição trazida com a edição das EC. 14/96, e EC. 45/2004, que trataram especificamente do tema. Com a edição da primeira emenda, novas garantias foram acrescentadas ao texto constitucional original, entre eles podemos citar a possibilidade de intervenção da União no Estados caso não haja a destinação do percentual mínimo (25%) exigido à educação e a criação do FUNDEF – Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental de Valorização do magistério, transformada pela EC. 53/2006, em FUNDEB (Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos profissionais da educação). E, de igual modo poderá ocorrer tal intervenção dos Estados para os seus respectivos municípios, caso não haja o repasse do percentual mínimo.

Convém ainda finalizar citando o Estatuto da Criança e do Adolescente criado em 1990, considerado um importante documento jurídico que reafirma a necessidade de efetivação do direito à educação no Brasil. Entre outros, o estatuto prevê o direito à educação, bem como o respeito por parte de seus educadores, acesso à escola próxima de sua residência, contestar os critérios avaliativos, ter ciência do processo pedagógico, entre outros.

Conforme apregoa a doutrina, o controle judicial das políticas públicas pode se dar em três momentos distintos, conforme ensina Eduardo Appio: “o controle judicial das políticas



públicas pode-se, portanto, dar em três momentos distintos, ou seja, na sua formulação, execução ou avaliação”. (APPIO, 2012).

Para Ana Paula de Barcellos, o controle judicial de políticas públicas em sede de direitos fundamentais identifica em cinco objetos principais, nos seguintes termos:

É possível cogitar de 5 (cinco) objetos distintos (sem prejuízo de outros), ainda que interligados, que podem ser agrupados em dois grupos. No primeiro bloco, será possível controlar, em abstrato, (i) afixação de metas e prioridades por parte do Poder Público em matéria de direitos fundamentais; em concreto, será possível cogitar do controle (ii) do resultado final esperado das políticas públicas em determinado setor. No segundo grupo, é possível controlar ainda três outros objetos: (iii) a quantidade de recursos a ser investida, em termos absolutos ou relativos, em políticas públicas vinculadas à realização de direitos fundamentais, (iv) o atingimento ou não das metas fixadas pelo próprio Poder Público, e (v) a eficiência mínima na aplicação dos recursos públicos destinados a determinada finalidade. Como é fácil perceber, os dois primeiros objetos de controle se ocupam do conteúdo das políticas públicas em si, ao passo que os três últimos pretendem controlar aspectos do processo de decisão e execução de políticas levado a cabo pelo Poder Público. (BARCELLOS, 2002, p. 116)

Diante disso, o controle de políticas públicas realizado pelo Poder Judiciário deve ser visto como uma regra e, não como exceção. O judiciário deve ser atuante na proteção contra eventuais abusos e omissões oriundas de outros poderes, pois, ainda que existam limites para a sua atuação, não pode se furtar a esse papel. (ARENHART, 2009).

Vencida a problemática apresentada concernente a separação dos poderes como empecilho a concretização do controle realizado pelo judiciário, e estabelecido os limites de atuação do juiz perante casos desta natureza, pacifica assim a legitimidade para o referido controle que, na visão de Luiz Barroso, “Ainda que os magistrados não tenham o voto popular, desempenham, por legitimação da própria Constituição Federal, um poder político, capaz inclusive de invalidar atos dos outros dois Poderes. A legitimidade, portanto, é normativa, e decorrente da própria Constituição Federal” (BARROSO, 2009).

### *2.2.1 Critérios para o Controle Judicial de Políticas Públicas*

Conforme preconiza a Constituição Federal, criação de políticas públicas se dará por meio de leis emanadas do Poder Legislativo. Já a sua execução ficará a cargo do Poder Executivo competente. Desta forma é importante analisar alguns critérios para a efetivação de controle por parte do Judiciário.

Segundo Eduardo Appio, a execução das políticas públicas depende, necessariamente, da prática de atos administrativos. A omissão ou a prática incorreta desses atos podem ensejar a atuação do Poder Judiciário. Entretanto, a revisão judicial deve obedecer a certos critérios como:

1º) a política social já se encontra abstratamente prevista na lei ou na Constituição e corresponde à outorga de direitos coletivos; 2º) o Poder Executivo ainda não implementou a política social prevista na Constituição; 3º) o Poder Executivo, ao implementar a política social, rompeu com o princípio da isonomia (atendimento parcial de um dever constitucional). O autor coletivo deverá, ainda, preencher os seguintes requisitos específicos: 1º) deverá indicar a fonte de financiamento da implantação ou extensão de um programa social; e 2º) terá de respeitar a lei orçamentária anual (princípio da reserva da atividade legislativa). (APPIO, 2012, p. 213)

Neste diapasão, o mesmo autor elenca quais as políticas estão passíveis de controle judicial:

Programas sociais não previstos na Constituição e na lei: o Poder Judiciário não poderá determinar, através de uma sentença em ação civil pública – que visa a proteção de bens sociais, tais como a prestação de serviços sociais decorrentes de direitos genéricos previstos na Constituição – a prática de um ato privativo da Administração Pública, em observância do princípio da separação dos Poderes.

Política social prevista de modo específico na Constituição: execução de decisões judiciais que determinam o aumento das despesas públicas – nos casos em que o constituinte definiu com clareza a forma de adimplemento de determinados direitos sociais previstos na CF/88, infundindo ao Poder Executivo o dever de implementar políticas sociais específicas, cumpre ao Poder Judiciário exercer um controle através das ações civis públicas.

Política social prevista em lei: o legislador tem a faculdade de implementar direitos sociais previstos de modo genérico na Constituição Federal de 1988. Não pode, todavia, determinar as hipóteses concretas de atuação do Poder Público, o que implicaria invasão da atividade administrativa. Deve, portanto, prever de modo genérico e abstrato a implantação de um determinado programa social positivo, de modo a beneficiar um dado segmento da sociedade. Ao Poder Executivo incumbe a execução do programa social previsto em lei ordinária, a partir dos limites impostos pela lei orçamentária ordinária anual. Nesta seara, caso a Administração Pública se negue ao cumprimento da lei estará praticando um ato ilegal, com o que se revela possível a revisão judicial da omissão, através de ação civil pública, podendo o juiz determinar o cumprimento específico do programa previsto.

Política social através de uma atuação negativa: pode suceder, ainda, que a política social a ser implementada não dependa de uma atuação positivo Estado, mas antes, de uma atuação negativa, no sentido de garantir isenções fiscais previstas em lei, imunidades fiscais previstas na Constituição ou, ainda, benefícios financeiros diretos na prestação de serviços públicos, executados de forma direta ou indireta. Trata-se da proteção de direitos individuais homogêneos, uma vez que as ações poderão ser individualmente propostas. Cumpre, todavia, distinguir os casos em que a lei ou a Constituição impõe uma prestação positiva por parte do Estado – visando assegurar um dever de abstenção pelo particular – como, por exemplo, nos casos em que o Poder Público tenha de assegurar a oferta de benefícios por parte de concessionárias

e permissionárias de serviços públicos. Neste caso, a omissão do administrador público poderá ser ilidida através de uma ação coletiva na qual a sentença judicial irá substituir a atividade da Administração. Muito embora a ação deva ser promovida somente em face do Poder Público omissor, produzirá efeitos em face de todas as concessionárias e permissionárias.

Proteção de direitos fundamentais: os direitos fundamentais individuais previstos no art. 5º da Constituição Federal somente podem ser atendidos pelo Poder Judiciário de forma concreta no caso individual. Resulta claro que uma necessidade individual – a qual demanda e pressupõe a prévia implementação de uma determinada política social – não pode ser atendida pelo juiz no caso concreto, através de uma ação individual, vez que estaria interferindo numa atividade administrativa vinculada. Trata-se da busca de proteção de um direito coletivo através de uma demanda de natureza individual. A vinculação do administrador público à lei não lhe permite atender uma necessidade específica de um dos seus cidadãos, sem que exista uma previsão específica em lei ou uma política social já implementada pelo Estado. Da mesma forma, o juiz não poderá atender a uma necessidade individual, com base no dever de proteção dos direitos fundamentais individuais – como o direito à vida, por exemplo – sem que exista um programa prévio de proteção social já implementado. (APPIO, 2012, p. 216)

Conforme estabelece o autor, cada Poder possui sua função na grande engrenagem chamada “Política Pública”, assim, o Judiciário apenas poderá intervir quando houver indícios de que os bens públicos garantidos pelos direitos sociais não estão sendo devidamente repartidos em sociedade. Neste caso, poderá o Judiciário intervir observados os seguintes critérios: 1) quando for identificado que o Estado não aplica as verbas destinadas aos programas sociais previstas no orçamento, ou até mesmo quando deixe de realizar esta previsão para uma política já existente; 2) quando o mercado não consegue fazer a alocação eficiente dos recursos para certos grupos sociais; 3) quando há uma distribuição desigual dos recursos e ou dos serviços públicos disponíveis. (ACCA, 2019)

### *2.2.2 O posicionamento dos tribunais brasileiros*

Hodiernamente, Tribunais de todo o país são acionados por indivíduos que buscam terem efetivados os direitos fundamentais sociais constitucionalmente previstos. Direito à saúde, corolário do Direito à vida e direito à educação são os mais citados nas ações encaminhadas ao Poder Judiciário, tornando corriqueira a judicialização das políticas públicas não implementadas pelo Poder competente.

É possível exemplificar em vários assuntos. O RE n. 271.286 e AgRg n. 271.286, onde o Supremo Tribunal Federal reconheceu o dever do Estado de fornecer gratuitamente medicação a portadores do vírus HIV, sob o fundamento de que os poderes públicos devem pra-

ticar políticas sociais e econômicas que visem aos objetivos proclamados no art. 196 da CF, invocando precedentes consolidados da Corte.

Entendimento idêntico teve o Superior Tribunal de Justiça nos julgamentos dos REsp. n. 212.346 no Ag. n. 842.866; REsp. n. 814.076; REsp. n. 814.076; REsp. n. 807.683; AgRg no REsp. n. 757.012; REsp. n. 684.646; REsp. n. 658.323; REsp. n. 625.329, MS n. 8.895; REsp. n. 509.753; MS n. 8.740; REsp. n. 430.526; REsp. n. 338.373, onde reafirmou o direito à integralidade da assistência à saúde a ser prestado pelo Estado, de forma individual ou coletiva.

Por fim, pode-se afirmar que o posicionamento mais representativo a favor da intervenção do Poder Judiciário no controle de políticas públicas vem do próprio Supremo Tribunal Federal, na ADPF n. 45-9, sendo representado pela decisão monocrática do Ministro Celso de Mello, que assim se pronunciou:

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, 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. Cabe assinalar, presente esse contexto – consoante já proclamou esta Suprema Corte – que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política ‘não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei do Estado’ (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO)” (...) “Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à ‘reserva do possível’ (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, ‘The Cost of Rights’, 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas”. (...) “A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê,

associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível.” (Destacamos.) “Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da ‘reserva do possível’, ao processo de concretização dos direitos de segunda geração – de implantação sempre onerosa –, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/ social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas”. (Destacamos.) (...) “É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procedem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado – e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico –, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado. (destacamos).

Em análise ao pronunciamento do Ministro, Ada Pellegrini, observa que a posição do STF, manifestada por um de seus mais “sensíveis Ministros”, reforça a ideia anteriormente defendida por Eduardo Áppio, de que são necessários alguns requisitos, para que o Judiciário intervenha no controle de políticas públicas, até como imperativo ético-jurídico: “(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 e (3) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas”. Assim, sugere que examinem-se esses requisitos, que traçam o pressuposto e os limites para a intervenção do Judiciário nas políticas públicas. (GRINOVER, 2013)

### **2.3 A contribuição do Poder Judiciário goiano na efetivação do Direito social à educação**

Antes de iniciar os apontamentos sobre o tema central do presente item, convém fazer um breve recorte sobre o direito à educação no ordenamento jurídico vigente. Iniciemos pela Constituição da República Federativa do Brasil que, na visão do Mestre André Ramos Tavares:

A Constituição brasileira assume expressamente o direito à educação como um direito de matriz social. Ela o faz, inicialmente, no art. 6º, de maneira incisiva e sintética, 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 típico direito social, o direito à educação obriga o Estado a oferecer o acesso a todos os interessados, especialmente àqueles que não possam custear uma educação particular.** Os direitos sociais ocupam-se, prioritariamente, dentro do universo de cidadãos do Estado, daqueles mais carentes. (TAVARES, 2020, p. 780 grifo nosso).

Enquanto no Artigo 6º da CF/88, o legislador trouxe a previsão de alguns direitos sociais, dentre eles o direito à educação. No artigo 205 ele enfatiza se tratar de um direito de todos e impõe ao estado e à família a obrigação de promovê-la. Segue:

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.

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.

Também na Constituição, o artigo 208 que prevê, de forma clara e impositiva o “dever”, a obrigação do Estado em promover o acesso à educação básica de forma gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezesete) anos. Chama a atenção o inciso IV, dedicado à educação infantil oferecida em creches (CMEI – Centro Municipal de Educação Infantil - no caso do Estado de Goiás), onde tem uma enorme demanda em todo o país.

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 (dezesete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria;

IV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade;

§ 2º O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo poder público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente. (BRASIL, 1988)

Ainda no artigo 208, o § 2º prevê a responsabilização por omissão das autoridades públicas caso não seja oferecido o ensino obrigatório ou se sua oferta for irregular. Note-se que, ao mencionar “ensino obrigatório”, faz referência ao inciso I do mesmo artigo, que considera ensino obrigatório às crianças de 04 a 17 anos, ou seja, os destinatários da educação infantil básica. Deixando clara a possibilidade de responsabilização por omissões do poder público em quaisquer das esferas, Federal, Estadual e Municipal.

Nessa esteira, o legislador reafirmou o chamado regime de colaboração entre os entes da federação, desta forma compete a todos cuidar para um harmônico funcionamento do sistema nacional de ensino e, em seguida atribui a competência aos Municípios para atuarem no ensino fundamental e na educação infantil. Assim prevê o art. 211 da Constituição: “Art. 211. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão em regime de colaboração seus

sistemas de ensino. (...) § 2º Os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil.”.

Nesta seara, o legislador infraconstitucional tratou o tema no artigo 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990) que é enfático em afirmar: “É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente: (...) IV – atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade”. Dispõe ainda o ECA sobre o acesso a estabelecimento público de ensino gratuito, próximo à residência como sendo um direito constitucional de toda criança e adolescente, porquanto primordial ao seu pleno desenvolvimento, exercício da cidadania e a qualificação para o mercado de trabalho, nos termos do artigo 4º, caput e do artigo 53, inciso V, da Lei 8069/90, à luz do artigo 205, caput e do artigo 227, caput da Constituição Federal.

Art. 53. A criança e o adolescente têm direito à educação, visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho, assegurando-se lhes: (...) V - acesso à escola pública e gratuita, próxima de sua residência, garantindo-se vagas no mesmo estabelecimento a irmãos que frequentem a mesma etapa ou ciclo de ensino da educação básica.

Em sentido convergente, pode-se citar a Lei federal nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, cuja tutela normativa destaca que a educação infantil, a ser prestada em creches e pré-escolas, tem um relevante papel no desenvolvimento pleno da criança. vejamos:

Art. 29. A educação infantil, primeira etapa da educação básica, tem como finalidade o desenvolvimento integral da criança de até 5 (cinco) anos, em seus aspectos físico, psicológico, intelectual e social, complementando a ação da família e da comunidade. Art. 30. A educação infantil será oferecida em: I – creches, ou entidades equivalentes, para crianças de até três anos de idade; II – pré-escolas, para as crianças de 4 (quatro) a 5 (cinco) anos de idade. (LDB, 1996)

Fechando o recorte jurídico proposto, é essencial citar a Lei complementar nº 26/98 – A LDB do Estado de Goiás – que no tocante às responsabilidades do Estado diante da Educação Infantil, trouxe uma redação mais incisiva se comparada à LDB Nacional. Enquanto nesta a Educação Infantil deveria ser apenas “oferecida”, na versão estadual ela passa a ser “assegurada” que, bem como para a época, quanto atualmente, tem um peso maior, reitera o compromisso das autoridades goianas desde a elaboração de suas leis orçamentárias até a aplicação dos recursos destinados para a concretização deste fim. É importante salientar que a oferta de vaga seria “preferencialmente em estabelecimentos públicos”, isto deixa claro o

objetivo de selar o compromisso do Estado com a educação da criança pequena (BARBOSA, 2001)

Art. 39 - A educação infantil é assegurada em creches para crianças de zero a três anos, e em pré-escolas para as de quatro a seis anos, preferencialmente, em estabelecimentos públicos, constituindo-se em direito da criança e de seus pais. (LDB - Goiás, 1998)

O Tribunal de Justiça do Estado de Goiás tem sempre, em suas decisões, se apoiado no arcabouço legal acima exposto para decidir favoravelmente pela efetivação do Direito à Educação, principalmente no que tange à educação infantil básica, que em Goiás é oferecida em Centros Municipais de Educação Infantil - CMEIS. Não são poucas as ações propostas neste sentido, foi identificada uma maior incidência nos municípios de Goiânia e Aparecida de Goiânia, conforme será demonstrado no próximo item.

Em diversas decisões neste sentido, o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás tem reafirmado que a educação infantil é um direito constitucional fundamental inelével e de observância obrigatória por parte de todos os entes federativos e seus respectivos municípios, cabendo a estes a devida prestação deste importante “serviço”. Outro ponto que nos direciona neste sentido é o conjunto legal que ampara e regulamenta o tema, reforçando assim a necessidade de um controle Judicial para a efetivação desta política pública e consequente responsabilização do Poder omissor, que, conforme será demonstrado na análise dos precedentes do Tribunal goiano, mesmo os municípios fundamentando as suas defesas na teoria da reserva do possível, evidenciando assim um choque de direitos, não resta dúvida de que deverá predominar o direito à educação que, na maioria dos casos pesquisados, tem resultado em uma condenação do ente à criação da vaga em instituição de ensino pública de educação básica (creches ou pré-escola) ou até arcar com as mensalidades em uma instituição particular, de modo que, o direito à educação seja efetivado. Procedendo assim, o Tribunal de Justiça do Estado Goiás age diligentemente e contribuindo e fomentando o direito à educação no Estado.

#### **2.4 Análise de Precedentes e da Súmula 39 do TJGO**

A presente análise tem o intuito de demonstrar o comportamento dos tribunais, com o foco no tribunal goiano, em relação ao direito social fundamental à educação infantil básica. Iniciaremos pelo Supremo Tribunal Federal – STF, perpassado por outros Estados da federação até chegar no Tribunal de Justiça do Estado de Goiás com a edição da súmula 39. Em sede de controle concentrado de Constitucionalidade, acompanhemos alguns importantes pareceres do Supremo:



NOVO: As Resoluções CNE/CEB 1/2010 e 6/2010, ao estabelecerem um critério único e objetivo para o ingresso às séries iniciais da Educação Infantil e do Ensino Fundamental da criança que tenha, respectivamente, quatro e seis anos de idade, completos até o dia 31 de março do ano em que ocorrer a matrícula, não violam os princípios da isonomia, da proporcionalidade e do acesso à educação. A efetividade das normas consagradoras do direito à educação encontrou suporte nas alterações promovidas pelo constituinte derivado, por meio das Emendas Constitucionais 53/2006 e 59/2009, que ampliaram a educação obrigatória a partir dos quatro anos de idade e substituíram o critério da etapa de ensino pelo critério da idade do aluno. A democratização do acesso à leitura, à escrita e ao conhecimento, na primeira infância, acarreta diversos benefícios individuais e sociais, como melhores resultados no desempenho acadêmico, produtividade econômica, cidadania responsável e combate à miséria intelectual intergeracional. A faixa etária não é estabelecida entre as etapas do sistema de ensino porque o que importa é que à criança entre quatro e dezessete anos seja assegurado o acesso à educação, de acordo com sua capacidade, o que não gera inconstitucionalidade na regulamentação da transição entre as etapas de ensino (art. 208, I e IV, da CRFB). Cabe ao poder público desenhar as políticas educacionais conforme sua expertise, estabelecidas as balizas pretendidas pelo constituinte. A uniformização da política instituída visa a permitir um percurso escolar contínuo entre os diversos sistemas de ensino e, consoante refletem diversos estudos pedagógicos específicos, permite à criança vivenciar cada etapa de acordo com sua faixa etária. Os critérios universalizáveis para o ingresso no ensino fundamental, de cunho impessoal e genérico, são imperiosos em sede de política pública. É que a tomada de decisão baseada em regras considera a possibilidade de erros de subinclusão e sobreinclusão e prestigia a teoria da segunda melhor opção (second best), que preserva as virtudes de certeza, segurança, previsibilidade, eficiência, separação de poderes e prevenção de erros de decisão. O corte etário, mercê de não ser a única solução constitucionalmente possível, insere-se no espaço de conformação do administrador, sobretudo em razão da expertise do Conselho Nacional de Educação e de as resoluções terem sido expedidas com ampla participação técnica e social, em respeito à gestão democrática do ensino público (art. 206, VI, da CRFB). As regras objetivas encerram notável segurança jurídica, por isso que a expressão ‘completo’ é inerente a qualquer referência etária, sem que o esforço exegético de se complementar o que já está semanticamente definido possa desvirtuar a objetivação decorrente do emprego de número. (...) In casu, não se faz necessário verificar a compatibilidade das resoluções expedidas pela Câmara de Educação Básica (CEB) do Conselho Nacional da Educação (CNE) com nenhuma outra norma infraconstitucional, senão diretamente com os parâmetros constitucionais de controle, sendo certo que os dispositivos legais a que fazem remissão apenas atribuem ao Poder Executivo poderes normativos para disciplinar o tema. [ADPF 292, rel. min. Luiz Fux, j. 1º-8-2018, P, DJE de 27-7-2020.]

A jurisprudência do STF firmou-se no sentido da existência de direito subjetivo público de crianças até cinco anos de idade ao atendimento em creches e pré-escolas. (...) também consolidou o entendimento de que é possível a intervenção do Poder Judiciário visando à efetivação daquele direito constitucional. [RE 554.075 AgR, rel. min. Cármen Lúcia, j. 30-6-2009, 1ª T, DJE de 21-8-2009.] = AI 592.075 AgR, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 19-5-2009, 1ª T, DJE de 5-6-2009

A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das "crianças até cinco anos de idade" (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo poder público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da CF. A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da administração pública nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. [ARE 639.337 AgR, rel. min. Celso de Mello, j. 23-8-2011, 2ª T, DJE de 15-9-2011.] = RE 956.475, rel. min. Celso de Mello, j. 12-5-2016, dec. monocrática, DJE de 17-5-2016 = RE 464.143 AgR, rel. min. Ellen Gracie, j. 15-12-2009, 2ª T, DJE de 19-2-2010

No primeiro parecer, foi chancelada a possibilidade de criação de um “critério único e objetivo” para o ingresso às séries iniciais da Educação Infantil e do Ensino Fundamental da criança que tenha, respectivamente, quatro e seis anos de idade, completos até o dia 31 de março do ano em que ocorrer a matrícula, sem que isso viole os princípios da isonomia, da proporcionalidade e do acesso à educação. Desta forma entendeu-se que na Resolução do Conselho Nacional de Educação – CNE, a faixa etária não é estabelecida entre as etapas do sistema de ensino porque o que importa é que à criança entre quatro e dezessete anos seja assegurado o acesso à educação, de acordo com sua capacidade, o que não gera inconstitucionalidade na regulamentação da transição entre as etapas de ensino.

Já o terceiro parecer, dado pela Ministra Relatora Ellen Gracie, cuidou de registrar que: “Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das crianças até cinco anos de idade”. Devendo, no universo dos atos da administração pública ser considerado um ato vinculado do poder público e, não, discricionário sob pena de sofrer a devida sanção a ser imposta pelo Poder Judiciário.

Neste sentido, é vasta a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Em um Recurso Extraordinário oriundo do Estado de Santa Catarina, município de Criciúma, a Ministra Relatora Cármen Lúcia procedeu o julgamento dando provimento ao recurso extraordinário interposto pelo Ministério público do Estado de Santa Catarina contra julgado do Tribunal de Justiça local, o qual, em sede de reexame necessário, negou mandado de segurança impetrado

contra ato omissivo da Secretaria de Educação do Município de Criciúma/SC, que rejeitara a matrícula de criança em estabelecimento de educação infantil. Posteriormente tal decisão foi atacada por um Agravo Regimental, porém, restou mantida em todas as suas fundamentações. Vejamos A Ementa do referido acordo e a fundamentação com a Ementa de outro caso idêntico sob a relatoria do Min. Carlos Velloso:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ART. 208, INC. IV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. ATENDIMENTO DE CRIANÇAS ATÉ CINCO ANOS DE IDADE EM CRECHES E PRÉ-ESCOLAS: DIREITO SUBJETIVO PÚBLICO. POSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

(STF - RE: 554075 SC, Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-157 DIVULG 20-08-2009 PUBLIC 21-08-2009 EMENT VOL-02370-08 PP-01716)

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ATENDIMENTO EM CRECHE E PRÉ-ESCOLA. I . – Sendo a educação um direito fundamental assegurado em várias normas constitucionais e ordinárias, a sua não-observância pela administração pública enseja sua proteção pelo Poder Judiciário. II. – Agravo não provido” (RE 463.210- AgR, Rel. Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ 3.2.2006)

A seguir uma decisão em igual sentido, mas agora do Ministro Celso de Mello do Supremo Tribunal Federal, em sede de Recurso Extraordinário oriundo do Estado do Rio de Janeiro, município de Volta Redonda, provido, restabelece na íntegra a decisão de primeira instância que determinou que o município provesse a vaga em instituição pública à criança que estava na lista de espera sem previsão de ser atendida. A decisão inicial foi objeto de apelação para o Tribunal carioca, que a alterou, após embargos, que culminou no referido Recurso Extraordinário.

EMENTA: CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE. ATENDIMENTO EM CRECHE MUNICIPAL. EDUCAÇÃO INFANTIL. DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV, NA REDAÇÃO DADA PELA EC Nº 53/2006). COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO. DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º). O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO. A FÓRMULA DA RESERVA DO POSSÍVEL NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE DE SUA INVOCAÇÃO PARA LEGITIMAR O INJUSTO INADIMPLEMENTO DE DEVERES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTOS AO PODER PÚBLICO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO. – A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento

integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e, também, o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). – Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das “crianças até 5 (cinco) anos de idade” (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. – A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. – Os Municípios – que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) – não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. – Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e de executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter impositivo, vierem a comprometer com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à “reserva do possível”. Doutrina (RE 956475 / RJ. Min. Rel. Celso de Mello, DJ. 12.5.2016).

No adimplemento de prestações positivas impostas ao Poder Público, consoante já advertiu, em tema de inconstitucionalidade por omissão, por mais de uma vez (RTJ 75/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO), o Supremo Tribunal Federal:

**DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO - MODALIDADES DE COMPORTAMENTOS INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO.** – O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um 'facere' (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação. – Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse 'non facere' ou 'non praestare', resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público. – A omissão do Estado – que deixa de cumprir,

em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional – qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental. (RTJ 185/794-796, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno)

Inúmeras são as decisões do STF neste sentido, tendo sido provocado por vários estados do país. Assim, é pacífico afirmar que “O direito à educação necessita ter eficácia. Sendo considerado como um direito público subjetivo do particular, ele consiste na faculdade que tem o particular de exigir do Estado o cumprimento de determinadas prestações”. (MELLO, 2009).

Passemos a análise dos precedentes do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. O primeiro caso é bem recente, foi julgado em 15.10.20 e trata-se de duplo grau de jurisdição atinente à sentença prolatada nos autos da ação de obrigação de fazer com pedido de tutela provisória de urgência proposta por Heloísa Cristina da Silva Castro e Isabela da Silva Castro, representadas por sua genitora Lauriane Nogueira da Silva, em desfavor do Município De Aparecida de Goiânia. A Sentença recorrida e submetida ao duplo grau de jurisdição julgou procedente a pretensão inicial, a fim de determinar à autoridade coatora que insira definitivamente as substituídas no sistema municipal de ensino infantil, mediante a disponibilização de vaga no CMEI João Palestino, **ou arque com as mensalidades da unidade escolar privada indicada na exordial**, mediante prova nos autos, até que sobrevenha vaga em instituição pública de ensino, sob pena de cominação de multa diária, por dia de atraso, e/ou bloqueio dos valores necessários ao adimplemento da obrigação.

REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO CÍVEL. OBRIGAÇÃO DE FAZER. EDUCAÇÃO INFANTIL. MATRÍCULA EM CMEI. DIREITO FUNDAMENTAL. MULTA DIÁRIA. MANUTENÇÃO. I - Encontra-se pacificado o entendimento de que a educação integra o mínimo existencial, sobretudo de crianças e adolescentes, constituindo dever do Poder Público, notadamente dos municípios, assegurá-la mediante a garantia de vaga na rede pública. II- Conforme cediço, o direito fundamental à educação está entre aqueles prioritários, de sorte que a ele deve ser atribuído a máxima efetividade, porquanto de eficácia plena, competindo, pois, ao administrador a adoção das medidas necessárias para a inclusão de todas as crianças munícipes em creches ou pré-escolas, e não apenas em fila de espera. III- Viola direito fundamental a negativa de matrícula de menor na rede municipal de ensino sob a alegação de falta de vaga, em afronta direta à garantia constitucional do acesso gratuito à educação infantil. IV - Nesse sentido, não há que se cogitar a inconstitucionalidade da súmula nº 39 do TJGO que espelha firme entendimento do STF. V - Ademais, a matrícula da criança em instituição de ensino situada em local próximo ao de sua residência é um corolário do acesso à educação infantil, considerando os grandes entraves à frequência

escolar que podem surgir com a colocação da criança em instituição distante do local de moradia. VI - Assim, em atenção à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do enunciado sumular 39 deste Tribunal de Justiça, deve ser mantida a sentença no ponto em que assegura o direito da criança, com idade entre zero e cinco anos, de ser matriculada em Centro Municipal de Educação Infantil (CMEI) próximo à sua residência. VII - Correta a multa diária estabelecida na sentença, uma vez que funciona como meio coercitivo para constranger o recorrente a cumprir a obrigação de fazer estipulada, sendo o valor adequado, proporcional e razoável. VIII - A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de ser possível a imposição de multa diária contra a Fazenda Pública para o caso de descumprimento da ordem judicial, pois se trata de meio de coagir a municipalidade a cumprir a obrigação imposta, visando assegurar a obtenção do resultado prático equivalente. REMESSA OBRIGATORIA DESPROVIDA. (5113482-15.2019.8.09.0011 - REEXAME NECESSÁRIO. REL. DESOR. CARLOS ROBERTO FAVARO - 1ª CÂMARA CÍVEL. DJ DE 05/11/2020)

Indubitavelmente, o Tribunal goiano se destaca em edição de precedentes no que tange ao sensível tema. Em pesquisa jurisprudencial foram localizadas mais de mil decisões com este direcionamento. Restando clara e imensurável contribuição do judiciário goiano para a efetivação do Direito Social à Educação. Á título de exemplo, segue alguns dos mais recentes precedentes.

REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. MULTA EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO E AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. SUSPENSÃO DO PROCESSO (RE 1.008.166/SC - TEMA 548): NÃO CABIMENTO. VAGA EM CENTRO DE ENSINO MUNICIPAL INTEGRADO (CMEI) PRÓXIMO DA RESIDÊNCIA DA CRIANÇA. DIREITO FUNDAMENTAL DA CRIANÇA COM MENOS DE SEIS ANOS DE IDADE. SÚMULA 39 TJGO. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE ASTREINTES. HONORÁRIOS EM FAVOR DA DEFENSORIA PÚBLICA. CABIMENTO. 1. Falta interesse recursal ao apelante, no capítulo recursal em que postula a exclusão da multa que teria sido aplicada nos embargos de declaração tidos como protelatórios, porquanto não houve a fixação da referida multa. 2. Apesar de reconhecer a repercussão geral do Tema 548 (RE 1.008.166/SC), o Supremo Tribunal Federal não exarou determinação de sobrestamento dos feitos correlatos em trâmite nas instâncias inferiores. 3. É direito do menor ter acesso ao atendimento educacional almejado, consoante previsto no próprio texto constitucional, em seus artigos. 205 e 208, IV, e Súmula 39 do TJ/GO. 4. A matrícula da criança em instituição de ensino situada em local próximo ao de sua residência é um direito garantido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e a Lei de Diretrizes Básicas da Educação - LDB, e deve a Municipalidade garantir vaga para que crianças de zero a cinco anos de idade sejam incluídas no sistema de ensino infantil em todos os anos letivos. 5. Na impossibilidade de desempenhar sua obrigação, o Município deverá arcar com as despesas decorrentes da inclusão da criança em estabelecimento particular de ensino, justificando-se, nestes casos, o bloqueio de valores para garantir o cumprimento da decisão judicial. 6. Quando houver risco de grave comprometimento do direito do infante de ser acolhido em creche ou pré-escola, esta Corte tem chancelado a cominação de multa como meio legítimo para conferir efetividade à decisão judicial. 7. Os

honorários advocatícios são devidos à Defensoria Pública quando ela atua em face de ente federativo diverso do qual está vinculada, como no caso dos autos, em que Defensoria Pública Estadual atua contra Município. Inteligência do enunciado de Súmula n. 421/STJ. APELAÇÃO CÍVEL CONHECIDA, EM PARTE, E NESSA EXTENSÃO, IMPROVIDA. REMESSA NECESSÁRIA CONHECIDA E IMPROVIDA. (APELAÇÃO CÍVEL - 5205574-12.2019.8.09.0011 – REL. DES(A). ORLOFF NEVES ROCHA. 1ª CÂMARA CÍVEL. DJ DE 21/10/2020)

REMESSA NECESSÁRIA. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA E CONDENATÓRIA. GRATIFICAÇÃO DE REGÊNCIA DE CLASSE. LEI COMPLEMENTAR MUNICIPAL 91/2000. DIFERENÇA VENCIMENTAL. RE 870.947/SE. REPERCUSSÃO GERAL. RESP 1.495.146/MG. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. MANTIDA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. 1. A gratificação de regência de classe, popularmente conhecida como 'gratificação de pó de giz', trata-se de um proveito pecuniário concedido ao professor que esteja exercendo suas funções na educação infantil e/ou Ensino Fundamental, visando recompensar o prejuízo decorrente da exposição às condições prejudiciais à saúde. 2. A gratificação de regência de classe, devida em função do efetivo exercício da docência na educação infantil e no ensino fundamental no âmbito do Município de Goiânia, é regulamentada pela Lei Complementar Municipal nº 91/2000, que, em seu art. 27, deixa claro que o seu cálculo dar-se-á por meio da aplicação de um percentual equivalente à carga horária do servidor sobre o vencimento do padrão final do Profissional de Educação - PI. 3. Levando em conta a intenção legis, que é incentivar a permanência do docente na ministração de aulas, bem como os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, tem-se que tanto o percentual quanto o vencimento do padrão final do Profissional de Educação - PI (base de cálculo) devem guardar correspondência com a carga horária desempenhada pelo servidor, não se afigurando razoável a interpretação restritiva sugerida pelo recorrente, pois não se justifica a adoção de dois critérios distintos para uma mesma situação. 4. Não prospera os vinte por cento (20%) pagos pela municipalidade, pois o cálculo da vantagem pecuniária deve embasar-se no 'percentual equivalente à sua carga horária', que, in casu, é de trinta (30) horas semanais e, portanto, trinta por cento (30%). 5. Quanto a correção monetária e juros de mora incidentes sobre a condenação imposta em desfavor da Fazenda Pública, a partir de julho de 2009, a correção monetária deve ser calculada segundo o Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E) e os juros moratórios serão aplicados com base no índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança (TR), nos termos do artigo 1º-F da Lei nº 9.494/97. 6. Após as orientações dos Tribunais Superiores, não há falar em adoção da Taxa Referencial (TR) como índice de correção monetária, como almeja o Município recorrente. 7. Cotejando os pedidos exordiais com os termos da sentença, isto é, confrontando o que foi postulado e o que foi deferido, a conclusão a que se chega é que houve a sucumbência recíproca, de conformidade com a regra contida no artigo 86 do CPC. 8. Sendo o julgado ilíquido, uma vez que faz-se necessária a apuração do montante condenatório, sendo uma das partes litigantes a Fazenda Pública, acertada é a fixação da verba honorária sob a observação da regra gizada pelo inciso II do §4º do artigo 85 do CPC, sujeitando-se o valor sucumbencial a liquidação do julgado. REMESSA NECESSÁRIA CONHECIDA E DESPROVIDA. APELAÇÕES CÍVEIS CONHECIDAS E DESPROVIDAS. SENTENÇA MANTIDA. (REEXAME NECESSÁRIO. 5179702-69.2019.8.09.0051. REL. DESOR. JAIRO FERREIRA JUNIOR . 6ª CÂMARA CÍVEL. DJ .23.11.20)

DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA COM PEDIDO DE LIMINAR. MATRÍCULA DE MENOR EM CMEI. DIREITO LÍQUIDO E CERTO DEMONSTRADO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. REMESSA OBRIGATÓRIA DESPROVIDA. 1. De acordo com o art. 208 da Constituição Federal, bem como art. 7º, 53 e 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente, é dever do ente público assegurar ao infante atendimento em estabelecimento de ensino infantil, por se tratar de direito fundamental, inclusive resguardado pelo teor da Súmula nº 39 deste Sodalício goiano. 2. Questões burocráticas da administração pública não possuem o condão de afastar o direito fundamental de inserir a menor no Centro Municipal de Educação Infantil, próximo a residência da impetrante, tendo em vista tratar-se de direito fundamental. DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO CONHECIDO E DESPROVIDO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. (REEXAME NECESSÁRIO - 5128236-36.2019.8.09.0051. REL. DESOR.JOSÉ CARLOS DE OLIVEIRA – 2ª Câmara Cível. 21/09/20)

Em estudo recente, pesquisadoras da área da Educação, procuraram quantificar a judicialização coletiva de lides tendentes a viabilizar o direito à educação infantil. A pesquisa envolveu vários estados e teve como corte temporal para a coleta de dados o período entre 2005 e 2016 e mostrou crescente o número de demandas neste sentido. (Taporosky e Silveira, 2019).

Já em 2020, em uma breve pesquisa por entendimentos sumulados sobre o tema, o mesmo não ocorre, pois, além do estado de Goiás, apenas os Estados de São Paulo e Rio Grande do Sul possuem Súmulas editadas sobre o tema. Algo que deverá mudar em breve, como base na pesquisa anterior, uma vez que o número de demandas pode refletir na produção de súmulas.

Diante de tantos e reiterados precedentes, o Tribunal de Justiça de Goiás editou a Súmula 39, esta, tem a finalidade de pacificar o entendimento do Tribunal sobre a premente necessidade de efetivação do direito à educação infantil no Estado. A súmula é um avanço, em todos os sentidos. E, neste momento coloca o Estado à frente de muitos outros. Vejamos a íntegra da Súmula 39 do TJ-GO, publicada em 28.09.2016:

Súmula nº 39 ENUNCIADO: Tanto o mandado de segurança como a ação ordinária são instrumentos hábeis ao exercício do direito fundamental da criança ao atendimento em creche ou pré-escola situada nas proximidades da sua moradia, mantida ou custeada pelos municípios, admitindo-se bloqueio de valores em caso de descumprimento da obrigação (artigo 208, IV da CF e 54, IV do ECA).

PRECEDENTES: DGJ n.º 177502-50.2014.8.09.0052; AI n.º 20478-47.2016.8.09.0000; DGJ n.º 233604-92.2014.8.09.0052; DGJ n.º 337529-07.2014.8.09.0052; AI n.º 20506- 15.2016.8.09.0000; DGJ n.º 372238-83.2014.8.09.0144.

É importante ressaltar que a referida súmula tem sido rigorosamente observada por todas as instâncias do TJ-GO. Mas, o que definitivamente chama a atenção é a inércia / omissão dos entes políticos em não fazerem a sua parte na efetivação deste direito consagrado



constitucionalmente e ordinariamente, como foi massivamente demonstrado. Principalmente o impacto econômico que vem sofrendo estes entes políticos com as inúmeras decisões que lhes impõe que arquem com as mensalidades escolares dos menores em instituições privadas de ensino e, até mesmo a imposição de duras multas diárias em caso de não cumprimento da sentença que estabelece uma obrigação de fazer na maioria dos casos.

Para tanto, baseando-se na teoria dos custos do direito, o próximo capítulo fará uma abordagem acerca os efeitos econômicos destas decisões à luz do direito constitucional econômico e dos princípios da análise econômica do direito.

### **3 OS EFEITOS DAS DECISÕES DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE GOIÁS À LUZ DO DIREITO CONSTITUCIONAL ECONÔMICO**

Neste último capítulo, serão apresentados alguns dos possíveis efeitos e impactos econômicos resultantes das decisões do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, em resposta à judicialização de Políticas Públicas voltadas à educação no Estado de Goiás.

#### **3.1 Teoria dos Custos dos Direitos e a Análise Econômica do Direito**

É notório o aumento da demanda no Poder Judiciário relativa ao tema aqui proposto, refere-se ao fenômeno da judicialização de políticas públicas educacionais, tratado no presente trabalho, em regra entabulado pela falta de efetividade de direitos sociais relativos a educação, que deveriam ser implementados por meio de políticas de inclusão social, cuja idealização e condução pertenceriam ao estado. Tais ações representam um custo dentro do orçamento público, assim, diante de um cenário de constante escassez de recursos financeiros, a efetivação destes direitos deve ocorrer sob a ótica da eficiência econômica. Para tanto é primordial a perfeita compreensão dos custos dos direitos (o custo-benefício) a partir de sua teoria e da análise econômica do direito.

Inicialmente, trataremos acerca da teoria dos custos dos direitos, muitas vezes utilizada como óbice à concretização dos direitos fundamentais sociais, mas, pode e deve ser utilizada para reconhecer que todos os direitos fundamentais são, de fato, positivos, ou seja, para serem implementados, implicam em um custo e, conseqüentemente, carecem de alguma ação pública para serem efetivados, sendo gravemente impactados com a falta de previsão orçamentária para este fim. (GALDINO, 2005).

É o que afirma Flávio Galdino em sua obra, pois, para o autor, como mesmo sugere o título de seu trabalho, “os direitos não nascem em árvores”, assim, necessitam de recursos para que sejam efetivados e tenham “eficácia social” e, conseqüentemente se realize a justiça social objetivada no texto constitucional. A gestão pública foi incumbida desta tarefa pelo legislador constituinte ao descrever sobre a administração pública (art. 37, CF/88) e, no caso do Direito à educação cuidou do tema no artigo 208, IV, § 2º, da CF/88. No que tange a discussão sobre os direitos sociais fundamentais serem positivos ou negativos, na visão de Galdino, não há esta divisão, todos são direitos positivos pois necessitam do aporte de verbas orçamentárias para se concretizarem. (GALDINO, 2005).

No sentido de demonstrar a premente necessidade de uma Justiça Social conforme prevê nossa Constituição (artigos 170 e 193), é interessante a análise histórica feita por Fábio Konder Comparato sobre o tema. O autor enfatiza que a democracia moderna é fruto de uma

construção política institucional planejada pela burguesia para extinguir os antigos privilégios dos dois principais componentes do antigo regime – clero e a nobreza - e responsabilizar o governo perante a classe burguesa. Pode-se inferir que a ideia lançada inicialmente para democracia moderna não foi a defesa da classe pobre contra os desmandos de uma minoria detentora da grande parte da riqueza, mas, promover a defesa de uma classe emergente contra a alta nobreza que, até então detinha todos os privilégios e poderes de um governo. Atendendo aos interesses destes novos ricos foram criados e consagrados os direitos individuais, principalmente àqueles voltados à proteção da propriedade privada e autonomia da vontade entre outros. Para o autor somente mais tarde, na primeira metade do século XIX, com o movimento socialista é que ocorre um aprofundamento dos direitos sociais e, já no século XX, atinge a sua expressão máxima com o Estado do Bem-Estar, o constitucionalismo social (Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição Alemã de 1919) e, por fim, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, seguido pelo Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966. (COMPARATO, 2010).

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, a Constituição Federal, quando dispõe acerca dos direitos sociais, Justiça Social, mesmo nas normas programáticas, está atribuindo ao Estado Brasileiro o “indeclinável dever jurídico” de realizá-la. Afirma ainda que “é irrecusável o direito dos cidadãos de postular jurisdicionalmente os direitos que decorrem das normas constitucionais reguladoras da Justiça Social”. Nestes termos o princípio da justiça social pode ser visto em duas vertentes: uma está relacionada à ordem econômica, com foco na valorização do trabalho e outra voltada à ordem social. (MELLO, 2009).

No que tange a teoria dos custos dos direitos, deve-se a ela uma importante mensagem destinada ao poder público que, para a efetivação dos direitos sociais deve-se prevê estes “custos” dentro do orçamento anual pois, apesar da batida alegação de escassez de recursos e reserva do possível, os direitos sociais educacionais são inegociáveis e devem ter previsão nos gastos dos entes públicos para que não sejam tratados como algo “surpreendente” ou “inesperado” dentro de suas atribuições. Este reiterado e omissivo comportamento do Estado ascende a necessidade de tais direitos serem exigidos judicialmente por àqueles que foram preteridos na fila para acesso dos direitos sociais ligados à educação. Na tentativa de reduzir demandas deste tipo, apresenta-se aqui hipóteses baseadas em princípios ligados à Análise Econômica do Direito como veremos ainda neste item.

Ainda sobre a acalorada discussão referente aos custos dos direitos, faz-se necessária expor aqui a crítica de Stephen Holmes e Cass Robert Sustein no que tange a esta teoria na obra “O custo dos direitos - por que a liberdade depende dos impostos”. Assim como os demais

autores já citados aqui, Holmes e Sustain também entendem que todos os direitos sociais são positivos, uma vez que dependem de recursos para se implementarem, mesmo que indiretamente, como por exemplo os direitos à locomoção e à propriedade, em ambos os casos, cabe ao Estado, no primeiro, manter as estradas e rodovias em condições de tráfego, bem como promover a segurança das pessoas nas ruas. E, no segundo, de igual modo, ao manter o efetivo policial da cidade também está resguardando o direito à propriedade. (HOLMES E SUSTEIN, 2019).

A crítica feita por eles é direcionada a dois fatores: à escassez de recursos que afeta a nossa liberdade; e à postura do Poder Judiciário ao determinar os cumprimentos destes direitos de forma individual, sem ter acesso e a noção correta de um “todo”. Na visão dos autores é preciso enxergar o abismo existente entre a previsão constitucional de um determinado direito e a realidade de escassez de recursos vivenciada pela administração pública. Embora não se possa olvidar da capacidade dos juízes em identificarem violações de direitos, estes não foram forçados para decidirem sobre a melhor forma de alocação de recursos. Infere-se assim que não há direito cuja efetivação pressuponha um gasto seletivo do contribuinte possa, por fim, ser protegido individualmente pelo Judiciário sem considerar as consequências sofridas pelo orçamento público pelas quais os órgãos do governo respondem. (HOLMES E SUSTEIN, 2019).

Adentrando à Análise Econômica do Direito, Cesar Beccaria foi o primeiro autor a registrar estudos que relacionavam Economia e Direito, seguido por Jeremy Bentham cujas obras trouxeram importantes noções comportamentais e de utilitarismo. Em uma visão mais atualizada e moderna, Ronald Coase é o destaque com a sua obra “O Problema do Custo Social” que aplica uma teoria que envolve o custo-benefício nas decisões jurídicas buscando uma maior eficiência na solução de conflitos abrindo assim a possibilidade de aplicação de princípios de microeconomia ao direito. Por fim, tem-se a consolidação da AED com a publicação de Richard Posner, juiz americano autor da obra “Economic Analysis of Law” que de forma brilhante conseguiu sistematizar a aplicação de princípios econômicos a todos os ramos do direito. (COASE, 2009).

Inicialmente convém tratar a base conceitual dos princípios da análise econômica do direito que, segundo Richard Posner, é entendida como uma teoria orientada pela eficiência econômica com fundamento no Ótimo de Pareto. Assim, ao interpretar o direito, o objetivo deveria ser a eficiência econômica. Desta forma, é imprescindível a utilização de técnicas de estudos que tratem das possíveis consequências econômicas das decisões jurídicas, visando estritamente a eficiência alocativa. O autor afirma que a Análise Econômica do Direito “é

movimento de pensamento cuja característica essencial é a aplicação da teoria microeconômica neoclássica à análise das principais instituições e do sistema jurídico em seu conjunto”. (POSNER, 2010). A Análise Econômica do Direito, na visão de Mackaay corrobora com a visão de Posner, senão, vejamos:

A análise econômica do direito, usando conceitos da ciência econômica, atualiza uma racionalidade subjacente das normas jurídicas e os principais efeitos previsíveis de suas mudanças. Propõe leitura das regras jurídicas que as avalie pelos seus efeitos de estímulo e pelas mudanças de comportamento das pessoas em resposta aos mesmos.<sup>2</sup> Oferece elementos para julgamento iluminado das instituições jurídicas e das reformas propostas. É, por isso, ferramenta preciosa para o legislador, para o juiz e para a doutrina convidada a exercer a nobre missão de trazer à luz os fundamentos do direito e mostrar os caminhos para sua adaptação às novas realidades. Ao mesmo tempo oferece aos economistas uma ferramenta para compreender o direito. (MACKAAY, 2015, p. 415).

Nesta esteira, a análise econômica do direito parte da premissa que o direito tem a capacidade e o objetivo de influenciar a conduta dos indivíduos e que esta influência tem natureza econômica. Desta forma, o direito exerce o papel de regulador de condutas no contexto social, ao impor determinados comportamentos que poderão representar custos. Nesta visão, a AED, ao avaliar os fatores envolvidos, deve conduzir às partes sempre a buscarem alternativas mais eficientes para os fins pretendidos pelo legislador ou pelo juiz. (CARVALHO, 2008)

Nesta pesquisa, a AED será apresentada sobre dois prismas: primeiro, o padrão que está ligado às decisões judiciais e, posteriormente sobre a visão do estado que, apesar de várias decisões determinando a criação de vagas dentro do sistema público ou até mesmo que custeie o ensino em uma instituição privada, se mantém inerte, sem ações efetivas para adequar o número de vagas à demanda existente.

### **3.2 Análise Econômica do cumprimento das decisões**

Durante a pesquisa jurisprudencial no Tribunal de Justiça do Estado de Goiás acerca do tema proposto, foi possível verificar, ao todo, mais de mil e trezentas decisões no período de 2016 a 2020, em segunda instância determinando a efetivação da matrícula de crianças entre 4 e 6 anos nas instituições de ensino públicas de municípios goianos (Goiânia e Aparecida de Goiânia). Tal medida, ainda é as vezes asseverada com a imposição de multa diária em caso de descumprimento da decisão prolatada. A mesma medida foi aplicada nos casos em que, já constatada a inexistência da vaga em instituição pública, a matrícula deveria ser realizada em instituições de ensino privadas, e não ocorresse conforme determinado.

Segue, a exemplo, uma recente decisão de 14.12.20 do ilustre Desembargador Reinaldo Alves Ferreira reiterando a firme jurisprudência goiana espelhada na também firme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no mesmo sentido. Vejamos:

REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO CÍVEL. OBRIGAÇÃO DE FAZER. EDUCAÇÃO INFANTIL. MATRÍCULA EM CMEI. DIREITO FUNDAMENTAL. REPERCUSSÃO GERAL 1.008.166/SC. TEMA 548. SOBRESTAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. DIREITO FUNDAMENTAL. MULTA DIÁRIA. MANUTENÇÃO. VALOR DA CAUSA. DIFÍCIL MENSURAÇÃO OBJETIVA. VALOR SIMBÓLICO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM FAVOR DA DEFENSORIA PÚBLICA. POSSIBILIDADE. FIXAÇÃO. I - Não merece acolhimento o pleito de suspensão do julgamento do feito em virtude do RE 1.008.166/SC, sob a sistemática da repercussão geral, uma vez que não foi determinado, pelo Supremo Tribunal Federal, o sobrestamento dos processos pendentes que discutem o tema. II - Encontra-se pacificado o entendimento de que a educação integra o mínimo existencial, sobretudo de crianças e adolescentes, constituindo dever do Poder Público, notadamente dos municípios, assegurá-la mediante a garantia de vaga na rede pública. III- Conforme cediço, o direito fundamental à educação está entre aqueles prioritários, de sorte que a ele deve ser atribuído a máxima efetividade, porquanto de eficácia plena, competindo, pois, ao administrador a adoção das medidas necessárias para a inclusão de todas as crianças municipais em creches ou pré-escolas, e não apenas em fila de espera. IV- Viola direito fundamental a negativa de matrícula de menor na rede municipal de ensino sob a alegação de falta de vaga, em afronta direta à garantia constitucional do acesso gratuito à educação infantil. V - Nesse sentido, não há que se cogitar a inconstitucionalidade da súmula nº 39 do TJGO que espelha firme entendimento do STF. VI - Ademais, a matrícula da criança em instituição de ensino situada em local próximo ao de sua residência é um corolário do acesso à educação infantil, considerando os grandes entraves à frequência escolar que podem surgir com a colocação da criança em instituição distante do local de moradia. VII - Assim, em atenção à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do enunciado sumular 39 deste Tribunal de Justiça, deve ser mantida a sentença no ponto em que assegura o direito da criança, com idade entre zero e cinco anos, de ser matriculada em Centro Municipal de Educação Infantil (CMEI) próximo à sua residência. VIII - Correta a multa diária estabelecida na sentença, uma vez que funciona como meio coercitivo para constranger o recorrente a cumprir a obrigação de fazer estipulada, sendo o valor adequado, proporcional e razoável. IX - A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de ser possível a imposição de multa diária contra a Fazenda Pública para o caso de descumprimento da ordem judicial, pois se trata de meio de coagir a municipalidade a cumprir a obrigação imposta, visando assegurar a obtenção do resultado prático equivalente. X - Não é correto confundir o valor atribuído à causa com o montante pretendido a título de uma medida constritiva ou de pedido subsidiário. Na ação em que houver pedido subsidiário, o valor será o do pedido principal. Assim, como o custo da prestação do serviço público na rede municipal é significativamente menor do que na rede particular, não é adequado utilizar-se deste último como parâmetro no cálculo do valor da causa. XI - A melhor solução encontrada na prática forense para casos em que o valor da causa é objetivamente imensurável é a atribuição de uma importância simbólica, para efeitos fiscais, de modo a não onerar excessivamente qualquer das partes. Assim, altero o valor da causa, arbitrando-o em R\$1.000,00 (mil reais). XII - É devido o pagamento de

honorários de sucumbência à Defensoria Pública, a ser destinado a fundo próprio previsto em legislação. Impõe-se o afastamento da alegação de inconstitucionalidade dos honorários advocatícios em favor da Defensoria Pública, bem como deve ser reconhecida a não aplicação do enunciado da 421 do STJ ao caso, como já decidido em sede de repetitivos (Tema nº 129):  
?Reconhece-se à Defensoria Pública o direito ao recebimento dos honorários advocatícios se a atuação se dá em face de ente federativo diverso do qual é parte integrante. XIII - Com efeito, os honorários sucumbenciais devidos à Defensoria Pública têm natureza e função institucionais e seguem diretrizes diversas daquelas encontradas na advocacia particular, sendo equivocada a tentativa afastá-los utilizando-se de uma leitura rasa do enunciado da Súmula Vinculante nº 47 do STF e do artigo 22 do Estatuto da OAB que claramente fazem alusão à verba devida aos advogados particulares. XIV - Não há abuso do direito processual por parte da Defensoria Pública ao não ajuizar em casos como o presente uma ação mandamental e sim uma ação ordinária. Cabe ao promovente a análise acerca da pertinência utilização ou do remédio constitucional diante dos desafios que prevê enfrentar no feito. Não é dado ao julgador impor o ajuizamento de uma ação mandamental, elucubrar acerca da motivação do autor e, muito menos, punir a escolha pela ação ordinária. XV - Diante da pouca complexidade da causa e do reduzido grau de esforço e tempo necessário ao seu patrocínio, consequências inerentes ao caráter institucional da Defensoria Pública no exercício contínuo de suas funções e da massificação do tema, reformo a sentença para arbitrar os honorários sucumbenciais no montante de R\$500,00 (quinhentos reais), nos termos do art. 85, §§2º e 8º do CPC. REMESSA OBRIGATÓRIA E APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDAS. 5083713-59.2019.8.09.0011 - Apelação / Reexame Necessário DESOR. REINALDO ALVES FERREIRA. 1ª Câmara Cível. DJ 14.12.20

Na tentativa de avançar um pouco nas pesquisas e com intensão de promover uma mensuração exata do problema da falta de vagas no estado goiano, nos deparamos com a falta de acesso a informações como por exemplo sobre a quantidade de ações que são propostas ao TJ-GO sobre o tema. Pois não há um filtro para esta pesquisa, assim, somente é possível visualizar o número de decisões do Tribunal sobre o tema.

Já em uma pesquisa ao CNJ – Conselho Nacional de Justiça, foi possível visualizar a existência de mais de 17 mil processos sobrestados aguardando o julgamento do Tema 548 – STF - Dever estatal de assegurar o atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a 5 (cinco) anos de idade. Trata-se do Recurso Extraordinário nº 1008166 de 03/11/2016 de relatoria do Ministro Luiz Fux, proposto pelo Município de Criciúma em Santa Catarina que questiona a autoaplicabilidade do artigo 208, IV, CF/88. Em Goiás existem 353 processos sobrestados, com idêntica Repercussão Geral verificada, referentes ao mesmo tema, o que reforça ainda mais a relevância do tema aqui proposto.

Além do grande número de decisões no mesmo sentido, chegando a gerar a edição de uma súmula (Súmula nº 39 do TJ-GO) padronizando e garantindo que futuras demandas sejam interpretadas neste mesmo sentido. Chama a atenção que o ente público, responsável por criar

ações que garantam o acesso do direito à educação, mesmo diante de um cenário extremamente oneroso, provocado pelas reiteradas decisões, ao que parece, ainda não realizou devida Análise Econômica do Direito - AED em questão e, conseqüentemente ainda não apresentou uma solução que seja, a médio ou longo prazo, menos custosa aos cofres públicos, diante da reiterada alegação de escassez de recursos da administração pública.

Em um olhar aprofundado para doutrinas que versam sobre o tema, tal comportamento omissivo do ente público é contraproducente ao que se espera aplicar na teoria da AED, conforme ensina Richard Posner:

A Análise Econômica do Direito busca apurar eficiência das normas Jurídicas, o alcance das finalidades às quais estas se propõem, no macro contexto social, através de uma verificação cujos balizadores são critérios econômicos, fazendo do Direito uma instituição econômica. É neste sentido que se destaca a importância dos pronunciamentos judiciais, as interpretações das normas pelo Judiciário, restarem conectadas às suas conseqüências, haja vista a desconsideração da repercussão prática das decisões judiciais comprometer os interesses sociais como um todo. (POSNER, 2010).

Oliveira Junior, interpretando a citação supracitada, é enfático em defender a necessidade de uma análise “consequencialista das decisões judiciais” com foco no custo-benefício de sua concretização, é fundamental ter em mente conceitos como da eficiência alocativa de recursos e ótimo de Pareto, pois poderão proporcionar um melhor e mais objetivo controle jurisdicional. Ao propor um conceito mais abrangente para AED, Posner, apresenta uma teoria jurídica cujo fim seja contribuir para a economia, reconhecendo que o convívio social proporcionado pelo acesso à educação, de fato, se efetiva, por meio da economia de mercado, a qual possibilita a sobrevivência do homem, mesmo diante da escassez de recursos. (OLIVEIRA JUNIOR, 2010).

Nesta esteira, espera-se que a administração pública goiana, em todas as esferas, principal destinatária das decisões judiciais com consideráveis impactos econômicos, também realize a Análise Econômica do Direito sobre o prisma da eficiência que apregoa a referida teoria. E, que a partir do posicionamento proativo do judiciário goiano no sentido de efetivar o direito Constitucional à educação, reafirmado pela Lei Complementar nº 26/98 editada pelo legislativo goiano, leve-se em conta os custos do cumprimento de tais decisões em relação a criação do número ideal de vagas no sistema público de ensino visando suprir a demanda existente por vagas que atualmente varia entre 15% a 75%, segundo dados do Instituto Mauro Borges – IMB.



O quadro abaixo revela um dado positivo, o aumento em 12% do número de escolas que ministram educação infantil, por outro lado Goiás ainda possui mais de 15% das crianças entre 4 e 5 anos e 75% entre as de 0 a 3 anos fora da escola.

Número de escolas por etapa de ensino – Goiás – 2014 a 2018

Ano	Educação Infantil	Ensino Fundamental	Ensino Médio <sup>1</sup>	Educação Profissional de Nível Médio <sup>1</sup>	Educação de Jovens e Adultos
2014	2.402	3.452	931	114	606
2015	2.419	3.429	949	124	549
2016	2.543	3.439	956	152	533
2017	2.626	3.403	951	117	895
2018	2.692	3.415	976	143	850

Fonte: MEC/Inep/Censo Escolar da Educação Básica, 2014 a 2018.

Elaboração: Instituto Mauro Borges/Secretaria de Estado da Economia-GO - 2019.

<sup>1</sup> Inclui escolas com curso técnico integrado ao ensino médio.

O estado de Goiás possui 246 municípios e uma média de 10 escolas por município, sendo a capital, Goiânia com mais de 1,5 milhões de habitantes seguidas por Aparecida de Goiânia com mais de 500 mil habitantes, Anápolis com mais de 300 mil habitantes e Rio Verde, Águas Lindas e Luziânia com mais de 200 mil habitantes cada uma. O que pode nos dar uma noção da insuficiência de vagas em todo o estado. Algo que precisa ser urgentemente trabalhado.

### 3.3 Custo Social da implementação do número de vagas adequado

Como já observado, todo direito fundamental social tem um custo para ser efetivado. O direito à educação não é diferente, para tanto, a Constituição de 1988 trouxe expressa a previsão de percentual para arcar com despesas atinentes à sua implementação. Conforme prevê o artigo 212. “A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino.”.

Note-se que este é um percentual mínimo estipulado pelo constituinte para ser destinado às despesas com educação em âmbito nacional, estadual e municipal respectivamente. Porém, a necessidade apresentada pela demanda real expõe a insuficiência destes percentuais, bem como a má utilização e até mesmo evidencia possíveis desvios destes valores.

Segundo o artigo supramencionado, cada estado e município deverão aplicar o percentual mínimo de 25% “da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino.” Em Goiás, por ocasião da promulgação da sua Constituição Estadual, foi criado um plano de ampliação destes recursos. O art. 158 da Constituição de 1989 preconizava que: “O Estado aplicará, anualmente, no mínimo trinta por cento da receita de impostos, incluída a proveniente de transferências, na

manutenção e desenvolvimento do ensino público, prioritariamente nos níveis fundamental, médio, pré-escolar e de educação especial.” (GOIÁS, 1989).

Esta política que ampliou para 30% o percentual de recursos para a educação perdurou por 14 anos (de 1989 a 2003). Em janeiro de 2003, quando foi aprovada a Emenda Constitucional nº 33 o artigo 158 foi revogado e ganhou uma nova redação:

O Estado aplicará, anualmente, no mínimo 28% (vinte e oito por cento) da receita de impostos, incluída a proveniente de transferências, em educação, destinando pelo menos 25% (vinte e cinco por cento) da receita na manutenção e no desenvolvimento do ensino público, prioritariamente nos níveis fundamental, médio e de educação especial e, os 3% (três por cento) restantes, na execução de sua política de ciência e tecnologia, inclusive educação superior estadual (GOIÁS, 2003).

A nova redação do artigo 158 reduziu em 5% os investimentos em Educação Básica no Estado, impactando diretamente nos índices de avaliações do ensino que iniciaram uma queda nos anos seguintes. Mas não ficou só nisso, pois não foi só a perda dos 5% mas, o que se pôde constatar foi um descumprimento do mínimo constitucional estabelecido, ficando abaixo dos 25% como demonstrou as contas apresentadas pelo Governo ao Tribunal de Contas estadual, vejamos:

**- Percentual de Gastos com a Educação Básica – Goiás 2003-2005 (%)**

Ano	Percentual aplicado incluindo inativos e pensionistas	Percentual aplicado exceto inativos e pensionistas
2003	26,39	19,96
2004	25,05	22,76
2005	25,28	23,77

Fonte: Tribunal de Contas do Estado de Goiás.

Insta também ressaltar que, se desconsiderar o pagamento com servidores públicos inativos e pensionistas, conforme indica a tabela, ficará nítido o descumprimento constitucional do mínimo de 25% a ser aplicado. Apesar disso o TCE goiano não fez qualquer ressalva e aprovou as contas apresentadas nos anos indicados.

Novamente, em dezembro de 2005, outra Emenda é aprovada pela Assembleia Legislativa, a EC nº 39, que também altera o artigo 158 da Constituição Estadual, que passa de 28% para 28,25%. Desta vez há um pequeno aumento no percentual de repasses da receita de impostos e de transferências na tentativa de reparar perdas anteriores. Segue nova redação:

O Estado aplicará, anualmente, no mínimo 28,25% (vinte e oito e vinte cinco centésimos por cento) da receita de impostos, incluída a proveniente de transferências, em educação, destinando pelo menos 25% (vinte e cinco por cento) da receita na manutenção e no desenvolvimento do ensino público, na educação básica, prioritariamente nos níveis fundamental e médio, e na educação profissional e, os 3,25% (três e vinte e cinco centésimos por cento) restantes, na execução de sua política de ciência e tecnologia, inclusive educação superior estadual, distribuídos conforme os seguintes critérios:

I - 2% (dois por cento) na Universidade Estadual de Goiás – UEG, com repasses em duodécimos mensais;  
 II - 0,5% (cinco décimos por cento) na entidade estadual de apoio à pesquisa;  
 III - 0,5% (cinco décimos por cento) no órgão estadual de ciência e tecnologia;  
 IV - 0,25% (vinte e cinco centésimos por cento) na entidade estadual de desenvolvimento rural e fundiário, destinados à pesquisa agropecuária e difusão tecnológica” (GOIÁS, 2005).

A referida EC nº 39 propõe uma nova destinação para os recursos da Educação, agora, voltada para a educação profissional e pesquisa tecnológica na área da agropecuária, explorando potencial goiano para o agronegócio, mas, esquecendo-se da educação básica. Deste momento em diante há uma maior preocupação com o Ensino Superior no Estado, fato evidenciado pelos investimentos destinados à UEG – Universidade Estadual de Goiás, conforme inciso I do artigo supracitado e conseqüentemente o não investimento na educação básica neste mesmo período, como é possível notar na imagem abaixo que expõe os percentuais de gastos do Estado com Educação Básica de 2006 a 2008, divulgados pelo Tribunal de Contas do Estado que, além disso ainda inclui as despesas com pensionistas e inativos. (GOIÁS, 2009)

**Percentual de Gastos com a Educação Básica – Goiás 2006-2008**

Ano	Percentual aplicado incluindo inativos e pensionistas	Percentual aplicado exceto inativos e pensionistas
2006	27,17	22,35
2007	25,30	20,83
2008	23,73	20,13

Fonte: Tribunal de Contas do Estado de Goiás.

No período de 2009 a 2015, o percentual de gastos manteve-se praticamente o mesmo e incluiu as despesas com inativos e pensionistas para o cálculo dos gastos com Educação Básica no estado, como anteriormente. Tais dados revelam que, mesmo destinando em lei, recursos para a educação, o aporte ainda é insuficiente e o Estado de Goiás não faz a devida previsão orçamentária dos custos para a efetivação do direito à Educação básica, já que tem completa ciência da demanda e dos custos da judicialização do tema e suas conseqüências para o sistema financeiro do Estado.

**Percentual de Gastos com a Educação Básica – Goiás 2009-2015 (%)**

Ano	Percentual aplicado incluindo inativos e pensionistas	Contas Revisadas <sup>5</sup>
2009	25,50	
2010	27,22	
2011	24,93	25,05
2012	25,05	
2013	25,03	
2014	25,68	
2015	24,95	

Fonte: Tribunal de Contas do Estado de Goiás.

Durante um certo tempo (de 1989 até meados 2003) o Estado de Goiás conseguiu, ampliar os investimentos voltados à educação básica para 30% em 1989, acima dos 25% previstos na Carta Magna de 1988. Tal ação foi considerada como um salto em termos de políticas públicas educacionais. Porém, isso não se manteve nas políticas públicas subsequentes, fazendo com que o estado sofresse um considerável retrocesso nesta área. Em descompasso com a demanda crescente por acesso a educação básica infantil, o Estado e seus municípios não conseguem atender com o número de vagas suficientes, gerando a exclusão de várias crianças do sistema de ensino goiano. Algo grave que precisa ser urgentemente revisto, revertido e, por que não prevenido? É o que será demonstrado no item a seguir.

### **3.4 Custo da Prevenção (baseado no cálculo de Hand)**

Antes de estudarmos o custo da prevenção aplicando e baseando-se no cálculo de Hand, faz-se necessário perpassarmos por importantes conceitos que nos auxiliem na construção do que se pretende demonstrar. Para tanto, estudaremos o conceito de Falhas do governo, na mesma lógica do que apresenta em falhas de mercado, as externalidades negativas geradas por estas falhas, responsabilidade do Estado e, por fim, apresentaremos o custo da prevenção como balizador na análise econômica do direito à educação.

#### *3.4.1 Falhas de Mercado, Falhas de Governo*

Maristello Porto conceitua falhas de mercado dentro da teoria econômica como sendo “circunstâncias específicas que levam um sistema de livre mercado à alocação ineficiente de bens e serviços”. (PORTO, 2020). Um exemplo dessas circunstâncias específicas seria a preocupação apenas com objetivos particulares, sem realizar uma análise geral, ampla do mercado que envolva, além do custo particular, o custo social. Ainda na visão de Maristello Porto:

Tal análise desempenha um papel importante no que se refere às decisões sobre políticas públicas. No entanto, alguns tipos de intervenções e de políticas governamentais, tais como impostos, subsídios, salvamentos, controles de preços e salários e regulamentos, que podem constituir tentativas públicas de corrigir falhas de mercado, também podem levar a alocações ineficientes de recursos (às vezes chamadas de falhas de governo). Nestes casos, há uma escolha entre os resultados imperfeitos, isto é, os do mercado imperfeito, com ou sem intervenções do governo. Em qualquer caso, por definição, se existe uma falha de mercado o resultado não é Pareto-eficiente. (PORTO, 2020, p. 174).

Infere-se assim que não só o mercado possui falhas, mas o governo, ao tentar atuar na correção destas falhas pode incorrer em falhas de governo que acabam por criar ineficiências ao propor uma intervenção fora do tempo ou até mesmo indevida. Outra falha possível do governo com impacto direto no mercado pode se dar em casos de desvios de incentivos inerentes ao processo político de decisão, conhecido como *rent seeking*, que é a utilização de recursos como objetivo de obter renda (*rents*) que, por si só não tem utilidade social, apenas obtenção de lucros, legais, mas que não atendem ao fim almejado pela Constituição Social de 1988.

O *rent seeking* pode ocorrer de duas maneiras diferentes. A mais aberta, através de transferências diretas, quando um grupo recebe benefícios financeiros do erário público, ou de forma menos ostensiva, através de um regime regulatório mais favorável a determinado grupo de agentes econômicos. Trata-se de um problema relacionado à atuação de grupos de interesses. Há a tendência à organização em tal categoria, quando estamos diante de uma coletividade relativamente pequena, cujo benefício ou prejuízo advindo da política poderá ser grande, há, portanto, a busca de lucros às custas da sociedade como um todo. (TULLOCK, 2002)

É importante mencionar a existência das falhas do governo no que tange a sua ação na economia e, quanto ao âmbito das políticas públicas isso é notório por economistas e demais estudiosos do mercado. Assim, é possível identificar as externalidades negativas relacionadas à omissão pública na destinação dos recursos necessários para implementar políticas públicas educacionais.

É pacífico o entendimento de que quando o mercado falha em prover bens como saúde, educação e moradia, o Estado deve agir rapidamente na busca de soluções. Porém, estar-se diante de um liame delicado pois, no caso da educação, no Brasil, pode ser um indicativo de que a política pública adotada no país beneficia os mais ricos. Esse bem público é mal distribuído, há uma desigualdade intrínseca no modelo adotado atualmente. Por exemplo, as escolas públicas de Educação infantil básica até as de Ensino Médio não oferecem a qualidade e a estrutura que se encontra nas escolas públicas e são frequentadas pela camada mais pobre da sociedade. Na total contramão dos que ocorre nas universidades públicas federais que, de modo geral, apresentam excelente qualidade e são frequentadas pelos mais ricos conforme dados do IBGE<sup>7</sup>. Outro fato que chama a atenção no exemplo trazido é que se pode claramente constatar uma distribuição contraditória, ou seja, os mais pobres transferindo recursos para os

---

<sup>7</sup> IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística em seu relatório de Síntese de Indicadores Sociais, publicado em 2010, os 20% mais ricos representam 9,4% na rede pública de Ensino Médio, mas 50,9% na rede Pública Superior. Por sua vez, os 20% mais pobre representam 20,9% da rede pública de Ensino Médio, mas apenas 3,4% da rede pública de Ensino Superior.

mais ricos, sob o prisma que toda a sociedade paga por meio de tributação, a universidade pública, porém apenas os mais abastados usufruem. (ACCA, 2019)

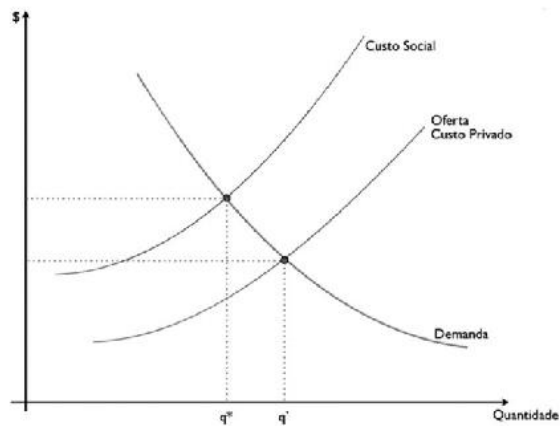
Dentro do que se propõe o presente trabalho, uma possível intervenção sobre as “falhas de governo” no intuito de reduzir a judicialização das políticas públicas e consequente redução de custos com a máquina judiciária e até mesmo com a administrativa, seria a criação de um mecanismo administrativo eficiente para requerer a efetivação do direito social à educação. Assim, seria mais simples e barato o acesso à vaga, sem custos extras ao erário e à sociedade em geral que, arca com os custos destas ações judiciais de várias maneiras.

### *3.4.2 As Externalidades Negativas*

Conforme leciona Maristrello Porto, “externalidade negativa é representada pelo impacto negativo que uma ação pode ter sobre terceiros.” (PORTO, 2020). Neste sentido o autor traz um interessante exemplo:

Consideremos, como exemplo, o uso de carros para ir até o trabalho. Quando um agente decide utilizar seu carro para deslocar-se está, em geral, preocupado com fatores como conforto, rapidez, preço da gasolina, depreciação do carro, etc. Essa ação, entretanto, acaba por ter efeitos na vida de terceiros dado que, dentre outros aspectos, contribui para o aumento do trânsito e da poluição. Esses resultados podem ser tidos como negativos do ponto de vista daqueles que o suportam, pois, a emissão de gases pelo veículo é prejudicial à saúde e o aumento do trânsito fará com que o tempo de deslocamento entre diferentes pontos da cidade seja maior. Dessa forma, o custo dessa ação para a sociedade será maior do que para quem decide se deslocar utilizando o automóvel como meio de transporte. Isso porque, o custo social é o somatório dos custos privados de quem age e do impacto suportado por terceiros. (PORTO, 2020, p. 189)

O autor conclui com a exposição de um gráfico que explica a curva do custo social que está acima da curva que representa o custo privado (custo do agente), o ponto “ideal” é onde há a intersecção entre as curvas do custo social e da demanda, porém, o ponto de equilíbrio resta demonstrado entre as curvas da oferta e da demanda, uma vez que o custo privado não considera o custo da externalidade produzida e a quantidade alcançada pelo mercado.



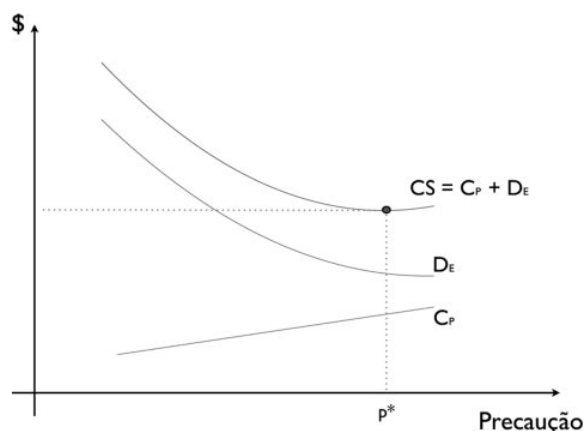
Em uma simples analogia com o custo real do cumprimento das decisões que determinam a criação de vaga para crianças no sistema de educação básica do Estado e seus municípios, sem falar nos custos com a condução do processo por parte do ente público com seus procuradores e eventuais taxas, é possível verificar que o ponto de equilíbrio para a efetivação do direito à educação seria a intersecção da curva da demanda com a curva do custo social, isto se já realizada a previsibilidade no orçamento público sem que houvesse a necessidade da judicialização deste direito já consagrado na Constituição.

A solução apresentada ao caso da utilização do veículo mencionado juntamente com o gráfico, seria a imposição de cobrança adicional, uma espécie de taxa, pelo Estado, sobre esta atividade, no intuito de atribuir aos agentes causadores o custo gerado por esta externalidade. Assim, esta externalidade passaria a integrar a curva do custo privado que iria se equiparar à curva do custo social, alcançado o equilíbrio de um ponto ótimo. Dessa forma seria possível criar um mercado sem falhas com a alocação eficiente de recursos. Um exemplo em nosso país é o que acontece em São Paulo com o rodízio diário de veículos, onde os motoristas se revezam na utilização de seus próprios veículos (abrem mão do direito privado ao patrimônio pelo bem da coletividade e melhoria no trânsito da cidade) por meio de um sistema de rodízio criado e administrado pelo governo do Estado. Já em Londres há a cobrança de uma taxa de acordo com o uso de veículos conforme o local da cidade.

Em complemento à fórmula de Hand, dois estudiosos, Cooter e Ulen, desenvolveram juntos um modelo considerado mais geral aplicável à análise da responsabilidade civil à luz da AED, este, por sua vez, retira o foco da conduta de cada agente isoladamente e minimiza os chamados custos sociais, mesmo nome dado à fórmula criada por eles.

A fórmula dos Custos Sociais é muito interessante do ponto de vista econômico pois agrega duas variáveis, a conduta do ofensor e da vítima, a essa junção nominou-se Custo Social

(CS). Assim, tem-se que  $CS=CP+DE$ , ou seja, Custo Social (CS) é igual ao Custo de precaução social (CP) somado ao Dano Esperado (DE). Vejamos o gráfico com a exposição:



Tem-se assim que o nível ótimo  $p^*$  seria aquele apto a minimizar a função dos custos sociais, bem como os demais custos envolvidos diretamente nas situações reais que acompanhamos diariamente. (COOTER, 2010). Aplicando esta solução ao objeto do presente trabalho temos como resultado o controle judicial das políticas públicas realizado pelo Poder Judiciário, uma vez que o Estado, na condição de agente, deixa de agir (omissão) não suprimindo a demanda existente de vagas no sistema de ensino (Custo da Prevenção), gerando uma externalidade (Dano Esperado), causando impacto negativo para terceiros (pais e filhos que não têm acesso as vagas sobre as quais possuem direito subjetivo). Vê-se assim que o Estado, na condição de agente causador do dano deve arcar com os custos para a devida efetivação deste direito fundamental, mesmo que isso signifique a matrícula de várias crianças em instituições privadas de ensino. A questão que se levanta é a seguinte: ao se deparar com todos estes custos, o Estado deveria realizar AED do custo da prevenção conforme apresentado, e, tentar evitar outras demandas idênticas que estarão sujeitas ao mesmo resultado, criando o número necessário de vagas para atendimento da demanda de acordo com os critérios estabelecidos em lei.

### 3.4.3 Responsabilidade Civil do Estado baseado no cálculo de Hand

O tema Responsabilidade Civil do Estado já foi bastante discutido doutrinariamente e merece destaque aqui por abordar um viés econômico a partir da Análise Econômica do Direito, mais especificamente relacionando a questão das externalidades negativas, conforme ensina Maristrello Porto:

Do ponto de vista econômico, que interessa a AED, a Responsabilidade Civil pode ser vista como uma forma de corrigir o problema das externalidades



negativas. Isso porque ela estabelece “critérios para a seleção das situações nas quais a ocorrência dos danos deve ser indenizada”, bem como define os critérios para a transferência do prejuízo causado por esses danos. (PORTO, 2020, p. 218)

Antes de irmos adiante, é importante estabelecermos as regras da responsabilidade civil objetiva e subjetiva sob o prisma da AED e definirmos sobre qual iremos alocar as hipóteses que serão discutidas. Na Responsabilidade Civil Subjetiva, o ofensor arca com os custos do dano apenas se tiver agido com culpa, ou seja, caberia a ele a adoção da precaução e, quando não o faz, deve arcar com o Dano Esperado. É o que ensina Porto:

A decisão dos agentes, neste caso, se resume a duas escolhas: adotar precaução ou não. Mas destacamos que, ainda que houvesse diferentes níveis de precaução disponíveis, a escolha do nível ótimo ainda seria a opção mais vantajosa para o causador do dano. Isto porque a regra da responsabilidade civil subjetiva, quando tem o seu parâmetro de culpa estipulado pela fórmula de Hand, imputa ao ofensor todos os custos que integram a fórmula do custo social quando este age com culpa. Assim, ao tentar minimizar seus próprios custos, o ofensor minimiza também os custos sociais. Assim, podemos concluir que a regra da responsabilidade civil subjetiva gera incentivos adequados para que os agentes adotem níveis ótimos de precaução, desde que o critério de culpa seja definido com base no nível ótimo de precaução estabelecido pela fórmula de Hand. (PORTO, 2020)

Já na regra da Responsabilidade Civil Objetiva, assim como na subjetiva, o ofensor arca com o montante do dano. Porém, quando restar configurada a culpa da vítima, hipótese classificada pela doutrina como “culpa exclusiva da vítima” ela deverá arcar com os custos gerados pelo dano. Nestes termos, para fins de AED e utilização da fórmula de Hand, o critério adotado será o de que, em regra, os custos serão da vítima quando for comprovada a culpa, mesmo que também reste demonstrada a culpa do ofensor. E do ofensor quando se tratar de Dano esperado sem a devida precaução e comprovada culpa. (MACKAAY, 2015)

Seguindo o prisma da teoria da responsabilização do Estado, independente dos critérios adotados, caberá a este o pagamento de uma indenização a título de reparação a quem tenha causado o dano. A Análise Econômica parte da ideia de que existem níveis de precaução a serem considerados em todas as atividades e, no caso da administração pública, em cada ação ou omissão. Dessa maneira, todas as vezes em que o Estado for omissivo deverá ser responsabilizado, por sua vez, cabe ao Estado evitar a reincidência, que é um fator que eleva o custo da administração. Assim, decisões que impliquem em gastos para a administração pública, sem atingir a coletividade, devem ser evitadas, uma vez que a AED tem como princípio a precaução visando ampliar a capacidade de promover eficiência econômica. (MACKAAY, 2015).

É neste sentido que ao caso em tela se aplica a fórmula de Learned Hand. Criada pelo Juiz norte-americano que deu nome a fórmula, durante o julgamento do caso *United States v. Carroll Towing Co.*, o referido juiz elaborou uma fórmula cujo objetivo era estabelecer um parâmetro para caracterizar condutas culposas. Objetivamente, a fórmula leva em consideração o nível de precaução (custos para implementá-la) e o dano esperado ou causado.

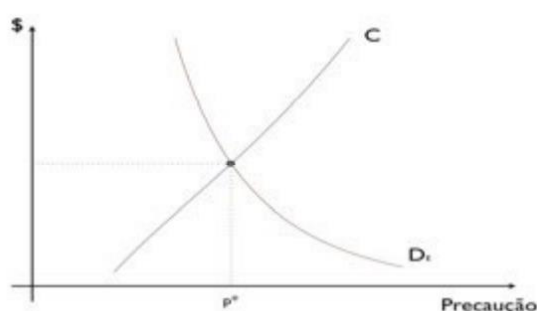
Segundo Hand, o potencial causador de um dano terá agido com culpa quando os custos marginais de precaução que deixou de adotar forem inferiores à redução marginal do dano esperado.

Fórmula de Hand:  $C < DE$

C = custo marginal de precaução

DE = montante do dano esperado

Por outro lado, é preciso levar em consideração os custos para a adoção de medidas preventivas que, conforme demonstrará o próximo gráfico, representará um relevante aumento nos custos para a execução da referida atividade. Assim, o custo da prevenção para algumas atividades pode ser considerado extremamente elevado, visto por quem administra como perda de tempo, de dinheiro ou até conveniência, conforme analisaram Cooter e Ulen. (COOTER, 2010)



C = custo marginal de precaução

DE = dano esperado marginal =  $pd$

$p$  = probabilidade marginal de ocorrência de dano

$d$  = dano marginal

Da interpretação do gráfico acima e, com base na fórmula de Hand, depreende-se que qualquer nível de precaução inferior a  $p^*$ , incorrerá em uma conduta culposa. Bem como que, qualquer nível superior de precaução será excessivo e, provavelmente ineficiente. (PORTO, 2020) Tal conclusão pode ser facilmente compreendida e aplicada às atividades econômicas da iniciativa privada, mas, o fato é que não se pode lançar mão da precaução quando se fala em

Direito Fundamental Social à Educação Básica. É nítido o impacto econômico das decisões judiciais que determinam a matrícula em instituições de ensino público ou até mesmo privada, quando resta comprovada a inexistência de vagas no sistema daquele. Entretanto, restou claro se tratar de um direito vinculado à ação do administrador público que neste caso, não tem nenhuma margem de discricionariedade para decidir se irá atender ou não aos cidadãos neste direito consagrado constitucionalmente. O que se tentou demonstrar foi a necessidade de uma análise com foco na análise econômica do direito utilizando princípios de direito econômico e outras teorias, como a fórmula de Hand, que orienta a mensuração do custo social (neste caso do direito social à educação) a partir de uma conduta preventiva, que considere o custo da prevenção.

Ao destinar, na elaboração do orçamento público, o valor necessário para a criação e implementação das políticas públicas educacionais, e, de fato, cuidar para que este recurso preste ao seu fim programado, o Estado de Goiás estará privilegiando uma conduta preventiva e, que não causará danos a nenhum dos destinatários ao direito à educação, aplicando assim a fórmula de Hand naquilo que lhe é essencial, visando o custo da prevenção. Por fim, é importante mencionar o que afirma a Luiza Cristina Frischeisen em sua obra sobre a importância da obediência à Constituição Federal no que concerne a efetivação dos direitos fundamentais:

Nesse contexto constitucional, que implica também na renovação das práticas políticas, o administrador está vinculado às políticas públicas estabelecidas na Constituição Federal; a sua omissão é passível de responsabilização e a sua margem de discricionariedade é mínima, não contemplando o não fazer. O administrador público está vinculado à Constituição e às normas infraconstitucionais para a implementação das políticas públicas relativas à ordem social constitucional, ou seja, própria à finalidade da mesma: o bem-estar e a justiça social. Conclui-se, portanto, que o administrador não tem discricionariedade para deliberar sobre a oportunidade e conveniência de implementação de políticas públicas discriminadas na ordem social constitucional, pois tal restou deliberado pelo Constituinte e pelo legislador que elaborou as normas de integração. As dúvidas sobre essa margem de discricionariedade devem ser dirimidas pelo Judiciário, cabendo ao Juiz dar sentido concreto à norma e controlar a legitimidade do ato administrativo (omissivo ou comissivo), verificando se o mesmo não contraria sua finalidade constitucional, no caso, a concretização da ordem social constitucional. (FRISCHEISEN, 2000).

Diante de todo o apresentado, conclui-se que o Poder Judiciário goiano, ao editar a Súmula nº 39, pacificando o entendimento que tanto o mandado de segurança quanto ação ordinária “são instrumentos hábeis ao exercício do direito fundamental da criança ao atendimento em creche ou pré-escola situada nas proximidades da sua moradia, mantida ou custeada pelos municípios, admitindo-se bloqueio de valores em caso de descumprimento da

obrigação” conforme previsto nos artigos 208, IV da CF e 54, IV do ECA). E, ao julgar reiterados casos sobre o mesmo tema, com características idênticas, reafirma o sentido da súmula e, realiza uma importantíssima contribuição para a efetivação do direito à educação no Estado.

A administração pública competente caberá a análise econômica do cumprimento de reiteradas decisões sobre o prisma da fórmula de Hand, levando em consideração especificamente o cálculo da prevenção. Que deve ser considerado para a consecução de resultado mais eficiente, econômico, célere e mais abrangente. Ao passo que não só irá cumprir uma determinação judicial mas, irá permitir o acesso de várias crianças ao sistema de ensino público e evitar desgastes e perda de tempo com ações judiciais, sem falar na redução de demandas jurídicas que está diretamente ligada à economia processual necessária ao Judiciário.

## CONCLUSÃO

Pretendeu-se com esse trabalho demonstrar o direito fundamental social constitucional à educação, bem como as políticas públicas voltadas à este tema como importantes instrumentos de redução das desigualdades sociais e regionais no país, além de ser essencial à adequada qualificação para o trabalho e busca do pleno emprego, princípios basilares para o desenvolvimento econômico conforme apregoa o artigo 170, VII e VIII, CF/88, reiterado pelos artigos 205 e 208 também da Constituição Federal de 1988. E como este importante direito tem sido tratado no Estado de Goiás, pelos Poderes Executivo e Judiciário.

Com as transformações vivenciadas no Judiciário brasileiro a partir de decisões judiciais, torna-se cada vez mais importante a conscientização da relevância do tema aqui tratado. O enfoque na efetivação dos direitos fundamentais sociais à educação deve ser mantido na medida em que todos os Poderes devem unir esforços para que predomine harmonia e independência previstas na Suprema Carta.

De fato, o Estado brasileiro de modo geral não tem sido eficiente em assegurar a todos os indivíduos as necessidades mais básicas, mínimas, que gravitam em torno do direito à educação, ao ponto de se afirmar que a negativa de concessão de certas prestações por parte do Estado viola uns dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, a Dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial.

A respeito daquilo que a Constituição Federal atribui aos Estados (Administração Pública) pode-se entender que a omissão está presente em vários atos, desde a não previsão no orçamento público para atendimento da demanda já conhecida, até a negativa de matrícula no sistema público de ensino por insuficiência de vagas na rede. Dessa maneira entende-se que o fenômeno da judicialização de demandas é uma consequência da omissão do Poder Executivo em todas as suas esferas (federal, estadual e municipal, principalmente pois cabe a este a implementação da educação básica no seu município).

As políticas públicas são responsáveis por implementarem vários destes direitos fundamentais sociais, e proporcionarem à sociedade um ambiente de equidade, paz e justiça social. Nas palavras de Ihering, “o objetivo do direito é a paz, a luta é o meio de consegui-la”. Pode-se então afirmar que as políticas públicas são, de fato, as melhores “armas” que se tem atualmente para a luta e consequente conquista do direito à educação. (IHERING, 1998) Mas, assim como em toda luta, enfrentam-se também obstáculos e como recurso útil elas apresentam um grande empecilho, os custos, pois visam a efetivação dos direitos fundamentais sociais e, todos os direitos possuem custos (GALDINO, 2005).

Neste sentido, cabe ao Estado, enquanto destinatário da obrigação de fazer, a concretização do texto constitucional no que concerne as normas programáticas que criam direitos individuais sociais, como por exemplo o direito fundamental à educação. Pela ordem, prevê os artigos 25 e 29 da CF/88 que os estados e municípios desdobrem as normas gerais da Carta Federal e, assim, levem para si a obrigação de cumprirem, dentro de suas competências, o que prega a Constituição. O mesmo ocorre com a legislação federal. Neste sentido a pesquisa apresentou a LDB – Lei de Diretrizes e Bases da Educação do Estado de Goiás – Lei, nº 26/98 que se espelhou na LDB Nacional, Lei nº 9.394/96, sendo reconhecida nacionalmente como uma das mais importantes políticas públicas educacionais do país e, em alguns pontos até mais ampla e taxativa do que a Lei federal.

A LDB goiana – Lei, nº 26/98 tem importante destaque na consecução do acesso ao sistema de ensino da educação infantil básica no Estado de Goiás, pois, tem sido utilizada como fundamento para diversas ações propostas no judiciário goiano. A judicialização ou controle judicial das políticas públicas voltadas à educação é um ponto de grande discussão doutrinária como restou demonstrado no presente trabalho. Vários gargalos foram apresentados, muitos deles apoiados em teses de grande aceitação, como as adotadas pelo Supremo Tribunal Federal que, já se reconheceu como órgão competente para decidir em ações que versem sobre tema. Na mesma toada o Tribunal goiano é bastante proativo e com a edição da Súmula 39 padronizou o entendimento de que são viáveis as ações que busquem a efetivação do direito ao acesso à educação infantil básica, independente da disponibilidade de vagas no sistema público. Devendo utilizar o sistema privado, às expensas da administração pública competente para que se cumpra as decisões neste sentido.

Na judicialização de políticas públicas, muitas questões são levantadas e a discussão entre duas variáveis ganha destaque: Reserva do Possível e o Mínimo existencial. A conhecida alegação de falta de recursos por parte do Estado é o argumento utilizado para a não implementação das políticas públicas necessárias para a efetivação dos direitos fundamentais sociais essenciais para uma vida digna, o que chamamos de Mínimo existencial, este, deve sobrepujar no resultado do referido embate. Mas, para chegar a esta conclusão perpassamos pelo debate entre Hart e Dworkin a respeito da “Discrecionalidade Judicial” em que este último conclui que seria possível atribuir ao juiz uma margem de escolha desde que esta se ativesse aos princípios jurídicos adotados pelo referido ordenamento. No caso em tela, o princípio da Dignidade da pessoa humana é utilizado como fundamento para a manutenção do mínimo possível.

É neste momento que se depara com os efeitos econômicos destas decisões e ascende a questão sobre a utilização adequada dos recursos e que se deve levar em consideração para que se atinja o fim desejado, que é a satisfação do direito pleiteado, sem que agrave ainda mais o problema da escassez de recursos públicos. Para tanto, entende-se necessário que se aplique os princípios da Análise Econômica do Direito sob a perspectiva da fórmula de Hand, realizando o cálculo da prevenção, estabelecendo no orçamento público o aporte suficiente para a criação de vagas necessárias para o atendimento da demanda. Ciente de que tal solução esbarraria na limitação do orçamento, talvez, o possível fosse a criação de um mecanismo administrativo, dentro da estrutura do Poder Executivo, que fosse mais simples e barato para alcançar o mesmo fim, eliminando os custos com o Poder Judiciário.

## REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução ao Direito. Teoria: Filosofia e Sociologia do Direito.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019.
- ACCA, Tiago dos Santos. **Direitos Sociais: conceito e aplicabilidade.** São Paulo: Almedina, 2019.
- AGAMBEM, Giorgio. **Estado Exceção.** São Paulo. Boitempo, 2004.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Trad. de Virgílio Afonso da Silva. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- APPIO, Eduardo. **Controle Judicial das políticas públicas no Brasil.** Curitiba: Juruá, 2012.
- ARENHART, Sérgio Cruz. **As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo poder judiciário.** Disponível em: [http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista\\_2009/2009/aprovados/2009a\\_Tut\\_Col\\_Arenhart%2001.pdf](http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista_2009/2009/aprovados/2009a_Tut_Col_Arenhart%2001.pdf). Acesso: 01 dez. 2020.
- ARENDT, Hannah. **O que é política?** 3ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Bertrand Brasil, 2002.
- BACHOF, Otto. **Normas Constitucionais Inconstitucionais.** Trad. e nota prévia de José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 2014.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARBOSA, I; ALVES; N. e MARTINS, T. **Políticas públicas para a educação infantil em Goiânia: a luta por um projeto político-social.** Caxambu: ANPED, 2005.
- BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009.
- BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo.** Fórum, Belo Horizonte. 2012
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo.** 8ª ed. Saraiva, 2019.
- BERCOVICI, Gilberto. “Planejamento e políticas públicas: por uma nova compreensão do papel do Estado”. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico.** São Paulo: Saraiva, 2006.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas.** São Paulo: Saraiva, 2002.



BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm) Acesso: 16 de outubro de 2020.

CANTO-SPERBER, Monique (Org.). **Dicionário de ética e filosofia moral**. Vol. I e II. São Leopoldo: Unisinus, 2003.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. **Controle judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2004.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 12ª ed. Atlas. São Paulo, 2018.

COASE, Ronald H. **“The Problem of Social Cost”**. Publicado em The Journal of Law & Economics em 1960. O Problema do Custo Social. TRAD. Fundação Getúlio Vargas, 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 12ª ed. Saraiva. São Paulo, 2019.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas**. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 35 n. 138 abr./jun. 1998.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda e outros (orgs). In: **Constituição e Ativismo Judicial**: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.283-284.

CARVALHO, Cristiano. **A Análise Econômica do Direito Tributário**. In: “Direito Tributário – Homenagem a Paulo de Barros Carvalho. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito e Economia**. Quinta Edição. Porto Alegre. Bookman, 2010.

DELGADO, Marurício Godinho; PORTO, Lorena Vasconcelos. **Welfare State – Os grandes desafios do Estado de Bem-estar social**. São Paulo. LTR, 2019.

DERING, Renato de Oliveira. **A prova de redação do Enem**: manutenção da colonialidade por meio do ensino de produção textual. 2021. 220 f. Tese (Doutorado em Letras e Linguística) - Universidade Federal de Goiás, Goiânia, 2021.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Discricionariedade, devido processo legal e controle jurisdicional dos atos administrativos**; In: Fundamentos do processo civil moderno. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FALEIRO, Marlene de O. L. TOSCHI, Mirza Seabre. **A LDB do Estado de Goiás Lei nº 26/98: análises e perspectivas**. Editora Alternativa. Goiânia, 2001.

FONTE, Felipe Melo. **Políticas Públicas e Direitos Fundamentais**. São Paulo. Saraiva, 2015.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Constituição e governabilidade**: ensaio sobre a (in) governabilidade brasileira. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 34.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Políticas Públicas – A Responsabilidade do Administrador e o Ministério Público**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos**. São Paulo: Ed. Lúmen Juris, 2005.

GOIÁS. Constituição Estadual do estado de Goiás. **Diário Oficial da Assembleia do Estado de Goiás**, Goiânia, 1989. Disponível em: <[http://www.gabinetecivil.goias.gov.br/constituicoes/constituicao\\_1988.htm](http://www.gabinetecivil.goias.gov.br/constituicoes/constituicao_1988.htm)> . Acesso em: 8 dezembro 2020.

GOIÁS. Lei Complementar nº 26, de 28 de dezembro de 1998. **Estabelece as diretrizes e bases do Sistema Educativo do Estado de Goiás**. Diário Oficial do Estado de Goiás, Goiânia, 1998. Disponível em: <[https://legisla.casacivil.go.gov.br/pesquisa\\_legislacao/101024/lei-complementar-026](https://legisla.casacivil.go.gov.br/pesquisa_legislacao/101024/lei-complementar-026)> . Acesso em: 8 dezembro 2020.

GOIÁS. Emenda Constitucional nº 33, de 02 de Janeiro de 2003. **Altera os dispositivos da Constituição do Estado de Goiás que especifica Diário Oficial da Assembleia do Estado de Goiás**, Goiânia, 2003. Disponível em: <[https://legisla.casacivil.go.gov.br/pesquisa\\_legislacao/102991/emenda-constitucional-33](https://legisla.casacivil.go.gov.br/pesquisa_legislacao/102991/emenda-constitucional-33)> . Acesso em: 8 dezembro 2020.

GOIÁS. Secretária da Fazenda do Estado de Goiás. **Relatório Resumido da Execução Financeira**. Goiânia, 2005. Disponível em: <[http://www.sgc.goias.gov.br/upload/links/arq\\_763\\_demonstrativoI.pdf](http://www.sgc.goias.gov.br/upload/links/arq_763_demonstrativoI.pdf)>. Acesso em: 8 dezembro 2020.

GOIÁS. Emenda Constitucional nº 43, de 12 de maio de 2009. **Altera os dispositivos da Constituição Estadual que especifica**. Diário Oficial da Assembleia do Estado de Goiás, Goiânia, 2009. Disponível em: <[https://legisla.casacivil.go.gov.br/pesquisa\\_legislacao/103001/emenda-constitucional-43](https://legisla.casacivil.go.gov.br/pesquisa_legislacao/103001/emenda-constitucional-43)> . Acesso em: 8 dezembro 2020.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 17. ed., atual., São Paulo: Saraiva, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O controle jurisdicional de políticas públicas** / coordenadores Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe. – 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário.** In: Doutrinas essenciais de direito constitucional. n.4. São Paulo, 2011. p. 563.

HART, H. L. A. **O conceito de Direito.** Pós-escrito editado por Penélope A. Bulloch e Joseph Raz. Trad. de A. Ribeiro Mendes. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

IHERING. Rudolf von. **A Luta pelo Direito.** Trad. J. Cretella Jr. E Agnes Cretella. Revista dos Tribunais. São Paulo, 1998.

JUNIOR, Osvaldo Canela. **Controle Judicial de Políticas Públicas.** São Paulo. Saraiva, 2011.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes.** Os pensadores. Tradução de Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 2002.

KERSTENETZKY. Célia Lessa. **O estado do bem-estar social na idade da razão – a reinvenção do estado social no mundo contemporâneo.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Políticas Públicas no Estado Constitucional.** São Paulo. Atlas. 2013.

LORENCINI, Bruno César. **A responsabilidade do poder político no estado constitucional sob o paradigma da *democratic responsiveness*.** 2013. 337fs. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo; Universidad de Salamanca, São Paulo; Salamanca, 2013.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito;** tradução Rachel Sztajn. – 2. ed. – São Paulo: Atlas, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 42 ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO. Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 34 ed. São Paulo: Malheiros 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira.; PAIVA. Paulo. **Políticas Públicas no Brasil.** Uma Abordagem Institucional. São Paulo. Saraiva, 2017.

MESQUITA, Cristina das Graças Dutra. **Política Pública de Financiamento da Educação Infantil no Estado de Goiás: o desvelamento do real.** 2005. 120 f. Dissertação (Mestrado em Educação) – Universidade Católica de Goiás, Goiânia, 2005.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição.** 5. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MORAES. Alexandre de. **Direito Constitucional.** 33ª ed. Atlas, São Paulo, 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos., disponível em: <[http://www.redeblh.fiocruz.br/media/decl\\_d\\_human.pdf](http://www.redeblh.fiocruz.br/media/decl_d_human.pdf)>, acesso em 10 de outubro de 2020.

OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Almedina: Coimbra, 2007.

PORTO, Antônio Maristrello; GAROUPA, Nuno. **Curso de análise econômica do direito**. São Paulo: Atlas, 2020.

POSNER, Richard. **A Economia da Justiça**. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo. Editora WMF Martins Fontes, 2010.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 3ª ed. Tradução de Jussara Simões. Revisão Técnica e da Tradução de Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares do Direito**. 27ªed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10e d. Porto Alegre – RS. Livraria do Advogado Editora, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. São Paulo. Livraria do Advogado Editora. 2018.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana - conteúdo, trajetórias e metodologia**. 2ª ed. Fórum. Belo Horizonte, 2016.

SECCHI, Leonardo. **Políticas Públicas: Conceitos, esquemas de análise e casos práticos**. 2ª ed, São Paulo: Cengage Learning, 2014.

SGARBOSSA. Luís Fernando, **Crítica à Teoria dos Custos dos Direitos**. v. 1, 2010, Fabris Editor; STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN “The Cost of Rights”, 1999, Norton, New York.

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do Trabalho Científico**. 24ª ed. Cortez. São Paulo, 2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 42ª ed. Malheiros: São Paulo, 2019.

SILVA, Simônia Peres da. **O processo de implementação das políticas educacionais e repercussões nas formas de gestão da escola e no processo de ensino-aprendizagem [manuscrito] : o Pacto pela Educação em Goiás**. Goiânia, 2014.

SILVEIRA, Ederson Luis; DERING, Renato de Oliveira. Políticas públicas da educação especial no Brasil. **Atos de Pesquisa em Educação**. Blumenau, v. 10, n.1, p.244-259, jan./abr. 2015. ISSN 1809-0354 DOI: <http://dx.doi.org/10.7867/1809-0354.2015v10n1p244-259>

SUNSTEIN, Cass Robert. HOLMES, Stephen. **O custo dos direitos: Por que a liberdade depende dos impostos**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. WMF Martins Fontes, São Paulo- SP, 2019.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

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

TAPOROSKY, Barbara Cristina Hanauer; SILVEIRA, Adriana Aparecida Dragone. **O Direito à Educação Infantil nos Tribunais de Justiça do Brasil**. Educ. Real, Porto Alegre, v. 44, n. 1. Disponível em. <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S2175-62362019000100607&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2175-62362019000100607&lng=en&nrm=iso)> Acesso em 04 agosto 2020.

TOSCHI, Mirza Seabre. OLIVEIRA, João Ferreira. LIBÂNEO, José Carlos. **Educação Escolar: políticas, estrutura e organização**. Cortez. São Paulo, 2003.

TULLOCK, Gordon; BRADY, Gordon L.; SELDON, Arthur. **Government failure: a primer in public choice**. Cato Institute, 2002.